75517
ПРОВЕРЕНО
1948 г.
ПРОВЕРЕНО
1958 г.

О ПРЕСТУПЛЕНІЯХЪ ПРОТИВЪ ЖИЗНИ

ПО

РУССКОМУ ПРАВУ.

Изслѣдованіе

Н. С. ТАГАНЦЕВА.

Изданіе второе, исправленное.

ИМПЕР. ТОМСКАГО УНИВЕРСИТЕТА БИБЛІОТЕКА

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

1873.

ПРЕДИСЛОВІЕ КЪ ПЕРВОМУ ИЗДАНІЮ.

Предпринятое мною изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни по русскому праву распадается на два главные раздѣла: изложеніе ученіе объ убійствѣ вообще, т. е. о существенныхъ условіяхъ этого преступленія, какъ родового понятія, и разсмторѣніе отдѣльныхъ видовъ этого преступленія, которые уложеніе считаетъ по чему либо необходимымъ выдѣлить изъ родового понятія.

Первый томъ моего сочиненія обнимаетъ собою только одну первую главу, разсматривающую существенныя условія преступнаго лишенія жизни вообще и соотвѣтствующую первой части задачи. Второй же томъ, посвященъ изложенію особенныхъ видовъ преступнаго лишенія жизни, а именно: глава 2-я — квалифицированнымъ видамъ убійства; 3-я — дѣтоубійству и сокрытію трупа мертворожденнаго младенца; 4-я—истребленію плода; 5-я—убійству на дуэли; 6-я—самоубійству; 7-я—оставленію безъ помощи. Въ заключеніе же, какъ бы въ формѣ окончательнаго вывода изъ всего моего труда, я пытаюсь представить проектъ законоположеній о преступномъ лишеніи жизни.

Предпринимая разслѣдованіе въ такой области русскаго уголовнаго права, которая, за весьма малыми исключеніями, вовсе не была предметомъ разсмотрѣнія ни съ точки зрѣнія тѣоріи, ни со стороны практической, я весьма естественно могъ впасть въ болѣе или менѣе существенные промахи, допустить просмотры и т. п., а потому я и ожидаю съ особеннымъ интересомъ разбора моего изслѣдованія и указанія моихъ погрѣшностей, надѣясь воспользоваться этими указаніями при разработкѣ второй части моего труда.

1869 г.
14-го декабря.

ПРЕДИСЛОВІЕ КО ВТОРОМУ ИЗДАНІЮ.

Я выпускаю это второе изданіе безъ всякихъ существенныхъ измѣненій, я сдѣлалъ только необходимыя поправки относительно русскаго законодательства въ виду постановленій закона 1872 года и пополнилъ указанія на кассаціонную практику за послѣднее время.

Н. Таганцевъ.

21 іюля
1872 года.

СОКРАЩЕНІЯ, УПОТРЕБЛЯЕМЫЯ ВЪ НАСТОЯЩЕМЪ СОЧИНЕНІИ.

Neues Archiv des Criminal Rechts	N. A. d. Cr. R.
Журналъ Министерства Юстиціи	Ж. М. Ю.
Archiv für preussisches Strafrecht, herausgegeben von Goltdammer	G. A.
Полное собраніе законовъ	П. С. З.
Судебный Вѣстникъ.	С. В.
Рѣшенія кассаціонныхъ департаментовъ.	Р. К. Д.
Уложеніе о наказаніяхъ	У.
Уставъ уголовнаго судопроизводства.	У. У. С.
Уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями .	М У.
Вышеприведенное сочиненіе.	в. с.
Вышеприведенное мѣсто	в. м.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Существенныя условія преступнаго лишенія жизни.

---

1. Практическое и теоретическое значеніе преступленій противъ жизни въ уголовномъ правѣ.
2. Значеніе исторіи этихъ преступленій для исторіи уголовнаго права.
3. Отношеніе анализа этихъ преступленій къ ученію о теоріи преступленія.
4. Предметъ настоящаго изслѣдованія.

§ 1. Виновникъ преступленія.

5. Ученіе о виновникѣ (субъектѣ) преступленія не представляетъ при убійствѣ никакихъ спеціальныхъ условій.

§. 2. Предметъ преступнаго посягательства.

6. Предметомъ убійства является только жизнь человѣка.
7. Понятіе убійства не можетъ быть распространяемо на самоубійство.
8. Существованіе лицъ, не пользующихся государственною охраною, не признается ни теоріею, ни нынѣ дѣйствующимъ положительными законодательствами.
9. Жизненность объекта въ моментъ преступнаго посягательства есть необходимое условіе убійства.
10. Констатированіе этого условія представляется затруднительнымъ только при убійствѣ малолѣтнихъ.
11. Опредѣленіе понятія жизненности.
12. Отождествленіе жизни и дыханія не можетъ быть допущено съ точки зрѣнія уголовнаго права.
13. Вопросъ объ отождествленіи жизни и дыханія получаетъ особенную важность при убійствѣ младенца во время родовъ.
14. Общіе выводы по вопросу о жизненности объекта убійства.
15. Жизнеспособность ни въ какомъ случаѣ не можетъ считаться однимъ изъ условій понятія убійства.
16. Самое понятіе жизнеспособности не можетъ быть опредѣлено точно.

17. Этотъ признакъ не можетъ имѣть какого-либо значенія и при убійствѣ новорожденнаго.

18. Нежизнеспособность убитаго младенца не можетъ быть признана и причиною смягченія наказанія.

19. Нѣкоторыя отклоненія отъ этого правила представляетъ убійство урода.

20. Убійство урода въ нашемъ правѣ до Уложенія разсматривалось съ особой, чисто полицейской точки зрѣнія.

21. Только съ Свода Законовъ 1832 года умерщвленіе урода подведено подъ общую категорію убійствъ.

22. Убійство урода можетъ быть выдѣлено изъ родового понятія убійства не на основаніи качествъ объекта, а на основаніи особаго характера воли виновнаго.

23. Понятіе урода въ нашемъ Уложеніи обусловливается исключительно его внѣшнимъ видомъ.

§ 3. Преступная воля.

24. Различные виды преступной воли при убійствѣ.

25. Предѣлы, въ которыхъ разсматривается этотъ вопросъ въ настоящемъ изслѣдованіи.

26. Случайное лишеніе жизни не подвергаетъ виновнаго никакой уголовной отвѣтственности.

27. Общія положенія Уложенія о неосторожномъ причиненіи вреда.

28. Условія наказуемости неосторожнаго лишенія жизни, причиненнаго совершеніемъ дѣянія, закономъ не запрещеннаго.

29. Неосторожное лишеніе жизни при совершеніи какихъ-либо дѣйствій, нарушающихъ постановленія, ограждающія личную безопасность.

30. Ст. 989 Уложенія по своему содержанію представляется излишнею, а по своей редакціи весьма неполною.

31. Общія правила относительно примѣненія 1466 статьи Уложенія.

32. Разборъ ст. 865 Уложенія. Ея условія и значеніе.

33. Разборъ ст. 869 Уложенія и 107 Мирового Устава.

34. Отвѣтственность врачей за неосторожное причиненіе смерти по нашему законодательству до Уложенія 1845 разсматривалась какъ неосторожное убійство.

35. Измѣненіе этого взгляда при изданіи Уложенія 1845 г. Ст. 870 и ея объемъ.

36. Постановленія иностранныхъ кодексовъ по вопросу объ отвѣтственности врача.

37. Особенности, представляющіяся при разрѣшеніи вопроса объ отвѣтственности врача за неосторожное причиненіе вреда.

38. Неосторожность врача, обнаружившаяся хотя и при леченіи, но не входящая въ понятіе неправильнаго леченія, подходитъ подъ общія постановленія о неосторожномъ убійствѣ.

39. Общіе выводы по вопросу объ отвѣтственности врачей.

40. Отвѣтственность за нарушенія постановленій аптечнаго устава, сопровождающіяся лишеніемъ кого-либо жизни.

41. Нѣкоторыя второстепенныя изъятія изъ пространства дѣйствія ст. 1466.

42. Общая характеристика изъятій изъ ст. 1466, допускаемыхъ Уложеніемъ.

43. Лишеніе жизни въ дракѣ. Постановленія по этому вопросу нѣмецкихъ кодексовъ страдаютъ отсутствіемъ системы и нарушеніемъ основныхъ началъ уголовнаго права.

44. Общія замѣчанія объ этомъ преступленіи.

45. Постановленія объ убійствѣ въ дракѣ до Уложенія 1845.

46. Постановленія объ этомъ преступленіи дѣйствующаго права.

47. Убійство въ дракѣ предполагаетъ отсутствіе умысла на убійство. Недостатки ст. 1465 Уложенія—ея дѣйствительный объемъ.

48. Понятіе драки и нѣкоторыя другія условія примѣненія ст. 1465. Постановка вопросовъ.

49. Неосторожное лишеніе жизни при причиненіи тѣлесныхъ поврежденій занимаетъ и въ западныхъ кодексахъ особое мѣсто.

50. Причины этого выдѣленія заключаются въ трудности разграниченія случаевъ этого рода отъ убійства.

51. Это особенно замѣтно въ болѣе старыхъ законодательствахъ.

52. Въ Уложеніи данный вопросъ затрудняется нерациональностью его постановленій о преступленіяхъ противъ здоровья. Общая характеристика случаевъ, сюда относящихся.

53. Нанесеніе ранъ и увѣчья, сопровождавшихся смертью (ст. 1484).

54. Объемъ дѣйствія ст. 1488. Отношеніе этой статьи къ спеціальнымъ случаямъ, указаннымъ въ ст. 854 Улож. и 103 М. У.

55. Неосторожное лишеніе жизни, бывшее послѣдствіемъ умышленнаго анесеніе побоевъ.

56. Разграниченіе статей 1464 и 1490 зависитъ отъ признанія побоевъ опасными для жизни.

57. Въ этомъ же смыслѣ разъяснено это разграниченіе и нашею практикою

58. Это различіе заключается не въ намѣреніи лица, а въ объективномъ характерѣ побоевъ.

59. Побои могутъ быть причинены только умышленно.

60. Постановка вопросовъ присяжнымъ въ случаяхъ этого рода.

61. Нѣкоторыя спеціальныя особенности статьи 1490.

62. Наказаніе, опредѣляемое въ ст. 1464, уничтожаетъ въ дѣйствительности право присяжныхъ признавать заслуживающимъ снисхожденія.

63. Лишеніе жизни, какъ неожиданный результатъ какого-либо другого преступленія (1459).

64. Общія замѣчанія о неосторожномъ лишеніи жизни по Уложенію.

65. Лишеніе жизни, совершенное хотя и неумышленно, но съ предвидѣніемъ послѣдствій.

66. Статья 1458, должна быть распространяема и на тѣ случаи, гдѣ дѣяніе не было запрещено закономъ.

67. Статья 1520 и пространство ея дѣйствія.

68. Нѣкоторые другіе случаи лишенія жизни съ непрямымъ на то умысломъ

69. Умышленное лишеніе жизни.

§ 4. Преступное дѣйствіе.

70. Понятіе о дѣйствіи, какъ о причинѣ извѣстнаго явленія.

71. Лишеніе жизни можетъ быть выполнено какъ положительнымъ способомъ—содѣяніемъ, такъ и отрицательнымъ—бездѣйствіемъ.

72. Къ преступному содѣянію должны быть относимы и тѣ случаи, гдѣ виновный далъ первый толчокъ цѣпи причинъ, произведшихъ извѣстное явленіе и гдѣ совершенное имъ только по своей формѣ можетъ быть названо бездѣйствіемъ.

73. Преступное бездѣйствіе въ тѣсномъ смыслѣ существуетъ только тамъ, гдѣ совершающееся явленіе не находится ни въ какой прямой зависимости отъ дѣятельности виновнаго.

74. Бездѣйствіе лица, хотя и подлежитъ уголовной карѣ, но не во всѣхъ случаяхъ.

75. Теорія, опредѣляющая отвѣтственность лица за его бездѣйствіе на основаніи общей юридической обязанности помогать находящимся въ опасности.

76. Теоріи, выводящія наказуемость бездѣйствія изъ спеціальныхъ обязанностей, лежащихъ на данномъ лицѣ.

77. Попытка Людена разрѣшить вопросъ на основаніи ученія о причинной связи.

78. Отвѣтственность за бездѣйствіе существуетъ только тамъ, гдѣ виновный былъ причиною того опаснаго положенія, которое окончилось смертельнымъ результатомъ.

79. Это же начало проводится и въ положительныхъ законодательствахъ.

80. Разборъ постановленій Уложенія, относящихся къ данному вопросу.

81. Выводы по вопросу о наказуемости преступнаго бездѣйствія въ примѣненіи къ нашему праву.

82. Средства преступнаго лишенія жизни не исчисляются и даже не могутъ быть исчислены ни въ законѣ, ни въ теоріи.

83. Необходимость причинной связи между дѣйствіями лица и результатами.

84. Различныя точки зрѣнія, съ которыхъ можетъ быть разсматриваемъ этотъ вопросъ.

85. Дѣленіе послѣдствій по степени вѣроятности ихъ наступленія утратило нынѣ свое значеніе.

86. Дѣленіе послѣдствій на общія и особенныя имѣетъ по преимуществу процессуальное значеніе.

87. Преступное лишеніе жизни можетъ быть совершено и психическими средствами.

88. Дѣйствительное значеніе въ теоріи уголовнаго права имѣетъ только дѣленіе послѣдствій на непосредственныя и посредственныя.

89. Ученіе объ отвѣтственности лица только за непосредственные результаты его дѣятельности совершенно несостоятельно.

90. Ученіе, развитое главнымъ образомъ Бури, объ отвѣтственности виновнаго за всякій результатъ его дѣятельности, также не можетъ быть принято.

91. Отвѣтственность виновнаго существуетъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ онъ вызвалъ или направилъ какія-либо силы.

92. Также опредѣляется отвѣтственность виновнаго за результаты дѣйствія тѣхъ силъ, возможность примѣненія или успѣшность дѣйствія которыхъ зависѣла отъ факта, имъ совершеннаго.

93. Отвѣтственность виновнаго не измѣняется, когда дѣйствіе привходящихъ силъ имѣетъ отрицательный характеръ.

94. Отвѣтственность виновнаго прекращается, какъ скоро ни привходящая сила, ни ея результаты не находились ни въ какой зависимости отъ его дѣйствій.

95. Ученіе объ отвѣтственности виновнаго не измѣняется, если прившедшія силы въ свою очередь подлежатъ наказанію за результатъ, ими вызванный.

96. Общіе выводы по этому вопросу.

97. Постановленія по вопросу о причинной связи иностранныхъ законодательствъ.

98 Ученіе о причинной связи появляется въ нашемъ правѣ только въ Воинскомъ Уставѣ 1716 года.

99. Постановленія нашего права по вопросу о большей или меньшей вѣроятности наступленія послѣдствій.

100. Вопросъ о поврежденіяхъ обще и особосмертельныхъ по уставу судебно-медицинскому.

101. Вліяніе причинъ, привходящихъ къ дѣйствію преступника на отвѣтственность его за происшедшій результатъ.

102. Общіе выводы по вопросу о причинной связи въ нашемъ правѣ.

103. Примѣры изъ нашей практики по отношенію къ этому вопросу.

§ 5. Осуществленіе воли въ дѣйствіи.

104. Предѣлы, въ которыхъ разсматривается ученіе объ осуществленіи воли въ дѣйствіи въ настоящемъ изслѣдованіи.

105. Сформированіе умысла не подлежитъ вѣдѣнію уголовнаго правосудія.

106. Обнаруженіе умысла на убійство, въ какой бы формѣ оно сдѣлано ни было, не наказуемо.

107. Понятіе и объемъ приготовительныхъ дѣйствій при убійствѣ.

108. Отвѣтственность за приготовленіе къ убійству, добровольно оставленное, можетъ быть выведено только изъ комбинаціи статей 1457 и 113 Уложенія.

109. Статья. 1457 распространяется и на приготовленіе къ квалифицированнымъ видамъ убійства.

110. Опредѣленіе области покушенія при убійствѣ.

111. Статья 864 не исключаетъ примѣненія къ случаямъ, въ ней предвидѣннымъ, общаго ученія о покушеніи на убійство.

112. То же толкованіе должно быть допущено и по отношенію къ статьѣ 1082 Уложенія.

113. Разграниченіе покушенія оконченнаго и неоконченнаго при убійствѣ.

114. Значеніе добровольнаго отказа при наказуемости покушенія.

115. Разрѣшеніе вопроса о наказуемости покушенія съ негодными средствами въ нашей практикѣ до закона 1864 года.

116. Постановленія по этому предмету дѣйствующаго права.

117. Отвѣтственность виновнаго за покушеніе на убійство негоднаго объекта по нашему праву.

118. Убійство считается оконченнымъ только съ момента смерти жертвы преступленія.

119. Случаи такъ называемаго общаго умысла должны быть обсуждаемы на основаніи ученія о причинной связи.

120. Случаи такъ называемаго отклоненія удара (Abberratio ictus) должны быть разсматриваемы, какъ совпаденіе покушенія и совершенія.

121. Ошибка въ лицѣ не уничтожаетъ характера умышленности въ убійствѣ, выполненномъ преступникомъ.

122. Постановленія по этому вопросу иностранныхъ кодексовъ.

123. Система, принятая въ 1456 статьѣ Уложенія.

124. Случаи одновременнаго посягательства на жизнь нѣсколькихъ лицъ.

§ 6. Наказуемость убійства.

125. Случаи дозволеннаго лишенія жизни въ западныхъ кодексахъ.

126. Постановленія по этому вопросу Свода Законовъ.

127. Статья 1471 Уложенія и постановленія, ее дополняющія.

128. Условія примѣненія ст. 1471-й.

129. Постановленія Уложенія о лишеніи жизни при необходимой оборонѣ.

130. Согласіе лица убитаго на лишеніе его жизни не уничтожаетъ преступнаго характера дѣянія.

131. Убійство по согласію не можетъ быть разсматриваемо, какъ соучастіе въ самоубійствѣ.

132. Но убійство по согласію, съ другой стороны, не можетъ быть поставлено наравнѣ съ обыкновеннымъ убійствомъ.

133. Постановленія по этому вопросу западныхъ кодексовъ.

134. Взглядъ на убійство по согласію нашего права.

135. Различные виды лишенія жизни по ихъ наказуемости.

136. Степень отвѣтственности за лишеніе жизни опредѣляется степенью обдуманности плана.

137. Отвѣтственность за убійство по французскому праву.

138. Постановленія по этому вопросу нѣмецкихъ кодексовъ.

139. Въ нашемъ законодательствѣ до Уложенія 1845 г. не существовало точнаго разграниченія между убійствомъ предумышленнымъ и убійствомъ по внезапному умыслу.

140. Ст. 1454 и 1455 должны быть понимаемы въ томъ же смыслѣ, въ какомъ дѣлитъ умыселъ 4-я статья Уложенія.

141. Признаки, которыми опредѣляется различіе предумышленности и внезапнаго умысла при убійствѣ и вопросъ о доказательствѣ предумышленія.

142. Лишеніе жизни при превышеніи предѣловъ необходимой обороны разсматривается какъ причина снисхожденія къ преступнику.

143. Такое же значеніе имѣетъ и лишеніе жизни, совершенное при превышеніи правъ, дарованныхъ кому-либо.

144. Лишеніе жизни при превышеніи предѣловъ дисциплинарной власти утратило, съ Уложеніемъ 1845 года, то значеніе которое оно имѣло въ нашемъ старомъ правѣ.

145. Убійство, учиненное вслѣдствіе обиды, нанесенной виновному убитымъ, заслуживаетъ особаго снисхожденія со стороны закона, сравнительно съ убійствомъ въ раздраженіи вообще.

146. Убійство супругомъ другого супруга, захваченнаго въпрелюбодѣяніи, признававшееся въ нашемъ старомъ правѣ причиною смягченія наказанія, не имѣетъ значенія въ дѣйствующемъ законодательствѣ.

147. Мотивы, руководившіе преступникомъ при совершеніи преступленія, должны быть признаны однимъ изъ основаній, опредѣляющихъ наказуемость.

1. Всякое нарушеніе правильнаго теченія общественной жизни всякое порваніе условій, ограждающихъ возможность совмѣстнаго существованія и возможно полнаго развитія интересовъ каждаго изъ членовъ общежитія, неминуемо вызываетъ общественное вниманіе, возбуждая опасенія и безпокойства. Но кому случалось только слѣдить за этими отношеніями общества къ преступленіямъ, тотъ, безъ сомнѣнія, знаетъ, какую роль занимаетъ съ этой стороны между ними убійство. Съ напряженнымъ интересомъ слѣдитъ общество за всѣми фазисами совершившагося факта. Раскрытіе виновнаго; обстоятельствъ, сопровождавшихъ его совершеніе, мотивовъ, руководившихъ преступною рукою, привлекаютъ массы народа въ залы засѣданія, и это любопытство не притупляется многодневнымъ, утомительнымъ разборомъ дѣла, напротивъ того, скорѣе растетъ, пропорціонально съ его сложностью. Отыскать достаточныя, объяснительныя причины этого вниманія нетрудно: онѣ заключаются въ характерѣ тѣхъ интересовъ, того блага, которое было въ подобныхъ случаяхъ предметомъ преступнаго посягательства. Обида, причиненная чьимъ-либо унизительнымъ обхожденіемъ, заглаживается или временемъ или тѣми отношеніями, въ которыхъ находится само общество къ обиженному и обидчику; та или другая матеріальная цѣнность, имущество, похищенное воромъ, истребленное по злобѣ и мщенію, можетъ быть замѣнено чѣмъ-либо соотвѣтствующимъ; здоровье, пострадавшее отъ преступнаго посягательства, можетъ быть болѣе или менѣе возстановлено, ущербъ, ему причиненный, вознагражденъ,—но жизнь? нѣтъ эквивалента, могущаго замѣнить ея потерю. Таково общее правило. Безъ сомнѣнія, могутъ быть исключенія, могутъ быть условія и обстоятельства, при которыхъ жизнь теряетъ характеръ и значеніе высшаго блага, когда пожертвованіе жизнью представляется болѣе легкимъ, чѣмъ, напримѣръ, отреченіе отъ идей, вѣрованій, выработанныхъ лицомъ, и когда, слѣдовательно, посягательство на эту нравственную сферу человѣческаго бытія, ниспроверженіе идеаловъ, построеній, сдѣланныхъ для ихъ осуществленія, становится болѣе тяжкимъ, чѣмъ самое разрушеніе физическаго существованія, тяжелѣе убійства. Но эти исключенія, какъ таковыя, не только не опровергаютъ, но подтверждаютъ указанное выше начало; это—явленія временныя и

личныя, тѣ—постоянныя и общія; и положеніе, что жизнь есть высшее благо, давно сдѣлалось ходячимъ афоризмомъ.

Это практическое значеніе разсматриваемаго нами преступленія само по себѣ представляетъ достаточно основаній, чтобы сосредоточить на немъ вниманіе юриста. Чѣмъ важнѣе нарушаемое благо, чѣмъ опаснѣе является виновный въ глазахъ общества, тѣмъ тяжелѣе отвѣтственность, тѣмъ суровѣе реакція, имъ возбуждаемая. Поэтому, необходимо возможно ясно и точно выяснить и ограничить понятіе этого преступленія, опредѣлить его элементы, выслѣдить оттѣнки преступности, дабы сообразовать съ ними и самую мѣру кары уголовной, родъ и степень наказанія.

Но преступленія противъ жизни, рядомъ съ этимъ практическимъ значеніемъ, являютъ еще большій интересъ теоретическій. Разсматривая историческое бытіе и развитіе этихъ преступленій, послѣдовательное видоизмѣненіе понятія о нихъ въ законодательствѣ разныхъ эпохъ и наслоеній, ихъ подраздѣленіе и наказуемость, историкъ-юристъ найдетъ драгоцѣнныя указанія, объясняющія всю исторію карательныхъ учрежденій даннаго народа, исторію самой идеи о преступленіи и его элементахъ, о наказаніи и его существенныхъ аттрибутахъ. Подвергая сравнительному анализу постановленія дѣйствующихъ кодексовъ, раскрывая исходную точку, основное начало, около котораго группируется данное преступленіе, и слѣдя за проведеніемъ этого начала въ различныхъ группахъ преступныхъ дѣяній, охватываемыхъ родовымъ понятіемъ убійства,—юристъ-теоретикъ получитъ надежный масштабъ для провѣрки наиболѣе важныхъ и спорныхъ вопросовъ теоріи уголовнаго права.

Въ справедливости этихъ общихъ положеній убѣдиться не трудно.

2. Раскрывая древнѣйшіе законодательные памятники отъ законовъ двѣнадцати таблицъ до leges barbarorum и «Русской Правды» включительно, мы вездѣ видимъ общее явленіе: они посвящены исключительно праву охранительному, указанію дѣйствій, нетерпимыхъ въ обществѣ и имъ преслѣдуемыхъ,—и между этими постановленіями большая часть относится къ преступнымъ посягательствамъ на жизнь и здоровье лица. Но не одно только количество постановленій опредѣляетъ значеніе исторіи этихъ преступленій, оно коренится въ самомъ ихъ содержаніи. Въ нихъ наглядно отражается всякій переломъ общественнаго строя, всякій переходъ отъ одной ступени развитія къ послѣдующей. Доказательства для этого могутъ быть легко отысканы въ исторіи всякаго народа. Возьмемъ для примѣра эпоху почина русской государственной жизни, когда строй государственный смѣняетъ родовой и семейный бытъ и параллельно съ этимъ система казней общественныхъ замѣняетъ охрану рода, — право отмщенія, гдѣ же всего нагляднѣе, всего полнѣе отражается эта перемѣна? Всѣ постановленія о родовой и личной мести, о ея предѣлахъ, постепенномъ ограниченіи и отмѣнѣ относятся или къ убійству, или къ поврежденію здоровья. Далѣе тамъ же раскрывается всего полнѣе и система денежнаго выкупа, повсюду являющаяся необходимымъ элементомъ этой первой ступени государственнаго быта, совмѣщающая въ себѣ, въ формѣ системы виръ и продажъ, зародышъ общественнаго понятія о наказаніи, а въ формѣ головничества и уроковъ—остатокъ прошлаго частнаго взгляда. Въ этомъ случаѣ исторія наказуемости убійства есть и исторія идеи наказанія. Но тотъ же выводъ необходимо сдѣлать и по отношенію къ исторіи идеи преступленія и его основныхъ элементовъ. Различіе зла волимаго и вреда, причиненнаго не сознательно, выясненіе степеней и оттѣнковъ злой воли, разграниченіе неосторожности и случая, различныхъ постепенностей проявленія воли въ дѣйствіи и отвѣтственности за нихъ, видовъ и формъ участія въ преступленіи и т. д.—все это постепенно выясняется въ постановленіяхъ о преступленіяхъ, нами разсматриваемыхъ, и притомъ, не только въ эпохи болѣе отдаленныя, но и въ ближайшихъ юридическихъ памятникахъ. Въ Уложеніи 1648 г., въ «Воинскомъ Уставѣ», въ Каролинѣ, въ ордонансахъ королей французскихъ, мало того, даже и въ доктринѣ XVI и XVII столѣтій, всѣ такъ называемые общіе вопросы уголовнаго права разсматриваются почти исключительно при изложеніи ученія объ убійствѣ.

3. Но самое это историческое значеніе ученія объ убійствѣ неминуемо заставляетъ предполагать, что его причина заключается въ самомъ существѣ этихъ дѣяній, и что поэтому они не могли утратить этого значенія и въ настоящее время, что и подтверждается даже самымъ поверхностнымъ обзоромъ тѣхъ разнообразныхъ фактовъ, которые подводятся подъ общее понятіе убійства. Дѣйствительно, опредѣляя убійство, какъ всякое насильственное уничтоженіе однимъ лицомъ жизни другого, мы соединяемъ подъ этимъ понятіемъ дѣйствія, и по внутреннему и по внѣшнему ихъ

оставу, въ высшей степени различныя. Умерщвленіе, какъ родовое понятіе, охватываетъ собою и лишеніе жизни, причиненное только случайнымъ совпаденіемъ обстоятельствъ, непредвидѣнныхъ и непредвидимыхъ для дѣйствующаго лица, а потому и ненаказуемое, и причиненіе смерти по неосторожности, гдѣ отвѣтственность дѣятеля обусловливается отсутствіемъ съ его стороны требуемаго закономъ вниманія къ своимъ дѣйствіямъ, и наконецъ, убійство волимое, гдѣ смерть лица была послѣдствіемъ не только предвидѣннымъ, но и прямо желаемымъ виновнымъ. Далѣе, оно обнимаетъ собою какъ убійство, выполненное обдуманно, хладнокровно, изъ цѣлей корыстныхъ, изъ побужденій, возмущающихъ своею безнравственностью, такъ и убійство, совершенное внезапно, подъ вліяніемъ гнѣва и раздраженія, по поводамъ болѣе или менѣе извиняющимъ виновнаго, или даже вполнѣ оправдывающимъ его, какъ убійство при необходимой оборонѣ, или умерщвленіе по требованію закона. Но это разнообразіе видовъ насильственнаго лишенія жизни, соотвѣтствующее различію субъективной стороны даннаго преступленія, степени виновности и отвѣтственности лица, требуетъ и отъ законодателя и отъ судьи возможной внимательности, тщательной провѣрки примѣнимости общихъ положеній теоріи уголовнаго права, или даннаго кодекса къ преступленіямъ этого рода, а съ другой стороны, тѣмъ самымъ даетъ надежный масштабъ для оцѣнки годности этихъ положеній и началъ. Справедливо замѣчаетъ Миттермайеръ, что ни въ одномъ преступленіи не представляетъ столько опасностей то недовѣріе къ судьѣ, которое было замѣтно въ кодексахъ начала нынѣшняго столѣтія, та попытка уложить все разнообразіе оттѣнковъ преступности въ немногія обобщенныя рубрики, стремленіе, уничтожающее возможность оцѣнить и оттѣнить индивидуальныя особенности каждаго случая и ниспровергающее поэтому самую цѣль и отличительныя качества наказанія.

4. Такимъ образомъ, повторяю я, изученіе преступныхъ посягательствъ на жизнь заключаетъ въ себѣ не только практическій, но и теоретическій интересъ, и притомъ, какъ по отношенію къ исторіи преступленія, такъ и относительно выясненія существенныхъ условій преступленія — его теоріи.

Разумѣется, полное раздѣленіе этихъ сторонъ въ изученіи предмета—вещь немыслимая. Изученіе исторіи предполагаетъ болѣе или менѣе точный анализъ понятія даннаго преступленія и его

составныхъ элементовъ, а выясненіе состава даннаго преступленія, въ свою очередь, стоитъ въ зависимости отъ исторіи его въ данномъ законодательствѣ, такъ что безъ нея многое останется непонятнымъ или представится не въ надлежащемъ свѣтѣ. Но за то та или другая сторона вопроса можетъ получить преобладающее значеніе и отодвинуть другой элементъ на второй планъ.

Въ силу этихъ соображеній и мое настоящее изслѣдованіе будетъ посвящено преимущественно теоретическому разбору ученія о преступленіяхъ противъ жизни по нашему праву. Моя задача опредѣлить составъ даннаго преступленія, его существенныя условія, его виды и подраздѣленія, и разобрать критически: на сколько осуществляется въ нашемъ Уложеніи та цѣль, которую имѣлъ законодатель, вводя то или другое постановленіе.

Но при этомъ нельзя не сдѣлать еще одного замѣчанія. Составъ преступленія есть совокупность тѣхъ признаковъ, при наличности которыхъ данное дѣяніе можетъ быть признано преступленіемъ; эти признаки могутъ имѣть характеръ общій всѣмъ преступленіямъ, почему и самая ихъ совокупность носитъ названіе общаго состава преступленія, или же въ нихъ проявляются тѣ особенныя черты, въ силу которыхъ данное дѣйствіе должно быть отнесено къ той или другой категоріи преступленій—особенный или спеціальный составъ. Разобрать при изложеніи ученія объ убійствѣ всѣ условія какъ особеннаго, такъ и общаго состава преступленія, значило бы ввести въ мое изслѣдованіе всю такъ называемую общую часть уголовнаго права, поэтому я считаю необходимымъ допустить слѣдующія ограниченія. Во-1-хъ, предметомъ моего анализа будутъ спеціальныя условія, характеризующія убійство, какъ извѣстный *родъ* преступленій, во-2-хъ, тѣ изъ общихъ условій преступленія, которыя получаютъ при убійствѣ особенную важность, представляютъ какія-либо спеціальныя затрудненія и вопросы или же, наконецъ, въ 3-хъ, которыя законодатель почему-либо счелъ необходимымъ спеціально указать при преступленіяхъ этого рода.

§. 1. Виновникъ пуеступленія.

5. Разсматривая преступленіе, какъ дѣйствіе, нарушающее собою юридическій порядокъ жизни даннаго общества, и теорія и положительный законъ предполагаютъ, что виновникомъ преступленія можетъ быть только лицо физическое и притомъ обла-

дающее извѣстными качествами, которыя оно можетъ проявлять и дѣйствительно проявляетъ въ данномъ отдѣльномъ случаѣ, или, говоря юридическими терминами, *лицо, находящееся въ состояніи вмѣняемости и совершающее преступленіе при наличности всѣхъ условій вмѣненія*. Условія же, требуемыя вмѣняемостью, заключаются, съ одной стороны, въ способности сознавать совершаемое, свои дѣйствія и отношенія къ обществу, и, слѣдовательно, въ способности сознавать дозволенное и недозволенное закономъ, а съ другой — въ силѣ и способности слѣдовать этимъ, сознаннымъ имъ предписаніямъ и требованіямъ закона; условія вмѣненія — возможность примѣнять эти способности къ отдѣльнымъ, совершаемымъ даннымъ лицомъ фактамъ. Само собою разумѣется, что въ этомъ отношеніи убійство предполагаетъ тѣ же самыя условія въ виновникѣ дѣйствія, какъ и всякое другое преступленіе, и что, слѣдовательно, недоразвитость или потеря временная, или постоянная указанныхъ выше способностей и здѣсь уничтожаетъ всякую уголовную отвѣтственность лица за причиненіе кому-либо вреда или страданія. Но затѣмъ убійцею можетъ быть всякое лицо, которому можетъ быть вмѣненъ его поступокъ; только при нѣкоторыхъ спеціальныхъ видахъ убійства, какъ, напр., при дѣтоубійствѣ, родителеубійствѣ, оставленіи безъ помощи, отъ виновника преступленія требуется наличность извѣстныхъ спеціальныхъ качествъ, которыя я и буду разсматривать въ спеціальныхъ главахъ.

§ 2 Предметъ преступнаго посягательства.

6. Предметъ или объектъ преступленія вообще составляютъ извѣстныя юридическія отношенія, охраняемыя государствомъ и угрожаемыя или нарушаемыя дѣйствіемъ виновнаго; въ данномъ случаѣ подобнымъ отношеніемъ является неприкосновенность жизни членовъ общества. Намъ нужно только разсмотрѣть, что понимаетъ законъ подъ этимъ положеніемъ и не знаетъ ли онъ какихъ-либо ограниченій этого общаго правила.

Такъ какъ въ обществѣ, подъ охраною правового порядка можетъ находиться только человѣкъ съ его благами и правами, то, слѣдовательно, и *объектомъ убійства можетъ быть только неприкосновенность человѣка*. Всякое прекращеніе чьего-либо органическаго существованія, которое мы на обыкновенномъ языкѣ называемымъ умерщвленіемъ, не можетъ быть названо убійствомъ

въ глазахъ закона. Если же подобныя дѣянія иногда и воспрещаются закономъ подъ страхомъ уголовной отвѣтственности, то совершенно съ иной точки зрѣнія. Въ этихъ случаяхъ законъ преслѣдуетъ или причиненіе ущерба частному лицу, посягательство на право собственности, какъ напр. истребленіе животныхъ, находящихся въ чьемъ-либо владѣніи; или же нарушеніе полицейскихъ предписаній, какъ, напр., уничтоженіе рыбы или дичи въ недозволенное время и недозволеннымъ способомъ, истребленіе животныхъ рѣдкихъ и т. п.

7. Такъ какъ преступленіе есть нарушеніе или посягательство на юридическія отношенія, то о немъ и можетъ возникнуть вопросъ только тамъ, гдѣ существуютъ эти правоотношенія, поэтому, признавая, что объектомъ убійства является неприкосновенность жизни, *мы тѣмъ не менѣе не можемъ*, съ юридической точки зрѣнія, *распространить понятіе убійства на самоубійство*, потому что къ самому себѣ человѣкъ не состоитъ въ какихъ-либо правоотношеніяхъ, которыя бы онъ могъ нарушить своимъ дѣйствіемъ. Но такъ какъ наше Уложеніе, повидимому, не раздѣляетъ этого положенія, признаннаго почти безспорнымъ въ теоріи, и въ раздѣлѣ преступленій противъ жизни содержитъ особую главу о самоубійствѣ, то болѣе подробный разборъ ученія объ этомъ вопросѣ будетъ сдѣланъ далѣе, во главѣ шестой, спеціально ему посвященной.

8. Но за этими ограниченіями понятіе *убійства распространяется на лишеніе жизни всякаго человѣка*, такъ какъ защита государственная съ этой стороны не знаетъ ограниченій. Въ этомъ отношеніи и теорія и положительное право признали безспорнымъ начало, высказанное, но далеко не вполнѣ признанное, еще въ римскомъ правѣ [1]).

«Lex Cornelia non de certo hominum genere loquitur, sed ipsam humanitatem tuetur».

Справедливость этого положенія вполнѣ подтверждается об-

---

[1]) Ср. L. 1. § 2. Dig. ad legem corn. de sicariis (48, 8).—Болѣе общая формула, приведенная въ текстѣ, встрѣчается у многихъ писателей XVI и XVII столѣтій, рядомъ съ многочисленными отступленіями отъ этого принципа.

зоромъ категорій лицъ, за которыми не признавалась государственная охрана. Сюда относились [2]):

А) Лица, принадлежащія къ извѣстному племени, какъ, напр., цыгане, въ XVI столѣтіи во Франціи и въ Германіи.

Б) Лица, совершившія извѣстныя преступленія, или осужденныя на извѣстныя наказанія. Таковы были въ римскомъ правѣ древняго періода преступники, подлежащіе sacratio capitis, позднѣе, приговоренные къ проскрипціи, за голову которыхъ нерѣдко назначалась особая плата. Въ древне-нѣмецкомъ правѣ ту же роль играла Friedlosigkeit, въ среднія вѣка — Reichs oder Oberacht. Въ правѣ каноническомъ подобная полная безправность существовала для еретиковъ, или вообще для лицъ, приговоренныхъ къ anathema et excommunicatio major. Точно макже, хотя и въ ограниченныхъ размѣрахъ, знало подобныя изъятія, и наше право. Такимъ образомъ, напр., Уложеніе 1649 глав. II. ст. 15 постановляло: «А будетъ кто измѣнника, догнавъ на дорогѣ, убьетъ... и тому дати государево жалованье изъ его животовъ, что государь укажетъ»; или гл. XXI ст. 88: «А будетъ кто татя съ поличнымъ убьетъ въ дому своемъ и того убитаго тотчасъ объявить окольнымъ людямъ... или когда убьютъ татя въ погонѣ, когда онъ изловити себя не дастъ и учнетъ драться» [3]).

Но уже Петръ Великій, вводя въ наше право понятіе гражданской смерти, въ формѣ шельмованія или анафемы, не признавая въ этихъ случаяхъ за осужденнымъ никакихъ правъ, объявляя, что «отъ онаго челобитья не пріимать, и суда ему не давать», тѣмъ не менѣе прибавляль: «развѣ до смерти кто его убьетъ, то яко убійца судиться будетъ».

Но всѣ эти изъятія давно уже исчезли изъ права дѣйствующаго, такъ какъ само собою разумѣется, что подобная безправность ни въ какомъ случаѣ не вытекаетъ даже изъ понятія лишенія всѣхъ

[2]) Ср. Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1861—62. T. II, стр. 215—218.—Abegg, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft. 1830.

[3]) Тамже ст. 89. Въ этомъ повторялись исконныя постановленія нашего права; такъ, находимъ мы еще въ договорахъ: «Аще украдетъ.. и нтъ будетъ въ томъ часѣ тать, егда татьбу сотворилъ отъ погубившаго что, любо аще приготовится татьбу творяй, и убіенъ будетъ, да не взыщется смерть его» (договоръ Олега); и въ «Русской Правдѣ»: «аже оубіють кого оу клѣти, или оу которое татбы, то оубіють во пса мѣсто» (Сп. Троицкій), въ послѣднемъ случаѣ, впрочемъ, съ ограниченіемъ: «аже ли і додержать свѣта, то вести на княжь дворъ; еже ли оубіють и, а оуже боудуть людіе связана видѣли, то платити въ томъ 12 гривенъ».

правъ состоянія [4]). Государство можетъ отнять у лица свободу, можетъ лишить его правъ, имуществъ, *даваемыхъ* ему общежитіемъ, но пока не прекратилось его физическое существованіе онъ не перестаетъ быть человѣкомъ съ всѣми правами, вытекающими изъ самаго факта его существованія, и посягательство на его жизнь и здоровье остается преступленіемъ.

Этому общему положенію не противорѣчатъ и случаи такъ называемаго дозволеннаго или даже требуемаго закономъ лишенія жизни, такъ какъ тамъ непреступность дѣянія заключается не въ качествахъ лица убитаго, а въ обстоятельствахъ, при которыхъ было совершено лишеніе жизни.

В) Наконецъ послѣднюю категорію составляли иностранцы, въ особенности же лица, появившіяся на государственной территоріи съ какою-либо враждебною для государства цѣлью, напр. непріятельскіе солдаты во время войны; но, не говоря уже о первыхъ, и относительно вторыхъ современное международное право выработало совершенно иное начало. Посягательство на жизнь этихъ лицъ, если оно учинено не ради собственной обороны, не во время боя и не солдатами, должно быть разсматриваемо какъ преступленіе, хотя, само собою разумѣется, эта особенность отношеній между жертвою и виновнымъ должна быть принята во вниманіе при опредѣленіи поводовъ къ преступленію и степени отвѣтственности виновныхъ [5]).

Подобное полное изъятіе непріятельскихъ войскъ изъ подъ охраны закона можетъ быть развѣ только признано при войнѣ народной, партизанской.

9. Такъ какъ убійство есть посягательство на неприкосновен-

[4]) Особенно долго шелъ споръ о ненаказуемости убійства лица, осужденнаго на смертную казнь. Еще Фейербахъ, въ своемъ учебникѣ (§ 34 и § 207) видѣлъ здѣсь только полицейское нарушеніе. Подробное опроверженіе этого, нынѣ уже исчезнувшаго, взгляда см. у Abegg'a, Ueber die angebliche Rechtlosigkeit der zum Tode verurtheilten in N. A. d. cr. R. IX, стр. 624.

[5]) См. въ особенности Abegg, Revision der Lehre von den angeblich straflosen Tödtungen. 1830. стр. 86 и сл.—Heffter, Das europaeische Völkerrecht der Gegenwart. 1867. § 230. Это положеніе вытекаетъ изъ существа современныхъ началъ права войны. Ср. также Ортоланъ, Морское международное право. 1865. стр. 100.—Holtzendorf, Encyclopädie der Rechtswissenschaft 6. Das Europäische Völkerrecht § 55, 57, 58. Особенно же Bluntschli, Das moderne Völkerrecht. 1868. кн. 8.

ность человѣческой жизни, то слѣдовательно *необходимымъ элементомъ его является жизненность* (vitalität) *лица*, на которое направляется преступное дѣйствіе, въ моментъ этого посягательства. Какъ скоро данное лицо было уже мертво въ моментъ преступленія, какъ скоро виновный направилъ свое дѣйствіе не на лицо, а на какой-либо предметъ, принятый имъ за человѣка, его дѣяніе не можетъ никакимъ образомъ быть опредѣляемо какъ лишеніе жизни. Мы имѣемъ только обнаруженіе преступной воли, но не имѣемъ другого, не менѣе важнаго элемента преступленія — видоизмѣненія во внѣшнемъ мірѣ, связаннаго, какъ послѣдствіе съ причиною, съ преступнымъ умысломъ. Весь вопросъ, въ данномъ случаѣ, сводится къ тому, можетъ ли быть признано подобное посягательство покушеніемъ на убійство и можетъ ли оно подлежать отвѣтственности, что и будетъ нами разсмотрѣно въ ученіи о покушеніи.

10. Такимъ образомъ, повторяю я, для состава убійства необходимо, чтобы лицо, на которое направлено убійство, было живо въ моментъ выполненія преступнаго плана [6]). Въ большей части случаевъ констатированіе этого условія не представляетъ никакихъ спеціальныхъ затрудненій. Если убійство совершено надъ взрослымъ лицомъ, то судебно-медицинской экспертизѣ необходимо только доказать причинную связь между дѣйствіями обвиненнаго и смертью. Весьма рѣдко можно встрѣтить въ лѣтописяхъ процессовъ уголовныхъ случаи, въ которыхъ преступленіе было направлено на лицо, уже несуществовавшее, когда раны, увѣчья были нанесены уже трупу, да и тогда посмертность нанесенія этихъ поврежденій легко можетъ быть возстановлена, такъ что съ этой стороны мы можемъ сказать, что при посягательствѣ на жизнь взрослаго лица существуетъ физическое предположеніе относительно жизненности объекта въ моментъ преступленія.

Совершенно иначе представляется вопросъ, когда дѣло идетъ о смерти малютки, объ убійствѣ новорожденнаго, все равно было ли совершено это убійство самою матерью младенца и притомъ

[6]) Хотя вопросъ о жизненности обыкновенно разсматривается въ ученіи о дѣтоубійствѣ; но изъ указаній, приведенныхъ въ текстѣ, легко видѣть, что онъ имѣетъ болѣе общее значеніе. См. мое изслѣдованіе о дѣтоубійствѣ. Ж. М. Ю. 1868 № 9. стр. 235 и сл. Что касается до опредѣленія значенія этого признака при истребленіи плода, то оно можетъ быть разсмотрѣно только при спеціальномъ изложеніи этого преступленія, такъ какъ его разрѣшеніе зависитъ отъ признанія истребленія плода однимъ изъ видовъ убійства.

матерью, прижившею его внѣ брака (дѣлоубійство въ спеціальномъ значеніи этого слова), или же постороннимъ для ребенка лицомъ (обыкновенное убійство).

Причины этого различія весьма понятны. Существованіе жизни утробной, достиженіе плодомъ надлежащей зрѣлости и своевременное рожденіе его—не могутъ сами по себѣ быть признаны доказательствомъ его жизни послѣ родовъ. Медицинская статистика указываетъ намъ огромный процентъ дѣтей, рождающихся мертвыми, вслѣдствіе причинъ, прекратившихъ ихъ существованіе до родовъ или во время ихъ. Болѣзни матери, душевныя потрясенія, гибельно дѣйствующія на ея организмъ, отражаются на существованіи другого организма, тѣсно съ нимъ связаннаго. Къ этому присоединяются собственныя болѣзни зародыша, развивающіяся во время его утробной жизни и уничтожающія его существованіе, или во время пребыванія въ утробѣ, или немедленно по прикосновеніи съ новою средою, въ которую онъ ставится актомъ рожденія. Далѣе, еще болѣе опасности для жизни представляютъ самыя роды, напримѣръ медленность ихъ, часто прекращающая жизнь ребенка, вслѣдствіе давленія, которому подвергается его голова при прохожденіи чрезъ дѣторолныя части, аномаліи въ строеніи матки, невыгодное положеніе въ ней ребенка и т. п., и чѣмъ безпомощнѣе была родильница во время родовъ, чѣмъ менѣе было въ ней опытности, тѣмъ сильнѣе и сильнѣе возрастаетъ опасность для ребенка.

Поэтому-то, *если при убійствѣ взрослаго рѣдко приходится медику рѣшать вопросъ и представлять доказательство того, что убитый былъ живъ до момента убійства, то при убійствѣ новорожденнаго, наоборотъ, жизнь ребенка должна быть доказана*, для того, чтобы нанесенныя ему поврежденія соотвѣтствовали основнымъ условіямъ убійства.

11. Но эта необходимость констатированія жизни приводитъ насъ невольно къ другому вопросу о томъ, *что такое разумѣетъ законъ и теорія подъ понятіемъ жизни* въ данномъ случаѣ, въ чемъ заключаются тѣ внѣшнія признаки, по которымъ мы называемъ извѣстное состояніе человѣческаго организма жизнью? И здѣсь главное затрудненіе представляется при убійствѣ малолѣтнихъ. Мы можемъ довольно легко отличить живущаго человѣка отъ мертваго, различить послѣднія проявленія жизни отъ явленій трупныхъ, признавая физіологическимъ условіемъ жизни кровообра-

щеніе и дыханіе; но несравненно труднѣе уловить ея начальные признаки, ея первыя, часто едва замѣтныя проявленія, отдѣляющія жизнь въ тѣсномъ смыслѣ этого слова отъ другой формы органическаго бытія, отъ существованія зародыша.

Было время, когда положительныя законодательства сами пытались опредѣлить эти условія и признаки [7]), но дальнѣйшее развитіе естественныхъ наукъ принудило ихъ отказаться отъ этихъ попытокъ, представляющихъ вторженіе въ самостоятельную сферу, совершенно чуждую праву. *Признаки жизни суть признаки физіологическіе, и констатированіе ихъ вовсе не принадлежитъ исключительно судьѣ*, а въ большой части случаевъ есть дѣло медика-эксперта. Но, разумѣется, при этомъ необходимо, чтобы они говорили, такъ сказать, на языкѣ однородномъ, чтобы судья, ставящій эксперту вопросъ: былъ ли живъ ребенокъ, — зналъ бы, что выраженіе «живъ» и въ отвѣтѣ эксперта будетъ имѣть то же значеніе, какое придаетъ ему онъ. А между тѣмъ и судебная медицина не представила до сихъ поръ какого-либо единогласнаго его рѣшенія.

12. Однимъ изъ наиболѣе распространенныхъ ученій представляется въ данномъ случаѣ *отожествленіе жизни съ дыханіемъ* [8]),— *ученіе* хотя и вѣрное въ большей части случаевъ, но тѣмъ не менѣе одностороннее и, какъ я постараюсь доказать далѣе, *несоотвѣтствующее теоретическому ученію уголовнаго права о составѣ убійства*. Не подлежитъ сомнѣнію, что дыханіе есть существенное условіе жизни, что прекращеніе его повлечетъ за собою смерть и что, слѣдовательно, какъ скоро мы можемъ доказать, что ребенокъ дышалъ, то въ силу этого мы можемъ утверждать, что онъ жилъ. Мало того, мы можемъ вполнѣ признать, что въ огромномъ большинствѣ случаевъ единственнымъ доказательствомъ жизни ребенка служитъ обнаруженіе у него дыханія; но этимъ и ограничивается значеніе этого признака. Идти далѣе и утверждать, что не дышавшее дитя не жило — было бы выводомъ, противорѣчащимъ и указаніямъ жизни, и положеніямъ науки [9]). Ребенокъ не дышавшій всетаки могъ бы быть живъ, сердце его могло биться, кровь могла обращаться по его тѣлу, онъ могъ двигаться, могъ даже издавать слабые звуки [10]). Таково, напр., состояніе мнимо-умершаго младенца, приведеннаго въ это положеніе или глубокимъ потрясеніемъ его жизненныхъ силъ, вызванныхъ продолжительными родовыми муками, или какими-либо другими внутренними причинами, задержавшими его жизненную дѣятельность, или когда, напримѣръ, ротъ и глотка младенца наполнены пѣною или околоплодными водами, или когда младенецъ родился въ неразорванныхъ оболочкахъ яйца и т. п. [11]). Если во всѣхъ подобныхъ случаяхъ мать или какое-либо постороннее лицо, присутствующее при рожденіи, вмѣсто того, чтобы оказать ему надлежащее пособіе, прекратили его органическое существованіе, то можетъ ли остаться ихъ дѣяніе безнаказаннымъ?—Разумѣется нѣтъ, законъ нигдѣ не указываетъ подобнаго опредѣленія жизни и экспертъ не можетъ навязать ему подобную теорію, спорную притомъ и въ самой судебной медицинѣ [12]).

Въ самомъ дѣлѣ, въ какомъ состояніи находился младенецъ въ моментъ убійства? Если мы не можемъ сказать, что онъ былъ мертвъ, то мы должны признать его живымъ; наше мышленіе не

---

[7]) См. Neumann, Die preussische Gesetzgebung in Bezug auf die Lebenszeichen des neugeborenen Kindes. G. A. V. стр. 714. Обыкновенно такимъ признакомъ считался крикъ, какъ это принимала еще сабиніанская школа: ut vox ejus audita sit intra quatuor parietes domus, in quae natus est. То же повторяло древне-германское право: «das Kind muss die vier Wände des Hauses beschreien»; слѣды этого воззрѣнія сохранились еще въ прусскомъ земскомъ правѣ. Большинство новѣйшихъ законодательствъ, между прочимъ и наше, не требуетъ даже и для гражданской правоспособности какихъ либо особенныхъ признаковъ жизни, а только ставитъ одно условіе, чтобы ребенокъ родился живымъ. Мейеръ, русское гражданское право, т. I, стр. 77. См. вообще объ этомъ вопросѣ Lövenhard: ist Leben und Athem in foro identisch. G. A. V, стр. 433. У него же болѣе подробныя указанія на литературу, стр. 436—7. См. также G. A. XI, стр. 617.

[8]) Таково, напримѣръ, знаменитое положеніе Каспера: nicht athmen—nicht leben. Того же мнѣнія держится авторъ статьи о дѣтоубійствѣ въ Арх. Суд. Мед. 1868. № 1, стр. 32.

[9]) Какъ это справедливо указываетъ Тардье, Etude medicolégale sur l'infanticide, 1868, стр 40. Шауенштейнъ, Руководство къ изученію судебной медицины, пер. Чацкина, 1865, стр. 186.

[10]) Тардье, в. с. стр. 68, приводитъ въ примѣръ младенца, который издавалъ крикъ и умеръ на другой день, но котораго легкія не плавали и имѣли общій характеръ зародышнаго состоянія.

[11]) См. подробное перечисленіе этихъ причинъ Löwenhardt, Ueber die verschiedenen Arten des Scheintodes des Neugeborenen und dessen rationellen Behandlung. 1843.

[12]) Того же мнѣнія Эли, Гельшнеръ, Оппенгоффъ, Шауенштейнъ, Ловенгардтъ, Тардье. Послѣдній говоритъ, в. с. стр. 70: «отсутствіе въ легкихъ

знаетъ какого-либо переходнаго состоянія между органическимъ бытіемъ и неорганическимъ небытіемъ. Если мы и употребляемъ выраженіе «мнимо-умершій», «мнимо живой», то эти выраженія, по своему содержанію, относятся не къ предмету сужденія, а къ извѣстному состоянію субъекта судящаго. Мнимо-мертвый есть лицо въ дѣйствительности живое, но которое производитъ или должно производить на другихъ впечатлѣніе мертваго. Если кто-нибудь дѣйствительно вовлечется въ заблужденіе и, будучи увѣренъ въ смерти даннаго лица, будетъ относиться къ нему какъ къ мертвому и чрезъ это дѣйствительно причинитъ ему смерть, то, разумѣется, не можетъ быть и рѣчи объ умышленномъ убійствѣ, вопросъ можетъ быть только о преступной неосторожности, небрежности, но причина невмѣненія будетъ заключаться не въ какомъ-либо качествѣ объекта, а въ субъектѣ дѣйствующемъ. Поэтому, вопросъ совершенно измѣняется, когда окажется, что виновный зналъ почему-либо, что это лицо, кажущееся мертвымъ другимъ, въ дѣйствительности живо, и дѣйствовалъ противъ него, какъ противъ живого существа —вмѣненіе будетъ полное.

Оплодотворенное яйцо начинаетъ свою жизнь съ самаго момента оплодотворенія; въ силу этой присущей ему жизненности, оно формируется, дѣлается зародышемъ, зрѣетъ, развивается, и, наконецъ, достигаетъ того момента, когда, по естественному закону развитія, какъ плодъ вполнѣ созрѣвшій, оно должно отдѣлиться отъ организма матери и начать самостоятельную, внѣутробную жизнь.

Этотъ переходъ, разумѣется, вовсе не есть актъ прекращенія жизни, а есть, напротивъ того, естественный, необходимый актъ ея развитія—актъ, въ высшей степени важный и составляющій полный переворотъ въ жизни младенца.

«Утробная жизнь есть жизнь по преимуществу чрезъ кровообращеніе: обмѣнъ веществъ въ организмѣ возбуждается и производится не непосредственнымъ обмѣномъ организма и атмосферы, а посредствомъ кровообращенія.» Кровообращеніе замѣняетъ младенцу и питаніе и дыханіе, и притомъ это кровообращеніе не

способности плавать у новорожденнаго, на которомъ встрѣчаются слѣды преступнаго насилія, не противорѣчитъ формально существованію у него жизни и не устраняетъ возможности допустить, что дитя, хотя и не дышало; но тѣмъ не менѣе жило и погибло жертвою преступленія, но при этомъ необходимо только, чтобы найдены были признаки жизни въ другихъ явленіяхъ, кромѣ дыханія, въ другихъ органахъ, кромѣ легкихъ.»

имѣетъ самостоятельнаго характера, а составляетъ часть кровообращенія матери. Моментъ рожденія двоякимъ образомъ измѣняетъ бытіе младенца: съ одной стороны, прекращается связь его съ организмомъ матери, и кровообращеніе дѣлается самостоятельнымъ, съ другой—кровообращеніе получаетъ надлежащее значеніе въ организмѣ и начинаетъ необходимый для организма обмѣнъ веществъ другими, непосредственными путями. Но невсегда подобный переходъ имѣетъ такой полный характеръ; случаи, разсматриваемые нами, представляютъ наличность только одного изъ элементовъ перехода; они, какъ замѣчаетъ Шауенштейнъ, могутъ быть названы такимъ моментомъ внѣутробной жизни, въ которомъ она, получивъ самостоятельность, не достигла еще той степени напряженности, чтобы ея главное явленіе — процессъ дыханія — произвело надлежащія измѣненія.

Но и противная партія не можетъ и дѣйствительно не называетъ это состояніе младенца смертью, и разборъ сущности ея возраженій еще болѣе убѣждаетъ въ справедливости высказаннаго выше взгляда. Всѣ ея сторонники не отрицаютъ жизнь малютки въ подобныхъ условіяхъ, а указываютъ только на трудность или даже невозможность доказать фактъ ея существованія. Они указываютъ на то, что только дыханіе можетъ дать врачу дѣйствительную точку опоры для опредѣленія жизни ребенка, что явленіе жизни у младенца, находящагося въ мнимо-мертвомъ состояніи, слишкомъ шатки и неточны, что жизнь подобнаго малютки, если и существуетъ, то въ такой слабой формѣ, что нужны еще спеціальныя старанія и усилія, чтобы поддержать эту тлѣющую искру, и что притомъ этотъ успѣхъ будетъ сомнителенъ, что при отсутствіи дыханія — этой первой функціи жизни — какъ сама родильница, такъ и другія лица, присутствующія при рожденіи, могутъ смотрѣть на ребенка какъ на мертво-рожденнаго [13]). Со всѣми этими доводами возможно согласиться вполнѣ, но не вѣренъ дѣлаемый отсюда выводъ. Какъ ни слабы признаки подобнаго существованія, но всетаки возможно, что эта, хотя тлѣющая, жизнь можетъ быть замѣчена нетолько опытнымъ врачомъ, но и другими лицами, находящимися при родахъ, даже самою матерью, не смотря на ея ненормальное положеніе.

[13]) См. Buchner, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin. 1867. § 386. Gans, Von den Verbrechen des Kindermordes. 1824 стр. 123.

Въ силу этого судъ не можетъ освободить отъ отвѣтственности лицо, причинившее смерть новорожденному младенцу, хотя бы трупъ его не представлялъ никакихъ слѣдовъ дыханія, если только, напримѣръ, мать младенца или другія свидѣтели удостовѣряютъ, что они видѣли движеніе младенца, слышали біеніе его сердца, и ихъ показанія имѣютъ полную достовѣрность; если далѣе самъ врачъ находитъ на трупѣ подтеки (suggillationes) и экстравазаты, доказывающіе, что въ минуту ихъ причиненія въ организмѣ младенца существовало кровообращеніе [14]), и когда притомъ, по формѣ, по числу, по мѣсту нахожденія подтековъ и поврежденій, можно предположить, что они причинены по выводѣ младенца изъ утробы.

Но правда, что такая совокупность доказательствъ представляется слишкомъ рѣдко, особенно когда идетъ рѣчь объ умерщвленіи младенца незаконнорожденнаго и самою родильницею, такъ какъ въ подобныхъ случаяхъ присутствіе свидѣтелей представляется только рѣдкимъ исключеніемъ, а показанія самой виновной должны быть принимаемы съ крайней осторожностью, даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда они говорятъ противъ нея, когда ея увѣренія о томъ, что ребенокъ дышалъ, кричалъ и двигался, навлекаютъ на нее всю тяжесть уголовной кары. Опытъ неоднократно указывалъ всю ошибочность подобныхъ заявленій, объясняемую тѣмъ ненормальнымъ психическимъ состояніемъ матери, которое лишало ее возможности отдать отчетъ въ совершающемся вокругъ нея. Съ другой стороны, самые случаи рожденія мнимо-мертвыхъ бываютъ весьма рѣдки, такъ что весь разсматриваемый нами вопросъ не имѣлъ бы почти никакого существеннаго значенія, былъ бы безполезнымъ схоластическимъ споромъ, если бы онъ не давалъ намъ ключа къ разрѣшенію другихъ, болѣе важныхъ и чаще встрѣчающихся случаевъ.

13. Убійство новорожденнаго младенца можетъ быть совершено нетолько немедленно послѣ родовъ, но и въ самый моментъ родовъ, послѣ того какъ началось выдѣленіе плода изъ утробы, напр. по выходѣ изъ нея головы, или верхней части туловища, сдѣлавшемъ возможнымъ нанесеніе поврѣжденій или вообще насильственныя дѣйствія противъ младенца уже не въ утробѣ, а внѣ

[14]) См. подробный анализъ доказательствъ жизни на основаніи состоянія крови и кровообращенія у Тардье, l. c. стр. 70. Ortmann, Eine Frage aus dem Lehre vom Kindermord. G. A. V. стр. 26—7.

ея. Въ подобныхъ случаяхъ хотя самостоятельная, внѣутробная жизнь младенца еще не начиналась, но тѣмъ не менѣе умерщвленіе малютки не можетъ быть уже названо истребленіемъ плода, убійствомъ въ утробѣ. Практика всѣхъ странъ указываетъ, что число подобныхъ посягательствъ весьма значительно, и что здѣсь вопросъ объ отожествленіи жизни съ дыханіемъ представляется особенно важнымъ, какъ это наглядно можно видѣть изъ нѣсколькихъ примѣровъ, взятыхъ мною изъ западной практики [15]).

Въ 1857 г. въ одномъ изъ прусскихъ окружныхъ судовъ разсматривалось дѣло Каролины Ницъ [16]), обвинявшейся въ дѣтоубійствѣ. Эксперты представили въ судъ слѣдующіе главные выводы, добытые изъ наружнаго осмотра и вскрытія трупа:

1) Что дитя совершенно не дышало; 2) что на тѣлѣ и на лицѣ трупа, находятся подтеки (въ техническомъ смыслѣ), а на головѣ проломы черепа съ значительными экстравазатами; 3) что по характеру этихъ поврежденій можно съ достовѣрностью заключить, что они сдѣланы послѣ родовъ, потому что они не могли быть причинены во время нахожденія въ утробѣ безъ поврежденія матери; 4) что поврежденія черепа такого рода, что они безусловно и при всѣхъ обстоятельствахъ должны были причинить смерть; 5) что въ данномъ случаѣ дитя умерло отъ пролома черепа и послѣдовавшей затѣмъ апоплексіи мозга; 6) что, сверхъ того, разныя явленія, замѣченныя въ трупѣ, представляютъ многія симптомы смерти отъ задушенія.

Въ заключеніе эксперты прибавляли, что хотя вообще дѣлать выводы отъ характера ранъ и поврежденій къ жизненности ребенка чрезвычайно затруднительно, но что данный случай представляетъ рѣдкую совокупность доказательствъ, которая даетъ имъ право прійти къ такому выводу:

Что дитя родилось вполнѣ развитымъ и живымъ, но не дышало, потому что дыхательные пути были замкнуты механически дѣйствующею силою, и что въ то же время были нанесены поврежденія черепа, имѣвшія послѣдствіемъ смерть младенца.

Другой случай, сообщаемый Белло [17]), разсматривался въ нор-

[15]) Хотя приведенные далѣе примѣры относятся спеціально къ дѣтоубійству, но легко можно видѣть, что они имѣютъ общее значеніе, такъ какъ подобное убійство можетъ быть совершено, напр., матерью надъ ея законнымъ ребенкомъ, или какимъ-либо другимъ лицомъ, кромѣ матери.

[16]) Ортманъ, l. c. стр 3 и сл.

[17]) Bellot, Rapport sur un infanticide commis sur des jumeaux. Annales

мандскихъ ассизахъ. Обвиняемая родила незаконно прижитаго ребенка и вскорѣ послѣ рожденія раздробила ему черепъ своимъ тяжелымъ деревяннымъ башмакомъ; но едва она успѣла это сдѣлать, какъ почувствовала новыя схватки и догадалась, что у нея двойни, и что преступленіе придется повторить, а потому какъ только показалась голова втораго ребенка, она снова схватила свой деревянный башмакъ и раздробила ему голову, прежде нежели туловище вышло изъ влагалища. При изслѣдованіи, разумѣется, оказалось, что дѣти одинаково развиты, что у обоихъ на черепѣ находятся смертельныя поврежденія, но трупъ одного имѣлъ всѣ признаки, свойственные трупу дышавшему, а у другого ихъ не оказалось; и, слѣдовательно, по теоріи нами оспариваемой, послѣдній долженъ былъ быть признанъ нежившимъ въ моментъ причиненія поврежденій, а дѣяніе подсудимой по отношенію къ нему ненаказуемымъ.

Наконецъ, мы можемъ представить себѣ случай еще болѣе наглядный—что виновный, зная о значеніи дыханія при убійствѣ, немедленно принялъ мѣры къ устраненію возможности доступа воздуха къ дыхательнымъ органамъ младенца и тѣмъ причинилъ ему смерть, напр. задушилъ его во время родовъ.

Врядъ-ли какая-либо практика въ виду положеній, существующихъ во всѣхъ положительныхъ законодательствахъ относительно преступленій противъ жизни, не признаетъ въ случаяхъ этого рода наличности всѣхъ существенныхъ признаковъ убійства; такъ что *всѣ возраженія*, приведенныя мною выше *противъ отождествленія понятій жизни и дыханія* при убійствѣ нимо мершихъ, еще съ большимъ правомъ *могутъ быть примѣнены къ убійству младенца во время самаго акта родовъ*.

14. Резюмируя же всѣ соображенія, относящіяся къ разрѣшенію вопроса о жизненности объекта при убійствѣ, мы находимъ:

что объектомъ убійства можетъ быть только существо, живущее въ моментъ совершенія надъ нимъ преступленія;

---

de hygiene et médecine légale. 1832, т. VIII, p. 199. См. примѣры и литературу вопроса у Тардье, в. с. стр. 72—73; любопытенъ у него случай подъ № XXI. Также Dévergie, commentaire sur l'article 300 du code pénal. Fait d'infanticide sur un enfant, qui n'avait pas respiré. Ibd, т. XVII, p. 400. Спеціально этому вопросу посвященъ трудъ Оливье: L'absence complète de la respiration sur un enfant nouveau-né n'exclue pas la possibilité de l'infanticide. Ibid. т. XXIX, p. 149.

что если при убійствѣ взрослаго лица констатированіе жизненности не представляетъ особенныхъ затрудненій, то при убійствѣ новорожденнаго младенца жизненность его должна быть тщательно обслѣдована и доказана въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ;

что болѣе полнымъ и убѣдительнымъ доказательствомъ существованія жизни должно быть признано дыханіе;

что во всякомъ случаѣ наличность жизни не опредѣляется исключительно дыханіемъ, а потому несуществованіе дыханія въ младенцѣ не уничтожаетъ возможности признанія его живымъ;

что, слѣдовательно, могутъ быть случаи, когда младенецъ и внѣ утробы можетъ продолжать жизнь, сходную съ утробной, т. е. чрезъ кровообращеніе, какъ напр. въ случаяхъ мнимой смерти;

что такой младенецъ, какъ въ медицинскомъ, такъ и въ юридическомъ отношеніи, долженъ разсматриваться живымъ и можетъ быть объектомъ убійства;

что наравнѣ съ нимъ долженъ быть поставленъ младенецъ, убитый во время родовъ, который не можетъ уже быть признанъ плодомъ, находящимся въ утробѣ и у котораго въ тоже время процессъ дыханія еще не начался;

что хотя признаки жизни во всѣхъ этихъ случаяхъ обнаруживаются несравненно трудпѣе, но это раскрытіе ихъ не невозможно;

что пособіемъ въ этомъ случаѣ могутъ быть какъ обстоятельства даннаго дѣла, такъ и анатомическое обслѣдованіе трупа.

15. Но если законъ и теорія ставятъ необходимымъ условіемъ для признанія убійства оконченнымъ, чтобы лицо, на которое посягаетъ виновный, было живо въ моментъ преступленія, то затѣмъ они безразлично относятся къ качеству этой жизни, къ ея энергіи. Другими словами, *вопросъ о жизнеспособности* (viabilitas) объекта, игравшій такъ долго важную роль въ доктринѣ и кодексахъ, почти *потерялъ свое значеніе*.

Подъ жизнеспособностью доктрина понимала способность лица продолжать, сообразно естественному порядку вещей, свое существованіе въ теченіе извѣстнаго болѣе или менѣе продолжительнаго времени; поэтому, вводя это условіе въ составъ убійства, она приходила къ тому выводу, что какъ скоро анатоми-

ческое вскрытіе или какія-либо иныя обстоятельства дѣла обнаружатъ, что жертва преступленія должна была и безъ того окончить ко времени его убійства свое существованіе естественною смертью, то дѣяніе виновнаго измѣняло свой характеръ и признавалось: одними—дѣяніемъ безнаказаннымъ, другими—только покушеніемъ на убійство.

Несостоятельность этого положенія слишкомъ очевидна. Законъ одинаково охраняетъ жизнь зародыша, малютки только-что появившагося на свѣтъ, взрослаго человѣка въ цвѣтѣ силъ и старика, одной ногой ногой уже стоящаго въ гробу. Каковъ бы ни былъ возрастъ человѣка, какъ бы ни былъ малъ срокъ, оставшійся, по теоріи вѣроятностей, до конца его существованія, онъ имѣетъ одинаковое неоспоримое право на продолженіе этого существованія, на охрану его неприкосновенности [18]). Но допустивъ такимъ образомъ, что величина вѣроятной продолжительности жизни не имѣетъ никакого значенія для состава убійства, мы необходимо должны распространить этотъ выводъ и на тѣ случаи, когда эти предѣлы вѣроятной продолжительности жизни обусловливаются не возрастомъ жертвы, а состояніемъ его организма или какими либо иными причинами. Поэтому убійство приговореннаго къ смерти за нѣсколько часовъ до исполненія приговора, убійство больного, находящагося при смерти, даже въ состояніи агоніи, убійство малютки, съ такимъ органическимъ порокомъ, который дѣлаетъ несомнѣннымъ его болѣе или менѣе близкую смерть, и убійство старика, достигшаго, повидимому, предѣла человѣческаго существованія, — будутъ заключать въ себѣ всѣ существенные признаки убійства.

Защитники противоположнаго взгляда [19]) ставятъ обыкновенно на видъ, что степень злостности преступника будетъ въ подобныхъ случаяхъ совершенно иная, что прекращеніе агоніи, избавленіе осужденнаго отъ стыда позорной казни, не могутъ быть постановлены наравнѣ съ обыкновеннымъ убійствомъ. Эти указанія и по моему убѣжденію вполнѣ справедливы: виновность и от-

[18]) F. Hélie, Théorie du code pénal, 1861—1863, т. III, № 1147.

[19]) Одинъ изъ главныхъ защитниковъ этого положенія, Jarke, мотивируетъ свое мнѣніе еще проще: «что подобное лицо не можетъ болѣе жить». См. его обширное изслѣдованіе: Ueber die Lehre von der Tödtung in Hitzig's Zeitschrift für die Criminalrechtspflege in dem preussischen Staten. H. VI, VII, VIII, XXII, XXVII, XXVIII, XXIX.

вѣтственность преступника должна быть иная въ подобныхъ случаяхъ; но защитники этого мнѣнія забываютъ, что, говоря такимъ образомъ, они переходятъ въ совершенно иную область, что, ихъ доводы относятся къ поводамъ и обсужденіямъ, которыми опредѣлилось преступное дѣйствіе [20]), а вовсе не вытекаютъ изъ тѣхъ или другихъ качествъ объекта преступнаго посягательства. Не всякое убійство умирающаго дѣлается ради прекращенія его страданій, не всякое убійство осужденнаго на смерть опредѣляется желаніемъ избавить его отъ стыда и позора. Обобщеніе въ данномъ случаѣ не имѣетъ основанія.

16. Да и *что должны мы понимать подъ выраженіемъ «жизнеспособность»?* Какую вѣроятную продолжительность жизни должны мы допустить для признанія лица жизнеспособнымъ? Необходимо ли для этого, чтобы убитый могъ еще прожить нѣсколько лѣтъ, или хотя бы одинъ мѣсяцъ, нѣсколько часовъ, или одинъ часъ? Если же рѣчь идетъ о младенцѣ, то достаточно ли для этого возможности достичь 8, 9 или 10-ти лѣтняго возраста, или же жизнеспособенъ только тотъ младенецъ, который можетъ дожить до средняго возраста человѣческой жизни? Какъ напр. нужно разсматривать, говоритъ Шауенштейнъ [21]), ребенка, родившагося съ мозговою грыжею, съ расщепленіемъ позвоночника, съ наслѣдственнымъ сифилисомъ въ сильной степени, такъ какъ его жалкое существованіе можетъ длиться въ теченіе нѣсколькихъ недѣль, мѣсяцевъ. Гдѣ данныя, на основаніи которыхъ мы могли бы опредѣлить точно это понятіе? Должны ли эти причины, кроющіяся въ организмѣ убитаго, быть, сами по себѣ, безусловно смертельными, или же достаточно, чтобы онѣ могли произвести смерть только при наличности извѣстныхъ обстоятельствъ; необходима ли извѣстность ихъ существованія для виновнаго, или же достаточно обнаруженія ихъ при позднѣйшемъ вскрытіи трупа?

[20]) См. объ этомъ вопросѣ подробнѣе далѣе, подъ №№ 132 и 147. Еще Algemeines preussisches Landrecht § 835 положительно постановляло, что если изъ обстоятельствъ дѣла окажется, что убитый и безъ того уже стоялъ на краю могилы, то это не освобождаетъ отъ наказанія, назначеннаго за данное преступленіе. Изъ этого правила допускалось только одно исключеніе: если былъ убитъ смертельно раненый или умирающій и притомъ убитъ изъ желанія сократить его страданія. См. Temme, Die Lehre von der Tödtung nach preussischem Rechte. 1839, стр. 43.

[21]) В. с. стр. 169.

Наконецъ, если мы и пріищемъ кокой-либо числовой терминъ, какіе-либо конкретные признаки, опредѣляющіе понятіе нежизнеспособности, то кто въ состояніи опредѣлить, что эти признаки находятся въ наличности въ данномъ, подлежащемъ разсмотрѣнію суда случаѣ? Должно ли быть предоставлено это опредѣленіе врачу?—Но современное состояніе медицины вовсе не даетъ намъ основаній для подобнаго довѣрія. Исходъ болѣзни, даже и вѣрно опредѣленной врачомъ, такъ много зависитъ отъ организма самаго больного, отъ цѣлой массы разныхъ привходящихъ, случайныхъ условій; а врачъ, кромѣ того, можетъ ошибиться, неправильно опредѣлить характеръ болѣзни и ея напряженность. Факты весьма продолжительной жизни лицъ, приговоренныхъ врачами къ немедленной смерти, слишкомъ извѣстны.

Однимъ словомъ, *какъ съ юридической, такъ и съ практической точки зрѣнія, принятіе жизнеспособности въ число необходимыхъ условій убійства оказывается несостоятельнымъ.* И дѣйствительно, эта несостоятельность признана всѣми западными кодексами [22]), признается и нашимъ уложеніемъ, опредѣляющимъ убійство какъ лишеніе жизни, безъ всякихъ дальнѣйшихъ указаній и ограниченій относительно характера и качествъ этой жизни.

Но, какъ я уже указалъ выше, это положеніе одинаково относится какъ къ взрослому человѣку, убитому при концѣ его физическаго существованія, и къ малюткѣ, лишенному жизни немедленно по рожденіи и почему-либо оказавшемуся неспособнымъ продолжать жизни внѣ утробы матери. Все различіе состоитъ въ томъ, что при убійствѣ малютки условія жизнеспособности усложняются, такъ какъ здѣсь для жизни внѣутробной, кромѣ отсутствія извѣстныхъ патологическихъ состояній, требуется еще наличность въ организмѣ ребенка извѣстныхъ анатомическихъ и физіологическихъ условій [23]).

[22]) См. Эли в. с. т. III. № 1047. Oppenhof, Das Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten. 1867, § 175, пр 17. Рѣшеніе берлинскаго Ober-tribunal'a 1866 года. Herbst, Handbuch des österreichischen Strafrechts. 1866, § 174, пр. 2.

[23]) Abegg, Ueber die Erforderniss der Lebensfähigkeit bei dem Thatbestande der Kindestödtung in der Zeitschrift für deutsches Recht. B. XXIX, с 407 Stübel, Ueber Thatbestand, § 102 и сл., совершенно вѣрно замѣчая, что право жить одинъ часъ также священно, какъ и право жить 80 лѣтъ, тѣмъ не менѣе требуетъ для состава дѣтоубійства жизнеспособности младенца.

Поэтому нежизнеспособнымъ, хотя и родившимся живымъ, можетъ быть младенецъ:

1) или потому, что онъ не достигъ въ материнской утробѣ того періода зрѣлости, который дѣлаетъ возможнымъ жизнь внѣутробную;

2) или потому, что хотя онъ родился и своевременно, принадлежащемъ развитіи, но анатомическое строеніе его представляетъ такія аномаліи, которыя лишаютъ его возможности продолжать свое существованіе и подводятъ подъ общую категорію уродовъ — monstra;

3) или, наконецъ, потому, что хотя онъ и не можетъ быть подведенъ подъ понятіе урода и родился зрѣлымъ, но тѣмъ не менѣе въ его организмѣ заключаются такія болѣзни и пороки, которыя въ болѣе или менѣе скоромъ времени повлекутъ за собою смерть.

Но это, такъ сказать, усложненіе причинъ нежизнеспособности не можетъ всетаки имѣть никакого отношенія къ принципу вышеуказанному. Какъ бы ни была кратковременна вѣроятная продолжительность жизни младенца, и отъ какихъ бы причинъ не зависѣла эта кратковременность, если только малютка былъ живъ, то прекращеніе его существованія будетъ убійствомъ, кѣмъ бы оно не было совершено.

А между тѣмъ многіе теоретики, многіе положительные кодексы, особенно прошлаго и начала нынѣшняго столѣтія [24]), признавая это положеніе относительно убійства взрослаго, отрицаютъ его при убійствѣ новорожденнаго, въ особенности, если оно было совершено его матерью, и если притомъ младенецъ былъ прижитъ внѣ брака.

Но подобное ограниченное признаніе жизнеспоообности является

[24]) Въ германскихъ кодексахъ это требованіе объясняется исторически. Каролина поставила условіемъ дѣтоубійства, чтобы дитя было не только «lebendig», но и «gliedmässig», и тѣмъ самымъ какъ бы переносила въ область уголовнаго права постановленія обще-нѣмецкаго гражданскаго права, ставящаго жизнеспособность условіемъ правоспособности. При этомъ самое выраженіе Каролины «gliedmässig» сдѣлалось предметомъ нескончаемыхъ литературныхъ споровъ, которые для насъ, впрочемъ, не имѣютъ ни малѣйшаго значенія. См. обзоръ различныхъ мнѣній у Вехтера, Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts. 1826, т. II, § 165. Главнѣйшими защитниками условія жизнеспособности, кромѣ старыхъ нѣмецкихъ писателей, какъ Карпцова, Кресса, являются. Фейербахъ, внесшій его и въ баварское Уложеніе 1813, Гансъ, Россгиртъ, Карминьяни, Карно, Рогровъ, Morin; contra: Генке, Мартинъ, Абеггъ, Шпангенбергъ, Эли, Буатаръ, Бухнеръ, Тардье и др.

уже совершенно нелогичнымъ. Если для убійства безразлично, было ли убито лицо за нѣсколько минутъ до его естественной смерти, или въ полномъ цвѣтѣ жизни, если этотъ признакъ безразличенъ, когда убійство только-что рожденнаго было совершено не матерью, а постороннимъ лицомъ, или ею, но не подъ вліяніемъ родовыхъ мукъ,—то мы не можемъ подъискать никакой причины, по которой это правило измѣнялось бы при дѣтоубійствѣ въ техническомъ смыслѣ этого слова. Дѣтоубійство [25]) представляетъ одинъ изъ видовъ родового понятія убійства, и, слѣдовательно, должно заключать въ себѣ всѣ тѣ признаки, которые не отрицаются, или не видоизмѣняются его спеціальными, характеристическими условіями, а именно этого мы и не видимъ въ данномъ случаѣ. Исходная точка, съ которой смотритъ законъ на дѣтоубійство, заключается въ особенномъ психическомъ состояніи родильницы, и сообразно съ этимъ строится весь составъ преступленія; но очевидно, что это состояніе не можетъ имѣть никакого отношенія къ тому качеству младенца, которое мы называемъ жизнеспособностью. Если вообще понятіе этого признака довольно неопредѣленно, если даже и опытный врачъ рѣдко въ состояніи рѣшить, какъ долго можетъ прожить ребенокъ, какъ сильна у него, если можно такъ выразиться, энергія жизни, то еще труднѣе подобное опредѣленіе для матери, въ эпоху ея родильныхъ страданій. Съ другой стороны, если законъ признаетъ убійствомъ лишеніе кѣмъ-либо, кромѣ матери, жизни младенца, хотя бы совершенно нежизнеспособнаго, то еще менѣе основаній не признать таковымъ и освободить отъ наказанія мать, которая, видя движеніе дитяти, слыша его дыханіе и крикъ, какъ бы слабы они ни были, поднимаетъ на него преступную руку.

Къ этому пришли дѣйствительно большинство новѣйшихъ кодексовъ, а между ними и наше Уложеніе, умалчивающее и при дѣтоубійствѣ, какъ и при убійствѣ вообще, объ условіи жизнеспособности. Если это условіе признаютъ даже и тѣ законодательства, которыя, какъ code Napoléon, для гражданской правоспособности требуютъ жизнеспособности [26]), то тѣмъ болѣе

[25]) Подробнѣе объ этомъ смотри въ главѣ третьей.

[26]) Чрезвычайно вѣрно говоритъ объ этомъ Эли, в. с. т. III, № 1072: «Законъ требуетъ, чтобы дитя родилось живымъ, но вовсе не требуетъ жизнеспособности; противное мнѣніе основывается на ст. 725 гражд. код., признающаго подобное существо неспособнымъ къ наслѣдованію. Но это постановленіе не даетъ намъ права примѣнять его и къ уголовному закону. Уголовный законъ не говоритъ о степени жизненности, которою должно обладать дитя для того, чтобы его убійство считалось преступленіемъ; онъ не опредѣляетъ степени его зрѣлости и развитія, онъ требуетъ только, чтобы младенецъ существовалъ, какъ бы бренно ни было его существованіе. Даже не необходимо, чтобы онъ жилъ полною внѣутробною жизнью, т. е. чтобы онъ дышалъ; достаточно, чтобы эта жизнь уподоблялась тлѣющему, потухающему огню, чтобы законъ призналъ преступленіемъ ея отнятіе.» См. Chatagnier, De l'infanticide 1855, стр. 25—53. Blance, Etudes pratiques sur le code pènal. т. IV, № 503—4. Oppenhoi, в. с, § 180, пр. 7.

справедливо признаніе его въ нашемъ правѣ, такъ въ немъ, какъ справедливо говоритъ Мейеръ [27]), «большая или меньшая продолжительность жизни ребенка не имѣетъ никакого вліянія на его правоспособность, и одной минуты жизни достаточно, чтобы родившійся считался субъектомъ правъ.

18 Мало того, это *отсутствіе жизнеспособности* въ ребенкѣ, бывшемъ объектомъ убійства, нетолько не имѣетъ вліянія на составъ преступленія, но какъ таковое *даже не можетъ быть причиною болѣе или менѣе значительнаго смягченія наказанія*, какъ признано это напр. въ кодексахъ Саксоніи, Бадена, Брауншвейга [28]). Очевидно, что и съ этой стороны убійство новорожденнаго его матерью или другимъ лицомъ не можетъ отличатся отъ убійства вообще; а потому при нежизнеспособности объекта виновный можетъ заслуживать снисхожденія только въ такомъ случаѣ, когда, мотивы, опредѣлившіе его дѣятельность вызываютъ и даже требуютъ подобнаго снисхожденія, т. е. когда, напримѣръ, это убійство малютки было вызвано только чувствомъ состраданія къ его несчастному положенію, когда мать или вообще виновный разсматривалъ и дѣйствительно могъ разсматривать свой поступокъ какъ благодѣяніе для ребенка.

19. Но поставивъ общимъ правиломъ, что нежизнеспособность объекта, отъ какихъ бы причинъ она ни зависѣла, не имѣетъ вліянія на отвѣтственность виновнаго, *мы повидимому встрѣчаемъ одно исключеніе* нетолько въ исторіи права, но даже и въ нѣкоторыхъ дѣйствующихъ кодексахъ, какъ напр. въ нашемъ Уложеніи—*это именно убійство урода*.

[27]) В. с. стр. 77.

[28]) Саксонское уложеніе, § 159. Наказаніе смягчается на половину, если можно съ достовѣрностью или съ большою вѣроятностію предположить, что дитя, родившіеся живымъ, неспособно къ продолженію жизни. Еще снисходительнѣе баденское, § 219.

Римское право [29]), предоставляя отцу полное право жизни и смерти надъ дѣтьми, само собою разумѣется, включало сюда и право умерщвленія уродовъ, но кромѣ того, подобно праву греческому, оно шло относительно ихъ еще далѣе, и отчасти изъ политическихъ, отчасти изъ религіозныхъ взглядовъ, видѣло въ подобномъ убійствѣ нетолько право, но и обязанность, не признавая подобныхъ уродовъ за человѣка: «non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur» (14 Dig. de statu hom. 1. 5.); оно считало убійство ихъ вполнѣ дозволеннымъ: «monstrosos partus sine fraude coeduntо».

Это положеніе признавала и средневѣковая юриспруденція. Подъ вліяніемъ мистическихъ воззрѣній на сверхъестественное происхожденіе подобныхъ существъ, разсматривая ихъ или какъ продуктъ таинственной связи съ дьяволомъ (succubus u incubus), или какъ помѣсь человѣка и животнаго, нетолько глоссаторы, но и позднѣйшіе юристы, итальянскіе и голландскіе, считали убійство ихъ дѣяніемъ вполнѣ дозволеннымъ [30]).

Эта сила предразсудка была такъ велика, что безплодны были стремленія каноническаго права разсѣять эти воззрѣнія. Напрасно пыталось оно провести то начало, что всякое существо, рожденное отъ человѣка, должно быть охраняемо закономъ, какъ имѣющее человѣческую душу. Даже между канонистами и отцами церкви [31]) проглядывали нерѣдко противоположные взгляды или по крайней мѣрѣ встрѣчались сомнѣнія, напр., въ томъ, что можно ли крестить и погребать по христіанскимъ обрядамъ подобныхъ уродовъ.

Эти двѣ противоположныя системы и ихъ борьба опредѣлили и позднѣйшую исторію этого вопроса.

Каролина, саксонскія конституціи и вообще общенѣмецкое право, ставя условіемъ дѣтоубійства жизнеспособность младенца, требуя для его состава членоразвитость дитяти (Gliedmässigkeit), разумѣется должно было исключить изъ числа объектовъ этого преступленія уродовъ.

Это же начало проводило и позднѣйшее партикулярное право,

[29]) См. подробныя указанія по этому вопросу у München'a, Das Kanonische Gerichtsverfahren und Strafrecht. 1866, т. II, стр. 367 и сл. Его попытка доказать, что и по римскому праву убійство уродовъ не было безнаказанно, опровергается отчасти приведенными имъ же цитатами изъ дигестъ, а въ особенности разсказомъ Ливія изъ временъ пуническихъ войнъ. См. Шпилевскій, Семейныя власти, стр. 160.

[30]) См. Scrzeczka G. A. XIV, s. 517.

[31]) München, в. с., стр. 371, пр. 1, и стр. 373.

даже до конца XVIII ст. Такъ прусское земское право 1794 года признавало, что умерщвленіе урода, или, какъ оно говорило, существа, не имѣющаго человѣческаго образа, не можетъ считаться убійствомъ. Но такъ какъ оно въ тоже время обязывало всѣхъ и каждаго питать и вообще поддерживать существованіе и подобныхъ выродковъ и съ этою цѣлью создавало даже цѣлый рядъ полицейскихъ правилъ, то и умерщвленіе уродовъ разсматривалось какъ полицейскій проступокъ.

Постановленія кодексовъ раздѣляла и доктрина. Ненаказуемость убійства уродовъ была признаваема какъ общее правило — этотъ взглядъ проводили нетолько Квисторпъ и Мейстеръ, но и Фейербахъ и Грольманъ, и даже позднѣе Россгиртъ, Мартинъ, Гефтеръ и др. [32]). Нѣкоторые изъ нихъ, впрочемъ, пытались сдѣлать при этомъ кой какія ограниченія, допуская, напр., ненаказуемость только по отношенію къ убійству уродовъ въ тѣсномъ смыслѣ «eigentliche Missgeburten», причемъ самое понятіе «eigentliche» было и весьма разнообразно и неопредѣленно. Другіе, подобно прусскому земскому праву, выдѣляя подобное умерщвленіе изъ понятія убійства, считали его однако полицейскимъ проступкомъ на томъ основаніи, что частныя лица не имѣютъ права опредѣлять, можетъ ли быть признанъ данный младенецъ уродомъ или нѣтъ.

Что касается до дѣйствующихъ кодексовъ, то они держатся двоякой системы. Большая часть изъ нихъ вовсе не упоминаетъ о случаяхъ этого рода, предоставляя, слѣдовательно, практикѣ рѣшить вопросъ о томъ, могутъ ли они быть подведены подъ понятіе убійства или нѣтъ. Такъ поступаютъ кодексы французскій, прусскій, австрійскій, новобаварскій и германскій [33]).

[32]) См. Фейербахъ, Sehrbuch des deutschen peinlichen Rechts. 1848 § 207. пр. 6. Stübel, über Thatbestand. § 97.

[33]) Такимъ образомъ французская практика (Эли, в. с. № 1047) говоритъ: «всякое твореніе какъ бы странно и уродливо оно не было, если оно рождено человѣкомъ, должно пользоваться покровительствомъ закона». Въ Пруссіи Ober-tribunal въ рѣшеніи отъ 25 мая 1853 (G. A. I s. 396) высказалъ было прежде, хотя и косвенно, тотъ взглядъ, что для понятія убійства необходимъ элементъ жизнеспособности, но впослѣдствіи отказался отъ этого взгляда. Hälschner, System des preussischen Strafrechts, т. Ie 1868. стр. 72 говоритъ, что младенецъ, лишенный человѣческаго образа, не можетъ быть названъ человѣкомъ и его истребленіе—убійствомъ, но затѣмъ прибавляетъ, что подобное существо не можетъ жить, а что всякій человѣческій плодъ, *рожденный живымъ*, есть человѣкъ и не можетъ быть признанъ уродомъ.

Другіе же считаютъ необходимымъ сдѣлать спеціальныя постановленія о случаяхъ этого рода, причемъ наказаніе сравнительно съ убійствомъ вообще полагается въ гораздо меньшемъ размѣрѣ. Такъ брауншвейгскій кодексъ [34]) § 150 опредѣляетъ:

Кто самовольно лишитъ жизни плодъ, рожденный живымъ, но не имѣющій человѣческаго образа, тотъ подлежитъ тюремному заключенію до 6 недѣль или соотвѣтствующему денежному штрафу.

20. Что касается до нашего права, то хотя подобные случаи впервые упоминаются въ указахъ Петра В.; но тѣмъ неменѣе наши лѣтописи представляютъ намъ несомнѣнныя указанія на существованіе такихъ же мистическихъ воззрѣній народа на происхожденіе подобныхъ существъ, какое мы видимъ и на западѣ. Рожденіе уродовъ, какъ нѣчто сверхъестественное, заносилось лѣтописцемъ въ число примѣтъ, предвѣщающихъ какое-либо бѣдствіе или несчастіе для цѣлой страны; въ число провозвѣстниковъ гнѣва и кары Божіей, ниспосылаемой народу за его грѣхи. Очевидно, что при этихъ условіяхъ не могло быть и рѣчи о признаніи за подобными существами общихъ правъ человѣческихъ, и истребленіе ихъ не могло быть поставлено въ число караемыхъ закономъ случаевъ убійства.

Такимъ образомъ *первый запретъ дѣйствій этого рода относится только къ эпохѣ Петра*, да и тамъ вызывается совершенно особыми, оригинальными цѣлями.

Вводя въ преобразуемое государство западную науку, Петръ заботился и о томъ, чтобы доставить ей необходимыя пособія, и заводилъ съ этою цѣлью кунсткамеры, кабинеты, собранія рѣдкостей. Разумѣется, при этомъ явилась необходимость собрать и рѣдкія, уродливыя явленія животнаго царства, и немедленно за этимъ создается и новое тяжкое преступленіе: скрытіе отъ правительства подобныхъ рѣдкостей, или ихъ умерщвленіе.

Въ 1704 г. января 28 [35]) постановляется: «Во всѣхъ приходахъ сказать Его Великаго Государя указъ, *подъ смертною казнью*, чтобы повивальныя бабки рождаемыхъ младенцевъ, которые родятся особымъ нѣкакимъ видомъ, или несущественнымъ образомъ, или какимъ чудомъ, *не убивали и не таили*, а объявляли про нихъ тѣхъ приходовъ священникамъ, а священники же про то объявляли въ монастырскомъ приказѣ боярину Мусинъ-Пушкину».

Еще подробнѣе развивается это требованіе въ указѣ 13 февраля 1718 г. [36]):

«Понеже извѣстно есть, что какъ въ человѣческой породѣ, такъ и въ звѣрской и въ птичьей случается, что родятся монстра, т. е. уроды, которые всегда во всѣхъ государствахъ собираются для диковинъ, чего для предъ нѣсколькими лѣтами уже указъ сказанъ, чтобъ такіе приносили, обѣщая платежъ за оные, которыхъ нѣсколько уже и принесено..... Однакожъ въ такомъ великомъ государствѣ можетъ быть болѣе; но таятъ невѣжды, чая, что такіе уроды родятся отъ дѣйства діавольскаго, чрезъ вѣдовство и порчу: чему быти невозможно, ибо единъ творецъ всея твари — Богъ, а не діаволъ, которому ни надъ какимъ созданіемъ власти нѣтъ; но отъ поврежденія внутренняго, также отъ страха и мнѣнія матернего во время бремени, какъ тому есть многіе примѣры, чего испужается мать, такіе знаки на дитяти бываютъ; также когда ушибется, больна будетъ, и прочее. Того ради паки сей указъ подновляется..... и приносителямъ за то будетъ дована плата, а именно: за человѣческую по 10 рублей...., а за живую человѣческую по 100 рублей....; а ежели гораздо чудное, то дадутъ и болѣе, буде же съ малою отмѣною предъ обыкновеннымъ, то меньше. Еще жъ и сіе прилагается, что ежели у нарочитыхъ родится, и для стыда не захотятъ принести, и на то такой способъ, чтобъ тѣ неповинны были сказывать, кто принесетъ, а коменданты неповинны ихъ спрашивать: чье, но, принявъ, тотчасъ деньги давъ отпустить. А ежели кто противъ сего указа будетъ таить, на такихъ возвѣщать, а кто обличенъ будетъ, на томъ *штрафу брать вдесятеро* противъ платежа за оныя, и тѣ деньги отдавать извѣтчикамъ».

Какъ ни велико различіе наказуемости, полагаемой въ томъ и другомъ указѣ отъ смертной казни до денежнаго взысканія въ 100 и 1000 рублей, но легко можно видѣть, что законъ, дѣлая эти постановленія, вовсе не имѣлъ въ виду младенца-урода и охрану его правъ, а преслѣдовалъ совершенно особыя, чисто полицейскія цѣли.

[34]) Къ этой же категоріи нужно причислить кодексы саксонскій и баденскій, такъ какъ они вообще назначаютъ за убійство нежизнеспособныхъ младенцевъ значительно смягченное наказаніе, а сюда подойдетъ убійство урода.

[35]) П. С. З. т. IV, № 1964.

[36]) П. С. З. т. V, № 3152.

21. Это начало хотя и сохранилось отчасти въ постановленіяхъ свода 1832 года, въ уставѣ врачебномъ, но рядомъ съ нимъ уже *сводъ законовъ уголовныхъ выставилъ совершенно новый взглядъ, въ силу котораго и уродъ разсматривался какъ человѣкъ, жизнь котораго гарантируется закономъ*. Такимъ образомъ 345 ст. (изд. 1832) постановляла:

Повивальная бабка, обличенная въ умышленномъ умерщвленіи младенца, хотя бы онъ родился и уродомъ, подлежитъ наказанію кнутомъ и каторжной работѣ.

Это же положеніе, только въ болѣе обобщенномъ видѣ, приняли и редакторы дѣйствующаго Уложенія, въ ст. 1469:

«Кто вслучаѣ, когда какою-либо женщиною будетъ рожденъ младенецъ чудовищнаго вида или даже не имѣющій человѣческаго образа, вмѣсто того, чтобы донести о семъ надлежащему начальству, лишитъ сего урода жизни, тотъ за сіе, по невѣжеству или суевѣрію, посягательство на жизнь существа, рожденнаго отъ человѣка и слѣдственно имѣющаго человѣческую душу, приговаривается:

«Къ лишенію всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ, правъ и преимуществъ и къ ссылкѣ на житье въ Сибирь или къ отдачѣ въ исправительныя арестантскія роты по 5-й степени 31-й статьи сего Уложенія.

«Сверхъ того, если онъ христіанинъ, то предается церковному покаянію по усмотрѣнію своего духовнаго начальства».

Какъ-бы въ дополненіе къ этому указано въ 880 ст., что повивальная бабка, не донесшая городовому акушеру или Врачебной Управѣ о родившемся странномъ и необыкновенномъ уродѣ, подвергается за сіе денежному взысканію не свыше 10 руб. [37]). И между тѣмъ какъ 880 ст. имѣетъ исключительно въ виду полицейскую цѣль, которая преслѣдовалась еще Петровскимъ законодательствомъ, статья 1469 главнымъ образомъ имѣетъ въ виду уголовную сторону вопроса, и изъ ея содержанія обнаруживается: 1) что существованіе урода признается по закону жизнью, также

[37]) Еще подробнѣе развиваетъ это 179 ст. Устава Врачебнаго: «когда родится странный и необыкновенный уродъ или младенецъ чудовищнаго вида, или даже не имѣющій человѣческаго образа, то бабка, бывшая при родахъ, не должна лишать сего урода жизни, но объ этомъ немедленно и обстоятельно доносить городовому акушеру или Врачебной Управѣ, смотря по удобности мѣста.» Постановленія Свода заимствованы цѣликомъ изъ устава повивальнымъ бабкамъ 1789 сент. 20 п. 7. П. С. З. т. XXIII, № 16.804.

какъ и существованіе всякаго другого лица, и ея уничтоженіе считается убійствомъ, и 2) что тѣмъ неменѣе отвѣтственность за него полагается совершенно иная, чѣмъ за обыкновенное убійство.

Поэтому и мы должны обратить вниманіе на два главные пункта: какими же началами и насколько оправдывается подобное выдѣленіе случаевъ умерщвленія урода, и затѣмъ что понимаетъ подъ этимъ закономъ?

22. Причины, по которымъ убійство урода можетъ быть выдѣлено изъ понятія убійства вообще, сводятся къ двумъ родамъ. Онѣ могутъ заключаться въ характерѣ объекта, въ томъ мистическомъ взглядѣ, такъ долго господствовавшемъ, какъ мы видѣли, въ средніе вѣка, въ силу котораго существа этого рода не признавались людьми, а результатомъ сверхъестественныхъ отношеній. Нечего и говорить о томъ, что вмѣстѣ съ развитіемъ знаній, а, съ другой стороны, подъ вліяніемъ каноническаго права безслѣдно исчезъ и подобный взглядъ, и не въ немъ нужно искать причину выдѣленія убійства урода въ нашемъ Уложеніи, которое прямо указываетъ, что уродъ есть все-таки существо, имѣющее человѣческую душу и, слѣдовательно, человѣкъ. Далѣе, полное отсутствіе жизнеспособности въ подобномъ младенцѣ, всегда встрѣчающееся въ тѣхъ немногихъ случаяхъ, гдѣ онъ появляется на свѣтъ еще живымъ, также не можетъ быть признано причиною выдѣленія, такъ какъ это условіе не признается Уложеніемъ необходимымъ для убійства, а, разумѣется, между ребенкомъ нежизнеспособнымъ по причинамъ анатомическимъ, по неправильному его строенію, или по причинамъ паталогическимъ, въ силу пораженія его организма какою либо неизлечимою болѣзнью,—нѣтъ никакого различія.

Поэтому основанія *подобнаго изъятія нужно искать не въ жертвѣ преступленія, а въ его виновникѣ, въ характерѣ его воли*. Законъ, ставъ на истинную точку зрѣнія, признавая урода—человѣкомъ, не можетъ однако забывать, что въ народѣ живутъ еще и весьма упорно взгляды стараго времени, что весьма часто смотрятъ на рожденіе урода какъ на наказаніе Божіе, какъ на источникъ стыда и позора для семьи, и что поэтому его убійство можетъ быть вызвано и въ извѣстной степени извиняемо суевѣріемъ и невѣжествомъ. Затѣмъ, самый видъ страданій, претерпѣваемыхъ этими существами въ эпоху ихъ кратковременной жизни, разоча-

рованіе отца или матери въ ихъ надеждахъ,—все это вмѣстѣ взятое можетъ дѣйствительно послужить достаточнымъ основаніемъ снисхожденія къ виновному, и съ этой стороны, какъ мнѣ кажется, нельзя не отдать предпочтенія системѣ, принятой въ Уложеніи, предъ противоположною системою Австріи или Франціи, по которой убійство урода вполнѣ сравнивается съ убійствомъ вообще.

Но при этомъ нельзя не замѣтить, 1) что, проводя послѣдовательно этотъ взглядъ, Уложеніе должно было оттѣнить тѣ случаи, когда подобное убійство произведено членами семьи—въ особенности отцемъ или матерью, отъ тѣхъ, гдѣ оно произведено лицами посторонними, и 2) что оно совершенно напрасно примѣшало сюда старую полицейскую точку зрѣнія, только затемняющую смыслъ статьи. Въ самомъ дѣлѣ, говоря: «вмѣсто того, чтобы донести о семъ надлежащему начальству, лишитъ его жизни», оно какъ-бы даетъ возможность предположить, что если виновный учинитъ убійство урода, увѣдомивъ полицію о его рожденіи, то онъ освобождается отъ отвѣтственности,—т. е. допускаетъ возможность толкованія, противорѣчащаго всему содержанію данной статьи, по которому убійство урода есть всетаки одинъ изъ видовъ убійства, которое разрѣшено полиціею быть не можетъ. Точно также неудачно и указаніе закона на мотивы дѣйствія, на то, чтобы это убійство было совершено по невѣжеству или суевѣрію, потому что сюда же вполнѣ подойдетъ и убійство напр. урода изъ стыда или какихъ-либо иныхъ побужденій [38]).

23. Справедливость этихъ выводовъ подтверждается между прочимъ и самимъ опредѣленіемъ понятія урода въ Уложеніи.

Понятіе уродливости есть вещь относительная. Анатомы называютъ уродствомъ всякое отклоненіе отъ нормальнаго устройства человѣческаго организма. Поэтому долженъ быть одинаково названъ уродомъ и человѣкъ, имѣющій заячью губу, шестипалый и т. д., какъ и младенецъ, лишенный какихъ-либо существенныхъ органовъ, напр. безголовый, лишенный черепа, легкихъ, дыхательнаго горла, или родившійся съ недоразвитыми, или неправильно сформированными органами, или наконецъ съ излишествомъ извѣстныхъ органовъ, напр. двуголовый съ однимъ туловищемъ,

[38]) См. Лохвицкій, Курсъ русскаго уголовнаго права 1866. стр. 503. Онъ справедливо замѣчаетъ, что это выраженіе приведено не какъ необходимое условіе, а только какъ украшеніе.

двутуловищный съ одной головой и т. д. [39]). Но очевидно, что это различіе должно имѣть большое значеніе съ юридической точки зрѣнія, и не всякій уродъ въ патолого-анотомическомъ смыслѣ можетъ быть подводимъ подъ это понятіе въ правѣ уголовномъ.

Въ послѣднемъ смыслѣ *опредѣленіе понятія урода зависитъ главнымъ образомъ отъ той исходной точки зрѣнія, съ которой смотритъ законъ на его убійство.* Если онъ видитъ причину выдѣленія этого преступленія въ характерѣ объекта, то опредѣленіе урода ставится въ зависимость отъ значенія этихъ неправильностей и уклоненій для дальнѣйшаго существованія младенца. Поэтому уродами могутъ быть напр. названы младенцы, не имѣющіе органовъ, безъ которыхъ не мыслимо развитіе ума, какъ главнаго отличія человѣка отъ животныхъ [40]), или же родившіеся съ такимъ ненормальнымъ строеніемъ органовъ, которое дѣлаетъ невозможнымъ продолженіе его жизни [41]). Если же, наоборотъ, законъ при убійствѣ урода обращаетъ главное вниманіе на субъективную сторону, то рѣшительное значеніе получаютъ только тѣ аномаліи, которыя придаютъ ему характеръ урода въ глазахъ другихъ лицъ. Такъ именно смотритъ на этотъ вопросъ и Уложеніе, опредѣляя урода, какъ младенца чудовищнаго вида или даже не имѣющаго человѣческаго образа [42]). Оттого напр. уродомъ не можетъ быть названъ ни въ какомъ случаѣ младенецъ, рожденный съ прободеніемъ или разрывомъ грудобрюшной перепонки, или съ замкнутою задпепроходною кишкою, хотя по отношенію къ жизнеспособности между нимъ и ребенкомъ, родившимся безголовымъ или двуголовымъ, не будетъ существенной разницы.

[39]) См. Шауенштейнъ, в. с. стр. 170.

[40]) Это опредѣленіе господствовало еще въ началѣ нынѣшняго столѣтія.

[41]) Это мнѣніе, весьма распространенное въ судебной медицинѣ, особенно ясно формулировано Касперомъ. Оно, очевидно, находится въ полной зависимости отъ признанія жизнеспособности необходимымъ условіемъ убійства и слишкомъ распространяетъ понятіе урода. См. Contra: Szrzeczka, в. с. в. 517.

[42]) Это опредѣленіе было формулировано еще общимъ и русскимъ земскимъ правомъ. Ср. Бернеръ, Учебникъ уголовнаго права въ русскомъ переводѣ, стр. 124. Hälschner, System, II. стр. 72 См. также Мейеръ, в. с. т. I, стр. 78: «въ нашемъ правѣ все зависитъ отъ индивидуальнаго случая: если родившееся существо по образу своему можетъ быть признано человѣкомъ, то оно должно считаться субъектомъ правъ, какова бы ни была его голова, въ противномъ случаѣ—нѣтъ.»

Поэтому въ тѣхъ, правда, слишкомъ исключительныхъ случаяхъ, когда разсмотрѣніе подобнаго умерщвленія доходитъ до суда, медикъ-экспертъ долженъ обращать главное вниманіе не на физіологическое значеніе подобныхъ ненормальностей строенія ребенка, а на ихъ внѣшній видъ, и самое разрѣшеніе вопроса о томъ, былъ ли данный младенецъ уродъ, есть вопросъ чисто фактическій, подлежащій разсмотрѣнію присяжныхъ, который можетъ быть поставленъ или отдѣльно и самостоятельно, или эвентуально, вмѣстѣ съ вопросомъ объ убійствѣ, въ такой формѣ:

«Былъ ли младенецъ, умерщвленный обвиненнымъ, чудовищнаго вида, или не былъ ли онъ существомъ, не имѣющимъ человѣческаго образа.»

§ 3. Преступная воля.

24. Первые два разсмотренные нами элемента состава убійства относились къ лицу дѣйствующему — виновнику, и лицу страдающему—объекту убійства; теперь мы переходимъ къ разсмотрѣнію того отношенія, въ которомъ выполняется, такъ сказать, понятіе убійства въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ—къ самому *дѣянію*. Это дѣяніе, какъ и при всякомъ другомъ преступленіи, представляетъ двѣ стороны: внутреннюю — *преступную* волю и внѣшнюю — самое *дѣйствіе*, въ которомъ проявляется эта воля.

Прежде всего мы подвергнемъ анализу первый элементъ.

Насильственное лишеніе жизни съ этой стороны, какъ я уже замѣтилъ, относится къ разряду тѣхъ преступленій, которыя даютъ намъ возможность провѣрить и примѣнить всѣ различныя оттѣнки ученія объ этомъ вопросѣ, такъ какъ случаи, сюда относящіеся, представляютъ самое полнѣйшее разнообразіе воли, начиная съ самыхъ низшихъ ея формъ и до высшихъ. Это видоизмѣненіе и постепенность воли мы всего легче можемъ прослѣдить, представивъ для примѣра нѣсколько случаевъ этого рода:

А кроетъ крышу, принявъ всѣ мѣры предосторожности относительно проходящихъ, но внезапно поднявшійся вихорь вырываетъ у него изъ рукъ желѣзный листъ; относитъ его далеко по улицѣ и убиваетъ прохожаго. А дѣйствовалъ вполнѣ сознательно, обдумавъ всѣ послѣдствія, могущія произойти, по естественному ходу вещей, изъ его дѣйствій, и матеріальный *вредъ возникаетъ* въ данномъ случаѣ, слѣдовательно, *отъ стеченія обстоятельствъ, которыя онъ* не только не предвидѣлъ, но и *не могъ предвидѣть*— подобное умерщвленіе мы называемъ случайнымъ—casus.

А сбрасываетъ съ крыши снѣгъ, не поставивъ никого для предупрежденія проходящихъ, на поворотѣ изъ сосѣдней улицы. Б проходитъ мимо, попадаетъ подъ глыбу снѣга, которая его и убиваетъ. Самый обыкновенный опытъ въ подобномъ случаѣ могъ указать А, что изъ его дѣйствія легко можетъ произойдти подобный результатъ, а потому сознательное *совершеніе* имъ въ данномъ случаѣ такого *дѣйствія, результатомъ котораго, болѣе или менѣе легко предвидимымъ, была смерть Б*,—даетъ намъ право обвинить А. въ преступной небрежности или безпечности—culpa.

А видитъ, что въ тотъ моментъ, когда онъ сбрасываетъ съ крыши снѣгъ, внизу проходитъ человѣкъ, сознаетъ, далѣе, что этотъ снѣгъ легко можетъ упасть на проходящаго и убить его, но думаетъ, надѣясь на свою силу и ловкость, перекинуть глыбу далѣе той черты, по которой проходитъ Б; надежды его не сбылись, Б. убитъ. Въ данномъ случаѣ, сознавая свое дѣйствіе, А *предвидѣлъ и результаты*, которые могутъ изъ него возникнуть, *но надѣялся почему либо избѣжать ихъ*, и вредныя послѣдствія, имъ причиненныя, мы относимъ къ его преступной самонадѣянности— luxuria, culpa lata, dolo proxima.

А устроилъ для потѣхи маленькій подкопъ и начинилъ его порохомъ, готовясь произвести взрывъ, онъ видитъ, что на подкопъ стало извѣстное ему лицо Б, и не имѣя прямого намѣренія лишить его жизни, А безразлично относится къ тому, что отъ его дѣйствія легко можетъ произойти или разстройство здоровья Б, или даже самая его смерть, и выполняетъ предположенный имъ взрывъ, отъ котораго Б и умираетъ. Такимъ образомъ сознавая фактъ имъ совершаемый, *виновный* вполнѣ *предвидѣлъ послѣдствія*, которыя могутъ изъ него возникнуть, и *не только не надѣялся ихъ избѣгнуть, но допускалъ ихъ наступленіе*, а потому онъ и подлежитъ отвѣтственности за свое преступное безразличіе—dolus eventualis.

А стрѣляетъ въ Б, или наноситъ ему удары какимъ либо инымъ орудіемъ, не только предвидя, какъ возможное послѣдствіе своего поступка, смерть Б, не только допуская ее, но прямо, съ большею, или меньшею опредѣлительностью, желая этихъ послѣдствій и даже дѣйствуя ради ихъ наступленія. Это *сознаніе и желаніе воспроизведенія послѣдствій мы называемъ умысломъ* — dolus.

Таковы главныя формы или градаціи, въ которыхъ проявляется воля въ преступленіи, хотя по большей части ихъ сводятъ къ

тремъ основнымъ формамъ: случаю, неосторожности и умыслу въ тѣсномъ смыслѣ. Причемъ граница двухъ первыхъ понятій опредѣляется обыкновенно возможностью предвидѣнія результатовъ, а разграниченіе двухъ послѣднихъ служитъ, напротивъ, источникомъ цѣлаго ряда теорій, то расширяющихъ понятіе неосторожности въ ущербъ умысла, относя къ послѣднему только тѣ дѣйствія, гдѣ послѣдствія были прямо желаемы, или же, наоборотъ, ограничивая область неосторожности только тѣми случаями, въ которыхъ послѣдствія предвидѣны не были, или же, наконецъ, дѣлая изъ высшей формы неосторожности, luxuria, и низшей формы умысла, какъ бы четвертую посредствующую ступень.

25. Но такъ какъ въ этомъ отношеніи убійство съ теоретической стороны не представляетъ никакихъ спеціальныхъ особенностей, то я считаю неумѣстнымъ входить въ теоретическій разборъ обширнаго ученія о формахъ воли; замѣчу только, что по моему убѣжденію, рѣшительное значеніе для раздѣленія неосторожности и умысла долженъ имѣть моментъ, въ которомъ проявляется не только сознаніе, но и допущеніе послѣдствій, потому что въ преступномъ безразличіи воля выказываетъ уже тѣ качества, которыя служатъ спецефическими признаками преступленія, дѣйствительно заключаетъ въ себѣ элементы и опасные для общества, и показывающіе враждебное отношеніе виновнаго къ юридическому порядку.

Точно также и наше Уложеніе излагаетъ ученіе о видахъ злой воли и объ отвѣтственности виновнаго сообразно съ большею или меньшею его умышленностью въ общей своей части (раздѣлъ I), но въ тоже время, по примѣру большинства прежнихъ кодексовъ, находитъ необходимымъ повторить эти постановленія и при убійствѣ. При этомъ весьма нерѣдко оно впадаетъ въ излишнюю казуистику, возбуждая цѣлую массу вопросовъ при примѣненіи этихъ постановленій, а иногда находится въ полномъ противорѣчіи съ ученіями своей общей части. Это обстоятельство побуждаетъ и меня войти въ болѣе подробный разборъ ученія о случаѣ, неосторожности и умыслѣ при убійствѣ, но ограничиваясь при этомъ только нашимъ положительнымъ правомъ, причемъ я постараюсь обратить главное вниманіе на отношеніе этихъ постановленій къ общей части и къ требованіямъ теоріи.

26. Что касается до случая, то общее правило, по которому *невозможность предвидѣнія послѣдствій уничтожаетъ всякую*

отвѣтственность—nullum crimen est in casu—вполнѣ примѣнимо и къ убійству.

Это начало, признанное уже и въ старомъ нашемъ правѣ, въ Уложеніи 1649 и въ Уставѣ Воинскомъ, перешло и въ Сводъ 1832. ст. 340, и въ нынѣ дѣйствующее Уложеніе

По ст. 5: «зло сдѣланное случайно, не только безъ намѣренія, но и безъ всякой со стороны учинившаго оное неосторожности, не считается виною.»

Затѣмъ тоже правило, хотя далеко не въ тождественныхъ выраженіяхъ повторено въ ст. 92 п. 1. и 93, а въ спеціальномъ примѣненіи къ убійству, въ ст. 1470:

«Кто случайно, не только безъ намѣренія, но и безъ всякой съ его стороны неосторожности, причинитъ смерть человѣку, тотъ не подвергается никакому за сіе наказанію, и самое церковное покаяніе можетъ быть налагаемо на него неиначе, какъ по собственному его желанію или особому постановленію духовнаго начальства его». [42]а).

Причемъ самое опредѣленіе закона носитъ характеръ отрицательный, и представляетъ болѣе точное его разграниченіе судьѣ при разсмотрѣніи обстоятельствъ отдѣльнаго случая. Кромѣ того, это постановленіе вовсе не исключаетъ примѣненія къ виновному наказаній болѣе строгихъ, если дѣяніе, имъ совершенное и причинившее кому-либо смерть случайно, само по себѣ было запрещено закономъ подъ страхомъ наказанія. Въ этомъ случаѣ мы именно должны имѣть въ виду ст. 93, которая говоритъ:

«Зло, послѣдовавшее случайно и не предвидимо, не вмѣняется содѣявшему въ вину. *Если однакожъ дѣяніе, отъ коего послѣдовало сіе зло, было само по себѣ противузаконно, то онъ подвергается наказанію, но лишь за то, что былъ намѣренъ учинить.* Сверхъ сего, въ нѣкоторыхъ, опредѣленныхъ закономъ, случаяхъ, для успокоенія совѣсти, онъ предается церковному покаянію» [43] б).

---

[42] а) Причемъ по поводу вводимаго здѣсь церковнаго покаянія въ объясненіяхъ къ проекту сказано: «Къ предложенному постановленію мы побуждаемся обыкновеніемъ, о коемъ упомянуто въ примѣчаніи къ ст. 102. Но считаемъ долгомъ замѣтить, что иногда убійство и другое случайно сдѣланное зло можетъ быть совершенно невинно предъ закономъ и однакожъ по свойству своему и послѣдствіямъ, болѣе или менѣе ужаснымъ, быть великою тягостью для совѣсти. Законъ христіанскій не долженъ ли предвидѣть случаи сего рода и указать неумышленному преступнику, гдѣ ему слѣдуетъ искать утѣшенія и облегченія.»

[43] б) См. contra касс. рѣшеніе 1869, № 592.

27. Несравненно болѣе сложнымъ представляется вопросъ о преступной неосторожности, общія постановленія о которой изложены въ 110 статьѣ Уложенія, отличающейся, впрочемъ, страшною неопредѣленностью ея редакціи.

Эти общія постановленія заключаются въ слѣдующемъ:

А. Подъ преступною неосторожностью понимаетъ Уложеніе причиненіе кому-либо вреда, хотя и не предвидѣннаго дѣятелемъ, но который онъ могъ предвидѣть при большей внимательности. *Съ момента наступленія предвидѣнія послѣдствій оканчивается область неосторожности,* такъ что та ея форма, которую теорія называетъ luxuria, изъ объема дѣйствія ст. 110 выдѣляется. Это доказывается какъ общимъ смысломъ ст. 110, такъ и спеціальными постановленіями объ убійствѣ. Въ особенности ст. 1458, которую мы разберемъ далѣе, и наконецъ исторіею разсматриваемыхъ нами статей, именно тѣмъ, что при измѣненіи редакціи нѣкоторыхъ статей проекта Уложенія 1845 въ коммиссіи Государственнаго Совѣта во многихъ изъ этихъ статей, какъ напр. въ ст. 1480, 1483, выраженіе «умышленно» было замѣнено другимъ, а именно: «не случайно, а съ знаніемъ послѣдствій дѣянія», которое было, слѣдовательно, признано равнозначущимъ съ первымъ.

Б. Самый *вредъ, причиненный неосторожнымъ совершеніемъ какого-либо факта, подлежитъ отвѣтственности* не при всякомъ преступленіи, а *только тамъ, гдѣ это положительно указано въ законѣ.* Поэтому, наказуемая неосторожность не можетъ, во 1-хъ, имѣть мѣста при тѣхъ преступленіяхъ, которыя предполагаютъ необходимымъ элементомъ своего состава наличность умысла, и при отсутствіи его обращаются въ дѣянія, совершенно дозволенныя или безразличныя, или влекущія только гражданскую отвѣтственность, какъ напр. похищеніе чужой собственности, обманъ, изнасилованіе, прелюбодѣяніе и т. п., гдѣ, такъ сказать, преступная неосторожность не мыслима.

И во 2-хъ, даже и при тѣхъ преступленіяхъ, при которыхъ матеріальный вредъ можетъ быть одинаково причиненъ какъ путемъ неосторожности, такъ и умышленно, напр. при истребленіи имущества, при причиненіи вреда здоровью и т. п., для отвѣтственности за неосторожность необходимо спеціальное указаніе на то закона, какъ это положительно выражено въ начальной фразѣ 110 статьи. «Строгость *опредѣленнаго въ законѣ наказанія* за преступленія, учиненныя безъ намѣренія», и т. д.

В. Основное начало, въ силу котораго подлежитъ виновный

въ неосторожномъ дѣйствіи наказанію, заключается въ обязанности каждаго члена общества нетолько не нарушать господства юридическаго порядка, но *по возможности содѣйствовать его укрѣпленію,* или, какъ весьма наглядно выражало баварское уложеніе 1813 года, въ томъ, что всякій подданный обязанъ воздерживаться отъ совершенія опасныхъ дѣяній, и при каждомъ поступкѣ долженъ дѣйствовать съ надлежащимъ вниманіемъ и осторожностью, чтобы и неумышленно не нарушить права другихъ лицъ и законы государства. Поэтому государство предполагаетъ у каждаго лица, находящагося въ состояніи вмѣняемости, извѣстную степень предусмотрительности, способности сообразить всѣ послѣдствія, вытекающія по естественному ходу дѣлъ изъ его дѣйствія, и затѣмъ предоставляетъ судьѣ въ каждомъ конкретномъ случаѣ, сообразно съ обстоятельствами дѣла, съ личнымъ характеромъ дѣйствующаго, опредѣлить ту степень предвидѣнія, которая была возможна въ этомъ случаѣ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и степень отвѣтственности за небрежность и невнимательность.

Г. Въ силу этого, *размѣры отвѣтственности за неосторожность опредѣляются размѣрами той внимательности, которую требуетъ государство отъ каждаго гражданина* и которая была необходима въ данномъ случаѣ. На этомъ основаніи пытаются и теорія, и положительные кодексы разбить область преступной неосторожности на отдѣлы и сообразно съ ними устепенить и самые размѣры наказанія. Причемъ существуютъ двѣ главныя системы дѣленія, а именно: дѣленіе по степени предвидимости результатовъ и по характеру дѣйствій, причинившихъ вредъ. Такъ какъ неосторожность опредѣляется размѣрами возможности предвидѣнія результатовъ, а эта возможность можетъ видоизмѣняться количественно, то дѣленіе по степени предвидимости результатовъ появилось весьма давно и долго почти безусловно господствовало въ теоріи и кодексахъ, а слѣды его и до сихъ поръ еще замѣтны въ положительномъ правѣ. Это было именно дѣленіе неосторожности на culpa latissima, latior, lata, levis, levior, levissima и т. д. Но, какъ легко можно видѣть, признакъ, на который опиралось это дѣленіе, былъ слишкомъ неуловимъ, чтобы придать ему какую-либо прочность. Степени предвидимости видоизмѣняются не качественно, а количественно, и, строго говоря, вопросъ о «болѣе или менѣе» можетъ быть выведенъ только при сравненіи двухъ или нѣсколькихъ, одновременно совершившихся дѣйствій — со всѣми ихъ конкретными условіями. Поэтому и понятно, что тамъ, гдѣ

одинъ теоретикъ или одинъ судъ находилъ только легкую оплошность, другой видѣлъ тяжкую, а иногда и тягчающую неосторожность. Другое дѣленіе пытается опредѣлить степень обязанности быть внимательнымъ и, сообразно съ этимъ, самые размѣры отвѣтственности по качеству дѣйствія, котораго послѣдствіемъ было неосторожное причиненіе вреда. Доктрина и законъ отличаютъ здѣсь два рода случаевъ: причиненіе вреда при совершеніи дѣянія дозволеннаго, или по крайней мѣрѣ не запрещеннаго закономъ, и причиненіе вреда при совершеніи дѣйствія запрещеннаго, предполагая, что въ послѣднемъ случаѣ, самый фактъ запрещенія извѣстнаго дѣянія заставитъ обратить всякаго особенное вниманіе на его возможныя послѣдствія и даетъ право усилить степень его уголовной отвѣтственности.

Въ общихъ своихъ постановленіяхъ наше Уложеніе хочетъ провести при дѣленіи преступной неосторожности оба признака, почему ея постановленія отличаются особенною запутанностью, которая къ тому же усиливается неудачною редакціею.

Ст. 110 говоритъ не о всѣхъ видахъ преступной неосторожности, она упоминаетъ только объ обстоятельствахъ, при которыхъ эта отвѣтственность усиливается или уменьшается, давши, впрочемъ, этимъ самымъ противоположеніемъ возможность опредѣлить и тотъ ея видъ, который разсматривается закономъ, такъ сказать, какъ нормальный типъ неосторожности.

Такимъ типомъ является, во 1-хъ, неосторожное причиненіе вреда при совершеніи какого-либо дѣянія, запрещеннаго закономъ, причемъ Уложеніе уже не обращаетъ вниманіе легко или трудно были предвидимы вредныя послѣдствія, и во 2-хъ, причиненіе вреда, бывшее результатомъ дѣянія не запрещеннаго, но котораго послѣдствія *были легко предвидимы*, причемъ эта легкость предвидѣнія должна быть опредѣлена въ каждомъ конкретномъ случаѣ, какъ и другія фактическія обстоятельства дѣла.

Затѣмъ, «строгость опредѣленнаго въ законѣ наказанія за преступленіе, учиненное безъ намѣренія, увеличивается, когда учинившій оное, по званію своему или обстоятельствамъ, былъ обязанъ дѣйствовать съ особенною осмотрительностью».

Напротивъ того, «сія строгость наказанія уменьшается, когда дѣяніе по существу своему было не противозаконное, а вредные онаго послѣдствія не могли быть имъ легко предвидѣны, или же когда виновный въ семъ случаѣ увлекался излишнею въ исполненіи возложенныхъ на него обязанностей ревностью».

Наконецъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда трудность предвидѣнія послѣдствій доходитъ до maximum'а, то неосторожность получаетъ форму, съ трудомъ отличаемую отъ случая.

«Когда же, говоритъ законъ, неосторожность дѣянія, бывшаго причиною сдѣланнаго зла, оправдывается обстоятельствами, по коимъ никакъ нельзя было ожидать и предполагать вредныхъ онаго послѣдствій, то виновному въ сей неосторожности дѣлается только приличное на счетъ оной внушеніе». Причемъ это внушеніе назначается безразлично, была ли результатомъ неосторожности смерть лица, или же только раны, увѣчья и т. п., такъ какъ эти постановленія имѣютъ безусловный характеръ. Мало того, законъ не различаетъ даже въ этомъ случаѣ было ли дѣяніе, при которомъ произошло зло, запрещено закономъ или нѣтъ.

Разумѣется, что во всѣхъ указанныхъ выше случаяхъ *виновный подлежитъ отвѣтственности только тогда, когда между совершеннымъ имъ дѣйствіемъ и матеріальнымъ вредомъ находится причинная связь* [44]).

Причемъ отвѣчаетъ за неосторожный вредъ, какъ лицо, не обратившее вниманія на послѣдствія, которыя могутъ возникнуть изъ дѣйствія, имъ совершаемаго, такъ и лицо, обдумавшее результаты, но оставившее безъ вниманія условія, при которыхъ оно дѣйствовало, и заблуждавшееся, слѣдовательно, относительно наступленія этихъ результатовъ въ данномъ случаѣ.

Далѣе, безразлично, возникъ ли этотъ вредъ отъ положительнаго воздѣйствія лица, напр. А стрѣляетъ въ цѣль среди густой толпы народа и убиваетъ кого-либо, или кладетъ мышьякъ въ такое мѣсто, гдѣ онъ легко можетъ предвидѣть, что его примутъ за сахаръ, или же подобный вредъ возникъ отъ его бездѣйствія, отъ невыполненія какихъ-либо возложенныхъ на него обязанностей: А не зажегъ фонаря на ямѣ, вырытой на улицѣ предъ его домомъ, Б попалъ въ яму и убился.

Поэтому легко можетъ случиться, что посредствующимъ звеномъ между дѣйствіями виновнаго и смертельнымъ результатомъ могутъ быть дѣйствія другого лица:

Булочникъ поставилъ по небрежности банку съ мышьякомъ на то мѣсто, гдѣ стоитъ обыкновенно сахаръ, а подмастерье его, не подозрѣвая случившагося, употребилъ мышьякъ въ дѣло и причинилъ кому-либо смерть.

---

[44]) См. подробнѣе объ этомъ далѣе, въ ученіи о преступномъ дѣйствіи.

А внесъ заряженное ружье въ комнату, гдѣ играли дѣти, и одинъ изъ мальчиковъ застрѣлилъ другого.

Очевидно, что въ подобныхъ случаяхъ отвѣтствуетъ то лицо, котораго неосторожный поступокъ былъ причиною смерти, причемъ второе лицо, котораго дѣятельность замѣнила собою ту связь, которую въ другихъ случаяхъ играютъ силы природы, можетъ быть или оправдываемо совершенною невозможностью предвидѣнія результатовъ, или условій дѣйствія, *имъ* совершеннаго, или же и оно можетъ быть привлечено, также какъ и первое лицо, къ отвѣтственности за неосторожное причиненіе смерти [45]).

И только тогда прекращается эта причинная связь, когда это дѣйствіе третьяго лица является совершенно самостоятельнымъ и свободнымъ, не обусловливающимся дѣйствіями перваго, — такъ какъ иначе пришлось бы признать, какъ замѣчаетъ Гельшнеръ [46]), виновнымъ въ неосторожномъ убійствѣ и того, кто, небрежно положивъ заряженное ружье, далъ возможность убійцѣ украсть это ружье и выполнить свой планъ.

28. Таковы общія положенія нашего законодательства о преступной неосторожности, но какъ я уже указывалъ, оно считаетъ необходимымъ повторить, а отчасти даже и развить это ученіе при убійствѣ. Въ этомъ случаѣ Уложеніе, впрочемъ, сходится со многими изъ западныхъ кодексовъ, съ тою только разницею, что его постановленія страдаютъ, какъ мы увидимъ далѣе, и излишнею подробностью, и въ то же время неполнотою.

Главный признакъ, на основаніи котораго дѣлятся всѣ постановленія Уложенія о неосторожномъ убійствѣ, заключается въ характерѣ дѣйствія, изъ котораго возникъ этотъ результатъ, причемъ законъ обращаетъ вниманіе не на способъ дѣйствія, какъ дѣлаетъ это французское право [47]), а на то, было ли совершонное виновнымъ запрещено закономъ или нѣтъ [48]), и въ первомъ случаѣ дѣлаетъ еще различіе, смотря по важности и значенію преступленія, конкурирующаго съ неосторожнымъ лишеніемъ жизни.

Такимъ образомъ низшую ступень занимаетъ случай, предвидѣнный въ ст. 1468:

«Если отъ дѣянія, закономъ не воспрещеннаго и такого рода, что нельзя было съ вѣроятностью ожидать вредныхъ отъ него послѣдствій, но однакожъ явно неосторожнаго, причинится кому-либо смерть, то виновный или виновные въ непринятіи надлежащихъ мѣръ предосторожности подвергаются за сіе, смотря по обстоятельствамъ дѣла и сообразно съ правилами, означенными въ ст. 110 сего уложенія:

или заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 2—4 мѣсяцевъ,
или аресту на время отъ 3 дней до 3 мѣсяцевъ,
или же строгому выговору въ присутствіи суда.

Они также, буде принадлежатъ къ одному изъ христіанскихъ вѣроисповѣданій, во всякомъ случаѣ

предаются церковному покаянію по распоряженію своего духовнаго начальства».

При анализѣ данной статьи нужно обратить вниманіе на слѣдующіе главные пункты:

А. Дѣяніе должно быть не запрещено закономъ, причемъ—*запрещенность или незапрещенность дѣянія выясняется* не только по одной, такъ сказать, его формѣ, но *по умыслу, вложенному въ это дѣйствіе виновнымъ*, такъ напр. игра въ шутку, предпринятая неосторожно и кончившаяся смертью, есть дѣйствіе, зако-

[45]) Въ особенности подробно разработано это положеніе практикою прусскаго кассаціоннаго суда, который неоднократно признавалъ безразличнымъ для отвѣтственности за неосторожность то обстоятельство, что виновный не самъ непосредственно выполнилъ то дѣйствіе, отъ котораго произошла смерть. Oppenhof, в. с. пр. 2 и 8 къ § 184. Сравни рядъ примѣровъ въ статьѣ: Ueber den Kausalzusammenhang und dessen Zurechnung bei fahrlässiger Tödtung. G. A. B. XV, стр. 15; тамъ же B. IV. с. 565; VII, 712; VIII, 780; XIV с. 299, 533. См. также р. к. д. 1869, № 592.

[46]) System II. 75 и с. Онъ признаетъ, впрочемъ, вообще отвѣтственность только тогда, когда неосторожное дѣйствіе перваго возбудило заблужденіе во второмъ, такъ что совершенное имъ уподоблялось дѣйствію силъ природы.

[47]) Code pénal говоритъ къ art. 319. «Если кто-либо, по своей неловкости, неблагоразумію, невнимательности, нерадѣнію (négligence) или несоблюденію правилъ, неумышленно лишитъ кого-либо жизни *или неумышленно будетъ причиною лишенія жизни*, тотъ подлежитъ тюремному заключенію отъ 3 мѣс. до 2 лѣтъ и штрафу отъ 50—600 франк.» Причемъ ошибка лица должна относиться къ одному изъ указанныхъ здѣсь случаевъ, иначе отвѣтственность не существуетъ. Кас. 28 іюня 1832. См. Эли, в. с. т. IV № 1256 и сл.

[48]) Этой же системы держится прусское право и большинство нѣмецкихъ кодексовъ. См. Oppenhof, в. с. пр. 5 къ § 184. Гельшнеръ, System II в. м.

номъ не воспрещенное, но оно измѣняетъ свой характеръ, какъ скоро виновный, подъ видомъ игры, осуществилъ свой умыселъ причинить поврежденіе.

Любопытный примѣръ подобнаго рода представляетъ дѣло Усачева, разсматривавшееся въ калужскомъ окружномъ судѣ («С. В.» 1867, № 137).

Подсудимый обвинялся въ томъ, что 15 іюня, боровшись у кабака съ крестьяниномъ Ивановымъ, загнулъ ему калачъ, т. е. притянулъ ему ноги къ головѣ, отчего послѣдовало разрушеніе связокъ въ колѣнномъ сочлененіи, каковыя поврежденія при освидѣтельствованіи врача оказались смертельными, и Ивановъ дѣйствительно умеръ 5 іюля. Прокурорскій надзоръ въ обвинительномъ актѣ подводилъ дѣйствія виновнаго подъ ст. 1464, т. е. обвинялъ его въ причиненіи насильственныхъ дѣйствій, окончившихся смертью, а судебная палата думала найти здѣсь признаки преступленія, указанные въ 2 ч. 1484, т. е. нанесеніе въ запальчивости ранъ или увѣчья, окончившихся смертью, но присяжные признали его виновнымъ только въ томъ, что, загибая, шутя, ноги Иванову, не принялъ надлежащихъ предосторожностей и тѣмъ причинилъ ему смерть, т. е. виновнымъ въ дѣяніи, предвидѣнномъ въ ст. 1468, и съ этимъ рѣшеніемъ нельзя вполнѣ не согласиться. Для того, чтобы подвести дѣйствія Усачева подъ ст. 1484, палата строила такое предположеніе, что во время продолжительной борьбы съ Ивановымъ у него *легко могла* зародиться мысль нанести увѣчье; разумѣется, тогда дѣяніе измѣнило бы свой характеръ, но только въ данномъ случаѣ никакихъ доказательствъ предположеннаго умысла со стороны обвиненія представлено не было; а, напротивъ того, изъ обстоятельствъ дѣла оказывалось, что вражды и ссоры между боровшимися не было, что въ тотъ же день подсудимый загнулъ подобнымъ же образомъ калачъ другому крестьянину Миронову, окончившійся благополучно,—однимъ словомъ, что его цѣлью, намѣреніемъ было только загнутіе калача, а не причиненіе какихъ-либо поврежденій. На томъ же основаніи непримѣнима къ этому случаю и 1464 ст. Конечно, загнутіе калача есть насильственное дѣйствіе, но только не запрещенное закономъ, и для того, чтобы подходить подъ ст. 1464, оно должно было быть совершено съ намѣреніемъ вредить лицу, или, еще общнѣе, посягнуть на какія-либо права этого лица. Въ самомъ дѣлѣ, мы можемъ представить такой случай: А хотѣлъ потрепать Б по плечу, но поскользнулся, толкнулъ Б такъ сильно, что тотъ упалъ, проломилъ себѣ високъ и умеръ. Дѣйствіе, совершонное А, есть также насильственное дѣйствіе, но его результатъ всетаки остается случайнымъ лишеніемъ жизни и подъ ст. 1464 подведенъ быть не можетъ.

Б. Ст. 1468 говоритъ далѣе, что дѣяніе должно быть таково, «что *нельзя было съ вѣроятностью ожидать* вредныхъ отъ онаго послѣдствій», но прибавляетъ при этомъ однакожъ «*явно* неосторожное», и такимъ образомъ сопоставляетъ два понятія не только не дополняющія, но скорѣе исключающія другъ друга, и тѣмъ самымъ возбуждаетъ вопросъ, который же изъ двухъ признаковъ имѣетъ главное значеніе? Я думаю, что въ этомъ случаѣ необходимо сдѣлать нѣкоторую комбинацію изъ этихъ двухъ признаковъ, т. е. признать, что *ст. 1468 должна быть примѣнима, какъ скоро дѣяніе, совершонное виновнымъ, было не запрещено закономъ, причемъ все равно, были ли эти послѣдствія легко или не легко предвидимы*, такъ что это обстоятельство можетъ имѣть только вліяніе на мѣру наказанія.

Этотъ выводъ я основываю на слѣдующихъ соображеніяхъ:

Если мы поставимъ на первый планъ первое условіе, что послѣдствій съ вѣроятностью нельзя было ожидать, или, другими словами, что они были *не легко* предвидимы (третій изъ случаевъ, указанныхъ въ ст. 110), то рождается вопросъ: по какой же статьѣ отвѣчаетъ виновный, если послѣдствія были *легко* предвидимы [49]), и поэтому подобный пропускъ, при указанномъ выше двойственномъ характерѣ редакціи статьи 1468, не даетъ намъ возможности придать исключительное значеніе первому признаку.

Если же мы будемъ подводить подъ ст 1468 только тѣ дѣйствія, которыя будутъ признаны *явно* неосторожными, или, другими словами, которыхъ послѣдствія были *легко* предвидимы, то придется признать ненаказуемымъ причиненіе смерти по неосторожности, когда подобное послѣдствіе было *не легко* предвидимо. А это въ свою очередь прямо бы противорѣчило первому изъ признаковъ, указанныхъ въ ст. 1468, равно какъ и указанію ея на примѣненіе при опредѣленіи наказанія статьи 110, охватывающей, какъ мы видѣли, оба вида неосторожности.

---

[49]) Такъ какъ въ случаѣ неумышленнаго причиненія смерти при совершеніи дѣянія, незапрещеннаго закономъ, можетъ быть примѣнена кромѣ 1468 только 1458 ст., а эта статья предполагаетъ уже, что виновный не только могъ предвидѣть, но *дѣйствительно предвидѣлъ*, хотя и не желалъ прямо воспослѣдовавшей смерти даннаго лица.

Поэтому то я и думаю, что для правильнаго пониманія статьи 1468 необходимо допустить комбинацію обоихъ признаковъ.

В. При опредѣленіи размѣровъ наказанія на основаніи 1468 ст. законъ указываетъ на необходимость руководствоваться правилами, изложенными въ ст. 110. Но эта статья различаетъ по степени важности 3 вида неосторожности, и точно также ст. 1468 даетъ суду право выбора изъ 3-хъ родовъ наказанія, но какое же значеніе имѣетъ подобное соотношеніе? Можно ли допустить, что если виновный нарушилъ какія-либо спеціальныя обязанности, то *должно* быть назначено тюремное заключеніе; если обязанности нарушены не были, но послѣдствія были легко предвидимы, то — арестъ; а если, наконецъ, предвидѣть послѣдствія было трудно, или виновный увлекся излишнимъ раченіемъ къ службѣ, то — выговоръ? Очевидно, нѣтъ. Законъ въ этомъ соотношеніи даетъ только совѣтъ, указаніе, но не приказъ или, другими словами, *назначеніе одного изъ видовъ наказанія, указаннаго въ ст. 1468, есть вполнѣ факультативное право судьи.* Это вытекаетъ изъ положительныхъ указаній ст. 149, по которой въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ въ законѣ назначено нѣсколько, одно другое замѣняющихъ, наказаній, выборъ ихъ *предоставляется судьѣ*, что и подтверждено неоднократно рѣшеніями кассаціоннаго департамента: 1866 № 5, 1867 № 340. При этомъ нельзя не прибавить, что во 2 родѣ наказаній, указанныхъ въ 1468 ст., законъ назначаетъ арестъ отъ 3 дней до 3-хъ мѣсяцевъ, т. е. соединяетъ 3 степени наказанія, такъ что отвѣтственность по ст. 1468 является въ слѣдующемъ видѣ:

тюр. 2—4 мѣс.
ар. отъ 3 нед. до 3 мѣс.
ар. отъ 7 дней до 3 нед.
ар. отъ 3 дн. до 7 дн.
строг. выг. въ прис. суда.

Г. Наконецъ нельзя не замѣтить, что *постановленія ст. 1468 не могутъ быть относимы къ послѣднему пункту ст. 110*, такъ какъ изъ его рѣдакціи видно, что онъ безусловно распространяется на всѣ преступленія, при которыхъ наказуема неосторожность, если нѣтъ спеціальныхъ постановленій объ его непримѣнимости. Поэтому, какъ скоро при какомъ-либо случаѣ неосторожнаго лишенія жизни судъ найдетъ, что трудность предвидѣнія происшедшихъ результатовъ соотвѣтствуетъ условіямъ, указаннымъ въ послѣднемъ пунктѣ 110 ст., то онъ не можетъ примѣнить ни одно

изъ наказаній, указанныхъ въ 1468 ст., а дѣлаетъ виновному только внушеніе.

29. Вторую ступень неосторожнаго лишенія жизни составляютъ тѣ случаи, гдѣ подобный результатъ конкурируетъ съ дѣйствіемъ запрещеннымъ, причемъ законъ допускаетъ новое подраздѣленіе, смотря по значенію и важности конкурирующаго дѣйствія. Онъ различаетъ, было ли это дѣяніе проступокъ или преступленіе въ томъ техническомъ значеніи, которое имѣли эти термины еще въ уложеніи изданія 1857 г. ст. 1 и 2.

Такимъ образомъ ст. 1466 постановляетъ:

«Кто безъ намѣренія учинитъ убійство, дозволитъ себѣ какое-либо дѣйствіе, противное ограждающимъ личную безопасность и общественный порядокъ постановленіямъ, и послѣдствіемъ онаго, хотя и неожиданнымъ, причинится кому-либо смерть, тотъ за сіе подвергается:

заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 2—4 мѣсяцевъ.

Если, однакожъ, за то противное установленному порядку дѣяніе опредѣлено въ законахъ другое строжайшее наказаніе, то виновный подвергается оному,

на основаніи правилъ, постановленныхъ о совокупности преступленій.

Во всякомъ случаѣ, буде онъ принадлежитъ къ одному изъ христіанскихъ исповѣданій, то

предается церковному покаянію по усмотрѣнію своего духовнаго начальства.»

Анализируя постановленія этой статьи, мы находимъ, что примѣненіе ея возбуждаетъ слѣдующіе вопросы:

А. Дѣяніе, причинившее смерть, должно нарушать постановленія, ограждающія личную безопасность и общественный порядокъ. Но что понимать подъ этимъ выраженіемъ? Какъ я уже замѣтилъ, въ уложеніи 1857 [50]) это выраженіе опредѣляло собою содержаніе понятія «проступокъ», противопоставлявшагося понятію «преступленіе», какъ «всякаго нарушенія закона, чрезъ которое посягается на неприкосновенность правъ верховной власти и установленныхъ ею властей, или же на права или безопасность

[50]) Ст. 2 постановляла: «нарушеніе правилъ, предписанныхъ для охраненія опредѣленныхъ законами правъ и общественной или же личной безопасности или пользы, именуется проступкомъ».

общества или частныхъ лицъ.» Хотя правда, что оба эти термина уже при дѣйствіи уложенія изданія 1857 г. практической важности никакой не имѣли, а съ исключеніемъ ихъ, на основаніи мнѣнія государственнаго совѣта отъ 27 декабря 1865, изданія 1866 г. утратили всякую тѣнь даже и формальнаго значенія (р. к. д. 1868 № 10, по дѣлу Еремѣева); но тѣмъ не менѣе теоретическія понятія, положенныя въ основу этихъ терминовъ, какъ тогда имѣли, такъ и теперь сохраняютъ свое значеніе и даже имѣютъ качество внѣшней распознаваемости, а потому, между прочимъ, могутъ служить и средствомъ для разрѣшенія вопроса, нами затронутаго. Для того, чтобы подходить подъ постановленія ст. 1466, дѣйствіе должно быть, съ одной стороны, запрещено закономъ, а съ другой, по своему существу не содержать посягательства на *самыя права* и безопасность частнаго лица, а представлять только опасность, возможность подобнаго нарушенія. Самое разрѣшеніе вопроса о томъ, къ какой изъ этихъ двухъ категорій относится данное дѣйствіе, есть, очевидно, вопросъ фактическій и хотя и представляетъ нѣкоторыя затрудненія, но эти затрудненія тѣмъ не менѣе могутъ быть устранены даже и при небольшомъ запасѣ юридическихъ знаній. Въ самомъ дѣлѣ, нетрудно, напримѣръ, видѣть, что побои, ударъ палкой, истребленіе или отнятіе имущества,—суть посягательство на право, а постановленіе, напр., безъ надлежащей осторожности горшка съ цвѣтами на окно или за окно, скорая ѣзда и т. д.,—суть нарушенія постановленій, ограждающихъ личную безопасность.

Разумѣется, наиболѣе затрудненій и въ данномъ случаѣ, какъ и въ предшествовавшемъ, представляетъ разграниченіе преступленія, нами разсматриваемаго, отъ дѣяній, предвидѣнныхъ въ 1464 и 1484 ст. уложенія, но какъ тамъ, такъ и здѣсь основанія для разграниченія остаются одни и тѣже, т. е. оно опредѣляется не только по внѣшней формѣ дѣйствія, но *главнымъ образомъ по той цѣли*, намѣренію, *которое вложилъ въ это дѣйствіе виновный*. Поэтому, какъ скоро мы найдемъ, что намѣреніе, при выполненіи котораго причинилъ виновный кому-либо смерть, было направлено на нарушеніе чьихъ-либо правъ и безопасности, то и самое дѣйствіе выходитъ за предѣлы ст. 1468.

Я постараюсь подтвердить это примѣромъ, взятымъ также изъ нашей судебной практики:

Крестьянинъ Осташевъ обвинялся въ томъ, что 16 іюня 1866 нанесъ побои крестьянину Яковлеву, старавшемуся помирить ссо-

рившихся братьевъ Осташевыхъ, а затѣмъ столкнулъ его съ крыльца, отчего тотъ упалъ на стоящія у крыльца тачки и сломалъ себѣ обѣ ноги, а потомъ 22 іюня и умеръ. С.-петербургская палата признавала его виновнымъ въ совершеніи дѣяній, предвидѣнныхъ въ 1466 и 1494 ст. (послѣднее въ томъ случаѣ, еслибы судъ призналъ, что отъ дѣйствій Осташева произошелъ только переломъ ногъ Яковлева). Но защитники справедливо возбудили вопросъ, что если подсудимый обвиняется по ст. 1466, то нужно показать: какое же постановленіе, *ограждающее личную безопасность*, нарушилъ виновный. Затѣмъ судъ въ своей резолюціи несравненно правильнѣе характеризировалъ поступокъ Осташева, какъ причиненіе насильственныхъ дѣйствій Яковлеву, которыхъ послѣдствіемъ, хотя и непредвидѣннымъ, была смерть послѣдняго, но примѣнилъ къ нему не 1464, какъ слѣдовало бы ожидать, а 1466 ст. Очевидно, что въ данномъ случаѣ насильственное дѣйствіе—столкнутіе съ крыльца—бывшее причиною смерти, произошло намѣренно, и, слѣдовательно, вполнѣ подходитъ къ тому роду дѣйствій: толчкамъ, ударамъ, легкимъ побоямъ, о которыхъ говорится въ 1464 ст. Другое дѣло, еслибы здѣсь было доказано или по крайней мѣрѣ возбуждено сомнѣніе относительно отсутствія враждебности въ дѣйствіяхъ Осташева, было бы указано, что онъ дѣйствовалъ въ шутку, при игрѣ,—однимъ словомъ, могъ бы возникнуть споръ относительно примѣненія ст. 1468 или 1464, но никакъ не о статьѣ 1466.

Б. Законъ ни слова не говоритъ объ отношеніи ст. 1466 къ ст. 110, но тѣмъ не менѣе не подлежитъ сомнѣнію, что *и здѣсь правила, высказанныя въ этой послѣдней статьѣ, имѣютъ тоже значеніе, какъ и при статьѣ 1468*. Для этого достаточно, на основаніи общихъ началъ юридическаго толкованія, чтобы въ ст. 1466, какъ спеціальной, не было положительныхъ указаній относительно *непримѣнимости* общей статьи 110. Но это толкованіе подтверждается кромѣ того и мотивами проекта, въ которыхъ при ст. 1466 сказано: «что *сообразно съ общими постановленіями* проекта признано два рода убійствъ по неосторожности: 1) въ ст. 1466 и 2) въ ст. 1468». Поэтому и здѣсь въ глазахъ судьи нарушеніе виновнымъ какихъ-либо спеціальныхъ обязанностей можетъ быть причиною усиленія, а чрезмѣрная чиновничья ревность — причиною уменьшенія размѣровъ наказанія.

В. На этомъ же основаніи я считаю правильнымъ и здѣсь признать постановленія послѣдняго пункта ст. 110 имѣющими

полную силу. Въ самомъ дѣлѣ, фактъ запрещенности дѣянія, хотя и ослабляетъ значеніе другого признака—степени предвидимости результатовъ, но не уничтожаетъ его вполнѣ. И если, напримѣръ, смерть лица была результатомъ не только неосторожнымъ, но даже случайнымъ, то виновный, отвѣчая за совершонное запрещенное дѣяніе, не отвѣчаетъ за его послѣдствія—смерть, а признавъ это, мы должны также признать, что и при наличности условій, указанныхъ въ послѣднемъ пунктѣ ст. 110, судъ за самое причиненіе смерти долженъ ограничиться только однимъ внушеніемъ [51]).

Г. При этомъ я считаю необходимымъ замѣтить, во избѣжаніе повторенія, что тоже значеніе сохраняетъ этотъ 4-й пунктъ 110 статьи и при всѣхъ спеціальныхъ постановленіяхъ уложенія, соотвѣтствующихъ ст. 1466, о которыхъ я буду говорить далѣе.

30. Но уложеніе не удовольствовалось и этими спеціальными постановленіями о неосторожномъ убійствѣ, и, сообразно съ основнымъ своимъ началомъ, какъ бы предполагающимъ въ примѣнителяхъ уложенія отсутствіе и юридическихъ знаній, и способности юридическаго мышленія,—сочло необходимымъ, при изложеніи различныхъ постановленій, ограждающихъ личную безопасность, спеціально указать на тѣ случаи, когда ихъ нарушенія сопровождаются чьею либо смертью. Разумѣется, еслибы оно при этомъ только повторяло постановленія 1466 ст., то всѣ возраженія противъ подобной системы сводились бы къ признанію полной ненужности и безполезности этихъ повтореній; но къ сожалѣнію тѣ недостатки, которые предполагались въ примѣнителяхъ, отразились и на составителяхъ, и *вмѣсто простого повторенія, мы встрѣчаемъ отступленія и измѣненія*, ничѣмъ не оправдываемыя и только затемняющія дѣло, и притомъ отступленія не только отъ общихъ постановленій о неосторожности, но и отъ спеціальныхъ статей, только что разобранныхъ мною.

Это обстоятельство побуждаетъ и меня, въ виду необходимой

[51]) См. выше № 27 В. Иначе посмотрѣлъ на это к. д. 1869 № 592. Онъ нашелъ, что ст. 1466 не примѣняется только тамъ, гдѣ нѣтъ связи между смертью и дѣйствіемъ виновнаго, и что безразлично, было ли послѣдствіе случайно, или произошло отъ неосторожности; и что ст. 1470 *предполагаетъ непротивузаконность* дѣйствія, случайно причинившаго смерть. Но не говоря уже о полной недостаточности мотивовъ, правильность его выводовъ вполнѣ опровергается статьею 93 уложенія.

полноты настоящаго изслѣдованія, войти въ болѣе подробное разсмотрѣніе по крайней мѣрѣ важнѣйшихъ изъ этихъ статей.

При этомъ прежде всего я считаю необходимымъ подвергнуть анализу ст. 989 уложенія на томъ основаніи, что она, имѣя характеръ болѣе общій сравнительно съ другими, должна, такъ сказать, повторять постановленія ст. 1466, а потому всего удобнѣе даетъ намъ возможность указать тѣ главнѣйшія начала, которыми нужно руководиться при толкованіи этихъ спеціальныхъ статей, а съ другой стороны и потому, что эта статья ясно и вполнѣ подтверждаетъ и высказанное мною мнѣніе о несостоятельности нашего дѣйствующаго уложенія.

Ст. 989 постановляетъ: «за совершеніе проступковъ, означенныхъ въ ст. 128 и 129 устава о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, въ случаѣ причиненія кому-либо смерти, виновные приговариваются:

къ наказаніямъ, опредѣленнымъ въ ст. 1466 сего уложенія за смертоубійство по *неосторожному* нарушенію постановленій, ограждающихъ личную безопасность и общественный порядокъ».

Эта статья замѣнила собою 1328 ст. уложенія 1857 г., въ которой было сказано:

«Если послѣдствіемъ проступковъ, означенныхъ въ предшедшихъ: 1300, 1301, 1303, 1308—1310, 1323—1326 статьяхъ, будетъ нанесеніе кому-либо смерти, то виновные подвергаются» и пр., какъ и въ 989 ст.

Разсматривая ее, мы находимъ слѣдующее:

А. Сохраняя нѣкоторые недосмотры старой редакціи, ст. 989 ввела еще и новые, несравненно болѣе важные. Такимъ образомъ удержала она, при ссылкѣ на ст. 1466, указаніе на то, что въ послѣдней говорится «о *неосторожномъ* нарушеніи постановленій», между тѣмъ какъ въ дѣйствительности этотъ характеристическій признакъ относится къ лишенію жизни, а никакъ не къ дѣйствію, его вызвавшему, такъ какъ несомнѣнно, что лицо, обвиняющееся въ умерщвленіи кого-либо при чрезмѣрно скорой ѣздѣ, могло нетолько сознавать и желать ѣхать скоро, но даже сознавать, что подобная ѣзда запрещена, т. е. могло умышленно нарушить полицейское постановленіе. Впрочемъ, ~~какъ я замѣтилъ~~, несравненно важнѣе новая ошибка редакціи, именно ея ссылка на 129 ст. м. у., въ которой сказано:

«За совершеніе дѣянія, хотя и *непредусмотрѣннаго въ семъ уставѣ*, но явно неосторожнаго, въ случаѣ причиненія кому-либо

раны или поврежденія въ здоровьѣ, когда отъ сего не послѣдовало смерти...»

Можно, разумѣется, придать выраженію статьи «непредусмотрѣнные въ семъ уставѣ» то толкованіе, что здѣсь подразумѣваются нарушенія, предвидѣнныя въ уложеніи, но тогда ссылка на эту статью не имѣла бы никакого основанія и значенія, а самое толкованіе было бы совершенно неправильно. Въ самомъ дѣлѣ, не вдаваясь въ подробный анализъ ст. 129, стоитъ только сравнить ея постановленія и размѣры положеннаго въ ней наказанія съ постановленіями уложенія о причиненіи по неосторожности вреда здоровью, чтобы убѣдиться, что она говоритъ о такихъ поступкахъ, которые не предусмотрѣны *ни въ уставѣ, ни въ уложеніи*[52]. Но въ такомъ случаѣ ссылка на нее въ 989 ст. дѣлается не только излишнею, *но и невѣрною*. Въ самомъ дѣлѣ, виновный въ дѣяніяхъ, о которыхъ говоритъ ст. 129 м. у., явно неосторожныхъ, но не запрещенныхъ закономъ, когда они сопровождались смертью лица, наказывается, какъ мы видѣли, по 1468, а вслѣдствіе новой редакціи статьи 989 можетъ быть подведенъ подъ дѣйствіе ст. 1466.

Б. Но если мы даже и ограничимъ объемъ дѣйствія ст. 989 только проступками, перечисленными въ 128 ст. м. у., сопровождавшимися чьею-либо смертью, то и тогда ея существованіе является по меньшей мѣрѣ безполезнымъ. Она какъ бы заставляетъ предполагать, что только въ случаѣ совершенія проступковъ противъ личной безопасности, въ ней (или, что тоже, въ 128 ст. м. у.) предусмотрѣнныхъ и сопровождавшихся смертью, и примѣняется ст. 1466,—но подобное предположеніе было бы совершенно ошибочно. И въ уложеніи, и въ мировомъ уставѣ существуетъ цѣлый рядъ полицейскихъ предписаній, охраняющихъ личную безопасность гражданъ и могущихъ причинить смерть другому, которыя хотя и не вошли въ 128 ст. м. у., но тѣмъ не менѣе подлежатъ дѣйствію 1466 ст.

Я укажу только на нѣсколько примѣровъ, подтверждающихъ мною сказанное.

Такимъ образомъ не упоминаетъ 128 ст. м. у. о ст. 102—104 м. у., карающихъ за несоблюденіе общихъ мѣръ предосторожности противъ распространенія прилипчивыхъ и повальныхъ болѣзней, за неосторожное сообщеніе другимъ происходящей отъ не-

[52]) См. Неклюдовъ. Руководство для мировыхъ судей, т. II, стр. 501.

потребства заразительной болѣзни, за врачеваніе изъ корыстныхъ видовъ; о ст. 120, наказывающей за держаніе или выпускъ дикихъ звѣрей безъ соблюденія надлежащихъ мѣръ предосторожности и т. д. Мнѣ кажется, что во всѣхъ этихъ случаяхъ не трудно отыскать и причину, по которой о нихъ не упоминается въ 128 ст. у. м.: она заключается въ томъ, что размѣры наказанія, въ нихъ назначеннаго, или одинаковы съ размѣрами, указанными въ 128 ст., или даже превышаютъ ихъ, а потому и дѣлаютъ упоминаніе о нихъ или излишнимъ, или невозможнымъ. Но нѣтъ никакого сомнѣнія, что подобныя нарушенія могутъ сопровождаться смертью, а тогда въ свою очередь нѣтъ основаній не подвести ихъ подъ дѣйствія ст. 1466. Если лицо, приготовившее безъ надлежащаго разрѣшенія лекарство и причинившее чрезъ то смерть, подлежитъ, на основаніи ст. 106, 128 м. у., 989, 1466 у.,-тюрьмѣ отъ 2—4 мѣсяцевъ,—то на какомъ же основаніи лицо, не принявшее мѣръ предосторожности противъ заразительной болѣзни и тѣмъ причинившее смерть, подлежало бы аресту до 1 мѣсяца, тогда какъ этотъ поступокъ въ низшихъ его формахъ считается болѣе тяжкимъ (ср. ст. 115 и 106 м. у.)? Гдѣ былъ бы тогда ratio legis?

Точно также найдемъ мы и въ уложеніи рядъ статей, которыхъ нарушеніе, сопровождаемое смертью, несомнѣнно подходитъ подъ дѣйствіе ст. 1466, хотя и не упоминается въ ст. 989. Таковы напр. ст. 1058, 1059, 1060, опредѣляющія отвѣтственность за нарушеніе общихъ правилъ, установленныхъ для производства построекъ. Ст. 1084, опредѣляющая отвѣтственность лицъ, надзирающихъ за желѣзною дорогою и не выставившихъ сигналовъ, извѣщающихъ объ опасности и т. п. Причемъ здѣсь положеніе, мною доказываемое, вполнѣ подтверждается непосредственно слѣдующею ст. 1085, которая, говоря о случаѣ, совершенно аналогичномъ съ предвидѣннымъ въ ст. 1084, прямо ссылается на ст. 1466.

Наконецъ и наша старая практика также постоянно принимала, что объемъ дѣйствія ст. 1466 и ст. 1328 по изд. 1857 не могутъ быть признаны тождественными другъ съ другомъ[53]. Но особенно ясно было это высказано вторымъ отдѣленіемъ при редактированіи изданія уложенія 1866. Для этого стоитъ только сравнить объемъ

[53]) См. Сборникъ рѣшеній правительствующаго сената, т. II. ч. IV. № 1171 по дѣлу Каменской; № 1222 по дѣлу Скибневскаго.

ст. 1328 прежняго изданія съ объемомъ ст. 989 нынѣшняго. А мы должны думать, что это расширеніе объема ст. 989 было сдѣлано только потому, что второе отдѣленіе находило, что и прежде во всѣхъ случаяхъ этого рода примѣнялась ст. 1466, такъ что и съ внесеніемъ ихъ въ текстъ ст. 989 содержаніе послѣдней не измѣнялось, а въ противномъ случаѣ второе отдѣленіе превысило бы предѣлы, предоставленные ему 6-ю статьею 3-го пункта мнѣнія государственнаго совѣта отъ 22 ноября 1865. Такимъ образомъ въ составъ 989 ст. вошли, напр, статьи 1315 — 1317, 1320 — 1321 (улож. 1857), вошедшія въ составъ 124 ст. м. у., 1319—вошедшая въ 125 ст., 1311—въ 123, 1327—въ 126, 1 ч. 1094 - въ 111 м. у. и т. д., хотя ни одна изъ этихъ статей въ 1328 ст. по изд. 1857 указана не была.

31. Это разсмотрѣніе содержанія ст. 989, а въ особенности ея видоизмѣненіе при изданіи уложенія 1866 г., даетъ намъ право, по моему мнѣнію, принять слѣдующія основныя положенія:

А. Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ судъ найдетъ, что извѣстное лицо изобличается въ нарушеніи какихъ-либо постановленій, сдѣланныхъ въ виду огражденія личныхъ правъ или безопасности отдѣльнаго лица или общества, и какъ скоро затѣмъ онъ усмотритъ, что отъ этого нарушенія, по общимъ правиламъ о причинной связи, произошла чья либо смерть, которую виновный могъ предвидѣть,—то онъ имѣетъ право примѣнить къ данному случаю ст. 1466 [54]).

Б. Что затѣмъ 989 ст. или 1085, повторяющія общія правила о примѣненіи ст. 1466 къ нѣкоторымъ частнымъ случаямъ, оказываются совершенно излишними, и могутъ быть съ большимъ успѣхомъ исключены изъ кодекса, тѣмъ болѣе, что самое существованіе ихъ, а главное неудовлетворительная редакція могутъ только представлять затрудненія при примѣненіи ст. 1466.

В. Что изъ этого общаго правила законъ считаетъ нужнымъ сдѣлать нѣсколько исключеній, въ которыхъ примѣненіе ст. 1466 не имѣетъ мѣста, и отвѣтственность опредѣляется на основаніи спеціальныхъ правилъ, которыя мы разсмотримъ далѣе. Но при этомъ всегда нужно имѣть въ виду, что такъ какъ эти случаи

[54]) Я опять повторяю, что одной запрещенности дѣянія и причинной связи между имъ и смертью не достаточно, необходимо и здѣсь, какъ и при примѣненіи ст. 1468, возможность предвидѣнія результатовъ. Ср. Oppenhof в. с. пр. 3 въ § 184.

представляютъ исключенія изъ общаго правила, то и постановленія, ихъ опредѣляющія, должны быть понимаемы въ возможно ограниченномъ смыслѣ, и не допускаютъ распространительнаго толкованія. Кромѣ того въ силу этого исключительнаго характера и самое существованіе этихъ особенныхъ постановленій должно имѣть какой либо спеціальный поводъ, чего къ сожалѣнію нельзя отыскать въ большей части этихъ исключеній.

32. Къ числу подобныхъ исключеній относится, во 1-хъ, ст. 865 улож., на основаніи которой «за совершеніе проступка, предвидѣннаго ст. 115 м. у., т. е. за приготовленіе для продажи, или за продажу съѣстныхъ припасовъ и напитковъ, вредныхъ для здоровья или испортившихся, а равно за выдѣлку посуды изъ вредныхъ для здоровья матеріаловъ, когда отъ того причинится кому-либо смерть, виновные, сверхъ опредѣленнаго за проступокъ наказанія, т. е. ареста не свыше одного мѣсяца или штрафа не свыше 100 рублей и лишенія на всегда права продавать или приготовлять напитки или что-либо съѣстное, и выдѣлывать для храненія и приготовленія для оныхъ посуду,—предаются, если они христіане, церковному покаянію по распоряженію духовнаго ихъ начальства.»

Уложеніе, какъ мы видимъ, смягчаетъ въ этихъ случаяхъ наказаніе, назначенное въ ст. 1466, и притомъ въ такомъ размѣрѣ, что за самое причиненіе смерти, какъ таковое, прибавляется только *одно* церковное покаяніе, но гдѣ же причина для подобнаго смягченія, гдѣ его оправданіе? Ни уложеніе, ни объясненія къ нему не даютъ на это никакихъ прямыхъ указаній, и невольно ставится вопросъ: почему же лицо, продавшее какое-либо лекарственное вещество, не имѣя на то право, и причинившее тѣмъ кому-либо смерть, подлежитъ гораздо болѣе строгому наказанію по 1466 ст., чѣмъ лицо, приготовившее въ продажу вредные съѣстные припасы и произведшее тѣ же результаты?

При этомъ нельзя не замѣтить, что объемъ изъятій изъ ст. 1466, о которомъ говоритъ 865 ст., получилъ значительное расширеніе при новомъ изданіи уложенія. Изъ указателя къ уложенію мы видимъ, что ст. 865 замѣнила собою 1108 ст. изд. 1857 г., но изъ сравненія ихъ оказывается, что подобное сходство относится только къ санкціи уголовной, но диспозитивныя части ихъ совершенно различны, такъ какъ ст. 1108 говорила: «буде отъ злоупотребленій, означенныхъ въ двухъ предшедшихъ 1106 и

1107 статьяхъ, причинится кому-либо смерть...» Между тѣмъ, какъ можно видѣть даже изъ того же указателя, ст. 115 м. у., а чрезъ нее и 865 ст. улож., охватываетъ и ст. 1095—6, 1098, 1102—1107, 1109—1010 изд. 1857 г., т. е. кромѣ приготовленія охватываетъ и продажу вредныхъ веществъ, которыя, слѣдовательно, прежде подлежали наказанію по 1466 ст. А между тѣмъ объ измѣненіи содержанія ст. 1108 не упоминается ни въ одномъ изъ пунктовъ мнѣнія государственнаго совѣта отъ 27 декабря 1865 г., и расширеніе ея объема и притомъ весьма значительное сдѣлано было по усмотрѣнію второго отдѣленія, вѣроятно видѣвшаго въ этомъ только одно видоизмѣненіе редакціи.

33. Точно также неосновательнымъ являются исключенія, указанныя въ ст. 869, когда смерть произошла отъ несоблюденія правилъ, предписанныхъ для продажи ядовитыхъ и сильно дѣйствующихъ веществъ, и здѣсь эта несостоятельность высказывается особенно рельефно въ силу близкаго сродства ст. 866 и 867 у. съ статьею 106 устава мирового, неоднократно мною упоминаемою, хотя, впрочемъ, самые случаи причиненія смерти по неосторожности, о которыхъ говорится въ ст. 869, могутъ встрѣтиться весьма рѣдко, такъ какъ мы должны всегда помнить, что для этого необходимо причинное отношеніе между дѣйствіемъ виновнаго и результатомъ ихъ — смертью.

Впрочемъ, также легко отнеслось къ этимъ различнымъ исключеніямъ второе отдѣленіе при новомъ изданіи уложенія. Я привелъ выше примѣры, въ которыхъ дѣйствія, дотолѣ каравшіяся на основаніи 1466 ст., подпали, безъ всякихъ о томъ постановленій государственнаго совѣта, подъ видомъ простого видоизмѣненія *редакціи*, дѣйствію исключительныхъ, болѣе мягкихъ законовъ; но есть факты, въ которыхъ измѣненіе имѣло совершенно обратный характеръ.

Въ 1081 ст. (изд. 1857) было постановлено, что если кто погребетъ мертваго ранѣе трехъ сутокъ, и если впослѣдствіи окажется, что похороненный такимъ образомъ человѣкъ находился въ летаргическомъ снѣ, или въ припадкѣ оцепѣненія, принятомъ за смерть, и умеръ отъ преждевременнаго погребенія,—то виновный приговаривается не на основаніи 1466, или послѣдняго пункта 110 ст., или, наконецъ, 1470 ст., а подлежитъ обыкновенному наказанію, назначенному за раннее погребеніе—штрафу до 50 р. или аресту до 3 недѣль, съ прибавленіемъ церковнаго покаянія.

Ст. 1081, какъ видно изъ указателя, замѣнена ст. 107 м. у., гдѣ сказано: что за погребеніе мертвыхъ не въ назначенныхъ для того мѣстахъ, или безъ соблюденія установленныхъ правилъ, указанныхъ въ ст. 917 и сл. устава медиц. полиц., виновные подвергаются или аресту не свыше 15 дней. или штрафу не свыше 50 руб., но уже нѣтъ затѣмъ никакихъ спеціальныхъ постановленій о тѣхъ случаяхъ, гдѣ погребенъ былъ мнимо-умершій, и гдѣ подобное несоблюденіе правилъ было причиною неосторожнаго лишенія жизни. Но второе отдѣленіе, указавъ на это тождество ст. 1081 изд. 1857 г. и 107 м. у., не обратило вниманія на это опущеніе, а между тѣмъ теперь въ подобныхъ случаяхъ виновный, ~~какъ я указывалъ выше,~~ по общему правилу подлежитъ отвѣтственности по ст. 1466, и это измѣненіе содержанія ст. 1071 опять таки сдѣлано помимо мнѣнія государственнаго совѣта, отъ 27 дек. 1865 г., въ которомъ о ней и не упоминается.

34. Но несравненно болѣе и практическаго, и теоретическаго интереса представляютъ изъятія, указанныя въ статьяхъ 899 и 870 уложенія, опредѣляющія отвѣтственность врачей и аптекарей за ошибки, сдѣланныя ими при отправленіи ихъ обязанностей и кончившіяся чьею-либо смертью; а потому я и считаю необходимымъ подвергнуть эти изъятія разбору, болѣе подробному.

Вопросъ объ отвѣтственности врачей за ошибки, ими совершенныя, представляетъ въ исторіи нашего права два фазиса: до уложенія 1845 года и послѣ него.

Съ момента появленія у насъ медицины и врачей, возникъ и вопросъ объ отвѣтственности послѣднихъ за результаты ихъ леченія, а болѣе или менѣе полное невѣжество даже высшихъ слоевъ нашего общества, въ XVII и началѣ XVIII столѣтія, служитъ намъ достаточнымъ объясненіемъ господствовавшаго тогда взгляда на характеръ этой отвѣтственности. Приписывая успѣхи леченія скорѣе чародѣйству, чѣмъ знанію, ставя врачей заурядъ съ бабами-шептухами, общество требовало отъ нихъ благопріятнаго исхода леченія, не смотря на тотъ или другой характеръ болѣзни, отъ которой они пользовали, и смерть паціента, хотя бы и не отвратимая, всегда ставилась въ вину врачу и нерѣдко имѣла для него весьма печальныя послѣдствія.

Остатки этого взгляда замѣтны еще и въ законодательствѣ Петровскомъ, послужившемъ источникомъ постановленій свода законовъ 1832 года.

Особенно важнымъ въ этомъ отношеніи является указъ 4-го марта 1686 года [55]), гдѣ было постановлено:

«Лекаря Мишку Тулейщикова за то, что онъ лекарю Андрею Харитонову, вмѣсто раковыхъ глазъ отвѣсилъ въ пьянствѣ золотникъ сулемы, а онъ, Андрей, ту сулему давалъ въ ренскомъ подъячему Юрью Прокофьеву Трофимову, и тотъ подъячій при немъ умре: велѣно сослать съ женою и съ дѣтьми въ Курскъ, а по лекарѣ Андреѣ Харитоновѣ собрать поручную запись, что ему такихъ вредоносныхъ и смерть наводящихъ статей никому не давать, и сказанъ Великаго Государя указъ всѣмъ лекарямъ: «*буде изъ нихъ кто нарочно или ненарочно кого уморитъ, а про то сыщется, и имъ быти казненнымъ смертію*».

Но, впрочемъ, эти строгія постановленія, не различавшія даже умысла отъ неосторожности, не всегда примѣнялись. Такъ напр., по указу отъ 14 февраля 1700 г. опредѣлено: человѣка боярина Салтыкова, который далъ своему боярину не для отравы, а для сна чрезмѣрно арьяну, сослать въ ссылку въ Азовъ съ женою на каторгу, но не казнить смертью, какъ было указано въ 1686 году.

На основаніи этихъ же узаконеній было постановлено и въ Сводѣ Законовъ въ ст. 344, что

«врачъ или аптекарь, изобличенный въ учиненіи убійства, первый прописко̀ю, а послѣдній отпускомъ ненадлежащаго лекарства, или не въ надлежащемъ количествѣ, подвергаются наказанію, *за неосторожное смертоубійство*; умышленное же причиненіе больному смерти подвергаетъ виновнаго тому же наказанію, какое положено за умышленное смертоубійство [56]).

35. Но въ 1845 году, при составленіи уложенія, медицинскій совѣтъ нашелъ эти постановленія Свода слишкомъ строгими, потому что врачъ, какъ замѣчаетъ совѣтъ, дѣйствовалъ не умышленно, *а по крайнему разумѣнію*. Совѣтъ предложилъ подвергать церковному покаянію, а вмѣстѣ съ тѣмъ подвергать отвѣтственности лицъ, давшихъ незнающему право лечить.

Въ виду этихъ соображеній и состоялась ст. 870 уложенія (ст. 122 устава врачебнаго, т. XIII).

«Когда медицинскимъ начальствомъ будетъ признано, что врачъ, операторъ, акушеръ или повивальная бабка, *по незнанію своего искуства, дѣлаютъ явныя, болѣе или менѣе важныя* въ оном̀ъ ошибки, то

имъ воспрещается практика, доколѣ они не выдержатъ новаго испытанія и не получатъ свидѣтельства въ надлежащемъ знаніи своего дѣла.

Если *отъ неправильнаго леченія послѣдуетъ* кому-либо *смерть*, или важный здоровью вредъ, то виновный, буде онъ христіанинъ, предается:

церковному покаянію по распоряженію своего духовнаго начальства.

Такимъ образомъ и здѣсь мы находимъ отступленіе и притомъ весьма значительное отъ общихъ постановленій статьи 1466. Поэтому необходимо опредѣлить границы подобнаго изъятія и основанія, на которыхъ оно покоится.

Что касается до перваго вопроса, то здѣсь мы должны прежде всего замѣтить слѣдующее:

А. Во 1-хъ, очевидно, что и съ измѣненіемъ системы свода, 2-я часть статьи 344-й сохранила свое значеніе и выпущена только за ея излишествомъ. Въ самомъ дѣлѣ, какъ скоро врачъ, съ умысломъ лишить больного жизни, прописалъ ему ядъ, или такое лекарство, отъ котораго должна произойти смерть; какъ скоро операторъ, съ умысломъ причинить вредъ здоровью, отрѣзалъ руку или ногу лицу, страдавшему напр. разстройствомъ желудка,—то онъ долженъ отвѣчать за убійство, увѣчье, какъ и всякой другой виновный, а иногда даже и съ усиленіемъ наказанія. Противъ отвѣтственности врача въ подобныхъ случаяхъ не существуетъ никакихъ возраженій.

Слѣдовательно, мы можемъ сказать, что для примѣненія статьи 870 *безусловно необходимо, чтобы смерть*, причиненная врачемъ, *была результатомъ не умысла*, а неосторожности, и притомъ въ томъ именно значеніи, которое придаетъ этому понятію уложеніе.

Б. Во 2-хъ, статья 870 предполагаетъ при этомъ еще одно весьма важное ограниченіе. Неосторожное причиненіе вреда или смерти иногда можетъ быть совершено врачемъ—*не въ качествѣ врача, а въ качествѣ частнаго лица*. Представимъ себѣ напр., что докторъ, вслѣдствіе скорой ѣзды, задавилъ кого-либо, выставилъ безъ надлежащихъ предосторожностей за окно горшокъ съ цвѣтами и тотъ, упавъ, разбилъ голову проходящему и т. д. Очевидно, что такъ какъ при этомъ нѣтъ и рѣчи о незнаніи врачемъ своего искуства, такъ какъ, свершенное имъ, не входило въ кругъ

[55]) П. С. З. т. IV, № 1756.

[56]) Это было еще повторено и въ сводѣ военныхъ постановленій: ст. 392, по изданію 1859 года.

его обязанностей, — то онъ и можетъ отвѣчать не на основаніи ст. 870, а по общимъ правиламъ о неосторожномъ убійствѣ.

Поэтому, *объемъ* дѣйствія 2-й части *ст. 870 можетъ быть опредѣленъ* только *тѣми случаями* неосторожнаго причиненія вреда, гдѣ этотъ вредъ произошелъ или при отправленіи врачемъ своихъ обязанностей, или вслѣдствіе этого отправленія, *когда*, однимъ словомъ, *вредъ былъ результатомъ неправильнаго леченія;* причемъ самое значеніе этого послѣдняго термина я постараюсь опредѣлить далѣе.

36. Переходимъ теперь къ разбору тѣхъ основаній, въ силу которыхъ оправдывается самое существованіе статьи 870.

Подобная отвѣтственность врача за послѣдствія дѣйствій, входящихъ въ область его профессіи, составляетъ одинъ изъ частныхъ случаевъ болѣе общаго вопроса о причиненіи смерти кѣмъ-либо при отправленіи своихъ спеціальныхъ занятій, и вслѣдствіе этого отправленія [57]), а потому и отвѣтственность за результаты должна быть опредѣляема на общихъ основаніяхъ.

И дѣйствительно, многіе западные кодексы не считаютъ необходимымъ дѣлать какія-либо спеціальныя постановленія объ отвѣтственности врачей. Такимъ образомъ французскій кодексъ въ статьѣ 319, указывая, между прочимъ, какъ на одинъ изъ видовъ неосторожнаго убійства — на лишеніе жизни par négligence ou inobservation des réglements, имѣетъ здѣсь преимущественно въ виду, какъ объяснилъ кассаціонный судъ, незнаніе правилъ профессіи, которою занимается виновный. На этомъ основаніи подводила судебная практика

[57]) Относительно теоріи даннаго вопроса и постановленій германскихъ кодексовъ, кромѣ учебниковъ и руководствъ по судебной медицинѣ, смотри: Neuhold, Versuch einer Darstellung der besonderen Rücksichten, welche bei juridischer Zurechnung der in der medicinischen Praxis vorkommenden Fehler gefordert werden, 1834.—Schürmaier, Die Kunstfehler der Medicinal-Personen in strafrechtlicher Beziehung, 1838.—Kalisch, Die Kunstfehler der Aerzte. 1860.—Geib, Beiträge zur Erörterung criminalistischer Fragen. A. d. Cr. R. 1838. Его же Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1862 т. II, § 96.—Mittermaier, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Aerzte etc. N. A. d. cr. R. 1853. Его же, въ Gerichtssaal 1858.—Abegg, Zur Lehre von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Medicinal-Personen mit besonderer Berücksichtigung des preusischen Rechts. G. A XIII. стр. 324 и сл., стр. 385 и сл. Болѣе подробныя указанія литературы у Buchner'a, Lehrbuch der gerichtlichen Medicin, 1867 стр. 415.—Бернеръ, О тѣлесныхъ поврежденіяхъ, Ж М. Ю. 1867 № 7. стр. 72.

подъ статью 319 поступокъ архитектора, принявшаго дурной матеріалъ, отчего произошла смерть нѣсколькихъ человѣкъ рабочихъ или, напр., распорядителя работами при желѣзной дорогѣ, признаннаго отвѣтственнымъ за смерть рабочаго въ томъ случаѣ, когда судъ нашелъ, что причиною этой смерти было отсутствіе при работахъ предпринимателя или другого отвѣтственнаго лица, его замѣняющаго. И изъ числа этихъ спеціалистовъ, законъ отнюдь не исключаетъ медиковъ.

Эли [58]) справедливо замѣчаетъ, что постановленія code pénal прямо обнимаютъ и дѣйствія медиковъ, и что нѣтъ закона, который бы оправдывалъ здѣсь какое-либо исключеніе. Судъ не вмѣшивается въ систему леченія, но онъ не можетъ освободить отъ отвѣтственности врача, который прописалъ одно лекарство вмѣсто другого, ошибся въ дозѣ и т. п.

Такъ же поступаетъ большинство нѣмецкихъ кодексовъ [59]), такъ напр., прусское уложеніе не знаетъ никакихъ спеціальныхъ постановленій относительно отвѣтственности врачей, а говоритъ, что ежели виновный въ неосторожномъ убійствѣ, въ силу своей должности, званія или занятія, былъ обязанъ къ особой осторожности, то сверхъ общаго наказанія онъ признается на опредѣленное время (не свыше 5 лѣтъ) или же навсегда неспособнымъ къ отправленію подобной должности, или лишается права самостоятельно выполнять свое ремесло или искуство.

Подобныя же постановленія находимъ мы въ брауншвейгскомъ уложеніи—§ 286, которое приводитъ въ видѣ примѣра нѣсколько категорій такихъ лицъ; въ кодексахъ вюртембергскомъ—§ 251, баденскомъ—§ 543. Послѣдній дѣлаетъ, впрочемъ, при этомъ весьма важное добавленіе: «если смерть была результатомъ простой технической ошибки (Kunstfehler), проистекающей изъ ложнаго какого-либо взгляда, то виновный, насколько онъ дѣйствовалъ въ предѣлахъ своего уполномочія, не подлежитъ отвѣтственности.» Такое же различіе дѣлаетъ и австрійское уложеніе — § 356, 357, постановленія котораго представляютъ для насъ особенный инте-

[58]) В. с. т. IV. № 1261 и сл. Кассаціонный судъ еще въ 1817 году рѣшилъ, что хотя по закону повивальныя бабки, фельдшера и т. п. обязаны при всякой трудной операціи призывать врача и за неисполненіе этого подлежатъ денежному штрафу, но это постановленіе не распространяется на тѣ случаи, гдѣ подобное небреженіе указанныхъ лицъ было причиною смерти. См. Brillaud, De l'avortement. 1862 стр. 332.

[59]) См. постановленія сюда относящіяся у Бернера, в. с. стр. 71 и сл.

ресъ, такъ какъ они имѣли несомнѣнное вліяніе на наше уложеніе [60]).

Изъ этого краткаго указанія мы можемъ, слѣдовательно, видѣть, что большинство законодательствъ признаетъ отвѣтственность медиковъ за вредъ, ими причиненный, и опредѣляетъ самую степень ихъ отвѣтственности на тѣхъ же основаніяхъ, которыя приняты по отношенію къ другимъ спеціалистамъ, дѣйствующимъ въ предѣлахъ ихъ профессіи. Но что при этомъ нѣкоторые кодексы исключаютъ тѣ случаи, когда вредъ произошелъ отъ самаго способа леченія, хотя бы и признаннаго неправильнымъ [61]).

37. Это различіе, какъ я думаю, должно имѣть значеніе и при теоретическомъ разсмотрѣніи вопроса объ отвѣтственности врача за причиненіе имъ смерти кому-либо леченіемъ, операціею и т. д.

Разумѣется, обязанность каждаго быть внимательнымъ къ своимъ поступкамъ, воздерживаться отъ совершенія тѣхъ дѣйствій, которыя по неловкости, неумѣнью или незнанію дѣйствующаго болѣе или менѣе легко могутъ причинить вредъ,—должны быть распространяемы и на медиковъ. Если архитекторъ отвѣчаетъ за плохое устройство лѣсовъ, бывшее причиною смерти рабочихъ, если смотритель за каменноугольными копями отвѣчаетъ за взрывъ газовъ, когда причины этого взрыва объясняются несмотрѣніемъ или незнаніемъ виновнаго,—то нѣтъ причинъ ставить въ иное положеніе оператора, при совершеніи какой-либо легкой операціи по небрежности, неловкости, неумѣнью и т. п. зарѣзавшаго своего паціента. Предѣлы и степень отвѣтственности должны быть въ этихъ случаяхъ одинаковы.

Далѣе, нѣтъ основанія ограничивать отвѣтственность за причиненіе смерти леченіемъ только тѣми случаями, гдѣ подобное леченіе было предпринято лицомъ, или не имѣющимъ вовсе права лечить (Medicinal-pfuscherei), или перешедшихъ предѣлы права,

[60]) По § 336. Если врачъ при пользованіи какого-либо больного совершилъ такую ошибку, изъ которой совершенно очевидно его незнаніе, и отъ этого произошла смерть — то онъ лишается права практиковать до тѣхъ поръ, пока новымъ испытаніемъ не докажетъ, что онъ надлежащимъ образомъ пополнилъ недостающія у него свѣдѣнія. § 357 распространяетъ это на хирурга, причинившаго смерть вслѣдствіе дурно сдѣланной операціи.

[61]) Въ тѣхъ кодексахъ, гдѣ подобныя изъятія не указаны, они признаются практикою или вполнѣ, или по отношенію къ легкимъ ошибкамъ, происшедшимъ отъ незнанія. См. Миттермайеръ, Gerichtssaal стр. 4.

ему даннаго. Совершенно справедливо замѣчаетъ Миттермайеръ, что, говоря такимъ образомъ, мы смѣшиваемъ два вопроса, совершенно различные, что хотя недозволенное леченіе или напр. совершеніе какой-либо трудной операціи повивальною бабкою и составляетъ само по себѣ дѣяніе, закономъ запрещенное, но это одно не даетъ права дѣлать какія-либо предположенія о безусловной вредности ихъ леченія, а съ другой, никакъ не можетъ освободить отъ отвѣтственности врача, хотя и имѣющаго надлежащій дипломъ, но, не взирая на то, неоднократно предпринимавшій леченіе такого рода или при такихъ обстоятельствахъ, которыя несомнѣнно указывали, что только его небрежность, нерадѣніе или полное невѣжество были причиною смерти паціента.

Но, съ другой стороны, нельзя же поставить въ вину медику всякій вредъ или смерть каждаго изъ его паціентовъ, потому что онъ только содѣйствуетъ или направляетъ силы природы, но не распоряжается ими, иначе пришлось бы возвратиться къ наивному взгляду среднихъ вѣковъ. Мало того, не всякое обвиненіе въ неопытности, незнаніи можетъ сдѣлать врача отвѣтственнымъ за смерть пользуемаго имъ больного, и положеніе, хотя еще и высказанное въ римскомъ правѣ: «quod per imperitiam comissit medicus, imputari ei debet», должно быть принимаемо съ осторожностью.

Въ самомъ дѣлѣ, медицина, не смотря на ея многостолѣтнее существованіе, по удостовѣренію ея наиболѣе авторитетныхъ представителей, находится еще въ началѣ своего развитія; такъ называемый раціональный способъ леченія, построенный на возможно-всесторонней діагнозѣ организма больного, только мало по малу начинаетъ замѣнять способъ чисто эмпирическій. Дѣйствіе различныхъ средствъ, употребляемыхъ медициною и ихъ комбинацій, вліяніе на это дѣйствіе самаго организма больного и т. д. —все это вопросы, на которые медицина не даетъ точныхъ и положительныхъ отвѣтовъ, а потому правила и предписанія фармацевтики являются часто слишкомъ условными, такъ что всякое сколько-нибудь важное открытіе въ области ботаники, химіи, бросая новый свѣтъ на дѣйствія даннаго средства, даетъ возможность употреблять для леченія новыя, дотолѣ неизвѣстныя комбинаціи. А все это вмѣстѣ взятое приводитъ къ необходимости вопроса о томъ: что же такое неправильное леченіе? Какую же степень незнанія считать предѣломъ, съ котораго начинается

уголовная отвѣтственность за вредъ, причиненный этимъ незна ніемъ? Не можемъ же мы требовать, чтобы каждый хирургъ об ладалъ искуствомъ Пирогова или Нелатона, чтобы каждый врачъ могъ сдѣлать діагнозъ какъ Боткинъ или Траубе. А кромѣ того ошибки и недоразумѣнія и иногда даже довольно значительныя могутъ быть совершаемы, да и дѣйствительно совершаются и эти-ми авторитетами науки. Поэтому, если окажется, что употребленный медикомъ способъ леченія, хотя и допускается медициною вообще въ подобныхъ случаяхъ, но въ данномъ, вслѣдствіе личности обстоятельствъ, ускользнувшихъ отъ вниманія врача, былъ недостаточенъ, и долженъ бы былъ быть замѣненъ другимъ; если окажется, что врачъ, хотя и воспользовался всѣми предписанными въ наукѣ способами раскрытія болѣзни, но тѣмъ не менѣе не разузналъ ее и далъ достичь размѣровъ, приведшихъ къ смертельному исходу,—то все это само по себѣ еще недостаточно для признанія отвѣтственности врача [62]). Необходимо, чтобы его неумѣнье распознать болѣзнь, отыскать надлежащій способъ леченія,—однимъ словомъ, ошибка, имъ сдѣланная, была такъ велика, что не дозволяла бы ввѣрить ему жизнь и здоровье паціентовъ, заставляла бы признать неспособнымъ для отправленія обязанностей врача.

Но тотъ же выводъ долженъ быть сдѣланъ и въ томъ случаѣ, когда врачъ вышелъ изъ круга правилъ и способовъ, общепризнанныхъ въ медицинѣ, и употребилъ методъ новый, болѣе или мѣнѣе самобытный, хотя и имѣвшій печальный исходъ. Признать его отвѣтственнымъ за попытку реформы,—значило бы осудить медицину на вѣчный покой и коснѣніе. «Каждый врачъ, говоритъ Миттермайеръ, изъ различныхъ способовъ леченія можетъ выбрать кажущійся ему наиболѣе удобнымъ. И какъ не можетъ быть сдѣланъ упрекъ врачу, который менѣе другихъ знакомъ съ новѣйшими открытіями, который врагъ нововведеній и болѣзливо примѣняетъ всякій вновь вводимый методъ; такъ и наоборотъ, врачъ предпріимчивый, пробующій въ первый разъ новый способъ леченія не можетъ заслуживать упрека отъ своихъ консервативныхъ собратій. Въ царствѣ духа нѣтъ застоя: то, что нынче

[62]) См. рядъ примѣровъ подобныхъ ошибокъ врачей, особенно по отношенію къ способу пользованія, у Миттермайера, в. с. стр. 9. Также у Бухнера, в. с. § 424, примѣры ошибочной діагнозы важнѣйшихъ авторитетовъ медицины.

еще толпа называетъ заблужденіемъ, лѣтъ черезъ 20 сдѣлается истиною.»

По какъ безотвѣтственному невѣжеству существуютъ предѣлы, такъ должны существовать они и для этихъ реформаціонныхъ попытокъ. Человѣкъ, его жизнь и здоровье не могутъ быть средствомъ экспериментаціи для малознающаго высокомѣрія, болѣе думающаго о собственномъ тщеславіи, чѣмъ объ интересахъ науки или лица, имъ пользуемаго. Поэтому и употребленіе способовъ новыхъ, необслѣдованныхъ и сопровождавшихся смертью, должно влечь за собою отвѣтственность врача, какъ скоро нововведеніе или противорѣчитъ законамъ обыкновенной логики, или предполагаетъ отрицаніе фактовъ, общепризнанныхъ въ наукѣ и дотолѣ непоколебленныхъ [63]).

Такимъ образомъ, говоря объ отвѣтственности врача за смертельный исходъ предпринятаго имъ пользованія съ точки зрѣнія теоріи, я прихожу къ такому выводу: *Смерть паціента, хотя бы и происшедшая отъ незнанія или неискуства врача, или вообще отъ ошибки его въ пользованіи больного, по общему правилу, не можетъ быть причиною его уголовной отвѣтственности; но это правило допускаетъ ограниченія двоякаго рода. Врачъ отвѣчаетъ за неосторожное убійство, во 1-хъ, какъ скоро онъ допустилъ грубую ошибку или въ распознаніи болѣзни, или въ выборѣ способовъ леченія, и во 2-хъ, когда онъ ввелъ способъ употребляемый до тѣхъ поръ и явно противорѣчащій или началамъ логики, или непоколебленнымъ еще фактамъ науки, предполагая, разумѣется, что между этимъ леченіемъ и послѣдовавшею смертью существуетъ причинная связь* [64]).

[63]) Съ этой стороны нельзя не признать, что даже и возбужденіе сомнѣнія (но неопроверженіе) относительно какихъ-либо фактовъ, положеній, признанныхъ въ наукѣ, недостаточно для оправданія нововведенія, такъ какъ особенный характеръ предмета, служащаго въ данномъ случаѣ средствомъ опыта, обязываетъ къ особенной осторожности.

[64]) Нельзя не указать на прекрасно мотивированное рѣшеніе tribunal civil Domfront по дѣлу акушера Hélie, осужденнаго за то, что онъ отрѣзалъ руку ребенка, еще не вышедшаго изъ утробы, не употребивъ средствъ, предписываемыхъ наукою въ подобныхъ случаяхъ для поворота младенца, не удостовѣрившись положительно въ смерти младенца, и не призвавъ докторовъ для совѣщанія, хотя имѣлъ для этого необходимое время. Парижская медицинская академія дала отвѣтъ весьма уклончивый, но клонящійся къ признанію безотвѣтственности врача за ошибки профессіи; судъ въ свою

Нельзя, впрочемъ, не замѣтить, что какъ ни умѣренны эти требованія, защищаемыя большинствомъ юристовъ, они встрѣчаютъ иногда возраженія, главнымъ образомъ со стороны врачей, выставляющихъ хотя и громкое, но юридически совершенно несостоятельное положеніе; что между врачемъ и паціентомъ судьею можетъ быть только Богъ, что допустить вмѣшательство судьи въ дѣятельность медика у постели больного — значитъ уничтожить самое существованіе медицины [64]). Для доказательства этого положенія обыкновенно приводятъ, что *подобное неумышленное не есть преступная неосторожность, а главное, что законное свидѣтельство объ экзаменѣ, полученное врачемъ, даетъ ему право предполагать въ самомъ себѣ всѣ необходимыя познанія и искуство*, и поэтому считать себя вправѣ предпринимать всякіе способы леченія. Что касается до перваго довода, то онъ указываетъ на простое незнаніе законнаго понятія о неосторожномъ убійствѣ и о преступной неосторожности вообще. Неосторожность всегда предполагаетъ ошибку или неполноту разумѣнія и проистекающую отсюда ошибку хотѣнія, а это условіе существуетъ и здѣсь, и весь вопросъ сводится, какъ и при другихъ случаяхъ неосторожности, къ опредѣленію размѣровъ этой ошибки или неполноты знанія, какъ условія наказуемости неосторожности. Что же касается до второго условія, то оно коренится въ предположеніи совершенно ложномъ. Экзаменъ и патентъ никакимъ образомъ не могутъ быть въ глазахъ закона безусловнымъ доказательствомъ правильности извѣстнаго дѣйствія и невозможности его провѣрки и оцѣнки. Не говоря уже о томъ, что какъ бы ни былъ основательно и добросовѣстно произведенъ экзаменъ, онъ всетаки будетъ въ значительной степени случаенъ,—мы кромѣ того не должны забывать, что дипломъ, выдаваемый по экзамену окончившему курсъ въ университетѣ или академіи, означаетъ только то, что извѣстное лицо пріобрѣло такія познанія, съ которыми, при *дальнѣйшемъ собственномъ добросовѣстномъ трудѣ*, оно можетъ исполнять обязанности врача. Но, какъ нерѣдко, къ сожалѣнію, указываетъ намъ жизнь, что врачъ, только что окончившій курсъ, бросаетъ всякія дальнѣйшія занятія и при незначительной практикѣ мало по малу теряетъ и тотъ запасъ знаній, которыми снабдила его школа, и въ концѣ концовъ по своимъ свѣдѣніямъ ставится на одинъ уровень съ любой бабой-знахаркой. Но та отвѣчаетъ за пагубные результаты своего незнанія, а онъ? Неужели можетъ допустить законъ, чтобы дипломъ, усыпляющій только опасность подобнаго лица для общества, въ силу необходимо вызываемаго имъ довѣрія, могъ служить щитомъ невѣжеству и могъ быть причиною безнаказанности? Разумѣется нѣтъ, — и подобной доктрины не приняло, какъ мы видѣли, ни одно положительное законодательство.

Но если существуютъ извѣстныя условія, при которыхъ врачъ отвѣчаетъ за смерть или вообще вредъ, происшедшій отъ его неправильнаго леченія, то оцѣнка степени ошибки должна быть предоставлена суду. При этомъ *судъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ, по общимъ правиламъ, на основаніи экспертизы* [65]). «Здѣсь, говоритъ Бернеръ, примѣняется одно и то же основное положеніе: что о всѣхъ тѣхъ фактахъ и обстоятельствахъ дѣла, которые относятся къ технической сторонѣ какого-нибудь искуства или науки, даютъ свое заключеніе эксперты, но о правовыхъ вопросахъ рѣшаетъ тѣмъ не менѣе судья, болѣе или менѣе подробно изучившій дѣло.» Разумѣется, оцѣнивая эту тяжесть ошибки, судъ долженъ дѣйствовать съ возможною осмотрительностью, онъ не долженъ забывать, что въ научныхъ вопросахъ, еще далеко не разъясненныхъ, каковы вопросы медицинскіе, могутъ имѣть одинаковое значеніе мнѣнія противоположныя, но въ равной степени серьезныя и основательныя, и что весьма нерѣдко въ словахъ экспертизы, признающей, напр., высшую степень невѣжества со стороны обвиненнаго, оказывается только вражда партій, какъ аллопатовъ и гомеопатовъ и т. п. Но съ другой стороны, подобныя же условія существуютъ и при разсмотрѣніи ошибокъ, совершенныхъ какими-либо другими спеціалистами.

38. Во всѣхъ этихъ случаяхъ источникъ вреда заключается,

ихъ мотивахъ отлично разобралъ всю несостоятельность отвѣта академіи. Ср. Brilland. в. с. стр. 295—325.

[65]) Эту тему развивали напр. парижская академія и различные врачи, разбиравшіе рѣшеніе суда Domfront. См. Бертенсонъ, объ отвѣтственности врачей за вредъ, ими причиненный—Медицинскій Вѣстникъ 1869 № 42. См. также Бернеръ в. с. стр. 75; Шауенштейнъ, Руководство къ судебной медицинѣ 1865 стр. 402; Бухнеръ в. с. § 413 и сл.

[66]) Это признаютъ даже и врачи. Бухнеръ, указывая на всю трудность экспертизы въ подобномъ случаѣ, указываетъ и тѣ средства, которыми можетъ быть гарантирована правильность.

какъ я указывалъ, въ самомъ леченіи, и притомъ въ неискусно составленномъ или неудачно выполненномъ планѣ леченія, въ технической ошибкѣ, Kunstfehler, въ отступленіи отъ требованія науки. *Но отъ этого понятія должны быть отличаемы другіе случаи, гдѣ неосторожность*, причинившая вредъ, хотя и заключается въ дѣйствіяхъ врача, предпринятыхъ при отправленіи имъ обязанностей своего званія, но *не относится къ самому леченію, а вытекаетъ изъ какихъ либо иныхъ обстоятельствъ*, — то, что уже Каролина выдѣляла изъ понятія неправильнаго леченія подъ именемъ нерадѣнія (Unfleiss, imperitia въ тѣсномъ смыслѣ).

Представимъ себѣ напр., что акушеръ, призванный бабкою на помощь во время трудныхъ родовъ, бросаетъ, хотя и безъ преступнаго умысла, а просто по легкомыслію, небрежности или по какимъ бы то ни было причинамъ, предпринятое имъ средство для родоразрѣшенія, и рожающая оттого умираетъ;

или положимъ, что хирургъ предпринимаетъ въ нетрезвомъ видѣ трудную операцію и своею дрожащею рукою производитъ ее такъ неловко, что больной умираетъ подъ его ножемъ; или, не осмотрѣвъ внимательно инструмента, причиняетъ вредъ вслѣдствіе оказавшейся негодности орудій, имъ употребленныхъ [67]);

или, далѣе, врачъ по небрежности, разсѣянности, торопливости и т. п. прописываетъ во внутрь шпанскія мушки, какое-нибудь сильно дѣйствующее вещество, предназначаемое для наружнаго употребленія, или прописываетъ слишкомъ сильную дозу или вредно дѣйствующую комбинацію лекарственныхъ веществъ, и прописываетъ притомъ не потому, чтобы онъ самъ вѣрилъ въ пользу предписаннаго имъ способа леченія, чтобы онъ хотѣлъ испробовать какой-либо новый методъ, а просто по неосмотрительности, такъ что онъ самъ бы призналъ свой способъ дѣйствія совершенно неправильнымъ, еслибы только обдумалъ его. Можетъ ли и въ подобныхъ случаяхъ, сопровождавшихся смертью, быть допущена

[67]) Или представимъ себѣ такой случай, что хирургъ, предпринявъ трудную операцію, безъ всякой крайней необходимости, оставляетъ на болѣе или менѣе продолжительный срокъ паціента и отправляется обѣдать, завтракать, а тотъ въ это время умираетъ; или, операторъ производитъ операцію такъ небрежно, что потомъ при вскрытіи трупа оказывается напр. губка, попавшая между кишками и т. п. Если въ подобныхъ случаяхъ больному были причинены вредъ или смерть, то прокурорскій надзоръ не только можетъ, но и долженъ начать обвиненіе.

безнаказанность врача? Очевидно, что этотъ вредъ, хотя и произошелъ при отправленіи имъ своихъ обязанностей, не можетъ быть названъ вредомъ отъ неправильнаго леченія въ строгомъ смыслѣ этого слова. Врачъ не можетъ отговариваться тѣмъ, что онъ причинилъ вредъ, дѣйствуя bona-fide, по крайнему своему разумѣнію, что причину гибельныхъ результатовъ нужно искать или въ плохомъ состояніи медицины, или въ крайнемъ случаѣ въ недостаточности его способностей и свѣдѣній; напротивъ того, онъ виновенъ просто въ легкомысленномъ поступкѣ, сопровождавшемся смертью, за который и долженъ отвѣчать, какъ и всякое другое лицо, или по 1468, или по 1466 статьѣ. Это всего нагляднѣе можно видѣть на слѣдующемъ примѣрѣ. Представимъ себѣ, что врачъ, сидя у постели больного, самъ даетъ ему лекарства и по своей явной неосторожности перемѣшиваетъ склянки и даетъ внутрь то, что назначено для наружнаго употребленія, и больной умираетъ; какое же значеніе можетъ имѣть въ данномъ случаѣ для рѣшенія вопроса о виновности и отвѣтственности то обстоятельство, что подобная несчастная ошибка сдѣлана была врачемъ при отправленіи его обязанностей, а не сидѣлкою или какимъ-либо постороннимъ лицомъ? Если могутъ быть наказаны въ такомъ случаѣ послѣдніе, то подобный же ratio juris существуетъ и для наказуемости перваго [68]).

Какъ мнѣ кажется именно съ подобнымъ ограниченіемъ должна быть понимаема и статья 870 уложенія.

Въ самомъ дѣлѣ, первая ея часть говоритъ только о тѣхъ болѣе или менѣе важныхъ и явныхъ ошибкахъ врача, которыя онъ дѣлаетъ *по незнанію своего искуства*, а вторая, въ видѣ добавленія, указываетъ на тѣ факты, когда подобная ошибка окончилась смертью, происшедшею такимъ образомъ отъ *неправильнаго леченія*, и когда можно сказать про врача, какъ замѣчаетъ медицинскій совѣтъ, что онъ дѣйствовалъ *по крайнему своему разумѣнію*. Но подъ это понятіе никакъ не могутъ быть подведены послѣдніе изъ разсмотрѣнныхъ выше случаевъ, такъ

[68]) Любопытный примѣръ этого рода приводитъ Brillaud, v. c. стр. 325, по дѣлу доктора Tauret-Norgoy. обвиненнаго въ томъ, что онъ при кровопусканіи ранилъ ручную артерію, скрылъ умышленно эту ошибку, не заботился о предосторожностяхъ, предписанныхъ въ подобныхъ случаяхъ медициною, и потомъ бросилъ паціента, у котораго другой докторъ долженъ былъ отнять руку, пораженную антоновымъ огнемъ.

что здѣсь отвѣтственность врача опредѣляется уже не на основаніи 870, а по 1468 или 1466 статьѣ уложенія.

39. Такимъ образомъ, сводя все указанное выше относительно отвѣтственности врачей за неосторожное убійство, мы находимъ:

что объемъ дѣйствія статьи 870 ни въ какомъ случаѣ не распространяется не только на умышленное, но даже и на неосторожное причиненіе смерти, происшедшее не при отправленіи врачемъ его обязанностей;

что и въ послѣднемъ случаѣ статья 870 можетъ быть примѣнима только къ ошибкамъ врача, происходящимъ или отъ его незнанія и неправильнаго примѣненія общихъ правилъ діагностики и фармацевтики, или же отъ попытки, хотя бы легкомысленной, испробовать способъ леченія, дотолѣ не употребляемый;

что, поэтому, понятіе неправильнаго леченія не распространяется на ошибки и неосторожность врача, происшедшія хотя *и при* леченіи больного, но не по причинамъ вышеуказаннымъ, — ошибки, которыя онъ могъ предвидѣть и избѣжать при большей внимательности и осторожности, безразлично относительно степени его познаній.

При этомъ мнѣ кажется вполнѣ справедливымъ и необходимымъ и при подобномъ ограниченномъ опредѣленіи понятія «неправильное леченіе» дѣлать различіе въ степени неправильности или ошибки врача. Выдѣлить то грубое невѣжество и ту легкомысленную самоувѣренность, которыя какъ-бы служатъ доказательствомъ, что самое принятіе на себя трудныхъ и важныхъ обязанностей врача составляетъ со стороны виновнаго проступокъ противъ личной безопасности, и что поэтому вредъ, причиненный въ подобномъ случаѣ, долженъ подлежать отвѣтственности на общемъ основаніи. И это различеніе въ примѣненіи къ нашему праву тѣмъ возможнѣе, что его основанія заключаются уже въ самой статьѣ 870. Въ самомъ дѣлѣ, она различаетъ важныя и явныя ошибки врача, дѣлаемыя имъ по незнанію его искуства, отъ неважныхъ, и назначаетъ въ первомъ случаѣ воспрещеніе врачебной практики, а если послѣдовала отъ этой ошибки смерть, то и церковное покаяніе; я же считаю совершенно справедливымъ смотрѣть на эти случаи какъ на неосторожное убійство и подвергать отвѣтственности на общихъ основаніяхъ.

40. *Сводъ Законовъ* 1832 года, равно какъ и большинство западныхъ кодексовъ, говоря объ отвѣтственности врачей, акушеровъ, фельдшеровъ и т. д., ставятъ *наравнѣ съ ними и аптекарей. И дѣйствительно всѣ общія замѣчанія* и соображенія, которыя я приводилъ выше *относительно ошибокъ, дѣлаемыхъ врачами, могутъ быть примѣняемы и къ даннымъ случаямъ* [69]). Аптекарь покупаетъ матеріалы, не испытавъ ихъ качества и достоинства, хранитъ ихъ не въ надлежащемъ мѣстѣ, такъ что они портятся, или такъ неосторожно, что они могутъ быть легко перемѣшаны; далѣе, аптекарь или провизоръ не наблюдаетъ за надлежащимъ порядкомъ при отправленіи обязанностей ихъ помощниками, почему лекарства приготовляются небрежно, несогласно съ рецептами, рецептурки привязываются не къ соотвѣтствующимъ имъ склянкамъ и т. д. Можно ли говорить, чтобы аптекарь, провизоръ или наконецъ ученикъ, смотря потому, кто окажется виновнымъ въ данномъ случаѣ, могли бы остаться безнаказанными за небрежность, невнимательность, съ которою они выполняли важныя обязанности, возложенныя на нихъ обществомъ? Разумѣется нѣтъ; и дѣйствительно, въ VIII раздѣлѣ уложенія, при нарушеніи уставовъ врачебныхъ, существуетъ цѣлый рядъ спеціальныхъ взысканій за нарушенія аптечныхъ правилъ. Но если отъ этой небрежности причинится какой-либо вредъ, произойдетъ чья-нибудь смерть? отвѣтъ очевиденъ: виновный подлежитъ наказанію по 1466 статьѣ со всѣми ея условіями. Въ самомъ дѣлѣ, какое различіе между аптекаремъ, бывшимъ причиною чьей-либо смерти, въ силу того, что онъ держалъ свои матеріалы въ такомъ видѣ и сосудахъ, что они получили ядовитыя свойства, провизоромъ, отпустившимъ Ивану то, что предназначалось Петру, и какимъ-либо праздношатающимся хлыщемъ, задавившимъ своею чрезмѣрно быстрою ѣздою прохожаго—разумѣется по, отношенію къ вмѣненію имъ происшедшаго результата?

Но уложеніе нашло почему-то необходимымъ выдѣлить и эти случаи изъ общаго ученія о неосторожномъ лишеніи жизни.

Статья 899 постановляетъ:

«Если отъ упущеній, означенныхъ въ предшедшихъ 892 и 898 статьяхъ, послѣдуетъ кому-либо смерть, то виновные:

сверхъ опредѣленныхъ сими статьями за такія упущенія взысканій или наказаній,

---

[69]) См. Миттермайеръ, в. с. стр. 203.

подвергаются, буде они христіане,

церковному покаянію по распоряженію своего духовнаго начальства.»

Эта статья, замѣнившая цѣликомъ 1149 ст. по изданію 1857 года, говоритъ, слѣдовательно, о тѣхъ случаяхъ, гдѣ смерть послѣдовала отъ нарушенія правилъ о приготовленіи и отпускѣ лекарствъ изъ аптекъ, но вовсе не касается многихъ другихъ случаевъ нарушенія аптечнаго устава, совершенно однородныхъ съ ними. Такъ напр., по изданію 1857 г. въ ст. 1149 не упомянулась ст. 1132, о приготовленіи лекарствъ внѣ аптеки; ст. 1133, о приготовленіи лекарствъ оптовыми продавцами лекарственныхъ веществъ (матеріалистами); ст. 1135, о несоблюденіи аптекарями осторожности при храненіи, отпускѣ или приготовленіи веществъ ядовитыхъ или сильно дѣйствующихъ и т. п. Но очевидно, что всѣ они также могутъ сопровождаться чьею-либо смертью, и слѣдовательно какое-же значеніе имѣло здѣсь подобное послѣдствіе? Какъ я уже разъ указывалъ, при этихъ условіяхъ должна быть примѣнена ст. 1466, такъ какъ не было никакихъ спеціальныхъ постановленій, устраняющихъ ея примѣненіе въ подобныхъ случаяхъ, а противорѣчіе, хотя и весьма странное, которое возникло бы тогда между этимъ толкованіемъ и ст. 1149, юридическаго значенія имѣть не могло. И дѣйствительно, справедливость подобнаго взгляда подтверждается и дальнѣйшею исторіею статей, мною приведенныхъ. Между тѣмъ какъ статьи 1133, 1135 остались безъ измѣненія и въ уложеніи изданія 1866 (ст. 883, 885), статья 1132 вошла въ 106 ст. м. у., которая, какъ мы видѣли, на основаніи 128 м. у. и 989 ст. у., прямо входитъ въ кругъ дѣйствія ст. 1466.

Но принявъ, по необходимости, то *толкованіе, что при нарушеніи правилъ устава аптечнаго, причиненіе смерти наказывается по 1466 ст. у., за исключеніемъ случаевъ, прямо перечисленныхъ въ ст. 899*, — мы невольно приходимъ къ выводу, ясно доказывающему всю несостоятельность послѣдней статьи. Матеріалистъ приготовилъ лекарство по рецепту доктора или лекаря, но по худому ли качеству товара, потому ли, что оно было приготовлено въ сосудахъ нечистыхъ, вредныхъ для здоровья, отъ принятія этого лекарства больному причинилась смерть — виновный подлежитъ тюремному заключенію отъ 2 до 4 мѣсяцевъ и церковному покаянію.

Если же это вреднодѣйствующее лекарство было приготовлено

въ аптекѣ, сдѣлалось вреднымъ по причинамъ, напр., вышеуказаннымъ и зависѣвшимъ отъ небрежности фармацевта, то виновный на основаніи 892 и 899 подлежитъ только выговору и церковному покаянію.

А между тѣмъ фармацевтъ, провизоръ или аптекарь суть такія лица, которыя обязаны по своему званію къ особой осмотрительности, и которыя, сообразно 1 п. 110, должны бы были подлежать высшему наказанію за неосторожность, ими совершонную.

41. Таковы наиболѣе важныя отступленія отъ постановленій статьи 1466; мнѣ остается еще упомянуть о нѣкоторыхъ статьяхъ, также входящихъ въ область вопроса, разсматриваемаго мною, но не имѣющихъ особаго юридическаго значенія. Таковы:

А. Ст. 1139, подвергающая отвѣтственности за неосторожное причиненіе поврежденій телеграфу, поврежденій бывшихъ въ свою очередь причиною неосторожнаго поврежденія здоровья или лишенія жизни, причемъ степень отвѣтственности одинакова съ ст. 1466. Такъ что вся особенность заключается въ томъ, что она требуетъ, чтобы самое дѣяніе, бывшее причиною лишенія жизни, было не умышленное, а неосторожное, между тѣмъ какъ обыкновенно уложеніе довольствуется только констатированіемъ факта нарушенія, бывшаго причиною смерти, не различая его умышленности и неумышленности, такъ что обыкновенно одинаковому наказанію подлежитъ тотъ, кто выставилъ за окно горшокъ съ цвѣтами безъ надлежащей осторожности, съ полнымъ сознаніемъ совершаемаго имъ дѣйствія, такъ и тотъ, кто сдѣлалъ это забывшись, не подумавши о томъ, что дѣлаетъ, если онъ только могъ думать, сознавать и распоряжаться своими дѣйствіями.

Б. Ст. 878, по которой отвѣчаетъ повивальная бабка, изобличенная въ произведеніи, хотя и безъ умысла, преждевременнаго отъ беременности разрѣшенія; причемъ наказаніе, если отъ сего послѣдовала смерть самой беременной или младенца, назначается то же, какъ и въ ст. 1466.

В. Ст. 1085, опредѣляющая высшую мѣру наказаній, назначенныхъ 1466 статьею въ случаѣ, если чья-либо смерть произошла на желѣзной дорогѣ отъ небреженія обер кондуктора, или даже и постороннихъ лицъ, дѣйствовавшихъ безъ всякаго преступнаго умысла.

Г. Ст. 935, наказывающая тѣхъ лицъ, которыя «хотя и безъ нарушенія должнаго уваженія къ святынѣ или освященнымъ чрезъ

употребленіе въ христіанскомъ богослуженіи предметамъ, будутъ, равномѣрно пользуясь легковѣріемъ простыхъ или слабоумныхъ людей и выдавая себя за колдуновъ или чародѣевъ, представлять имъ мнимыя видѣнія, или же приготовлять и раздавать или продавать мнимоволшебные напитки или иные составы... если отъ употребленія сихъ напитковъ кому-либо причинится смерть, то виновные подлежатъ:

лишенію нѣкоторыхъ, на основаніи 50 ст. уложенія, особенныхъ правъ и преимуществъ и къ заключенію въ смирительномъ домѣ на время отъ 8 мѣсяцевъ до 1 года и 4 мѣсяцевъ,

а буде они христіане, то и церковному покаянію по усмотрѣнію своего духовнаго начальства.»

И наконецъ *Д.* ст. 1142, по которой, „если вслѣдствіе умышленнаго поврежденія телеграфовъ, причинится кому-либо смерть, хотя и безъ прямого на то намѣренія, то виновный въ томъ подвергается:

лишенію всѣхъ особенныхъ лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ и ссылкѣ на житье въ Сибирь или отдачѣ въ исправительныя роты арестанскаго вѣдомства, по 1 степени 31 ст.“ При чемъ законъ, вопреки своему обычаю, вовсе не упоминаетъ о назначеніи виновному церковнаго покаянія [70]).

42. А въ итогѣ всего этого анализа разнообразныхъ изъятій изъ пространства дѣйствія ст. 1466 мы получаемъ слѣдующіе выводы:

0 (Нѣкоторыя изъ этихъ статей, по своему назначенію долженствовавшія только повторять постановленія ст. 1466, а по своей неполнотѣ и по неточности ихъ редакціи только затѣмняющія общія правила ея примѣненія, съ полнымъ успѣхомъ *могли бы быть исключены* изъ уложенія. Таковы статьи 989, 1139.

Тотъ же выводъ нужно сдѣлать относительно тѣхъ статей, которыя представляютъ нѣкоторое отступленіе, отъ ст. 1466, а именно смягчаютъ въ большей или меньшей степени назначенное въ ней наказаніе, такъ какъ подобное смягченіе не оправдывается никакими основаніями. Таковы ст. 865, 869, 899.

Далѣе, такъ же безосновательно является съ другой стороны и усиленіе наказанія, указанное въ ст. 1085, 939 и 1142, а потому и ихъ исключеніе изъ уложенія, или подведеніе указанныхъ въ нихъ случаевъ подъ общія правила, представлялось бы вполнѣ основательнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, какая разница между дѣйствіями, указанными въ ст. 939 и въ 115 м. у., между лицомъ, продавшимъ якобы волшебный напитокъ, оказавшійся вреднымъ для здоровья, и лицомъ, изготовившемъ или продавшемъ напитокъ просто вредный. Далѣе, въ чемъ заключается особенная преступность лица, умышленно срубившаго телеграфный столбъ, порвавшаго телеграфную проволоку, испортившаго телеграфный аппаратъ и тѣмъ самымъ причинившаго непредвидѣнное имъ лишеніе кого-либо жизни, сравнительно, напр., съ виновностью оберъ-кондуктора, несоблюдшаго какія-либо предписанныя ему мѣры предосторожности при провожаніи транспорта, и чрезъ то причинившаго смерть можетъ быть нѣсколькимъ десяткамъ лицъ.

Такимъ образомъ имѣетъ право на существованіе, ~~изъ всѣхъ статей разобранныхъ выше~~, только ст. 870 и то въ предѣлахъ, ~~указанныхъ мною при ея анализѣ~~. Но при этомъ необходимо прибавить, что ея постановленія должны быть обобщены, т. е. если ~~мы~~ признаемъ, что не всякій вредъ здоровью, причиненный леченіемъ врача, подвергаетъ виновнаго отвѣтственности за увѣчье или лишеніе жизни, то тоже начало должно быть приложено и къ дѣйствіямъ другихъ спеціалистовъ, въ предѣлахъ ихъ спеціальности; недостаточность знанія, стремленіе къ реформамъ, можетъ иногда служить причиною снисхожденія и для архитектора, заводчика или предпринимателя какихъ либо работъ.

43. Третій видъ лишенія жизни по неосторожности составляютъ тѣ случаи, гдѣ дѣйствіе, вызвавшее эти послѣдствія, было не только запрещено закономъ, но и составляло само по себѣ преступленіе, т. е. посягательство на чьи-либо права и безопасность.

Случаи такого рода очевидно весьма многоразличны, и уложеніе изобилуетъ постановленіями, относящимися къ данному вопросу,—я постараюсь разобрать по возможности полнѣе главнѣйшія изъ этихъ статей.

[70]) Что же касается до статей 819 и 827, при опредѣленіи отвѣтственности за которыя законъ ссылается также на ст. 1466, то изъ содержанія ихъ вполнѣ видно, что между ними есть только сходство въ санкціи, но не въ опредѣлительной части; что здѣсь законъ говоритъ объ убійствѣ умышленномъ, но заслуживающемъ снисхожденія, такъ что поэтому они будутъ разобраны далѣе, подъ № 143.

Во 1-хъ сюда относится лишеніе жизни въ дракѣ.

Постановленія по данному вопросу не только въ нашемъ уложеніи, но и въ западныхъ законодательствахъ и литературѣ относятся къ числу наиболѣе запутанныхъ и спорныхъ. Отступленія отъ общихъ положеній уголовнаго права, въ особенности по отношенію къ ученію о причинной связи между преступленіемъ и наступившею смертью, встрѣчаются почти во всѣхъ кодексахъ и вызываютъ весьма справедливо строгое порицаніе теоріи. Кромѣ того, самые размѣры наказанія колеблются между тяжкими наказаніями, назначаемыми за убійство умышленное и легкими исправительными мѣрами, назначаемыми за малую степень неосторожности.

Поэтому я считаю не лишнимъ прежде разбора и обсужденія нашего права сдѣлать обзоръ постановленій по этому вопросу западныхъ законадательствъ. [71])

Что касается до нѣмецкихъ, то системы, приводимыя ими, представляютъ значительное разнообразіе.

Австрія. § 143 различаетъ 3 случая: а) если извѣстно кѣмъ нанесены смертельныя поврежденія, то виновный отвѣчаетъ какъ за убійство, безъ прямого на то намѣренія (Todtschlag, по терминологіи австрійскаго права—Schwerer Kerker отъ 5—10лѣтъ); б) если же смерть произошла только отъ совокупности этихъ поврежденій, или в) нельзя опредѣлить кѣмъ нанесено смертельное поврежденіе,—то каждый виновный въ причиненіи убитому насилія (Welche an den Getödteten Hand angelegt haben) отвѣчаетъ какъ за тяжкое тѣлесное поврежденіе (Schwerere Kerker 1—5 лѣтъ).

Баварія. По кодексу 1861, ст. 240, полагается и при убійствѣ въ дракѣ примѣнять общія постановленія объ убійствѣ или поврежденіи здоровья умышленномъ или неосторожномъ, предполагая, разумѣется, возстановленіе причинной связи между дѣйствіями виновныхъ и результатами. Въ дополненіе къ этому законъ указываетъ, что если участвующими нанесено нѣсколько повреждений, причинившихъ смерть только при ихъ совокупности, то виновные наказываются, какъ за умышленное посягательство на здоровье, сопровождавшееся смертью; при чемъ maximum наказанія не можетъ превышать 8 лѣтъ Zuchthaus'a. Что касается до тѣхъ лицъ, относительно которыхъ причинная связь не возстановлена, то законъ постановляетъ, что всѣ, участвовавшіе въ дракѣ, окончившейся чьею либо смертію или разстройствомъ здоровья, подвергаются, если они изобличены въ какихъ-либо насильственныхъ дѣйствіяхъ противъ поврежденнаго, тюрьмѣ отъ 6 мѣсяцевъ до 5 лѣтъ; а если не изобличены, — то тюрьмѣ отъ отъ 1 дня до 2 лѣтъ.

Баденъ въ ст. 239 отличается особенно сложными постановленіями по данному вопросу, которыя могутъ быть сведены къ слѣдующему: А) Если причинная связь между дѣйствіями участвующихъ и результатомъ можетъ быть возстановлена, то лица, виновныя въ причиненіи смертельныхъ поврежденій (Баденское уложеніе признаетъ возможнымъ нанесеніе нѣсколькихъ ранъ, изъ которыхъ каждая можетъ быть признана, сама по себѣ, смертельною), подлежатъ отвѣтственности или за убійство, или за поврежденіе здоровья, кончившееся смертью, смотря по характеру намѣренія; причемъ это правило примѣняется и къ каждому изъ тѣхъ лицъ, которыхъ дѣйствія, въ ихъ совокупности, произвели смертельный результатъ, остальныя же лица, нанесенныя которыми поврежденія не были смертельны, отвѣчаютъ только за покушеніе. Б) Если же вообще можно возстановить, кѣмъ нанесены поврежденія, но нельзя только рѣшить, кто нанесъ смертельныя и кто несмертельныя, то *всѣ* отвѣчаютъ за неосторожное убійство, причиненное тѣлеснымъ поврежденіемъ. Наконецъ В) если вообще нельзя возстановить, кѣмъ изъ участвующихъ нанесены поврежденія, то всѣ участвующіе, нападавшіе или дравшіеся (vergriffen oder gerauft), отвѣчаютъ какъ за участіе въ дракѣ, причинившей смерть, и подлежатъ рабочему дому отъ 6 мѣсяцевъ до 6 лѣтъ, или тюрьмѣ отъ 4 мѣсяцевъ до 1 года; причемъ наказаніе по § 242 усиливается для тѣхъ виновныхъ, которые въ дракѣ употребляли оружіе или орудія, или выказывали особенную злобу и жестокость.

Пруссія. § 195 держится системы совершенно одинаковой съ Баварскимъ уложеніемъ, измѣняя только степень отвѣтственности, а именно, назначая за самое участіе въ дракѣ, безъ какихъ либо дальнѣйшихъ различій, тюрьму отъ 3 мѣсяцевъ до 5 лѣтъ, а за причиненіе смерти отъ совокупности поврежденій, каждому

---

[71]) Ср. Бернеръ, учебникъ стр. 141. Birnbaum, Ueber das von mehreren begangenen Homicidium, 1816. Wächter, Beitrag zur Auslegung der Art. 148 der P. G. O. N. A. d. cr. R. B XIV стр. 102 и сл. У него же указанія на воззрѣнія римскаго права и глоссаторовъ на убійство въ дракѣ (rixa). Adegg, Zur Auslegung der Art. 148 der P. G. O. A. d. cr. R. 1836 стр. 171; 1837 стр. 449. Kaufmann, Entwickelung der Bestimmungen der Art. 148 der Carolina A. d. cr. R. 1837 стр. 87 и сл.

виновному въ причиненіи этихъ поврежденій, Zuchthaus отъ 2 — 10 лѣтъ.

Саксонія. § 173, не только по системѣ, но и по степени отвѣтственности, почти вполнѣ сходна съ Пруссіею.

Что касается до французскаго права, то code pénal не содержитъ никакихъ особыхъ правилъ по этому вопросу, такъ что въ извѣстныхъ случаяхъ здѣсь можетъ быть только примѣнимо ученіе объ homicide excusable, именно когда, при убійствѣ въ дракѣ, дѣйствія самаго убитаго могутъ разсматриваться какъ provocation.

44 Этотъ обзоръ различныхъ постановленій даетъ, какъ мнѣ кажется, право сдѣлать слѣдующія общія замѣчанія [72]) относительно даннаго преступленія.

А. Если во время драки былъ убитъ одинъ изъ участвующихъ, или даже и неучаствующій, но убитый участвующими, и если извѣстно, кто виновникъ поврежденій легкихъ, тяжкихъ или смертельныхъ, то каждый отвѣчаетъ только за послѣдствія своихъ дѣйствій, на основаніи общихъ началъ о причинной связи и сообразно съ характеромъ обнаруженной имъ при этомъ воли, т. е. за умыселъ, или за неосторожность.

Б. Общія правила объ убійствѣ и тѣлесныхъ поврежденіяхъ должны быть примѣняемы и къ тѣмъ случаямъ, гдѣ тяжкое поврежденіе или смерть были результатомъ совокупнаго дѣйствія нѣсколькихъ лицъ, потому что этотъ случай будетъ однимъ изъ видовъ причиненія смерти многими виновными.

В. Такъ какъ эти случаи разрѣшаются на общемъ основаніи, то и спеціальное упоминаніе о нихъ въ законѣ можетъ быть допущено только для опредѣленія мѣры наказанія, такъ какъ фактъ драки или, другими словами, раздраженіе и запальчивость, устраняющія возможность яснаго пониманія своихъ дѣйствій, должны быть признаны причиною смягченія.

Г. Если же въ данномъ случаѣ хотя и извѣстно, кто изъ участниковъ драки причинилъ убитому какія либо насильственныя

[72]) См. вообще по данному вопросу: Buri, Zur Lehre von der Tödtung G. A. XI стр. 799. Abegg, Beitrag zur Lehre von der in einer Schlägerei verübten Tödtung A. d. Cr. R. 1857 стр. 212. См. у него исторію этого вопроса въ каноническомъ правѣ и въ средневѣковыхъ правахъ. Kraus, Die Lehre von den Kaufhändeln und ihre Behandlung in einem Strafgesetzbuche A. d. Cr. R. 1853 стр. 74. Ср. Бернеръ, О тѣлесныхъ поврежденіяхъ, Ж. М. Ю. 1866 № 9 стр. 402,

дѣйствія, но нельзя именно опредѣлить, кѣмъ нанесено какое повреждение и кто, слѣдовательно, долженъ считаться виновникомъ смерти, увѣчья и т. д., или же если и вовсе нельзя опредѣлить, кто изъ участвующихъ въ дракѣ причинилъ вообще поврежденія,— то и постановленія объ убійствѣ или тѣлесномъ поврежденіи не могутъ быть примѣнены. Нѣтъ причинъ, въ силу которыхъ коренное начало уголовнаго права, требующее для отвѣтственности за убійство наличности причинной связи, было бы здѣсь не примѣняемо; въ противномъ случаѣ закону всегда будетъ грозить опасность—наказать лицъ невинныхъ.

Д. Поэтому, при отсутствіи причинной связи, лица, участвующія въ дракѣ, хотя бы и кончившейся чьею либо смертью, могутъ быть наказаны только за самый фактъ участія въ дракѣ. Причемъ законъ можетъ различать, подобно Баварскому уложенію, тѣхъ соучастниковъ, которые совершили какія либо насильственныя дѣйствія противъ убитаго, отъ тѣхъ, которые въ этомъ не изобличены [73]).

45. Обращаясь къ нашему праву, мы находимъ, что уже Русская Правда различаетъ убійство въ свадѣ, на пиру явлено, и убійство безъ всякія свады, и видитъ такимъ образомъ въ спорахъ, легко возникавшихъ на пирушкахъ, причину смягченія наказанія. Въ этомъ видѣ просуществовало дѣленіе убійства по мотивамъ весьма долго, не только въ эпоху Судебниковъ, но и въ уложеніи 1649: вездѣ *убійство въ дракѣ приравнивалось неосторожному убійству*.

Ст. 69 главы XXI говоритъ: «а убьетъ до смерти боярской человѣкъ боярскаго же человѣка и того убоицу пытати, которымъ

[73]) Бернеръ, Учебникъ стр. 149. Бури, в. с. стр. 799. Послѣдній справедливо указываетъ, что въ этомъ случаѣ мы можемъ различать съ точки зрѣнія субъективной: тѣхъ лицъ, которыя приступили къ дракѣ съ намѣреніемъ убить кого-либо изъ участвующихъ, тѣхъ, у которыхъ этотъ умыселъ появился во время драки, и тѣхъ, которыя дѣйствовали безъ подобнаго намѣренія. Съ стороны же объективной главнымъ виновникомъ убійства нужно признать того, кто былъ одною изъ содѣйствующихъ причинъ происшедшей смерти, а остальные соучастники отвѣчаютъ или за покушеніе, если дѣйствовали съ намѣреніемъ убить, или за совершеніе, если хотѣли только причинить вредъ здоровью. Но тѣмъ не менѣе онъ не обнимаетъ всѣхъ случаевъ, сюда относящихся. См. также противъ постановленій австрійскаго права Herbst, Handbuch des österreichischen Strafrechts 1865 къ § 143 прим. 3.

обычаемъ убійство учинилося, измышленіемъ ли или пьянымъ дѣломъ, а неумышленіемъ; а будетъ убойца учнетъ говорити съ пытки, что убилъ *неумышленіемъ, въ дракѣ, пьянымъ дѣломъ*, и того убойцу бити кнутомъ, и дать на чистыя поруки съ записью, что ему впредь такъ не воровати», и кромѣ того въ видѣ вознагражденія за вредъ, причиненный хозяину убитаго, виновный выдавался ему въ холопи съ женою и дѣтьми, а если преступленіе совершено боярскимъ сыномъ или вообще свободнымъ человѣкомъ, то въ вознагражденіе отдавался его крестьянинъ (тамъ же, ст. 71, 73). Въ этомъ смыслѣ убійство въ дракѣ противополагалось, съ одной стороны, убійству умышленному, а съ другой, безхитростному, случайному дѣлу.

Только съ Воинскаго устава, подъ вліяніемъ западныхъ законодательствъ, убійство въ дракѣ получаетъ совсѣмъ иной характеръ; на первый планъ выдвигаются не мотивы дѣйствія, а вопросъ о причинной связи.

Арт. 158 говоритъ: «ежели учинится смертный убой, хотя не нарочно и неволею, чтобъ кого убить или поранить, однакожъ сочинитель того виновенъ есть, понеже убивство отъ того произошло; и тако наказаніе исполнится надъ виновнымъ по дѣлу и состоянію онаго, и какую вину въ томъ имѣетъ, или тюрьмою, денежнымъ наказаніемъ, шпицрутеномъ или сему подобнымъ».

Причемъ въ толкованіяхъ на эти постановленія приводится *нѣсколько случаевъ неосторожнаго убійства*, когда напр. солдатъ стрѣляетъ въ непристойномъ мѣстѣ, или заряжаетъ ружье неосторожно, или кто съ ненависти толкнетъ, или со злости что броситъ *и между прочимъ*:

«Ежели кто въ дракѣ убитъ будетъ, и въ оной другихъ много было, и его били, а подлинно дознаться будетъ невозможно, ниже увѣдать, кто его именно поранилъ и умертвилъ, а изъ нихъ кто нибудь одинъ будетъ по дознанію и угадамъ приличенъ: тогда того жестоко допросить, и можно его пытать. А буде весьма невозможно увѣдать, кто изъ нихъ убійца есть, и никто изъ нихъ гораздо не приличенъ, то по правамъ въ такомъ сомнѣніи состоитъ отъ никого не пытать, ниже смертью казнить надлежитъ, но ихъ *всѣхъ* тюрьмою, штрафомъ денежнымъ, шпицрутеномъ, или прочимъ наказать, притомъ же и къ церковному покаянію всѣхъ принудить».

Въ томъ же родѣ говоритъ и Морской уставъ, арт. 114. «Ежели учинится драка, что многіе одного станутъ бить, и въ оной

явится мертвой отъ такой раны или смертнаго удара, или многаго боя: то тѣхъ, кто въ томъ были, разыскивать, съ умысла-ли то дѣлали? а о ранахъ—смертныя кто учинилъ? въ чемъ, ежели не сыщется распросомъ, и пытать. А буде мертвой явится безъ всякихъ явныхъ знаковъ: то его велѣть доктору анатомировать, не явится-ль внутри отъ того боя чего? и буде явится, то такожъ розыскивать; а буде не явится, то оное причесть случаю и наказать только за драку».

Но особенно оригинальную систему, относительно даннаго преступленія, представляетъ проектъ 1813 года, имѣвшій въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ вліяніе и на дѣйствующее право. Проектъ § 355 и сл., различаетъ во-первыхъ тѣ случаи, гдѣ можно указать, кто виновникъ драки, признавая при этомъ, что даже и тогда, когда дракѣ предшествовали угрозы, сама драка была совершена опаснымъ орудіемъ,—виновный подлежитъ отвѣтственности только какъ *за убійство неумышленное*. Но если не сыщется убившій, и будетъ найденъ только зачинщикъ, то онъ подлежитъ лишенію свободы отъ 1 года до 2 лѣтъ; простолюдинъ же къ наказанію тѣлесному и къ заключенію въ рабочій или смирительный дома, а прочіе участники, бывшіе въ дракѣ, ежели число виновныхъ, кромѣ зачинщика, было отъ 5 до 10, то пятаго, свыше 20—десятаго, а менѣе 5—половину,—тѣлеснымъ наказаніемъ или лишеніемъ свободы.

Сводъ Законовъ, изд. 1832, принялъ систему несравнено болѣе простую.

Ст. 336 постановляла:

За убійство въ дракѣ, если оно произведено безъ умысла, виновные наказываются какъ *за убійство неосторожное*; но если, по слѣдствію и суду, откроется въ томъ умыселъ, то они подвергаются наказанію, опредѣленному за смертоубійство умышленное.

Но при этомъ Сводъ вовсе не указывалъ на то, необходимо ли для примѣненія ст. 336 раскрытіе причинной связи или нѣтъ, такъ что за убійство неумышленное могли быть наказаны всѣ соучастники драки, когда не было доказано, кѣмъ причинены смертельныя поврежденія.

46. Поэтому редакторы уложенія 1845 въ своихъ объясненіяхъ къ проекту указывали: «что, принявъ за основаніе постановленія ст. 336 Свода, что *убійство въ дракѣ признается смертоубійствомъ отъ неосторожности*, мы старались опредѣлить съ точ-

ностью мѣру вины, а вмѣстѣ съ нею и мѣру наказанія участвовавшимъ». При этомъ, добавляютъ они, два случая, на которые указываетъ статья 1465, основаны на различіи, принимаемомъ лучшими иностранными законодательствами.

Такимъ образомъ ст. 1465 нынѣ дѣйствующаго уложенія постановляетъ:

«Если, въ начавшейся безъ всякаго намѣренія на совершеніе убійства дракѣ, кому либо будетъ нанесена смерть, то участвовавшіе въ насильственныхъ противъ убитаго дѣйствіяхъ подвергаются наказаніямъ на слѣдующемъ основаніи:

1) когда извѣстно кѣмъ именно нанесены убитому удары смертельные, то виновный или виновные въ томъ приговариваются:

къ заключенію въ смирительномъ домѣ на время отъ 8 мѣсяцевъ до 1 года 4 мѣсяцевъ, съ потерею нѣкоторыхъ, по ст. 50 сего уложенія, правъ и преимуществъ,

и сверхъ того, если они христіане,

предаются церковному покаянію, по распоряженію своего духовнаго начальства.

2) Когда же нанесшіе убитому смертельные удары неизвѣстны, то бывшіе зачинщиками драки или возбуждавшіе къ продолженію или возобновленію оной словами или дѣломъ, подвергаются:

заключенію въ смирительномъ домѣ на время отъ 4 до 8 мѣсяцевъ, а всѣ прочіе, участвовавшіе въ дракѣ: приговариваются:

къ заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 2 — 4 мѣсяцевъ.»

Но кромѣ этихъ постановленій въ уложеніи 1857 содержались особыя постановленія за самое участіе въ дракѣ; именно, ст. 1283, наказывающая за драку на улицѣ, площади или иномъ публичномъ мѣстѣ, и ст. 1290, преслѣдующая за веденіе кулачныхъ боевъ, замѣненныя нынѣ ст. 38 м. у.

47. Но, не смотря на желаніе редакторовъ уложенія, постановленія его о дракѣ не отличаются точностью и наглядно доказываютъ справедливость тѣхъ общихъ замѣчаній о данномъ преступленіи, которыя я сдѣлалъ выше.

Необходимымъ условіемъ для примѣненія постановленій *ст. 1465 является отсутствіе всякаго намѣренія на убійство при началѣ драки.* Съ этой стороны наше уложеніе сходится съ большинствомъ нѣмецкихъ кодексовъ, изъ которыхъ многіе, какъ прусскій, саксонскій, баденскій, считаютъ необходимымъ

спеціально упомянуть, что постановленія о дракѣ вовсе не исключаютъ общихъ правилъ объ убійствѣ.

Дѣйствительно, если нѣсколько лицъ, съ заранѣе составленнымъ умысломъ на убійство, своими насильственными дѣйствіями или подстрекательствомъ стремятся разжечь, побудить это лицо къ дракѣ, съ тѣмъ чтобы при этомъ выполнить свой планъ, и дѣйствительно выполняютъ задуманное, то мы имѣемъ одинъ изъ видовъ предумышленнаго убійства, совершеннаго нѣсколькими лицами по предварительному уговору, — это ясно вытекаетъ изъ самаго текста ст. 1465.

Гораздо труднѣе разрѣшаются другіе вопросы, хотя и однородные съ только-что указаннымъ, и это затрудненіе заключается въ неясности текста статьи 1465.

Представимъ себѣ, что одно или нѣсколько лицъ воспользовались начавшеюся дракою, чтобы привести въ исполненіе составленный заранѣе умыселъ убить одного изъ участвующихъ въ дракѣ, и выполняютъ задуманное.

Или возьмемъ обратный примѣръ: къ дракѣ, начатой съ намѣреніемъ на убійство, могутъ пристать лица, не имѣющія вовсе этого намѣренія, и самое умерщвленіе можетъ быть выполнено ими. Какъ разрѣшить подобные случаи? Для уясненія этого нужно только вникнуть въ смыслъ разсматриваемыхъ мною постановленій. Для примѣненія этой статьи законъ требуетъ, чтобы обвиняющіеся въ причиненіи насильственныхъ дѣйствій убитому *приступили къ дракѣ* безъ намѣренія на убійство, а затѣмъ безразлично, была ли начата драка ими, или же они приступили къ дракѣ уже начавшейся. Поэтому, отвѣтственность опредѣляется, смотря по характеру дѣятельности виновныхъ, и мы легко можемъ себѣ представить такіе случаи, гдѣ одни изъ участвующихъ въ дракѣ лицъ будутъ отвѣчать за убійство умышленное или покушеніе на него, а другіе за убійство въ дракѣ.

Далѣе, представимъ себѣ что драка началась безъ всякаго намѣренія на убійство, но затѣмъ, какъ оказалось изъ обстоятельствъ дѣла, одинъ или нѣсколько изъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ возымѣли подобное намѣреніе и привели его въ исполненіе. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что тотъ, кто нанесъ смертельный ударъ, долженъ отвѣчать за обыкновенное убійство въ запальчивости и раздраженіи, причемъ самыя обстоятельства возникновенія раздраженія требуютъ особаго снисхожденія, а всѣ остальные наносившіе удары съ умысломъ лишить жизни — за покушеніе на

убійство. Причемъ, если нѣсколько поврежденій сдѣлались смертельными только въ ихъ совокупности, то должны бы быть примѣнямы общія начала о причинной связи при убійствѣ, совершенномъ нѣсколькими лицами. Очевидно, что эти случаи, однородные съ предшествовавшими, должны бы и разрѣшаться одинаково, но, по буквальному смыслу уложенія, эти лица могутъ быть признаны только виновниками убійства въ дракѣ, такъ какъ ст. 1465 исключаетъ только *приступившихъ* въ дракѣ съ намѣреніемъ на убійство. Здѣсь буквальный текстъ закона расходится съ его духомъ.

Но предположимъ, что этого умысла не возникало, что всѣ виновные дѣйствовали только съ намѣреніемъ причинить вредъ, cum animo nocendi, — очевидно, что и для этихъ случаевъ статья 1465 по меньшей мѣрѣ излишня, такъ какъ они предвидѣны въ другихъ статьяхъ уложенія. Тотъ, отъ чьихъ дѣйствій произошла смерть, могъ бы отвѣчать на основаніи ст. 1464 (или 1484 или 1490, смотря по характеру его дѣйствій) какъ за причиненіе насильственныхъ дѣйствій, сопровождавшихся смертью, а всѣ остальные наказывались бы за тѣ поврежденія, которыя они произвели [74]). Итакъ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ въ дракѣ можетъ быть раскрыто, кто изъ соучастниковъ причинилъ тѣ или другія поврежденія и кто былъ причиною смерти, постановленія ст. 1465 дѣлаются совершенно излишними. Къ тому же выводу должны мы прійти въ тѣхъ случаяхъ, когда вообще извѣстно, *какія изъ участвующихъ лицъ нанесли* поврежденія, но только нельзя возстановить характеръ и важность этихъ поврежденій.

Такъ какъ здѣсь виновные должны бы были отвѣчать только за тѣ поврежденія, которыя ими были учинены, и только тогда, когда хотя и будетъ обнаружено, что данныя лица участвовали въ дракѣ, но затѣмъ останется неизвѣстнымъ, кѣмъ и какія нанесены поврежденія, — могутъ быть примѣнимы спеціальныя постановленія объ участіи въ дракѣ, и ст. 1465 получаетъ значеніе. Но кромѣ излишности, эти постановленія уложенія оказываются далеко не полными. Законъ говоритъ, напр., что въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ раскрыто, кто нанесъ смертельные удары, *виновные въ томъ* наказываются смирительнымъ домомъ; но какому же наказанію

[74]) Эта трудность различить ст. 1464 и 1465 выражается въ практикѣ нашей въ томъ, что весьма нерѣдко подсудимый преслѣдуется по ст. 1464, не смотря на наличность всѣхъ элементовъ, указанныхъ въ 1465 ст. Сравни дѣло Истомина. С. В. 1869 № 39.

подлежатъ другія участвующія лица, которыя хотя и наносили удары, но не смертельные? Я думаю, что средство для разрѣшенія этого недоразумѣнія заключается въ признаніи, хотя и съ нѣкоторою же тяжкою, послѣдней части ст. 1465 руководящею, основною, а первой — спеціальною, исключеніемъ изъ общаго правила.

Такимъ образомъ, мы должны, по моему мнѣнію, дать 1465 ст. такое толкованіе:

Виновные въ дракѣ, кончившейся убійствомъ, приступившіе къ ней безо всякаго намѣренія на убійство, подлежатъ заключенію въ тюрьмѣ отъ 2 — 4 мѣсяцевъ. Это наказаніе примѣняется ко *всѣмъ* соучастникамъ, какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда родъ и характеръ ихъ участія *былъ неизвѣстенъ*, такъ и тогда, когда его можно опредѣлить. Причемъ въ этомъ послѣднемъ случаѣ самое значеніе и важность поврежденій не играетъ никакой роли, — мало того, безразличенъ и самый умыселъ, съ которымъ дѣйствовали виновные. Наказаніе не измѣняется, хотя бы было обнаружено, что во время драки виновные возымѣли умыселъ на убійство и дѣйствовали ради его выполненія, или что смерть была неосторожнымъ или даже случайнымъ послѣдствіемъ дѣйствій лицъ, участвующихъ въ дракѣ.

Изъ этого общаго правила выдѣляются два исключенія: для тѣхъ лицъ, которыя будутъ признаны виновниками смертельнаго поврежденія, и для тѣхъ, которыя были зачинщиками или подстрекателями драки, если притомъ виновники смертельныхъ поврежденій не открыты.

Причемъ, я опять повторяю, во всѣхъ этихъ случаяхъ предполагается, что виновный принялъ участіе въ дракѣ безъ умысла лишить жизни то лицо, которое убито. [75]

48. Таковы главныя положенія ст. 1465; мнѣ остается указать еще на нѣкоторыя второстепенныя условія ея примѣненія.

А. Западные кодексы, какъ напр. Австрійскій, Баварскій, Прусскій, относятъ къ убійству въ дракѣ два рода случевъ: убійство въ дракѣ въ тѣсномъ смыслѣ (Schlägerei, Raufhändeln) и нападеніе нѣсколькихъ лицъ на одного или также нѣсколькихъ лицъ, или причиненіе этими лицами насильственныхъ дѣйствій, окон-

[75]) Нечего и говорить о томъ, что если А приступилъ къ дракѣ съ намѣреніемъ убить участвующаго въ ней Б, а убитъ былъ В, то А отвѣчаетъ не за предумышленное убійство или покушеніе на него, а за убійство въ дракѣ.

чившихся сметью (Misshandlung). Но наше уложеніе ограничиваетъ понятіе даннаго преступленія только убійствомъ въ дракѣ, слѣдовательно, предполагаетъ взаимныя насильственныя дѣйствія другъ противъ друга обѣихъ сторонъ, при извѣстной, разумѣется, относительной ихъ равносильности. Поэтому, *нападеніе* нѣсколькихъ лицъ на одного или хотя бы также на нѣсколькихъ, и причиненіе одному изъ нихъ смерти будетъ подходить не подъ 1465, а подъ 1464 ст.

Б. Баварское уложеніе 1861 въ постановленіяхъ о дракѣ говоритъ: «если кто-либо былъ убитъ при нападеніи сдѣланномъ *двумя или многими* лицами, или при дракѣ, въ которой, *противъ убитаго участвовали* двое или нѣсколько лицъ.» Прусскій и австрійскій кодексы также говорятъ о нападеніи или дракѣ *многихъ* лицъ. [76]) Наше Уложеніе, хотя и содержитъ косвенный намекъ на это условіе, говоря въ основной фразѣ 1465 ст. «если въ дракѣ кому-либо будетъ причинина смерть, то *участвовавшіе.*» Но какъ легко можно видѣть изъ всей конструкціи данной статьи, это условіе вовсе не имѣетъ безусловно обязательнаго значенія, и этого характера никогда не придавала ему и практика. Поэтому подъ убійство въ дракѣ подойдутъ не только тѣ случаи, когда убитый былъ одинъ, а дравшихся съ нимъ нѣсколько, и обратно, когда убитый былъ изъ числа большинства, а убившій былъ одинъ, но и тѣ, гдѣ драка произошла только между двумя лицами. Въ самомъ дѣлѣ, какія основанія можно представить для исключенія послѣдняго случая, если никто не выдѣляетъ изъ понятія драки тѣ случаи, гдѣ нападающій одинъ, а защищающихся нѣсколько, или наоборотъ. Поэтому напр. государственный совѣтъ по дѣлу объ именующихъ себя дворянами Павловскихъ [77]) примѣнилъ ст.

[76]) Причемъ прусская практика довольствуется участіемъ 3-хъ лицъ. Ср. Oppenhof. в. с. § 195 при 3. Бернеръ, в. с. стр. 407, требуетъ *непремѣнно* наличности по крайней мѣрѣ трехъ лицъ.

[77]) Сборникъ мнѣній государственнаго совѣта стр. 154. Впрочемъ contra рѣшеніе на стр. 183. Тоже самое призналъ кассаціонный департаментъ по дѣлу Красикова 1867 № 535 (подтверждено 1869 № 171), хотя въ примѣненіи только къ ст. 1485. Вообще это рѣшеніе представляетъ нѣкоторый интересъ для разсматриваемаго мною вопроса. Красиковъ былъ признанъ, согласно рѣшенію присяжныхъ, виновнымъ въ томъ, что *послѣ* ссоры (касс. депар. призналъ это выраженіе однозначащимъ во время ссоры, о чемъ говорится въ 1485 ст.) съ дядею ударилъ его такъ сильно, что хотя и безъ всякаго намѣренія, причинилъ ему поврежденіе носа. Причиненіе поврежденія здоровью хотя и не намѣренно, но однако по явной неосторожности,

1485 о нанесеніи ранъ и увѣчья въ дракѣ, хотя изъ обстоятельствъ дѣла видно, что драка была между двумя лицами: мужемъ и женою.

В. Законъ ничего не говоритъ о способѣ драки, т. е. онъ отнюдь не исключаетъ изъ понятія драки тѣ случаи, гдѣ которою-либо изъ сторонъ были употреблены орудія: палки, дубины или даже оружія—ножи, кинжалы и т. п. Но спорнымъ представляется тотъ случай, гдѣ сторонами въ общей схваткѣ было употреблено, напр., огнестрѣльное оружіе, такъ какъ общепринятое понятіе драки заключаетъ въ себѣ представленіе о рукопаш-

предвидѣно въ уложеніи въ ст. 1485 и 1494 и въ ст. 128 и 129 м. у. Кассаціонный департаментъ, оставивъ безъ разсмотрѣнія двѣ послѣднія статьи, нашелъ, что изъ двухъ первыхъ къ данному случаю примѣняется ст. 1485, такъ какъ виновный не нарушилъ постановленій, ограждающихъ общественный порядокъ и затѣмъ прибавилъ, что, «хотя ст. 1485 опредѣляетъ наказаніе за нанесеніе безъ намѣренія увѣчья или раны въ дракѣ или ссорѣ, *когда не одинъ, а нѣсколько лицъ участвовали въ насильственныхъ противу изувѣченнаго дѣйствіяхъ*, но какъ признаки преступленія, предусмотрѣннаго этою статьею, ближе всего сходны съ признаками преступнаго дѣянія, въ которомъ, по рѣшенію присяжныхъ засѣдателей, признанъ виновнымъ подсудимый Красиковъ, то *судъ имѣлъ право примѣнить 1485 ст.* Примѣненіе сей статьи, въ настоящемъ дѣлѣ тѣмъ болѣе представляется правильнымъ, что по общему духу нашихъ уголовныхъ законовъ *неосторожное нанесеніе въ общей дракѣ* кому либо *ранъ и увѣчья* и даже смерти, *наказывается* гораздо *легче*, *нежели* когда тѣже насильственныя дѣйствія будутъ учинены *при* непосредственной ссорѣ или *дракѣ одного лица* съ *другимъ*» (ст. *1464*, 1465, 1485 ул.). Не говоря уже о противорѣчіи вывода съ мотивомъ, кассаціонный судъ не подкрѣпилъ, да и не могъ подкрѣпить никакими доказательствами своего замѣчанія о томъ, что *1464* ст. говоритъ о насильственныхъ дѣйствіяхъ *въ дракѣ между двумя* лицами; тѣмъ болѣе, что самъ же кассаціонный департаментъ прежде, 1867 № 359 по дѣлу Долгополовой, призналъ, что подъ выраженіемъ нѣсколько лицъ, употребляемымъ иногда въ законѣ, подразумѣвается и двое. Наконецъ въ рѣшеніи по дѣлу Руднева, 1868 № 567, онъ усмотрѣлъ въ прежнемъ своемъ рѣшеніи, по дѣлу Красикова: то, что изъ него никакъ не могло быть выведено, а именно: что ст. 1485 примѣняется не только въ томъ случаѣ, когда раны или увѣчья произошли отъ побоевъ не въ общей дракѣ или ссорѣ, но и тогда, когда они *были послѣдствіемъ неосторожныхъ дѣйствій лица*. Выводъ противорѣчащій, какъ буквальному смыслу и духу ст. 1485, такъ и ст. 129 м. у. См. вообще по вопросу о дракѣ—р. к. д. 1869 № 565, См также к. р. 1869 № 907, гдѣ постановленія о дракѣ были примѣнены къ убійству мужемъ жены, когда такимъ образомъ участниковъ было только двое.

ной схваткѣ, чего, разумѣется, нѣтъ въ данномъ случаѣ. [78]) Также не говоритъ уложеніе ничего и о степени дѣятельности лица, необходимой для признанія его участникомъ драки, предоставляя это разрѣшеніе обстоятельствамъ конкретнаго случая.

Г. Драка, такимъ образомъ, является рукопашною схваткою (распространяя это понятіе и на случай употребленія оружія) по своей наружной, внѣшней сторонѣ, а со стороны внутренней она, какъ мы видѣли, предполагаетъ: отрицательный признакъ — отсутствіе у *приступившаго* къ ней намѣренія причинить смерть или увѣчье, и положительный—наличность намѣренія причинить насиліе, вредъ; этимъ она и отдѣляется отъ случаевъ, уже разсмотрѣнныхъ нами. Въ самомъ дѣлѣ, дракою не можетъ быть признана рукопашная схватка, съ цѣлью напр. побороть въ видѣ игры; смерть, причиненная въ этихъ случаяхъ, можетъ подходить подъ ст. 1468, 1466, но не подъ 1465.

Д. Какъ скоро данное дѣяніе представляется убійствомъ въ ссорѣ или дракѣ, то обыкновенно *предполагается, что убитый былъ соучастникомъ драки.* Но это предположеніе не можетъ имѣть безусловнаго характера. Въ самомъ дѣлѣ, положимъ, что убитый бросился разнимать дерущихся, уговаривалъ ихъ разойтись; очевидно, что лишеніе его жизни должно быть признано убійствомъ въ дракѣ. Но это понятіе не можетъ быть, какъ мнѣ кажется, распространяемо на тѣ случаи, гдѣ лишеніе жизни было неосторожнымъ послѣдствіемъ драки. Представимъ себѣ, что во время драки одинъ изъ участвующихъ толкнулъ другого такъ сильно, что тотъ упалъ на посторонняго зрителя драки и лишилъ его жизни; или другой случай, что одинъ изъ участвующихъ въ дракѣ желалъ нанести ударъ палкою или другимъ орудіемъ, но сдѣлалъ это такъ неудачно, что орудіе, *вырвавшись* изъ его рукъ, — ударило посторонняго зрителя драки и причинило ему смерть. Несомнѣнно, что подобный фактъ можетъ быть подведенъ только подъ ст. 1466 или 1470, смотря по степени возможности предвидѣнія результатовъ, но не подъ ст. 1465, такъ какъ здѣсь смерть была неосторожнымъ послѣдствіемъ не драки, а толчка, предназначавшагося не лицу умершему, удара, направленнаго не на него. [79]) Въ нашей практикѣ также встрѣтился вопросъ объ отвѣтственности участвующихъ въ дракѣ за поврежденіе, нанесенное

[78]) См. напр. Herbst, в. с. къ § 143 пр. 1.
[79]) Ср. Бернеръ, в. с. стр. 405.

третьему, постороннему лицу, и разрѣшенъ утвердительно. Въ упомянутомъ уже мною рѣшеніи государственнаго совѣта по дѣлу Павловскихъ была примѣнена ст. 1485, хотя раны были нанесены во время драки между супругами ихъ ребенку. Съ другой стороны несомнѣнно, что смерть должна быть послѣдствіемъ драки, насильственныхъ дѣйствій со стороны лицъ, участвовавшихъ въ ней. Поэтому, если во время драки одинъ изъ соучастниковъ умеръ естественною смертью — отъ апоплексическаго удара, былъ застрѣленъ лицомъ, непричастнымъ дракѣ, то лица, участвующія въ ней, за убійство въ дракѣ отвѣчать не могутъ.

Е. Фактъ смерти, причиненной въ дракѣ, вмѣняется въ вину всѣмъ въ ней участвовавшимъ, хотя бы они дѣйствовали за лицо убитое, или хотя бы и принадлежали къ противной партіи, но дѣйствовали не противъ убитаго, а противъ какихъ-либо другихъ лицъ. Поэтому, напр., при дракѣ стороны на сторону, которая окончилась смертью кого-либо изъ участвующихъ, *всѣ* лица, безъ изъятія, отвѣчаютъ по 1465, а не по 1485 или 38 ст. м. у., хотя бы ихъ дѣйствія, взятыя въ отдѣльности, представляли только условія, соотвѣтствующія двумъ послѣднимъ статьямъ.

Ж. Въ первомъ изъ двухъ изъятій изъ общихъ правилъ ст. 1465, законъ говоритъ о лицахъ, изобличенныхъ въ причиненіи виновному смертельныхъ поврежденій. Но что признать смертельнымъ ударомъ? Многіе изъ западныхъ кодексовъ, напр. австрійскій [80]), считаютъ смертельными тѣ удары, которыя сами по себѣ, независимо отъ другихъ поврежденій, были способны причинить смерть, и подобное же опредѣленіе смертельности, нѣкогда господствовавшее въ уголовномъ правѣ, даетъ и нашъ Уставъ Врачебный; т. XIII ст. 1860; но это опредѣленіе опровергается другимъ, указаннымъ тамъ же въ ст. 1859, что смертельнымъ должно быть признаваемо только то поврежденіе, которое въ данномъ случаѣ было причиною смерти, и съ этимъ опредѣленіемъ, по причинамъ, которыя я разберу далѣе, въ ученіи о преступномъ дѣйствіи, нельзя не согласиться.

З. Наконецъ надо сдѣлать еще одно замѣчаніе, что въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ драка сопровождалась нанесеніемъ, хотя бы и по неосторожности, раны или увѣчья, особенныя отношенія между виновнымъ и жертвою, указанныя въ ст. 1451, служатъ по ст.

[80]) Herbst. в. с. къ § 143 пр. 9.

1492 причиною усиленія наказанія, но не смотря на видимую аномалію, никакое усиленіе не можетъ быть допущено, если послѣдствіемъ драки будетъ смерть (ст. 1465), такъ какъ эти причины имѣютъ вліяніе только при убійствѣ, совершенномъ въ запальчивости или предумышленно (ст. 1451 и 2 часть 1455).

И. Такъ какъ преступленія этого рода подлежатъ разсмотрѣнію суда съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, то *рѣшенію послѣднихъ подлежитъ: какъ самое признаніе даннаго дѣянія дракою, такъ и опредѣленіе характера дѣятельности виновнаго*, какъ фактическихъ предположеній, необходимыхъ для примѣненія ст. 1465. Поэтому въ предложенныхъ имъ вопросахъ должны быть указаны тѣ признаки, по которымъ насильственныя дѣйствія, совершенныя виновными, не могутъ быть названы ни шуткою или игрою, ни одностороннимъ нападеніемъ съ цѣлью причинить какой-либо вредъ, хотя, впрочемъ, первый изъ этихъ признаковъ вполнѣ содержится въ самомъ понятіи драки, а второй, если только возникаетъ предположеніе о его существованіи, долженъ быть предметомъ особаго условнаго вопроса. А такъ какъ слово «драка» нельзя признать спеціальнымъ юридическимъ терминомъ, то мнѣ кажется, что вопросы въ этомъ случаѣ могутъ имѣть такую форму:

Виновенъ ли подсудимый въ томъ, что когда-то (необходимыя фактическія обстоятельства дѣла) принималъ участіе въ дракѣ, кончившійся смертью такого-то.

Если такой-то принималъ участіе въ дракѣ, то не виновенъ ли онъ въ нанесеніи убитому смертельныхъ поврежденій (причемъ можетъ быть допущено болѣе спеціальное означеніе ихъ, какъ напр. тяжкихъ побоевъ, ранъ, увѣчій и т. д.), бывшихъ хотя и непредвидѣнно, причиною смерти.

Если не обнаружено кѣмъ нанесены поврежденія, то не былъ ли такой-то зачинщикомъ драки, или не возбуждалъ ли онъ словами или дѣломъ къ ея начатію, продолженію или возобновленію. [81])

[81]) Но утвердительные отвѣты присяжныхъ на оба послѣдніе вопроса представляютъ на точномъ основаніи закона противорѣчіе. Поэтому, напр., должна быть признана неточною постановка вопросовъ по дѣлу о крестьянахъ деревни Медвѣдцевой, С. В. 1867 №№ 208, 209—гдѣ первый вопросъ относительно виновныхъ былъ: не нанесли ли они тяжкіе побои, окончившіеся смертью крестьянина Ильина, въ дракѣ, т. е. согласно 1 части ст. 1465; а затѣмъ второй: не былъ ли виновный, Степановъ, зачинщикомъ

Эвентуально же могутъ быть поставлены вопросы о причиненіи насильственныхъ дѣйствій, сопровождавшихся смертью, о покушеніи на убійство и т. д. Въ виду этого и самый порядокъ постановленія вопросовъ можетъ быть измѣненъ, такъ что сначала предложенъ вопросъ о причиненіи тяжкихъ побоевъ или ранъ, кончившихся хотя и непредвидѣнно смертью; а потомъ, въ дополненіе къ нему: не были ли эти поврежденія причинены въ дракѣ?

49. Слѣдующую несравненно болѣе разнообразную группу составляетъ неосторожное лишеніе жизни при причиненіи тѣлесныхъ поврежденій. Случаи, относимые сюда въ уложеніи, являются особенно запутанными уже и потому, что самое ученіе о тѣлесныхъ поврежденіяхъ, служащее имъ основою, относится къ числу наиболѣе неудачныхъ отдѣловъ уложенія.

Впрочемъ, подобное выдѣленіе постановленій лишенія жизни при причиненіи поврежденія здоровью существуетъ не въ одномъ нашемъ уложеніи, но и въ западныхъ кодексахъ. Вездѣ, при случаяхъ этого рода, законъ только въ силу объективной стороны дѣянія, его послѣдствій — видоизмѣняетъ, и весьма въ значительныхъ размѣрахъ, наказаніе, полагаемое за самое поврежденіе здоровья.

По французскому праву [82]) до 1832 года законъ не содержалъ никакихъ спеціальныхъ постановленій по этому предмету, и кассаціонный судъ въ цѣломъ рядѣ своихъ рѣшеній принялъ такое толкованіе, что какъ скоро нанесенныя кѣмъ-либо раны и увѣчья были произведены умышленно и сопровождались смертью, то виновный отвѣчаетъ, какъ за умышленное убійство (meurtre), хотя бы у него и не существовало умысла на убійство, и это чрезъ мѣру жестокое толкованіе было устранено только закономъ 1832. По послѣдней части ст. 309 въ нынѣшней ея редакціи законъ постановляетъ: «если раны или побои, нанесенные хотя и умышленно, но безъ намѣренія лишить жизни, сопровождались смертью, то виновный подлежитъ каторжной работѣ на срокъ отъ 5 — 20 лѣтъ», вмѣсто тюрьмы отъ 2 — 5 лѣтъ, которая назначается за

драки—по 2 ч. 1465, которая и была примѣнена судомъ. Неточность заключалась здѣсь въ постановкѣ перваго вопроса.

[82]) Ср. Hélie, в. с. т. IV № 1197 и сл. Blanche, Études pratiques sur le code pénal т. IV № 465.

самое поврежденіе здоровья. А ст. 310 прибавляетъ, что если при этомъ виновный дѣйствовалъ съ умысломъ обдуманнымъ заранѣе, то наказаніемъ будетъ каторга безъ срока.

Точно также и нѣмецкіе кодексы, признавая, что лишеніе жизни, совершенное при нанесеніи поврежденія здоровью, есть одинъ изъ видовъ неосторожнаго убійства, — тѣмъ не менѣе ставятъ его особнякомъ.

Такимъ образомъ Пруссія § 194 постановляетъ: «если умышленное тѣлесное поврежденіе или истязаніе (Misshandlung) имѣло своимъ послѣдствіемъ смерть, то виновный подлежитъ заключенію въ Zuchthaus отъ 10 — 20 лѣтъ [83]).

Тоже постановляетъ саксонское уложеніе § 170, назначая Zuchthaus 1—10 лѣтъ или Arbeitshaus.

Баварское уложеніе 1861 ст. 234,—Zuchthaus отъ 2—16, если умыселъ былъ составленъ заранѣе, и отъ 2 — 8, если предумышленія не было. Возбужденіе (provocatio) со стороны жертвы понижаетъ наказаніе до тюрмы отъ 6 м.—5 лѣтъ. Приэтомъ ст. 238 прибавляетъ, что если смерть произошла отъ случайныхъ, виновному совершенно неизвѣстныхъ, обстоятельствъ, особенно въ силу какой-либо исключительной организаціи пострадавшаго, то наказаніе соразмѣряется только съ тѣми послѣдствіями, которыя должны бы были наступить, еслибы не было этихъ случайныхъ причинъ.

Баденское уложеніе § 212 и Вюртембергское 246, также выдѣляя неосторожное убійство, причиненное тѣлеснымъ поврежденіемъ, обращаютъ главное вниманіе на вѣроятность наступленія смерти и различаютъ: тѣ случаи, когда дѣяніе было таково, что смерть другого являлась его весьма вѣроятнымъ послѣдствіемъ и тѣ, гдѣ она должна была казаться весьма невѣроятною.

Австрія подводитъ эти случаи подъ понятіе Todtschlag: лишеніе жизни, бывшее результатомъ дѣянія, предпринятаго съ намѣреніемъ враждебнымъ пострадавшему.

Наконецъ, Брауншвейгъ § 152 совершенно вѣрно подводитъ подъ одно общее опредѣленіе неумышленнаго убійства и тѣ случаи, гдѣ смерть послѣдовала отъ совершенія какого-либо умышленнаго поврежденія здоровья.

[83]) Причемъ для усиленія наказанія достаточно факта наступленія смерти, а большая или меньшая вѣроятность ея наступленія не имѣетъ значенія. Но, разумѣется, необходимо отсутствіе всякаго умысла на убійство. Ср. Oppenhof, a. c. § 194 пр. 3.

50. Нельзя не сознаться, что это разнообразіе постановленій [84]), а въ особенности это возвышеніе наказанія только въ силу болѣе или менѣе случайно наступившаго вреда, противорѣчитъ основнымъ положеніямъ, принятымъ во всѣхъ кодексахъ относительно опредѣленія мѣры отвѣтственности виновнаго. Дѣйствительно, вездѣ главнымъ элементомъ, вліяющимъ на мѣру наказанія, является злая воля преступника и ея большая или меньшая опасность; внѣшняя сторона преступленія, матеріальный фактъ, въ которомъ выразилась воля, хотя и составляетъ необходимый элементъ преступленія, съ отсутствіемъ котораго исчезаетъ и самое его понятіе, но при опредѣленіи мѣры виновности играетъ второстепенную роль. А между тѣмъ въ разсматриваемыхъ нами случаяхъ мы замѣчаемъ, повидимому, явленіе противоположное, такъ какъ только одно видоизмѣненіе матеріальнаго вреда оказываетъ вліяніе на значительное усиленіе наказанія. Но всматриваясь въ эти преступленія, мы увидимъ, что *здѣсь мы встрѣчаемся съ однимъ изъ остатковъ, такъ долго господствовавшей въ уголовномъ правѣ, системы презумпцій.* Внѣшняя форма, объективная сторона преступнаго лишенія жизни и нанесенія тѣлесныхъ поврежденій имѣетъ чрезвычайно много общаго: побои, раны и увѣчья весьма нерѣдко утрачиваютъ свой характеръ самостоятельнаго преступленія и разсматриваются какъ покушеніе на убійство, какъ скоро будетъ обнаружена наличность намѣренія лишить жизни. Но раскрытіе умысла и его свойствъ составляетъ одну изъ наиболѣе трудныхъ сторонъ процессуальнаго раскрытія преступленія: собственное сознаніе виновнаго въ большей части случаевъ отсутствуетъ, совокупность обстоятельствъ, сопровождавшихъ актъ убійства, далеко не всегда можетъ дать твердую опору для заключенія о намѣреніи; а потому весьма понятно, что очень часто подъ нанесеніемъ увѣчья или ранъ, за которое осуждается преступникъ, скрывается болѣе тяжкое преступленіе — покушеніе на убійство, оставшееся не раскрытымъ. Но тоже самое можетъ весьма нерѣдко встрѣтиться и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ смерть жертвы дѣйствительно послѣдовала. Характеръ поврежденій, бывшихъ причиною смерти, родъ оружія, которымъ дѣйсвтовалъ виновный, самый способъ его дѣйствія, рядъ другихъ второстепенныхъ уликъ и дока-

[84]). Ср. Buri, Zur Lehre von der Tödtung G. A. XI 797. Бернеръ, О тѣлесныхъ поврежденіяхъ, Ж. М. Ю. 1867 № 7. стр. 53.

зательствъ—хотя и можетъ весьма часто способствовать различенію убійства умышленнаго отъ неосторожнаго, бывшаго результатомъ умышленно причиненныхъ тѣлесныхъ поврежденій, но тѣмъ не менѣе, не уничтожаетъ вполнѣ возможность прикрытія послѣднимъ перваго. Въ силу этихъ соображеній, въ силу нерѣдко встрѣчающейся возможности доказать, что смерть была послѣдствіемъ не неосторожности, а прямого умысла, и объясняется, почему тѣлесныя поврежденія, кончившіяся смертью, влекутъ всегда такое усиленіе наказанія. Само собою разумѣется, что подобная презумпція только объясняетъ, но не оправдываетъ фактъ существованія этихъ постановленій: если данное лицо не изобличено въ преступленіи, то какъ бы ни были сильны подозрѣнія противъ него, оно не можетъ быть наказано за это преступленіе.

51. Разумѣется, *чѣмъ менѣе въ судѣ развита способность* отвлекать отъ фактическихъ обстоятельствъ дѣла скрытую въ нихъ мысль, намѣреніе, *тѣмъ болѣе получаетъ значенія и эта презумпція*. Оттого мы видимъ, что какъ на западѣ въ XVI XVII и даже до конца XVIII столѣтія [83]) ученіе о тѣлесныхъ поврежденіяхъ сливается съ ученіемъ объ убійствѣ, такъ тоже явленіе повторяется и у насъ.

Особенно выдается это въ уложеніи 1649 г., гдѣ результатъ дѣйствія—смерть играетъ огромную роль.

„А будетъ кто въ государевѣ дворѣ, и не при государѣ кого ранитъ и на немъ раненому доправити безчестья и увѣчья противъ окладу вдвое, да его же дати на поруки въ томъ, что ему безъ указу изъ того города, гдѣ онъ кого ранитъ, не съѣзжжати *пока мѣста раненый обможется или умретъ*. А будетъ раненый обможется, и тому кто его ранитъ, отсѣчь руки. А будетъ тотъ раненый отъ раны умретъ и того, кто его ранитъ, казнить смертью» (глава II ст. 5).

Главное значеніе получало въ подобныхъ случаяхъ не намѣреніе, съ которымъ виновный дѣйствовалъ, а результатъ дѣйствія, хотя нельзя впрочемъ не замѣтить, что подъ вліяніемъ права византійскаго встрѣчаются уже и нѣсколько прежде попытки возсозданія внутренней стороны дѣянія на основаніи внѣшней. Такъ

[83]) Какъ напр. въ Algemeines preussisches Landrecht. См. Темме, Die Lehre von der Tödtung ст. 15. Здѣсь всего долѣе держалось и ученіе объ dolus inderectus. Ср. Бернеръ в. с. стр. 53.

читаемъ мы въ кормчей, законы прадскіе, грань XXXIX, гл. 48, № 84, 85.

«Свадѣ между нѣкими бывше, аще приключится кому убіену быти, судіи да видятъ сосуды, ими же сотворится смерть, а аще обрящутъ древомъ дебелымъ, или каменіемъ великимъ, или пханіемъ смерть бывшу, се сотворшему роуцѣ да одсѣкутъ, аще ли легчайшими казньми прилучится смерти быти, бивши сего да изженоутъ. Аще кто въ ссорѣ рукою оударитъ - некоего и оумретъ да изженется".

Сводъ законовъ 1832 постановилъ въ ст. 364, что „нанесеніе ранъ смертельныхъ, въ намѣреніи причинить другому вредъ, почитается покушеніемъ смертоубійства умышленнаго, хотя бы прямого умысла на совершеніе убійства и не было; а поврежденія, сами по себѣ несмертельныя, но причинившія смерть, почитаются смертоубійствомъ неосторожнымъ". Такимъ образомъ онъ ввелъ впервые въ наше право различіе отвѣтственности сообразно съ характеромъ поврежденій, смерть вызвавшихъ.

52. Эта послѣдняя система получила господство и въ уложеніи, но въ значительно усложненной формѣ. Между тѣмъ какъ западные кодексы довольствуются въ этомъ случаѣ однимъ общимъ положеніемъ о лишеніи жизни при нанесеніи тѣлесныхъ поврежденій, и тѣмъ значительно облегчаютъ дѣло, наше уложеніе въ связи съ своею сложною системою дѣленія преступленій противъ здоровья создаетъ и здѣсь цѣлый рядъ постепенностей и оттѣнковъ; и какъ самая система, положенная въ основу этого дѣленія, страдаетъ нераціональностью, отсутствіемъ какихъ-либо точныхъ и ясныхъ признаковъ дѣленія, такъ это отражается и на выводахъ изъ нея дѣлаемыхъ; а практика, какъ мы увидимъ далѣе, еще болѣе усиливаетъ эти затрудненія.

Разумѣется, лишеніе жизни можетъ быть результатомъ всякаго поврежденья здоровья, хотя бы даже и легкаго, если оно только сопровождалось какими-либо невыгодно дѣйствовавшими обстоятельствами; но тѣмъ не менѣе случаи, сюда относящіеся, могутъ быть раздѣлены на нѣсколько группъ.

А. Лицо обвиняемое могло причинить увѣчья, раны, побои, дѣйствуя съ прямою цѣлью нанести именно эти поврежденія, окончившіяся неожиданною смертью. Эти случаи представляются наименѣе сложными: характеръ умысла, выразившагося въ соотвѣт-

ствующемъ дѣйствіи, опредѣляетъ родъ и характеръ дѣянія, вызвавшаго смерть, а съ тѣмъ вмѣстѣ и степень отвѣтственности.

Б. Виновный дѣйствовалъ въ намѣреніи причинить вредъ здоровью, но не уяснивъ себѣ ясно и опредѣленно самый характеръ повреждения, т. е. не предполагая заранѣе нанести раны или увѣчье или побои, а просто имѣя въ виду поврежденіе здоровья. На основаніи общаго ученія объ умыслѣ условномъ (dolus alternativus), объективный характеръ причиненнаго вреда опредѣляетъ мѣсто, занимаемое дѣйствіемъ виновнаго въ общей системѣ преступленій противъ здоровья, а вмѣстѣ съ тѣмъ и отвѣтственность за непредвидѣнный результатъ ихъ—смерть. Разумѣется тоже начало должно быть примѣняемо и тогда, когда умыселъ является опредѣленнымъ по отношенію къ роду поврежденій, но неопредѣленнымъ по отношенію къ виду, напр. лицо желало нанести побои, не опредѣляя степени ихъ важности.

В. Виновный имѣлъ желаніе нанести побои легкіе или тяжкіе или же легкія раны, но по обстоятельствамъ, для него непредвидѣннымъ, отъ его дѣйствія произошли послѣдствія болѣе важныя, напр. тяжкія раны или же увѣчье, которыя въ свою очередь окончились смертью пострадавшаго, предполагая разумѣется, что (по общимъ правиламъ о причинной связи) эта смерть можетъ быть сочтена послѣдствіемъ дѣйствій виновнаго. Отвѣтственность опредѣляется въ подобномъ случаѣ характеромъ умысла, съ одной стороны, и наиболѣе тяжкимъ изъ неожиданныхъ результатовъ—съ другой. Въ самомъ дѣлѣ, его намѣреніе было нанести побои, за это умышленное дѣяніе онъ и отвѣчаетъ, но въ данномъ случаѣ къ этому присоединяется еще причиненіе иного неосторожнаго вреда, увеличивающаго отвѣтственность, и такимъ вредомъ является здѣсь смерть, поглащающая нанесеніе увѣчья, какъ цѣлое поглощаетъ свою часть. Въ противномъ случаѣ намъ бы пришлось построить систему и безполезную, и сложную. А нанесъ другому легкую рану, которая, осложнясь, получила характеръ тяжкой раны, затѣмъ лишила тотъ органъ, которому она была нанесена, способности отправлять его функціи, т. е. сдѣлалась увѣчьемъ и наконецъ кончилась смертью; очевидно, послѣдній результатъ поглощаетъ всѣ предыдущіе фазисы. Для суда важно только опредѣлить первичное поврежденіе, въ которомъ выразилось желаніе виновнаго, и затѣмъ важнѣйшій изъ причиненныхъ имъ результатовъ [86]).

[86]) См примѣръ, приведенный далѣе, № 53 Г.

Г. Виновный, совершая дѣяніе, запрещенное закономъ или хотя и незапрещенное, но явно неосторожное, причиняетъ какой-либо вредъ здоровью другого, влекущій за собою смерть. Тоже самое правило, которое указалъ я въ предыдущемъ примѣрѣ, имѣетъ мѣсто и здѣсь: то есть виновный отвѣчаетъ за неосторожное убійство, на основаніи 1466 или 1468 статей [87]).

Д. При этомъ и здѣсь мы должны имѣть въ виду положеніе, неоднократно мною указанное, что эти постановленія о неосторожномъ убійствѣ, какъ результатѣ какого-либо умышленнаго преступленія, не исключаютъ общихъ правилъ о случаѣ и неосторожности, которыя признаетъ уложеніе. Поэтому, если лицо причиняетъ съ умысломъ какое либо тѣлесное поврежденіе, сопровождавшееся смертью, и если эта смерть по обстоятельствамъ дѣла не могла *быть даже предвидѣна,* то она должна быть признана случайною, и виновный отвѣчаетъ только за тѣлесное поврежденіе: напр., А съ умысломъ побить другого далъ ему пощечину, а тотъ отъ этого, въ силу особенныхъ пороковъ его организма, умеръ. Разумѣется, вмѣненіе смерти виновному можетъ быть только въ томъ случаѣ, когда онъ могъ знать эту особенность организма Б [88]); мало того, тоже положеніе должно быть примѣнено и тогда, когда неосторожность заключала въ себѣ условія, указанныя въ послѣдней части ст. 110, такъ какъ постановленія этой части по содержанію своему имѣютъ общее значеніе.

Эти общія правила нужно постоянно имѣть, какъ мнѣ кажется, въ виду при разборѣ отдѣльныхъ статей уложенія, сюда относящихся, такъ какъ при помощи этихъ положеній устраняются весьма многія изъ затрудненій, возникающихъ при примѣненіи этихъ статей.

53. Первое мѣсто между ними занимаетъ ст. 1484:

«Если отъ причиненнаго съ обдуманнымъ намѣреніемъ или умысломъ увѣчья, раны или *иного поврежденія здоровью* послѣдуетъ смерть, то виновный въ нанесеніи сего увѣчья, раны, или поврежденія здоровью умершаго подвергается:

[87]) См. напр. приведенное выше подъ № 28 дѣло Усачева.

[88]) Это подтверждается и статьею 93 уложенія, гдѣ прямо указано, что случайные результаты могутъ произойти и при совершеніи дѣяній запрещенныхъ закономъ.

лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ каторжную работу въ крѣпостяхъ на время отъ 8—10 лѣтъ.

Если увѣчья или раны, вслѣдствіе коихъ послѣдовала смерть, были нанесены не съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ, а въ запальчивости или раздраженіи, но однакожъ умышленно, то виновный въ семъ приговаривается:

къ лишенію всѣхъ особенныхъ лично и по стоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ и къ ссылкѣ на житье въ Сибирь или въ исправительныя арестантскія роты по второй степени 31-й статьи сего уложенія» [89]).

По поводу этой первой статьи мы должны замѣтить слѣдующее:

А. ст. 1484, повидимому, сравниваетъ всѣ различные роды повреждений, которыя знаетъ нашъ законъ, на это какъ-бы указываетъ именно ея выраженіе «или *иного* поврежденія здоровья»; но подобный выводъ былъ бы совершенно не вѣренъ, въ виду цѣлаго ряда другихъ постановленій, ~~которыя мы разсмотримъ далѣе~~.

Б. Поэтому, дѣйствіе ст. *1484 можетъ быть распространяемо только на два рода поврежденій: на увѣчья тяжкія и легкія и раны также обоихъ разрядовъ*, сопровождавшіяся смертью; причемъ это приравненіе, при одинаковой степени наказанія, указаннаго въ данной статьѣ, оказывается чрезвычайно несоразмѣрнымъ.

А вырвалъ съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ другому глазъ, и послѣдствіемъ этого увѣчья была смерть пострадавшаго,—обыкновенное наказаніе за увѣчье возвышается *на 2 или на 3 степени* (комбинація ст. 1477 1-й части и 1484), или даже на *одну степень*, если нанесеніе увѣчья сопровождалось истязаніями (2 ч. 1477).

А отрѣзалъ предумышленно другому палецъ, но при такихъ невыгодныхъ условіяхъ, что пострадавшій отъ этого умеръ,—наказаніе возвышается на *6, 8 или 9 степеней* (ст. 1478 и 1484).

[89]) Въ объясненіяхъ на эту статью проекта было сказано: «въ ст. 364 Свода было постановлено: за раны смертельныя наказывать какъ за покушеніе на смертоубійство умышленное. Описавъ въ проектѣ нѣсколько видовъ смертоубійства умышленнаго и опредѣливъ различныя за каждое изъ нихъ наказанія, мы должны были означить здѣсь опредѣленную мѣру наказанія, дабы не оставить сомнѣнія въ примѣненіи сего постановленія. Причемъ, согласно съ другими статьями, нужно было различить, съ обдуманнымъ ли заранѣе намѣреніемъ были нанесены увѣчья или нѣтъ.»

А нанесъ предумышленно Б тяжкую рану, напр. разрубилъ височную кость, и отъ произошедшаго отъ того воспаленія пострадавшій умеръ,—наказаніе возвышается на *4, 7 или 9 степеней* (1481 и 1484).

А предумышленно нанесъ рану легкую, только вслѣдствіе стеченія чрезвычайныхъ обстоятельствъ повлекшую смерть,—наказаніе возвышается на *9 или же на 14 степеней* (ст. 1482 и 1484).

Такая же непропорціональность получится, если мы сравнимъ размѣры усиленія наказанія за смерть лица, послѣдовавшую отъ увѣчья или ранъ нанесенныхъ, хотя и умышленно, но безъ обдуманнаго заранѣе намѣренія. Ст. 1480, 1483 и 2-я часть 1484.

В. Уже одно это простое сопоставленіе статей указываетъ всю шаткость и неправильность системы уложенія, объясняемую отчасти тѣмъ, что оно, обращая только вниманіе на большую или меньшую обдуманность виновнымъ его дѣйствій, оставляетъ на второмъ планѣ степень возможности возникновенія изъ дѣйствій виновнаго происшедшихъ результатовъ. Оттого и выходитъ, что *чѣмъ легче поврежденіе, тѣмъ менѣе можно было, слѣдовательно, ожидать отъ него смерти, тѣмъ болѣе усиливаетъ этотъ фактъ смерти степень отвѣтственности.*

Г. Но *во всякомъ случаѣ, какъ я уже указывалъ, нанесеніе увѣчья или ранъ должно быть умышленно*; если же они были результатомъ непревидѣннымъ для виновнаго и сопровождались смертью, то участь виновнаго опредѣляется сообразно съ первичнымъ дѣяніемъ, умышленно имъ совершеннымъ и высшимъ изъ его результатовъ — смертью. Такимъ образомъ государственный совѣтъ по дѣлу Скачкова и Кудрявцева [90]) нашелъ, «что изъ дѣла не видно, чтобы подсудимые имѣли обдуманное или вообще *какое-либо намѣреніе причинить* убитому Ляпкову *увѣчье* и еще менѣе тѣ поврежденія, отъ которыхъ онъ умеръ; они, какъ явствуетъ изъ всего обнаруженнаго слѣдствіемъ, *хотѣли* только *наказать* Ляпкова по подозрѣнію въ корчемствѣ или же просто за самовольную отлучку, но увлеченные, можетъ быть, усилившеюся до жестокости запальчивостью, или же по нетрезвому состоянію, въ коемъ находились, нанесли ему весьма тяжкіе побои съ поврежденіями, которыя, какъ сказано въ медицинскомъ актѣ, произвели воспаленіе въ легкихъ и, оставаясь безъ вспомоществованія, были причиною смерти Ляпкова. Посему правильнѣе отнести это пре-

[90]) Сборникъ мнѣній государственнаго совѣта, стр 178.

ступленіе къ предвидѣннымъ ст. 1489 и 1490 тяжкимъ, подвергающимъ жизнь опасности побоямъ, истязаніямъ и мученіямъ, которыхъ послѣдствіемъ были не только увѣчья, но и самая смерть.»

Д. Такъ какъ ст. 1484 заключаетъ въ себѣ два вида, различающіеся по ихъ наказуемости, то по общему правилу, котораго держится и наше уложеніе, наиболѣе тяжкій изъ нихъ, *т. е. наличность обдуманнаго заранѣе намѣренія должна быть доказана.*

Такимъ образомъ государственный совѣтъ по дѣлу Волковискаго [91]) нашелъ: «дабы примѣнить къ сему дѣлу 1-ю часть ст. 1484, *должно быть доказано,* что виновный имѣлъ заранѣе обдуманный умыселъ нанести увѣчье, но какъ въ дѣлѣ нѣтъ никакихъ на то доказательствъ, то слѣдуетъ заключить, что виновный нанесъ смертельную рану въ запальчивости и раздраженіи, при случившейся между ними дракѣ, а потому и присудить его въ наказанію по 2 ч. 1484 ст.» При разсмотрѣніи же дѣла съ участіемъ присяжныхъ, существованіе предумышленности должно быть указано въ ихъ рѣшеніи [92]).

Е. Но изъ этого общаго правила о различіи степени уголовной отвѣтственности, смотря по предумышленности тѣлеснаго поврежденія, существуютъ нѣкоторыя *изъятія.* Такимъ образомъ напр., по ст. 212 въ тѣхъ случаяхъ, когда священнослужителю во время совершенія имъ службы Божіей или исправленія духовныхъ требъ будетъ причинена смерть, хотя и не съ прямымъ на то умысломъ, но однакожъ и не случайно, а съ намѣреніемъ нанести ему, по злобѣ или запальчивости, увѣчья, раны или побои,—то виновный подлежитъ каторжной работѣ въ рудникахъ отъ 12—15 лѣтъ; причемъ, кромѣ случаевъ, указанныхъ въ 1484 ст., это положеніе ст. 212 должно быть распространено и на ст. 1490 и 1464.

Далѣе, наказаніе, назначенное въ ст. 1484, усиливается на 3 степени, если эти дѣянія были направлены противъ отца или матери, и на двѣ, если противъ другихъ лицъ, перечисленныхъ въ ст. 1492.

Наказаніе всегда назначается въ высшей мѣрѣ, если эти дѣйствія *были совершены* чиновникомъ при отправленіи имъ его обязанностей (ст. 346).

[91]) См. также мнѣніе государственнаго совѣта 1848 въ Сборникѣ, на стр. 47.

[92]) Ср. касс. рѣшеніе 1868 года № 567.

Ж. Дѣйствія ст. 1484 распространяются еще на одинъ случай, предвидѣнный въ ст. 988:

«За умышленное травленіе человѣка собакою или другими животными, *съ намѣреніемъ сдѣлать вредъ*, виновный подвергается:

наказаніямъ за умышленное нанесеніе ранъ или увѣчья, на основаніи правилъ, постановленныхъ въ статьяхъ 1477, 1478, 1481 и 1482.»

Самое дѣйствіе, о которомъ идетъ здѣсь рѣчь—умышленное травленіе животными—встрѣчается неоднократно въ уложеніи. Мѣсто имъ занимаемое и самое его значеніе зависятъ исключительно отъ характера намѣренія, вложеннаго въ него виновнымъ. Если онъ дѣйствовалъ только изъ легкомыслія и шалости, безъ преступнаго намѣренія, то онъ отвѣчаетъ только по 122 ст. м. у.; а если травленіе сопровождалось непредвидѣнною смертью затравленнаго, то, согласно 128 ст. м. у. и 989 ул., виновный отвѣчаетъ по 1466, какъ нарушившій постановленія, ограждающія личную безопасность. Если же онъ дѣйствовалъ съ намѣреніемъ вредить, о которомъ говоритъ ст. 988 ул., то въ такомъ случаѣ звѣрь является такимъ же средствомъ для выполненія плана, какъ палка, кинжалъ, ядъ и т. п. Поэтому, если подобныя дѣйствія сопровождались смертью, то виновный отвѣчаетъ по общимъ правиламъ, по ст. 1484, что прямо указывается и ссылками, находящимися въ ст. 988. При этомъ нельзя не замѣтить, что опущеніе въ этихъ ссылкахъ статей 1480, 1483, указываетъ на то, что законодатель *предполагаетъ* въ случаяхъ этого рода предумышленность, а потому даетъ право примѣнять только 1-ю, а не 2-ю часть 1484 ст. Разумѣется, эти постановленія не могутъ быть распространяемы на тѣ случаи, когда травленіе было произведено не только съ намѣреніемъ вредить, но съ прямымъ умысломъ лишить жизни. Кто съ подобнымъ намѣреніемъ спуститъ на зашедшаго къ нему на дворъ человѣка цѣпныхъ собакъ, медвѣдя, кто броситъ другого въ клѣтку съ дикими звѣрями,—тотъ, разумѣется, совершаетъ обыкновенное убійство, или даже квалифицированное, какъ сопровождавшееся истязаніями и мученіями.

54. Къ случаямъ, только что нами разсмотрѣннымъ, приравнивается далѣе неосторожное лишеніе жизни, предвидѣнное въ ст. 1488, на основаніи которой:

«Кто *съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ* причинитъ кому-либо разстройство въ здоровьѣ, примѣшаетъ ядовитыя или другія вред-

ныя вещества въ съѣстные припасы или напитки, или же чрезъ иное какое-либо употребленіе такихъ веществъ повредить здоровью, или же какимъ-либо другимъ средствомъ, но съ намѣреніемъ нанести вредъ, причинить кому-либо разстройство въ умственныхъ способностяхъ, если притомъ послѣдствіемъ этихъ дѣйствій будетъ смерть того, кому причинены эти поврежденія,—то виновный подвергается наказанію по ст. 1484, но всегда въ высшей онаго мѣрѣ [93]).

Причемъ:

А. Постановленія объ отравленіи, совершенномъ безъ умысла на убійство, но сопровождавшемся смертью, *распространяются* на тѣ случаи, когда кто-либо зная, что онъ одержимъ заразительною или иною прилипчивою болѣзнью, съ умысломъ учинитъ что-либо, долженствующее неминуемо сообщить сію болѣзнь другому, если послѣдствіемъ сего будетъ смерть, ст. 854. По проекту уложенія, къ случаямъ, указаннымъ въ этой статьѣ, была отнесена и передача болѣзни чрезъ совокупленіе, т. е. подъ заразительными болѣзнями подразумѣвали, говоря словами устава о наказаніяхъ, и болѣзни, происходящія отъ непотребства. Въ самомъ же текстѣ уложенія эти постановленія были опущены, хотя очевидно, что онѣ могли быть подведены подъ дѣйствіе ст. 854 (1069 по изданію 1857 г.), въ силу общности ея редакціи.

Но съ изданіемъ устава мирового въ него была внесена спеціальная ст. 103, по которой подвергаются отвѣтственности лица, виновныя въ сообщеніи другимъ происходящей отъ непотребства заразительной болѣзни.

Въ силу этого естественно возбуждается вопросъ: какъ же поступить въ тѣхъ, правда весьма рѣдкихъ, случаяхъ, когда подобное зараженіе было причиною смерти, и въ особенности, когда зараженіе было произведено зазнаемо и съ умысломъ повредить здоровью другого?

Кассаціонный департаментъ въ рѣшеніи своемъ 1867 за № 66 [94]), разбирая различіе статей 854 улож. и 103 м. у., резюмировалъ его такимъ образомъ, что «частный случай сообщенія другимъ происходящей отъ непотребства заразительной болѣзни не подходитъ подъ дѣйствіе ст. 854 уложенія.» Но очевидно, что при подобномъ обобщеніи этотъ выводъ дѣлается невѣрнымъ. Кассаціонный департаментъ не обратилъ вниманія, во 1-хъ, на то, что зараженіе можетъ быть сдѣлано зазнаемо и съ умысломъ причинить вредъ, или безъ такового, и во 2-хъ, что послѣдствіемъ этого зараженія можетъ быть не только болѣзнь излечимая, но и неизлечимое разстройство здоровья, увѣчье и даже самая смерть.

Представимъ себѣ, что напр. лицо, больное какою-либо эпидемическою или прилипчивою болѣзнію, какъ напр. пятнистою горячкою, оспою, скарлатиною (уставъ врачебный, т. XIII ст. 935, 936 и сл.), съ умысломъ совершитъ какое-либо дѣйствіе, которымъ оно должно сообщить сію болѣзнь другому, и отъ его дѣйствія дѣйствительно произойдетъ болѣзнь, то виновный подлежитъ каторжной работѣ отъ 4—6 лѣтъ или ссылкѣ на поселеніе, когда это разстройство организма неизлечимо, или когда его результатомъ будетъ непзгладимое на лицѣ обезображеніе или увѣчье, (ст. 1486 и 1477); а при разстройствѣ менѣе тяжкомъ — ссылкѣ на житье въ Сибирь или арестантскимъ ротамъ по 2, 4 или 5 степени 31 ст. уложенія (ст. 1486 и 1478) и т. д., а если наконецъ результатомъ, хотя и непредвидѣннымъ, его поступка будетъ смерть зараженнаго, то каторжная работа отъ 8 — 10 (ст. 1488 и 1484).

Но если, напр., мужъ изъ ненависти, мщенія,—однимъ словомъ умышленно и съ цѣлью вредить своей женѣ, заразитъ ее полученною имъ отъ непотребства сифилитическою болѣзнью, и отъ этого зараженія произойдетъ разстройство организма болѣе или менѣе значительное, или даже и неизлечимая болѣзнь, или неизгладимое обезображеніе лица (такъ какъ несвоевременное пользованіе особенно возможно въ подобныхъ случаяхъ), или наконецъ при стеченіи особенно несчастныхъ обстоятельствъ, самая смерть? Неужели же вмѣсто усиленія по ст. 1492 двумя степенями наказанія, только что мною указаннаго по ст. 1488 и 1484, виновный, сообразно толкованію кассаціонаго департамента, будетъ приговоренъ только къ аресту не свыше 2 мѣсяцевъ или штрафу до 200 рублей? Разумѣется нѣтъ, это противорѣчило бы не только основнымъ началамъ, которыя могутъ руководить законодателемъ, но и не было бы согласно, какъ мнѣ кажется, съ самымъ текстомъ закона.

Ст. 102 дѣйствительно представляетъ одинъ изъ частныхъ случаевъ, указанныхъ въ ст. 854, но его границы отнюдь не опредѣляются однимъ только характеромъ болѣзни, потому что ст.

---

[93]) Ср. Сводъ законовъ т. XIII ст. 937.

[94]) Ср. Шрейберъ, Сборникъ статей уложенія о наказаніяхъ. 1869 стр. 151.

854 говоритъ вообще о болѣзняхъ заразительныхъ, а характеромъ умысла, тѣмъ что для примѣненія ст. 854 необходимо, чтобы дѣяніе совершено было съ умысломъ заразить другого.

Поэтому данный вопросъ представляется мнѣ въ слѣдующемъ видѣ:

Если виновный передастъ кому либо заразительную болѣзнь, происходящую отъ непотребства, безъ умысла причинить вредъ, а просто *по легкомыслію*, небреженію и т. п., то онъ отвѣчаетъ на основаніи ст. 103, и если при этомъ онъ *причинитъ* вредъ здоровью или даже *смерть, то онъ отвѣчаетъ* на основаніи общихъ правилъ о неосторожномъ причиненіи вреда, или смерти, т. е. *на основаніи 1466 или 1468 улож.*

Если же онъ съ умысломъ повредить здоровью, или, другими словами, *съ умысломъ заразить кого нибудь, передастъ сифилитическую болѣзнь, то онъ отвѣчаетъ на основаніи 854 ст., а если послѣдствіемъ была смерть, то по ст,. 1488* [95]).

Б. Разбираемая мною статя 1488 въ своей диспозитивной части соединяетъ два вида преступленія противъ здоровья, сопровождавшіяся смертью—отравленіе и разстройство умственныхъ способностей; но оба эти преступленія различаются въ томъ отношеніи, что *отравленіе*, о которомъ говоритъ 1486 ст., *предполагается совершеннымъ съ обдуманнымъ намѣреніемъ, а ст. 1487 безразлично соединяетъ и предумышленность и умыселъ внезапный.* Поэтому опять можетъ возникнуть вопросъ: какому наказанію подлежитъ виновный въ отравленіи, указанномъ въ ст. 1484, но совершенномъ по внезапному умыслу, если оно сопровождалось смертью? Прямого отвѣта въ законѣ въ данномъ случаѣ не существуетъ, но его не трудно вывести путемъ логическаго толкованія, выясненіемъ того отношенія, въ которомъ находятся статьи интерпретируемыя мною къ другимъ постановленіямъ о преступленіяхъ противъ здоровья. Введеніе въ организмъ ядовитыхъ веществъ, какъ указываетъ ст. 1486, приравнивается нанесенію увѣчья, указанному въ ст. 1477 и 1478, и дѣйствительно, въ опредѣлительной части этихъ статей говорится о нанесеніи увѣчья или *иного важнаго въ здоровьѣ или тѣлесныхъ способностяхъ поврежденія*, а потому онѣ охватываютъ и случаи,

[95]) Того же мнѣнія держится Неклюдовъ, Руководство для мировыхъ судей т. II стр. 445.

указанные въ ст. 1486 и 1487, но объ статьи 1477 и 1478, говорятъ о предумышленномъ увѣчьѣ, а поврежденіе по внезапному умыслу придвидѣно въ ст. 1480, которая такимъ образомъ должна быть примѣняема и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ кто-либо дастъ другому вредно дѣйствующія вещества по внезапному, заранѣе необдуманному умыслу, а если послѣдствіемъ такого дѣйствія была смерть отравленнаго, то должна быть примѣняема 2-я часть 1484 ст.

В. Но именно эти соображенія, указывающія на то, что ст. 1486, 1487 и 1488 составляютъ частные случаи ст. 1477 и слѣд., даютъ намъ право заключить объ ихъ ненужности въ уложеніи и возможности ихъ исключенія.

55. Несравненно сложнѣе представляется вопросъ о неосторожномъ лишеніи жизни при нанесеніи побоевъ, такъ какъ постановленія о нихъ не только различаются степенью наказанія, но даже и помѣщены въ совершенно различныхъ раздѣлахъ. Сюда именно относятся 2-я часть ст. 1490 и 1464 ст.

2-я часть ст. 1490 постановляетъ:

«Если послѣдствіемъ означенныхъ въ ст. 1489 (т. е. причиненныхъ кому-либо съ умысломъ тяжкихъ, подвергающихъ жизнь его опасности) побоевъ, истязаній или мученій будетъ... самая смерть, то онъ подвергается:

лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ каторжную работу въ крѣпостяхъ на время отъ 8—10 лѣтъ.»

А статья 1464 говоритъ:

« Если вслѣдствіе нанесенныхъ не по неосторожности, а съ намѣреніемъ, хотя и безъ умысла на убійство, побоевъ или иныхъ насильственныхъ дѣйствій, причинится кому-либо смерть, то виновный въ семъ приговаривается, смотря по обстоятельствамъ дѣла:

къ заключенію въ смирительномъ домѣ, на время отъ 8 мѣсяцевъ до 2 лѣтъ, съ потерею нѣкоторыхъ, по статьѣ 50 сего уложенія, особенныхъ правъ и преимуществъ,

или къ заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 4 — 8 мѣсяцевъ.

Сверхъ сего, если онъ христіанинъ, то предается церковному покаянію по распоряженію своего духовнаго начальства. [96]).

[96]) Въ проектѣ уложенія за это преступленіе полагалось лишать виновныхъ особыхъ правъ и преимуществъ и ссылать въ Сибирь на житье.

56. Громадное различіе уголовной санкціи, назначаемой въ двухъ статьяхъ, мною приведенныхъ, заставляетъ очевидно предполагать, что законодатель, дѣлая подобныя предначертанія, имѣлъ въ виду дѣйствія, совершенно различныя. А между тѣмъ, *неточность редакціи ст. 1464 неоднократно подавала поводъ въ практикѣ къ смѣшенію этихъ постановленій*. Причина этого заключалась именно въ томъ, что ст. 1464 говоритъ о нанесеніи побоевъ или *иныхъ насильственныхъ дѣйствій* вообще, т. е. какъ бы о родовомъ понятіи, а ст. 1490, говоря о побояхъ тяжкихъ, имѣетъ значеніе видового постановленія.

Но уже самое мѣсто, занимаемое въ уложеніи этими статьями, даетъ возможность отыскать признакъ, ихъ разграничивающій. Ст. 1464 помѣщена въ 1 главѣ X раздѣла, гдѣ говорится о смертоубійствѣ умышленномъ и неосторожномъ, а ст. 1490 въ 3 главѣ того же раздѣла, гдѣ говорится о поврежденіяхъ здоровья и гдѣ перечисляются *всѣ* случаи, въ которыхъ преступленія этого рода сопровождались лишеніемъ жизни. Такимъ образомъ это распредѣленіе соотвѣтствуетъ вполнѣ системѣ уложенія относительно нанесенія побоевъ, т. е. раздѣленію ихъ на *два* вида: побои тяжкіе *грозящіе опасностью жизни*, и побои тяжкіе или легкіе, не сопровождавшіеся этою опасностью. Первые отнесены къ преступленіямъ противъ здоровья, а вторые къ *реальнымъ обидамъ*, и ст. 1490 соотвѣтствуетъ дѣяніямъ первой категоріи, а 1464 — второй. Такъ что ст. 1490 относится только къ тѣмъ случаямъ, когда побои, бывшіе причиною смерти, по самому

Разсматривавшая проектъ коммиссія государственнаго совѣта нашла, что подобный поступокъ можетъ быть слѣдствіемъ минутнаго только раздраженія даже у людей, принадлежащихъ по образованію своему и нравственнымъ качествамъ къ высшему въ обществѣ разряду, а потому предложила смягчить наказаніе. Въ объясненіи редакторовъ уложенія на эту статью было сказано, что она составлена въ дополненіе 361 ст. Свода. «Случаи, когда смерть послѣдовала отъ побоевъ, или другихъ какихъ-либо насилій, хотя виновный въ томъ не имѣлъ прямого намѣренія на убійство, предвидѣны въ Сводѣ подъ названіемъ ранъ смертельныхъ. На основаніи постановленій сей статьи виновный въ томъ долженъ быть наказанъ какъ за покушеніе на умышленное убійство. Но это было бы и логически неудовлетворительно, и неудобно. По симъ правиламъ наказаніе бываетъ почти всегда или слишкомъ слабо, или слишкомъ строго. Кажется, лучше и согласнѣе съ справедливостью назначить особое наказаніе за сіе преступленіе, которое есть особаго рода.»

своему свойству, должны были быть отнесены къ категоріи тяжкихъ побоевъ, грозящихъ опасностью для жизни, и въ данномъ конкретномъ случаѣ окончившихся смертью побитаго.

57. Въ этомъ же смыслѣ было разъясняемо это различіе неоднократно въ старой и новой нашей практикѣ.

Ужъ въ 1846 г. государственный совѣтъ по дѣлу о Михайлѣ Сосѣдовѣ, виновномъ въ нанесеніи своей дворовой женщинѣ побоевъ, отъ которыхъ она и умерла, въ мнѣніи своемъ, утвержденномъ 29 января 1847 [97]) нашелъ: «что преступленіе, опредѣленное въ 1464 ст., существенно отлично отъ предусмотрѣннаго въ 1490, какъ по свойству побоевъ или истязаній, такъ и по намѣренію виновнаго. 1464 статья (какъ это видно еще яснѣе изъ алфавитнаго къ уложенію указателя [къ изд. 1845] слово—побои) опредѣляетъ наказаніе за нанесеніе побоевъ не тяжкихъ и такого рода, что они *не могли угрожать опасностью жизни*, хотя и причинили смерть, тогда какъ въ ст. 1490 назначено наказаніе за причиненіе побоевъ тяжкихъ, подвергающихъ жизнь опасности, когда послѣдствіемъ оныхъ будетъ смерть, хотя также безъ умысла на убійство [98]).

Тоже самое повторилъ онъ по дѣлу княгини Трубецкой, обвиняемой въ нанесеніи побоевъ своему дворовому человѣку, кончившихся смертью (утверждено 16 ноября 1849). Государственный совѣтъ указалъ, что «ст. 1464 имѣетъ въ виду такія насилія и

---

[97]) Сборникъ мнѣній государственнаго совѣта, стр. 177.

[98]) Это дѣло было распубликовано по всѣмъ судебнымъ мѣстамъ циркуляромъ министра юстиціи отъ 29 августа 1846. Подсудимый Сосѣдовъ обвинялся въ томъ, что, не получая отъ своей крѣпостной женщины согласія на прелюбодѣяніе, наносилъ ей неоднократные побои, билъ полѣномъ по груди и по спинѣ и переломилъ нѣсколько реберъ. По медицинскому свидѣтельству эти побои, при расположеніи пострадавшей къ водяной болѣзни, были прямою причиною смерти. Судебныя мѣста подводили это преступленіе подъ ст. 1455. Министръ юстиціи, какъ и государственный совѣтъ, не находя въ данномъ случаѣ умысла на убійство, гораздо правильнѣе примѣнилъ здѣсь ст. 1490, но не смотря на это разъясненіе наша старая практика безразлично примѣняла статьи 1464 и 1490. Такъ, правительствующій сенатъ по дѣлу Михайловскаго (сборникъ № 1256), признавая, что имъ были нанесены сильные ушибы въ голову и спину, бывшіе причиною смерти крестьянки Рубановой, приговорилъ его по 1464 ст. Тоже самое сдѣлалъ сенатъ, № 1258, по дѣлу о смерти однодворца Лозицкаго; онъ даже и не входилъ въ разсмотрѣніе вопроса о свойствѣ побоевъ.

побои, которые по всей вѣроятности не могли подвергнуть жизнь опасности и только по стеченію особенныхъ обстоятельствъ причинили смерть, что иногда можетъ произойти и отъ одного удара, нанесеннаго случайно на нѣжную или больную часть тѣла». [99]) Т. е., другими словами, ст. 1464 можетъ быть примѣняема въ тѣхъ случаяхъ, когда смерть будетъ непредвидѣннымъ результатомъ побоевъ, указанныхъ въ 1533, 1534 ст. уложенія и ст. 133 и 142 мир. устава [100]).

85. Но и этимъ различіемъ характера побоевъ, бывшихъ причиною смерти, не исчерпывается вопросъ о разграниченіи статей, мною разсматриваемыхъ. Если раздѣлительною чертою признаемъ опасность побоевъ для жизни, то затѣмъ спрашивается, достаточно ли для этого только *факта* нанесенія опасныхъ для жизни побоевъ, или необходима наличность *умысла* на ихъ нанесеніе; другими словами, заключается ли различіе въ объективномъ свойствѣ самыхъ побоевъ, или же въ преступномъ намѣреніи лица, ихъ наносившаго. Нельзя не сознаться, что трудность даннаго вопроса происходитъ отъ коренной ошибки уложенія по отношенію ко всему его ученію о побояхъ. Побои, какъ я указывалъ, были раздѣлены въ уложеніи 1845 г. на двѣ группы, изъ которыхъ одна отнесена въ разрядъ преступленій противъ чести, а другая—противъ здоровья; но гранью, ихъ разграничивающею, было поставлено не намѣреніе учинить обиду или, наоборотъ, матеріальное зло, страданіе, а признакъ, чисто объективный. Для примѣненія ст. 1489 должна была быть доказана опасность побоевъ для жизни, и если виновный избилъ жестоко другого, безъ всякаго намѣренія оскорбить или унизить, а просто изъ желанія причинить ему боль, страданіе, то онъ всетаки отвѣчалъ за обиду дѣйствіемъ. Поэтому и вопросъ, разсматриваемый нами, разрѣшался такимъ образомъ.

А, съ цѣлью *опозорить* Б, публично, при большомъ собраніи, велѣлъ раздѣть его и отодрать палками или розгами. Приказаніе было выполнено съ такою жестокостью, что побои оказались грозящими опасностью жизни, и Б дѣйствительно умеръ. А отвѣчаетъ по ст. 1490.

А, съ цѣлью *отмстить* Б и оставить въ немъ долгую память

[99]) Сборникъ мнѣній государственнаго совѣта, стр. 165.

[100]) Эти соображенія повторены и приняты кассаціоннымъ департаментомъ по дѣлу Озерова, 1868 № 403.

по себѣ, напалъ на него одинъ на одинъ въ уединенномъ мѣстѣ и избилъ его, хотя и жестоко, но однако такъ, что побои не имѣли сами по себѣ смертельнаго характера, а только стеченіе особенныхъ обстоятельствъ было причиною того, что въ данномъ случаѣ эти побои причинили смерть. А отвѣчаетъ по ст. 1464.

Правда, что въ этомъ случаѣ огромное различіе наказанія по этимъ двумъ статьямъ оказывается не раціональнымъ, и самыя разсужденія государственнаго совѣта—неполными и не вполнѣ вѣрными, но причина этого заключается въ самой невѣрности дѣленія побоевъ въ уложеніи, и всякое другое толкованіе касательно разграниченія статей было бы насиліемъ ихъ буквальному тексту, а съ другой стороны, даже сдѣлало бы почти непримѣнимою ст. 1490. Какъ въ самомъ дѣлѣ доказать, что виновный имѣлъ намѣреніе причинить не только тяжкіе побои, но побои, грозящіе опасностью жизни? а если послѣднее намѣреніе будетъ констатировано, то чѣмъ отличить его отъ намѣренія лишить жизни?

Но вопросъ по существу не измѣнился и въ уложеніи 1866 Редакція ст. 1489 и 1533 осталась безъ перемѣны, и та и другая говорятъ о нанесеніи побоевъ съ умысломъ, и различаются только степенью тяжести этихъ побоевъ. Вопросъ только нѣсколько осложнился тѣмъ, что легкіе побои распались на два вида: указанные въ ст. 133 и 142 м. у. Но для насъ это различіе не имѣетъ значенія, потому что и въ томъ и другомъ случаѣ примѣняется ст. 1464.

Итакъ и въ уложеніи, нынѣ дѣйствующемъ, *различіе между ст. 1464 и 1490 опредѣляется не характеромъ намѣренія виновнаго, а качествомъ побоевъ, ихъ опасностью для жизни.* Въ этомъ смыслѣ высказался и кассаціонный департаментъ по дѣлу Озерова, 1868 № 403 п. 5,

«Все вышеизложенное приводитъ къ заключенію, что если побои были такого рода, что не подвергали жизнь опасности, но случайно и непредвидимо отъ нихъ послѣдовала смерть, то наказаніе должно быть назначено по 1464 ст., какъ за ненамѣренное причиненіе смерти; если же были нанесены побои, подвергающіе жизнь опасности, то наказаніе должно быть опредѣлено по 1489 или по 1490 ст., смотря потому какія послѣдствія имѣли эти побои; причемъ въ томъ и другомъ случаѣ *должно быть доказано, что побои нанесены умышленно.*» [1]).

[1]) Уклончивость, такъ сказать, этого рѣшенія кассаціоннаго департамен-

59. Но что означаетъ это послѣднее добавленіе? По смыслу сенатскаго рѣшенія, мною приведеннаго, видно, что въ этихъ словахъ сенатъ хотѣлъ указать согласно съ текстомъ 1464 и 1490 ст., что побои, насильственныя дѣйствія, должны быть учинены не по неосторожности, а умышленно. Но *могутъ ли быть нанесены неумышленные побои?* Отвѣтъ на это, вполнѣ справедливый, даетъ самъ же кассаціонный департаментъ, въ другомъ своемъ рѣшеніи по дѣлу Руднева, 1868 г. № 430 [2]).

«Законъ различаетъ умышленность побоевъ отъ умысла причинить ими увѣчья или тяжкія раны. Можно наносить побои безъ прямого намѣренія причинить увѣчья или раны, но нельзя наносить побои какому либо лицу, безъ намѣренія его побить. Если въ законахъ, опредѣляющихъ наказаніе за нанесеніе побоевъ (ст. 1489, 1533), упоминается объ умыслѣ, то единственно въ тѣхъ видахъ, чтобы не подвергнуть незаслуженному наказанію, во 1-хъ, такое лицо, которое, по состоянію въ то время его умственныхъ способностей, не могло имѣть понятія о свойствѣ своего дѣянія или не сознавало его, и 2-хъ, такое лицо, которое по случайной ошибкѣ находилось въ невѣдѣніи, что наносимые имъ удары падаютъ на живое лицо, а не на какой-либо иной предметъ. Но, за исключеніемъ этихъ случаевъ, нанесеніе побоевъ необходимо предполагаетъ намѣреніе или умыселъ, почему законъ предусматриваетъ ненамѣренное причиненіе увѣчья, ранъ или поврежденій въ здоровьѣ только посредствомъ неосторожныхъ дѣйствій или какой-либо случайности, а отнюдь не посредствомъ побоевъ (ст. 1494, 1495)» [2]).

та была причиною, напр., того, что г. Шрейберъ, в. с. стр. 204, формулируетъ его такимъ образомъ, какъ-будто сенатъ требуетъ наличности умысла на нанесеніе тяжкихъ поврежденій.

[2]) Рудневъ былъ признанъ виновнымъ присяжными въ нанесеніи побоевъ по предварительному подговору, но безъ умысла, и воронежскій окружный судъ, вмѣсто того чтобы возвратить присяжныхъ къ новому совѣщанію, опредѣлилъ: что хотя случаи нанесенія *тяжкихъ побоевъ* съ *увѣчьями*, когда не только увѣчья, но и самые побои нанесены *безъ умысла*, есть преступленіе, въ законѣ не предвидѣнное, но *согласно ст. 151* приговорилъ его къ наказанію за причиненіе увѣчья хотя и *умышленно*, но безъ обдуманнаго намѣренія, а въ запальчивости и раздраженіи (ст. 1480). См. также сборникъ рѣшеній правительствующаго сената т. II, ч. IV, № 1226.

[2]) Послѣдняя фраза, совершенно невѣрная по содержанію и не имѣющая никакого юридическаго смысла, очевидно есть одна изъ крупныхъ опечатокъ,

60. Такъ какъ преступленіе, предвидѣнное 1464 и 1490 статьями, по размѣрамъ положеннаго за него наказанія, подлежитъ вѣдѣнію присяжныхъ, то разумѣется *признакъ, опредѣляющій различіе между этими видами, долженъ быть констатированъ въ ихъ рѣшеніи.* Поэтому вопросы, предлагаемые имъ, могутъ быть таковы:

Виновенъ ли подсудимый въ причиненіи такому-то тяжкихъ, подвергающихъ жизнь его опасности, побоевъ, истязаній или мученій? (смотря потому, какія изъ этихъ формъ будутъ въ наличности).

Если виновенъ, то не были ли эти побои причиною смерти?

Такъ какъ я не разъ указывалъ, что констатированіе причинной связи есть вопросъ факта, подлежащій утвержденію присяжныхъ.

Эвентуально же можетъ быть поставленъ вопросъ по ст. 1464.

Если не виновенъ по первому вопросу, то не виновенъ ли въ причиненіи такому-то побоевъ, или насильственныхъ дѣйствій, хотя и не подвергавшихъ опасности жизнь?

Если виновенъ, то не были ли эти побои причиною смерти?

Или же, имѣя въ виду, что оба преступленія, о которыхъ идетъ рѣчь въ ст. 1464 и 1490, являются видовыми понятіями, система вопросовъ можетъ быть упрощена такимъ образомъ:

1-й вопросъ. Виновенъ ли подсудимый въ нанесеніи такому-то побоевъ или иныхъ насильственныхъ дѣйствій?

2-й вопросъ. Если виновенъ, то не были ли эти побои тяжіе угрожающіе опасностью жизни?

3-й вопросъ. Если виновенъ по первому или второму вопросу, то не произошла ли отъ его дѣйствій смерть такого-то?

Но, какъ можно видѣть, при редактированіи этихъ вопросовъ

къ сожалѣнію такъ часто встрѣчающихся въ кассаціонныхъ рѣшеніяхъ 1868 и 1869 годовъ. Сенатъ хотѣлъ сказать, что въ ст. 1494 и 1495 законъ говоритъ о неосторожномъ причиненіи увѣчья, ранъ или иныхъ поврежденій въ здоровьѣ, но не упоминаетъ о неосторожномъ причиненіи побоевъ. Но дальнѣйшее его замѣчаніе (въ концѣ рѣшенія), что ст. 1480 предусматриваетъ причиненіе увѣчья или обезображенія *не побоями*, а иными насильственными дѣйствіями—положительно невѣрно. Дѣло здѣсь въ умыслѣ, а не въ средствахъ дѣйствія, побои могутъ быть какъ средствомъ совершенія убійства (ст. 1465), такъ и средствомъ причиненія увѣчья (1480). Если А въ раздраженіи на Б желаетъ лишить его зрѣнія и наноситъ ему тяжіе побои хлыстомъ по глазамъ, то, разумѣется, онъ отвѣчаетъ по 1480 статьѣ·

я опускалъ одинъ изъ признаковъ, указанныхъ въ ст. 1464 и и 1490, а именно наличность умысла.

Долженъ ли быть введенъ этотъ признакъ въ вопросы, ставимые присяжнымъ. На основаніи 760 ст. у. у. с. вопросы должны быть поставляемы по всѣмъ существеннымъ признакамъ преступленія, и опущеніе какого-либо существеннаго признака уничтожаетъ для суда возможность признать необходимое соотвѣтствіе между обстоятельствами даннаго дѣла и ихъ законною квалификаціею. Но относится ли умыселъ къ существеннымъ признакамъ преступленія, разсматриваемаго мною? Изъ всѣхъ предшествовавшихъ разсужденій легко можно вывести отрицательный отвѣтъ. Умыселъ можетъ быть включенъ въ вопросъ, во 1-хъ, для того, чтобы отличить данное дѣйствіе отъ неосторожнаго причиненія вреда, но въ данномъ случаѣ, какъ справедливо указалъ и кассаціонный департаментъ, побои по неосторожности не мыслимы, а потому и *вопросъ объ умыслѣ излишенъ*. Причемъ, разумѣется, вовсе не исключается возможность безсознательнаго нанесенія побоевъ, но тогда вопросъ долженъ быть поставленъ о невмѣняемости, а не о неосторожности. Во 2-хъ, понятіе объ умыслѣ могло быть спеціально внесено въ вопросъ, ставимый по ст. 1490, если-бы различіе между ею и ст. 1464 заключалось въ характерѣ умысла, а не въ качествѣ самыхъ побоевъ [1]).

[1]) Внесеніе въ этихъ случаяхъ понятія умышленности въ вопросы присяжнымъ можетъ повести къ серьезнымъ недоумѣніямъ и не правильностямъ. По извѣстному дѣлу Вереитинова (С. В., 1866 №№ 62, 63) судъ, постановивъ 1-й вопросъ о нанесеніи тяжкихъ, смертельныхъ побоевъ, прибавилъ къ этому 2-й вопросъ: если виновенъ, то дѣйствовалъ ли съ умысломъ причинить тяжкіе побои и истязанія, а затѣмъ 3-й по ст. 1464. Присяжные отвѣчали утвердительно на 1-й и отрицательно на 2-й и 3-й. Такимъ образомъ Вереитиновъ оказался виновнымъ въ нанесеніи тяжкихъ побоевъ, но безъ умысла причинить тяжкіе побои, и судъ, не находя соотвѣтствующей статьи, примѣнялся къ 151 ст. уложенія, примѣнилъ ст. 1464, не смотря на то, что присяжные дали на 3-й вопросъ отрицательный отвѣтъ, и что для примѣненія ст. 1464, какъ и 1490 *одинаково* требуется наличность умысла. Очевидно, что судъ разсматривалъ, что въ данномъ случаѣ присяжные отрицали только умыселъ на нанесеніе тяжкихъ побоевъ, а не побоевъ вообще (см. резолюцію суда, С. В. 1868, № 78.) Въ руководящей статьѣ Судебнаго Вѣстника, 1866 № 96, была справедливо указана юридическая несостоятельность этого рѣшенія, и то, что причину его нужно искать въ неправильной постановкѣ вопросовъ; но поправка, въ этой статьѣ предлагаемая, также ошибочна и привела бы къ тѣмъ же результатамъ, къ какимъ пришелъ и судъ. Корень ошибки Суд. В. видитъ въ томъ, что условіе умышленности было выдѣлено *въ особый* вопросъ, а не заключалось въ главномъ, какъ *существенное* условіе этого преступленія. Но онъ забываетъ, что на основаніи ст. 811 и 812 у. у. с. присяжные могли не ограничиться голымъ отрицаніемъ или утвержденіемъ, а дать такой отвѣтъ: да, виновенъ въ нанесеніи тяжкихъ, опасныхъ для жизни побоевъ, не безъ умысла причинить ихъ,—и положеніе суда было бы тоже самое, ошибка могла быть исправлена или полнымъ исключеніемъ изъ вопросовъ понятія умысла, на основаніи соображеній указанныхъ въ текстѣ, или же разъясненіемъ предсѣдателя, что нанесеніе *побоевъ* можетъ быть только умышленное и возвращеніемъ присяжныхъ къ новому совѣщанію за противорѣчіемъ ихъ рѣшенія. Касс. рѣшеніе 1867, № 135, 605; 1868, № 430. Нельзя впрочемъ не сказать, что въ практикѣ кассаціоннаго суда есть рѣшеніе, дающее право сдѣлать выводы, противоположные тѣмъ, которые сдѣланы въ текстѣ. Это именно рѣшеніе по дѣлу Никифирова, 1867 № 473. Присяжные признали подсудимаго виновнымъ въ томъ, что онъ нанесъ крестьянину Семенову побои тяжкіе, сопровождавшіеся смертью, но при этомъ прибавили, что побои нанесены безъ предумышленія; судъ приговорилъ виновнаго по 1490 ст. Его рѣшеніе было кассировано на томъ основаніи, что вопросъ объ умыслѣ оставленъ присяжными безъ разрѣшенія, а отсутствіе предумышленности могло быть какъ при внезапномъ умыслѣ, такъ и при отсутствіи всякаго умысла, и что поэтому окружный судъ при постановленіи приговора не объяснилъ, обвиняются ли подсудимые въ нанесеніи побоевъ съ умысломъ или безъ онаго, и приговорилъ къ наказанію за причиненіе съ умысломъ тяжкихъ побоевъ. Если мы обратимъ вниманіе на рѣшеніе 1868 № 430, то окажется, что для суда было достаточно, что присяжные признали виновнымъ въ нанесеніи *побоевъ*, которые безъ умысла нанесены быть не могутъ, и отрицаніе предумышленности не исключаетъ, разумѣется, возможности примѣненія ст. 1490. Въ данномъ случаѣ была неправильность, достаточная для кассированія, но она заключалась въ томъ, что присяжные признали подсудимыхъ виновными въ нанесеніи тяжкихъ побоевъ, но не указали, чтобы эти побои грозили опасностью жизни, а причиненіе побоевъ тяжкихъ, сопровождавшихся смертью, подходитъ и подъ ст. 1464.

Но въ ст. 1464 законъ предвидитъ не одно только нанесеніе побоевъ, а всякихъ насильственныхъ дѣйствій,—предвидитъ, слѣдовательно, тѣ случаи, когда смерть послѣдовала отъ удара, пинка, толчка и т. п. Очевидно, что въ подобныхъ случаяхъ отъ правила мною указаннаго должно быть сдѣлано отступленіе. Если побои, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, причиненные человѣкомъ, находящимся въ состояніи вмѣняемости, могутъ быть нанесены только умышленно, то другія насильственныя дѣйствія могутъ быть причинены безъ намѣренія, по неосторожности, а тогда лишеніе жизни подлежитъ отвѣтственности по 1468 или 1466, но не по 1464 статьѣ.

Поэтому въ подобныхъ случаяхъ вопросъ долженъ быть поставленъ такъ:

Виновенъ ли подсудимый въ томъ, что нанесъ не по неосторожности, а съ намѣреніемъ, хотя и безъ умысла на убійство, какія-либо насильственныя дѣйствія, отъ которыхъ произошла смерть?

Присемъ я считаю необходимымъ напомнить указанія, сдѣланныя мною выше (№ 28), что подъ намѣреніемъ причинить насильственное дѣйствіе, о которомъ говорится въ ст. 1464, нельзя понимать *всякое* сознаваемое и волимое насиліе другому, но только насиліе сдѣланное съ намѣреніемъ вредить или посягнуть на какія-либо права другого. Потрепать по плечу, повалить въ борьбѣ подъ ножку, загнуть калачъ—суть насильственныя дѣйствія, но лишеніе жизни, бывшее ихъ результатомъ, подлежитъ наказанію по 1466 или 1468, но не по 1464 статьѣ.

61. Таковы общія положенія о примѣненіи и разграниченіи ст. 1464 и 1490. Намъ нужно затѣмъ войти въ разсмотрѣніе нѣкоторыхъ спеціальныхъ условій примѣненія каждой изъ этихъ статей.

А. Что касаетя до ст. 1490, то, какъ я уже замѣтилъ, тяжесть наказаній, налагаемыхъ ст. 1490, сравнительно съ 1464, при случайномъ характерѣ раздѣляющаго ихъ признака, не находитъ себѣ достаточно оправданій; но тоже самое нужно сказать и по сравненію ст. 1490 съ разсмотрѣнною нами и близко подходящею къ ней статьею 1484. *Обыкновенно уложеніе* при различныхъ видахъ поврежденій здоровья не только *отличаетъ* умышленность отъ неосторожности, но и оттѣняетъ *умыселъ, обдуманный заранѣе и внезапный*, но *оно отступаетъ отъ этого правила, говоря о побояхъ*. Поэтому подъ дѣйствіе ст. 1490 подойдутъ и случаи лишенія жизни, бывшіе непредвидѣннымъ результатомъ побоевъ тяжкихъ, подвергающихъ жизнь опасности и нанесенныхъ по обдуманному заранѣе намѣренію, также какъ и побоевъ, причиненныхъ подъ вліяніемъ раздраженія и запальчивости, какъ это положительно указано въ самомъ текстѣ ст. 1489; такъ что при дѣяніяхъ этого рода предумышленность можетъ быть признаваема, согласно ст. 105, только причиною опредѣленія высшей мѣры наказанія, а запальчивость и раздраженіе, на основаніи 5 п. ст. 134, напротивъ, причиною снисхожденія въ размѣрахъ, указанныхъ ст. 135 ул.

Въ этомъ именно смыслѣ и былъ разрѣшенъ этотъ вопросъ кассаціонномъ департаментомъ по дѣлу крестьянина Шавкина 1868 года за № 747.

Крестьянинъ Шавкинъ рѣшеніемъ присяжныхъ былъ признанъ виновнымъ въ томъ, что умышленно нанесъ крестьянину Наумову тяжкіе побои, подвергавшіе опасности его жизнь, которые и были причиною его смерти, и что при этомъ онъ дѣйствовалъ въ запальчивости и раздраженіи. Калужскій окружный судъ, на основаніи этого рѣшенія, приговорилъ его по 2 ч. 1484 ст., какъ за причиненіе въ запальчивости ранъ или увѣчья, сопровождавшихся смертью. Сенатъ кассировалъ это рѣшеніе, опираясь на слѣдующія соображенія: что по закону различаются въ преступленіяхъ умыселъ обдуманный и внезапный, что запальчивоотъ и раздраженіе только въ нѣкоторыхъ, *спеціально* указанныхъ случаяхъ имѣетъ особое значеніе, а въ остальныхъ случаяхъ только составляетъ смягчающее вину обстоятельство, и что поэтому наказаніе по ст. 1489 должно быть примѣнено и тогда, когда дѣяніе совершено, хотя въ запальчивости и раздраженіи, но умышленно. Употребленное въ этой статьѣ выраженіе «съ умысломъ», а не «по внезапному побужденію» соотвѣтствуетъ свойству преступленія, которое совершается не иначе, какъ съ намѣреніемъ (бить кого-либо), и указываетъ на то, что побои должны быть признаны нанесенными сознательно; въ этихъ случаяхъ преступленіе, на учиненіе котораго требуется нѣкоторое время, предполагается совершеннымъ въ болѣе спокойномъ, нежели раздраженномъ состояніи, вслѣдствіе чего, безъ сомнѣнія, законъ и не упоминаетъ о запальчивости и раздраженіи» [5]).

Дѣйствительно, толкованіе, данное судомъ ст. 1484 и 1489, совершенно не вѣрно, но за то именно этотъ случай указываетъ на всю несостоятельность постановленій нашего уложенія о преступленіяхъ противъ здоровья. Судъ въ донесеніи своемъ сенату ссылается въ свое оправданіе на то, что подобное безразличіе характера умысла при побояхъ приводитъ къ тому, что виновный въ нанесеніи однихъ побоевъ подлежалъ къ ссылкѣ въ каторжную работу, а еслибы присемъ нанесъ раны и увѣчья, то судъ имѣлъ бы право назначить ему наказаніе исправительное. Правда, что

[5]) А въ рѣшеніи 1869 г. за № 562 кассаціонный департаментъ не только объяснилъ, но и пытался, хотя и весьма неудачно, оправдать эту особенность статьи 1490. Онъ указалъ, «что законъ нашъ, признавая возможность запальчивости и раздраженія при причиненіи увѣчья или ранъ, отвергаетъ запальчивости и раздраженія при причиненіи увѣчья или ранъ, отвергаетъ ее въ случаѣ нанесенія тяжкихъ побоевъ, которые самою своею продолжительностью даютъ нанесящему ихъ время опомниться». См. также Лохвицкій, Курсъ, стр. 553.

самое мотивированіе представляется неудачнымъ, такъ какъ при условіяхъ, указанныхъ судомъ, должна была бы быть всетаки примѣняема ст. 1490 въ 1-й ея части; но судъ могъ бы сослаться на другой аргументъ, что въ силу несообразности наказанія, предлагаемаго ст. 1489, уже и прежде министромъ юстиціи было дано толкованіе, сходное съ вышеприведеннымъ толкованіемъ суда.

Это мнѣніе дано было по дѣлу крестьянина Ульянова (Ж. М. Ю. 1864).

Ульяновъ обвиняется въ нанесеніи 15 января 1862 г. крестьянину Бугрову полѣномъ побоевъ тяжкихъ, угрожавшихъ опасностью жизни и сопровождавшихся смертью Бугрова, но нанесенныхъ безъ обдуманнаго заранѣе намѣренія. По разсмотрѣніи этого дѣла въ 1864 году въ общемъ собраніи 4, 5 и межевого департаментовъ правительствующаго сената, гдѣ 13 особъ находили возможнымъ обвинить его въ предумышленномъ нанесеніи побоевъ, указанныхъ въ 1489 и 1490 ст. улож., а 11 особъ предлагали оставить его въ подозрѣніи,—министръ юстиціи далъ такое предложеніе: что подсудимый изобличается въ нанесеніи *ранъ*, отъ которыхъ произошла смерть (хотя врачебная управа дала заключеніе, что онъ умеръ отъ побоевъ, причиненныхъ тупымъ орудіемъ, напримѣръ полѣномъ), что онъ сдѣлалъ это безъ обдуманнаго намѣренія, а потому къ его дѣйствію должна быть примѣнена 2 часть 1484 ст., съ чѣмъ 22 мая 1864 согласилось и общее собраніе [6]).

Очевидно, что въ этомъ случаѣ при помощи замѣны названія побоевъ ранами, министръ юстиціи допустилъ тоже смягченіе закона, какое имѣлъ въ виду и окружный судъ.

Б. Какъ указалъ я выше (№ 53), *ст. 1490 примѣняется* какъ въ томъ случаѣ, когда смерть произошла непосредственно отъ побоевъ, указанныхъ въ ст. 1489, такъ и *тогда, когда она была результатомъ увѣчья или ранъ, происшедшихъ отъ этихъ побоевъ* [7])

---

[6]) Таково же было, какъ кажется, мнѣніе и государственнаго совѣта Такъ по дѣлу Абдуткова (сборникъ, стр. 185), обвинявшагося въ томъ, что онъ билъ пинками и плетью свою дворовую дѣвку, и наконецъ, когда она встала на ноги, ударилъ еще въ голову большимъ и толстымъ желѣзнымъ ключемъ, отчего она и умерла, государственный совѣтъ, примѣняя къ данному дѣянію ст. 1490, разсуждалъ при этомъ, что въ семъ отношеніи *возникаетъ* одинъ только вопросъ: нанесены ли побои съ умысломъ или въ запальчивости и призналъ въ данномъ случаѣ предумышленность.

[7]) Мнѣніе государственнаго совѣта, по дѣлу Скачкова, сборникъ стр. 178.

В. Но статьи 1489 и 1490 говорятъ не объ однихъ побояхъ, а также и о нанесеніи истязаній и мученій; поэтому рождается вопросъ о томъ, относится ли основной признакъ этихъ статей, который мы до сихъ поръ разсматривали, именно опасность для жизни, ко всѣмъ этимъ случаямъ, или только къ побоямъ? Самое существо вопроса, какъ отчасти и грамматическій смыслъ статьи 1489, заставляютъ какъ бы принять первое предположеніе и признать, что въ этомъ случаѣ уложеніе говоритъ только о такихъ истязаніяхъ и мученіяхъ, которыя грозили опасностью жизни. Съ этой стороны совершенно вѣрно, говоритъ г. Лохвицкій въ своемъ курсѣ (стр. 548), что слова «иныхъ истязаній или мученій» связаны союзомъ «или» съ словомъ «побоевъ», являющихся вообще какъ бы однимъ изъ видовъ истязаній и мученій, которое стоитъ не одиноко, а съ придаточнымъ предложеніемъ «подвергающихъ жизнь опасности»: придаточное же предложеніе составляетъ, по правизамъ логики и грамматики, подобно простому прилагательному, съ тѣмъ существительнымъ, къ которому относится, одно нераздѣльное понятіе, какъ бы одно сложное слово. Во 2-хъ, было бы юридическою безсмыслицею за незначительное мученіе, какъ напр. за дранье за волосы или за уши, подвергать тому же тяжкому наказанію (ссылкѣ въ Сибирь на житье), которое установлено за побои величайшей важности.»

Но противъ этого толкованія представляются весьма серьезныя возраженія, выводимыя изъ другихъ статей уложенія. Во 1-хъ, во всѣхъ статьяхъ, относящихся къ обидѣ дѣйствіемъ, подъ которыя и могутъ быть только подводимы въ этихъ случаяхъ истязанія, нѣтъ ни слова, указывающаго на эти преступныя дѣйствія, и притомъ самое понятіе истязаній съ трудомъ можетъ быть согласовано съ понятіемъ обиды; а во 2-хъ, въ другихъ своихъ статьяхъ уложеніе, указывая на ст. 1489, употребляетъ выраженіе истязанія безъ всякихъ дальнѣйшихъ ограниченій.

Такимъ образомъ ст. 1542 постановляетъ:

«Когда самовольное лишеніе свободы было сопровождаемо истязаніями или иными мученіями, а равно если послѣдствіемъ онаго была тяжкая болѣзнь задержаннаго или заключеннаго, то виновный въ семъ подвергается: высшей мѣрѣ наказаній, опредѣленныхъ въ ст. 1489 за причиненіе истязаній или мученій съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ или умысломъ.»

Такъ что приходится признать, что ст. 1489 и 1490 имѣютъ

въ виду всякое истязаніе или мученіе [8]), и развѣ только съ тѣмъ ограниченіемъ, что въ виду сопоставленія истязаній и мученій съ тяжкою болѣзнію, съ тяжкими побоями, самое понятіе истязаній можетъ быть прилагаемо только къ такимъ дѣяніямъ, которыя причиняютъ болѣе или менѣе сильное и продолжительное страданіе.

Въ этомъ обширномъ смыслѣ разъяснилъ ст. 1489 и кассаціонный департаментъ по дѣлу Юдина, 1869 № 552 (также 1868 № 743). Онъ нашелъ, «что истязанія представляютъ особый родъ преступленій противъ личности, совершенно отличный отъ обидъ дѣйствіемъ, какъ по характеру преступленія, такъ и по степени отвѣтсвенности; что далѣе, самый вопросъ о томъ, необходимо ли для примѣненія ст. 1489, чтобы истязанія, причиненныя извѣстному лицу, подвергали жизнь истязуемаго опасности, долженъ быть разрѣшенъ отрицательно. Это доказывается во 1-хъ тѣмъ, что изъ одного уже грамматическаго смысла 1469 ст. нельзя не прійти къ убѣжденію, что слова «подвергающихъ жизнь опасности» относятся только къ побоямъ и не распространяются на предусмотрѣнныя въ этой статьѣ истязанія или мученія; это видно изъ употребленнаго въ ней слова «иныхъ», доказывающаго, что подвергающіе опасности жизнь побои приравниваются истязаніямъ и подвергаются одинаковой съ ними отвѣтственности (этотъ доводъ, впрочемъ, весьма шатокъ); во 2-хъ, говоря объ истязаніяхъ, какъ о самомъ преступленіи, или какъ объ обстоятельствѣ, особо увеличивающемъ вину при совершеніи другихъ преступленій, законъ нигдѣ не упоминаетъ объ истязаніяхъ, подвергающихъ опасности жизнь истязуемаго, и наконецъ въ 3-хъ, изъ сравненія ст. 1542 и 1489 видно, что по первой изъ нихъ истязанія и мученія, не подвергающія жизни опасности, при совершеніи упоминаемаго въ ней преступленія, приравниваются по послѣдствіямъ насильственнымъ дѣйствіямъ, предусмотрѣннымъ 1489 ст.»

Г. Наконецъ нельзя не замѣтить, что *наказаніе, назначенное*

[8]) Нельзя не прибавить, что во всякомъ случаѣ размѣры наказанія ст. 1489 будутъ несоразмѣрны, такъ какъ въ уложеніи же мы находимъ ст. 345 и 432, по которымъ за истязанія и мученія, употребленныя чиновникомъ при отправленіи своей должности, слѣдовательно при квалифицирующемъ обстоятельствѣ, можетъ быть назначена или тюрьма отъ 4—8, или смирительный домъ по 1 ст. 36 статьи, или ссылка на житье или арестанскія роты по 3 ст. 31-й статьи, ане одно послѣднесена казаніе по 1, 2, 3 ст. 31 ст., какъ въ 1489 ст.

въ ст. 1490, усиливается согласно ст. 1492 на 3 степени, когда дѣйствіе было учинено противъ отца или матери, и на 2, когда виновный посягнулъ на кого-либо изъ лицъ, перечисленныхъ въ ст. 1451. И при этомъ снова оказывается огромное различіе между ст. 1490 и 1464, такъ какъ въ послѣднемъ случаѣ особенныя отношенія, бывшія между жертвою и виновнымъ, не имѣютъ никакого особаго значенія, а вліяютъ только въ предѣлахъ 6. 129 ст. [9])

Д. Точно также возвышается наказаніе, и именно назначается всегда въ высшей мѣрѣ, если побои нанесены чиновникомъ или инымъ лицомъ, состоящимъ въ службѣ государственной или общественной, при отправленіи своей должности и безъ явной необходимости.

62. Что касается до ст. 1464, то, изъ сдѣланныхъ мною замѣчаній, можно видѣть, что *районъ ея примѣненія также весьма обширенъ*, что она соединяетъ въ себѣ цѣлый рядъ различныхъ дѣйствій, сопроваждающихся смертью—отъ нанесенія тяжкихъ побоевъ до незначительныхъ тычковъ и пинковъ, сдѣланныхъ только съ цѣлью оскорбить, унизить, и до самоуправныхъ насильственныхъ дѣйствій, неожиданно имѣвшихъ смертельныя послѣдствія.

Далѣе, подобно ст. 1490 и статья 1464 требуетъ только намѣренности, умышленности, но также не различаетъ степени умышленности, такъ что *подъ нее одинаково подойдутъ и совершеніе поступковъ заранѣе обдуманныхъ*, и *дѣйствія, предпринятыя въ запальчивости и раздраженіи*. Но, впрочемъ, здѣсь этотъ недостатокъ смягчается незначительнымъ размѣромъ наказанія, положеннаго за это преступленіе, а главное обширнымъ произволомъ, предоставленнымъ по ст. 1464 суду при опредѣленіи мѣры наказанія.

По поводу этого послѣдняго пункта я считаю нелишнимъ сдѣлать нѣсколько замѣчаній. Наше уложеніе, какъ давно уже извѣстно, все покоится на системѣ полнаго недовѣрія къ судьямъ, не предполагая въ нихъ, и не безъ основаній, юридическихъ познаній, законъ старался по возможности стѣснить свободу ихъ дѣйствій и тѣсно очертить рамки, въ которыхъ могутъ они двигаться. Но какъ я имѣлъ уже случай неоднократно указать, насколько состоятельна оказалась эта попытка и вытекающая отсюда казуистичность уложенія, а въ настоящее время и самый прин-

[9]) Постановленія ст. 1492 повторяются въ спеціальной статьѣ 1583.

ципъ, на которомъ покоилась эта система, окончательно подорванъ: недовѣріе къ суду и нашъ новый уставъ уголовнаго судопроизводства—это два понятія несовмѣстныя. Поэтому, если мы встрѣчаемъ въ уложеніи статьи, подобно 1464, совершенно противопожнаго характера, въ которыхъ разнообразію дѣйствій, ими охватываемыхъ, соотвѣтствуетъ и разнообразіе наказаній, предоставленныхъ выбору судьи, то съ теоретической точки зрѣнія противъ нихъ возраженій сдѣлано быть не можетъ. Принципъ индивидуализированія наказанія, возможно полнаго соотвѣтствія его размѣровъ и характера съ обстоятельствами даннаго конкретнаго дѣянія, получаетъ все большее и большее значеніе въ теоріи права уголовнаго. Въ настоящемъ случаѣ я хочу только указать на несоотвѣтствіе той формы, въ которой выражается этотъ принципъ въ уложеніи, съ другимъ началомъ принятымъ уставомъ, именно съ правомъ присяжныхъ по совѣсти и убѣжденію признавать подсудимаго заслуживающимъ снисхожденія, такъ какъ въ дѣйствительности, при случаяхъ этого рода, это право обращается въ нуль. Наказаніе по ст. 1464 назначается по 1-й или 2-й степени 36 ст., которыя обнимаются 1 пунктомъ санкціи 1464 ст., или же по 2 степени 38 ст. Комбинируя эти постановленія съ правомъ суда смягчать наказанія на 1 или 2 ст. по статьѣ 827 у. у. с., когда подсудимый признанъ присяжными заслуживающимъ снисхожденія, или по ст. 774, когда присяжные и подобнаго признанія не сдѣлали [10]), мы получимъ слѣдующую рамку дѣятельности суда: если онъ беретъ за базисъ высшую мѣру, т. е. отъ 1 г. 4 м. — 2 лѣтъ смир. д., то можетъ быть назначено: смир. д. отъ 8 м. — 1 г. 4 м., или отъ 4 — 8 мѣсяцевъ; если онъ выберетъ среднюю мѣру, смир. д. отъ 8 м.—1 ч. 4 м., то—смир. 9 отъ 4—8 м. или отъ 2—4 мѣс.; или же наконецъ, если онъ возьметъ за основаніе низшую мѣру—тюрьму 4—8 мѣс. и назначитъ или тюрьму 2—4, или же арестъ отъ 3 недѣль до 3 мѣсяцевъ. Такимъ образомъ, предѣлы судейской дѣятельности ограничиваются, съ одной стороны, высшею степенью 36, а, съ другой, высшею мѣрою 39 статьи, и легко можетъ случиться, что виновный, признанный присяжными заслуживающимъ снисхожденія, будетъ приговоренъ къ смирительному дому отъ 8 м.—1 г. 4 м., а лишенный снисхожденія—къ аресту [11]а).

[10]) Согласно цѣлому ряду рѣшеній кассаціоннаго департамента: 1867 № 611 по дѣлу Лашкова; 1868 № 247,—съ правильностью которыхъ впрочемъ согласиться, какъ мнѣ кажется, нельзя, такъ какъ это толкованіе противорѣчитъ духу судебныхъ уставовъ.

63. Другой разрядъ случаевъ непредвидѣннаго лишенія жизни при совершеніи какого-либо преступленія указываетъ ст. 1459.

«Кто при содѣяніи какого-либо, соединеннаго съ насильственными дѣйствіями преступленія, каковы суть возстаніе противъ установленныхъ правительствомъ властей, сопротивленіе онымъ, взломъ тюремъ, освобожденіе преступниковъ, насильственное завладѣніе чужою собственностью и т. п., учинитъ убійство, хохя и безъ прямого на оное намѣренія, тотъ за сіе подвергается:

лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ каторжную работу отъ 8—12 лѣтъ.

Но если за преступленіе, при содѣяніи коего совершено убійство, опредѣлено законами наказаніе, строже означеннаго, то виновный въ ономъ приговаривается:

къ самой высшей мѣрѣ наказанія за то преступленіе положенаго, на основаніи правилъ, постановленныхъ о совокупности преступленій въ ст. 152 сего уложенія.» [11]б)

Причемъ эта статья представляется только повтореніемъ болѣе общей статьи 109 уложенія и самая причина существованія статьи 1459 объяснялась редакторами уложенія тѣмъ, «что убійство особенно важно и для избѣжанія повторенія при опредѣленіи наказаній за преступленія, съ коими можетъ быть соединено убійство въ оной сдѣланы указанія на главные сего рода случаи.»

Но надежды редакторовъ избѣжать созданіемъ 1459 статьи излишнихъ повтореній оказались невѣрными; не говоря уже о статьяхъ только что мною разсмотрѣнныхъ, которыя по существу своему являются однимъ изъ видовъ неосторожнаго лишенія жизни, о которомъ говоритъ ст. 1459, *мы встрѣтимъ массу другихъ статей, трактующихъ о томъ же предметѣ* съ небольшими варіаціями.

[11] а) Доказательства того, что признаніе заслуживающимъ снисхожденія присяжными не имѣетъ никакого значенія, мы легко можемъ найти въ нашей практикѣ: Такимъ образомъ *признанные* заслуживающими снисхожденія приговорены: Веретиновъ (с. в. 1866 № 78) на 1 г. 4 м. смир. дома; Мейеръ (с. в. 1867 № 226) къ аресту на 3 недѣли; Князевъ (с. в. 1867 № 239) въ тюрьму на 3 мѣсяца.

[11] б) Новая редакція статьи 1459, внеся въ нее новый видъ умышленнаго убійства, соединеннаго съ другимъ преступленіемъ, оставила ту часть, которая приведена въ текстѣ, безъ перемѣны.

Такимъ образомъ сюда относятся:

Ст. 1461, часть 3-я. Если отъ учиненнаго, безъ вѣдома и согласія беременной женщины, умышленнаго изгнанія ея плода, послѣдуетъ смерть беременной, то виновный подлежитъ каторжной работѣ въ крѣпостяхъ отъ 8—10 лѣтъ.

Ст. 1527. Когда смерть была послѣдствіемъ изнасилованія, то виновный наказывается каторгою, отъ 10—12 лѣтъ, но если изнасилованіе было соединено съ растлѣніемъ и притомъ совершено надъ дѣвушкою моложе 14 лѣтъ (ст. 1523), то должна быть примѣнена 2 часть 1459, т. е. должно быть назначено наказаніе по правиламъ о совокупности [12]).

Ст. 1543. Если послѣдствіемъ лишенія свободы была смерть заключеннаго или задержаннаго—каторга отъ 8—10.

Ст. 1634. Когда разбой былъ соединенъ съ смертоубійствомъ, хотя и безъ прямого на то намѣренія, или съ покушеніемъ на убійство—каторга отъ 8—12 лѣтъ [13]).

Такъ что все различіе въ данномъ случаѣ состоитъ только въ незначительныхъ измѣненіяхъ размѣровъ уголовной санкціи.

Но кромѣ того ст. 1459 не только не замѣняетъ собою всѣхъ постановленій этого рода, но *по формѣ своей редакціи даже и не можетъ имѣть надлежащей полноты.* По мѣсту, занимаемому ею, среди другихъ постановленій о неосторожномъ лишеніи жизни она должна охватывать собою *всѣ* тѣ случаи, гдѣ смерть была непредвидѣннымъ послѣдствіемъ посягательства на право и безопасность частнаго лица или цѣлаго общества, если только не существуетъ объ этомъ какихъ-либо спеціальныхъ постановленій. Но 1459 ст. говоритъ только о преступленіяхъ, соединенныхъ съ насильственными дѣйствіями, а между тѣмъ могутъ встрѣтиться, хотя и рѣдко, случаи и не подходящіе подъ подобное опредѣленіе. Представимъ себѣ напр., что воръ, задумавшій обокрасть кого-либо, наряжается мертвецомъ или чортомъ и выполняетъ это такъ, что послѣдствіемъ, хотя и неожиданнымъ, его дѣйствій будетъ смерть напуганнаго хозяина вещи. Подъ 1466 ст. подобное дѣйствіе, разумѣется, не подходитъ, но въ тоже время оно не

[12]) Сюда же относится случай, указанный въ 1596 статьѣ, когда изнасилованіе соединено съ кровосмѣшеніемъ. Главное затрудненіе, возникающее при этомъ: какъ комбинировать наказаніе, указанное напр. въ 1593 и въ 1459, когда придется примѣнить ст. 152.

[13]) См. подробное объ этомъ вопросѣ далѣе въ главѣ второй.

можетъ быть названо преступленіемъ, соединеннымъ съ насильственными дѣйствіями, такъ что, входя по духу ст. 1459 въ кругъ ея дѣйствія, подобный случай не подходитъ подъ ея буквальный текстъ, и судъ долженъ будетъ прибѣгнуть на основаніи 12 ст. у. у. с. къ помощи распространительнаго толкованія.

Но во всякомъ случаѣ смерть, о которой говоритъ ст. 1459, должна быть *непредвидѣннымъ* результатомъ преступленія; напротивъ того, какъ скоро виновный, совершая какое-либо преступленіе, предвидѣлъ его послѣдствіе, то мы переходимъ въ область дѣяній, указанныхъ уже въ статьяхъ 1458 или даже 1458 и 1454. Доказательство этого положенія можно особенно наглядно видѣть на слѣдующемъ примѣрѣ: ст. 1459 говоритъ, напр., о взломѣ тюремъ, о возстаніи противъ властей, сопровождавшемся смертью; но въ другихъ раздѣлахъ уложенія мы встрѣчаемъ однако постановленія по тѣмъ же вопросамъ, совершенно отличныя по размѣрамъ взысканій, какъ напр. ст. 268, 308, 309 и т. д. Ст. 308 говоритъ напр., что если для взлома тюрьмы учинено смертоубійство — то виновный подлежитъ каторжной работѣ въ рудникахъ безъ срока. Но это противорѣчіе устранится, если мы обратимся къ смыслу этихъ статей; въ одномъ случаѣ законъ говоритъ о лишеніи жизни, послѣдовавшемъ за взломомъ тюрьмы (дѣяніе неосторожное), а въ другомъ—объ убійствѣ какъ средствѣ освобожденія (дѣяніе умышленное). Съ другой стороны, по отношенію къ этому послѣдствію, для виновнаго должна существовать возможность предвидѣнія, т. е. другими словами, послѣдовавшая за преступленіемъ смерть *не должна быть случайнымъ*, а именно *неосторожнымъ* послѣдствіемъ преступленія. Какъ въ этомъ случаѣ, такъ и въ предшествующихъ, когда смерть была результатомъ поврежденія здоровья,—ст. 1470, равно какъ и общія правила 110 ст. уложенія, должны сохранить свою силу и значеніе.

Но полагая одинаковое наказаніе, не смотря на различіе преступленій смерть вызвавшихъ, *ст. 1459 весьма нерѣдко впадаетъ въ излишнюю жестокость;* мошенничество напр. влечетъ за собою, въ самыхъ высшихъ видахъ этого преступленія — ссылку на поселеніе, а если оно сопровождалось непредвидѣнною смертью, то по ст. 1459 назначается каторга отъ 8 — 12 лѣтъ, такъ что одинъ простой фактъ неосторожнаго лишенія жизни влечетъ огромное усиленіе отвѣтственности. Въ этомъ случаѣ, впрочемъ, дѣяніе подводится подъ ст. 1459 только при помощи распространительнаго

толкованія, но такая же непропорціональность можетъ быть отыскана и въ примѣрахъ, указанныхъ въ самой статьѣ. Если арестантъ бѣжитъ изъ-подъ стражи и при этомъ употребитъ усиліе, то онъ подлежитъ ссылкѣ на житье въ Сибирь (ст. 312), а если неожиданнымъ результатомъ этого насилія будетъ чья-либо смерть— то каторга 8—12 лѣтъ; если кто-либо съ вѣдома и согласія беременной произведетъ выкидышъ, то подлежитъ ссылкѣ на поселеніе, а если отъ сего послѣдовала ея смерть, то каторга 8—12 лѣтъ и т. д. Такъ что очень часто вслѣдствіе совершенно неожиданно явившагося результата сравниваются дѣянія, на которыя законъ смотритъ весьма различно.

Наконецъ, самое *наказаніе назначенное по 1459 статьѣ, представляетъ нѣкоторую своеобразность.* Оно совмѣщаетъ въ себѣ двѣ степени 19 статьи: 4 и 5-у (8—12 л.), какъ это, впрочемъ, нерѣдко встрѣчается въ нашемъ уложеніи (напр. 1464 ст. см. выше № 62). Поэтому необходимо является вопросъ, какъ поступить при смягченіи наказанія на 1 или 2 степени, что считать исходною точкою? Практика наша, какъ я указывалъ, приняла въ этомъ случаѣ систему и по моему мнѣнію наиболѣе удобную. Она разлагаетъ въ этомъ случаѣ наказаніе на двѣ составляющія его степени и затѣмъ по своему усмотрѣнію беретъ за основаніе ту или другую степень. Это толкованіе оправдывается еще и тѣмъ, что по проекту уложенія по 1458 и по 1459 ст. была назначена каторга отъ 10 — 12 или отъ 8 — 10. Правда, что при этомъ толкованіи парализуется право присяжныхъ признавать наличность смягчающихъ обстоятельствъ, но это указываетъ только на необходимость скорѣйшей переработки уложенія.

64. Такова обширная масса постановленій о неосторожномъ лишеніи жизни въ нашемъ уложеніи. На основаніи изложеннаго выше довольно подробнаго разбора этихъ отдѣльныхъ статей, я считаю себя вправѣ сдѣлать *слѣдующія замѣчанія*:

Уложеніе не ограничивается общими постановленіями о неосторожномъ причиненіи вреда, а повторяетъ, и весьма подробно, эти постановленія и при убійствѣ.

Это повтореніе допускаетъ оно не только въ отдѣлѣ объ убійствѣ, но многіе частные случаи разбрасываетъ по другимъ отдѣламъ, создавая такимъ образомъ цѣлую массу однородныхъ постановленій.

Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ эти постановленія составляютъ только

повтореніе болѣе общихъ статей, *они оказываются излишнимъ и ненужнымъ балластомъ.*

Но подобное тождество статей однородныхъ встрѣчается далеко не всегда; *весьма нерѣдко*, при неточности и неясности ихъ редакціи *они стоятъ въ противорѣчіи другъ съ другомъ*, при чемъ эти противорѣчія и отступленія не объясняются никакими раціональными причинами и вызываютъ при ихъ примѣненіи массу затрудненій.

Далѣе, въ тѣхъ случаяхъ, *гдѣ неосторожность была послѣдствіемъ* какого-либо *преступленія, уложеніе придаетъ слишкомъ большое значеніе послѣдствіямъ, неожиданно наступившимъ*, отчего происходитъ и несоотвѣтственность, и излишняя жестокость наказаній.

Поэтому было бы необходимо: исключить изъ уложенія всю эту массу постановленій, за немногими исключеніями, мною указанными (ст. 870).

При изложеніи убійства указать на степень отвѣтственности за неосторожное лишеніе жизни, разъяснивъ виды и степени неосторожности въ общей части.

Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ неосторожное причиненіе смерти конкурируетъ съ какимъ-либо другимъ преступленіемъ, примѣнять общія правила о совокупности [14]).

65. Съ момента предвидѣнія послѣдствій кончается область преступной неосторожности. Я уже замѣтилъ ранѣе, что наше право выдѣляетъ понятіе luxuria и создаетъ изъ нея самостоятельную форму, какъ бы занимающую средину между умысломъ и неосторожностью.

Ст. 1458 постановляетъ:

«Кто зная и предвидя, что отъ предпринимаемаго имъ какого-либо противозаконнаго дѣйствія другое лицо или нѣсколько лицъ должны подвергнуться опасности, не смотря на то исполнитъ предпамѣренное и хотя безъ прямого умысла совершитъ убійство, лишитъ кого-либо жизни, тотъ, смотря по роду и важности самаго противозаконнаго дѣянія его, а равно и по роду и по большей

[14]) Ср. по вопросу о конкуренціи неосторожнаго убійства съ другими преступленіями: Halschner, System т. II, стр. 77.

или меньшей опасности, которую виновный не могъ не предвидѣть и другимъ обстоятельствамъ дѣла, подвергается за сіе:

лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ каторжную работу въ крѣпостяхъ на время отъ 8—12 лѣтъ.»

Причемъ редакторы уложенія, вводя это постановленіе, сочли необходимымъ весьма подробно мотивировать его:

«Здѣсь указывается, говорятъ мотивы, на родъ преступленій, который есть вмѣстѣ и послѣдствіе намѣренія виновнаго и обстоятельствъ *болѣе или менѣе случайныхъ, но однако заранѣе имъ предвидѣнныхъ*. Законники именуютъ оное dolus alternativus или polus eventualis, или наконецъ culpa dolo determinata; здѣсь оно занимаетъ среднее мѣсто между убійствомъ умышленнымъ и неумышленнымъ. Таковы напр. слѣдующіе случаи: первый, когда кто-либо, преслѣдуемый поимщиками и не видя возможности уйти отъ нихъ, умыслитъ ударомъ отклонить угрожающую ему опасность и, хотя безъ прямого намѣренія совершитъ убійство, но однакоже предвидя, что симъ ударомъ можетъ причинить рану, увѣчья или даже и смерть, наноситъ его и убиваетъ человѣка; онъ не можетъ быть признанъ вполнѣ умышленнымъ убійцею, ибо не имѣлъ прямого намѣренія на убійство, но не можетъ также быть признанъ виновнымъ въ одномъ лишь причиненіи смерти по неосторожности. Второй еще важнѣе: если кто-либо испортитъ дорогу особливо желѣзную не съ тѣмъ чтобы какого-либо изъ проѣзжающихъ по оной подвергнуть гибели, а изъ другихъ противозаконныхъ видовъ, но зная что неизбѣжнымъ послѣдствіемъ сего должно быть несчастіе и смерть не только одного лица, а многихъ. Имѣя въ виду сіи и подобные онымъ весьма различные важные случаи, мы полагаемъ за преступленіе сего рода и различныя по степени строгости наказанія.»

66. Въ этихъ примѣрахъ редакторы указываютъ только на тѣ случаи, гдѣ виновный дѣйствовалъ съ намѣреніемъ вредить [15])

[15]) Ст. 1458 представляетъ одинъ изъ частныхъ случаевъ, указанныхъ въ ст. 108 уложенія, и ихъ характеристическія особенности вообще объясняются господствовавшимъ нѣкогда ученіемъ о dolus indirectus, при которомъ предполагалось, что, при совершеніи какого-либо дѣйствія съ намѣреніемъ вредить, виновный имѣлъ въ виду и всѣ послѣдствія, которыя могли возникнуть изъ его дѣянія. Ср. Koestlin, System des deutschen Strafrechts 1855 § 76; Geib, Lehrbuch § 95. Но изложеніе любопытнаго ученія о непрямомъ мыслѣ и его значеніи и видоизмѣненіяхъ этого понятія въ доктринѣ можетъ быть сдѣлано только при общемъ изложеніи теоріи умысла.

или, какъ говоритъ уложеніе, когда онъ совершилъ дѣйствія, коихъ предвидѣннымъ, хотя и неумышленнымъ послѣдствіемъ была смерть, и когда, кромѣ того, эти дѣйствія имѣли характеръ противозаконный. Но исчерпывается ли этимъ содержаніе ст. 1458?

Возьмемъ для примѣра нѣсколько практическихъ случаевъ [16]).

Нѣсколько человѣкъ поспорили между собою, что А выбьетъ изъ рта Б курительную трубочку; А, понадѣясь на свое искусство, дѣйствительно выстрѣлилъ....но убилъ Б.

А хотѣлъ попробовать дикую лошадь въ нѣсколькихъ шагахъ отъ базара, гдѣ была масса народа; его предупреждали, что онъ легко можетъ задавить, но онъ объявилъ, что какъ ловкій ѣздокъ справится съ лошадью, и тѣмъ не менѣе попалъ въ толпу и задавилъ.

Мать дитяти, страдавшаго страшными судорогами, обратилась къ аптекарю за успокоительнымъ средствомъ, тотъ далъ ей опіума, объяснивъ при-этомъ, что болѣе 10 капель давать опасно. Она дала 10 капель, но когда ребенокъ не успокоился, то дала такой большой пріемъ, что тотъ умеръ, причемъ она созналась, что хотѣла успокоить ребенка, но что думала при этомъ, что если онъ и умретъ, то этимъ освободитъ ее только отъ страданій.

Легко можно видѣть, что эти случаи совершенно отличны отъ примѣровъ, приведенныхъ редакторами, но слѣдуетъ ли отсюда, что они не подходятъ подъ ст. 1458? Всѣ эти примѣры говорятъ о дѣяніяхъ, закономъ не запрещенныхъ, но въ тоже время явно неосторожныхъ. Причемъ два первые относятся къ тѣмъ случаямъ, когда виновный, предвидя опасность, надѣялся ихъ избѣжать, а третій, когда онъ ее допускалъ, хотя прямо и не желалъ. Изъ всѣхъ разсмотрѣнныхъ нами постановленій закона о неумышленномъ причиненіи смерти, къ даннымъ случаямъ могутъ быть примѣняемы двѣ статьи: 1468 и 1458, но и то не по буквальному ихъ смыслу. Въ самомъ дѣлѣ, первая изъ нихъ говоритъ о совершеніи дѣйствій закономъ не запрещенныхъ, но явно неосторожныхъ, но за то предполагаетъ, что вредныхъ послѣдствій нельзя было ожидать съ вѣроятностью, а въ нашихъ примѣрахъ, эти послѣдствія были предвидимы и даже допускаемы. Напротивъ того, ст. 1458 требуетъ, чтобы дѣйствія были таковы, что виновный не могъ не предвидѣть опасности отъ нихъ угрожающей, но зато говоритъ только о дѣйствіяхъ противозаконныхъ.

[16]) См. Миттермайеръ, G. A. II, стр. 292.

Такимъ образомъ приходится поставить вопросъ: *какой же изъ этихъ признаковъ—противозаконность ли самаго дѣйствія, или же предвидѣніе послѣдствій этого дѣйствія, долженъ имѣть преобладающее значеніе?* другими словами: употребляя, на основаніи 12 ст. у. у. с., распространительное толкованіе, должны ли мы примѣнить къ этимъ случаямъ ст. 1468 или 1458.

Фактъ предвидѣнія результатовъ дѣйствія, какъ я указывалъ выше, отдѣляетъ собою по нашему праву границы области преступной неосторожности съ одной и умысла съ другой стороны, а потому и примѣненіе ст. 1468 ниспровергло бы всю систему разграниченія различныхъ формъ преступной воли; напротивъ того, законопротивность дѣйствія, бывшаго причиною вредныхъ результатовъ, можетъ имѣть вліяніе только на степень наказанія, но самаго характера дѣянія не измѣняетъ; поэтому мнѣ кажется, что *распространеніе ст. 1458 на всѣ случаи, въ которыхъ виновный*, совершая какое либо дѣйствіе, *предвидѣлъ*, что его результатомъ, по обыкновенному ходу вещей, можетъ быть *опасность для жизни* какого-либо лица, *можетъ быть допущено, не смотря на то, было ли самое дѣйствіе закономъ запрещено, или нѣтъ* [17]).

Главное возраженіе, которое можетъ быть сдѣлано противъ этого толкованія, заключается въ томъ, что такимъ образомъ въ ст. 1458 мы соединяемъ нѣсколько дѣяній различной важности, и потому назначаемое въ ней наказаніе — каторга 9 — 12 лѣтъ, иногда окажется слишкомъ суровымъ. Но легко замѣтить, что это возраженіе относится, по существу своему, не къ толкованію закона, а къ самому закону. Я уже неоднократно указывалъ, какъ несостоятельна вся система уложенія, относительно неосторожнаго лишенія жизни, мало того, это возраженіе останется въ своей силѣ и тогда, когда мы ограничимъ ст. 1458 только законопротивными дѣйствіями. Какое, напр., различіе между вторымъ изъ приведенныхъ выше примѣровъ и случаемъ такого рода, когда кто-либо пытается проѣхать рысью сквозь густую толпу народа, предвидя, разумѣется, возможность задавить кого либо — и дѣйствительно давитъ, а между тѣмъ этотъ случай безспорно подходитъ подъ ст. 1458.

---

[17]) Лохвицкій, курсъ стр. 500, хотя и ставитъ условіемъ примѣненія ст. 1458 противузаконность самаго дѣйствія, но въ разсмотрѣніе вопросовъ, указанныхъ въ текстѣ, не входитъ, а потому и основаній для своего мнѣнія не представляетъ.

Такимъ образомъ *для примѣненія ст. 1458 необходимо, чтобы виновный, совершая какое-либо дѣйствіе, предвидѣлъ, что отъ него можетъ произойти, по естественному ходу дѣлъ, смерть лица, и тѣмъ не менѣе совершилъ его, и смерть воспослѣдовала.* Притомъ безразлично, думалъ ли онъ избѣжать этихъ послѣдствій своимъ искуствомъ и ловкостью, или же допускалъ ихъ, если только у него не было прямого желанія лишить жизни.

Разумѣется, знаніе и предвидѣніе послѣдствій, какъ и вообще внутренняя сторона преступленія, можетъ быть возстановляема какъ на основаніи собственнаго сознанія подсудимаго, такъ и изъ обстоятельствъ дѣла. Если лицо, находящееся въ состояніи вмѣняемости, совершаетъ поступки такого рода или при такихъ обстоятельствахъ, что не остается сомнѣнія относительно предвидимости имъ результатовъ своего поступка, то судъ имѣетъ право примѣнить ст. 1458 и при отсутствіи собственнаго сознанія виновнаго.

67. Но по своей обыкновенной системѣ уложеніе, рядомъ съ этими болѣе общими положеніями, считаетъ необходимымъ сдѣлать указанія на случаи этого рода и въ другихъ отдѣлахъ.

Такимъ образомъ ст. 1520 постановляетъ:

«Если кто-либо изъ какихъ бы то ни было видовъ, хотя и безъ рѣшительнаго намѣренія на смертоубійство, но завѣдомо и съ умысломъ, заведетъ или поставитъ другого въ такое положеніе, въ коемъ, по всей вѣроятности, жизнь его должна была подвергнуться опасности, то виновный въ семъ приговаривается;

къ наказаніямъ, опредѣленнымъ въ 1458 статьѣ, за смертоубійство безъ прямого на оное намѣренія».

Основное начало, признаваемое уложеніемъ въ данной статьѣ, дѣйствительно вполнѣ справедливо. Отвѣтственность виновнаго должна существовать какъ тогда, когда онъ, совершая что-либо, предвидѣлъ возможность причиненія кому-либо смерти, такъ и тогда, когда онъ видѣлъ, что подобный результатъ произойдетъ отъ его бездѣйствія. Самыя границы отвѣтственности за бездѣйствіе мы разсмотримъ далѣе.

Но ст. 1458 говоритъ о тѣхъ случаяхъ, когда отъ какого-либо дѣйствія произошла смерть, а ст. 1520, приравниваясь ей по наказуемости, въ своей опредѣлительной части говоритъ только о завѣдомомъ поставленіи другого въ опасное положеніе, не упоминая о томъ, кончилось ли это смертью или нѣтъ. Отсюда возникаетъ во-

просъ: имѣетъ ли это различіе существенное значеніе или же оно оставляетъ только ноточность редакціи, считать ли моментомъ совершенія оставленіе въ опасномъ положеніи, или же наступленіе смерти оставленнаго? Мнѣ кажется, что болѣе основаній принять послѣднее толкованіе и признать, что разница между 1458 и 1520 станетъ ими заключается не въ существѣ самыхъ постановленій, а въ формѣ ея редакціи[18а].

Положимъ, напр., что мина, на взрывъ которой разсчитывалъ виновный и на которую онъ поставилъ извѣстное лице, не была взорвана, потому что порохъ отсырѣлъ, или потому что лице, которое должно было произвести взрывъ, отложило свое намѣреніе, такъ что вообще фактъ, угрожавшій опасностью, выполненъ не былъ, не совершился, а лицо, которое могло быть жертвою преступленія, возвратилось невредимо, даже можетъ быть не подозрѣвая того, что ему предстояло. Какое основаніе найдемъ мы для приравненія подобныхъ случаевъ съ тѣмъ, гдѣ смерть дѣйствительно воспослѣдовала. Къ тому же и самый текстъ ст. 1520 даетъ намъ возможность иного толкованія: она приравниваетъ указанные въ ней случаи ст. 1458, а послѣдняя считаетъ дѣяніе оконченнымъ, когда воспослѣдовала смерть, допуская въ противномъ случаѣ только покушеніе.

Это же предположеніе подтверждается и другими соображеніями, вытекающими изъ разсмотрѣнія статьи 1520. Законъ въ этихъ постановленіяхъ имѣетъ въ виду тѣ факты, при которыхъ лицо, поставленное въ опасное положеніе, не находилось къ виновному ни въ какихъ особыхъ отношеніяхъ, о чемъ говорятъ другія статьи того же раздѣла. Но представимъ себѣ, что отецъ или мать завелъ своего малолѣтняго сына, или вообще ребенка, имѣющаго хотя и болѣе 7 лѣтъ отъ роду, но не могущаго еще снискивать себѣ пропитаніе, въ лѣсъ съ тѣмъ, чтобы избавиться, отъ него, предвидя при этомъ, что оставленіе малютки въ данномъ мѣстѣ легко можетъ быть причиною его смерти и допуская это послѣдствіе, хотя и безъ прямого на то умысла, и что дѣйствительно ихъ предположенія сбылись, и ребенокъ умеръ.

Или положимъ, что проводникъ оставляетъ провожаемаго имъ

[18] а) Лохвицкій думаетъ, что ст. 1510 должна быть примѣняема буквально, т. е. и тогда, когда смерть не произошло, на доказательство своего мнѣнія не представляетъ.

при такихъ обстоятельствахъ, что онъ не только могъ предвидѣть, но дѣйствительно предвидѣлъ, хотя прямо и не желалъ, что результатомъ оставленія будетъ смерть провожаемаго, что и случилось.

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что во всѣхъ этихъ случаяхъ ст. 1458 находитъ полное примѣненіе, такъ какъ всѣ элементы, ее составляющіе, находятся въ полномъ объемѣ. Этому примѣненію не противорѣчатъ и статьи 1513 и 1517, спеціально трактующія объ указанныхъ мною случаяхъ, такъ какъ эти статьи говорятъ только *объ оставленіи въ опасности*, а здѣсь имѣется въ виду *причиненіе* этимъ путемъ предвидѣнной виновнымъ смерти.

Но именно эта возможность совмѣстнаго примѣненія ст. 1458 и 1513—1517, какъ я уже замѣтилъ, снова подтверждаетъ намъ правильность того толкованія, которое я сдѣлалъ по отношенію къ 1520 ст.; если проводникъ, оставившій провожаемаго въ опасномъ мѣстѣ, когда притомъ это оставленіе не сопровождалось смертью оставленнаго, подлежитъ только лишенію всѣхъ особенныхъ правъ и ссылкѣ на житье въ Сибирь, то на какомъ же основаніи можетъ быть назначена по ст. 1520 каторга отъ 8 — 12 лѣтъ для лица, совершившаго подобный же фактъ и, кромѣ того, не находящагося ни въ какихъ особыхъ спеціальныхъ отношеніяхъ къ оставленному. Потому я еще разъ повторяю, что *примѣненіе ст. 1520 обусловлено фактомъ смерти оставленнаго* [18б]).

68. Эта возможность лишенія жизни, при отсутствіи непосредственнаго желанія произвести извѣстный результатъ, играетъ особенно важную роль при совершеніи общеопасныхъ преступленій, какъ напр., при истребленіи собственности поджогомъ, потопленіемъ или взрывомъ какихъ-либо веществъ. Поэтому даже и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ предполагается, напр., только одна возможность нахожденія людей къ истребляемомъ зданіи, наказаніе усиливается до значительныхъ размѣровъ, хотя бы въ дѣйствительности люди и не были въ этомъ мѣстѣ, или хотя бы виновный и не зналъ о томъ, что они находятся тамъ. Этимъ объясняется напр., различіе по наказуемости поджога строенія обитаемаго и не обитаемаго.

Дѣйствительное же знаніе о нахожденіи людей въ истребляемомъ зданіи, слѣдовательно совершеніе дѣйствія, соотвѣтствую-

[19] б) См. объ этомъ далѣе, глава седьмая.

щаго статьѣ 1458, видоизмѣняетъ отвѣтственность еще въ большемъ размѣрѣ, какъ напр. по 3 п. 1609. При этомъ иногда предвидѣніе опасности для чьей либо жизни влечетъ даже наказаніе сильнѣе указаннаго въ ст. 1458. Такъ напр., 2 часть ст. 1608 говоритъ:

«Если доказано, что виновный легко могъ и долженъ былъ предвидѣть опасность, коей отъ сего (отъ поджога) подвергались находящіеся въ рудникахъ рабочіе и другіе люди, то онъ приговаривается:

къ лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ каторжную работу въ рудникахъ безъ срока».

Но, впрочемъ, разборъ этихъ постановленій можетъ быть сдѣланъ только въ связи съ общимъ разборомъ ученія о поджогѣ и о другихъ, сродныхъ съ нимъ преступленіяхъ [19]).

69. Послѣднюю форму преступной воли при убійствѣ, какъ и при всякомъ другомъ преступленіи, составляетъ умыселъ, т. е. такое направленіе воли виновнаго, при которомъ онъ не только предвидѣлъ тѣ послѣдствія, которыя могутъ возникнуть изъ его дѣйствій, но и желалъ ихъ наступленія, и дѣйствовалъ ради осуществленія этого желанія.

При этомъ безразлично, составляло ли это послѣдствіе—смерть лица — единственную и исключительную цѣль, къ которой направлялась дѣятельность преступника (dolus determinatus), или онъ желалъ его въ ряду другихъ возможныхъ послѣдствій (dolus alternativus).

Самое доказательство наличности умысла, этой внутренней стороны преступленія, разумѣется, прежде всего раскрывается сознаніемъ самаго виновнаго, согласнымъ съ обстоятельствами дѣла; но нельзя не замѣтить, что это доказательство слишкомъ нечасто встрѣчается въ процессѣ уголовномъ, и его мѣсто занимаетъ въ большей части случаевъ возстановленіе умысла изъ об-

[19]) Что касается до ст. 1081 (см. далѣе № 112), то она дѣйствительно имѣетъ въ виду причиненіе опасности *всякаго рода* поврежденіемъ желѣзной дороги, но она не исключаетъ возможности примѣненія ст. 1458 въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ это поврежденіе могло причинить и дѣйствительно причинило смерть одному или нѣсколькимъ лицамъ, тѣмъ болѣе, что и высшіе размѣры наказанія по ст. 1081 и ст. 1458 одинаковы. Ср. Лохвицкій, в. с. стр. 509.

стоятельствъ даннаго дѣла. Въ этой дѣятельности и состоитъ одна изъ наиболѣе трудныхъ сторонъ каждаго уголовнаго разслѣдованія, въ особенности въ виду тѣхъ неясно очерченныхъ границъ, которыя отдѣляютъ напр. убійство умышленное отъ лишенія жизни, какъ непредвидѣннаго результата какого-либо поврежденія здоровья.

Разумѣется, прежде всего такія указанія можемъ мы найти въ самомъ способѣ дѣйствій виновнаго: если лицо сбросило кого-либо съ крыльца въ двѣ ступени, и сброшенный упалъ и разшибся, то здѣсь также легко можетъ быть допущено и неосторожное, какъ и умышленное убійство, и наличность умысла должна быть доказана; но если кто-либо выкинулъ другого изъ окна 7-этажнаго дома, и дѣйствовавшій былъ въ состояніи вмѣняемости, то уже одинъ этотъ фактъ можетъ служить намъ основаніемъ для принятія существованія умысла на убійство.

Болѣе уже шаткимъ является выводъ на основаніи характера оружія, употребленнаго виновнымъ, хотя подобный выводъ особенно часто употребляется нашею практикою [20]). Если А стрѣлялъ въ кого либо въ упоръ, или ударилъ нѣсколько разъ кинжаломъ въ бокъ, то мы можемъ, разумѣется, предполагать, что онъ хотѣлъ этимъ путемъ осуществить свое намѣреніе убить, и на оборотъ, если причиною смерти были побои, хотя и тяжкіе, удары палкою и т. п., то здѣсь сомнѣніе о характерѣ умысла имѣетъ достаточное основаніе. Но при этомъ нельзя не замѣтить, что достаточная степень достовѣрности возможно только тогда, когда къ характеру оружія присоединяется и извѣстный способъ дѣйствія.

Еще менѣе значенія имѣетъ самый характеръ поврежденій: было ли оно безусловно смертельно, или получило это качество при наличности извѣстныхъ условій. Наглядный примѣръ этого рода представляетъ слѣдующій случай изъ нашей практики: А,

[20]) См. руководящую статью по дѣлу Вереитинова, С. В. 1866 № 82. Сборникъ мнѣній государственнаго совѣта стр. 174 по дѣлу Олсуфьева. Еще Воинскій уставъ П. В. постановлялъ любопытное правило: «такожъ судьѣ надлежитъ гораздо смотрѣть, какимъ оружіемъ убитый убитъ или поврежденъ былъ; тѣмъ ли битъ, отчего легко могъ умереть, яко топоромъ кольями, дубиною и прочимъ, или инымъ чѣмъ, яко малыми палочками и прочимъ, чѣмъ нелегко смертно убить возможно, въ которомъ послѣднемъ случаѣ обыкновенное наказаніе произвести невозможно, но на разсмотрѣніе судейское предается.»

дѣвушка 14 лѣтъ, поссорившись съ мальчикомъ Б., бросила въ него палку и такъ несчастливо, что проломило ему голову, и тотъ умеръ на мѣстѣ. Безусловная смертность поврежденій въ подобномъ случаѣ, разумѣется, не можетъ служить сама по себѣ доказательствомъ умысла. Характеръ поврежденій выставляется на видъ только тамъ, гдѣ въ числѣ условій смерти являются какія-либо спеціальныя физическія особенности объекта, оставшіяся неизвѣстными для виновнаго [21]).

Наконецъ, можетъ имѣть значеніе въ этихъ случаяхъ и вся масса второстепенныхъ уликъ, которыми обставляется извѣстное событіе, причемъ, какъ и во всѣхъ предшествующихъ примѣрахъ, дѣйствительное значеніе и важность этихъ уликъ могутъ быть опредѣляемы только въ каждомъ конкретномъ случаѣ.

§ 4. Преступное дѣйствіе.

70. Преступное намѣреніе лишить кого-либо жизни подлежитъ преслѣдованію со стороны правосудія только тогда, когда оно осуществилось, дѣйствительно произвело ожидаемый результатъ, или когда виновный по крайней мѣрѣ пытался его осуществить. Точно также и лишеніе жизни по неосторожности необходимо предполагаетъ наличность извѣстнаго дѣйствія, и наличность вреда изъ него вытекающаго.

Поэтому разборъ ученія о преступномъ дѣйствіи и его результатахъ составляетъ необходимый элементъ изслѣдованія о преступленіи, какъ о понятіи родовомъ, такъ и при изложеніи состава отдѣльныхъ видовъ преступленія.

Дѣйствіе есть примѣненіе или приложеніе нашихъ силъ, производящее или стремящееся произвести видоизмѣненіе въ какомъ-либо предметѣ, явленіи или въ условіяхъ бытія предмета и т. п.,— видоизмѣненіе, въ которомъ данный дѣятель является причиною совершившагося явленія, фактомъ, въ которомъ заключается основаніе для возникновенія какого-либо другого факта. Намъ нѣтъ надобности входить въ болѣе подробный анализъ самого метафизическаго понятія причины, но нельзя не прибавить, что когда мы говоримъ о человѣкѣ, какъ о причинѣ извѣстнаго явленія, то *мы беремъ*, по справедливому замѣчанію Глазера [22]). *понятіе причины въ ограниченномъ смыслѣ.* Изъ цѣпи причинностей, болѣе или менѣе тѣсно связывающихъ между собою всѣ явленія окружающаго насъ міра, мы останавливаемся во 1-хъ, только на понятіи ближайшихъ причинъ наступившаго видоизмѣненія, а во 2-хъ, даже и приэтомъ ограниченномъ представленіи причинъ— дѣлаемъ отвлеченіе отъ дѣйствія всѣхъ тѣхъ законовъ, которые постоянно и неустранимо, всегда и вездѣ дѣйствуютъ на тѣло, или другими словами, мы оставляемъ въ сторонѣ всѣ тѣ причины, которыя заключались въ самомъ тѣлѣ, въ его естественномъ отношеніи къ другимъ тѣламъ, и имѣемъ въ виду только тѣ воздѣйствія, которыя ускоряютъ, замедляютъ или видоизмѣняютъ порядокъ явленій, совершающихся въ данномъ предметѣ, по общему естественному ходу вещей.

71. Это воздѣйствіе, сдѣлавшееся причиною даннаго явленія, можетъ быть по своему содержанію весьма различно. Для этого необходимо: или проявленіе физическихъ силъ человѣка, вызвавшее непосредственное дѣйствіе элементарныхъ силъ природы, какъ напр. прекращеніе органическаго бытія даннаго лица нанесеніемъ смертельнаго удара, или введеніемъ въ организмъ какихъ-нибудь веществъ, его уничтожающихъ; или дача дѣйствующимъ лицомъ перваго толчка, приведеніе въ движеніе цѣлаго ряда междудѣйствующихъ причинъ; или же далѣе, измѣненіе направленія силъ уже дѣйствующихъ, возсозданіе условій, необходимыхъ для дѣйствія этихъ силъ; или же наконецъ, устраненіе элементовъ, препятствующихъ дѣйствію данныхъ силъ, уничтоженіе напр. подпоры, поддерживавшей какое-либо тяжелое тѣло, которое при своемъ паденіи задавило человѣка, прорваніе плотины, произведшее затопленіе и т. п. Мы признаемъ во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣятеля причиною результатовъ, происшедшихъ отъ его дѣйствія, и дѣлаемъ его отвѣтственнымъ, какъ скоро обнаружится, что онъ дѣй-

---

[21]) Г. Шрейберъ, в. с. стр. 189, ставитъ подъ 1455 ст. тезисъ такого рода: «нанесеніе безусловно смертельной раны или иного безусловно смертельнаго поврежденія, въ запальчивости или раздраженіи, составляетъ *не убійство* (?), имѣвшее послѣдствіемъ смерть раненаго, а убійство, наказуемое по 1455 ст.». Не говоря уже о томъ, что этотъ тезисъ не опирается ни на какія рѣшенія, изъ которыхъ бы онъ могъ быть выведенъ, онъ юридически въ высшей степени не вѣренъ, доказательства чему представлены въ текстѣ.

[22]) Glaser, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrechte 1858 I Abh. über strafbare Unterlassungen стр. 294—295.

ствовалъ съ умысломъ, или по неосторожности. Но и этими случаями не исчерпываются формы, въ которыхъ можетъ обнаружиться преступная воля.

Во всѣхъ вышеприведенныхъ примѣрахъ виновный является дѣйствующимъ, производящимъ элементомъ въ данной формѣ фактовъ, явленій и результатовъ, но мы легко можемъ себѣ представить и такіе факты, гдѣ извѣстное лицо стоитъ, такъ сказать, внѣ самаго явленія или событія, совершающагося по собственнымъ, присущимъ ему законамъ, и тѣмъ не менѣе можетъ быть привлечено къ отвѣтственности за результаты совершившагося факта. Когда именно данное лицо находилось въ такомъ положеніи, что своею личною дѣятельностью, своимъ вмѣшательствомъ, могло бы видоизмѣнить ходъ явленій и отклонить вытекающіе изъ нихъ результаты; когда, слѣдовательно, бездѣйствіе лица ставитъ его въ отвѣтственность за нарушеніе закона.

Другими словами: *убійство, какъ и всякое другое преступленіе, можетъ быть совершено положительнымъ способомъ — дѣйствіемъ лица, и отрицательнымъ — бездѣйствіемъ.* Но, принявъ это общее начало, мы должны прибавить, что эта послѣдняя форма выраженія воли лица допускаетъ его отвѣтственность далеко не въ томъ же объемѣ, какъ первая, или что не всякое бездѣйствіе лица, хотя бы и имѣющее извѣстное отношеніе къ пропешедшему результату, можетъ повлечь уголовное наказаніе.

72. Какъ повидимому ни противоположны между собою упомянутые мною способы умышленнаго или неосторожнаго воспроизведенія извѣстныхъ результатовъ, но если мы вдумаемся въ ихъ сущность, сравнимъ ихъ оттѣнки и постепенныя видоизмѣненія, то *мы увидимъ прежде всего, что рѣзкихъ границъ между ними провести невозможно.*

А отрубилъ голову Б, прострѣлилъ ему сердце, ввелъ въ его организмъ вещество, долженствовавшее уничтожить его бытіе и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ мы имѣемъ преступное содѣяніе, или что тоже, мы можемъ сказать, что виновный привелъ въ дѣйствіе такія силы, которыя съ большею или меньшею вѣроятностью, по естественному ходу вещей, должны были причинить смерть.

Но представимъ себѣ, что временное разстояніе, отдѣляющее моментъ приложенія физическихъ силъ лица и моментъ наступленія послѣдствія, увеличивается; что шансы вѣроятности наступленія послѣдствій сравнительно уменьшаются, потому что причины, отъ которыхъ зависитъ ихъ наступленіе, осложняются,—и мы переходимъ къ такого рода фактамъ, которые по своей формѣ могутъ быть уже называемы, и дѣйствительно нерѣдко называются преступнымъ бездѣйствіемъ лица.

Отравителемъ будетъ не только тотъ, кто влилъ насильно ядъ въ горло другого, но и тотъ, кто подалъ ядъ въ видѣ лекарства и только не препятствовалъ выпить его, или кто, подмѣшавъ ядъ въ водку, налилъ ее въ тотъ графинъ, поставилъ ее въ то мѣсто, гдѣ виновный беретъ обыкновенно водку, и достигъ желаемыхъ результатовъ. Далѣе, убійцею будетъ какъ тотъ, кто столкнулъ другого въ рѣку, такъ и тотъ, кто подпилилъ устой мостика, по которому должно было пройти извѣстное лицо, которое такимъ образомъ и погибло. Законъ не различаетъ, были ли употреблены для осуществленія намѣренія кинжалъ или ядъ, или голодъ: если А, задумавъ лишить жизни Б, выбралъ для этого средствомъ смерть отъ голода, заключилъ Б въ недоступное ни для кого мѣсто и уморилъ его [23]), то его отвѣтственность будетъ таже, какъ и при причиненіи положительнаго насилія. Различіе заключается только въ формѣ дѣйствія, а не въ его существѣ, потому что и здѣсь мы найдемъ извѣстное положительное дѣйствіе лица, давшее первоначальный толчекъ, послужившее исходной точкой для цѣлой системы другихъ силъ,—дѣйствіе, изъ котораго онъ предоставилъ по естественной цѣпи причинностей развиться желаемому имъ результату.

При этомъ я допускалъ такое предположеніе, что совершая первоначальное дѣйствіе, виновный имѣлъ въ виду ту же цѣль, тотъ же умыселъ, который онъ проявилъ и въ позднѣйшихъ своихъ поступкахъ, когда онъ не препятствовалъ развиться изъ совершеннаго имъ факта даннымъ результатамъ. Но измѣнится ли вопросъ, если этотъ планъ, умыселъ явился уже по окончаніи первичнаго дѣйствія, въ моментъ наступленія позднѣйшихъ явленій, связанныхъ съ первыми?

Если А подложилъ съ намѣреніемъ подъ домъ Б горючіе матеріалы, зажегъ ихъ и затѣмъ не препятствовалъ тому, чтобы

---

[23]) На этотъ именно случай лишенія жизни отрицательнымъ способомъ обращало особенное вниманіе еще и римское право: si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri. L. 9 § 2 Dig. ad. Leg. Aquilia (9, 2). См. Глазеръ, в. с. стр 330 пр. 15.

пламя, раздутое вѣтромъ, охватило этотъ домъ, — мы говоримъ, что А учинилъ поджогъ.

Но если А, отыскивая средства повредить Б, или, еще спеціальнѣе, истребить его имущество, курилъ трубку, уронилъ изъ нее искру и та зажгла пукъ соломы, лежащей подъ домомъ Б, и А, видя въ этомъ исполненіе своего намѣренія, не препятствуетъ пламени охватить самый домъ,—можемъ ли мы отрицать въ этомъ случаѣ наличность полнаго состава поджога.

Если кучеръ, создавшій уже умыселъ убить Б, видитъ его лежащими середи улицы, направляетъ туда лошадей и давитъ его,—мы считаемъ это дѣяніе убійствомъ; но измѣнится ли понятіе преступленія, когда, выѣхавъ на данную улицу безъ всякаго предположенія о возможности подобнаго факта, кучеръ наѣзжаетъ на лежащаго Б и только умышленно не сворачиваетъ, или не удерживаетъ лошадей и переѣзжаетъ Б.

Или, наконецъ, какое различіе между тѣмъ случаемъ, когда А., идя на охоту и зарядивъ съ этою цѣлью ружье, встрѣчаетъ тамъ Б и убиваетъ его, и тѣмъ, когда плотникъ, подрубивъ устой моста съ цѣлью замѣнить его новымъ, видитъ приближающагося прохожаго и желая воспользоваться его имуществомъ, или просто желая лишить его жизни, не предупреждаетъ его объ опасности, и тотъ дѣйствительно тонетъ. Ни законъ, ни теорія вовсе не требуютъ, чтобы внезапный умыселъ возникъ въ началѣ совершенія, начатаго вовсе не съ этою цѣлью.

При этомъ безразлично, возбудило ли данное лицо силы природы и осталось бездѣйствующимъ по отношенію къ вытекающимъ изъ этихъ дѣйствій послѣдствіямъ, или же подобнымъ средствомъ является человѣкъ, дѣйствовавшій несознательно, подъ впечатлѣніемъ ошибки и заблужденія, возбужденныхъ дѣйствіями третьяго лица [24]). Если поваръ, задумавъ отравить своего господина, посылаетъ ему отравленный супъ съ лакеемъ, и неподозрѣвающимъ преступленія; если аптекарь, поручивъ своему помощнику отнести, какое либо ядовитое вещество въ шкафъ, видитъ, что тотъ не понялъ его приказанія и вылилъ это вещество въ лекарство, назначенное для Б, противъ котораго аптекарь имѣлъ умыселъ—и не препятствуетъ исполненію этой ошибки, то вопросъ объ отвѣтственности не измѣнится, такъ какъ эти примѣры вполнѣ аналогичны съ предыдущими и разрѣшаются на тѣхъ же началахъ.

[24]) Глазеръ, в. с стр. 305.

73. Въ этихъ примѣрахъ мы говоримъ, слѣдовательно, не о преступномъ бездѣйствіи, а о *содѣяніи*, такъ какъ мы беремъ такія отношенія, гдѣ виновный вызвалъ или непосредственно тѣ силы, которыя въ своемъ естественномъ развитіи были причиною смерти, или по крайней мѣрѣ далъ первый толчекъ, направленіе этой цѣпи явленій, и затѣмъ остался недѣятельнымъ зрителемъ. Но мы можемъ представить себѣ рядъ случаевъ, *гдѣ это лицо, обвиняемое въ преступномъ, умышленномъ бездѣйствіи, является совершенно посторонним элементомъ* по отношенію къ совершающемуся событію, когда въ общей цѣпи причинностей нигдѣ нельзя отыскать положительнаго воздѣйствія со стороны самого виновнаго, такъ что единственное отношеніе, которое находится между даннымъ фактомъ и обвиняемымъ, заключается въ томъ, что онъ чрезъ совершеніе какихъ либо дѣйствій могъ предупредить данный результатъ, но не сдѣлалъ этого, — гдѣ мы и можемъ только говорить о преступномъ бездѣйствіи въ строгомъ смыслѣ этого слова.

Мать не перевязываетъ пуповину своему только что рожденному младенцу, зная что этотъ можетъ причинить ему смерть, и желая именно этого послѣдствія.

Сторожъ, приставленный къ арестанту и одинъ только имѣющій къ нему доступъ, съ цѣлью лишить его жизни, не даетъ ему пищи.

Врачъ, призванный къ раненому, истекающему кровью, не перевязываетъ раны, также съ прямымъ намѣреніемъ лишить его жизни.

Нянька, приставленная къ ребенку, видя что онъ упалъ въ воду, умышленно не подаетъ помощи, и тотъ тонетъ.

Часовой, поставленный къ переходу черезъ рѣку, по поводу непрочности льда и образовавшихся на дорогѣ зажоръ, не останавливаетъ направившагося туда человѣка, котораго смерти онъ желаетъ, и тотъ погибаетъ.

Хорошій пловецъ, убѣдившій другого заплыть въ глубину, обѣщая ему въ случаѣ опасности помощь и подмогу, оставляетъ его намѣренно, и тотъ утопаетъ.

А видитъ, или знаетъ, что на тропинкѣ, по которой отправляется Б, поставленъ самострѣлъ, или что на переходѣ образовались опасныя зажоры, провалы и т. п., зная, что это лицо по близорукости не замѣтитъ опасности, не предупреждаетъ его, на-

дѣясь, что такимъ образомъ выполнится давно задуманный планъ лишить жизни Б.

А запираетъ входъ въ свой домъ человѣку, истекающему кровью, умирающему отъ голода у его порога, зная, что онъ нигдѣ въ это время не можетъ найти ни пріюта, ни куска хлѣба и надѣясь, что такимъ образомъ осуществится его намѣреніе убить это лицо.

Кто либо, видя утопающаго и имѣя возможность подать ему помощь безъ всякой опасности для себя, не подаетъ помощи, также съ преступнымъ желаніемъ смерти этого лица.

При этомъ я бралъ примѣры такого рода, что бездѣйствіе лица было умышленно, но точно также мы можемъ представить себѣ и бездѣйствіе неосторожное, легкомысленное: если часовой, поставленный къ переправѣ, ушелъ или уснулъ; врачъ занялся завтракомъ, обѣдомъ, и больной истекъ кровью и т. п. Поэтому вопросъ о лишеніи жизни бездѣйствіемъ, невмѣшательствомъ въ естественное теченіе дѣлъ, можетъ одинаково возникнуть, какъ при обвиненіи въ умышленномъ убійствѣ, такъ и при неосторожномъ лишеніи жизни.

74. Но, разумѣется, этою возможностью не разрѣшается вопросъ о томъ, во всѣхъ ли этихъ случаяхъ подлежитъ виновный отвѣтственности.

Въ рядѣ примѣровъ мною приведенныхъ, не смотря на видимую ихъ связь, мы можемъ отыскать существенное различіе. Ни одинъ кодексъ не отрицаетъ возможности выполнить преступленіе отрицательнымъ способомъ; вездѣ мы можемъ отыскать, наприм., спеціальныя постановленія объ оставленіи человѣка въ такомъ положеніи, въ которомъ жизнь его могла подвергнуться опасности, причемъ если окажется, что виновный дѣйствовалъ съ умысломъ на убійство, то онъ подлежитъ отвѣтственности за умышленное убійство (уложеніе ст. 1519). Слѣдовательно тамъ, гдѣ данное лицо само вызвало цѣпь явленій, бывшихъ причиною смерти, гдѣ все дѣйствительное различіе между выполненіемъ плана положительнымъ, непосредственнымъ способомъ и подобнымъ бездѣйствіемъ сводится къ большому разстоянію времени, къ осложненію суммы причинъ, которыми обусловливается появленіе желаемаго результата,—о наказуемости преступника не можетъ быть и спора.

Но если мы перейдемъ ко второй группѣ случаевъ, гдѣ обвиняемый стоитъ совершенно внѣ явленій, совершенію которыхъ онъ не препятствовалъ, то мы увидимъ, что по вопросу о наказуемости существуетъ значительное различіе взглядовъ, какъ въ теоріи, такъ и въ положительныхъ кодексахъ, и что кромѣ того приходится сдѣлать различіе въ случаяхъ сюда относимыхъ, такъ что, напр., между повивальною бабкою, умышленно не перевязавшею пуповины, и между человѣкомъ, оставившимъ безъ помощи утопающаго, лежитъ грань, отдѣляющая отвѣтственность юридическую и нравственную.

Но какими же признаками опредѣляется эта грань?

75. Теорія представляетъ намъ въ этомъ отношеніи нѣсколько системъ, отражающихся и на современныхъ положительныхъ кодексахъ. Эти системы въ свою очередь могутъ быть сведены къ *двумъ группамъ: системамъ, признающимъ отвѣтственность лица на основаніи или общей юридической, или какой либо спеціальной обязанности, лежащей на виновномъ; и къ системамъ, кладущимъ въ основаніе отвѣтственности причинное соотношеніе между дѣйствіями виновнаго и результатомъ.*

Разсмотримъ прежде первую группу теорій. Если какое либо лицо, не совершая никакого дѣйствія, которое способствовало бы произведенію данныхъ результатовъ, остается только свидѣтелемъ совершающаго явленія, но свидѣтелемъ такого рода, который своимъ вмѣшательствомъ могъ бы предупредить наступленіе этого послѣдствія,—то мы называемъ его попустителемъ.

Но попустительство можетъ имѣть мѣсто не только по отношенію къ самому дѣйствію, угрожающему праву, но и по отношенію къ результатамъ этого дѣйствія, причемъ эти результаты или это дѣйствіе могутъ—или составлять преступленіе, или являться только фактомъ, причиняющимъ вредъ или ущербъ чьему либо праву; а въ виду этого необходимо является вопросъ: не могутъ ли быть подведены и случаи умышленнаго или неосторожнаго лишенія жизни бездѣйствіемъ подъ подобное понятіе попустительства, и не можетъ ли и самый вопросъ о наказуемости бездѣйствія разрѣшаться на томъ же основаніи, на какомъ покоится ученіе о наказуемости попустительства, признаваемаго еще и нынѣ преступленіемъ во многихъ кодексахъ, а между прочимъ и въ нашемъ уложеніи?

Я указалъ выше, что попуститель опредѣляется какъ лицо,

имѣвшее власть и возможность предупредить совершеніе преступленія, но съ намѣреніемъ или по крайней мѣрѣ завѣдомо допустившее совершить оное. Если мы вникнемъ въ сущность даннаго опредѣленія, то мы увидимъ, что и здѣсь дѣйствительно рѣчь идетъ о дѣятельности отрицательной, о намѣренномъ невмѣшательствѣ въ совершившійся фактъ; государство признаетъ, слѣдовательно, что въ замѣнъ тѣхъ услугъ, той охраны, которыя даетъ оно каждому члену общества, оно требуетъ отъ него взаимной помощи, требуетъ содѣйствія охранѣ правового порядка во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ онъ могъ оказать это содѣйствіе болѣе или менѣе легко.

Но если такимъ образомъ виновный въ попустительствѣ дѣйствія, нарушающаго чье-либо право, подлежитъ отвѣтственности, то, очевидно, на тѣхъ же условіяхъ должно отвѣчать и лицо, попустившее тѣ результаты, которые составляли цѣль преступнаго посягательства.

Представимъ себѣ, что лицо, обладающее достаточною силою и хорошо вооруженное, встрѣчаетъ на большой дорогѣ разбойника, пытающагося убить прохожаго; оно можетъ защитить угрожаемаго, но намѣренно не дѣлаетъ этого и признается попустителемъ. Законъ не предполагаетъ никакого предварительнаго уговора между имъ и преступникомъ, согласія или обѣщанія бездѣйствія, въ противномъ случаѣ попустительство превращается въ сообщничество. Но положимъ, что А нѣсколько опоздалъ, что онъ подъѣхалъ тогда, когда разбойникъ нанесъ уже раны, угрожающія смертію Б и скрылся. А могъ бы, простою перевязкою ранъ, устранить опасность, но завѣдомо не дѣлаетъ этого, оставляетъ Б, истекающаго кровью, и Б умираетъ. Между этими двумя примѣрами существуетъ полная аналогія: не самый актъ дѣйствія разбойника, нанесеніе ранъ, желаетъ устранить государство, но проистекающій отсюда матеріальный вредъ, опасность для чьихъ-либо правъ или благъ,—а это условіе существуетъ въ обоихъ случаяхъ... Но если мы допустимъ аналогію здѣсь, то мы должны распространить ее и на тѣ случаи, гдѣ эти права и блага подвергаются нападенію или опасности, проистекающей не отъ злой воли человѣка, а отъ какихъ либо силъ природы, если притомъ есть всѣ остальныя условія попустительства.

Въ самомъ дѣлѣ, если при мнѣ на моего врага Б нападаетъ кто либо съ намѣреніемъ его убить, если при моей помощи онъ могъ бы болѣе или менѣе легко избѣжать этой опасности, но я

воспользовался даннымъ случаемъ и умышленно остался недѣятельнымъ, и Б былъ убитъ, – то я подлежу, напр., по нашему праву, на основаніи 1454, 125 и 121 ст. улож., каторжной работѣ отъ 8—10 лѣтъ. Но представимъ себѣ, что нападающій былъ безумный, и дѣяніе, имъ совершенное, не было такимъ образомъ преступленіемъ; или что лицо, смерти котораго я желаю, было дитя 2 или 3 лѣтъ, что напалъ на него не воръ или грабитель, а какое либо животное: собака или пѣтухъ, или гусь, котораго я могъ отогнать или убить,—однимъ словомъ могъ спасти жизнь ребенка, но я не выполнилъ этого умышленно, зазнаемо и казалось бы я также долженъ подлежать тому же наказанію. Тожество основаній должно влечь за собою и тожество послѣдствій. Но затѣмъ, если мы распространимъ понятіе попустительства на тѣ случаи, гдѣ нападеніе на право проистекало отъ силъ природы въ общемъ смыслѣ этого слова, а не отъ злой воли человѣка, то мы должны, оставаясь послѣдовательными, распространить это понятіе и на попустительство результатовъ подобныхъ нападеній. На томъ же основаніи, на какомъ можно признать попустителемъ лицо, не перевязавшее ранъ, нанесенныхъ убійцею, должны мы распространить это понятіе и на лицо, намѣренно не перевезавшее ранъ ребенка, нанесенныхъ клювокъ пѣтуха, когда чрезъ это могла быть спасена его жизнь, или на человѣка, отъ злобы запершаго входъ въ домъ предъ больнымъ или голодающимъ, дотащившимся до его порога, какъ скоро этотъ отказъ сдѣланъ былъ dolo-malo съ знаніемъ и можетъ быть желаніемъ дѣйствительно случившихся послѣдствій отказа.

Такимъ образомъ, наказывая попустительство совершающагося предъ кѣмъ либо преступленія, признавая за гражданами обязанность не только не противодѣйствовать, но положительно содѣйствовать господству правового порядка, мы приходимъ къ слѣдующему разрѣшенію вопроса, насъ занимающаго:

Если извѣстное лицо совершило какое либо дѣйствіе, изъ котораго по естественному порядку вещей произошелъ извѣстный результатъ, то оно считается виновникомъ этого результата, предполагая, разумѣется, при этомъ наличность причинной связи,—условіе, которое я разсмотрю далѣе.

Если же наступленіе этого результата произошло отъ дѣйствія причинъ, не находящихся ни въ какомъ отношеніи къ виновному, будутъ ли эти причины лежать въ дѣятельности другого преступнаго лица или въ силахъ природы, и виновный только

могъ устранить или самое дѣйствіе, или наступленіе результатовъ, но не сдѣлалъ этого, то онъ долженъ быть признанъ попустителемъ.

И дѣйствительно, чѣмъ полнѣе была признаваема государствомъ обязанность каждаго устранять опасности кому либо грозящія, тѣмъ болѣе значенія придавало законодательство бездѣйствію лица, бывшему причиною вреда, ставя это бездѣйствіе въ одну категорію съ содѣяніемъ.

Римское право L. 121 D. de div. reg. juris (50, 17) постановляло: Qui non facit, quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit или L. 9; § 1 de leg. Corn. de falsis (48, 10): eadem poena afficitur etiam is, qui, quum prohibere tale quid posset, non prohibuit,—но ограничивало это только важнѣйшими преступленіями и притомъ съ извѣстными условіями [25]). А каноническое право, считавшее грѣхомъ даже случайное лишеніе жизни, обращавшее исключительное вниманіе только на субъективную сторону, видѣло въ попустительствѣ уже прямое виновничество: Qui potuit hominem liberare morte, et non liberavit, eum occidit (cap. 6 X de homic. (5, 12). [26]).

Также относилась къ этому общенѣмецкая доктрина XVI и XVII столѣтія въ лицѣ ея представителей Карпцова [27]), Бемера. Послѣдній [28]) прямо ставитъ вопросъ о наказуемости бездѣйствія въ зависимость отъ ученія о попустительствѣ, такъ что при разборѣ состава убійства считаетъ вообще излишнимъ различать содѣянія и опущенія; «одинаково, говоритъ онъ, отвѣчаетъ тотъ, кто держитъ мечъ, на который бросается другое лицо, и тотъ, кто мо-

[25]) См. Koestlin, System, стр. 212 пр. 6. Сравни въ особенности приведенное выше L. 9. § 2. D ad. leg. Aqu. (9, 2) или L. 4. dig. de agn. et alendis liberis. (25, 3) Рядъ другихъ примѣровъ у Глазера, в. с. стр. 325—336.

[26]) См. Глазеръ, в. с. стр. 336 и сл. Также Can 21. Dist 86: «Pasce fame morientem. Quisquis enim pascendo hominem servare poteras, si non pavisti, occidisti.»

[27]) Онъ разсматриваетъ этотъ вопросъ спеціально при убійствѣ и особенно при дѣтоубійствѣ, но при осужденіи за бездѣйствіе требуетъ снисхожденія, что объяснялось суровостью казней, назначенныхъ за послѣднее преступленіе.

[28]) Böhmer, Meditationes in Const. Cr. Carolina, art 177. Но уже онъ ставитъ и другое условіе, наличность причинной связи, и требуетъ чтобы это опущеніе было proxima et immediata causâ mortis. См. Глазеръ, в. с. стр. 356.

ритъ кого либо голодомъ». Это же положеніе встрѣчаемъ мы въ законахъ и учебникахъ XVIII столѣтія у Мейстера, Клейна и даже позднѣе у Титмана, Грольмана [29]); Chursächsische Mandat 1773 прямо, напр., постановлялъ, что каждый безъ различія состоянія долженъ спѣшить подъ страхомъ тѣлеснаго наказанія на помощь къ тому, чья жизнь находится, по какой либо причинѣ, въ опасности. Но полное научное развитіе получило это ученіе у Штюбеля [30]). *Ставя безусловнымъ требованіемъ общежитія взаимную помощь всѣхъ его членовъ и основывая на этомъ отвѣтственность попустителей, онъ консеквентно распространялъ это понятіе на всякое бездѣйствіе.* «Кто въ состояніи, говоритъ онъ, устранить результаты какого либо преступленія, тотъ имѣетъ такую же обязанность выполнить это, какъ и тотъ, въ чьихъ силахъ было воспрепятствовать совершенію дѣйствія, изъ котораго состоитъ преступленіе. Случаи совершенно равносильны».

76. Но со Штюбелемъ, такъ сказать, и окончилось господство этой теоріи о полной отвѣтственности за всякое бездѣйствіе [31]), бывшее причиною нарушенія чьихъ либо правъ. Вмѣстѣ съ распространеніемъ кантовскаго ученія о правѣ, область преступленія должна была быть значительно уменьшена, такъ какъ вся задача права ограничивалась устраненіемъ возможности вредить другъ другу. Обязанность помогать интересамъ другихъ членовъ общества сдѣлалась не юридическою, а нравственною обязанностью, дѣломъ совѣсти, не допускавшимъ никакихъ карательныхъ мѣръ, и въ тоже время обязанность предупреждать преступленія вошла

[29]) См. вообще довольно подробную исторію ученія о преступныхъ бездѣйствіяхъ у Глазера, в. с. 324—402. Krug., Abhandlungen aus dem Strafrechte 1 изд. 1855, Ueber Unterlassungsverbrechen. стр. 24 и сл. Luden, Abhandlungen, стр. 219 и сл.

[30]) Ueber den Thatbestand der Verbrechen 1806. обязанность взаимной помощи онъ выводитъ не изъ естественнаго права, а изъ обще-государственнаго. Особенно подробно было развито ученіе о попустительствѣ въ общемъ прусскомъ земскомъ правѣ. Ср. Temme, Tödtung стр. 36 и сл.

[31]) Самъ Stübel, въ позднѣйшемъ своемъ трудѣ: Ueber Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen 1828,—призналъ, что защита лица, которому угрожаютъ нападеніемъ, есть только Tugendpflicht, и что неисполненіе его можетъ влечь только полицейскую отвѣтственность. См. Zirkler въ Weisske Rechtslexicon, на слово Handlung. Бернеръ, Ueber die Theilnahme am Verbrechen, 1849 ст. 232.

въ область спеціальной административной дѣятельности, составила обязанность полиціи [32]).

Это измѣненіе основного взгляда должно было отразиться на измѣненіи ученія объ отвѣтственности за бездѣйствіе, бывшее причиною вреда, а въ частности въ ученіи о попустительствѣ.

Попустительство ограничилось только тѣми случаями, гдѣ виновный могъ предупредить совершеніе самаго *преступнаго* дѣйствія, и то въ большинствѣ кодексовъ сами попустители стали разсматриваться не какъ соучастники, а только какъ прикосновенныя къ дѣлу лица.

Вмѣстѣ съ этимъ ограничилась и область наказуемаго бездѣйствія. Если *обязанность помогать другъ другу есть только обязанность нравственная, то для приданія ей юридическаго характера необходимъ,* какъ говорилъ одинъ изъ основателей новой теоріи, Фейербахъ [33]), *особый Rechtsgrund, а таковымъ можетъ быть или нарушеніе спеціальныхъ обязанностей, возложенныхъ на кого-либо государствомъ, или договоръ.* Но не говоря уже объ этой отвергаемой нынѣ попыткѣ раздѣлить вполнѣ нравственность и право, эта теорія смѣшивала, по справедливому замѣчанію Глазера, понятіе преступныхъ опущеній, какъ неисполненій какихъ-либо спеціальныхъ предписаній и требованій закона (delicta ommissionis), съ преступнымъ бездѣйствіемъ, бывшимъ средствомъ выполненія какого-либо преступленія (delicta ommissionis). Въ этомъ послѣднемъ случаѣ рѣчь идетъ только о томъ, когда запрещеніе закона можетъ быть выполнено и бездѣйствіемъ лица, когда оно заключаетъ въ себѣ такіе элементы, которые даютъ намъ право приравнивать его къ содѣянію. Очевидно, что эти основанія должны заключаться въ самомъ фактѣ, а не въ какихъ-либо соображеніяхъ, поставленныхъ внѣ сущности даннаго факта. Вопросъ о томъ, соотвѣтствуютъ ли дѣйствія лица его обязанностямъ, относится къ внутренней субъективной сторонѣ факта, а не къ объективному характеру самаго дѣйствія. Ошибка была таже, какъ и въ отвергаемой Фейербахомъ теоріи Штюбеля. Какъ тамъ, такъ и здѣсь преступныя бездѣйствія разсматривались совершенно независимо отъ преступныхъ содѣяній, для ихъ наказуемости существовало спеціальное основаніе, Rechtsgrund, тамъ общечеловѣческая обязанность помогать другъ другу, здѣсь спеціальная обязанность, налагаемая закономъ или договоромъ. Но тамъ всеобъемлемость принципа покрывала собою невѣрность исходной точки, и теорія грѣшила только несогласуемостью ея съ условіями общественной жизни; здѣсь, при ограниченности основного начала, безпрестанно высказывался рядъ неразъяснимыхъ противорѣчій, указывавшихъ на несостоятельность этого взгляда. Если мы говоримъ, что одинаково виновенъ въ лишеніи жизни тотъ, кто отрубилъ голову, и тотъ, кто въ теченіи недѣли не далъ кому-либо пищи, то мы видимъ въ послѣднемъ случаѣ преступленіе не потому, что на виновномъ лежала какая-либо спеціально въ законѣ указанная обязанность, а въ существѣ его поступка. Иначе пришлось бы сообразно съ нынѣ дѣйствующими законодательствами, признавать подобные факты ненаказуемыми, такъ какъ нигдѣ не встрѣчаемъ мы спеціальныхъ постановленій о подобной обязанности; а съ другой стороны, закладчикъ, не возвращающій залога, не смотря на уплату долга, и нарушающій тѣмъ спеціальную обязанность, въ законѣ указанную, всетаки не признается нами воромъ, не смотря даже на видимое сходство объективной стороны его поступка и воровства. Кромѣ того, если принять за основаніе отвѣтственность по договору, то мы невольно впадемъ въ рядъ неразрѣшимыхъ вопросовъ: соединимо ли съ понятіемъ подобнаго договора, то представленіе объ условіяхъ договора, которое создаетъ право гражданское; какъ долженъ быть разрѣшенъ тотъ случай, гдѣ исполненіе обязанности падаетъ на нѣсколькихъ лицъ, или когда лицо обязанное предполагало съ большимъ или меньшимъ основаніемъ, что его обязанности будутъ выполнены въ данномъ конкретномъ случаѣ кѣмъ-либо другимъ? [34]).

87. Совсѣмъ на иную точку зрѣнія былъ поставленъ этотъ

---

[32]) Ср. Hepp, Ueber die Nichtverhinderung von bevorstehenden und die unterlassene Anzeige von begangenen Verbrechen A. d. Cr. R. 1837, стр 30

[33]) Lehrbuch изд. 1848 § 24. Эта теорія подробно развита у Шпангенберга, Ueber Unterlassung-verbrechen und deren Strafbarkeit. N. A. d. Cr. R. IV, стр. 527 и сл. Тотъ же взглядъ у Генке, Геберлина, Брейденбаха въ его комментаріѣ, а также Wessely, Ueber Strafbare Unterlassungen nach oesterr. Rechte. Ср. Глазеръ, в. с. стр. 378. Hélie в. с. № 1048, также указываетъ, что и во французской практикѣ признана возможность совершенія убійства бездѣйствіемъ, напр. недачею пищи, лекарства; но что при этомъ судъ долженъ дѣйствовать крайне осторожно, потому что нужно вникнуть въ положеніе больного, въ силу средствъ и въ вѣрность ихъ результатовъ. Бланшъ, Etudes, т. IV № 468, довольствуется общимъ указаніемъ, что убійство можетъ быть совершено и отрицательнымъ способомъ.

[34]) Глазеръ, в. с. стр. 376.

вопросъ Люденомъ [35]). Разобравъ несостоятельность теоріи Фейербаха и Шлангенберга, онъ разъяснилъ, что *возможность разрѣшенія заключается въ анализѣ самаго бездѣйствія, или правильнѣе, въ анализѣ того причиннаго отношенія, въ которомъ оно находится къ возникшему правонарушенію.* А такъ какъ онъ считалъ виновникомъ извѣстнаго явленія не только того, кто привелъ въ движеніе силы природы, расчитывая на дѣйствіе законовъ, присущихъ этимъ силамъ, но и того, кто нашелъ ихъ дѣйствующими и воспользовался ими, если онъ именно могъ управлять ихъ дѣйствіями, и оставилъ ихъ дѣйствовать въ томъ направленіи, въ которомъ ему было желательно, то отсюда вытекало и основаніе для наказуемости преступнаго бездѣйствія. Причемъ самое опредѣленіе возможности предупрежденія извѣстнаго результата разсматривалось какъ вопросъ факта, разрѣшаемый только сообразно съ обстоятельствами даннаго дѣла, такъ что для отвѣтственности за бездѣйствіе вовсе не нужно было никакой спеціальной обязанности налагаемой закономъ. Но, выбравъ эту вѣрную исходную точку, Люденъ затемнилъ ее при подробномъ проведеніи своего начала: не довольствуясь указаннымъ выше объясненіемъ наказуемости преступнаго бездѣйствія, онъ указываетъ далѣе, что всякое бездѣйствіе предполагаетъ какое-либо дѣйствіе, хотя бы простое взираніе (Zusehen) на совершающееся, или удаленіе отъ мѣста и т. п., такъ какъ ничего недѣлающимъ, въ смыслѣ права, человѣкъ не можетъ быть и мыслимъ; что во всякомъ случаѣ и при преступномъ бездѣйствіи человѣкъ совершаетъ какое-либо дѣйствіе, несоотвѣтствующее требованію закона, и что поэтому это положительное дѣйствіе и есть причина совершившагося преступнаго результата и источникъ уголовной отвѣтственности. Такъ что, какъ справедливо замѣчаетъ Кругъ, [36]) если мы представимъ себѣ, что нянька, видя что ввѣренное ей дитя упало въ воду, умышленно не подаетъ ему помощи и въ тоже время вяжетъ чулокъ, то вязаніе чулка нужно признать причиною смерти ребенка. Съ другой стороны, Люденъ относитъ къ области наказуемаго бездѣйствія только невоспрепятствованіе силамъ природы причинить какой-либо вредъ, но исключаетъ отсюда тѣ случаи, когда это невоспрепятствованіе относилось къ дѣйствіямъ какого-либо лица, дѣйствующаго съ преступнымъ намѣреніемъ. Поэтому онъ не признаетъ виновникомъ даннаго явленія того, кто могъ воспрепятствовать совершенію кѣмъ-либо преступленія, но не воспрепятствовалъ, хотя очевидно, что, съ точки зрѣнія причинной связи, въ той формѣ какую ей придаетъ Люденъ, между подобными случаями не существуетъ различія.

[35]) Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte 1840 B. II, Ueber den Thatbestand des Verbrechens стр. 221. См. разборъ его теоріи у Глазера, в. стр. 384—390, Кругъ, в. с. стр. 28.

[36]) в. с. стр. 3 4и сл.

Но не смотря на это, взглядъ Людена по вопросу о преступномъ бездѣйствіи сдѣлался основаніемъ новѣйшей теоріи, разработанной по преимуществу въ трудахъ Глазера и Круга [37]) и опирающейся на то положеніе, что и для отвѣтственности за бездѣйствіе необходимо извѣстное причинное отношеніе между результатомъ, который могъ быть устраненъ виновнымъ, и какою-либо предшествовавшею этому бездѣйствію положительною дѣятельностью.

78. Я старался указать выше, что попытки отыскать основанія наказуемости преступнаго бездѣйствія въ существованіи какой-либо общей или спеціальной обязанности виновнаго оказались несостоятельны, такъ какъ неисполненіе обязанности относится къ внутренней субъективной сторонѣ дѣятеля и не можетъ имѣть какого-либо вліянія на объективную сторону дѣйствія, а между тѣмъ въ послѣдней и должно, очевидно, заключаться разрѣшеніе вопроса. Поэтому-то попытка Людена и должна была имѣть значеніе: было невѣрно только разрѣшеніе, имъ данное. Если

[37]) Temme, Tödtung стр. 37, высказавъ впрочемъ еще прежде положеніе, сходное съ ученіемъ Глазера, но только по отношенію къ прусскому земскому праву и при умышленномъ убійствѣ. Причемъ это толкованіе было имъ почти не мотивировано. «Бездѣйствіе умышленное наказуемо тогда, когда убитый былъ поставленъ какимъ-либо дѣйствіемъ виновнаго въ такое положеніе, что онъ долженъ былъ погибнуть, если не будетъ сдѣлано какого-либо положительнаго дѣйствія, и когда преступникъ также съ намѣреніемъ убить не выполняетъ этого дѣйствія.» Всѣ остальные случаи лишенія жизни бездѣйствіемъ онъ опредѣляетъ, какъ Tödtung aus Lieblosigkeit, какъ дѣянія безнравственныя, грѣховныя, но не преступныя. Но въ своемъ, Lehrbuch des preussischen Strafrechts стр. 262 и 788, онъ вовсе отрицаетъ преступность лишенія жизни бездѣйствіемъ. См. contra Гельшнеръ System II, стр. 67 пр. 2. Ср. объ этомъ вопросѣ также у Merkel'я, Kriminalistische Abhandlungen 1867. I. стр. 76 и сл.; Buri, Ueber die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung. Gerichtssaal 1869, № 3.

какое либо дѣйствіе совершается подъ вліяніемъ извѣстныхъ причинъ, и человѣкъ стоитъ внѣ еферы этихъ причинъ, то невозможно отыскать и никакой причинной связи между его поступками и наступившими результатами; явленіе совершится, хотя бы мы совершенно устранили данное лицо, предположили что онъ умеръ, уничтожился и т. п., а потому мы и не можемъ назвать его виновникомъ или причиною даннаго факта, не дѣлая какихъ-либо насилій логикѣ. Людонъ самъ созналъ это, а потому, какъ мы видѣли, пытался устранить это тѣмъ предположеніемъ, что всякое бездѣйствіе необходимо предполагаетъ дѣйствіе ему одновременное, и это послѣднее и есть истинная причина явленія, но подобное предположеніе оказалось уже слишкомъ отвлеченнымъ.

Какъ мнѣ кажется, истинную грань мы получимъ, сравнивъ различныя здѣсь встрѣчающіяся комбинаціи и раздѣливъ ихъ на нѣсколько категорій.

А подходитъ къ берегу рѣки и видитъ, что Б тонетъ; имѣя возможность спасти Б, А не подаетъ ему помощи съ желаніемъ смерти Б., и тотъ дѣйствительно утопаетъ.

Мамка допустила ребенка играть по берегу пруда, и тотъ упалъ въ прудъ; она умышленно не подала помощи, и ребенокъ утонулъ.

Оба случая близко подходятъ другъ къ другу, и тамъ и тутъ смерть лица произошла вслѣдствіе естественнаго хода явленій, въ которыхъ участія виновный не принималъ, а между тѣмъ между ними есть существенное различіе по отношенію къ той связи, которая существуетъ между поведеніемъ виновнаго и смертью.

Если мамка не находилась при ребенкѣ, онъ былъ бы ввѣренъ надзору какого-либо другого лица, и то опасное положеніе, которое произвело смерть ребенка, могло бы не существовать. Она была *причиною* того опаснаго положенія, въ которое было поставлено дитя, и отвѣчаетъ за его послѣдствія, которыхъ наступленіе, слѣдовательно, вообще стало возможно вслѣдствіе ея дѣйствія.

Или возьмемъ нѣсколько другихъ примѣровъ:

Представимъ себѣ, что кто-нибудь уговорилъ другого заплыть въ глубину, обѣщая ему помощь, и затѣмъ умышленно оставилъ его, и тотъ утонулъ; опять мы видимъ, что это лицо отвѣчаетъ, хотя на немъ и не лежало никакой спеціальной обязанности, и отвѣчаетъ потому, что оно было причиною опаснаго положенія, кончившагося смертью Б.

Или положимъ врачь, призванный къ постели больного, принимаетъ на себя обязанность лечить его, но умышленно или по небрежности не перевязываетъ ему раны, и тотъ умираетъ.

А, найдя на улицѣ больного или умирающаго, переноситъ его къ себѣ или заставляетъ перенести его къ себѣ подъ тѣмъ предлогомъ, что онъ дастъ ему пристанище и уходъ. но затѣмъ не оказываетъ ему никакой помощи, и тотъ умираетъ.

Очевидно, что и здѣсь *дѣйствія виновныхъ, устраняя возможность вмѣшательства какихъ-либо другихъ лицъ, были одной изъ причинъ опаснаго положенія, кончившагося смертью, а слѣдовательно, дѣлаютъ ихъ отвѣтственными и за результаты.*

На основаніи того же принципа нетрудно опредѣлить отвѣтственность лица и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ его бездѣйствіе было въ тоже время и нарушеніемъ какихъ-либо спеціальныхъ юридическихъ обязанностей.

А видя, что часовой, приставленный къ спуску рѣки, не предупреждаетъ его объ опасности, переправляется чрезъ рѣку, попадаетъ въ полынью и тонетъ.

Пассажиръ на желѣзной дорогѣ сталъ неосторожно одной ногой на платформѣ, а другой въ вагонѣ, въ надеждѣ, что кондукторъ или вообще начальство дороги предупредитъ его о томъ времени, когда поѣздъ тронется; но предувѣдомленія не послѣдовало, и пассажиръ искалѣченъ или убитъ.

Надзиратель тюрьмы не даетъ пищи арестанту, находящемуся подъ его надзоромъ.

Очевидно, что отвѣтственность часавого или служащаго на желѣзной дорогѣ въ подобныхъ случаяхъ также сводится къ тому, что онъ былъ причиною опаснаго положенія, кончившагося стертью. Никто не довѣрилъ бы ни своей личности, ни своего имущества, еслибы не былъ увѣренъ, что со стороны служащихъ лицъ будутъ приняты всѣ необходимыя мѣры предосторожности. Государство не отправило бы этого арестанта въ эту тюрьму, назначило бы другого надзирателя, еслибы знало, что со стороны прежняго начальника не будутъ выполнены его служебныя обязанности.

Какъ въ первой группѣ примѣровъ причинная связь выражается съ внѣшней стороны въ фактическомъ принятіи на себя извѣстной обязанности, принятіи устраняющемъ вмѣшательство всѣхъ другихъ лицъ, такъ во второй она проявляется въ формѣ юридическихъ обязанностей. Но мы можемъ отыскать и третью

категорію, *гдѣ отвѣтственность возникаетъ изъ естественныхъ отношеній, существующихъ между жертвою и обвиняемымъ.* Если мать не перевязываетъ умышленно пуповины своему новорожденному младенцу, и тотъ умираетъ; отецъ оставляетъ безъ пищи своего ребенка и т. п.,—очевидно, что они также должны быть признаны причиною опаснаго положенія малютки, кончившагося его смертью. Самый фактъ существованія этихъ лицъ устранялъ со стороны государства возможность озаботиться о ребенкѣ и устранить тѣ гибельные результаты, которые произошли отъ бездѣйствія его родителей.

Такимъ образомъ виновный въ пустомъ бездѣйствіи, въ невоспрепятствованіи причиненія смерти данному лицу, когда это воспрепятствованіе было въ его силахъ, *отвѣчаетъ, какъ скоро онъ былъ причиною (или одною изъ причинъ) того положенія, изъ котораго возникла не отвращенная имъ опасность*, чрезъ что онъ сталъ причиною и самыхъ вредъ наносящихъ результатовъ.

Разумѣется и здѣсь можно говорить о нарушеніи лицомъ принятыхъ на себя обязанностей, но уже совершенно не въ томъ смыслѣ, какъ дѣлала это теорія Фейербаха. Не потому извѣстное лицо разсматривается какъ причина смерти, справедливо замѣчаетъ Глазеръ [38]), что оно имѣетъ обязанность отстранять какую либо опасность, а потому, что взятіемъ на себя подобной обязанности оно создало такое положеніе вещей, при которомъ достаточно было простого бездѣйствія, чтобы сдѣлать несчастье неотвратимымъ. Причемъ, разумѣется, эта отвѣтственность будетъ опредѣляться или за умыселъ, или за неосторожность, смотря по характеру воли лица.

Но если подобнаго условія не существуетъ, слѣдовательно, если между бездѣйствіемъ подсудимаго и смертью лица нельзя отыскать причинной связи, даже и въ формѣ выше указанной, то, какъ бы ни было безнравственно дѣяніе, оно не можетъ быть сочтено преступленіемъ, такъ какъ современное право не знаетъ обязанности каждаго лица предупреждать возможныя нарушенія правъ другихъ лицъ.

79. Къ этимъ же выводамъ переходитъ теперь положительное право. Общая обязанность помогать лицамъ, находящимся въ

[38]) В. с. стр. 316. Сравни также Кругъ, в. с. стр. 34 и сл.

опасности, признаваемая еще въ баварскомъ уложеніи 1813 г., постепенно теряла свое значеніе и по отношенію къ объему дѣяній, къ ней относимыхъ, и по степени вліянія на отвѣтственность виновныхъ въ подобномъ бездѣйствіи. По баварскому кодексу виновные разсматривались только какъ пособники 3-й степени и подлежали или выговору, или тюремному заключенію до 1 мѣсяца, и только тамъ, гдѣ при бездѣйствіи они осуществляли какой либо свой собственный интересъ, — заключенію въ рабочемъ домѣ до 6 лѣтъ. Кромѣ того всѣ эти кодексы признавали обязанность воспрепятствованія только по отношенію къ *преступленіямъ*, и иногда даже исключительно къ наиболѣе тяжкимъ, какъ наприм. Пруссія (§ 39), Саксонія (§ 70), Баденъ (§ 146), ограничивавшій это попустительствомъ преступленій, влекущихъ смертную казнь или Zuchthaus не менѣе 10 лѣтъ, и только напр. Виртембергскій полицейскій кодексъ (§ 32) говорилъ объ отвѣтственности тѣхъ, которые могли спасти жизнь человѣка, находящагося въ опасности, и не сдѣлали этого.

Но изъ этихъ ограниченій никакъ нельзя заключить, чтобы вообще осуществленіе преступнаго умысла бездѣйствіемъ, или даже причиненіе этимъ путемъ смерти по неосторожности, было ненаказуемо. Напротивъ того, большинство нѣмецкихъ кодексовъ прямо говорятъ, что преступленіе можетъ состоять и въ преступномъ содѣяніи и бездѣйствіи, что убійство можетъ быть выполнено какъ противузаконнымъ дѣйствіемъ, такъ и опущеніемъ, но самое понятіе бездѣйствія, опредѣленіе предѣловъ, до которыхъ простирается его наказуемость, предоставляетъ практикѣ [39]) и доктринѣ. Также и code pénal не содержитъ никакихъ указаній объ отвѣтственности за преступное бездѣйствіе, но практика разрѣшила этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ. Французскій кассаціонный судъ, рѣшеніемъ отъ 7 января 1859 г., призналъ

[39]) Исключеніе въ этомъ отношеніи составляетъ Виртембергскій кодексъ, который дастъ въ § 236 опредѣленіе согласно теоріи Фейербаха: въ убійствѣ виновенъ также и тотъ, кто въ силу спеціальной законной обязанности долженъ былъ сдѣлать что-либо и чрезъ свое бездѣйствіе причинилъ смерть человѣку. Въ томъ же смыслѣ разрѣшилъ этотъ вопросъ Берлинскій Obertribunal, признавая отвѣтственность за лишенія жизни тамъ, гдѣ существовала особенная обязанность (Rechtspflicht) дѣйствовать. См. Оппенгофъ, в. с. § 175 пр. 14. Гельшнеръ, System II, стр. 68, также требуетъ для наказуемости бездѣйствія, чтобы виновный имѣлъ спеціальную правовую обязанность заботиться о поддержаніи жизни умершаго.

напр., что содержательница гостинницы, не подавшая помощи заболѣвшей постояльцѣ и воспретившая прислугѣ оказать таковую, виновна въ неумышленномъ убійствѣ, потому что какъ скоро больной былъ принятъ въ гостинницу, то хозяинъ самъ или чрезъ своихъ слугъ долженъ оказать всѣ необходимыя и естественныя заботы, вызываемыя положеніемъ больного.

80. Обращаясь къ нашему праву, мы находимъ здѣсь прежде всего остатки прежняго взгляда на обязанность лица оказывать содѣйствіе неприкосновенности правового порядка. Это именно постановленія ст. 1521, по которой всякій, кто «видя человѣка погибающаго и имѣя возможность подать ему помощь безъ явной для себя опасности, или же призвать къ нему на помощь другихъ, или мѣстную полицію, не приметъ никакихъ для спасенія его мѣръ, тотъ за сіе, если онъ христіанинъ и отъ сей нечувствительности и небреженія его оставленному послѣдуетъ смерть: Предается церковному показанію по распоряженію своего духовнаго начальства.»

Но уже, какъ видно изъ самой санкціи закона, на это бездѣйствіе уложеніе смотритъ болѣе какъ на дѣяніе безнравственное, антирелигіозное, чѣмъ на преступленіе въ полномъ смыслѣ этого слова. Но этими постановленіями ст. 1521 далеко не охватываются всѣ случаи преступнаго бездѣйствія, сопровождавшагося лишеніемъ кого-либо жизни. Въ уложеніи есть рядъ указаній на то, что при извѣстныхъ условіяхъ наказаніе за бездѣйствіе ставится наравнѣ съ преступнымъ содѣяніемъ.

Такъ создаетъ уложеніе спеціальный видъ прикосновенности къ преступленію, именно попустительство, подъ которое подводятся дѣйствія лицъ, имѣвшихъ власть или возможность предупредить преступленіе, но съ намѣреніемъ, или по крайней мѣрѣ завѣдомо допустившихъ содѣяніе онаго (ст. 14 п. 1), которые подлежатъ наказанію двумя степенями ниже противу сообщниковъ преступленія (ст. 125). Исходный пунктъ этихъ постановленій — таже теорія объ юридической обязанности поддержанія правового порядка, но ограниченная устраненіемъ *только* опасности, грозящей отъ преступныхъ дѣйствій лица; такъ что это понятіе попустительства не можетъ быть распространено ни на неустраненіе результатовъ, проистекающихъ отъ какого либо преступленія, ни на неустраненіе опасностей, проистекающихъ не отъ преступной воли человѣка, а отъ какихъ-либо другихъ причинъ.

Далѣе уложеніе, опредѣляя убійство, какъ умышленное или неосторожное лишеніе жизни, вовсе не ограничиваетъ этого понятія случаями положительнаго воздѣйствія виновнаго на пострадавшаго и не устраняетъ отвѣтственности за лишеніе жизни отрицательнымъ способомъ—бездѣйствіемъ. Напротивъ того, мы найдемъ подтвержденіе противоположнаго взгляда, какъ спеціально по отношенію къ убійству [40]), такъ и въ другихъ отдѣлахъ уложенія. Сюда относится, во-первыхъ, ст. 1519, по которой самовольное оставленіе человѣка въ такомъ мѣстѣ и положеніи, гдѣ жизнь его подвергалась опасности, если оно было послѣдствіемъ намѣренія лишить его жизни, подвергаетъ виновнаго наказанію по ст. 1454, какъ за убійство съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ. Здѣсь уложеніе признаетъ возможность осуществленія умысла и бездѣйствіемъ, оставленіемъ въ опасномъ мѣстѣ, предполагая, какъ видно изъ текста закона, что дѣйствія виновнаго были причиною

---

[40]) Нечего и говорить о тѣхъ случаяхъ, гдѣ смерть была результатомъ положительныхъ дѣйствій виновнаго, отдѣленныхъ отъ момента совершенія преступленія болѣе или менѣе значительнымъ промежуткомъ времени и отъ того пріобрѣтающихъ иногда форму бездѣйствія. Наказуемость подобныхъ случаевъ была указана, между прочимъ, государственнымъ совѣтомъ по дѣлу Евтуховой (Сборникъ мнѣній государственнаго совѣта, стр. 72), гдѣ онъ нашелъ: «что же касается до наказанія Евтуховой по ст. 1451, въ томъ *соображеніи, что бутылка съ отравою оставлена была ею въ незапертомъ сундукѣ, въ виду ея мужа и для его покушенія*, то изъ дѣла видно: что способъ отправленія долженъ былъ состоять въ томъ, чтобы давать онаго понемногу мужу въ питьѣ, дабы онъ сначала занемогъ, а потомъ умеръ, что въ искушеніи мужа не только не было никакой надобности, но это было бы въ явномъ противорѣчіи съ замыслами подсудимой». Другой любопытный примѣръ этого рода представляетъ дѣло Устиньи Филипповой, С. В. 1867, №229. Она обвинялась въ томъ, что, задумавъ отравить мужа, приготовила лепешки съ ядомъ, но на дорогѣ къ мужу, эти лепешки, лежавшія въ задкѣ тѣлеги, въ мѣшкѣ, были отысканы ямщикомъ, который вмѣстѣ съ другимъ сѣдокомъ съѣлъ одну изъ лепешокъ, отчего и умеръ. Филиппова была наказана по 1466 ст., какъ виновная въ неосторожномъ обращеніи съ ядовитыми веществами, отчего послѣдовала смерть. Наконецъ, нельзя не указать на дѣло Пѣтухова (Ж. М. Ю. 1864 г.), въ которомъ всѣ судебныя инстанціи признали оберъ-кондуктора царскосельской дороги, Гельцера, виновнымъ въ небреженіи своими обязанностями и отвѣтственнымъ за происшедшее вслѣдствіе этого увѣчье крестьянина Пѣтухова, и приговорили по ст. 1494 улож. См. также дѣло о Морбейнахъ, обвиняемыхъ въ умерщвленіи отдаваемыхъ имъ дѣтей, чрезъ *изнуреніе* ихъ. Сборникъ рѣшеній прав. сената, № 1275.

подобнаго опаснаго положенія пострадавшаго [41]). А признавъ это начало по отношенію къ даннымъ случаямъ, мы должны распространить его по правиламъ логическаго толкованія закона и на другіе таковые-же, т. е. признать убійство, напр., врача, принявшаго на себя обязанность пользованія раненнаго и умышленно не перевязавшаго его ранъ, сторожа, не исполнившаго своей обязанности и лишившаго арестанта пищи, и т. п.

Это же подтверждаетъ и разсмотрѣніе цѣлаго ряда статей въ другихъ отдѣлахъ уложенія, гдѣ также бездѣйствіе лица ставится наравнѣ съ содѣяніемъ.

Такимъ образомъ, напр., ст. 342 уложенія постановляетъ: «когда дозволившій себѣ превышеніе власти или оставшійся въ противозаконномъ бездѣйствіи учинилъ сіе въ намѣреніи или сдѣлать или попустить преступленіе, за которое поставлено закономъ наказаніе уголовное, то онъ приговаривается, въ первомъ случаѣ (когда имѣлъ намѣреніе сдѣлать):

къ высшей мѣрѣ наказанія, опредѣленнаго за то преступленіе,

а во 2-мъ (когда имѣлъ намѣреніе попустить):

или также къ высшей мѣрѣ наказанія за то преступленіе опредѣленной,

или же къ одному изъ наказаній, постановленныхъ за участіе въ преступленіи».

А ст. 446 распространяетъ это на чиновниковъ полиціи, когда они съ умысломъ допустили совершеніе какого либо преступленія.

Еще болѣе постановленій, относящихся къ данному вопросу найдемъ мы въ раздѣлѣ VIII при изложеніи проступковъ противъ общественнаго благоустройства и благочинія.

Такимъ образомъ, напр., постановленія статьи 1521 повторяются безъ всякой, впрочемъ, нужды въ ст. 1208:

«Кто, будучи въ состояніи, безъ явной для своей жизни опасности дать помощь утопающему, вслѣдствіе кораблекрушенія, не сдѣлаетъ сего, тотъ подлежитъ за сіе

наказанію по ст. 1521».

Такъ какъ случай, здѣсь указанный, составляетъ одинъ изъ частныхъ фактовъ, вполнѣ обнимаемыхъ ст. 1521.

---

[41]) Еще яснѣе указывается это въ ст. 1520, которая говоритъ объ оставленіи безъ помощи, хотя съ знаніемъ опасности, но безъ прямого намѣренія лишить жизни.

Далѣе, говоря въ ст. 1203 и 1204 о различныхъ дѣйствіяхъ, которыя могутъ быть предпринимаемы виновными съ цѣлью поставить корабль въ опасное положеніе, законъ относитъ туда и незажженіе маяковъ въ указанное на то время, слѣдовательно бездѣйствіе виновнаго.

Наконецъ, всего полнѣе высказывается этотъ взглядъ въ ст. 1207.

«Кто будетъ препятствовать находящимся на претерпѣвающемъ или претерпѣвшемъ крушеніе кораблѣ или иномъ суднѣ людямъ спасаться или выйти на берегъ, или же будетъ препятствовать другимъ въ оказаніи имъ помощи, тотъ за сіе подвергается:

наказанію, опредѣленному за умышленное смертоубійство въ ст. 1453».

Причемъ, какъ можно видѣть изъ смысла этихъ двухъ сопоставленныхъ статей, законъ имѣетъ въ виду тѣ случаи, когда препятствованіе спастись окончилось чьею либо смертью; въ противномъ случаѣ мы имѣли бы только покушеніе. Сверхъ того, препятствованіе должно быть умышленное, хотя можетъ быть и безъ намѣренія лишить жизни.

81. Въ виду сдѣланнаго выше теоретическаго разбора и приведенныхъ мною статей уложенія, я считаю возможнымъ прійти къ *слѣдующимъ выводамъ* относительно преступнаго дѣйствія при убійствѣ по нашему праву.

Лишеніе жизни, какъ умышленное, такъ и неосторожное, можетъ быть совершено прямымъ приложеніемъ физическихъ силъ преступника, или *непосредственно* вызывавшемъ дѣйствіе силъ, прекратившихъ существованіе жертвы, или же *непосредственно*, когда приложеніе его силъ является только начальнымъ звеномъ, первымъ толчкомъ въ цѣпи болѣе или менѣе сложныхъ явленій, опредѣлившихъ этотъ результатъ. Причемъ нерѣдко совершившееся событіе получаетъ по своей формѣ характеръ бездѣйствія, но при его подробномъ анализѣ мы всегда найдемъ положительное воздѣйствіе виновнаго, вызвавшее дѣйствіе различныхъ силъ.

Это положительное воздѣйствіе не всегда заключается въ *возбужденіи* силъ природы, необходимыхъ для достиженія даннаго результата; иногда лицо можетъ воспользоваться уже дѣйствующими силами и придать имъ извѣстное направленіе. Или же, не

дѣйствуя на самыя силы, видоизмѣнять обстоятельства и условія, при которыхъ они дѣйствуютъ, причемъ или будутъ устраняемы препятствія, мѣшающія дѣйствію этихъ силъ, или созданы условія, сдѣлавшія возможнымъ ихъ дѣйствіе.

Подъ это послѣднее понятіе должны быть подведены и тѣ случаи, въ которыхъ самое событіе совершается подъ вліяніемъ причинъ и условій, стоящихъ внѣ дѣятельности даннаго лица, гдѣ съ его стороны существовала только возможность своимъ вмѣшательствомъ или уничтожить эти условія, или вообще воспрепятствовать дѣйствію этихъ силъ,—однимъ словомъ, когда виновный обвиняется въ лишеніи жизни умышленнымъ или неосторожнымъ бездѣйствіемъ. Отвѣтственность при этомъ можетъ быть только тогда, когда самое опасное положеніе или, другими словами, рядъ условій, при которыхъ могли и стали дѣйствовать эти силы, было произведено при участіи виновнаго и если это устраненіе опасности было возможно для виновнаго, т. е. не было соединено съ потерею или опасностью потери какихъ либо его правъ.

Подобное постановленіе въ опасное положеніе можетъ по своей формѣ вытекать или изъ дѣйствительнаго соглашенія, договора между жертвою и виновнымъ (обѣщаніе пловца дать помощь), или изъ существа обязанностей, лежавшихъ на бездѣйствовавшемъ, въ силу ли его занятія и дѣятельности (бездѣйствіе мамки, сторожа, лицъ, служащихъ на желѣзной дорогѣ), или въ силу естественныхъ отношеній (мать, не перевязавшая пуповину, отецъ, лишившій пищи ребенка).

Но во всѣхъ этихъ случаяхъ источникъ отвѣтственности заключается не въ нарушеніи обязанности, а въ причинномъ отношеніи, хотя и отдаленномъ, существовавшемъ между извѣстною положительною дѣятельностью лица и опаснымъ положеніемъ, кончившимся смертью. «Правовое значенье бездѣйствія, совершенно вѣрно замѣчаетъ Меркель, всегда исключительно зависитъ отъ предшествовавшаго активнаго поведенія виновнаго». Характеръ и важность лежащихъ на лицѣ обязанностей можетъ только иногда вліять на степень уголовной отвѣтственности.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ причиненіе смерти бездѣйствіемъ должно быть поставлено совершенно наравнѣ съ преступнымъ дѣйствіемъ, т. е. наказуемо, смотря по характеру умысла, на основаніяхъ, указанныхъ выше въ § 3-мъ. При этомъ нельзя не замѣтить, что для отвѣтственности за бездѣйствіе вовсе не требуется, чтобы рѣшимость на подобное оставленіе безъ помощи

явились въ самый моментъ того положительнаго дѣйствія лица въ которомъ заключается истинная причина наказуемости даннаго бездѣйствія. Если А уговорилъ Б заплыть въ глубину, обѣщая помощь, и затѣмъ оставилъ его въ опасности и тотъ утонулъ, то для отвѣтственности А за умышленное убійство безразлично, явился ли преступный умыселъ въ то время, когда онъ давалъ обѣщаніе, или когда онъ былъ въ глубинѣ [42]).

За исключеніемъ этихъ случаевъ, бездѣйствіе лица, не воспрепятствованіе съ его стороны наступленію какихъ либо нарушеній правъ другого лица, какъ бы легка ни была эта помощь, съ какою бы цѣлью и умысломъ ни дѣйствовалъ виновный, является только нарушеніемъ нравственной обязанности помогать ближнему, находящемуся въ нуждѣ и несчастіи, но не обязанности юридической: neminem laedere. Отвѣтственность при подобныхъ условіяхъ можетъ быть только, по ст. 1521 или 1207, религіознаго, но не гражданскаго характера.

Но, впрочемъ, и при этихъ условіяхъ тамъ, гдѣ дѣйствіе, угрожающее чьимъ-либо правамъ, проистекало отъ преступной воли человѣка и данное лицо имѣло власть и возможность воспрепятствовать самому преступному дѣйствію (а не его результатамъ) и не сдѣлало этого, то оно признается отвѣтственнымъ, какъ попуститель преступленія, хотя подобное ограниченное понятіе попустительства, составляющее остатокъ господствовавшей нѣкогда теоріи объ уголовной отвѣтственности всякаго бездѣйствія, не опирается ни на какой строго проведенный принципъ.

82. Но это *положительное воздѣйствіе можетъ быть выполнено всякими средствами*, пригодными вообще или, по крайней мѣрѣ, въ данномъ случаѣ. Классификаціи средствъ на законопротивныя и непреступныя не знаетъ ни теорія [43]), ни положитель-

---

[42]) Ср. Глазеръ, в. с. стр. 312; а въ осебенности Меркель, в с. стр. 82 и сл., но онъ требуетъ, впрочемъ, предвидѣнія результатовъ или возможности предвидѣнія въ самый моментъ положительнаго дѣйствія. См. Conira Бури, в. с. стр. 201 и сл. Ошибка Меркеля, по справедливому указанію Бури, заключается именно въ томъ, что онъ считаетъ элементомъ, опредѣляющимъ отвѣтственность, не ту волю, которая выразилась въ моментъ преступнаго бездѣйствія, а ту, которая была въ моментъ положительнаго дѣйствія. Разборъ различныхъ спорныхъ вопросовъ о границахъ при этомъ между dolus и culpa у Бури, в. с стр. 207.

[43]) Впрочемъ у насъ пытается провести противоположный взглядъ г. Че-

ное право. Мало того, при извѣстныхъ условіяхъ, какъ я укажу далѣе, эти средства могутъ быть не только матеріальныя, физическія, но и психическія. Въ этомъ смыслѣ отбросило наше уложеніе опредѣленіе убійства, которое дѣлалъ сводъ законовъ 1832 года ст. 330:

«Насильственная смерть, причиненная другому нанесеніемъ ранъ, ушиба или отравленіемъ, почитается смертоубійствомъ»,

и даетъ иное, болѣе общее: что убійство есть лишеніе жизни, предоставляя самое опредѣленіе способовъ убійства судьѣ.

83. Но какимъ бы способомъ ни было совершено убійство, во всякомъ случаѣ *необходимо, чтобы между дѣйствіемъ, совершеннымъ виновнымъ и послѣдовавшимъ видоизмѣненіемъ внѣшняго міра существовало извѣстное соотношеніе, какъ между причиною и слѣдствіемъ,*—соотношеніе, которое мы называемъ технически причинною связью. Безъ ея наличности преступленіе немыслимо. Въ самомъ дѣлѣ, мы можемъ представить себѣ въ какомъ либо случаѣ наличность преступнаго умысла, попытку его осуществленія, и воспроизведеніе желаемаго результата, мало того, даже извѣстное совпаденіе между ними во времени и тѣмъ не менѣе отсутствіе преступленія. Представимъ себѣ, что извѣстное лицо, въ намѣреніи поджечь домъ, подкладываетъ горючіе матеріалы, но они тухнутъ, и въ то же самое время ударяетъ молнія въ домъ и истребляетъ

бышевъ-Дмитріевъ, О покушеніи, 1866, стр. 27, говоря: «нельзя въ *большинствѣ* случаевъ видѣть преступленіе въ правонарушеніи, совершенномъ *не тѣмъ способомъ, какой имѣлъ въ виду законъ* запретить подъ страхомъ уголовнаго наказанія—не всякое лишеніе жизни будетъ преступленіемъ убійства... Если кто испугаетъ или разсердитъ опасно больного, съ намѣреніемъ причинить ему смерть, и достигаетъ своей цѣли—тотъ не можетъ считаться убійцею въ уголовномъ, юридическомъ смыслѣ... Уголовное правосудіе имѣетъ своимъ объектомъ волю не безнравственную, а преступную волю, избравшую такія *средства* для нарушенія права, *которыя считаются закономъ* за особенно безнравственныя или за особенно вредныя или опасныя, и признаются *преступными*... Это положеніе слишкомъ ясно, и я распространился о немъ единственно потому, что криминалисты не всегда даютъ способу правонарушенія надлежащее значеніе». Но не смотря на это удостовѣреніе въ ясности этой мысли, нельзя не пожалѣть, что авторъ не представилъ списка тѣхъ средствъ, которыя законъ считаетъ преступными, и не указалъ тѣ статьи закона, изъ которыхъ выведено это мнѣніе, или не сдѣлалъ ссылки на теоретиковъ, у которыхъ было бы подробнѣе мотивировано это ученіе.

его, или что А подаетъ Б отраву, но прежде, чѣмъ послѣдній принялъ ее, съ нимъ сдѣлался апоплексическій ударъ, и онъ умеръ. Не смотря на наличность желаемаго результата, мы признаемъ въ данномъ случаѣ только покушеніе на поджогъ или на убійство, а не выполненіе ихъ, такъ какъ здѣсь отсутствуетъ причинная связь. Это причинное соотношеніе между дѣйствіемъ лица и совершившимся фактомъ есть явленіе весьма сложное, въ силу чего и самое ученіе объ этомъ вопросѣ играетъ важную роль въ теоріи уголовнаго права, особенно при убійствѣ.

Дѣйствіемъ мы называемъ примѣненіе или приложеніе нашихъ силъ къ предметамъ внѣшняго міра съ цѣлью видоизмѣненія ихъ содержанія, состава или условій и обстоятельствъ ихъ бытія. Иногда, въ рѣдкихъ сравнительно случаяхъ, для произведенія желаемаго или предполагаемаго видоизмѣненія достаточно только нашихъ мускульныхъ движеній, но въ большей части случаевъ оно вызываетъ и требуетъ цѣлаго ряда другихъ физическихъ силъ. которыхъ совмѣстное дѣйствіе обусловливаетъ появленіе даннаго результата, а это въ свою очередь ведетъ къ розысканію другаго вопроса: какую же роль должно играть собственное дѣйствіе лица въ этомъ ряду содѣйствующихъ силъ, чтобы оно могло сохранять названіе причины, — вопросъ, который и составляетъ главный пунктъ о причинной связи. Въ тѣхъ преступленіяхъ, гдѣ для полноты ихъ состава законъ требуетъ только извѣстнаго преступнаго дѣйствія, вопросъ о результатахъ и ихъ причинномъ отношеніи къ дѣйствію не имѣетъ значенія, но тамъ, гдѣ для понятія преступленія требуется достиженія извѣстныхъ результатовъ, тамъ это ученіе, наоборотъ, занимаетъ первое мѣсто, а такимъ преступленіемъ, и является именно убійство, такъ какъ для полнаго его состава, кромѣ дѣйствія — преступнаго посягательства на жизнь, законъ требуетъ и послѣдствія—смерти жертвы, а потому я и считаю необходимымъ болѣе подробно остановиться на разсмотрѣніи этого ученія.

84. Причинное отношеніе, существующее между извѣстнымъ результатомъ и дѣйствіями лица, можетъ быть разсматриваемо съ нѣсколькихъ точекъ зрѣнія.

Во 1-хъ, *мы различаемъ результаты дѣйствія по степени вѣроятности ихъ наступленія*; съ этой стороны результаты дѣйствія могутъ быть: *необходимые* или неизбѣжные, которыхъ наступленіе было бы полнымъ нарушеніемъ естественныхъ законовъ,

напр. смерть лица при отсѣченіи ему головы, лишеніи воздуха, пищи, и т. п.; *вѣроятные*, когда они сопровождаютъ *въ большей части случаевъ* извѣстное дѣйствіе, но причемъ для насъ вполнѣ мыслимо и противоположное, т. е. не появленіе ихъ—напр. выстрѣлъ пулею въ упоръ, въ грудь — по отношенію къ смерти, какъ послѣдствію этого дѣйствія; *случайные*, когда по обыкновенному ходу дѣлъ подобныя послѣдствія не являются, но въ отдѣльномъ случаѣ мы можемъ представить себѣ ихъ наступленіе—напр. легкій ударъ палкою по головѣ и причиненіе имъ смерти—и, наконецъ, *невѣроятные* или невозможные, когда по естественному порядку вещей, ихъ появленіе немыслимо и самый фактъ ихъ существованія пришлось бы приписать или сверхъестественнымъ причинамъ, или существованію силъ и законовъ, не только незвѣстныхъ но и не подозрѣваемыхъ лицомъ, напр. легкое прикосновеніе руки къ платью и причиненіе смерти.

Во 2-хъ, это *дѣленіе послѣдствій*, по степени большей или меньшей вѣроятности ихъ наступленія, *можетъ относиться или ко всѣмъ вообще лицамъ*, при всѣхъ условіяхъ совершенія даннаго дѣйствія, такъ называемыя *общія* или обыкновенныя послѣдствія; *или же* они пріобрѣтаютъ то или другое качество *только въ отдѣльныхъ случаяхъ*, въ силу особенной конструкціи даннаго лица или спеціальныхъ условій мѣста или времени совершенія—спеціальныя или *особенныя* послѣдствія. Такимъ образомъ, напр., смерть лица отъ легкаго удара по головѣ можетъ быть вообще опредѣлена, какъ случайное или, самое большое, вѣроятное послѣдствіе, а нанесеніе того же удара лицу, голова у котораго была трепанирована, будетъ неизбѣжнымъ или самое меньшее вѣроятнымъ послѣдствіемъ; смерть лица раздѣтаго до-гола лѣтомъ, днемъ, на улицѣ какого либо города, будетъ по отношенію къ данному дѣйствію результатомъ случайнымъ или невѣроятнымъ, смерть въ силу оставленія зимою, во вьюгу, среди лѣса или на дорогѣ, далекой отъ всякаго жилья, будетъ послѣдствіемъ необходимымъ или вѣроятнымъ.

Въ 3-хъ, *эти послѣдствія могутъ быть* вызваны исключительно дѣйствіемъ лица, быть его *непосредственнымъ результатомъ*, или же какими либо постороннимъ силами, присоединившимися къ данному дѣйствію, — *посредственный результатъ*. Причемъ опять-таки эти силы опредѣлившія данный результатъ, могли быть *вызваны* дѣйствіями лица, напр. кто либо нанесъ другому, съ цѣлью лишить его жизни, раны, а пострадавшій умеръ

отъ воспаленія, вызваннаго этими ранами, отъ истеченія кровью и т. д., или же, напротивъ, эти силы могутъ *случайно присоединиться* къ дѣйствію, находиться въ совершенно независимомъ отношеніи къ виновному, напр. молнія убила раненаго, врачъ умышленно разстроилъ раны и сдѣлалъ ихъ опасными, самъ больной умышленно не исполнялъ предписаній врача, сорвалъ перевязку и т. д.

Какое же значеніе имѣютъ эти различныя дѣленія по отношенію къ уголовной отвѣтственности лица?

85. Что касается до *перваго дѣленія*, то было время, когда оно дѣйствительно играло огромную роль. Въ учебникахъ уголовного права, какъ у Квисторна, Клейна, въ судебной медицинѣ, въ спеціальныхъ монографіяхъ конца XVIII и начала XIX вѣка, мы вездѣ видимъ попытки разбить поврежденія на категоріи, именно по вѣроятности наступленія результатовъ, причемъ обыкновенно допускалось трехчленное дѣленіе: vulnera absolute lethalia, когда даже немедленно оказанная помощь не могла предотвратить результатовъ; vulnera per se lethalia, которыя были не излечимы, предоставленныя силамъ природы, но излечивались искуствомъ, и vulnera per accidens lethalia, куда относили всѣ остальныя, поврежденія; но еще начиная съ Штюбеля была поколеблена эта теорія и мало-по-малу изчезла изъ доктрины и изъ положительнаго права [44]).

Нельзя дѣйствительно не сознаться, что *это дѣленіе хотя и имѣетъ за себя нѣкоторые доводы, но весьма шаткіе;* степень вѣроятности наступленія извѣстныхъ послѣдствій, измѣняясь послѣдовательно отъ нуля до безконечности, представляетъ одно цѣлое, въ которомъ мы какихъ либо качественныхъ измѣненій отыскать не можемъ, и слѣдовательно не можемъ создать признака, на основаніи котораго могли бы построить категоріи этихъ явленій, или отнести данное явленіе къ той или другой группѣ, a priori созданной. Какъ много зависѣло бы подобное дѣленіе отъ количества познаній дѣйствующаго и отъ степени развитія знанія вообще,—какъ много явленій признаются неизбѣжнымъ результатомъ только потому, что они обыкновенно слѣдуютъ за из-

---

[44]) Hencke, Ueber die gerichtlich-medicinische Beurtheilung der Tödtlichkeit der Verletzungen. N. A d. Cr. R. B. I, стр. 445, 451. См. литературу: Mittermaier zu Feuerbach's Lehrbuch § 208 пр. 1.

вѣстнымъ фактомъ, а вовсе не въ силу какой либо, раскрытой нами внутренней зависимости явленій, а затѣмъ впослѣдствіи оказжется, что подобное предположеніе было основано или только на недостаткахъ нашей способности къ анализу, или на недостаточности наблюденій.

Но кромѣ того *это дѣленіе не имѣетъ еще и практическаго значенія*. Было время, какъ я указывалъ, когда для вмѣненія требовалась наличность *необходимыхъ* послѣдствій, [45]) но это требованіе, какъ оказавшееся несостоятельнымъ, давно уже исчезло изъ положительныхъ кодексовъ, и изъ судебной практики. За убійство будетъ отвѣчать не только лицо, топоромъ отрубившее голову своей жертвѣ, но и лицо, на извѣстномъ разстояніи стрѣлявшее въ него, когда, слѣдовательно, существовала только извѣстная вѣроятность наступленія послѣдствія. Мало того, даже и при случайныхъ послѣдствіяхъ, если они наступили, если они были выраженіемъ умысла мы не имѣемъ основаній освободить виновнаго отъ отвѣтственности. Если кто либо, съ умысломъ убить, столкнулъ другого съ небольшого возвышенія, и тотъ упалъ такъ несчастливо, что дѣйствительно умеръ, то виновный отвѣчаетъ за убійство. Еще нагляднѣе выражается это въ примѣрѣ, приводимомъ Штюбелемъ. Лицо, подложившее зажженые горючіе матеріалы подъ чужой домъ, и лицо, привязавшее къ хвосту воробья зажженую свѣчку, въ надеждѣ, что онъ сядетъ на соломенную крышу и зажжетъ ее, когда его ожиданіе оправдалось, также отвѣчаетъ за поджогъ, какъ и первый. Однимъ словомъ, какъ бы мала ни была вѣроятность, если только она существуетъ, то какъ скоро наступили извѣстныя послѣдствія, виновный отвѣчаетъ за нихъ, если, разумѣется, притомъ они были результатомъ его дѣйствій [46]).

Нѣсколько иначе ставится этотъ вопросъ только тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о неосторожномъ причиненіи смерти. Такъ какъ самая отвѣтственность лица и ея размѣры зависятъ отъ возможности предвидѣнія результатовъ и степени этой предвидимости, то тамъ степень вѣроятности наступленія послѣдствій должна играть извѣстную роль; но по общимъ правиламъ о преступной неосторожности это опредѣленіе вѣроятности послѣдствій входитъ въ общій вопросъ о возможности предвидѣнія и, подобно послѣднему, разрѣшается только въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Судъ долженъ стать на точку зрѣнія подсудимаго, и сообразно съ степенью его развитія, сообразно съ его общественнымъ положеніемъ, наконецъ съ обстоятельствами самаго дѣйствія, опредѣлить: во 1-хъ, думалъ ли онъ, обращалъ ли онъ вниманіе на то, что онъ совершалъ, что можетъ выйти изъ его дѣйствій, и во 2-хъ, въ какомъ видѣ должно было ему представляться это соотношеніе между послѣдствіями и поступкомъ имъ совершеннымъ, могъ ли онъ знать объ этихъ особенныхъ условіяхъ, измѣнившихъ результатъ его дѣятельности, а затѣмъ уже обвинять его въ легкомысліи, небрежности, самонадѣянности и т. п.

Далѣе эта *вѣроятность наступленія послѣдствій* и при умышленомъ убійствѣ *имѣетъ иногда важное процессуальное значеніе*. Теорія процесса отбросила ученіе о предположеніи умысла, какъ и другія презумпціи въ сферѣ права уголовнаго, и требуетъ доказательствъ каждаго фактическаго и юридическаго условія преступленія. Такимъ образомъ, между прочимъ, требуетъ она и доказательства умысла (probatio doli ex re), а въ виду близкихъ границъ между убійствомъ и поврежденіемъ здоровья вѣроятность послѣдствій играетъ иногда важную роль. Если виновный отрубитъ другому голову, выстрѣлитъ въ него въ упоръ, то уже самый фактъ показываетъ, если только виновный находится въ состояніи вмѣняемости, что онъ дѣйствовалъ съ умысломъ на убійство, если же виновникъ смерти нанесъ только легкій ударъ палкою, то мы должны собрать какія либо иныя болѣе точныя доказательства того, что онъ имѣлъ умыселъ лишить жизни, и что онъ выбралъ для осуществленія этого умысла именно дѣйствіе, имъ совершенное.

86. *Тѣ же самыя соображенія и доводы должны мы примѣнить и при обсужденіи второго дѣленія поврежденій на общія и особенныя.* Прежде всего нельзя не замѣтить, что самое основаніе этого дѣленія имѣетъ чисто отвлеченный характеръ. По справедливому замѣчанію Миттермайера, при обсужденіи дѣлъ объ убійствѣ, суду не приходится рѣшать вопросъ о томъ: умеръ ли

---

[45]) Штюбель, в. с. § 137, свидѣтельствуетъ, что въ его время и въ теоріи и въ практикѣ для вмѣненія безусловно требовали необходимости результатовъ, и если, напр., при отравленіи мышьякомъ можно было дать своевременно рвотное, то не считалось возможнымъ примѣнить общія наказанія за убійство и мѣсто смертной казни занималъ Zuchthaus.

[46]) Ср. Krug. Abhandlungen aus dem Strafrechte 1855 № III, über Causalzusammenhang, стр. 46 и сл.

отъ извѣстныхъ поврежденій человѣкъ вообще, а только умерло ли данное конкретное лицо. Всякое дѣйствіе совершается при цѣлой массѣ разнообразныхъ условій, обстоятельствъ на него вліяющихъ, оно находится въ тѣсной связи и зависимости отъ условій мѣста и времени совершенія, отъ состоянія организма убитаго, его пола, возраста, здоровья и т. п. Поэтому, разрѣшая вопросъ объ отношеніи какого-либо результата къ дѣйствію, почти всегда приходится имѣть дѣло съ вопросомъ объ индивидуальныхъ поврежденіяхъ. Прежнее перечисленіе въ учебникахъ судебной медицины и въ кодексахъ уголовнаго процесса повреждений обще и особосмертельныхъ исчезло одновременно съ исчезновеніемъ ученія о безусловныхъ, вѣроятныхъ и случайныхъ послѣдствіяхъ, и такимъ образомъ значеніе и важность поврежденій, ихъ отношеніе къ смерти лица нужно рѣшать сообразно съ обстоятельствами каждаго конкретнаго дѣла.

Слѣдовательно и здѣсь, при вопросѣ о вмѣняемости извѣстныхъ результатовъ дѣятелю, главное вниманіе нужно сосредоточить на тѣхъ поврежденіяхъ, которыя по обыкновенному, естественному ходу дѣла у всѣхъ другихъ лицъ не могли бы имѣть смертельнаго исхода, другими словами, имѣть въ виду случайно-смертельныя поврежденія; судебная медицина представляетъ намъ рядъ примѣровъ этого рода. Лицо, у котораго голова трепанирована, умираетъ отъ легкаго удара по головѣ, больной грыжею — отъ удара по нижней части живота, страдающій аневризмомъ—отъ неожиданнаго потрясенія, испуга, отъ обиды, вызвавшей сильное нервное потрясеніе.

Поэтому спрашивается, можно ли признать убійцею человѣка, давшаго, хотя и съ намѣреніемъ убить, пощечину кому либо, отъ которой лицо, вслѣдствіе нормальнаго строенія его черепа, умерло, или лицо, съ подобнымъ же намѣреніемъ наплевавшее другому въ глаза, когда оскорбленный такимъ образомъ умеръ отъ нервнаго удара? Отвѣтъ на это вытекаетъ изъ приведенныхъ мною выше соображеній объ отвѣтственности за случайные результаты какого либо дѣйствія. Если дѣйствительно данныя дѣйствія виновнаго вызвали эти результаты, если существовалъ умыселъ на убійство, ради осуществленія котораго и дѣйствовалъ виновный, то мы не имѣемъ основанія освободить его отъ отвѣтственности. Такимъ образомъ и эти индивидуальныя условія, опредѣлившія смертельный исходъ поврежденій, получаютъ значеніе только при неосторожномъ лишеніи жизни, устраняя или, по крайней мѣрѣ, затрудняя возможность предвидѣнія послѣдствій и признанія виновнаго отвѣтственнымъ, и затѣмъ, хотя и не всегда, могутъ имѣть процессуальное вліяніе какъ доказательство умысла.

Если извѣстное лицо выстрѣлило въ другого въ упоръ изъ пистолета, или ударило ножомъ въ грудь, и потомъ по вскрытіи оказалось, что эта рана имѣла смертельный исходъ только потому, что у пострадавшаго была чахотка, или грудной нарывъ и т. п., то здѣсь и съ процессуальной стороны никакихъ затрудненій не представляется, особенная смертельность поврежденій не возбуждаетъ никакого сомнѣнія объ умыслѣ, и только въ тѣхъ случахъ, гдѣ между выбраннымъ средствомъ и преступнымъ планомъ существуетъ несоотвѣтственность, а съ другой стороны, нѣтъ никакихъ иныхъ доказательствъ преступнаго намѣренія, можетъ возникнуть вопросъ о томъ, дѣйствительно ли виновный дѣйствовалъ съ умысломъ на убійство, или нѣтъ. А въ подобныхъ случаяхъ этотъ процессуальный вопросъ сводится опять къ тому: зналъ ли виновный о существованіи этихъ особенныхъ условій и воспользовался ли этимъ своимъ знаніемъ. Если преступникъ зналъ, что у его врага грыжа и что для причиненія ему смерти достаточно легкаго удара по больной части и нанесъ этотъ ударъ, то, разумѣется, между его дѣйствіемъ и дѣйствіемъ лица, выстрѣлившаго въ упоръ въ кого либо, буквально нѣтъ никакого различія [47]), даже и съ точки зрѣнія доказательствъ умысла. Кромѣ того, мы не должны забывать, что если виновный и не зналъ о существованіи особенностей, сдѣлавшихъ смертельнымъ нанесенныя имъ поврежденія, и не намѣревался воспользоваться ими, то это *одно* обстоятельство не уничтожаетъ возможности вмѣнить ему результатъ, если будетъ доказано, что *вообще онъ дѣйствовалъ ради* осуществленія умысла лишить жизни. Ни законъ, ни теорія не требуютъ, чтобы вредное послѣдствіе было вызвано именно тѣми дѣйствіями, на которыя разсчитывалъ виновный.

А думалъ нанести Б рану въ грудь, а нанесъ въ спину и убилъ Б, онъ отвѣчаетъ за оконченное убійство.

А хотѣлъ убить Б прикладомъ ружья, но когда онъ наносилъ ударъ, ружье выстрѣлило и Б былъ рбитъ пулею.

---

[47]) Такой же выводъ дѣлаетъ Oppenhof для прусскаго права пр. 5 § 185. Но онъ справедливо думаетъ, что требуется только сознаніе о существованіи этихъ условій и что вовсе не требуется, чтобы виновный зналъ или долженъ былъ знать, что его дѣйствія въ соединеніи съ этими особенными условіями могутъ произвести смерть. Contra. G. A. V, стр. 385.

А думалъ зарѣзать Б и съ этою цѣлью повалилъ Б на землю, но Б, падая, ударился объ землю трепанированною частью головы и отъ этого умеръ — А отвѣчаетъ за убійство Б.

87. *Тотъ же самый выводъ долженъ быть сдѣланъ и тогда, когда средства,* употребленныя виновнымъ, *имѣли* не физическій, а *психическій характеръ* [48]), такъ какъ законное понятіе убійства по своему составу вовсе не исключаетъ возможности случаевъ этого рода. Представимъ себѣ, что извѣстное лицо обладаетъ такимъ разстройствомъ нервной системы, что малѣйшій испугъ долженъ произвести въ немъ нервное потрясеніе и смерть, и что другое лицо, зная это условіе, пользуется имъ для осуществленія своего преступнаго плана, причиняетъ испугъ, и тотъ умираетъ,—какое же различіе между его поступкомъ и дѣйствіями того, кто, зная, что для даннаго лица малѣйшая доза какого либо вещества будетъ смертельна, даетъ ему его внутрь. Какъ тутъ, такъ и тамъ эти средства по отношенію къ всѣмъ другимъ лицамъ вѣроятно бы остались безъ послѣдствій, но по особымъ качествамъ жертвы, которыя были извѣстны виновному и которыми онъ воспользовался, они сдѣлались смертельны; а слѣдовательно и отвѣтственность должна быть одинакова.

На этомъ же основаніи разрѣшается весьма легко и вопросъ о тѣхъ случаяхъ, гдѣ средства, которыя мы признаемъ абсолютно негодными, покушеніе, съ которыми виновнаго отвѣтственности не подвергаетъ, произвели ожидаемый результатъ. Лицо, напр., нашептываетъ или колдуетъ на жизнь другого, вынимаетъ его слѣдъ, молится объ его смерти и т. п., и смерть дѣйствительно происходитъ, можемъ ли мы признать виновнаго убійцею?— разумѣется, да, если между этими дѣйствіями и смертью есть причинная связь. Но не представляется ли самый вопросъ о причинной связи при употребленіи безусловно негодныхъ средствъ, лишенныхъ всякаго смысла? — нѣтъ, потому что мы говоримъ только объ ихъ физической безусловной негодности, но эти же средства могутъ быть психически годны, или, правильнѣе говоря, здѣсь

[48]) Buri, Abhandlungen aus des dem Strafrechte 1862; Geyer. G. A. XIII, стр. 319. У него весьма обстоятельно развитъ этотъ вопросъ съ юридической стороны. Krebel, Versuch über den Tod durch psychische Vorgänge und die Gesundheitsstörung und Tödtung auf psychichem Wege. 1866 стр. 104.

средствами для осуществленія преступнаго плана являются не колдовство, суевѣрный обрядъ сами по себѣ, а испугъ лица ими вызванный. Если нервная система даннаго субъекта напряжена до послѣдней степени, такъ что всякое волненіе можетъ быть для него смертельно, если, кромѣ того, это лицо страшно суевѣрно, и виновный, зная эти условія, производитъ желаемый смертельный испугъ, то очевидно, что его дѣйствія будутъ заключать въ себѣ полный составъ убійства: преступную волю, дѣйствіе, въ которомъ она выразилась, и желаемый результатъ, достигнутый этимъ дѣйствіемъ. Слѣдовательно, только необходимо доказать [49]) во 1-хъ, что виновный зналъ эти особенности и выбралъ ихъ средствомъ для осуществленія преступнаго плана или что онъ, по крайней мѣрѣ, могъ или долженъ былъ знать объ этихъ особенностяхъ (для неосторожнаго убійства), и, во 2-хъ, что смерть произошла отъ этихъ его дѣйствій.

Но въ этихъ примѣрахъ я имѣлъ въ виду, что виновный выбралъ для осуществленія своего преступнаго плана именно психически дѣйствующее средство, но, очевидно, что и здѣсь возможны тѣ случаи, на которые я указывалъ при особенно или случайно смертельныхъ физическихъ средствахъ, т. е. что преступникъ выбралъ для выполненія плана физически дѣйствующее средство, а ожидаемый результатъ произошелъ путемъ психическаго воздѣйствія. Нѣтъ сомнѣнія, что и здѣсь достиженіе задуманнаго плана какимъ либо дѣйствіемъ виновнаго, хотя и не предвидѣннымъ, но произведеннымъ въ силу осуществленія преступнаго намѣренія, должно подвергнуть виновнаго отвѣтственности.

[49]) Эта трудность доказать причинную связь служитъ главнымъ аргументомъ противнаго мнѣнія, но трудность, очевидно; не исключаетъ возможности. Ср. Эли, в. с. т. III № 1049: «Если мужъ или отецъ, говоритъ онъ, пользуются своею властью, чтобы наполнить страданіями жизнь своей жены или ребенка, если они этими страданіями стремятся сократить ихъ жизнь; если, наконецъ, они съ разсчитаннымъ варварствомъ доводятъ свою жертву до смерти, то не есть ли это убійство, наиболѣе возмутительное по своей жестокости?—безъ сомнѣнія; но законъ не можетъ запретить его за *неимѣніемъ доказательствъ*, за невозможностью оцѣнить силу этихъ страданій. Все основывалось бы на догадкахъ, а не на матеріальныхъ доказательствахъ». Очевидно, что въ этомъ примѣрѣ виновный отвѣчаетъ только за жестокое обращеніе, но это не исключаетъ отвѣтственности за тѣ факты, которые приведены въ текстѣ. Только англійское право отрицаетъ при лишеніи жизни психическими средствами наличность убійства. Stephen Handbuch des englischen Strafrechts. 1843, стр. 221.

А желая убить Б выстрѣлилъ въ него, но промахнулся, но Б, котораго нервная система была страшно потрясена, умеръ на мѣстѣ отъ испуга.

А, зная разстроенное нервное состояніе Б, задумалъ лишить его жизни, явившись передъ нимъ въ костюмѣ мертвеца, но прежде чѣмъ онъ появился передъ Б, тотъ умеръ въ испугѣ отъ шума, произведеннаго А.

А, задумалъ лишить жизни Б именно колдовствомъ и выполняетъ этотъ обрядъ, Б, будучи страшно суевѣренъ, въ испугѣ отъ этихъ дѣйствій А умираетъ.

Очевидно, что между этими случаями и примѣрами, приведенными выше (№ 86), существуетъ полнѣйшая аналогія, какъ скоро дѣйствія лица *вызвали* дѣйствія какой либо силы, и такимъ образомъ въ совокупности съ нею произвели данный результатъ, то первоначально дѣйствующій можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности и за этотъ результатъ.

88. Несравненно болѣе важное значеніе имѣетъ третья группа дѣленія послѣдствій на непосредственныя и посредственныя.

Результатомъ нашихъ дѣйствій, какъ я замѣтилъ, называемъ мы видоизмѣнія, происшедшія вслѣдствіе приложенія нашихъ силъ къ явленіямъ и предметамъ окружающаго насъ внѣшняго міра. *Хотя вездѣ и всегда впрочемъ, наступленіе этихъ результатовъ предполагаетъ содѣйствіе силъ природы,* заключающихся или въ самомъ предметѣ, на который мы дѣйствуемъ, или въ условіяхъ нашего дѣйствія, *но тѣмъ не менѣе мы* обыкновенно *дѣлимъ это соотношеніе на два вида: на посредственное и непосредственное.* Если виновный отрубилъ жертвѣ своей голову, пострѣлилъ сердце, такъ что смерть произошла немедленно на мѣстѣ, то мы называемъ дѣйствіе лица непосредственною причиною смерти; если же удары и поврежденія вызвали только воспаленіе въ легкихъ, бывшее причиною смерти, или раны, хотя и несмертельныя, были нанесены въ уединенномъ мѣстѣ и раненый умеръ отъ кровотеченія, однимъ словомъ, вездѣ, гдѣ дѣйствіе другихъ приводящихъ силъ дѣлается замѣтнѣе, мы говоримъ, что виновный былъ посредственною причиною смерти, и разумѣется, чѣмъ сложнѣе и разнообразнѣе эти приходящія причины, тѣмъ труднѣе уловить связь между первоначально дѣйствовавшею силою и даннымъ результатомъ [53]).

Слѣдовательно, при изложеніи ученія о преступномъ дѣйствіи, вопросъ о томъ: какое же именно соотношеніе должно быть между дѣяствіями виновнаго и происшедшимъ результатомъ, для того чтобы это лице могло быть признано отвѣтственнымъ за результатъ, имѣетъ весьма большое значеніе.

89. Начиная съ XIV и XV столѣтія, когда криминалистами [54]) (Albertus de Gandio, Angelus Aretinus; въ XVI и XVII— Фаринаціусъ, Кларусъ, Дамгудеръ) былъ поднятъ вопросъ о причинной связи и до начала нынѣшняго столѣтія для вмѣняемости результатовъ требовалось непремѣнно отношеніе непосредственное въ вышеуказанномъ смыслѣ. Наличность какихъ-либо другихъ силъ, прившедшихъ къ дѣйствію, устраняла возможность отвѣтственности. Даже и при такъ-называемомъ непосредственномъ соотношеніи, допускался рядъ чисто внѣшнихъ ограниченій, какъ напр. требованіе извѣстнаго срока между моментомъ причиненія поврежденій и моментомъ смерти (ученіе о критическихъ дняхъ). Карпцовъ, особенно подробно разработывавшій этотъ вопросъ, для примѣненія ординарнаго наказанія, полагаемаго за убійство, требовалъ такой дѣятельности, изъ которой данное послѣдствіе вытекало бы непосредственно необходимо: nam quae per accidens eveniunt ex opero aliquo, non imputantur agendi, и это опредѣленіе, принятое въ Каролинѣ § 147, въ саксонскихъ конституціяхъ, вело, по замѣчанію Штюбеля [55]), къ тому, что напр. при вскрытіи трупа необходимо должны были быть разслѣдованы всѣ главныя части человѣческаго тѣла: голова, грудь и животъ, и если было найдено въ какой-либо части, напр. въ головѣ, безусловно смертельная рана, а грудь не была вскрыта, то не могло быть назначено и ординарное наказаніе, потому что въ груди могли быть открыты такіе пороки и болѣзни, которые могли причинить смерть, или въ моментъ самаго поврежденія или даже и ранѣе.

---

[53]) См. Вехтеръ, das sächsische Strafrecht 1857. стр. 316.

[54]) См. историческій очеркъ ученія о причинной связи у Миттермайера, die Lehre von der Herstellung des Thatbestandes in Bezug auf die Tödtlichkeit der Verletzungen. Gerichtssaal 1855. стр. 320.

[55]) Штюбель, über Thatbestand § 153.

Но эта теорія, тѣсно связанная съ разсмотрѣннымъ мною уже ученіемъ о поврежденіяхъ in abstracto, или безусловно смертельныхъ, не могла удержаться при первыхъ же успѣхахъ судебной медицины, такъ какъ въ основѣ ея лежало начало совершенно несостоятельное.

Понятіе о непосредственномъ соотношеніи не имѣетъ строго-научнаго характера, и внесеніе его въ число условій состава преступленія, устраняло, собственно говоря, вообще возможность признанія какого-либо дѣянія выполненнымъ убійствомъ, такъ какъ всегда и вездѣ къ дѣйствію преступника присоединяются и другія силы природы. Если виновный убилъ наповалъ свою жертву, ввелъ въ ея организмъ ядъ, умерщвляющій на мѣстѣ, то и здѣсь очевидно, что къ дѣйствію виновнаго присоединились физіологическія силы, и только при ихъ содѣйствіи ожидаемый результатъ и былъ достигнутъ. Вся разница состоитъ въ большей или меньшей очевидности этого участія постороннихъ силъ и въ степени ихъ вліянія. Поэтому необходимо признать существованіе причиннаго отношенія и при этомъ вмѣшательствѣ постороннихъ силъ, но только нужно указать предѣлы, до которыхъ можетъ простираться это вмѣшательство и соотвѣтствующая ему отвѣтственность виновнаго за совершившіеся результаты.

Приэтомъ нельзя не замѣтить, что анализируя различныя комбинаціи, въ которыхъ находятся силы привходящія — съ одной и дѣйствія виновнаго—съ другой стороны, мы можемъ свести ихъ къ двумъ главнымъ группамъ. Первую группу составятъ тѣ случаи, гдѣ силы, присоединявшіяся къ дѣйствію и содѣйствовавшія произведенію данныхъ результатовъ, были вызваны или направлены дѣйствіями самого виновнаго, или гдѣ онъ сдѣлалъ по крайней мѣрѣ возможнымъ ихъ приложеніе къ данному конкретному случаю: таково напр. отношеніе между дѣйствіями физіологическихъ силъ, произведшихъ смерть при пораненіи кого-либо пулею и выстрѣломъ, вызвавшимъ ихъ дѣйствіе, или между холодной температурою, ошибкою и заблужденіемъ какого-либо третьяго лица, когда они, присоединившись къ дѣйствію преступника, сдѣлали результаты его дѣйствія смертельными. Вторую группу составятъ тѣ случаи, гдѣ эти присоединившіяся силы ни въ какомъ прямомъ отношеніи къ дѣйствію виновнаго не состоятъ, а дѣйствуютъ совершенно независимо и самостоятельно; таковъ напр. ударъ молніи, убившій раненаго, умышленное растравленіе раны врачемъ, гдѣ, однимъ словомъ, дѣйствіе самого виновнаго имѣетъ только характеръ повода, а не причины [55]).

Поэтому вопросъ, ими разсматриваемый, сводится къ тому, до какихъ предѣловъ можемъ мы распространять отвѣтственность виновнаго въ этомъ отношеніи?

90. Теорія представляетъ намъ нѣсколько попытокъ для разрѣшенія этого вопроса, которыя могутъ быть сведены къ двумъ группамъ, изъ которыхъ представителемъ одной можетъ быть названъ Бури, а другой—Кругъ.

Впрочемъ основанія первой системы были уже отчасти высказаны Глазеромъ [57]) и только получили у Бури [58]) надлежащую полноту и послѣдовательное проведеніе.

Глазеръ въ своемъ изслѣдованіи о преступномъ бездѣйствіи касается, хотя и мимоходомъ, ученія о причинной связи и ставитъ слѣдующее положеніе: «для разрѣшенія вопроса о причинной связи необходимо попытаться выдѣлить дѣйствія виновнаго изъ общей суммы явленій, опредѣлившихъ данный фактъ, и если окажется, что несмотря на то послѣдствія бы наступили, рядъ промежуточныхъ причинъ сталъ бы дѣйствовать въ томъ же порядкѣ, то данныя послѣдствія не могутъ быть приписаны обвиняемому лицу; если же напротивъ того окажется, что за выдѣленіемъ дѣйствій преступника результатъ бы не воспослѣдовалъ, или дѣйствіе хотя бы и совершилось, но не въ томъ порядкѣ, то мы должны признать данное лице виновникомъ происшедшаго результата».

На этомъ основаніи Глазеръ требуетъ отвѣтственности виновнаго и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ дѣйствія его были только поводомъ къ извѣстному событію, а не причиною. Если извѣстное лице воздѣйствовало на какой-либо предметъ или явленіе, то такъ или иначе, въ большей или меньшей степени, но его дѣйствіе должно видоизмѣ-

---

[56]) Въ первый разъ наиболѣе полный анализъ этого ученія былъ сдѣланъ Штюбелемъ, в. с. § 156 и сл.

[57]) В. с. стр. 298.

[58]) Zur Lehre von der Tödtung. G. A. XI стр. 753, XII, стр. 3. Его же, über Kausalzusammenhang und dessen Zurechnung. G. A. XIV, стр. 608 и 717. Въ первой статьѣ онъ обращаетъ главное вниманіе на объективную сторону вопроса—зависимость результата отъ дѣйствій виновнаго, во второй на субъективную — вмѣненіе этихъ результатовъ дѣйствующему лицу.

нить въ чѣмъ-либо порядокъ всѣхъ дальнѣйшихъ явленій, имѣющихъ хотя бы и самое отдаленное отношеніе къ совершившемуся и чрезъ то, какъ думаетъ Глазеръ, сдѣлать отвѣтственнымъ виновника этого дѣйствія за наступившіе результаты.

Еще полнѣе развиваетъ эту теорію Бури.

При наличности какихъ-либо фактовъ, говоритъ онъ, представляющихъ результатъ дѣятельности различныхъ силъ, каждая отдѣльная сила является conditio, sine qua non наступленія этихъ послѣдствій, такъ какъ безъ нея они бы не существовали. Поэтому каждая отдѣльная сила, а въ томъ числѣ и дѣятельность самого виновнаго, содержащаяся въ данномъ фактѣ, хотя бы она сама по себѣ, въ отдѣльности и не могла произвести этого явленія, отвѣчаетъ за эти результаты и притомъ—по причинѣ недѣлимости этихъ результатовъ — во всей ихъ полнотѣ. Слѣдовательно, причинная связь существуетъ, какъ скоро дѣятельность виновнаго, какъ бы маловажна она не была, дала возможность постороннимъ силамъ вступить въ дѣйствіе и произвести предначертанныя послѣдствія въ совокупности съ первоначальнымъ дѣйствіемъ. Причемъ безразлично, была ли содѣйствующая сила вызвана самимъ виновнымъ или она возникла изъ самостоятельной отъ виновнаго вовсе независимой, причины, такъ что самое дѣйствіе его является какъ бы только поводомъ къ наступленію дѣйствія этой силы. И только тамъ, говоритъ Бури (стр. 758), уничтожается причинная связь, гдѣ данный результатъ произведенъ постороннею силою, нетолько не находящеюся ни въ какомъ отношеніи къ дѣйствію виновнаго, но даже какъ бы исключающею изъ производимыхъ ею результатовъ всю дѣятельность этого лица, каково напр. дѣйствіе молніи, сожигающей домъ, поджигаемый кѣмъ-либо.

Этой теоріи [59]) дѣйствительно нельзя отказать ни въ простотѣ исходной точки, ни въ послѣдовательномъ проведеніи принципа,

[59]) См. весьма обстоятельный разборъ ученія Бури у Geyer'a, Zur Lehre vom dolus generalis. G. A. XIII стр. 244 и сл. Онъ также указываетъ, что та теорія поражаетъ своею послѣдовательностью, но что она приводитъ къ абсурднымъ выводамъ. См. отвѣты Бури и его Kausalzusammenhang G. A XIV. Здѣсь онъ допускаетъ безотвѣтственность дѣйствующаго за результаты его дѣйствій только въ томъ случаѣ, если присоединеніе этихъ силъ противорѣчитъ волѣ дѣйствующаго. Очевидно, что въ дѣйствительности это опредѣленіе по своему объему вполнѣ сходно съ опредѣленіемъ, приведеннымъ въ его первой статьѣ: См. также Wächter, Sächsisches Strafrecht. 1857, стр. 394.

за исключеніемъ развѣ послѣдняго добавленія, сдѣланнаго Бури. Разъ извѣстное лице совершило какой-либо фактъ, оно положило, какъ выражается Кестлинъ, жизнью одаренное яйцо въ общую цѣпь міровыхъ явленій, и какъ бы ни было мало участіе его въ причиненіи извѣстнаго результата, если это участіе только существуетъ, то недѣлимость самого результата даетъ право поставить его цѣликомъ насчетъ виновному: въ данный моментъ, въ данномъ мѣстѣ, въ данной формѣ это событіе совершиться бы не могло.

Но подобное начало въ примѣненіи къ ученію объ уголовной отвѣтственноети лица, за причиненные имъ результаты, гдѣ вопросъ переходитъ изъ сферы теоретической въ практическую, приводитъ насъ къ выводамъ абсурднымъ, указывающимъ и на несостоятельность основнаго начала.

А, съ цѣлью лишить жизни Б, выстрѣлилъ въ него и причинилъ ему легкую рану, но эта рана заставила Б пробыть въ городѣ, изъ котораго онъ предполагалъ уѣхать, лишній день. Предъ самымъ отъѣздомъ Б былъ убитъ камнемъ, упавшимъ съ крыши дома, мимо котораго онъ шелъ, зарѣзанъ кѣмъ-либо и . д. А виновенъ не въ покушеніи, а въ совершеніи убійства, потому что не будь его дѣйствія Б уѣхалъ бы днемъ ранѣе, и несчастіе бы не воспослѣдовало.

А, съ цѣлью убить Б, нападаетъ на него и начинаетъ бить, но успѣваетъ дать только пощечину, при свидѣтеляхъ, публично; Б. отъ стыда, позора и т. д. идетъ и топится. — А. виновникъ смерти Б.

А, съ цѣлью убить, нанесъ раны Б; В, ухаживая за больнымъ, отъ этого заболѣлъ и умеръ; А причина смерти В и т. д. [60]).

Тамъ еще гдѣ виновный дѣйствовалъ съ намѣреніемъ лишить жизни, эти выводы можетъ быть не представятся слишкомъ поразительными; потому что виновный уже совершилъ преступное посягательство, за которое онъ подлежитъ уголовной отвѣтственности, не особенно значительно отличающійся отъ той, которой онъ подлежалъ бы на основаніи разсматриваемой нами теоріи Бури. Но мы не должны забывать, что лишеніе жизни можетъ

[60]) Или, какъ приводитъ примѣръ Вехтеръ, в. с. 394., то лице, которое противозаконно освободило приговореннаго къ заключенію въ Zuchthaus, не можетъ отвѣчать за преступленія, совершенныя послѣ того освобожденнымъ, хотя самое совершеніе ихъ сдѣлалось возможнымъ только вслѣдствіе дѣйствій преступника.

быть причинено и по неосторожности, что ученіе о причинной связи имѣетъ одинаковое примѣненіе при всѣхъ случаяхъ лишенія жизни, и что такимъ образомъ придется признать неосторожное убійство тамъ, гдѣ этого не допуститъ самая обыкновенная житейская логика, какъ напр. во второмъ или третьемъ изъ указанныхъ выше примѣровъ.

91. Однимъ словомъ, приходится прибѣгнуть къ теоріи хотя и болѣе сложной, но и болѣе удовлетворяющей требованіямъ практики [61]).

Я уже замѣтилъ, что всякое дѣйствіе человѣка для достиженія желаемыхъ имъ результатовъ предполагаетъ содѣйствіе различнаго рода силъ, какъ существующихъ въ самомъ дѣятелѣ, такъ и находящихся въ средѣ, въ которой онъ дѣйствуетъ и въ объектѣ, на который направлено дѣйствіе. Сознаетъ ли это содѣйствіе самъ виновный или нѣтъ, это для вмѣняемости результатовъ существеннаго значенія не имѣетъ, но зато самое содѣйствіе по его характеру мы должны разбить на нѣсколько видовъ.

Виновный можетъ привести въ дѣйствіе какую-либо силу, которая затѣмъ по законамъ природы, дѣйствуя въ опредѣленномъ порядкѣ, дала извѣстный результатъ; причемъ дѣйствующій отвѣчаетъ за этотъ результатъ, все равно—произошелъ ли онъ одновременно съ дѣйствіемъ, или по истеченіи извѣстнаго времени. Если рана произвела чрезмѣрное кровотеченіе, вызвала какую-либо болѣзнь, воспаленіе легкихъ, сотрясеніе мозга и т. д., кончившуюся смертью, то отвѣтственность будетъ таже, какъ и при убійствѣ отсѣченіемъ головы, выстрѣломъ въ упоръ. Въ этомъ отношеніи, какъ я уже говорилъ выше, ученіе о критическихъ дняхъ потеряло свое значеніе и въ теоріи и въ практикѣ.

Вопросъ объ отвѣтственности очевидно не можетъ измѣниться, когда виновный, хотя и не возбуждалъ силъ природы, но далъ

[61]) Основанія этой теоріи были положены Stübel'емъ и всего полнѣе развиты Кругомъ въ его Abhandlungen aus dem Strafrechte, über Kausalzusammenhang изд. 1855. № III, стр. 46, Его же. G. A. X. Geyer, в. с. стр. 314; Миттермайеръ, в. с. стр. 174. Также Миттермаейръ Zu Feuerbach's Lehrbuch § 209. А. Стремленіе охватить въ опредѣленіи причинной связи всѣ могущіе встрѣтиться въ этомъ отношеніи случаи, приводитъ его къ весьма большой неопредѣленности. См. также Friedreich, Barth und Demme, die Grundbegriffe des Criminalrechts 1861. Art. Tödtlichkeit der Verletzung стр. 380.

существующимъ и дѣйствующимъ силамъ такое направленіе, при которомъ они вмѣстѣ съ его дѣйствіемъ разрѣшились въ смертельный исходъ. Рана сдѣлалась смертельною подъ вліяніемъ температуры, при которой была она нанесена, или смертельный исходъ зависѣлъ отъ строенія организма пострадавшаго, отъ расположенія его къ чахоткѣ, оттого что ударъ ножа въ грудь прорвалъ грудной нарывъ и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣйствія виновнаго были дѣйствительною причиною смерти, создавъ тѣ условія, при которыхъ эта, уже существовавшая сила, въ данный моментъ могла произвести этотъ результатъ. Причемъ, само собою разумѣется, что мы должны имѣть въ виду начала, приведенныя выше объ особо-смертельныхъ поврежденіяхъ.

Если мы даже представимъ, что данная сила и сама по себѣ когда-либо впослѣдствіи могла произвести тотъ же результатъ, то и тогда отвѣтственность виновнаго не уничтожается, такъ какъ я и прежде уже старался указать, что нежизнеспособность объекта никакого вліянія на составъ убійства не имѣетъ. Если бы пострадавшій и умеръ впослѣдствіи отъ груднаго нарыва, котораго прорваніе обусловливало смертельный исходъ поврежденій, то очевидно, что это обстоятельство не можетъ имѣть вліянія на вмѣненіе результата, какъ и то, что у жертвы, которой виновный отрубилъ голову, оказалась чахотка въ послѣдней степени [62]).

И только въ томъ случаѣ, разумѣется, связь не существуетъ, когда эта причина произвела извѣстный результатъ въ силу обыкновеннаго естественнаго своего развитія, не имѣвшаго никакого отношенія къ дѣйствію виновнаго. А нанесъ Б легкую рану въ ногу, произвелъ легкій ожегъ и т. п., и Б умеръ отъ аневризма. Очевидно, что между дѣйствіемъ А и смертію Б не будетъ никакого причиннаго отношенія.

Такимъ образомъ, мы можемъ принять прежде всего положеніе Штюбеля, что *виновный отвѣчаетъ за результаты, когда во 1-хъ, содѣйствующая причина сама возникла, какъ послѣдствіе изъ даннаго дѣйствія, и во 2-хъ, когда въ этомъ дѣйствіи заключались элементы, давшіе возможность дѣйствовать силѣ въ данномъ направленіи,* или усилившіе ея дѣятельность, такъ что безъ предшествовавшей дѣятельности лица данная сила не произвела бы этихъ результатовъ, по крайней мѣрѣ въ данное время.

[62]) Stübel, в. с. § 86. Противное мнѣніе высказываетъ Миттермайеръ, в. с. стр. 175 но основаній своего мнѣнія не представляетъ.

92. Но представимъ себѣ, что эта *сила, присоединившаяся къ дѣятельности виновнаго*, не только имѣла источникъ самобытный, не зависѣла отъ этой дѣятельности, но что кромѣ того она появилась *послѣ уже совершенія дѣйствія*.

А съ намѣреніемъ убить Б привязываетъ его, въ виду наступающей громоносной тучи, къ стальной проволокѣ, соединенной съ громоотводомъ, молнія ударяетъ и убиваетъ Б.

А съ намѣреніемъ убить Б нанесъ ему рану не смертельную, но получившую смертельный исходъ въ силу *внезапно* наступившей перемѣны температуры.

А нанесъ Б рану не смертельную, но сопровождавшуюся чрезвычайнымъ упадкомъ силъ или обморокомъ, и Б былъ заѣденъ собаками или дикими животными [63]).

А нанесъ Б рану, сопровождавшуюся обморокомъ. В найдя раненаго въ такомъ положеніи на своемъ огородѣ и, предполагая что онъ мертвъ, ради избѣжанія судебнаго разбирательства, столкнулъ его въ рѣку, и тотъ умеръ отъ утопленія [64]).

А нанесъ Б рану, сопровождавшуюся такимъ обморокомъ, что самъ виновный предполагаетъ, что жертва преступленія лишилась жизни, и для скрытія слѣдовъ преступленія сталкиваетъ его въ воду, отчего тотъ дѣйствительно и умираетъ.

Хотя силы, присоединившіяся къ дѣйствію, имѣютъ совершенно самостоятельный источникъ, но легко можно видѣть, что эта ихъ независимость мнимая и что виновный вполнѣ отвѣчаетъ за результатъ преступленія, такъ какъ условія, сдѣлавшія возможнымъ вліяніе этихъ силъ или даже вызвавшія ихъ, заключаются въ дѣйствіяхъ самаго лица. Какъ фактъ существованія пособниковъ, доставившихъ необходимый матеріалъ, устранившихъ препятствія, содѣйствовавшихъ выполненію задуманнаго плана, не устраняетъ возможности признать главныхъ виновниковъ дѣйствительною причиною совершившагося явленія, какъ, далѣе, признаемъ мы виновниками убійства подстрекателей и интеллектуальныхъ пособниковъ,—такъ на тѣхъ же основаніяхъ должна быть признана и отвѣтственность виновнаго въ случаяхъ, указанныхъ выше [65]).

---

[63]) Stübel § 158 — онъ подробно развиваетъ вопросъ о томъ отношеніи, въ которомъ привходящею силою являются дѣйствія животнаго.

[64]) Krug, G. A. B. X., замѣчаетъ, что когда произведеніе ошибки было посредствующею ступенью въ причиненіи желаемаго вреда, то для отвѣтственности виновнаго безразлично, было ли это заблужденіе возбуждено сознательно или безсознательно, было ли оно возбуждено въ другомъ лицѣ, или въ самомъ дѣятелѣ. Наиболѣе полное перечисленіе различныхъ комбинацій привходящихъ силъ и дѣятельности виновнаго сдѣлано у Миттермайера, Gerichtssaal 1855, 175. См. contra: Ueber den Kausalzusammenhang und dessen Zurechnung bei fahrlässiger Tödtung. G. A. XV, стр. 15.

93. Въ примѣрахъ, разбираемыхъ мною до сихъ поръ, содѣйствіе привходящихъ силъ имѣло положительный характеръ; но мы можемъ представить себѣ это *содѣйствіе съ характеромъ отрицательнымъ*, когда не совершилось что-либо, что бы могло видоизмѣнить результаты содѣяннаго виновнымъ. Причемъ опять-таки безразлично: имѣлъ ли представленіе и сознаніе виновный объ этихъ отрицательно-содѣйствовавшихъ ему причинахъ, или нѣтъ.

А нанесъ Б рану не смертельную, которая могла быть излечена первымъ встрѣчнымъ, но такъ какъ рана была нанесена въ уединенномъ мѣстѣ и помощи никакой не оказалось, то раненый и умеръ.

А нанесъ Б рану, требующую медицинской помощи и при этомъ условіи вполнѣ излечимую, но хотя раненый и былъ найденъ посторонними людьми, но въ данномъ мѣстѣ не оказалось доктора, или не было необходимыхъ инструментовъ и лекарственныхъ средствъ.

Или А нанесъ Б рану такого рода, которая требовала спеціальныхъ хирургическихъ свѣдѣній, которыхъ у даннаго врача не оказалось, или принятый врачемъ способъ леченія былъ неудаченъ, а между тѣмъ при другихъ условіяхъ, при большемъ искуствѣ врача, поврежденіе было бы излечимо; или врачъ явился поздно, или отказалъ въ своей помощи, или прибывъ къ постели больнаго, умышленно и даже злоумышленно бездѣйствовалъ.

Видоизмѣняется ли вслѣдствіе этого вопросъ объ отвѣтственности виновнаго за воспослѣдовавшіе результаты? Разумѣется нѣтъ; — отвѣтственность должна опредѣляться на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и въ предшествовавшей группѣ случаевъ.

---

[65]) На томъ же основаніи признаемъ мы преступника виновникомъ пожара, хотя бы успѣхъ его дѣйствій зависѣлъ отъ разыгравшейся во время пожара бури, или оттого что хозяинъ дома по неосторожности заперъ то строеніе, гдѣ начался пожарь и тѣмъ лишилъ возможности затушить его въ началѣ.

Это положеніе особенно наглядно обнаружится, если мы перенесемъ данный вопросъ на другія преступленія, также требующія извѣстнаго матеріальнаго послѣдствія и слѣдовательно причинной связи.

Если виновный произвелъ поджегъ и мы говоримъ, что поджегъ не имѣлъ бы результатовъ, еслибы въ данномъ мѣстѣ была пожарная команда, или если бы эта команда была лучше устроена, имѣла бы паровыя трубы, или еслибы она прибыла своевременно, къ началу пожара, то тѣмъ неменѣе отсутствіе этихъ условій не измѣняетъ существо вопроса, и если пожаръ совершился, то мы обвиняемъ подсудимаго не въ покушеніи на поджогъ, а въ выполненіи преднамѣреннаго.

Къ тому же выводу приходимъ мы и тогда, когда А, подложивъ едва тлѣющіе горючіе матеріалы внутри дома, скрылся, а Б. вмѣсто того чтобы затоптать или залить ихъ, растерявшись, отворилъ окно, чтобы призвать на помощь, произвелъ сквозной вѣтеръ, и тѣмъ самымъ раздулъ зажженные матеріалы, отчего пожаръ и совершился.

Если воръ при совершеніи имъ кражи былъ замѣченъ кѣмъ-нибудь, но это лице не воспрепятствовало выполненію кражи или потому, что не съумѣло, или потому, что не хотѣло, то и въ виду этого обстоятельства никто же не будетъ обвинять подсудимаго въ покушеніи на кражу, а не въ выполненіи ея.

Однимъ словомъ, если наличность умышленнаго попустительства не можетъ имѣть вліянія на отвѣтственность главныхъ виновниковъ, то это же начало должно быть допущено и въ томъ случаѣ, гдѣ подобное попустительство данныхъ результатовъ произошло по чьей-либо неосторожности, зависѣло отъ обстоятельствъ чисто случайныхъ. Истинная причина результатовъ коренится въ дѣйствіи виновнаго, и если мы можемъ разсматривать вопросъ о бездѣйствіи какой-либо другой силы, то только съ точки зрѣнія отвѣтственности этой бездѣйствующей силы.

94. *Иначе ставится вопросъ* только тамъ, гдѣ силы, прившедшія къ дѣйствію виновнаго, нетолько не были вызваны самимъ преступникомъ, но онъ даже и не содѣйствовалъ ихъ приложенію къ данному случаю, однимъ словомъ, *когда онѣ дѣйствуютъ совершенно самостоятельно и независимо отъ дѣйствій преступника.*

А съ намѣреніемъ убить Б наноситъ ему рану, но не смертельную. Молнія ударяетъ въ этотъ моментъ въ Б. и умерщвляетъ

его; или Б дѣлается жертвою эпидеміи, пожара, бывшаго въ больницѣ и т. д.

А нанесъ Б рану не опасную, но заставившую его пробыть нѣсколько часовъ на мѣстѣ, и затѣмъ отправиться въ предполагаемый ему путь; на дорогѣ, съ крыши дома, мимо котораго онъ проходитъ, падаетъ камень и убиваетъ его.

А выстрѣлилъ въ Б и не попалъ, или только словесно, въ формѣ угрозы выразилъ намѣреніе свое лишить его жизни и тѣмъ замедлилъ или, наоборотъ, ускорилъ прибытіе его въ извѣстное мѣсто, а прившедшая сила, какъ молнія или свалившійся камень, убила его.

А нанесъ, съ намѣреніемъ убить, Б легкую рану въ ногу, а Б умеръ отъ чахотки, отъ аневризма и т. д.

А нанесъ Б рану легкую, непредставляющую опасности для жизни; врачъ, призванный къ больному, умышленно растравилъ рану и Б умеръ.

А нанесъ Б легкую рану, не смертельную, а Б умышленно растравилъ эту рану, отказался отъ докторской помощи, сорвалъ наложенныя перевязки и т. д. [67])

А съ цѣлью лишить жизни, нанесъ Б ударъ палкою, но Б успѣлъ избѣжать дальнѣйшихъ ударовъ и за тѣмъ изъ злобы, огорченія и т. п. бросился въ воду и утопился.

Можемъ ли мы и въ данныхъ случаяхъ приписать результаты виновному и наказывать его не за покушеніе, болѣе или менѣе отдаленное, а за самое совершеніе преступленія? Во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣйствія виновнаго или не имѣютъ никакого отношенія къ произшедшему результату, или являются только поводомъ, а ни причиною совершившагося событія, которое стоитъ внѣ этихъ дѣйствій, а оттого и отвѣчать виновный можетъ только за покушеніе, а не за совершеніе.

Это положеніе сдѣлается намъ еще очевиднѣе, если мы опять попробуемъ провести параллель между убійствомъ и другими преступленіями.

А подкладываетъ подъ домъ горючіе матеріалы и уходитъ, но этихъ матеріаловъ оказывается недостаточно, и они гаснутъ. Б. подходитъ къ этому мѣсту, раздуваетъ подложенные матеріалы, подкладываетъ новые, вообще разводитъ огонь и пожаръ дѣйстви-

---

[67]) Ср. примѣры изъ практики у Миттермайера, в. с. стр. 249, а также Temme, Tödtung, стр. 122.

тельно совершается. Очевидно, что виновникъ пожара будетъ не А, а Б.

А пытается похитить вещь, прикрѣпленную довольно плотно къ полу и почти отрываетъ эту вещь, но въ это время слышитъ приближающіеся шаги, бросаетъ работу не доконченную и уходитъ. Б, вошедшій въ комнату съ тѣмъ же намѣреніемъ, доламываетъ вещь и уноситъ ее. Разумѣется, А виновенъ только въ покушеніи на кражу, а не въ совершеніи ея, хотя бы безъ его предшествовавшей дѣятельности Б не въ состояніи былъ произвести взломъ.

А пытается украсть вещь, но застигнутый хозяиномъ вещи убѣгаетъ. Хозяинъ же вещи, оскорбленный тѣмъ, что къ данному предмету прикасалась воровская рука, выбрасываетъ эту вещь за окно или вообще изъемлетъ изъ своего обладанія. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что никто и не подумаетъ обвинять виновнаго въ совершеніи кражи.

Но если рѣшеніе справедливо въ этомъ случаѣ, то оно должно быть распространено и на совершенно аналогичные съ нимъ примѣры, приведенные выше: и тамъ и тутъ единственною причиною совершившагося факта является посторонняя, совершенно самостоятельно дѣйствующая сила.

95. Въ предшествующихъ примѣрахъ я бралъ безразлично тѣ случаи, гдѣ привходящая сила является сама по себѣ безотвѣтственною или отвѣтственною; но можетъ возникнуть вопросъ, *не имѣетъ ли вліянія уголовная наказуемость новаго дѣятеля на отвѣтственность лица, первоначально дѣйствовавшаго* [68])?

А нанесъ Б смертельную рану высрѣломъ въ грудь, но прежде чѣмъ смерть воспослѣдовала. В отсѣкъ Б голову топоромъ.

А далъ Б медленно дѣйствующаго яда, но прежде чѣмъ онъ успѣлъ произвести ожидаемые результаты В застрѣлилъ Б

Въ дракѣ лицу Б были нанесены нѣсколькими соучастниками раны, изъ которыхъ каждая въ отдѣльности не была смертельна, но всѣ они въ совокупности получили этотъ характеръ.

---

[68]) Ст. Пітюбель § 25. См. также: Ueber den Thatbestand der Tödtung durch die Gesammthandlungen mehrer nicht in Konkurenz handelnder Thäter. G. A. V, стр. 385. Вообще въ архивѣ Гольдаммера можно найти цѣлый рядъ практическихъ случаевъ этого рода: L. A. III, стр. 107, 132, 567; VI, 240, 777; VII, 451; X, 28, 38; XI, 179, 369; XIII, 257, и т. д.

Или А и Б, дѣйствуя другъ послѣ друга по истеченіи нѣкотораго времени, произвели такія поврежденія, которыя только въ ихъ совокупности оказались смертельными.

Причемъ случаи этого рода могутъ одинаково встрѣтиться и при иныхъ преступленіяхъ.

А поджигаетъ домъ, но въ то время какъ онъ уже горѣлъ, Б чтобы ускорить и обезпечить результаты поджигаетъ его съ другой стороны.

А и Б въ мѣстѣ совершаютъ воровство, унося вещь, которую каждый въ отдѣльности похитить не могъ, или для похищенія которой требовалось несравненно болѣе времени.

Прежде всего при подобномъ совмѣстномъ дѣйствіи нѣсколькихъ отвѣтственныхъ лицъ мы должны различить тѣ случаи, гдѣ они дѣйствуютъ сообща, по взаимному уговору и тѣ, гдѣ они дѣйствуютъ совершенно отдѣльно, независимо, и тогда основаніе для ихъ разрѣшенія получить нетрудно.

Если между ними существовалъ предварительный уговоръ, то по общему правилу, всѣ результаты, произведенные ихъ общезамышленными дѣйствіями, вмѣняются каждому изъ дѣйствующихъ во всей ихъ полнотѣ. Въ этомъ случаѣ дѣйствія всѣхъ остальныхъ соучастниковъ по отношенію къ дѣйствію виновнаго могутъ быть разсматриваемы какъ такія силы, которыхъ примѣненіе къ данному случаю, или успѣшное дѣйствіе сдѣлалось возможнымъ въ силу дѣйствій обвиняемаго лица.

Если же взаимнаго соглашенія не было, а виновные дѣйствовали или скопомъ или даже безъ всякой общности дѣйствія, то для опредѣленія ихъ отвѣтственности необходимо разобрать взаимныя отношенія, въ которыхъ они находятся. Поэтому, если окажется, что дѣятельность одного не находилась ни въ какомъ отношеніи къ дѣятельности другаго, то одинъ отвѣчаетъ за покушеніе, а другой за выполненіе. Если А далъ медленно дѣйствующую отраву Б, а В отсѣкъ ему голову, то мы не можемъ же признать Б умершимъ отъ отравленія, и А можетъ отвѣчать только за покушеніе; въ этомъ случаѣ все равно, будетъ ли вторая сила лице В, или молнія, камень, аневризмъ, чахотка. Если же эти силы взаимно содѣйствовали другъ другу и только общимъ ихъ результатомъ была смерть лица, то каждый отвѣчаетъ за совершеніе преступленія. Въ данномъ случаѣ мы должны разсматривать каждую изъ этихъ силъ такъ, что она обусловливала возможность успѣшнаго дѣйствія другой силы, а это даетъ намъ

право сдѣлать ее отвѣтственнымъ и за результатъ во всей его полнотѣ. Мы не можемъ сказать, что эта прившедшая, самостоятельная сила сама исключительно произвела данный результатъ; напротивъ, успѣшность ея дѣйствія зависѣла отъ первой силы. Въ этомъ случаѣ можно отыскать сходство между подобными примѣрами и тѣми, гдѣ подъ вліяніемъ холодной температуры извѣстныя поврежденія сдѣлались смертельными, а потому какъ тамъ признаемъ мы виновника поврежденій причиною смерти, такъ тотъ же выводъ должны мы сдѣлать и здѣсь, причемъ это положеніе распространяется на всѣхъ дѣятелей, которые въ совокупности вызвали извѣстный результатъ.

96. Такимъ образомъ, резюмируя все сказанное мною выше, *я прихожу къ слѣдующимъ положеніямъ*:

для отвѣтственности при убійствѣ необходимо, что бы планъ, выбранный виновнымъ для осуществленія его намѣренія, выразился въ дѣйствіи, котораго послѣдствіемъ была бы смерть лица;

эта смерть должна находиться въ причинной связи съ дѣйствіями виновнаго;

такъ какъ никакое дѣйствіе не совершается безъ посредства силъ природы или, выражаясь общнѣе, постороннихъ силъ, то содѣйствіе ихъ въ произведеніи смерти даннаго лица, само по себѣ не уничтожаетъ понятія причинной связи;

для этого необходимо только, чтобы эти силы были вызваны или направлены къ достиженію извѣстныхъ результатовъ дѣйствіями виновнаго;

или, чтобы приложеніе силъ или успѣшность ихъ дѣйствія сдѣлалась возможною въ силу дѣйствій виновнаго.

Если же этихъ условій нѣтъ, привходящія силы не только возникаютъ самостоятельно, но и успѣшность произведеннаго ими результата не находится ни въ какой зависимости отъ дѣйствій лица, то и причинная связь не существуетъ.

Наконецъ, то обстоятельство, что привходящая сила сама по себѣ является уголовно-отвѣтственною за результатъ, воспроизведенію котораго она содѣйствовала, не имѣетъ никакого вліянія на отвѣтственность первой дѣйствующей силы.

97. Подобнымъ же образомъ разрѣшается этотъ вопросъ и соотношеніи между дѣйствіями виновнаго и вытекающими изъ него результатами и *въ положительныхъ законодательствахъ*. По крайней мѣрѣ въ Германіи, со времени Штюбеля, т. е. съ того времени, когда было ниспровергнуто ученіе о необходимости для вмѣненія извѣстнаго результата непосредственнаго его воспроизведенія, подобная теорія проводится или въ самихъ кодексахъ, или въ судебной практикѣ.

Въ первый разъ была развита теорія Штюбеля въ Баварскомъ уложеніи 1813 г. Оно указывало: что врачи только in concreto должны рѣшать вопросъ, были ли поврежденія смертельны; что возможность излеченія вообще и своевременная помощь въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ не имѣютъ ни какого значенія: что точно также безразлично—вызвало ли данное дѣйствіе смерть лица само по себѣ, или же чрезъ вызванныя имъ постороннія причины. Но оно не признавало причинной связи, когда смерть послѣдовала отъ причинъ, существовавшихъ во время поврежденія и имъ невызванныхъ, или вслѣдствіе позднѣе присоединившихся силъ, также независимыхъ отъ дѣйствій виновнаго. Эти постановленія перешли съ весьма небольшими варіяціями въ другіе кодексы [69]). Причемъ въ большей части случаевъ законъ указывалъ только на отрицательныя условія причинной связи, на то что не можетъ уничтожить причинную связь, предоставляя опредѣленіе положительной стороны доктринѣ и практикѣ.

Такимъ образомъ Прусское уложеніе § 185 постановляетъ:

«При возстановленіи состава преступнаго лишенія жизни, судъ не долженъ принимать во вниманіе, могло ли быть воспрепятствовано наступленіе преступнаго послѣдствія болѣе современною или цѣлесообразною помощью, или могло ли быть поврежденіе этого рода излечено въ другихъ случаяхъ, при помощи врачебнаго искусства; точно также не имѣетъ никакого значенія и то, что эти поврежденія имѣли смертельный исходъ только въ силу особенныхъ качествъ организма пострадавшаго или по какимъ-либо случайнымъ причинамъ».

Такъ, что понятіе причинной связи уничтожается только тамъ, гдѣ вредъ былъ вызванъ какими-либо посторонними, вредно дѣйствующими причинами, безъ которыхъ смерть бы не воспослѣдовала, въ особенности если эти причины присоединились къ его

---

[69]) Миттермайеръ, в. с. стр. 342—353, его же zu Feuerbach's Lehrbuch § 209, прим. 23. Buri, die Lehre von der Tödtung. G. A. XI. стр. 760 и сл.

дѣйствію впослѣдствіи, какъ напр. собственное поведеніе пострадавшаго и т. д. [70]).

Другія же законодательства считаютъ необходимымъ указать прямо, что причинная связь не уничтожается, если произведенію даннаго результата содѣйствовали какія-либо промежуточныя причины, вызванныя дѣйствіемъ виновнаго (хотя это условіе и не отрицается, а только не указывается въ Прусскомъ уложеніи); таковы постановленія Баденскаго уложенія ст. 203; Брауншвейгскаго § 154; Виртембергскаго § 135; Н. Баварскаго § 233.

Саксонія не содержитъ въ уголовномъ уложеніи никакихъ спеціальныхъ постановленій по этому вопросу, но въ уставѣ уголовнаго судопроизводства § 193 указываетъ, что врачъ въ своихъ показаніяхъ долженъ обратить вниманіе на то, послѣдовала ли смерть отъ найденныхъ на тѣлѣ поврежденій, или повлекли ли бы они смерть, еслибы не привзошла какая-либо иная причина.

Другіе западные кодексы, главнымъ образомъ Французскій и примыкающіе къ нему: Бельгійскій, Нидерландскій, Итальянскій, равно какъ и Англійское право [71]), не дѣлая никакихъ спеціальныхъ указаній, предоставляютъ эти опредѣленія практикѣ.

Такимъ образомъ, Французскій кассаціонный судъ, въ своемъ рѣшеніи отъ 12 іюля 1844, принялъ по данному вопросу слѣдующую теорію, развитую Дюпеномъ: «смерть должна быть вмѣняема виновному, хотя бы раны и побои не были *единственною* причиною смерти; достаточно, чтобы они ее *причинили*, а это понятіе не исключаетъ содѣйствія какихъ-либо иныхъ причинъ. Виновникъ раны отвѣчаетъ за всѣ ея послѣдствія, и каково бы ни было здоровье жертвы, достаточно чтобы она умерла, чтобы эта смерть сдѣлалась элементомъ, опредѣляющимъ отвѣтственность лица, нанесшаго рану. Если насилія, напр., не были единственною причиною смерти, а она зависѣла и отъ физическаго сложенія умершаго, то все-таки виновный отвѣчаетъ за убійство, такъ какъ онъ

[70]) Oppenhof, в. с. пр. 4 къ § 185. Всѣ эти постановленія равнымъ образомъ распространяются и на случаи неосторожнаго лишенія жизни.

[71]) Миттермайеръ, в. с. стр. 360 и сл. Онъ вообще замѣчаетъ, что подобное перечисленіе въ законѣ условій причинной связи вредно дѣйствуетъ на практику, потому что законъ усваиваетъ часто односторонній медицинскій взглядъ, господствовавшій въ моментъ его составленія. См. у него же примѣры изъ англійской практики, стр. 362, 365, гдѣ требованіе извѣстнаго срока (1 годъ и 1 день) ставится и до сихъ поръ условіемъ убійства-

ускорилъ наступленіе смерти» [72]). Но это соотношеніе, какъ разъясняетъ Эли, уничтожается, когда рана по своему существу не могла причинить смерти, когда случайная болѣзнь, которой источникъ не заключался въ поврежденіи, развилась внезапно, когда, наконецъ, причину смерти нужно отнести къ собственному болѣе или менѣе сильному неблагоразумію больного, или къ ошибкѣ врача.

Кромѣ того, большинство французскихъ криминалистовъ [73]) пытается опредѣлить извѣстный промежутокъ времени, при наличности котораго можно признать, что смерть произошла отъ поврежденій; такимъ срокомъ предлагаетъ, напр., Эли 40 дней, тѣмъ болѣе, что этотъ числовой терминъ знаетъ и самъ кодексъ. Такъ, напр., въ ст. 231, говоря о насиліяхъ, причиненныхъ органамъ власти, законъ указываетъ, что если эти дѣйствія причинили смерть въ теченіе 40 дней, то назначается каторжная работа; точно также ст. 316 говоритъ, что если за кастраціей послѣдуетъ въ теченіи 40 дней смерть, то назначается смертная казнь. Но французскій кассаціонный судъ принялъ въ этомъ отношеніи другое положеніе, что такъ какъ законъ не ограничиваетъ понятія причинности извѣстнымъ временемъ, то судъ и не имѣетъ права на подобное толкованіе [74]).

98. Въ *нашемъ правѣ вопросъ о значеніи причиной связи* при убійствѣ могъ появиться только въ новѣйшее время. Констатированіе причинныхъ отношеній между поврежденіями, нанесенными виновнымъ, и послѣдовавшею смертью предполагаетъ медицинское освидѣтельствованіе, а сама судебно-медицинская экспертиза *появляется* у насъ *только со времени Петра Великаго* [75]).

[72]) Blanche, Etudes, IV, № 579; Эли, Théorie, IV, № 1198. Они трактуютъ, впрочемъ, объ этомъ вопросѣ *только* при неосторожномъ убійствѣ, что, между прочимъ, объясняется и самою системою, принятою въ code penal относительно покушенія.

[73]) Эли, в. с. IV, № 1201. Самый терминъ 40 дней беретъ онъ изъ старой французской практики, которая предполагала, что смертельно раненый не можетъ прожить долѣе. Старо-нѣмецкая практика знала срокъ болѣе короткій—9 дней, какъ, напр., preussische Mandaten, 1717, 1776. См. Temme Tödtung, стр. 12.

[74]) Cass, 9 іюня 1853. См. Бланшъ, в. с. т. IV, № 580.

[75]) Очеркъ исторіи судебной медицины и отчасти вопроса, мною разсматриваемаго, можно найти у Чацкина въ переводѣ руководства къ судебной медицинѣ Шауенштейна, стр. XXVII и сл.

Въ толкованіи на артикулъ 154 воинскаго устава 1716 года было сказано:

«Но надлежитъ подлинно вѣдать, что смерть всекопечно ли отъ битья приключилась. А ежели сыщется, что убіенный былъ битъ, а не отъ тѣхъ побоевъ, но отъ другихъ случаевъ, которые къ тому присовокупились, умре: то надлежитъ убійцу не живота томъ, но по разсмотрѣнію судебному наказать или тюрьмою, или денежнымъ штрафомъ, шпицрутеномъ и прочая. Того ради зѣло потребно есть, чтобы коль скоро кто умретъ, который въ дракѣ былъ и битъ, поколотъ или порубленъ будетъ, лекарей опредѣлить, которые бы мертвое тѣло взрѣзали, и подлинно розыскали, что какая причина къ смерти его была, и о томъ имѣютъ свидѣтельство въ судѣ на письмѣ подать и оное присягою своею подтвердить».

Затѣмъ уставъ пересчитывалъ тѣ раны, которыя, между прочими, почитаются за смертельныя, и насчитывалъ такихъ 11-ть категорій. Указывая при этомъ и на то, что понятіе смертельной раны уничтожается, какъ скоро она могла быть залечена и устранена, напр. искусною трепонаціею.

Точно также и въ морскомъ уставѣ подтверждается, что «накрѣпко разслѣдовать надлежитъ, отъ тѣхъ ли побоевъ умеръ, или иная какая болѣзнь приключилася.»

Такимъ образомъ, въ первый разъ въ этихъ постановленіяхъ указывалось на всю важность судебно-медицинской экспертизы при убійствѣ, и на необходимость вскрытія трупа, а не одного только внѣшняго, наружнаго осмотра, какъ обыкновенно бывало въ нашей старой практикѣ. Самое ученіе о причинной связи было построено на той же системѣ, какая господствовала и въ западной Европѣ до Штюбеля, т. е. законъ требовалъ для вмѣненія извѣстныхъ результатовъ, чтобы дѣйствій виновнаго были непосредственною ихъ причиною, устранившею вмѣшательство какихъ либо другихъ причинъ; сообразно съ этимъ законъ и пытался напередъ опредѣлить случаи ранъ смертельныхъ.

Эти правила въ общихъ чертахъ просуществовали весьма долгое время и *только въ 1828 были замѣнены наставленіями врачамъ при судебныхъ осмотрахъ* и вскрытіи тѣлъ, наставленіями, изданными по Высочайшему повелѣнію медицинскимъ совѣтомъ и вошедшими въ XIII свода законовъ, глава IX, книга III.

Такъ какъ эти правила дѣйствуютъ и нынѣ, то я и считаю

необходимымъ привести главнѣйшія положенія, принятыя въ нихъ относительно зависимости происшедшаго результата—смерти лица, отъ дѣйствій виновнаго, тѣмъ болѣе, что эти правила какъ бы совсѣмъ игнорируются даже и нашею новою судебною практикою.

99. По отношенію къ дѣленію поврежденій по степени вѣроятности ихъ наступленія, уставъ судебно-медицинскій отказывается совершенно отъ системы воинскаго устава [76]).

Ст. 1859 постановляетъ:

«Чтобы удовлетворить вопросу о томъ, было ли претерпѣнное человѣкомъ предъ смертью его поврежденіе или насиліе причиною оной или нѣтъ, надлежитъ судить о семъ *не по общимъ какимъ-либо и отвлеченнымъ правиламъ* (in abstracto), *но по особливостямъ каждаго случая* (in concreto), и опредѣлять смертельность или несмертельность поврежденій не по принятымъ произвольно раздѣленіямъ оныхъ на различные классы и виды, относительно степени смертельности, но только по той связи и отношенію, въ каковыхъ *въ семъ именно, а не въ другомъ случаѣ*, находились или не находились они съ впослѣдовавшею за оными смертью. А посему, дабы избѣжать противорѣчія и не подать повода судьямъ къ различнымъ недоразумѣніямъ, должны врачи тѣ только поврежденія признавать смертельными, кои дѣйствительно, т. е. сами по себѣ, были причиною смерти, или между которыми и сею послѣднею таковая же находилась связь, каковая обыкновенно существуетъ между причиною и ея дѣйствіемъ».

Слѣдовательно, и уставъ принимаетъ то положеніе, что для вмѣненія результата виновному совершенно безразлично: были ли эти послѣдствія таковы, что безъ нихъ данное дѣяніе было не мыслимо или же наступленіе ихъ имѣло только характеръ вѣроятности, или же даже они появились болѣе или менѣе случайно. Для вмѣненія результатовъ (imputatio facti) необходимо только возстановить, что эти послѣдствія были вызваны виновнымъ и повлекли смерть, этимъ собственно и оканчивается дѣятельность медика. Затѣмъ уже начинается область совершенно иная, наступаетъ обязанность судьи разъяснить, на сколько эти, причинен-

---

[76]) Ср. по вопросу о причинной связи между смертью извѣстнаго лица и поврежденіями ему причиненными съ судебно-медицинской точки зрѣнія Buchner, Lehrbuch der Gerichtlichen Medicin, 1866, стр. 205 и сл.

ныя виновнымъ послѣдствія были сознаваемы и волимы имъ (imputatio juris). Большая или меньшая вѣроятность наступленія послѣдствій можетъ имѣть, какъ указывалъ я прежде, только процессуальное значеніе, т. е. можетъ служить средствомъ для выясненія умысла и съ этой стороны только и можетъ быть оправдана ст. 1860 устава судебно-медицинскаго, въ которой указано:

«Раздѣлить поврежденія можно на два класса, а именно: на обще или неизбѣжно смертельныя (laesiones universeliter seu absolute lethales) и случайно смертельныя (laesioner individualiter seu per accidens lethales), *и то для того только, чтобы* чрезъ таковое различіе поврежденій показать связь, каковая находилась между оными и воспослѣдовавшею за ними смертью, и *привести судью въ возможность* судить о намѣреніи, т. е. было ли убійство умышленное или неумышленное». Медикъ не предрѣшаетъ въ этомъ случаѣ рѣшенія судьи, а только даетъ для него важный, но безусловно связующій его матеріалъ.

100. Разсматривая вопросъ съ этой точки зрѣнія, уставъ и соединяетъ въ одну группу ученіе о неизбѣжныхъ и случайныхъ послѣдствіяхъ съ дѣленіемъ ранъ на обще и особо смертельныя, и вездѣ проводитъ то же общее начало. Но и это различеніе получаетъ важность только тогда, когда неожиданность смертельнаго исхода заставляетъ сомнѣваться, хотѣлъ ли дѣйствительно виновный осуществить этимъ путемъ свой умыселъ, или тогда, когда нужно рѣшить, могъ ли обвиняемый, при надлежащей внимательности съ его стороны, предвидѣть смертельный исходъ своихъ дѣйствій. Такъ какъ фактъ *особенной* смертельности данныхъ поврежденій иногда даже не можетъ возбудить никакихъ сомнѣній и въ процессуальномъ отношеніи. Если А выстрѣлилъ въ Б, въ упоръ изъ пистолета, но пуля причинила смерть только въ силу особенныхъ пороковъ организма Б, то не можетъ быть и сомнѣнія о вмѣненіи А причиненной имъ смерти.

Поэтому и по нашему праву, если лицо нанесло легкій ударъ комулибо палкою по головѣ и побитый умеръ, потому что ударъ попалъ по трепанированному мѣсту, то виновникъ удара долженъ быть признанъ убійцею, какъ скоро онъ нанесъ свой ударъ съ намѣреніемъ убить.

При этомъ уставъ принимаетъ слѣдующую систему:

По ст. 1861 обще или безусловно-смертельными поврежденіями называются тѣ поврежденія, которыя всегда и у всѣхъ людей оканчиваются смертью, и такихъ поврежденій насчитывается шесть категорій, хотя, впрочемъ, въ примѣчаніи къ той же статьѣ уставъ указываетъ, что

«новѣйшая хирургія научила излечать многія *таковыя* поврежденія, *кои почитались прежде неизлечимыми*: однако же, успѣхи оной не должны препятствовать врачамъ въ судебно-медицинскихъ случаяхъ почитать нѣкоторыя изъ оныхъ всегда смертельными, какъ, напр., поврежденія сонныхъ артерій и другихъ подобныхъ».

Что касается до особо-смертельныхъ поврежденій, то по ст. 1862:

«подъ именемъ поврежденій особенно или случайно-смертельныхъ разумѣются тѣ поврежденія, которыя не у всѣхъ, но только у нѣкоторыхъ людей и при ихъ особенныхъ обстоятельствахъ оканчиваются смертью».

Ст. 1863: «причины таковой особенной или случайной смертельности (lethalitas individualis) искать надлежитъ:

1) *Въ возрастѣ* умершаго отъ поврежденія человѣка. Чѣмъ моложе онъ, тѣмъ раздражительнѣе, полносочнѣе, и слѣдовательно склоннѣе къ воспалительнымъ болѣзнямъ и кровотеченіямъ, но за то способнѣе къ вознагражденію убыли и выздоровленію; чѣмъ, напротивъ того, старѣе, тѣмъ противодѣйствіе организма слабѣе и возстановленіе здоровья происходитъ медленнѣе. Вообще дѣти и старики труднѣе могутъ переносить причиняемыя имъ насилія, нежели другіе.

2) *Въ полѣ и отправленіяхъ онаго* (functiones sexus). Женщины по слабому, нѣжному и притомъ весьма раздражительному сложенію своему, болѣе подвержены опасности отъ поврежденій, нежели мужчины, а особливо во время беременности, въ родахъ и вскорѣ послѣ оныхъ.

3) *Въ сложеніи тѣла.* Человѣкъ крѣпкаго сложенія больше можетъ выдержать, нежели слабый и нѣжно устроенный. Темпераментъ, идіосинкразія, родъ жизни и тому подобныя обстоятельства, могутъ также дѣлать разность въ степени опасности отъ поврежденій.

4) *Въ томъ состояніи и расположеніи духа*, въ каковомъ находится человѣкъ при поврежденіи. Ежели онъ въ сіе время былъ чрезвычайно раздраженъ, испуганъ или разгорячен отъ излишняго употребленія спиртныхъ напитковъ и т. п., тогда слѣдствія поврежденій гораздо опаснѣе, нежели при другихъ противныхъ тому обстоятельствахъ.

5) *Въ особенномъ расположеніи тѣла* (praedispasitio corporis) къ какому либо извѣстному болѣзненному состоянію. Такимъ (напримѣръ) образомъ, у людей, расположенныхъ къ апоплексическому удару или легочной чахоткѣ, поврежденія головы или груди скорѣе могутъ быть смертельными, нежели у другихъ, не имѣющихъ сего расположенія и т. п.

6) *Въ дѣйствительно уже существовавшихъ болѣзняхъ*, какъ общихъ или повсемѣстныхъ, такъ и частныхъ или мѣстныхъ, каковы особливо суть: цынга, ломота, водяная болѣзнь, золотуха, чахотка и другія худосочныя и изнурительныя болѣзни: грыжи, выпаденія, расширенія боевыхъ и крововозвратныхъ жилъ, болѣзненное состояніе внутренностей и прочее. Сюда принадлежатъ также и соврожденныя погрѣшности въ образованіи или положеніи частей, какъ, напр., необыкновенная тонкость черепа, неправильное строеніе груди, превратное положеніе сердца и другихъ внутренностей и т. п.»

Причемъ всѣ эти различныя подраздѣленія для судьи существеннаго значенія имѣть не могутъ; для него важно только, что они причинили смерть и все сводится къ процессуальной сторонѣ, къ доказательствамъ съ одной стороны самаго факта причинныхъ отношеній, а съ другой — умысла. Въ этомъ отношеніи уставъ судебно-медицинскій даетъ также нѣсколько указаній въ ст. 1865.

«Поелику при особенной смертельности степень вмѣненія въ преступленіе (imputatio juris) зависитъ преимущественно отъ того, *зналъ ли* подсудимый особенное состояніе имъ поврежденнаго и отъ поврежденія умершаго человѣка или нѣтъ, то судебный врачъ, въ каждомъ таковомъ случаѣ, представляя причины особенной смертельности поврежденія, долженъ притомъ объяснить въ рапортѣ своемъ или свидѣтельствѣ, каковы были причины сіи: явственны, или болѣе или менѣе скрыты; *дабы чрезъ объясненіе сіе привести судью въ состояніе судить о намѣреніи виновника* смерти и опредѣлять ему наказаніе соразмѣрное преступленію».

Но я указывалъ, что подъ эти постановленія объ особо-смертельныхъ поврежденіяхъ должны быть подведены и случаи лишенія жизни путемъ психическаго воздѣйствія. Съ этой стороны и наше право не даетъ намъ основаній для какихъ либо иныхъ выводовъ. Говоря о лишеніи жизни, оно вовсе не исчисляетъ тѣхъ средствъ и способовъ, которыми оно можетъ быть произведено, и требуетъ только дѣйствія, оказавшагося способнымъ въ данномъ

случаѣ причинить смерть лицу; а къ числу подобныхъ способовъ относится и психическое воздѣйствіе: испугъ, страхъ и т. п., вызвавшіе нервное потрясеніе и смерть; причемъ легко можетъ случиться, что тѣ же средства, которыми выполнилъ преступникъ свой планъ въ данномъ случаѣ, съ ихъ физической стороны должны быть отнесены къ разряду средствъ абсолютно негодныхъ, выбираемыхъ обыкновенно только по невѣжеству и суевѣрію. И даже ненаказуемость покушенія съ подобными средствами на основаніи примѣчанія къ ст. 115 уложенія вовсе не противорѣчитъ этимъ выводамъ, потому что дѣйствительнымъ средствомъ является не постановленіе свѣчки навыворотъ Ивану воину, ни вынутіе слѣда, или какой либо суевѣрный обрядъ, а испугъ или страхъ. При вмѣненіи мы только предполагаемъ, что виновный зналъ объ особенномъ состояніи организма пострадавшаго и съ нимъ сообразовалъ свой преступный планъ [77]).

101. Но въ этихъ же постановленіяхъ объ особо-смертельныхъ поврежденіяхъ заключаются основанія для рѣшенія вопроса о вліяніи причинъ, присоединяющихся къ дѣйствію виновнаго, на отвѣтственность послѣдняго за смертельность результатовъ.

Къ числу особо-смертельныхъ поврежденій отнесены и тѣ, которыя получили этотъ характеръ въ силу существовавшаго въ то время особеннаго соотоянія жертвы, напр. его опьяненія, или въ силу находящейся у него болѣзни: чахотки, грыжи и т. д.; слѣдовательно законъ вмѣняетъ виновному результатъ и тогда, когда къ его дѣйствію присоединилась посторонняя сила, самостоятельно существующая, виновнымъ не вызванная, но которая стала дѣйствовать, или имѣла именно *въ данное время* успѣшный результатъ въ силу дѣйствій виновнаго. Причемъ уставъ не придаетъ никакого значенія тому, могла ли эта содѣйствующая сила *только* при дѣйствіи виновнаго прійти къ этому результату, или же виновный только ускорилъ дѣйствіе этой силы, — вмѣненіе существуетъ и въ послѣднемъ случаѣ, что можно уже видѣть изъ существа болѣзней, о которыхъ говоритъ 6 пунктъ ст. 1863.

Но если мы примемъ этотъ выводъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ сила возникла и дѣйствовала независимо отъ дѣйствій виновнаго, то еще съ большимъ правомъ можно видѣть отвѣтственность тамъ, гдѣ эта сила была вызвана виновнымъ.

---

[77]) Это же мнѣніе высказываетъ и Лохвицкій, Курсъ, стр. 250 и 507.

Ст. 1864 постановляетъ:

«Къ вышеприведеннымъ причинамъ особенной смертельности надлежитъ также причислить и и тѣ, хотя внѣшнія *и послѣ повреждения уже присовокупившіяся* и въ нанесеніи смерти содѣйствовавшія обстоятельства, *къ которымъ самое повреждение непосредственный подало поводъ* и которыхъ поврежденный человѣкъ избѣжать былъ не въ силахъ; когда, напр., онъ раненъ былъ или поврежденіе претерпѣлъ въ отдаленномъ какомъ либо или уединенномъ мѣстѣ, гдѣ некому было подать ему помощи; самъ же онъ, будучи чрезъ то приведенъ въ несостояніе искать или просить оной, остался безъ всякаго призрѣнія, потерялъ много крови или простудился, и сія потеря крови или простуда, хотя при другихъ благопріятныхъ обстоятельствахъ и отвратимая, но въ семъ случаѣ неизбѣжная, стоила ему жизни».

Наконецъ, статья 1859, приведенная мною выше, еще общнѣе говоритъ, что «смертельными почитаются не только тѣ поврежденія, кои *сами по себѣ* были причиною смерти, но и тѣ, между которыми и смертью такая же находилась связь, какъ между причиною и ея дѣйствіемъ».

Правда, что не смотря на обиліе относящихся сюда постановленій, система устава все-таки не обрисовываетъ вопроса такъ, какъ дѣлаютъ это приведенныя выше постановленія нѣмецкихъ кодексовъ; но тѣмъ не менѣе она не только даетъ по ст. 1859 возможность примѣнить здѣсь выводы науки, но даетъ возможность вывести и взглядъ закона на этотъ вопросъ.

102. На основаніи этихъ постановленій, я думаю, мы можемъ прійти къ такимъ выводамъ:

Уложеніе ни въ какомъ случаѣ *не обусловливаетъ* понятія причинной связи *непосредственнымъ* отношеніемъ между результатами и дѣйствіемъ, въ томъ смыслѣ какъ понимала это теорія до Штюбеля.

Вмѣненіе результатовъ существуетъ, хотя бы ихъ наступленіе предполагалось только съ вѣроятностью.

Даже наступленіе послѣдствій случайныхъ не уничтожаетъ вмѣненія ихъ виновному, если, дѣйствуя съ преступною цѣлью, онъ этимъ путемъ осуществлялъ свой умыселъ.

При лишеніи же жизни по неосторожности вопросъ о вмѣненіи результатовъ сводится къ вопросу о возможности ихъ предвидѣнія въ данномъ конкретномъ случаѣ.

Результаты вмѣняются виновному и тогда, когда къ его дѣйствіямъ присоединилась какая либо сила, или, какъ говоритъ уставъ, какія либо обстоятельства, непосредственно имъ вызванныя.

При этомъ все равно, дѣйствовали ли эти силы положительно, напр. поврежденіе вызвало воспаленіе легкихъ, сотрясеніе мозга, окончившееся смертью, или отрицательно, какъ, напр., отсутствіе помощи.

Вмѣненіе существуетъ и тогда, когда эта сила, присоединившаяся къ дѣйствію, существовала и дѣйствовала самостоятельно до наступленія дѣйствій виновнаго, какъ, напр., какая либо болѣзнь, хотя бы и тяжкая.

Вмѣненіе не уничтожается и тамъ, гдѣ эта прившедшая сила и сама бы по себѣ, но только позднѣе, причинила тѣ же смертельные результаты.

Для вмѣненія безразлично, разсчитывалъ ли виновный на пособіе этой силы, соразмѣрялъ ли онъ силу дѣйствій съ возрастомъ, поломъ жертвы и т. п.

Эта самостоятельно дѣйствующая сила можетъ не только привзойти къ дѣйствію виновнаго послѣ его окончанія, но даже и возникнуть послѣ этого момента. Виновный отвѣчаетъ за результаты, когда его дѣйствіе *дало возможность* этимъ силамъ произвести данный результатъ, когда къ дѣйствію виновнаго присоединились, напр., ошибка и заблужденіе какого либо другого лица, или даже его собственная ошибка, обусловленная дѣйствіемъ первоначально имъ совершеннымъ, или неискусное леченіе, недостаточный уходъ.

Вмѣненіе результата не существуетъ только тамъ, гдѣ смерть произведена какою либо силою, хотя и дѣйствующею одновременно съ причиненіемъ поврежденія, но совершенно независимо отъ него. Виновный выстрѣлилъ, съ цѣлью убить, въ А, задѣлъ слегка его ногу, а тотъ въ этотъ моментъ умеръ отъ аневризма или чахотки.

Вмѣненіе не существуетъ, когда сила прившедшая не только дѣйствовала самостоятельно, но и самое ея приложеніе къ данному случаю, ея успѣхъ, не находились ни въ какомъ соотношеніи съ дѣйствіемъ виновнаго. Молнія ударила въ моментъ нанесенія легкой раны и убила раненаго.

На этомъ же основаніи вмѣненіе не существуетъ и тамъ, гдѣ подобною самостоятельною и независимою силою является неосторожное или умышленное дѣйствіе третьяго лица или самого раненаго.

А легко ранилъ Б. В въ это же время, проходитъ мимо, спотыкается и сталкиваетъ Б въ воду.

А легко ранилъ Б, а В въ то же время отравляетъ Б, или самъ застрѣливается; очевидно, что А не можетъ быть признанъ виновникомъ смерти Б.

При этомъ законъ не обращаетъ никакого вниманія на срокъ, который протекъ между моментомъ дѣйствія виновнаго и наступленіемъ смертельнаго результата.

И самый вопросъ о причинномъ соотношеніи, какъ вопросъ факта, долженъ при обсужденіи дѣла съ присяжными, во всякомъ случаѣ подлежать ихъ разрѣшенію. Причемъ онъ можетъ быть поставленъ въ простѣйшей формѣ: были ли-такіе-то насильственныя дѣйствія подсудимаго причиною смерти или съ указаніемъ тѣхъ побочныхъ обстоятельствъ, въ особенности же ихъ отношенія къ дѣйствіямъ виновнаго, которыя, произойдя къ дѣйствію совершенному имъ, придали поврежденіямъ смертельный характеръ. [78])

Эти выгоды, по моему мнѣнію, вытекаютъ или изъ буквальнаго текста статей судебно-медицинскаго устава или изъ ихъ смысла; и, какъ можно видѣть, нашъ уставъ скорѣе можно обвинить въ стремленіи излишне расширить понятіе причинной связи, нежели ограничить его. Совершенно иное стремленіе видимъ мы въ нашей практикѣ, которая, впрочемъ, вообще не держится никакой опредѣленной системы по вопросу о причинной связи и съ случаѣ присоединенія посторонннихъ силъ хотя бы и вызванныхъ виновнымъ и причинившимъ смерть, то признаетъ только покушеніе на убійство, то самое совершеніе.

103. Въ виду этого, я считаю нелишнимъ привести *нѣсколько примѣровъ*, которые укажутъ намъ всю шаткость и несостоятельность взглядовъ, дѣйствующихъ въ практикѣ, и важность положеній, выше указанныхъ.

Такъ въ старой нашей практикѣ въ не большомъ числѣ дѣлъ, бывшихъ на разсмотрѣніи государственнаго совѣта, мы находимъ и

[78]) Этого же взгляда держится и наша практика. Разумѣется, въ случаяхъ этого рода необходима судебно-медицинская экспертиза. См. о постановкѣ вопросовъ врачамъ Миттермайеръ zu Feuerbach § 209, пр. 34, 35. Его же Gerichtssaal 1955. стр. 176. Онъ особенно рекомендуетъ Oesterreichische instruction über die Leichenschau, 28 янв. 1855.

такіе случаи, гдѣ виновному вмѣнялись результаты, происшедшіе отъ присоединенія къ его дѣйствію силъ постороннихъ, и наоборотъ. По дѣлу Абалакова (Сборникъ, стр. 169), государственный совѣтъ, признавая его виновнымъ въ оконченномъ убійствѣ, поставилъ даже въ число обстоятельствъ, усиливающихъ отвѣтственность, и то, что онъ оставилъ тѣло отца своего, несовсѣмъ, можетъ быть, лишеннаго жизни, въ такомъ мѣстѣ, гдѣ онъ безъ пособій долженъ былъ неминуемо подвергнутся смерти. По дѣлу Скачкова и Кудрявцева (ib. стр. 180), признали ихъ виновниками смерти, такъ какъ они нанесли весьма тяжкія побои съ поврежденіями, кои *произвели воспаленіе легкихъ*, и, оставаясь безъ вспомоществованія, были причиною смерти. Но въ то же время, по дѣлу князей Трубецкихъ (ib. стр. 166), государственный совѣтъ не вмѣнилъ имъ въ вину смерти Федорова на томъ основаніи, что хотя врачъ и указалъ, что, послѣ трехдневной болѣзни его отъ жестокихъ побоевъ, смерть ему приключилась отъ неразрѣшившагося въ правомъ легкомъ воспаленія, но добавилъ, что умершій имѣлъ уже къ этому расположеніе отъ прежде бывшаго у него въ легкихъ же воспаленія послѣ паденія съ крыши за 15-ть лѣтъ передъ тѣмъ и отъ прироста праваго легкаго къ грудной плевѣ и ребрамъ.

Еще разнообразнѣе въ этомъ отношеніи новая судебная практика. Въ большей части случаевъ болѣзни, возникшія отъ поврежденій и обусловливавшія ихъ смертельный исходъ, остаются безъ всякаго вліянія на вмѣняемость смерти [79]); но существуетъ рядъ рѣшеній и въ противоположномъ смыслѣ.

[79]) Такъ, напр., по дѣлу Осташева С. В. 1866, № 91, подсудимый обвинялся въ томъ, что 16 іюля толкнулъ съ крыльца крестьянина Яковлева, который, падая, сломалъ себѣ обѣ ноги, отчего произошло воспаленіе, кончившееся смертью Яковлева. Осташевъ обвинялся въ лишеніи жизни. По дѣлу Мейера, обвинявшагося *въ убійствѣ* Баумана, С. В. 1867, № 226, подсудимый ткнулъ Баумана въ носъ желѣзными щипцами, отчего произошелъ проломъ рѣшетчатой кости, проникшій въ полость черепа и вызвавшій излiяніе крови на основаніе мозга. См. также дѣло крестьянина Калинина, С. В. 1869, № 175—176, обвинявшагося въ нанесеніи женѣ своей побоевъ тяжкихъ, угрожавшихъ опасностью жизни. Защита, опираясь на заявленіе одного изъ экспертовъ, что наступленіе смерти обусловливалось ожирѣніемъ мускуловъ и переполненіемъ желудка покойной, отрицала причинную связь, и какъ кажется это толкованіе, противорѣчащее и теоріи и положительному закону, было принято присяжными, такъ какъ они на вопросъ о причинной связи отвѣчали отрицательно.

Такъ по дѣлу Чубукова, С. В. 1868, №№ 14, 15, московская судебная палата предала виновнаго суду по обвиненію въ убійствѣ крестьянина Федота Кирикова и въ оконченномъ *покушеніи* на убійство крестьянки Богдановой, такъ какъ послѣдняя была найдена живою, хотя отправленная въ больницу умерла *на третій день отъ нанесенныхъ ей поврежденій* и даже, какъ указывалъ обвинительный актъ, не приходя въ сознаніе.

По дѣлу Матрены Богдановой, С. В. 1868, №№ 244—245, обвиняемой въ томъ, что она бросила своего незаконнорожденаго ребенка въ отхожее мѣсто, гдѣ онъ хотя и былъ найденъ живымъ, но умеръ на другой день по свидѣтельству доктора *отъ ушибовъ, полученныхъ при паденіи*, с.-петербургская судебная палата, находя также, что Богданова бросила младенца въ отхожее мѣсто, отчего младенецъ получилъ ушибы, послѣдствіемъ коихъ была смерть, обвиняла ее тѣмъ не менѣе *въ покушеніи* на дѣтоубійство. На судебномъ слѣдствіи эксперты измѣнили положеніи вопроса, въ томъ отношеніи, что указали на воспаленіе легкихъ, какъ на вторую причину, обусловившую смерть,—воспаленіе, происшедшее, впрочемъ, отъ продолжительнаго нахожденія младенца въ холодной температурѣ; но очевидно, что и это добавленіе не измѣняло невѣрной юридической квалификаціи факта, все-таки Богданова могла быть обвинена не въ покушеніи, а въ совершеніи дѣтоубійства. Вопросъ о причинной связи не можетъ же быть поставленъ въ зависимость отъ того, когда будетъ найденъ пострадавшій, до наступленія смерти или послѣ наступленія [80]).

Но особенный интересъ представляетъ въ этомъ отношеніи дѣло Орвида, С. В. 1866 г., № 86, 87. Николай Орвидъ обвинялся въ томъ, что 15 сентября онъ въ ссорѣ нанесъ Эммануилу Вигонду, въ високъ рану, длиною около ½ вершка съ поврежденіемъ височной артеріи, изъ которой было сильное кровотеченіе—вышло около 2 фунтовъ крови. Врачъ отправилъ Вигонда въ больницу, не находя, впрочемъ, раны опасною; таково же было и мнѣніе врачей больницы, но 24 сентября Вигондъ умеръ отъ чрезмѣрнаго прилива крови къ мозгу и легкимъ, при рожистомъ воспаленіи общихъ покрововъ головы, *происшедшемъ* отъ пораненія правой височной стороны, и Орвидъ былъ преданъ суду по обвиненію въ причиненіи по неосторожности смерти при нанесеніи ранъ, по 1483 ст. Въ судебномъ засѣданіи эксперты дали объясненіе, что смерть произошла по преимуществу отъ воспаленія, котораго могло бы и не быть, если бы Вигондъ не былъ къ нему расположенъ, что этому могъ содѣйствовать больничный воздухъ и неправильное наложеніе лигатуръ на раны. Затѣмъ самый вопросъ о соотношеніи между ранами и смертью былъ главнымъ центромъ заключительныхъ премій, и въ числѣ вопросовъ, предложенныхъ присяжнымъ, судъ постановилъ и вопросъ о томъ: была ли смерть Вигонда слѣдствіемъ этихъ ранъ, замѣненный потомъ, согласно предложенію старшины присяжныхъ засѣдателей, другимъ: не было ли побочныхъ обстоятельствъ, при которыхъ эти раны повлекли за собою смерть. Присяжные признали существованіе этихъ обстоятельствъ и товарищъ прокурора далъ заключеніе о признаніи подсудимаго виновнымъ не въ убійствѣ, а только въ нанесеніи легкихъ ранъ, съ чѣмъ согласился и судъ, освободившій подсудимаго на основаніи примѣчанія къ 1496 ст. уложенія. Это рѣшеніе вызвало осужденіе въ нашей печати [81]), осужденіе, опиравшееся на то, что раны, нанесенныя Орвидомъ, нельзя признать за легкія; но съ этимъ возраженіемъ нельзя согласится. Фактъ совпаденія смерти лица и нанесенія ранъ вовсе не даетъ права признавать эти раны тяжкими, о качествѣ ранъ долженъ быть поставленъ спеціальный вопросъ присяжнымъ, а если этого сдѣлано не было, то они должны признаваться легкими. Но данное рѣшеніе нельзя признать правильнымъ съ точки зрѣнія ученія о причинной связи; такъ какъ признаніе присяжными существованія побочныхъ обстоятельствъ, обусловившихъ смертельность поврежденій, не уничтожаетъ отвѣтственности виновнаго за причиненіе смерти. Съ этой точки зрѣнія взглянулъ на дѣло и кассаціонный судъ, указавъ, что «своимъ утвердительнымъ отвѣтомъ на послѣдній вопросъ (приведенный выше) присяжные положительно удостовѣрили не только

[80]) Съ другой стороны, какъ на случай весьма сходный съ только что указаннымъ, но разрѣшенный совершенно инымъ образомъ, можно указать на дѣло Вовка, С. В. 1869, № 230, который былъ преданъ суду и обвиненъ въ нанесеніи женѣ своей побоевъ, сопровождавшихся смертью, при слѣдующихъ условіяхъ: Вовкъ нанесъ женѣ побои палкою и затѣмъ бросилъ ее въ колодезь, впрочемъ не глубокій, откуда она хотя вылѣзла сама, но въ тотъ же день умерла. По свидѣтельству врачей смерть произошла отъ пребыванія въ морозное время, въ холодной водѣ, въ одной рубахѣ и затѣмъ мокрою на холодномъ воздухѣ, пребыванія притомъ осложненнаго нанесенными ей ранами и ушибами.

[81]) См. С. В. 1866, № 90; Московскія Вѣдомости, 1866, № 237.

то, что были побочныя обстоятельства, при которыхъ нанесенная Вигонду рана повлекла за собою смерть, но также и то, что отъ этой раны послѣдовала смерть», которая такимъ образомъ и должна быть вмѣнена виновному.

§ 5. Осуществленіе воли въ дѣйствіи.

104. Разсматривая ученіе о дѣйствіи, я останавливался на одной только сторонѣ преступленія: насколько извѣстное лицо можетъ быть признано виновникомъ или причиною совершившагося результата (imputatio facti), но для понятія преступленія и для уголовной отвѣтственности лица, какъ мы видѣли, этой одной связи недостаточно. Другой элементъ, еще болѣе важный, составляетъ преступная воля, такъ какъ причиненіе какого либо вреда можетъ быть вмѣнено въ преступленіе только въ томъ случаѣ, когда оно представляется продуктомъ преступнаго плана. Однимъ словомъ, по справедливому замѣчанію Бернера, для уголовнаго вмѣненія даннаго преступленія необходима не только причинная, но и преступная связь.

Эта преступная связь предполагаетъ, что преступный планъ или умыселъ лица былъ воспроизведенъ въ данномъ внѣшнемъ дѣйствіи. Но подобное осуществленіе или воспроизведеніе въ большей части случаевъ есть актъ совершающійся во времени, т. е. предполагающій, что преступное желаніе или цѣль выполняется не мгновенно, а въ извѣстной постепенности. Ученіе о различныхъ фазисахъ или моментахъ, въ которыхъ можетъ находиться воля по отношенію къ конечному ея результату-причиненію смерти, и составляетъ вопросъ, подлежащій нашему разсмотрѣнію.

Но какъ въ изложеніи ученія о преступной волѣ, я счелъ возможнымъ коснуться даннаго пункта въ весьма тѣсныхъ предѣлахъ, остановиться только, такъ сказать, на практической сторонѣ вопроса, такъ въ этихъ же предѣлахъ считаю я необходимымъ анализировать и ученіе о степеняхъ осуществленія воли. Я *ограничусь анализомъ тѣхъ его сторонъ, которыя получаютъ особенное значеніе при преступномъ лишеніи жизни въ нашемъ правѣ*, такъ какъ съ теоретической точки зрѣнія данное преступленіе въ этомъ отношеніи никакихъ спеціальныхъ особенностей не представляетъ.

Различные моменты, представляемые преступною волею при

постепенномъ ея осуществленіи, могутъ быть сведены къ слѣдующимъ группамъ: сформированіе умысла, обнаруженіе умысла, приготовленіе, покушеніе и совершеніе,— хотя, впрочемъ, наличность всѣхъ этихъ моментовъ отнюдь не представляется необходимымъ элементомъ *каждаго* преступленія. Мы можемъ представить себѣ и такіе случаи, въ которыхъ лицо, составивъ планъ, немедленно, единымъ дѣйствіемъ осуществило его, или такіе, въ которыхъ по самому ихъ существу не требовалось никакихъ приготовленій, напр. нанесеніе удара, а иногда и побоевъ рукою и т. п., а съ другой стороны мы найдемъ и такіе, гдѣ всѣ эти моменты будутъ въ наличности.

105. Желанія, порождаемыя въ насъ какими либо впечатлѣніями окружающаго міра, возбуждаютъ стремленіе къ ихъ удовлетворенію, — стремленіе, которое, направляясь на опредѣленный предметъ, получаетъ извѣстное матеріальное содержаніе и форму. Такимъ образомъ эти желанія, получившія практическое направленіе, становятся съ одной стороны мотивомъ, опредѣляющимъ дѣятельность лица, а съ другой,—цѣлью, ради которой онъ дѣйствуетъ. Но какъ скоро лицо ставитъ извѣстное желаніе цѣлью своихъ дѣйствій, то эта постановка цѣли предполагаетъ образованіе извѣстнаго намѣренія, для осуществленія котораго, наконецъ, создается планъ дѣйствія. Вся совокупность этой психической дѣятельности: постановка цѣли, образованіе намѣренія и плана является тѣмъ моментомъ въ направленіи воли къ дѣйствію, которое можетъ быть *сформированіемъ умысла*. Эта психическая дѣятельность лица, разумѣется, является при всякомъ дѣйствіи, которое можетъ быть разсматриваемо, какъ актъ сознаваемый и желаемый или общнѣе волимый лицомъ; оно является какъ бы исходною точкою всякаго дѣянія, а слѣдовательно и преступленія. Но легко можно видѣть, что не смотря на всю важность и значеніе этой первой ступени дѣятельности воли, *она лежитъ внѣ области карательной дѣятельности государства*, съ одной стороны потому, что для понятія преступленія необходимъ элементъ внѣшній, осуществленіе или, по крайней мѣрѣ, попытка къ осуществленію воли, а съ другой стороны и потому, что сформированіе умысла цѣликомъ относится къ недосягаемой для другихъ сферѣ нашего психическаго бытія, неподлежащей человѣческому правосудію.

106. Но не всегда преступникъ носитъ составленный имъ планъ только въ самомъ себѣ до самаго момента его выполненія. Въ жизни встрѣчаются нерѣдко и такіе случаи, гдѣ это намѣреніе совершить преступленіе, какъ говоритъ уложеніе, изъявляется на словахъ или письменно или какимъ либо дѣйствіемъ, когда сформированный преступный умыселъ, хотя еще и не осуществляется, но обнаруживается въ такихъ актахъ, которые съ большею или меньшею вѣроятностью могутъ быть приняты признаками умысла. Очевидно, что въ этомъ случаѣ мы не можемъ сказать, что для общественнаго правосудія недоступна эта сфера. Похвальба, угрозы, могутъ быть сдѣланы при такихъ условіяхъ, что исключаютъ всякое сомнѣніе въ дѣйствительности существованія преступной воли, но тѣмъ не менѣе *обнаруженіе умысла не подлежитъ уголовной карѣ*, на основаніи чисто юридическихъ началъ, указанныхъ мною выше. Уголовному правосудію, какъ и вообще сферѣ права, подлежатъ только *дѣйствія* членовъ общества, государство заботится только о томъ, чтобы въ своихъ поступкахъ, въ своихъ отношеніяхъ другъ къ другу граждане руководствовались требованіями и началами права. Міръ идей, настроеніе лица, причины и поводы, по которымъ воздерживается то или другое лицо отъ совершенія запрещенныхъ закономъ дѣйствій суду государства не подлежатъ. Отсюда основное положеніе уголовнаго права: «cogitationes poenam nemo patitur», или какъ выражается наша юридическая поговорка: «съ мысли пошлинъ не берутъ».

Это начало признано и въ нашемъ правѣ. Ст. 111 уложенія заявляетъ, что «случаи, въ коихъ за умыселъ, смотря по роду и важности преднамѣреннаго преступленія, назначается наказаніе, именно означены въ законахъ», а подобное означеніе существуетъ только при преступленіяхъ государственныхъ, и слѣдовательно обнаруженіе умысла на убійство, какъ таковое, виновнаго никакой уголовной отвѣтственности подвергнуть не можетъ. Повидимому, противорѣчіе съ этимъ составляютъ статьи 1545 и слѣд. уложенія и ст. 139 и слѣд. устава мирового, опредѣляющія наказаніе за различнаго рода угрозы лишеніемъ жизни; но это противорѣчіе существеннаго значенія не имѣетъ. Что къ числу признаковъ умысла относятся похвальба и угроза преступленіемъ—объ этомъ прямо говоритъ 6 статья уложенія, но отсюда нельзя сдѣлать того вывода, что вездѣ, гдѣ уложеніе говоритъ объ угрозахъ, оно разсматриваетъ ихъ какъ обнаруженіе умысла, и это замѣчаніе именно примѣнимо къ случаямъ, разсматриваемымъ мною. Угроза лишеніемъ жизни разсматривается и въ уложеніи, какъ и въ теоріи, не какъ обнаруженіе умысла, а какъ отдѣльное, самостоятельное преступленіе. Государство наказываетъ виновнаго или за безпокойство, поселенное имъ въ одномъ какомъ либо лицѣ или цѣломъ обществѣ, когда угроза сдѣлана была, напр., для шутки, или преслѣдуетъ угрозу, какъ одинъ изъ видовъ преступнаго посягательства на чужую собственность, когда угроза сдѣлана съ корыстною цѣлью и т. д.,—но помимо всякаго отношенія къ тому преступленію, которымъ угрожалъ виновный. Доказательство для этого вывода найти слишкомъ не трудно; стоитъ только обратить вниманіе на то, что *законъ вовсе не требуетъ для наказуемости угрозъ, чтобы виновный дѣйствительно хотѣлъ совершить то преступленіе, которымъ онъ угрожалъ*. Если мы представимъ себѣ, что виновный подбросилъ угрожающее подметное письмо изъ шутки, по глупости, что онъ не только не хотѣлъ, но даже и не могъ фактически выполнить это преступленіе, то онъ все-таки отвѣчаетъ по 139 ст. у. м., а отсюда очевидно, что, наказывая угрозы лишеніемъ жизни, законъ наказываетъ не обнаруженіе умысла на убійство, а самостоятельное преступленіе.

Заявленіе умысла, такимъ образомъ, въ какой бы формѣ оно сдѣлано ни было, даетъ только право или, даже правильнѣе, налагаетъ обязанность на государство принять всѣ зависящія отъ него мѣры къ устраненію возможности дѣйствительнаго осуществленія плана, но не даетъ права подвергнуть этотъ обнаруженный умыселъ уголовной отвѣтственности.

107. Но къ числу различныхъ формъ обнаруженія умысла относится одна, которую и законъ и теорія выдѣляютъ, какъ особую степень проявленія воли — это именно *приготовленіе*. Чѣмъ сложнѣе и обширнѣе преступный планъ, составленный виновнымъ, тѣмъ необходимѣе является для него запасъ средствъ разнаго рода для его выполненія; необходима, слѣдовательно, особая дѣятельность, въ которой умыселъ еще не осуществляется, но дѣлается только возможнымъ къ осуществленію. Пріисканіе и пріобрѣтеніе средствъ, приспособленіе виновнаго къ выполненію задуманнаго, составляютъ акты, относящіеся къ обнаруженію, заявленію умысла, а не къ его осуществленію; на этомъ признакѣ только и можетъ быть построена теоретическая граница, проводимая между областью покушенія и приготовленія [82]).

[82]) См. Osenbruggen, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht, 1857.

Но какъ я уже указывалъ, обнаруженіе умысла, какъ таковое уголовной отвѣтственности виновнаго не подвергаетъ; слѣдовательно, это положеніе должно быть распространяемо и на приготовленіе къ преступленію, *его наказуемость можетъ быть только исключеніемъ изъ общаго правила*, исключеніемъ, опредѣляемымъ или характеромъ тѣхъ дѣйствій, изъ которыхъ состоитъ приготовленіе, или важностью тѣхъ преступленій, ради которыхъ оно совершается. И это послѣднее изъятіе получаетъ тѣмъ большее значеніе, чѣмъ шире понимаетъ законъ понятіе приготовленія, и чѣмъ тѣснѣе примыкаетъ оно къ области покушенія.

Такимъ образомъ и уложеніе въ статьѣ 112 постановляетъ [83]):

«За приготовленіе къ совершенію преступленія виновный подвергается наказанію, смотря потому во 1-хъ, употребленныя для сего средства были-ли противозаконныя; во 2-хъ, самое пріобрѣтеніе сихъ средствъ не было-ли соединено съ опасностью для какого-либо частнаго лица, или многихъ, или и всего общества. *Наказаніе за одно*, безъ сихъ увеличивающихъ вину обстоятельствъ, *приготовленіе къ преступленію опредѣляется лишь въ особыхъ*, именно означенныхъ законами, *случаяхъ*.

Къ числу именно этихъ случаевъ и отнесено убійство.

Ст. 1457 постановляетъ:

«За всякія *принимаемыя* для убійства *мѣры*, каковы суть: *пріобрѣтеніе* или *приготовленіе* нужныхъ для того оружія или иныхъ орудій и снарядовъ, или яда и т. п., когда сіи приготовленія были дѣлаемы въ намѣреніемъ совершить убійство, но однакожъ не доказано, чтобы подсудимый былъ отъ сего удержанъ лишь независѣвшими отъ него обстоятельствами, а не собственнымъ побужденіемъ и раскаяніемъ, виновный подвергается:

заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 8 мѣсяцевъ до одного года и четырехъ мѣсяцевъ.

Когда же, напротивъ, онъ вполнѣ изобличенъ въ томъ, что лишь обстоятельства воспрепятствовали приступить къ совершенію преднамѣреннаго имъ преступленія или къ настоящему на оное покушенію, то онъ приговаривается:

къ лишенію всѣхъ правъ состоянія и къ ссылкѣ въ Сибирь на поселеніе.»

---

[83]) Совершенно неправильно понимаетъ статью 112 Спасовичъ, Учебникъ уголовнаго права. 1863, стр. 410. См. contra. Неклюдовъ, Приложеніе къ учебнику Бернера, стр. 504.

Разсматривая содержаніе ст. 1457, я считаю необходимымъ сдѣлать по поводу ея *слѣдующія замѣчанія*:

А. Какъ приготовленіе вообще, такъ спеціально и приготовленіе къ убійству охватываетъ только тѣ мѣры и дѣйствія, которыми еще не начинается самое приведеніе умысла въ исполненіе; они служатъ только обнаруженіемъ умысла.

Б. Приготовленіе можетъ выражаться въ дѣйствіяхъ самыхъ разнообразныхъ, характеръ и форма которыхъ опредѣляется въ каждомъ данномъ случаѣ; статья 8-я уложенія относитъ сюда только пріисканіе и пріобрѣтеніи средствъ, но ст. 1457 не довольствуется этими выраженіями, а употребляетъ болѣе общее понятіе: принимаемыя для убійства *мѣры*. Поэтому причисляетъ сюда не только, напр., пріобрѣтеніе ружья, но и его заряжаніе, или выражаясь общнѣе, приспособленіе средствъ къ совершенію преступленія [84]).

Такимъ образомъ, подъ понятіе приготовленія подойдутъ слѣдующія категоріи случаевъ:

А, задумавъ совершить убійство, взялъ топоръ, находящійся подъ лавкою, купилъ ножъ, пистолетъ и т. п., т. е. пріискалъ или пріобрѣлъ средства—приготовленіе по ст. 8.

А взялъ необходимыя спеціи и приготовилъ ядъ, отточилъ ножъ, зарядилъ ружье и т. п., другими словами, приготовилъ оружіе, какъ говоритъ 1457 ст.

А вышелъ на дорогу съ ружьемъ, спрятался въ засаду, поставилъ ядъ въ тотъ шкафъ, откуда предполагаетъ, что жертва возметъ его, другими словами, поставилъ себя въ такое положеніе, при которомъ сдѣлалось возможнымъ начать приведеніе его замысла въ исполненіе. Эти дѣйствія не только должны быть отнесены къ разряду приготовленія съ точки зрѣнія теоріи, но подойдутъ и по буквѣ ст. 1457 подъ это понятіе; такъ какъ они суть ничего иное, какъ мѣры, принимаемыя виновнымъ для убійства.

---

[84]) Чебышевъ-Дмитріевъ, о покушеніи 1866, стр. 62, обращаетъ особенное вниманіе на то, что уложеніе употребляетъ въ 8 ст. слово «средства», а не «способы», и что поэтому подъ него подходитъ только пріисканіе или пріобрѣтеніе орудій въ тѣсномъ смыслѣ. Но трудно рѣшить, что собственно хочетъ сказать этимъ авторъ, такъ какъ онъ и самъ не относитъ къ покушенію, напр., одѣваніе лица, идущаго на совершеніе преступленія, а потому вѣроятно не отнесетъ туда и акта заряжанія ружья.

Это болѣе широкое пониманіе приготовленія принимается и нашею практикою. Особенный интересъ представляетъ въ этомъ отношеніи дѣло Злобина. (Р. К. Д. 1867, № 329). Злобинъ обвинялся въ приготовленіи къ преступленію и вопросъ объ его виновности былъ поставленъ въ такой формѣ: виновенъ ли подсудимый Злобинъ въ томъ, что для завладѣнія имуществомъ купчихи Круглополовой, задумавъ убить дѣвицу Болуховскую, сдѣлалъ для этого убійства приготовленія и рѣшился съ этою цѣлью войти 28 августа 1866 года въ квартиру Круглополовой, для чего и звонилъ у дверей, но не приступилъ къ совершенію задуманнаго имъ убійства лишь потому, что былъ задержанъ полиціею въ то время, когда долженъ былъ приступить къ совершенію этого преступленія?.. Судъ, при утвердительномъ отвѣтѣ присяжныхъ, приговорилъ виновнаго по 2 ч. 1457 статьи; и кассаціонный департаментъ, разбирая жалобу Злобина, опиравшуюся на то, что онъ обвиненъ въ такихъ приготовительныхъ дѣйствіяхъ, которыя въ данной статьѣ не означены, указалъ, что судъ правильно примѣнилъ законъ къ тѣмъ дѣйствіямъ, въ совершеніи коихъ Злобинъ признанъ виновнымъ присяжными.

В. Относя къ приготовленію принятіе мѣръ для совершенія преступленія, законъ, очевидно, не можетъ распространять это понятіе «мѣры» на всѣ безъ исключенія дѣйствія подсудимаго, предшествовавшія преступленію и болѣе или менѣе второстепеннымъ образомъ содѣйствовавшія его выполненію. Преступникъ покупаетъ камень для отточенія ножа, склянку для храненія яда; воръ упражняется въ гимнастикѣ, чтобы развить способность влѣзанія; мошенникъ совершаетъ какія-либо дѣйствія, долженствовавшія поселить довѣріе къ его особѣ, чтобы потомъ воспользоваться этимъ довѣріемъ для совершенія какого либо крупнаго обмана и т. д. Если мы даже и положимъ, что, совершая подобныя дѣйствія, виновный былъ уже проникнутъ вполнѣ сформировавшимся умысломъ лишить кого либо жизни, то мы все-таки не можемъ считать ихъ приготовительными дѣйствіями, такъ какъ они не могутъ быть подведены подъ понятіе мѣръ, принимаемыхъ *для* совершенія преступленія. Самое же разграниченіе дѣйствій существенно необходимыхъ для воспроизведенія преступленія и не необходимыхъ должно быть дѣлаемо только въ каждомъ конкретномъ случаѣ.

Г. Это положеніе подтверждается кромѣ того и другимъ ограниченіемъ области приготовленія, на которое уже указываетъ самый текстъ относящихся сюда статей уложенія. Законъ для приготовленія требуетъ пріобрѣтенія и пріисканія средствъ, а не пріобрѣтанія и пріисиванія ихъ. Справедливо поэтому говоритъ Неклюдовъ [85]): «для обвиненія кого нибудь въ приготовленіи недостаточно доказать, что преступникъ употреблялъ всѣ свои усилія для того, чтобы купить ножъ, ядъ и т. п., это будетъ покушеніе на приготовленіе, а необходимо доказать, что онъ уже купилъ ядъ или ножъ съ преступною цѣлью,—словомъ, необходимо доказать не то, что онъ пріискивалъ или старался пріобрѣсти средство, но что онъ дѣйствительно ихъ пріискалъ или пріобрѣлъ.» Во всѣхъ этихъ случаяхъ, выдѣляемыхъ, такимъ образомъ, изъ понятія приготовленія, мы можемъ отыскать только обнаруженіе преступнаго умысла.

Д. Съ другой стороны, законъ не ставитъ условіемъ, годны или негодны, достаточны или недостаточны были эти средства и мѣры въ данномъ конкретномъ случаѣ. Исключеніе изъ этого правила должно быть сдѣлано только тамъ, гдѣ *выборъ* самыхъ средствъ обусловливался только крайнимъ невѣжествомъ или суевѣріемъ виновнаго. Поэтому не можетъ считаться приготовленіемъ къ преступленію пріобрѣтеніе съ намѣреніемъ лишить жизни какого либо талисмана или наколдованнаго и безвреднаго по своему существу питья, костей отъ мертваго тѣла и т. д. [86]): по крайней мѣрѣ этотъ выводъ долженъ быть сдѣланъ изъ постановленій уложенія о покушеніи съ негодными средствами, которое я разсмотрю далѣе. Съ другой стороны, нѣтъ сомнѣнія, что приготовленіе существуетъ и тогда, когда виновный запасся такими средствами, которыя, какъ онъ разсчитывалъ, будутъ годны въ настоящемъ случаѣ, хотя вообще, могутъ быть относимы къ категоріи негодныхъ, напр. пріобрѣлъ костюмъ мертвеца, наколдованное питье съ тѣмъ, чтобы осуществить свое намѣреніе не колдовствомъ, а психическимъ воздѣйствіемъ—испугомъ.

Е. Наконецъ, нечего и говорить о томъ, что эти дѣйствія должны быть совершены ради осуществленія преступнаго умысла. Поэтому, съ одной стороны, самое понятіе приготовленія мыслимо только при умышленныхъ дѣяніяхъ,—тамъ, гдѣ воля постепенно переходитъ къ осуществленію, а съ другой, этотъ умыселъ долженъ сопровождать и опредѣлять каждое дѣйствіе, входящее въ область проготовленія.

---

[85]) Неклюдовъ, приложенія къ учебнику Бернера, стр. 500.

[86]) Неклюдовъ, в. с. стр. 501.

108. При наличности этихъ условій дѣйствіе, совершенное виновнымъ, можетъ быть названо приготовленіемъ къ убійству, но затѣмъ *законъ раздѣляетъ еще эту область на два вида, смотря по причинамъ, прекратившимъ преступную дѣятельность*, и сообразно съ этимъ измѣняетъ и размѣры наказанія. Редакторы уложенія 1845 г., внося въ него ст. 1457, говорили: «въ ст. 112 и 113 постановлены правила общія о мѣрѣ наказанія за приготовленіе къ преступленію; сіи общія правила относятся и къ убійству, но, по важности сего рода преступленій, мы признали неизлишнимъ *повторить* о семъ здѣсь, опредѣливъ съ точностью, въ какихъ случаяхъ и къ какой мѣрѣ должно быть наказано приготовленіе къ убійству и покушеніе на оное».

Но не смотря на эти заявленія, при самомъ даже поверхностномъ сравненіи ст. 112 и 113 и ст. 1457, въ отношеніи къ вопросу о наказуемости, между ними можно замѣтить существенное различіе.

Приготовленіе, какъ и покушеніе, можетъ остаться невыполненнымъ по двумъ причинамъ: или по обстоятельствамъ, отъ воли преступника совершенно независимымъ, или по его усмотрѣнію. Въ первомъ случаѣ виновный отвѣчаетъ, сообразно съ ст. 112, а въ послѣднемъ и наше уложеніе, согласно съ теоріею, освобождаетъ обвиняемаго отъ всякой отвѣтственности. Наказывая приготовленіе, какъ таковое, а не какъ delictum sui generis, законъ исключительно имѣетъ въ виду злую волю; такъ какъ матеріальный вредъ, нарушеніе чьихъ-либо правъ не существуетъ, а потому, какъ скоро преступная воля прекратила свое существованіе, виновный почему либо отказался отъ проступнаго плана, имъ составленнаго, то исчезаетъ и послѣднее основаніе наказуемости приготовленія. Это начало положительно выражаетъ и ст. 113:

«Когда учинившій приготовленіе къ преступленію... остановился при томъ и по собственной волѣ не совершилъ преднамѣреннаго, то онъ подвергается наказанію лишь въ томъ случаѣ, если содѣянное имъ при семъ приготовленіи... есть само по себѣ преступленіе, и только за сіе преступленіе, а не за то, которое онъ былъ прежде намѣренъ совѣршить».

Наконецъ, если бы въ какомъ нибудь отдѣльномъ случаѣ причины, по которымъ остановился виновный и не выполнилъ задуманнаго, остались неыясненными, то по общему правилу in dubio — mitius, виновный долженъ быть признаваемъ остановившемся по собственной волѣ.

Но, говоря объ убійствѣ, уложеніе, повидимому, отступаетъ отъ этого начала. Статья 1457 различаетъ два случая: если виновный будетъ вполнѣ изобличенъ въ томъ, что остановился по обстоятельствамъ отъ него независѣвшимъ, напр. былъ задержанъ полиціею, остановленъ тѣмъ лицомъ, противъ котораго имѣлъ намѣреніе, то онъ отвѣчаетъ по 2-й части ст. 1457 (ст. 112 ул.); но если *не доказано*, что подсудимый былъ отъ сего удержанъ лишь независѣвшими отъ него обстоятельствами, а не собственнымъ побужденіемъ и раскаяніемъ, то по 1-й ч. 1457 ст. Эта отрицательная форма данная 1-ой частью 1457 ст., даетъ возможность подвести подъ нее и тѣ случаи, гдѣ причины остановки лежатъ въ волѣ лица. Такимъ образомъ ст. 1457 отмѣняетъ, повидимому, и притомъ безъ всякаго раціональнаго основанія, постановленія ст. 113, но я именно употребляю выраженіе «повидимому» потому, что есть весьма важныя юридическія соображенія, опровергающія или, по крайней мѣрѣ, сильно колеблющія правильность подобнаго толкованія.

Постановленія ст. 113 по своему содержанію безусловно распространяются на всѣ преступленія, а слѣдовательно и на убійство; поэтому для непримѣненія ст. 113 необходимы *спеціальныя* указанія на это закона, а 1-я часть ст. 1457, по своей неопредѣленной и отрицательной редакціи, вовсе не имѣетъ подобнаго качества. Мы всегда имѣемъ, напр, возможность сказать, что ст. 113 относится къ тѣмъ случаямъ, гдѣ очевидно, что приготовленіе остановлено по собственной волѣ, а 1-я часть 1457—къ тѣмъ, гдѣ нѣтъ доказательствъ ни въ ту, ни въ другую сторону. Далѣе редакторы уложенія говорятъ намъ, что въ ст. 1457 повторены ст. 112 и 113; но спрашивается: въ чемъ же *повторена* ст. 113, если мы примемъ то положеніе, что она къ преступленіямъ этого рода непримѣнима?

Наша практика, впрочемъ, и старая и новая, держалась того мнѣнія, что ст. 1457 вполнѣ замѣняетъ ст. 113. Такимъ образомъ государственный совѣтъ по дѣлу Евтуховой (Сборникъ стр. 73), опредѣляя отвѣтственность кресьтянки Митиной, доставившей подсудимой Евтуховой средство для отравленія мужа послѣдней, призналъ, «что хотя Митина открыла Евтухову объ умыслѣ его жены, и тѣмъ предотвратила совершеніе преступленія, но въ 113 ст. уложенія именно постановленно, что учинившій приготовленіе къ преступленію отвѣчаетъ, если содѣянное имъ приготовленіе есть само по себѣ преступленіе. А какъ приготовленіе или пріобрѣте-

ніе яда для совершенія убійства, по силѣ 1457 ст., признается преступленіемъ, то Митина, такъ сообщница въ семъ преступленіи, по содержанію 119 ст., должна быть приговорена къ слѣдующему ей по закону наказанію». Разсматривая это рѣшеніе и не касаясь вопроса о томъ, что отвѣтственность Митиной должна была быть разрѣшаема на основаніи ученія о вліяніи добровольнаго отказа на наказуемость интеллектуальныхъ пособниковъ, нельзя не остановиться на соображеніяхъ, высказанныхъ государственнымъ совѣтомъ объ отношеніи 113 и 1457 статей уложенія,—соображеніяхъ, лишенныхъ юридическаго основанія.

Статья 113 дѣйствительно говоритъ, что добровольно оставленное приготовленіе не подлежитъ наказанію, если совершенное виновнымъ не есть само по себѣ преступленіе, но смыслъ этого постановленія вполнѣ ясенъ. Если А, задумавъ совершить убійство, приготовилъ орсиньевскую бомбу, собралъ у себя большой запасъ легко воспламеняющихся матеріаловъ, купилъ пистолетъ, укралъ ружье, которымъ думаетъ застрѣлить и т. п., и затѣмъ добровольно отказался отъ примѣненія этихъ средствъ къ убійству, то, *не отвѣчая за приготовленіе къ этому преступленію*, онъ можетъ быть наказанъ или по 986 ст. уложенія или по 117 у. м., какъ за выдѣлку или храненіе огнестрѣльнаго оружія безъ разрѣшенія правительства, или за имѣніе запрещеннаго оружія, или даже за обыкновенную кражу. Но если, напр, онъ съ тою же цѣлью и при тѣхъ же условіяхъ купилъ бритву, то его дѣйствіе не подлежитъ никакому наказанію, такъ какъ покупка бритвы закономъ не воспрещается. Слѣдовательно, необходимо, чтобы дѣйствіе, совершенное подсудимымъ, было запрещенно не какъ приготовленіе къ убійству, а какъ какое либо самостоятельное преступленіе. Легко можно видѣть, что толкованіе, данное государственнымъ совѣтомъ, лишаетъ ст. 113 всякаго смысла: добровольно оставленное приготовленіе не наказуемо, если оно не составляетъ преступленія, а таковымъ оно является, когда законъ объявляетъ самое приготовленіе—преступленіемъ, слѣдовательно, и т. д.; но при этомъ мы забываемъ, что приготовленіе и вообще наказуемо только въ этихъ случаяхъ. Еще нагляднѣе окажется невѣрность этого толкованія, если мы распространимъ его на другую часть ст. 113, которая говоритъ о покушеніи. Добровольно оставленное покушеніе вообще не подлежитъ наказанію, если оно только не составляетъ само по себѣ преступленія; но такъ какъ покушеніе является преступленіемъ, какъ скоро оно подлежитъ по закону наказанію, и такъ

какъ оно наказывается при всѣхъ преступныхъ дѣйствіяхъ, которыя знаетъ уложеніе, то, слѣдовательно, всякое добровольно оставленное покушеніе подлежитъ наказанію—выводъ, очевидно, несостоятельный. Что касается до новой нашей практики, то она склоняется къ тому же толкованію, какъ это можно видѣть изъ дѣла Устиньи Филиповой (С. В. 1867, № 229), но въ немъ, впрочемъ, не указано мотивовъ, которыми руководствовался судъ, признавшій подсудимую виновною въ приготовленіи лепешокъ для отравленія мужа, отъ чего она удержалась *только* собственнымъ побужденіемъ и раскаяніемъ, и примѣнившій къ ея поступку 1-ю часть 1457 статьи.

Но какое же толкованіе должно быть дано такимъ образомъ статьѣ 1457?

Я снова повторяю, что примемъ ли мы 1-ю часть 1457 въ болѣе обширномъ или тѣсномъ значеніи, во всякомъ случаѣ ея существованіе противорѣчитъ основнымъ требованіямъ теоріи и не оправдывается никакими соображеніями, и это обстоятельство можетъ служить оправданіемъ сложности и искуственности того вывода, къ которому приходится, какъ мнѣ кажется, прійти, сравнивая доводы, приведенные готударственнымъ совѣтомъ, и возраженія, дѣлаемыя противъ нихъ.

Такимъ образомъ я нахожу:

а) Если изъ обстоятельствъ дѣла обнаружится съ достаточною ясностью, что виновный былъ удержанъ постороннними обстоятельствами, то примѣняется 2-я часть ст. 1457.

Если же будетъ доказано, что онъ остановился по собственной волѣ, то примѣняется ст. 113.

Если же не будетъ вообще достаточно доказано, почему былъ не выполненъ планъ, то примѣняется 1-я часть ст. 157.

Но такъ какъ дѣянія, предусмотрѣнныя ст. 1457, подлежатъ вѣдѣнію суда присяжныхъ, то каждое изъ трехъ вышеуказанныхъ предположеній должно быть выражено въ ихъ отвѣтахъ, и при опущеніи подобнаго разъясненія должно быть примѣняемо второе предположеніе (ст. 113), какъ наиболѣе снисходительное къ подсудимому. б

190. Наконецъ, нельзя не замѣтить, что эти постановленія о наказуемости приготовленія къ убійству *охватываютъ, какъ общеродовое понятіе объ убійствѣ, такъ и особенные его виды*, если только признакъ, въ силу котораго выдѣляется извѣстный видъ

убійства изъ общаго рода, не исключаетъ возможности примѣненія ст. 1457. Поэтому, напр., особенныя отношенія между жертвою и виновнымъ могутъ имѣть вліяніе только въ предѣлахъ, указанныхъ въ 129 статьѣ.

110. Составивъ преступный планъ и запасшись, если это было необходимо, средствами для совершенія преступленія, поставивъ наконецъ себя въ такое положеніе, при которомъ это выполненіе плана сдѣлалось возможнымъ, виновный приступаетъ къ самому осуществленію плана, но между этимъ моментомъ начала и окончаніемъ осуществленія плана лежитъ болѣе или менѣе обширная область покушенія [87]).

Съ теоретической точки зрѣнія, повидимому, не трудно разграничить эту область отъ предшествовавшей, гдѣ умыселъ только обнаруживается, но не осуществляется, гдѣ виновный, какъ говоритъ Росси, остановившись, можетъ еще сказать, что онъ не хочетъ начинать преступленія, и тамъ, гдѣ онъ долженъ сказать, что онъ хочетъ перестать дѣйствовать. Но на практикѣ, въ примѣненіи этого опредѣленія къ отдѣльнымъ видамъ преступленія, это разграниченіе дѣлается несравненно труднѣе, такъ какъ дѣйствія, которыми приспособляется виновный къ выполненію, и дѣйствія, которыми онъ начинаетъ самое выполненіе, тѣсно примыкаютъ другъ къ другу, и такъ какъ кромѣ того одни и тѣ же дѣйствія могутъ быть относимы то къ тому, то къ другому разряду, смотря по обстоятельствамъ даннаго дѣла, такъ что способъ, выбранный виновнымъ, можетъ видоизмѣнить и самыя границы между покушеніемъ и приготовленіемъ.

Поэтому весьма понятно, что мы встрѣчаемъ цѣлый рядъ попытокъ разграничить болѣе точнымъ образомъ область приготовленія и покушенія, разборъ которыхъ, очевидно, выходитъ за предѣлы моего изслѣдованія. Въ этомъ отношеніи я считаю необходимымъ только замѣтить, что подобнаго основанія нельзя искать исключительно въ такъ-называемыхъ субъективныхъ признакахъ,

[87]) Разработка важнаго и сложнаго ученія о покушеніи не можетъ войти въ мое изслѣдованіе. Я ссылаюсь по отношенію къ этому вопросу главнымъ образомъ на изслѣдованіе Zachariae Die Lehre vom Versuche der Verbrechen 1836—39. Его же въ G. A. III и V. Luden, Abhandlungen aus dem Strafrechte 1836. B. I, über den Versuch des Verbrechens. На русскомъ языкѣ. Чебышевъ-Дмитріевъ. О покушеніи 1869. Орловъ. О покушеніи 1868.

и полагать начало покушенія тамъ, гдѣ изъ дѣйствій виновнаго несомнѣнно можетъ быть опредѣлено существованіе у него преступнаго замысла, такъ какъ тогда пришлось бы, напр., признать покушеніемъ изготовленіе прессовальной или гравировальной машины для дѣланія фальшивыхъ ассигнацій, или изготовленіе яда лицомъ, не занимающимся обыкновенно этимъ дѣломъ, и т. д. Основанія для разграниченія должно искать въ существѣ самыхъ дѣйствій, совершенныхъ лицомъ, въ ихъ отношеніи къ составленному имъ плану. Обсуждая вопросъ о проведеніи границъ между приготовленіемъ и покушеніемъ, мы должны рѣшить: что въ данномъ случаѣ, при данныхъ обстоятельствахъ долженъ былъ совершить виновный, чтобы сдѣлать возможнымъ исполненіе задуманнаго плана? Все, что лежитъ до этого момента, будетъ входить въ область обнаруженія умысла, все это находится за нимъ—будетъ покушеніе.

Возьмемъ для примѣра отравленіе. Отравленіе, въ смыслѣ убійства, можетъ быть опредѣлено какъ прекращеніе чьего либо существованія въ силу введенія въ организмъ разрушающихъ его веществъ. Это введеніе можетъ быть произведено двоякимъ способомъ: или насильственно, когда жертва сознаетъ дѣйствіе, надъ нею совершаемое, или обманнымъ образомъ, когда жертва, не подозрѣвая совершившагося, сама содѣйствуетъ введенію въ свой организмъ яда. Если мы возьмемъ первый случай, то мы можемъ сказать, что преступный планъ осуществляется насильственнымъ нападеніемъ на жертву и введеніемъ этимъ путемъ яда въ организмъ; слѣдовательно, преступникъ долженъ поставить себя въ такое положеніе, при которомъ бы насильственное нападеніе, съ указанною выше цѣлью, сдѣлалось возможнымъ. Поэтому, если А пріобрѣлъ специи, необходимыя для составленія яда, приготовилъ ядъ, примѣшалъ его въ тотъ составъ, въ которомъ онъ намѣренъ былъ ввести его въ организмъ, намазалъ ядомъ оружіе, отправился на то мѣсто, гдѣ долженъ былъ встрѣтить жертву, и, наконецъ, прибылъ туда,—онъ приготовился къ нападенію съ цѣлью отравить; какъ-скоро же онъ бросился на жертву, наноситъ удары отравленнымъ оружіемъ, пытается ввести ядъ какимъ либо другимъ способомъ,—насильственное нападеніе началось и данное лицо виновно въ покушеніи. Но положимъ, что онъ выбралъ второй способъ, наиболѣе употребительный; когда осуществленіе умысла опредѣляется введеніемъ жертвы преступленія въ заблужденіе, и совершеніемъ ею, подъ вліяніемъ этого заблужденія, ряда дѣйствій, которыхъ конеч-

нымъ результатомъ будетъ отравленіе. Слѣдовательно, въ область приготовленія отойдутъ всѣ тѣ дѣйствія, при помощи которыхъ сдѣлалъ подсудимый возможнымъ заблужденіе. А пріобрѣлъ и приготовилъ ядъ, влилъ его въ чашку съ кофеемъ, затѣмъ относитъ ее къ тому, кого онъ хотѣлъ умертвить, подаетъ ему эту чашку,— всѣ эти дѣйствія составятъ область приготовленія; только съ того момента, когда жертва, подъ вліяніемъ заблужденія, совершаетъ какое либо дѣйствіе: беретъ чашку, подноситъ ее ко рту и т. д.,—начинается покушеніе на отравленіе. Разумѣется, это разграниченіе не измѣнится, если мы представимъ себѣ способъ выполненія нѣсколько въ иномъ видѣ, если, вмѣсто того, чтобы подать чашку, виновный вылилъ отраву въ миску съ супомъ и поставилъ ее на столъ, или, подмѣшавъ ядъ въ водку, налилъ ее въ графинъ и поставилъ ее въ тотъ шкафъ, откуда, какъ онъ полагаетъ, возьметъ и выпьетъ ее Б. Моментъ постановленія миски, графина съ отравленной водкой и будетъ послѣднимъ моментомъ, которымъ оканчивается приготовленіе къ преступленію; какъ скоро жертва преступленія наливаетъ себѣ супъ въ тарелку, водку въ рюмку — начинается покушеніе. Даже и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ виновный выбралъ средствомъ исполненія своего плана дѣйствія третьято лица, находящагося въ состояніи заблужденія, грань, раздѣляющая приготовленіе и покушеніе, должна быть проводима на тѣхъ же основаніяхъ. Началомъ покушенія должно быть признано начало дѣйствій третьяго посредствующаго лица, введеннаго въ заблужденіе. А поставилъ графинъ съ водкою въ шкафъ, но Б не самъ налилъ рюмку, а послалъ налить свою дочь, — покушеніе началось съ момента налитія водки послѣднею для отнесенія отцу. А уговорилъ Б сдѣлать втираніе В, какъ единственное средство для его исцѣленія, и, подъ видомъ втиранія, далъ ему ядъ, — покушеніе начинается съ того момента, когда лицо Б взяло ядъ, переданный ему виновнымъ.

Подобную же постепенность найдемъ мы и при всякомъ другомъ способѣ лишенія жизни. Представимъ себѣ, что А задумалъ убить другого выстрѣломъ изъ ружья, зарѣзать его ножомъ и т. д.; насильственное нападеніе въ послѣднемъ, стрѣляніе изъ ружья въ первомъ, — вотъ способы, которыми осуществляется преступный планъ въ данныхъ случаяхъ, и начало исполненія ихъ будетъ началомъ покушенія. А, съ ножемъ въ рукахъ, бросился на Б, нацѣлился въ него изъ ружья — покушеніе на убійство началось; самая покупка, пріобрѣтеніе или даже кража ружья, огнестрѣльныхъ снарядовъ, заряжаніе ружья, отправка и постановленіе себя въ извѣстномъ мѣстѣ —составляютъ дѣйствія, относящіяся къ области приготовленія.

Въ этомъ же смыслѣ могутъ быть поняты и постановленія нашего уложенія, хотя по своей эластичной формѣ они не исключаютъ возможности и противоположнаго толкованія [88]).

Ст. 9 говоритъ:

«Покушеніемъ на преступленіе признается всякое дѣйствіе, коимъ *начинается* или *продолжается приведеніе* злого намѣренія *въ исполненіе*».

Слѣдовательно, законодатель требуетъ отъ покушенія совершенія такихъ дѣйствій, которыя, по крайней мѣрѣ, составляли бы начало осуществленія умысла; и вовсе не довольствуется такими дѣйствіями, изъ которыхъ ясно разпознается существованіе злого умысла.

Въ нашей практикѣ, хотя мы и не находимъ какой либо строго опредѣленной системы, но тѣмъ не менѣе она по большей части требуетъ наличности въ покушеніи извѣстныхъ объективныхъ условій.

Особенный интересъ представляетъ въ этомъ отношеніи дѣло Евтуховой. Евтухова обвинялась въ томъ, что, пріобрѣтя у крестьянки Горбаневой отравленную настойку, поставила ее въ сундукъ незапертой и даже незапиравшійся, ожидая удобнаго случая, чтобы дать водку мужу, но тотъ, предувѣдомленный объ умыслѣ жены, самъ отыскалъ водку и тѣмъ предупредилъ преступленіе. Правительствующій сенатъ призналъ Евтухову виновною въ приготовленіи,

---

[88]) Такъ, напр., Орловъ, О покушеніи на преступленіе по началамъ науки 1868 стр. 30, находитъ, что въ уложеніи сущность понятія покушенія составляетъ субъективный элементъ, но доказательствъ этого не представляетъ. Чебышевъ-Дмитріевъ, в. с. стр. 63, также признаетъ, что уложеніе не даетъ никакого рѣшительнаго отвѣта, который можетъ быть полученъ только при помощи науки. Самъ авторъ на страницахъ 85—86 является защитникомъ крайне субъективнаго мнѣнія, считая покушеніемъ всякое подозрительное дѣйствіе, но на страницѣ 88 онъ уже присоединяетъ къ этому требованіе объективныхъ признаковъ: чтобы «дѣйствіе начинало воспроизведеніе состава преступленія, или же непосредственно *предшествовало* дѣйствіямъ, воспроизводящимъ составъ преступленія, служа средствомъ для ихъ совершенія, хотя и съ этимъ добавочнымъ опредѣленіемъ согласиться также нельзя, потому что подъ него подойдетъ и приготовленіе. Согласно же мнѣнію, высказанному въ текстѣ, говоритъ Неклюдовъ. Руководство т. II, стр. 64; также Лохвицкій, Курсъ, стр. 236.

но министръ юстиціи, находя, что ядовитое вещество было уже всыпано въ водку и что бутылка съ водкой была *оставлена подсудимою въ незапертомъ сундукѣ, въ виду ея мужа и для его искушенія*, признавалъ Евтухову виновною въ покушеніи. Напротивъ того, государственный совѣтъ, соглашаясь съ мнѣніемъ большинства сенаторовъ, нашелъ между прочимъ (Сборн. стр. 71), «что въ сихъ дѣйствіяхъ Евтуховой, очевидно, заключаются: умыселъ и пріобрѣтеніе или *приготовленіе* вещества, потребнаго для совершенія преднамѣреннаго ею убійства; такихъ же *дѣйствій*, которыя выражали бы самое покушеніе на приведеніе въ исполненіе умысла, не было предпринимаемо со стороны Евтуховой: ибо во всемъ дѣлѣ нѣтъ ни малѣйшаго указанія или намека на то, чтобы она *давала мужу пить* того состава, согласно съ настоятельными Горбаневой». Что же касается до соображеній министра юстиціи, то государственный совѣтъ принялъ во вниманіе, что «*способъ* отравленія долженъ былъ состоять въ томъ, чтобы давать онаго понемногу мужу въ питьѣ, дабы онъ сначала занемогъ, а потомъ и умеръ, слѣдовательно не только не было надобности въ искушеніи мужа, но это было бы въ явномъ противорѣчіи съ тѣми замыслами подсудимой, какіе обнаружены по дѣлу».

Иногда наша старая практика шла даже еще далѣе; такъ по дѣлу Иванова, обвинявшагося въ томъ, что онъ, съ умысломъ на отравленіе отца и домашнихъ, всыпалъ въ горшокъ со щами ядовитое вещество и эти щи были дѣйствительно ими съѣдены, отчего они почувствовали головокруженіе и тошноту и были отпаиваемы молокомъ, подсудимый былъ признанъ и уѣзднымъ судомъ, и уголовною палатою виновнымъ въ умышленномъ приготовленіи къ отравленію отца, и приговоренъ къ наказанію по 1457 ст. Правительствующій сенатъ, по 1-му отдѣленію 5-го департамента, также согласился съ выводами нисшихъ инстанцій, хотя уже и на другомъ основаніи, а именно, что неизвѣстно, было ли всыпанное вещество ядовито или нѣтъ, и только Общее Собраніе, согласно мнѣнію министра юстиціи, нашло въ дѣйствіяхъ Иванова покушеніе вполнѣ оконченное и примѣнило 115 и 1449 статьи Уложенія [89]).

Что касается до новой практики, то я сошлюсь на приведенное выше рѣшеніе по дѣлу Злобина, гдѣ также проводятся начала, всего ближе подходящія къ мнѣнію, высказанному мною.

[89]) Ср. Ж. М. Ю. 1865.

111. Въ противоположность приготовленію, покушеніе, какъ въ теоріи, такъ и по нашему праву, наказуемо во всѣхъ преступленіяхъ и проступкахъ, которые допускаютъ, по характеристическимъ условіямъ ихъ состава, возможность покушенія, т. е. какъ скоро преступное дѣяніе совершится умышленно и между началомъ приведенія плана въ исполненіе и его осуществленіемъ есть извѣстный временной промежутокъ. Поэтому покушеніе на убійство въ разныхъ его степеняхъ и видахъ подлежитъ наказанію по общимъ правиламъ, указаннымъ въ первомъ раздѣлѣ уложенія, въ ст. 114 и 115, и слѣдовательно покушеніе, даже наиболѣе близкое къ совершенію преступленія, все-таки влечетъ за собою наказаніе меньшее, нежели убійство выполненное. Но не смотря на это, въ ряду случаевъ, входящихъ въ область убійства, мы встрѣчаемся, повидимому, съ нѣкоторыми отклоненіями отъ этого правила, которыя мы и должны разсмотрѣть.

Такимъ образомъ, находимъ мы ст. 864, въ которой постановляется:

«За бросаніе въ воду веществъ ядовитыхъ или сильно дѣйствующихъ и вредныхъ, съ намѣреніемъ лишить кого либо жизни, виновный подвергается:

наказанію въ статьѣ 1453 сего уложенія за предумышленное убійство опредѣленному».

Не говоря уже о неточной редакціи закона, не дающей вполнѣ яснаго указанія на то: требуются или не требуются смертельныя послѣдствія для примѣненія полнаго наказанія, указаннаго въ ст. 1453, и диспозитивная часть статьи 864 страдаетъ также неопредѣленностью. Представимъ себѣ, что А, имѣя намѣреніе отравить Б, бросаетъ съ этою цѣлью въ небольшой дозѣ мышьякъ въ Неву, или въ прудъ, изъ котораго воду никто не пьетъ,—по буквальному смыслу ст. 864 онъ подвергается указанной въ ней отвѣтственности, такъ какъ она не требуетъ никакого соотношенія между дѣйствіями и желаемымъ результатомъ. Эта неточность ст. 864 объясняется неудачною передѣлкою ея, при редактированіи уложенія изд. 1866, изъ соотвѣтствующей ей ст. 1094 по изданію 1857 г.

Ст. 1094 состояла изъ 3-хъ частей. Первая говорила о тѣхъ случаяхъ, когда «кто въ городахъ или селеніяхъ будетъ въ рѣкахъ, каналахъ, источникахъ или колодцахъ, изъ *коихъ жители того мѣста берутъ воду*, какимъ либо образомъ портить воду «Вторая—имѣла въ виду тѣ случаи, когда виновный, хотя и безъ умы-

сла сдѣлать вредъ общественному здоровью, будетъ бросать въ воду вещества ядовитыя или сильно дѣйствующія и вредныя, и, наконецъ, третья—предвидѣла учиненіе сего съ намѣреніемъ лишить жизни, предполагая въ обоихъ послѣднихъ случаяхъ наличность условій, указанныхъ въ первой части. Первыя двѣ части ст. 1094 (изд. 1857) замѣнены 115 ст. м. у., также указывающею на порчу воды въ мѣстахъ, гдѣ берутъ ее для внутренняго употребленія, а послѣдняя замѣнена 864, но уже безъ подобнаго разъясненія.

Но если мы и примемъ то же толкованіе для ст. 864, которое существовало для 3-ей части ст. 1094 (изд. 1857), на что даетъ намъ право, между прочимъ, и то, что по указателю, приложенному къ новому изданію уложенія, ст. 864 *замѣнила* ст. 1094, то и тогда мы увидимъ, что ея постановленія возбуждаютъ серьезныя недоразумѣнія.

Положимъ, во-1-хъ, что намѣреніе виновнаго осуществилось. А задумалъ убить Б и, обдумавъ заранѣе свое намѣреніе, выбралъ для этого средствомъ отравленіе колодца, изъ котораго Б беретъ воду; тотъ взялъ, напился и умеръ. Мы дѣйствительно имѣемъ случай, указанный въ 5 п. ст. 1453 — предумышленное убійство при помощи отравленія.

А отравилъ воду въ колодцѣ, изъ котораго напился не Б, а В. Мы имѣемъ такъ-называемое отклоненіе удара (aberratio ictus) и дѣйствіе виновнаго, на основаніи ст. 1456, которую мы разберемъ далѣе, также вполнѣ подходитъ подъ ст. 1453.

Но положимъ, что лицо Б, котораго хотѣлъ отравить виновный, былъ отецъ, мужъ или вообще одно изъ лицъ, указанныхъ въ ст. 1451, и виновный выбралъ средствомъ осуществленія своего замысла отравленіе колодца и выполнилъ задуманное — онъ долженъ отвѣчать по ст. 1449 или по 1451, но не по 1453, какъ это, повидимому, выходитъ изъ указаній ст. 864.

Или, наконецъ, представимъ себѣ, что А, подъ вліяніемъ раздраженія или вообще какого либо внезапнаго душевнаго порыва, бросаетъ въ колодезь, съ цѣлью убить Б, находящіеся у него подъ рукою, ядовитые матеріалы; Б выпиваетъ и умираетъ. На основаніи ст. 864, мы должны подвести это дѣйствіе подъ ст. 1453, а между тѣмъ уложеніе считаетъ отравленіе квалифицированнымъ убійствомъ только тогда, когда оно совершено съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ; такъ что въ данномъ случаѣ

придется назначить, вмѣсто каторги 10—12 лѣтъ (ст. 1455), каторгу отъ 15—20 лѣтъ.[89]

Но если намѣреніе виновнаго не осуществилось ни по отношенію къ тому, кого онъ хотѣлъ убить, ни по отношенію къ кому либо другому?

Положимъ, что А, бросающій въ воду ядовитыя вещества, былъ захваченъ на мѣстѣ преступленія, прежде чѣмъ отъ его дѣйствій произошелъ кому либо вредъ или причинилась смерть, или положимъ, что отравивъ воду, онъ раскаялся и принялъ всѣ необходимыя мѣры, чтобы предотвратить эти послѣдствія, или что его поступокъ раскрылся, когда кто нибудь уже почерпнулъ воду изъ колодца, или хотя и напился, но въ небольшомъ количествѣ, такъ что смертельныя послѣдствія не произошли, однимъ словомъ, что виновный совершилъ только то, что мы называемъ приготовленіемъ или покушеніемъ на отравленіе,—какой отвѣтственности долженъ подлежать преступникъ?

Буквальный текстъ ст. 864 говоритъ намъ, что за *бросаніе* въ воду веществъ ядовитыхъ и пр., съ намѣреніемъ лишить кого либо жизни, виновный наказывается по ст. 1453, слѣдовательно, какъ бы приравниваетъ по наказуемости къ совершенію и покушеніе, и даже отчасти и приготовленіе. Но подобное толкованіе приведетъ насъ и къ страшной жестокости, и къ признанію нелогичности закона.

А. подсыпалъ ядъ въ кофе, въ водку и поставилъ ее въ такомъ мѣстѣ, гдѣ Б долженъ былъ найти ее и выпить; до того момента, пока Б не выпилъ и не умеръ вслѣдствіе отравы, дѣйствія А. считаются только приготовленіемъ или покушеніемъ. Но очевидно, что положеніе вопроса не измѣняется, если вмѣсто кофе А. бросилъ ядъ въ колодезь. Пока Б не умеръ — дѣйствія А не переходятъ за предѣлъ покушенія. Если на это возразятъ, что между этими примѣрами существуетъ различіе въ множественности жертвъ, которымъ угрожаетъ А при отравленіи колодца, то мы можемъ представить другой примѣръ: А пытается взорвать складъ пороха, въ которомъ находится Б, какъ ни опасно его дѣйствіе для жизни другихъ лицъ, оно все-таки остается только покушеніемъ, пока отъ взрыва не умеръ Б или другое лицо; или

[89]) б Хотя съ изданіемъ закона 1871 года и отравленіе непредумышленное стало квалифицированнымъ, но ст. 864 осталась неизмѣненною.

А, съ намѣреніемъ отравить Б, отравляетъ ему миску съ супомъ и подаетъ за столъ, гдѣ обѣдаетъ все семейство Б, и можетъ быть много гостей. Очевидно, что его дѣйствіе не можетъ быть признано оконченнымъ отравленіемъ, потому только что оно угрожаетъ многимъ лицамъ.

Слѣдовательно, съ теоретической точки зрѣнія буквальное толкованіе ст. 864 не находитъ никакого оправданія, и эта ея несостоятельность особенно ярко выставляется при добровольномъ раскаяніи преступника, когда, вмѣсто освобожденія отъ наказанія по ст. 113, придется назначить каторгу отъ 15—20 лѣтъ. Нельзя, такимъ образомъ, не сознаться, что и здѣсь мы встрѣчаемся съ результатомъ, не разъ указываемаго мною недовѣрія, редакторовъ Уложенія къ нашей юстиціи, недовѣрія вызвавшаго созданіе нетолько излишнихъ, но и весьма неудачныхъ постановленій.

Поэтому приходится придать ст. 864 толкованіе, хотя и не вполнѣ согласное съ ея буквальнымъ текстомъ, но болѣе соотвѣтствующее общему духу постановленій уложенія по этому вопросу. Такъ какъ ст. 1453 заключаетъ въ себѣ наказуемость нетолько совершенія преступленія, указаннаго въ ея диспозитивной части, но и покушенія на эти дѣйствія, съ примѣненіемъ въ послѣднемъ случаѣ правилъ, указанныхъ въ 113—116 ст. уложенія, то и статью 864 мы должны понимать такъ, что указанное въ ней приравненіе по санкціи къ ст. 1453, означаетъ, что какъ скоро бросаніе въ воду ядовитыхъ веществъ, съ умысломъ лишить жизни, окончилось чьею-либо смертью, то виновный подлежитъ каторгѣ отъ 15—20 лѣтъ, а въ остальныхъ случаяхъ примѣняются общія правила о покушеніи и приготовленіи.

Это же толкованіе необходимо придать и нѣкоторымъ другимъ статьямъ уложенія, въ которыхъ существуетъ подобный же недосмотръ редакціи. Такова напр. статья 1519, гдѣ самовольное оставленіе человѣка въ опасности, бывшее послѣдствіемъ намѣренія лишить его жизни, приравнивается по наказуемости ст. 1454, или ст. 1520, гдѣ законъ наказываетъ оставленіе въ опасности безъ прямаго умысла на убійство. Такъ какъ самый актъ оставленія представляетъ только покушеніе на убійство и для полноты состава послѣдняго преступленія необходимо дѣйствительное причиненіе смерти оставленному. Такъ что буквальное толкованіе этихъ статей вызываетъ тѣ же возраженія, такъ и примѣненіе ст. 864, —

а это въ свою очередь обусловливаетъ и тождественность самаго толкованія [99]).

112 Но особенныя затрудненія въ этомъ отношеніи представляетъ статья 1082 уложенія, которая постановляетъ:

«Когда поврежденіе желѣзной дороги учинено съ намѣреніемъ подвергнуть опасности слѣдующій по желѣзной дорогѣ транспортъ, то виновные въ оном подвергаются:

высшему изъ наказаній, опредѣленныхъ въ статьѣ 1453 сего уложенія».

Если мы и здѣсь представимъ себѣ, что А., имѣя намѣреніе лишить жизни Б, испортилъ полотно желѣзной дороги, по которой ѣхалъ послѣдній, и предположенная жертва или какое-либо другое лицо, съ ней находящееся, погибло, то, разумѣется, примѣняется 1-й пунктъ статьи 1453 или прямо, или черезъ посредство ст. 1456. Точно также вполнѣ правильно будетъ это примѣненіе тамъ, гдѣ виновный не имѣлъ прямаго умысла убить то или другое лицо, а дѣйствовалъ съ неопредѣленнымъ умысломъ на убійство какихъ-либо лицъ, слѣдующихъ въ поѣздѣ, когда напр. повстанцы испортили во время возстанія полотно желѣзной дороги, съ тѣмъ, чтобы повредить войскамъ, передвигавшимся по нимъ, или когда разбойники сдѣлали это для разграбленія поѣзда и т. д., такъ какъ эти факты объемлются комбинаціей статей 108, 109 и 1453 Уложенія; въ этихъ случаяхъ статья 1082 является только безполезною.

Но если дѣйствія виновнаго остались безъ послѣдствій, если онъ былъ захваченъ въ то время, когда собравъ камни, готовился класть ихъ на рельсы, или началъ приводить свое намѣреніе въ исполненіе, или когда онъ, раскаявшись въ сдѣланныхъ имъ приготовленіяхъ, поправилъ сдѣланное поврежденіе, — долженъ ли онъ во всѣхъ этихъ случаяхъ, согласно ст. 1082, подлежать 20-ти лѣтней каторгѣ, такъ какъ эта статья требуетъ только факта порчи дороги съ намѣреніемъ причинить вредъ. Опять мы встрѣчаемся съ тѣми же затрудненіями, какъ и при толкованіи ст. 864, съ тою же жестокостью сравнительно съ другими случаями, предвидѣнными въ 1-мъ пунктѣ статьи 1453. Поэтому, повидимому, и здѣсь мы имѣемъ тѣ же основанія для распространительнаго толкованія ст. 1082, и примѣненія къ случаямъ этого рода

[99]) См. также выше № 67.

ст. 1453, *въ комбинаціи* съ ст. 113—116 но здѣсь мы втрѣчаемся съ нѣкоторыми особенностями, о которыхъ я уже упоминалъ. Статья 1082 стоитъ въ Уложеніи въ связи съ статьею 1081, которая по своей редакціи также не выдерживаетъ критики; она подвергаетъ отвѣтственности именно тѣхъ, которые сдѣлаютъ поврежденіе въ желѣзной дорогѣ, или положатъ или бросятъ на полотно какіе-либо предметы, грозящіе опасностью поѣзду, и сдѣлаютъ это, хотя и умышленно, съ знаніемъ, что отъ этого можетъ произойти опасность для поѣзда, но безъ намѣренія подвергнуть поѣздъ опасности. Законъ наказываетъ за это или каторгою отъ 8—12 лѣтъ, или ссылкою на житье въ Сибирь, или арестанскими ротами по 5-й степени 31 статьи.

Теперь представимъ себѣ, что кто-нибудь, клавшій на рельсы камни и пойманный въ этотъ моментъ, оказался дѣйствовавшимъ *съ намѣреніемъ повредить поѣзду*; по толкованію, даваемому мною ст. 1082, онъ будетъ наказанъ по 2-й части 1457 ст.; но если мы положимъ, что онъ *дѣйствовалъ по легкомыслію* съ цѣлью напр. посмотрѣть, какъ разлетятся положенные имъ камни подъ колесами поѣзда, то онъ, по ст. 1081, подлежитъ или каторгѣ, или арестантскимъ ротамъ. Получается, такимъ образомъ, выводъ несообразный хотя все-таки юридически не устраняющій возможности указаннаго выше толкованія ст. 1082. Конечно логичнѣе бы было ограничить объемъ и ст. 1081 и признавать полный составъ преступленія, въ ней указаннаго только въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ легкомысленное поведеніе виновнаго имѣло послѣдствіемъ причиненіе вреда, а при отсутствіи этого послѣдняго элемента примѣнять общія правила о покушеніи и приготовленіи, но это толкованіе стояло бы уже въ полномъ противоположеніи съ буквальнымъ смысломъ 1081 статьи, такъ какъ ея текстъ указываетъ только, что мѣра наказанія опредѣляется по важности поврежденій и по роду большей или меньшей опасности. Въ этомъ же смыслѣ понимала статью 1081 и наша практика; стоитъ только вспомнить, получившее такую печальную извѣстность, дѣло малолѣтняго (15½)Серкова [91]), обвинявшагося въ

[91]) Ж. М. Ю. 1865. Въ этомъ рѣшеніи Государственный Совѣтъ высказалъ хотя косвенно и относительно ст. 1082 мнѣніе отличное отъ защищаемаго мною, онъ говоритъ: «за умышленное поврежденіе, учиненное съ намѣреніемъ подвергнуть опасности поѣздъ положена *одна* только мѣра, равная наказанію за предумышленное убійство. См. также Лохвицкій, Курсъ, стр. 510.

томъ, что при открытіи движенія на Московско-Петербургской дорогѣ, въ 1849 году, Сѣрковъ, возвращаясь съ работъ, захотѣлъ посмотрѣть, какъ будетъ возвращаться съ Соснинской станціи машина, и сидя у рельсовъ, сталъ собирать круглые камешки и класть ихъ на рельсы плотно другъ къ другу, причемъ и былъ захваченъ. При попмкѣ онъ объяснилъ, что сдѣлалъ это, «чтобы посмотрѣть далеко ли они разлетятся, какъ машина будетъ переѣзжать ихъ», и это его первоначальное сознаніе ничѣмъ не было опровергнуто на судебномъ слѣдствіи. Совѣстный судъ и Правительствующій Сенатъ примѣнили къ подсудимому низшее изъ наказаній статьи 1081, но Государственный Совѣтъ, согласно съ мнѣніемъ министра юстиціи, назначилъ 8 лѣтъ каторжной работы, находя, что въ преступленіяхъ этого рода снисхожденіе къ подсудимому можетъ быть допускаемо только въ тѣхъ крайнихъ случаяхъ, гдѣ глупость и невѣжество будутъ точно доказаны и когда со стороны виновнаго нѣтъ повода предполагать предумышленія.

113. Отвѣтственность за покушеніе, по нашему уложенію, зависитъ отъ нѣсколькихъ условій: во 1-хъ, отъ момента, на которомъ остановилась преступная дѣятельность, по отношенію къ достиженію задуманнаго; во 2-хъ, отъ причинъ, по которымъ произошло прекращеніе дѣятельности виновнаго; и въ 3-хъ, отъ характера дѣятельности, съ которою выполнялось преступное намѣреніе; — всѣ эти моменты сохраняютъ свое полное значеніе и при убійствѣ.

Что касается до перваго пункта, то съ этой стороны уложеніе различаетъ: покушеніе неоконченное (ст. 114) и оконченное (ст. 115). Послѣдній видъ покушенія, или, какъ гораздо правильнѣе называетъ его французское право, неудавшееся преступленіе, признается, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ со стороны подсудимаго сдѣлано все, что онъ считалъ («могъ считать» до закона 1864 года) нужнымъ для приведенія намѣренія въ исполненіе, и преднамѣренное имъ зло не совершилось по особеннымъ, непредвидѣннымъ имъ обстоятельствомъ [92]).

Основное начало, на которое опирается это дѣленіе, заключается въ томъ, что во всякомъ дѣяніи можно различать два элемен-

[92]) См. по этому вопросу Чебышевъ-Дмитріевъ, в. с. стр. 129. Также Лохвицкій, Курсъ, стр. 245.

та: собственное дѣйствіе лица и дѣйствіе другихъ силъ, вызванныхъ, сопровождавшихъ или привходящихъ къ этому дѣйствію. На этомъ основаніи мы можемъ раздѣлить воспроизведеніе какого-либо даннаго результата на эти составныя части и указать тотъ моментъ, гдѣ оканчивается дѣятельность самого преступника и начинается дѣйствіе постороннихъ силъ, и сказать, сдѣлалъ ли онъ все, что считалъ нужнымъ, или нѣтъ; оцѣнивая самое понятіе о полнотѣ дѣйствій преступника съ его точки зрѣнія, въ виду того-особеннаго положенія, въ которомъ онъ находился въ данный моментъ, а не съ точки зрѣнія посторонняго наблюдателя. Такимъ образомъ, напр. при отравленіи покушеніе считается оконченнымъ какъ скоро жертва выпила ядъ, какъ скоро вообще ядъ былъ введенъ въ организмъ, но желаемыхъ послѣдствій не произошло; при покушеніи на убійство выстрѣломъ изъ ружья—съ момента учиненія выстрѣла и т. п. При этомъ нельзя не замѣтить, что даже и при убійствѣ это разграниченіе двухъ видовъ покушенія не всегда возможно и зависитъ во многомъ отъ способа, выбраннаго преступникомъ, и что вообще это раздѣленіе особенно важнаго значенія для опредѣленія мѣры наказанія имѣть не можетъ. Съ этой стороны нельзя не одобрить начала, принятаго въ уложеніи, на основаніи котораго при покушеніи оконченномъ судъ имѣетъ право смягчить наказаніе на 1, 2 или 3 степени, а при неоконченномъ на 2, 3 или 4; такъ, что иногда оконченное покушеніе можетъ быть наказано слабѣе неоконченнаго.

114. Болѣе значенія представляетъ другое дѣленіе покушенія по причинамъ, вызвавшимъ прекращеніе преступной дѣятельности. Эти причины сводятся къ двумъ группамъ: преступникъ можетъ остановиться или по собственному усмотрѣнію, или по причинамъ для него совершенно постороннимъ; причемъ оба эти условія могутъ встрѣтиться, какъ при покушеніи неоконченномъ, такъ и при оконченномъ. Въ первомъ случаѣ, т. е. если преступникъ при покушеніи неоконченномъ остановился по собственному убѣжденію, дѣяніе какъ указываетъ ст. 113, становится ненаказуемымъ, на тѣхъ же основаніяхъ, какія мы видѣли, относительно ненаказуемости добровольно оставленнаго приготовленія. Законъ, наказывая покушеніе, опирается исключительно на наличность преступной воли, такъ какъ внѣшнее условіе наказуемости, матеріальный вредъ, отсутствуетъ; поэтому какъ скоро въ данномъ случаѣ не окажется въ наличности и злой воли, когда, напр., преступникъ самъ взялъ

назадъ свой преступный планъ, то исчезаетъ и послѣднее основаніе наказуемости.

Разумѣется, признавая безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія, законъ можетъ распространять это положеніе только на то, что еще оставалось сдѣлать преступнику, а не на то, что онъ уже сдѣлалъ, или другими словами, признавая ненаказуемость покушенія, какъ таковаго, законъ подвергаетъ отвѣтственности виновнаго за тѣ дѣйствія, которыя онъ уже выполнилъ, если они сами по себѣ составляютъ преступленіе. Если А съ умысломъ лишить жизни Б наноситъ ему побои, но затѣмъ добровольно оставляетъ свой планъ, то онъ не отвѣчаетъ за покушеніе на убійство, но долженъ быть признанъ виновнымъ въ умышленномъ нанесеніи побоевъ.

Совсѣмъ иначе ставитъ уложеніе вопросъ о добровольномъ отказѣ при покушеніи оконченномъ. Признавая, что покушеніе окончено тогда, когда со стороны преступника сдѣлано все, что онъ считалъ нужнымъ, и находя, что добровольный отказъ имѣетъ значеніе только по отношенію къ тому, что осталось сдѣлать преступнику, оно должно было прійти къ отрицанію значенія добровольнаго отказа при покушеніи этого рода, — хотя, впрочемъ, съ теоретической точки зрѣнія съ этимъ началомъ согласиться вполнѣ нельзя. Совершенно вѣрно замѣчаетъ Чебышевъ-Дмитріевъ [24]), что «измѣненіе воли и въ оконченномъ покушеніи, являясь оставленіемъ намѣренія довершить преступленіе, можетъ быть основаніемъ ненаказуемости, но разумѣется только тогда, когда виновный можетъ отвратить и отвращаетъ послѣдствія.»

115. Что же касается до вліянія при покушеніи характера дѣйствія на отвѣтственность виновнаго, то здѣсь мы встрѣчаемся съ двумя вопросами: о значеніи характера выбранныхъ средствъ, и характера объекта, на который направляется преступное посягательство.

Вопросъ о вліяніи средствъ, или, какъ его обыкновенно называютъ, ученіе о покушеніи съ негодными средствами, даже и въ запутанномъ и спорномъ ученіи о покушеніи занимаетъ одно изъ первыхъ мѣстъ и причисляется къ разряду вѣчныхъ контроверзъ. Начиная съ Фейербаха, творца вопроса, теорія выставила такую

---

[24]) В. с. стр. 148.

массу предположеній и комбинацій, что ихъ возможно-всесторонее разсмотрѣніе можетъ составить предметъ отдѣльнаго самостоятельнаго изслѣдованія. Поэтому я считаю себя вправѣ ограничиться разсмотрѣніемъ этого предмета только по отношенію къ нашему праву и притомъ въ примѣненіи къ ученію объ убійствѣ [95]).

Сводъ Законовъ 1832 года не содержалъ въ себѣ никакихъ указаній по вопросу о негодности средствъ, но на основаніи его взгляда на покушеніе вообще, случаи этого рода должны были быть признаваемы ненаказуемыми.

Статья 9-я Свода опредѣляла:

«Покушеніемъ къ преступленію почитается намѣреніе учинить оное, когда намѣреніе сіе обнаружено такимъ дѣйствіемъ, коего *необходимымъ слѣдствіемъ* было бы совершеніе преступленія, еслибы сіе совершеніе или не было остановлено собственною волею умышлявшаго, или не было отвращено какимъ-либо внѣшнимъ препятствіемъ.»

Но если, такимъ образомъ, для покушенія оказывалось необходимымъ совершеніе такого акта, котораго непремѣннымъ послѣдствіемъ было бы совершеніе преступленія, то попытка дѣйствовать съ средствами негодными не могла считаться покушеніемъ, такъ какъ изъ него никогда бы не послѣдовало вредныхъ результатовъ.

Уложеніе 1845 года также вовсе не упоминало о вліяніи выбранныхъ средствъ на наказуемость, а опредѣляя оконченное покушеніе тѣмъ моментомъ, когда преступникъ совершилъ все, что онъ *могъ считать* нужнымъ, и слѣдовательно заставляя оцѣнивать этотъ вопросъ не съ субъективной точки зрѣнія самого. преступника, а съ объективной судьи, повидимому склонялось къ ученію Свода, или по крайней мѣрѣ не давало права признать въ этихъ случаяхъ наличность оконченнаго покушенія.

Такимъ образомъ и разрѣшала этотъ вопросъ наша старая практика, находившаяся подъ очевиднымъ вліяніемъ теоріи Свода. Особенный интересъ въ этомъ отношеніи представляетъ дѣло Ладыгиной, въ мотивахъ рѣшенія котораго Сенатъ почти буквально повторялъ статьи Свода.

---

[95]) См. въ особенно Rudo, über den Versuch mit untauglichen Mitteln oder an untauglichen Objecten Gerichtssaal 1865. Bar, zur Lehre von Versuch 1859. У насъ обыкновенно разсматриваютъ этотъ вопросъ въ примѣненіи къ убійству, хотя очевидно для удовлетворительнаго его разрѣшенія необходимо имѣть въ виду всѣ преступленія.

Подсудимая Ладыгина [96]) обвинялась въ томъ, что возымѣвъ намѣреніе отравить мужа, она получила отъ любовника ея Шарапова три бѣлыхъ камушка неизвѣстнаго ей содержанія, растерла ихъ и подсыпала въ приготовленную ею лепешку и дала мужу. Послѣдній, отвѣдавъ лепешки, почувствовалъ боль въ животѣ и дурноту, но на другой же день выздоровѣлъ. Подмѣшанное вещество по разсмотрѣніи оказалось квасцами, которые по свидѣтельству врачебной управы къ минеральнымъ ядамъ не принадлежатъ, но данныя въ весьма большомъ пріемѣ могутъ разстроить организмъ. Правительствующій Сенатъ по общему собранію, въ рѣшеніи своемъ отъ 8 іюля 1849 г., принимая во вниманіе, что подсудимая дала мужу квасцовъ въ томъ убѣжденіи, что употребленіе ихъ причинитъ ему смерть, остановился на разсмотрѣніи значенія совершеннаго ею дѣйствія и нашелъ: «что изъ разсмотрѣнія постановленій уложенія о различныхъ степеняхъ осуществленія воли въ дѣйствіи, оказывается, что они различаются между собою, какъ *свойствомъ тѣхъ дѣйствій*, коими обнаруженъ умыселъ, такъ и близостью къ окончательному совершенію. Такъ какъ покушеніе на преступленіе заключаетъ въ себѣ начало или часть преднамѣреннаго зла, то само собою разумѣется, что покушеніемъ на преступленіе должны быть почитаемы только тѣ дѣйствія, *послѣдствіемъ коихъ было бы самое совершеніе* преступленія, еслибы въ стремленіи къ оному преступникъ не остановился по собственной волѣ или по обстоятельствамъ отъ него независѣвшимъ; а изъ этого слѣдуетъ, что дѣйствіе, которое нетолько не произвело, но и не могло произвести преднамѣреннаго зла по несообразности употребленныхъ средствъ съ умысломъ преступника, не есть настоящее покушеніе на преступленіе, а должно быть разсматриваемо какъ приготовленіе токмо къ оному», а потому и подвергъ Ладыгину наказанію по 2-й части 1457 ст.

Точно также были разрѣшены общимъ собраніемъ Сената дѣло Кулешовой, обвинявшейся въ покушеніи на отравленіе своего мужа дачею ему въ пищу порошка сухой змѣи. Васильевой, пытавшейся отравить своихъ господъ неизвѣстнымъ веществомъ, которое, однако, по отзыву врачебной управы, ядомъ не оказалось [97]).

Такимъ образомъ практика наша держалась такъ называемаго объективнаго ученія [98]). по вопросу о негодности средствъ. Имѣя

---

[96]) Ж. М. Ю. 1860. № 7.

[97]) См. Ж. М. Ю. 1865. № 12 въ дѣлѣ Романовой.

[98]) Ср. Чебышевъ-Дмитріевъ, в. с. стр. 95 и сл.

исключительно въ виду внѣшній матеріальный вредъ, причиняемый преступленіемъ, и оставляя совершенно въ сторонѣ преступную волю, степень ея рѣшимости и опасности для общества, она безразлично должна была сравнивать между собою тѣ случаи, гдѣ преступникъ выбралъ для осуществленія своего плана, колдовство, суевѣрный обрядъ, и тѣ, гдѣ взявъ вещество годное само по себѣ, онъ употребилъ его въ дозѣ недостаточной для даннаго случая или, гдѣ при самомъ исполненіи плана, отъ случайно прившедшей ошибки, годное средство замѣнено было негоднымъ, — и вмѣсто мышьяка данъ былъ сахаръ, принятый за ядъ и т. п. Случаи слѣдовательно по ихъ существеннымъ чертамъ, по характеру воли въ нихъ выразившейся, представляющіе огромное различіе.

Существенный поворотъ или попытку переворота во взглядахъ нашей практики на значеніе годности или негодности средствъ представляетъ рѣшеніе по дѣлу Романовой 1859 г.

1857 года крестьянка Романова предложила своей свекрови дать въ кашѣ больному мужу Романовой лекарства, полученнаго, какъ она увѣряла, отъ знахарей; та, желая помочь больному, дѣйствительно положила лекарство въ кашу и дала сыну, но больной съѣвъ двѣ ложки, почувствовалъ невыносимую боль въ желудкѣ съ сильною рвотой, отчего и былъ пользованъ домашними молокомъ и медомъ; послѣ того Марья Романова созналась, что она дала не лекарство, а ядовитое вещество для умерщвленія мужа, самое же снадобье по освидѣтельствованію нижегородской врачебной управы, оказалось непринадлежащимъ къ ядовитымъ веществамъ, а содержало въ себѣ только нашатырь, вызвавшій указанныя выше послѣдствія и разстройство здоровья. Московское общее собраніе Правительствующаго Сената, признавая, что вещество, данное Романовою не принадлежитъ къ числу ядовитыхъ, находило тѣмъ неменѣе, что она сдѣлала все, что могла считать нужнымъ для отравленія мужа, т. е. признавало ее виновною въ покушеніи оконченномъ. Съ этимъ мнѣніемъ согласился и министръ юстиціи. Но при разсмотрѣніи дѣла на консультаціи министерства въ виду противоположныхъ вышеуказанныхъ рѣшеній петербургскихъ департаментовъ Сената дѣло было препровождено на заключеніе г. главноуправляющаго II отдѣленіемъ графа Блудова, который въ отношеніи своемъ отъ 30 іюня 1859, высказалъ слѣдующее мнѣніе:

«Въ нашемъ уголовномъ уложеніи не постановлено условія, чтобы преступленіе отравленія считалось совершившимся единственно лишь въ случаѣ употребленія вещества ядовитаго... что это требованіе совершенно неосновательно и потому не могло быть принято при составленіи уложенія 1845 г. Кто разсмотритъ его логически и тщательно, говоритъ онъ далѣе, не увлекаясь тонкостями лжемудрованія и принимая, какъ должно, въ уваженіе настоящее свойство преступнаго дѣйствія, обстоятельства онаго и побужденія преступника, тотъ конечно признаетъ, что въ постановленіяхъ нашего уложенія предусмотрѣны и указаны съ точностью всѣ виды и, такъ сказать, всѣ періоды совершенія убійства, отъ нанесенія смертельнаго удара въ минуту раздраженія до обдуманнаго заранѣе умысла, и означена со всею возможностью и ясностью постепенность дѣйствій отъ первой преступной мысли до окончательнаго ея исполненія. Правила онаго для людей, желающихъ и умѣющихъ понимать законы, не могутъ быть поводомъ къ такимъ разнорѣчіямъ, или, лучше сказать, противорѣчіямъ, даже нелѣпымъ и смѣшнымъ какія встрѣчаются напр. во французской уголовной практикѣ»... Спеціально же по дѣлу Романовой онъ находилъ, что она совершила все, что могла считать необходимымъ и преднамѣренное зло не воспослѣдовало *единственно по неумѣнью ея распознавать вещества ядовитыя*. Преступленіе совершилось бы, если бы вещество, принятое ею за мышьякъ оказалось дѣйствительно мышьякомъ. Злой умыселъ Романовой не удался лишь вслѣдствіе обстоятельствъ отъ нея независѣвшихъ.

Такимъ образомъ въ противорѣчіи со всею предшествовавшею нашею практикою, графъ Блудовъ проводилъ начало исключительно субъективное, опиравшееся на то, что какъ скоро воля или рѣшимость преступника проявилась въ какомъ-либо дѣйствіи, то существуютъ всѣ условія для наказанія, безразлично, какія средства были выбраны для выполненія плана. Проводя консеквентно его положеніе, мы должны бы были признать, что и лице, молившееся о смерти своего врага, или положившее ему подъ подушку кость мертвеца виновно въ покушеніи и даже притомъ въ покушеніи оконченномъ, такъ какъ неудача произошла только отъ неумѣнья распознать средство годное для преступленія отъ негоднаго, и слѣдовательно виновный дѣлалъ все, что могъ считать нужнымъ.

Но это мнѣніе по крайней мѣрѣ во всей его полнотѣ не было принято нашею практикою.

Въ 1857 году Екатерина Бейгуль [99]) была предана суду по

[99]) Ж. М. Ю. 1865. № 12.

обвиненію въ томъ, что съ цѣлью ускорить смерть своего больнаго отца, она примѣшала въ кушанье порошокъ, данный ей ея любовникомъ Соколовымъ и состоящій изъ 1/8 грани опіума, 1/4 купителя и 10 гранъ сахара,— порошокъ, который по отзыву врачебной управы вреднаго дѣйствія на здоровье взрослаго человѣка имѣть не могъ. Правительствующій Сенатъ по 5-му департаменту призналъ ее отвѣтственною по 1486 ст. уложенія, какъ за причиненіе вреда здоровью (?) примѣшаніемъ въ съѣстныя припасы какихъ-либо вредно дѣйствующихъ веществъ. Но за образовавшимся въ общемъ собраніи московскихъ департаментовъ Сената разногласіемъ дѣло восходило на разсмотрѣніе Государственнаго совѣта, который, признавая Бейгуль виновною въ покушеніи на отравленіе отца, нашелъ, что это покушеніе нужно считать неоконченнымъ въ виду того, что она дала отцу только 1/4 порошка ей присланнаго.

По другому дѣлу, Иванова, приведенному мною выше (№ 110) Правительствующій Сенатъ, по 1 отдѣленію 5 департамента, въ 1863 году, находя, что по обстоятельствамъ дѣла нельзя признать всыпанное Ивановымъ въ щи вещество за ядъ и имѣя въ виду рѣшеніе по дѣлу Ладыгиной, призналъ дѣйствіе Иванова за *приготовленіе* къ преступленію, предвидѣнное во 2-й части 1457, и только общее собраніе, согласно предложенію министра юстиціи, нашло здѣсь оконченное покушеніе.

116. Наконецъ вопросъ о значеніи негодности средствъ при покушеніи былъ окончательно разрѣшенъ Высочайше-утвержденнымъ мнѣніемъ Государственнаго совѣта, отъ 9 марта 1864 г., которое вошло и въ Уложеніе изданія 1866 года, въ ст. 115.

На основаніи ст. 115, оконченное покушеніе признается и тамъ, гдѣ зло не воспослѣдовало вслѣдствіе безвредности употребленныхъ средствъ, прибавляя къ этому въ примѣчаніи:

«Если при покушеніи на преступленіе подсудимымъ, по крайнему невѣжеству или суевѣрію, употреблены были средства вполнѣ и очевидно недѣйствительныя для совершенія преступленія, какъ-то: нашептыванія, наговоры, заклинанія и т. п., то онъ подвергается наказанію, какъ за преступный умыселъ по статьѣ 111 сего Уложенія [100]).»

[100]) Второе отдѣленіе въ своихъ, впрочемъ весьма поверхностныхъ соображеніяхъ по поводу закона 1864 года также проводитъ начало, близко

Такимъ образомъ наше Уложеніе, признавая общимъ правиломъ, что негодность средствъ не имѣетъ никакого значенія, допускаетъ отсюда весьма существенныя исключенія; слѣдовательно примыкаетъ къ такъ-называемымъ теоріямъ посредствующимъ, и притомъ какъ мнѣ кажется, на слѣдующихъ основаніяхъ:

Такъ какъ ошибка въ выборѣ средствъ, обусловливающая ихъ негодность и возбуждающая даже вопросъ о не наказуемости лица, употребившаго эти средства, можетъ произойти или при выполненіи преступнаго плана, или при его составленіи, то это же различеніе должно быть приложено и къ толкованію ст. 115.

Положимъ, что А, задумавъ отравить Б, приготовилъ для этого необходимую дозу мышьяка, но при самомъ выполненіи плана, перемѣшавъ склянки, даетъ вмѣсто мышьяка магнезію или сахаръ, вмѣсто отравленнаго питья въ воду; или А, задумавъ убить Б, приготовилъ и зарядилъ для того ружье, но В. случайно или умышленно разрядилъ ружье безъ вѣдома А, и послѣдній пытался произвести выстрѣлъ изъ ружья, оказавшагося незаряженнымъ. Въ этихъ случаяхъ негодность средствъ зависѣла только отъ ошибкъ исполненіи, отъ обстоятельства независѣвшаго отъ воли виновнаго и никакимъ образомъ не отъ невѣжества или суевѣрія, а потому примѣчаніе дѣлаемое закономъ къ ст. 115 не можетъ быть примѣнимо, и виновный отвѣчаетъ какъ за оконченное покушеніе.

Слѣдовательно *ошибка въ исполненіи никакого вліянія на наказуемость покушенія не имѣетъ.*

Но и ошибка въ самомъ составленіи плана, выразившаяся въ выборѣ негодныхъ средствъ, не всегда составляетъ причину безнаказанности. А даетъ Б. вещество, которое обыкновенно производитъ желаемый результатъ, но по обстоятельствамъ даннаго случая оказывается недѣйствительнымъ; напр. даетъ нѣсколько

подходящее къ мнѣнію графа Блудова, а по поводу уступки, сдѣланной въ примѣчаніи къ ст. 115 оно говоритъ: «Если подобныя средства прилагаются съ полнымъ убѣжденіемъ виновнаго въ ихъ силѣ, то вина его, конечно, совершенно одинакова съ виною того, кѣмъ употреблено напр. вещество, почитаемое ядовитымъ, или ружье, заряженное холостымъ зарядомъ. Но, при опредѣленіи въ такомъ случаѣ наказанія, необходимо брать во вниманіе и другое обстоятельство, именно крайнее невѣжество прибѣгающихъ къ такимъ средствамъ людей: для нихъ почти не существуетъ вмѣняемости и они скорѣе должны быть сравниваемы съ малолѣтними или безумными, которыхъ нашъ уголовный законъ даже вовсе освобождаетъ отъ наказанія». См. Калмыковъ, Учебникъ уголовнаго права 1866. стр. 126, пр. 1.

гранъ мышьяка, съ избыткомъ достаточныхъ для произведенія смерти, но не имѣвшихъ результатовъ, потому что жертва преступленія оказался мышьякоѣдомъ, для организма котораго эта доза была недѣйствительна; или А зарядилъ ружье полнымъ зарядомъ, но порохъ отсырѣлъ и выстрѣлъ не послѣдовалъ, или не имѣлъ предполагаемой силы, или зарядъ оказался недостаточнымъ сообразно съ разстояніемъ и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ средства могутъ быть названы вполнѣ негодными для даннаго случая; но не могутъ быть названы очевидно негодными въ томъ смыслѣ, какой даетъ этому слову уложеніе; мы не можемъ сказать, что преступникъ выбралъ эти средства по крайнему своему невѣжеству и суевѣрію, а говоримъ, что ихъ негодность зависѣла только отъ незнанія обстоятельствъ даннаго дѣла.

Слѣдовательно, только въ тѣхъ случаяхъ, *гдѣ ошибочность плана выразилась въ выборѣ средствъ, ни при какихъ условіяхъ не могшихъ дать этотъ результатъ*, — средствъ, которыя по существу своему были явно и очевидно не годны, гдѣ виновный могъ ихъ выбрать только по крайнему его суевѣрію и невѣжеству, *отвѣтственность* его *несуществуетъ*, причемъ указанія дѣлаемыя въ этомъ отношеніи уложеніемъ, являются только примѣрами и ни въ какомъ случаѣ не имѣютъ исчерпывающаго значенія, такъ что вопросъ объ этомъ ихъ качествѣ можетъ быть рѣшенъ только по обстоятельствамъ даннаго дѣла, и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ возникнетъ сомнѣніе о пригодности средствъ, долженъ быть предложенъ разрѣшенію присяжныхъ [1]).

Такимъ образомъ наше уложеніе вовсе не принимаетъ теоріи, наиболѣе распространенной между криминалистами, а именно не различаетъ средствъ абсолютно негодныхъ и недостаточныхъ. Это уже видно изъ того, что тамъ, гдѣ ошибка произошла при исполненіи плана, вопросъ о характерѣ средствъ не можетъ возникнуть, а тамъ, гдѣ эта ошибка заключалась въ самомъ планѣ обращается главное вниманіе не на внѣшній характеръ дѣйствія, а на характеръ заблужденія. Къ тому-же и самое ученіе о подобномъ различеніи средствъ негодныхъ и недостаточныхъ не имѣетъ твердаго теоретическаго основанія. Съ одной стороны средства не достаточныя въ данномъ случаѣ всегда будутъ и безусловно не годны для этого случая, а съ другой, нельзя отыскать такихъ

[1]) См. Лохвицкій, Курсъ, стр. 248. Онъ впрочемъ при разборѣ Уложенія стоитъ на точкѣ зрѣнія Свода Законовъ.

средствъ или дѣйствій, которыя всегда и при всѣхъ условіяхъ могли бы быть признаваемы негодными [2]).

Еще менѣе могутъ быть согласованы эти постановленія уложенія съ теоріею, пытающеюся разрѣшить данный вопросъ на основаніи преступности или непреступности выбранныхъ средствъ, безразлично къ ихъ годности или негодности [3]). Основное положеніе этой теоріи заключается въ томъ, что законъ не признаетъ преступными множество путей, которыми столь же вѣрно достигается правонарушеніе, какъ и дѣйствіями преступными, что преступность избранныхъ средствъ является такимъ же существеннымъ условіемъ, какъ и преступность цѣли, и что попытка непреступными, хотя бы и вполнѣ дѣйствительными средствами не даетъ покушенія въ юридическомъ смыслѣ, ибо этихъ средствъ законъ не имѣетъ въ виду. Поэтому защитники этого взгляда принимаютъ, что по отношенію къ годности, напримѣръ, суевѣрный обрядъ и даваніе по ошибкѣ сахара вмѣсто яда—одинаковы; но по отношенію къ законной квалификаціи факта эти два средства совершенно различны. Схватившій по ошибкѣ сахаръ вмѣсто яда хотѣлъ совершить отравленіе; молящійся о смерти врага хотѣлъ совершить лишеніе жизни такимъ средствомъ, которое, достигнувъ цѣли дало бы такое преступленіе, которое не подходитъ ни подъ одинъ изъ видовъ убійства, запрещенныхъ закономъ. Но эта теорія, болѣе чѣмъ предшествующая нетолько не согласна съ дѣйствующимъ правомъ, но и невыдерживаетъ научной критики и ложна въ самомъ своемъ основаніи. Въ уложеніи, какъ и въ другихъ кодексахъ, нѣтъ каталога средствъ преступныхъ и непреступныхъ и теорія также не представила, да и не можетъ представить никакихъ данныхъ для подобнаго разграниченія. Еслибы лице, молящееся о смерти врага, достигло именно этимъ путемъ своей цѣли, то оно произвело бы такое преступленіе, которое вполнѣ подходило бы подъ общее положеніе закона объ убійствѣ. Въ примѣненіи же къ ученію о покушеніи съ негодными средствами, эта теорія ведетъ къ выводамъ, совершенно абсурднымъ. Если опредѣлять наказуемость виновнаго только потому, преступенъ или не преступенъ былъ способъ имъ выбранный, то придется признать отвѣтственнымъ лице,

[2]) См. Цахаріе, в. с. § 123 и сл. Chop. Ueber die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch eines Verbrechens 1861.

[3]) Эту именно теорію пытается провести Чебышевъ-Дмитріевъ, в. с. стр. 118 и сл. См. выше № 82.

дающее другому нашептанную воду, такъ какъ способъ имъ выбранный—введеніе посторонняго вещества въ организмъ жертвы, еслибы онъ увѣнчался успѣхомъ, заключалъ бы въ себѣ условія отравленія; или наказать, по той же причинѣ, человѣка, прицѣлившагося въ другого изъ сахарнаго пистолета или изъ игрушечнаго ружья.

Наконецъ нельзя не замѣтить, что хотя уложеніе говоритъ о негодныхъ средствахъ только при оконченномъ покушеніи, но случаи этого рода могутъ встрѣтиться и при покушеніи неоконченномъ, когда преступникъ остановился прежде, чѣмъ сдѣлать съ своей стороны все, что считалъ нужнымъ. Вопросъ и въ этихъ случаяхъ разрѣшается также, т. е, виновный не подлежитъ наказанію, если выбралъ эти средства только по своему невѣжеству и суевѣрію.

Самое же указаніе закона на то, что и въ этихъ случаяхъ виновный отвѣчаетъ какъ за обнаруженный умыселъ, при убійствѣ никакого значенія имѣть не можетъ; такъ какъ я уже указалъ, что обнаруженіе умысла лишить кого-либо жизни, какъ таковое наказанію не подлежитъ.

117. Несравненно труднѣе является разрѣшеніе вопроса о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ по нашему праву, труднѣе именно потому, что въ уложеніи нѣтъ никакихъ прямыхъ указаній по данному пункту и приходится прибѣгнуть къ аналогіи съ ученіемъ о покушеніи вообще.

Какъ ни пытаются многіе криминалисты [1]) провести строго опредѣленныя границы между ученіемъ о такъ-называемыхъ мнимыхъ преступленіяхъ (delicta putativa) и теоріею наказуемости покушенія надъ негоднымъ объектомъ, но исходный пунктъ для ихъ разрѣшенія остается тотъ же. Если мы признаемъ, что каждое преступленіе является правонарушеніемъ, посягательствомъ на какія-либо юридическія нормы, то отсутствіе въ данномъ случаѣ этого элемента, не существованіе какихъ-либо существенныхъ условій этой нормы уничтожаетъ преступность самого дѣйствія. Приэтомъ этотъ элементъ преступности даннаго факта долженъ заключаться нетолько въ волѣ лица, но и во внѣшней природѣ или элементахъ дѣйствія имъ совершаемаго. Если кто-либо совершаетъ благодѣяніе съ преступною цѣлью сдѣлать это благодѣяніе средствомъ какого либо преступленія, если судья дѣлаетъ по закону кому либо выговоръ и вкладываетъ въ него свое личное желаніе оскорбить данное лицо, то эти дѣйствія, не составляютъ преступленія, не смотря на наличность пресутпнаго умысла; если кто либо, предполагая, что онъ состоитъ въ бракѣ, женится вновь, а прежній бракъ въ дѣйствительности оказывается уже несуществующимъ, если кто либо, тайно провозя контрабанду, предполагаетъ, что онъ этимъ нарушаетъ таможенныя постановленія, которыя оказываются уже отмѣненными въ моментъ провоза, то мы признаемъ эти дѣянія съ правовой точки зрѣнія безразличными, мнимыми преступленіями. Но очевидно, что это же положеніе остается и тамъ, гдѣ правовая норма, нарушаемая преступленіемъ, является въ конкретной формѣ правъ того или другого лица; какъ скоро въ дѣйствіи виновнаго будетъ отсутствовать какой либо существенный элементъ, въ силу котораго совершенное имъ и считалось противозаконнымъ, то оно должно быть признано безразличнымъ, какъ бы ни былъ преступенъ умыселъ, съ которымъ виновный дѣйствовалъ. Законъ наказываетъ какъ воровство самовольное тайное похищеніе *чужой движимой* вещи, причемъ каждый изъ признаковъ этого опредѣленія составляетъ условіе, необходимое для понятія воровства, такъ что при отсутствіи какого либо изъ нихъ данное дѣйствіе или будетъ инымъ преступленіемъ или даже дѣяніемъ безразличнымъ. Теперь представимъ себѣ, что кто либо съ цѣлью похитить чужое имущество, унесетъ свою собственную вещь,—какъ же должны мы смотрѣть на дѣйствіе имъ совершенное? Естьли это воровство? Чье право собственности онъ нарушилъ, право, которое служитъ конкретнымъ представителемъ юридической нормы, составляющей истинный предметъ преступнаго посягательства? Но законъ и не признаетъ этотъ фактъ воровствомъ; съ этимъ согласно даже и большинство теоретиковъ, защищающихъ ученіе противоположное, но, говорятъ они, здѣсь существуетъ покушеніе на воровство, и покушеніе неудавшееся по обстоятельствамъ, отъ воли преступника не зависѣвшимъ.

Очевидно, что и съ этимъ положеніемъ согласиться нельзя. Условіе, въ силу котораго мы различаемъ понятіе покушенія наворовство отъ его совершенія, заключается въ актѣ присвоенія похищаемаго, въ постановленіи себя преступникомъ въ такое отношеніе къ предмету, въ которомъ, выражаясь словами кассаціоннаго департамента, по понятію о правѣ соб-

[1]) См. въ особенности Koestlin, System, стр. 225.

ственности на движимыя имущества, данныя вещи могли быть почитаемы находящимися во владѣніи вора. Но этотъ моментъ существуетъ и въ случаяхъ разсматриваемыхъ мною; слѣдовательно для того, чтобы признать похищеніе собственной вещи не оконченнымъ воровствомъ, а только *покушеніемъ* на него, мы должны, такъ сказать, игнорировать внѣшнюю сторону, самое дѣйствіе, а какъ скоро сдѣлаемъ мы это и обратимъ исключительное вниманіе на внутреннюю сторону, волю, то мы можемъ говорить только объ умыслѣ и его обнаруженіи, но не объ осуществленіи плана или о попыткѣ его осуществленія. Или возьмемъ другой примѣръ: А задумалъ похитить вещь, принадлежащую церкви, но ошибся въ своемъ предположеніи и похищенное оказалось частною собственностью, не преслѣдуемъ же мы виновнаго за покушеніе на святотатство, а наказываемъ только за простое воровство. Или наконецъ положимъ, что А публично обругалъ или оскорбилъ въ печати какое либо должностное лицо, или общество, заявивъ, что губернаторъ такой-то губерніи Ивановъ или Сидоровъ грабитъ казну, что общество испытателей природы въ городѣ Царевококшайскѣ все поголовно состоитъ изъ пьяницъ, а затѣмъ окажется, что подобнаго губернатора или общества не существуетъ, — можемъ ли мы преслѣдовать виновнаго за покушеніе на диффамацію, клевету и т. п.?

Тѣ же начала должны мы приложить, какъ мнѣ кажется, и къ ученію о покушеніи на убійство негоднаго объекта. Убійство опредѣляется по закону какъ лишеніе жизни человѣческаго существа, слѣдовательно необходимыми элементами внѣшней объективной стороны этого преступленія должны быть: человѣческое существо, и притомъ обладающее жизнью въ моментъ посягательства, и какъ скоро въ данномъ случаѣ окажется, что виновный выстрѣлилъ въ пень или тѣнь, нанесъ ударъ кинжаломъ трупу, то мы не можемъ уже говорить о покушеніи, а только объ обнаруженіи умысла. Или если законъ опредѣляетъ истребленіе плода, какъ прекращеніе въ оплодотворенномъ яйцѣ способности къ дальнѣйшему органическому развитію, то попытка изгнанія, сдѣланная надъ женщиною не беременною, истребленіе вмѣсто оплодотвореннаго яйца неорганическаго заноса или выродившагося оплодотвореннаго яйца не можетъ быть признана покушеніемъ. Опять и здѣсь легко можно найти аналогію съ мнимыми преступленіями, или съ тѣми случаями, гдѣ лицо оказываетъ благодѣяніе (вдѣсь, напр., вылечиваетъ мнимо беременную, изгоняя заносъ), руководясь

преступною цѣлью. Наказывая его мы въ дѣйствительности все-таки *будемъ наказывать nuda cogitatio, мысль заявленную, но еще не осуществляемую по отсутствію необходимыхъ для того элементовъ* [5]).

Это же толкованіе, какъ мнѣ кажется, вполнѣ можетъ быть допущено и по нашему праву. Уложеніе также не ставитъ единственнымъ условіемъ наказуемости преступную волю, но всегда имѣетъ въ виду болѣе или менѣе полное осуществленіе воли въ дѣйствіи и извѣстныя объективныя условія по отношенію къ факту, совершенному виновнымъ [6]).

118. Наконецъ съ момента нарушенія правовой нормы, составляющей предметъ посягательства, мы считаемъ преступленіе совершившимся, причемъ исполненіе плана мы никакъ не должны смѣшивать съ понятіемъ достиженія цѣли, такъ какъ, напр., убійство, задуманное съ цѣлью ограбленія, будетъ выполнено, хотя бы у убитаго и не оказалось ничего цѣннаго. Но за то убійство относится именно къ числу тѣхъ преступленій, гдѣ для понятія совершенія требуется наличность извѣстныхъ матеріальныхъ послѣдствій — смерть жертвы. Слѣдовательно, каково бы ни было свойство ранъ и поврежденій, нанесенныхъ виновному, если они по

---

[5]) Съ этой стороны совершенно вѣрно говоритъ Миттермайеръ, что законодатель, указывая дѣяніе, запрещаемое закономъ, обозначаетъ также и тѣ признаки, которые оно должно заключать въ себѣ, чтобы быть наказуемымъ... Gerichtssaal 1859: der Versuch von Verbrechen bei denen an dem erforderlichen Gegenstande des Verbrechens mangelt und der Versuch mit untauglichem Mittel. стр. 492. См. также Rubo, Gerichtssaal 1865. стр. 1—52. Chop. в. с. стр. 56—64. Zachariae-Versuch § 233—260. G. A. V., § 583—8. Изъ русскихъ писателей за ненаказуемость покушенія надъ негоднымъ объектомъ, Спасовичъ, Учебникъ стр. 136. Жиряевъ, Уголовное право, Юридическій Вѣстникъ 1863. вып. XXXIII стр. 18. Неклюдовъ приложеніе къ учебнику Бернера, стр. 508. Лохвицкій, Курсъ, стр. 252. Противнаго мнѣнія С. Баршевъ. Общія начала 1841 г. с. 148. Орловъ, о покушеніи, стр. 137.

[6]) Въ практикѣ вопросъ объ этомъ былъ возбужденъ по дѣлу объ убійствѣ крестьянина Назаренко: Ж. М. Ю. 1865. Въ данномъ случаѣ обвиненный Кучеренко согласился убить Назаренко за 50 р., изъ которыхъ 25 получилъ впередъ. Но крестьянинъ Зубаренко, его подговорившій, отказывался уплатить остальные 25 рублей, говоря, по увѣренію подсудимаго, что онъ прежде убилъ Назаренко и что Кучеренко билъ уже мертваго. Но такъ какъ показаніе Кучеренко не подтвердилось, то и самое это обстоятельство на приговоръ никакого вліянія не имѣло.

случайнымъ, счастливымъ обстоятельствамъ, или вслѣдствіе искусного пользованія врачемъ и т. п., сдѣлались не смертельными, то виновный не подлежитъ отвѣтственности за совершеніе, а только за покушеніе.

Въ этомъ смыслѣ опредѣляется понятіе совершенія и въ нашемъ уложеніи, въ ст. 12:

«Преступленіе почитается совершившимся, когда въ самомъ дѣлѣ послѣдовало преднамѣренное виновнымъ, или иное отъ его *дѣйствій* зло».

Такимъ образомъ въ примѣненіи къ убійству мы можемъ сказать, что для его совершенія необходимы: наличность зла, или другими словами смерть лица [7]), произведеніе этого зла дѣйствіями виновнаго—причинная связь, и отнесеніе этихъ дѣйствій на счетъ воли виновнаго—преступная связь.

119. Но невсегда при опредѣленіи степени осуществленія воли въ дѣйствіи, намъ приходится имѣть дѣло только съ какою либо одною изъ формъ вышеуказанныхъ; весьма нерѣдко мы можемъ встрѣтить случаи, въ которыхъ въ одномъ и томъ же дѣйствіи, или хотя бы и въ нѣсколькихъ дѣйствіяхъ виновнаго, но сплоченныхъ какимъ либо условіемъ въ единое цѣлое, конкурируютъ въ дѣйствительности, или только повидимому, нѣсколько степеней проявленія преступной воли. И такъ какъ эти случаи не только въ теоріи, но и въ положительныхъ кодексахъ, а между прочимъ и въ нашемъ уложеніи, разсматриваются почти исключительно при убійствѣ, то и мнѣ приходится остановиться на нихъ нѣсколько подробнѣе.

Первое мѣсто между ними занимаетъ такъ называемое ученіе объ общемъ умыслѣ (dolus generalis), ученіе и донынѣ составляющее одну изъ наиболѣе любимыхъ темъ нѣмецкихъ криминалистовъ [8]). Сюда относятся именно тѣ случаи, въ которыхъ мы

[7]) Отступленіе отъ этого встрѣчается только при нѣкоторыхъ спеціальныхъ видахъ убійства, какъ, напр., при вытравленіи плода. Что же касается до указанія на то, что зло воспослѣдовавшее, можетъ быть и не преднамѣренное виновнымъ, а иное, то, по справедливому замѣчанію Неклюдова, в. с. стр. 498, оно относится именно къ тѣмъ случаямъ, гдѣ преступникъ имѣлъ намѣреніе условное или гдѣ онъ дѣйствовалъ безъ прямого умысла. Ср. также Чебышевъ-Дмитріевъ, в. с. стр. 33 и сл.

[8]) Можно положительно сказать, что нѣтъ ни одного сколько нибудь замѣчательнаго изъ современныхъ нѣмецкихъ криминалистовъ, который бы не попытался представить, по крайней мѣрѣ, самостоятельную аргументацію по данному вопросу. Я укажу на нѣкоторыя болѣе важныя статьи. Weber, über die verschiedenen Arten des dolus. A. d. Cr. R. VII, стр. 549. Mittermaier, Der sogenannte generelle Vorsatz mit Rücksicht auf die Bestimmungen der neuesten Stratgesetzgebungen und die ständischen Verhandlungen darüber. A. d. Cr. R. 1841: стр. 24. Berner. Grundlinien der Imputationslehre 1843. стр. 190. Hälschner, System, стр. 137. Gessler, über den Begriff und Arten des dolus 1860. Koestlin, System стр. 201. Schwarze, über den Umfang der Zurechnung des Erfolges zum Dolus und zur Culpa. G. A. X., стр. 217, 326; XII, стр. 325; Krug, über Dolus generalis. G. A. X, 734. Buri, Zur Lehre von der Tödtung. G. A. XI. 753. Pfotenhauer, Gerichtssaal 1861, стр. 253, 1863, стр. 429. Walther, Münchener kritisches Vierteljahresschrift. B. V. стр. 231, VI, стр. 324; Geyer, zur Lehre vom Dolus generalis G. A. XVI, стр. 239, 313. Häberlin, über Dolus generalis. G. A. XI, стр. 541.

встрѣчаемъ и наличность преступнаго намѣренія и наличность желаемыхъ результатовъ,—мало того, результатовъ, вызванныхъ самимъ виновнымъ, но произшедшихъ не отъ тѣхъ дѣйствій, въ которыхъ долженъ былъ осуществиться умыселъ лица, а отъ какихъ либо другихъ, совершенныхъ подъ вліяніемъ иного самостоятельнаго плана, когда, напр., лицо, нанесши другому раны съ цѣлью лишить жизни и предполагая затѣмъ, что онъ умеръ, съ *умысломъ скрыть тѣло*, сталкиваетъ мнимо-умершаго въ воду, и жертва преступленія умираетъ именно отъ утопленія.

Случаи этого рода, обратившіе на себя вниманіе доктрины еще во времена Фейербаха, отнюдь не составляютъ только плодъ досужей кабинетной учености, а дѣйствительно весьма нерѣдко встрѣчаются на практикѣ, и я считаю не лишнимъ привести нѣсколько примѣровъ этого рода; такъ какъ этимъ путемъ по моему мнѣнію, мы всего легче можемъ получить надлежащее средство и для ихъ разрѣшенія.

3 мая 1861 г. незамужная А разрѣшилась тайнымъ образомъ отъ бремени. Уличенная въ томъ своимъ хозяиномъ и освидѣтельствованная повивальною бабкою, она созналась, что, родивъ ребенка, умертвила его и трупъ бросила въ отхожее мѣсто. Ребенокъ дѣйствительно найденъ былъ тамъ, но еще съ признаками жизни, хотя и весьма слабыми, потому что онъ на другой день умеръ. На немъ были найдены на шеѣ, около кадыка красные и синіе подтеки и слѣды ногтей, затѣмъ при вскрытіи трупа ока-

залось, что ребенокъ умеръ отъ паралича легкихъ, причина котораго заключалась отчасти въ попыткѣ задушить ребенка, а отчасти въ перемѣнѣ температуры и долговременномъ пребываніи въ холодномъ мѣстѣ. Сама мать созналась въ своемъ пресупленіи, указала, что роды были головою, что она схватила ребенка за шею съ цѣлью лишить жизни, а потомъ, когда младенецъ сталъ кричать, полагая, что онъ умеръ, отнесла его въ отхожее мѣсто [9]).

Другой случай также изъ прусской практики. Въ 1861 году былъ найденъ въ Шлезвигѣ, въ ручьѣ глубиною не болѣе 3/4 фута, но съ берегами отвѣсными и высокими, трупъ, котораго голова была только покрыта водою, но спина и колѣна были поверхъ воды. При вскрытіи трупа оказалось на его головѣ 5 ранъ, нанесенныхъ тупымъ орудіемъ, изъ которыхъ три проникали до костей черепа; въ желудкѣ и дыхательныхъ вѣтвяхъ была найдена пѣна и вода, въ мозгу значительные приливы крови. Эксперты дали заключеніе, что раны на головѣ были нанесены при жизни, но что смерть послѣдовала отъ апоплексическаго удара, причина котораго заключалась въ погруженіи головы трупа въ воду и происшедшихъ чрезъ то замкнутіи дыхательныхъ путей. Заподозрѣнный въ убійствѣ К сознался, что онъ убилъ Л въ то время, когда тотъ спалъ на берегу, убилъ рукояткою палки, дѣйствительно найденной на мѣстѣ преступленія и съ несомнѣнными признаками крови; далѣе онъ прибавилъ, что Л даже и не вскрикнулъ, и отъ удара, такъ какъ онъ лежалъ на самомъ краю, свалился въ воду. Впослѣдствіи виновный измѣнилъ нѣсколько свое показаніе въ томъ отношеніи, что Л хотя и свалился отъ удара внизъ, но попалъ на сухое мѣсто и онъ потомъ, думая что тотъ умеръ, перетащилъ его въ воду [10]).

Если мы будемъ анализировать эти случаи, то мы найдемъ, что, дѣйствительно, прямого соотвѣтствія между намѣреніемъ лишить жизни и послѣдовавшею смертью нѣтъ, ихъ раздѣляетъ двойственность актовъ, предпринятыхъ виновнымъ. Поэтому является вопросъ: разсматривать ли эти случаи какъ совокупность двухъ отдѣльныхъ дѣяній или какъ единое цѣлое?

Двойственность дѣйствій, которыми виновный пытался и дѣйствительно воспроизвелъ преступный результатъ, невольно наводитъ на мысль разсматривать эти случаи какъ совокупность двухъ раздѣльныхъ актовъ. А имѣлъ намѣреніе лишить жизни Б и дѣйствовалъ съ этимъ намѣреніемъ, но результатомъ его дѣйствій было только нанесеніе ранъ, поврежденій, не кончившихся смертью. Если бы онъ остановился только на этомъ, то его дѣйствіе было бы покушеніемъ оконченнымъ. Но къ этому первому элементу присоединилось другое обстоятельство: по окончаніи первой дѣятельности началась вторая, которой результатомъ была смерть жертвы. Конечно, обѣ эти дѣятельности тѣсно примыкаютъ другъ къ другу, но связь, существующая между ними, имѣетъ чисто внѣшній характеръ—это именно личность дѣятеля. Новая дѣятельность есть результатъ новаго плана и мысли и не имѣетъ никакого прямого отношенія къ прежнему намѣренію лишить жизни, а самая смерть, отъ нея происшедшая, должна быть разсматриваема какъ послѣдствіе случайное или, самое большее, неосторожное, такъ какъ виновный не обезпокоился точнѣе узнать, не былъ ли еще живъ бросаемый имъ въ воду. Въ результатѣ же, разсматривая всю дѣятельность виновнаго, мы получимъ съ точки зрѣнія воли: совокупность умысла и неосторожности, culpa dolo determinata, а по отношенію къ дѣйствію: умышленное покушеніе на убійство и неосторожное или случайное умерщвленіе [11]). Но какъ ни простъ, повидимому, этотъ выводъ, онъ тѣмъ не менѣе несостоятеленъ ни съ практической ни съ теоретической стороны и противорѣчитъ и чувству справедливости, требующему разной отвѣтственности за дѣянія близко сходныя между собою, и юридическому положенію о вмѣняемости виновному результатовъ его дѣйствія.

Прежде всего обыкновенная житейская логика не въ состояніи признать такого различія въ наказуемости между двумя дѣяніями, у которыхъ субъективная сторона—характеръ воли и объективная — матеріальный вредъ тожественны, а дѣятельность ихъ связующая, весьма сходна. Если человѣкъ нанесъ другому

[9]) См. G. A. XI, стр. 817. Kindermord oder Mord?

[10]) G. A. X, стр. 24. Подобные же примѣры у Озенбрюггена, Kasuistik des Criminalrechts, № 16, 17.

[11]) Защитники этого взгляда — Миттермайеръ, Гельшнеръ, Кестлинъ, Гейеръ, Вальтеръ и Бернеръ. Послѣдній въ Imputationslehre, 219, самъ замѣчаетъ, что проводимая имъ теорія оскорбляетъ чувство права (Rechtsgefühl), но причину этого видитъ въ томъ, что оконченное покушеніе называется слабѣе совершенія.

рану, хотя и смертельную, но производящую смерть не мгновенно, а по истеченіи извѣстнаго времени, то онъ подлежитъ уголовному наказанію за убійство оконченное. Но если онъ прежде наступленія момента смерти успѣлъ бросить трупъ въ воду, съ цѣлью скрыть слѣды преступленія или если даже онъ совершилъ какое либо надругательство надъ мнимоумершимъ изъ злобы, мщенія, но безъ умысла на убійство, предполагая, что предъ нимъ трупъ, и окажется, что смерть произошла отъ послѣдняго дѣйствія, то вмѣсто ожидаемаго усиленія наказанія—оно смягчается, такъ какъ это лицо признается виновнымъ только въ умышленномъ покушеніи, конкурирующемъ съ неосторожнымъ умерщвленіемъ.

Поэтому понятно, что въ теоріи давно уже создался иной взглядъ, пытавшійся обнять эти случаи, какъ единое цѣлое. Еще Веберъ, впервые подробно разобравшій этотъ вопросъ, пришелъ къ подобному выводу и аргументировалъ свои соображенія тѣмъ, что въ подобныхъ случаяхъ мы не можемъ разсматривать порознь отдѣльныя дѣйствія виновнаго, которыя въ ихъ совокупности произвели извѣстный результатъ. Въ этой общности дѣйствій Веберъ видѣлъ особое направленіе воли, которому онъ и придалъ техническое названіе общаго умысла — dolus generalis, понимая подъ этимъ преступную рѣшимость, направляющуюся къ одному главному послѣдствію и обнимающую собою и первоначально задуманное и совершившееся; такъ что вся преступная дѣятельность является продуктомъ одного общаго умысла.

Этотъ второй взглядъ [12]), хотя и получилъ сравнительно большее значеніе, такъ какъ онъ вошелъ и въ нѣкоторыя положительныя законодательства, какъ, напр., въ баденское § 99 (объ общемъ умыслѣ), хотя и болѣе удовлетворяетъ по своимъ выводамъ чувству справедливости, но тѣмъ не менѣе построенъ на положеніяхъ въ высшей степени искуственныхъ и шаткихъ. Преступный умыселъ, существующій при одномъ дѣйствіи, не можетъ сдѣлать умышленнымъ другое дѣяніе, при которомъ его уже не было. Если лицо дѣйствительно считало своего врага убитымъ, то оно никакимъ образомъ не могло желать его смерти и дѣйствовать подъ вліяніемъ этого умысла. Совершенно справедливо, что подобное рѣзкое прекращеніе, безслѣдное исчезновеніе прежняго намѣренія не всегда возможно, легко можетъ быть, что виновный, бросая трупъ, не терялъ желанія этимъ путемъ обезпечить смерть лица, но объ этихъ случаяхъ здѣсь не можетъ быть и рѣчи. Если первоначальный умыселъ продолжалъ существовать и только дѣйствовалъ параллельно съ другимъ, то, разумѣется, здѣсь примѣняется общее ученіе о dolus alternativus, но теорія, говоря объ общемъ умыслѣ, имѣетъ въ виду именно тѣ случаи, гдѣ первоначальный animus occidendi исчезъ, а виновный дѣйствовалъ исключительно подъ вліяніемъ новаго умысла.

[12]) Кромѣ Вебера тотъ же взглядъ проводятъ Люденъ, Ярке, Вехтеръ, Шварце, Пфотенгауеръ.

Поэтому вполнѣ справедливы были возраженія новой теоріи [13]), возставшей противъ той и другой аргументаціи и перенесшей весь вопросъ на почву ученія о причинной связи, гдѣ разрѣшеніе представлялось гораздо болѣе легкимъ. Основаніе отвѣтственности въ этихъ случаяхъ стали отыскивать не въ томъ, что старый умыселъ продолжалъ свое существованіе и при новыхъ дѣйствіяхъ виновнаго, а въ томъ, что результаты этой новой дѣятельности состояли въ причинномъ отношеніи къ дѣятельности первоначальной.

Въ самомъ дѣлѣ, мы видѣли, что если А, съ цѣлью лишить жизни Б нанесъ ему ударъ, отъ котораго тотъ упалъ въ обморокъ и истекъ кровью, то А — виновникъ смерти Б.

Что то же самое принимаемъ мы и въ томъ случаѣ когда А привелъ своимъ ударомъ Б въ безчувственное состояніе и возбудилъ ошибку въ В, который, принимая Б за мертваго, столкнулъ его въ воду.

Но основанія для вмѣненія результатовъ остаются тѣ же самыя, когда А столкнулъ Б въ воду, желая его утопить, а Б, падая, разбилъ себѣ голову объ камень, и отъ этого умеръ, нѣтъ и сомнѣнія, что А виновникъ смерти Б.

И наконецъ точно также А остается виновникомъ смерти Б, если ошибка или заблужденіе были произведены первоначальною дѣятельностію А не въ какомъ либо третьемъ лицѣ, а въ немъ самомъ.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣйствія виновнаго вызвали постороннюю силу, присоединившуюся къ дѣйствіямъ лица и вос-

[13]) Основанія этой теоріи были положены Кругомъ въ его Abhandlungen и въ его статьѣ въ G. A. X, а также Buri, Tödtung. G. A. XI, XII.

произведшую желаемый имъ результатъ, который и можетъ быть такимъ образомъ вмѣненъ преступнику.

Но это же ученіе о причинной связи признается, какъ мы видѣли, и нашимъ правомъ, слѣдовательно также долженъ быть разрѣшенъ и вопросъ объ общемъ умыслѣ, что подтверждается и самымъ опредѣленіемъ, которое даетъ уложеніе понятію совершенія. «Оно, по справедливому замѣчанію Чебышева-Дмитріева [14]), не требуетъ, чтобы совершеніе было произведено именно тѣмъ актомъ, на который разсчитывалъ преступникъ, не требуетъ, чтобы между дѣятельностью и послѣдствіемъ была непремѣнно та связь, какую имѣлъ въ виду преступникъ. Оно требуетъ только того, чтобы предъ намѣренное виновнымъ зло дѣйствительно произошло отъ его дѣйствій, т. е. довольствуется общимъ соотношеніемъ между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ».

120. Другой спорный вопросъ составляютъ тѣ случаи, гдѣ желаемый результатъ хотя и осуществился отъ дѣйствій виновнаго, но не по отношенію къ тому объекту, противъ котораго онъ былъ направленъ, это именно такъ-называемые случаи aberratio ictus—отклоненіе удара и error in objecto—ошибка въ лицѣ [15]).

Что касается до перваго, то сюда могутъ быть отнесены слѣдующіе факты:

А намѣревается убить Б и стрѣляетъ въ него, но случайно ружье отклонилось отъ надлежащаго направленія и пуля попала въ В, который и умеръ.

А, намѣреваясь убить Б, подаетъ ему отравленный кофе, В, не подозрѣвая факта отравы, вырываетъ чашку и выпиваетъ ее или эту чашку передаетъ ему самъ Б, также не подозрѣвая факта отравы [16]).

Какова должна быть отвѣтственность виновнаго въ подобныхъ случаяхъ? Не вдаваясь въ подробное разсмотрѣніе многоразличныхъ теорій, выставленныхъ литературою по данному предмету,

[14]) В. с. стр. 39.

[15]) См. въ особенности Pfotenhauer, Einfluss des Irrthums und die sogenannten Verirrung auf die Strafbarkeit vollendeter Verbrechen 1839 и какъ дополненіе къ этому изслѣдованію въ Gerichtssaal 1861. Geib, über den Einfluss des Irrthums in Bezug auf das Object im Strafrechte. A. d. cr. R. 1837, стр. 561; 1838 стр. 36. У него подробный разборъ доктрины по этому вопросу.

[16]) См. Практическіе случаи. G. A. I, 707; III, 105. Osenbrüggen, Kasuistik, № 25, 26.

я укажу только на тѣ основанія, по которымъ, какъ мнѣ кажется, долженъ быть разрѣшенъ этотъ вопросъ, и на разъясненіе его нашимъ положительнымъ правомъ.

Такъ какъ въ данномъ случаѣ дѣйствія лица направляются противъ двухъ различныхъ объектовъ, то для успѣшнаго разрѣшенія вопроса нужно разсмотрѣть порознь каждое изъ этихъ отношеній.

Но отношенію къ лицу Б виновный составилъ планъ, запасся (буде это было необходимо) надлежащими средствами, поставилъ себя въ положеніе, при которомъ сдѣлалось возможнымъ примѣненіе этихъ средствъ, и наконецъ началъ осуществлять свой планъ, посягнулъ на жизнь лица, мало того, съ своей стороны выполнилъ все, что считалъ нужнымъ, и зло не послѣдовало по обстоятельствамъ, отъ него независѣвшимъ, отъ его промаха. Однимъ словомъ имъ было совершено по отношенію къ лицу Б покушеніе оконченное или неудавшееся преступленіе.

По отношенію же къ лицу В, А разумѣется является по общему ученію о причинной связи виновникомъ его смерти, и весь вопросъ сводится только къ опредѣленію характера и степени его вины. Если А не только не предвидѣлъ опасности, которая грозила В, но даже и не могъ предвидѣть, то дѣйствіе его будетъ имѣть характеръ случайный; если же предвидѣніе опасности было возможно, напр. В. стоялъ неподалеку отъ Б и А долженъ былъ думать, что, промахнувшись, онъ легко можетъ попасть въ Б, то лишеніе жизни можетъ быть признано дѣйствіемъ неосторожнымъ; и наконецъ, это лишеніе жизни В будетъ считаться умышленнымъ убійствомъ, когда виновный, посягая на жизнь лица Б, вовсе не имѣлъ намѣренія исключительнаго, но или желалъ совмѣстно произвести умерщвленіе и того и другого лица, или желалъ раздѣльно убить одного изъ двухъ или наконецъ, желая смерти перваго, безразлично допускалъ и второе убійство. Поэтому, сообразно съ этимъ качествомъ его воли, умерщвленіе лица В можетъ быть разсматриваемо, какъ случайное, неосторожное или умышленное убійство, конкурирующее съ умышленнымъ покушеніемъ на жизнь перваго лица.

Причемъ оба конкурирующія дѣйствія представляютъ совершенно самостоятельное цѣлое, а потому квалифицирующія вину обстоятельства, заключаются ли они въ существѣ самаго дѣйствія, или въ характерѣ лица, противъ котораго дѣйствуетъ виновный, относятся только къ тому изъ этихъ двухъ дѣйствій, котораго

эмлентомъ они являются. Если А стрѣлялъ въ отца и убилъ постороннаго человѣка, то онъ можетъ быть признанъ виновнымъ въ покушеніи на отцеубійство и въ совершеніи обыкновеннаго убійства; и наоборотъ, если А съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ хотѣлъ отравить Б, но затѣмъ при исполненіи плана видитъ, что по обстоятельствамъ дѣла отравиться легко можетъ и В, допускаетъ это возможное послѣдствіе и В, вслѣдствіе происшедшей aberratio дѣйствительно отравляется, то А долженъ быть признанъ виновнымъ въ покушеніи на обдуманное заранѣе убійство и въ отравленіи оконченномъ, но не предумышленномъ [17]).

121. Совершенно иной характеръ и несравнено болѣе затрудненій представляетъ вторая категорія случаевъ — ошибка въ жертвѣ [18]).

А, задумавъ убить Б, подстерегаетъ его на дорогѣ, но въ потемкахъ принимаетъ Б, за В, выстрѣливаетъ въ него и убиваетъ.

Какова должна быть отвѣтственность виновнаго въ подобныхъ случаяхъ?

Такъ какъ и здѣсь дѣйствія виновнаго направляются противъ двухъ объектовъ, то мы можемъ разсматривать эти дѣйствія по отношенію къ каждому объекту порознь.

По отношенію къ лицу Б со стороны виновнаго былъ составленъ преступный умыселъ, можетъ быть были сдѣланы приготовленія, но самаго посягательства не состоялось, потому что въ самый моментъ посягательства даннаго лица на мѣстѣ преступленія не оказалось. Такимъ образомъ по отношенію къ первому лицу мы имѣемъ только сформированіе и обнаруженіе умысла, или въ извѣстныхъ случаяхъ и приготовленіе.

Но какъ должны мы разсматривать фактъ умерщвленія второго лица В: будетъ ли это дѣяніе случайное, неосторожное, или умышленное? Отличительный характеръ умысла, какъ мы видѣли,

---

[17]) Того же взгляда держатся: Geib. Archiv 1838, стр. 40—46; — Zachariae, Versuch 272—7; — Temme, Tödtung 1839. 151—156. Contra, а именно, что и при aberratio виновный отвѣчаетъ какъ за выполненіе задуманнаго; Пфотенгауеръ; Кестлинъ; Вехтеръ.

[18]) Häberlin, über den Irrthum im Strafrecht. Gerichtssaal. 1865. — Изложенія изъ него у Кони: объ ошибкѣ въ области уголовнаго права. Ж. Ю. 1866 № 6.

заключается въ сознаніи и желаніи тѣхъ результатовъ, того видоизмѣненія во внѣшнемъ мірѣ, которое виновный дѣйствительно и произвелъ, а прилагая это опредѣленіе къ разсматриваемому нами факту, къ умерщвленію лица В, мы видимъ, во 1-хъ, что виновный предвидѣлъ наступившій результатъ — смерть лица, и что, слѣдовательно, о случайномъ или даже о непредвидѣнномъ или неосторожномъ убійствѣ не можетъ быть и рѣчи; во 2-хъ, что онъ не только предвидѣлъ результаты, но и не надѣялся ихъ избѣгнуть, а потому фактъ, имъ совершенный, не подходитъ и подъ высшую форму неосторожности — преступную самонадѣянность. Виновный прямо желалъ лишить находящееся передъ нимъ лицо жизни и достигъ желаемаго, слѣдовательно совершенное имъ дѣяніе умышленное. Противъ этого возражаютъ обыкновенно, что убійства даннаго лица онъ не желалъ, что если онъ и дѣйствовалъ сознательно, то въ сознаніи его была ошибка; но это возраженіе невѣрно, потому что по отношенію къ его намѣренію убить находящагося передъ нимъ человѣка никакой ошибки въ сознаніи не существовало. Другое дѣло, если этимъ хотятъ сказать, что у него не было цѣли, побудительной причины для совершенія убійства, но это положеніе не измѣняетъ правильности сдѣланнаго вывода. Существенное условіе преступленія составляетъ намѣреніе совершить извѣстное правонарушеніе, намѣреніе, обусловливаемое наличностью двухъ элементовъ; сознаніемъ образа дѣйствія и сознаніемъ послѣдствій, изъ него вытекающихъ, и то и другое мы имѣемъ въ данномъ случаѣ. Мотивъ и цѣль могутъ только оттѣнять умыслъ, могутъ вліять на степень отвѣтственности, но не видоизмѣняютъ самаго существа дѣйствія, мотивъ, который при другихъ условіяхъ считается похвальнымъ или безразличнымъ, дѣлается часто преступнымъ отъ того намѣренія, въ которое онъ облекается; поэтому, напр., желаніе обогатиться, или даже отмстить кому либо дѣлается преступнымъ только тогда когда оно облекается, напр., въ противозаконное намѣреніе лишить кого либо жизни. А съ другой стороны убійство, предпринятое съ цѣлью ограбленія, считается совершившимся, хотя бы въ карманахъ убитаго не нашлось ожидаемаго имущества.

Такимъ образомъ сводя все это вмѣстѣ, мы можемъ сказать, что при ошибкѣ въ объектѣ мы имѣемъ одинъ изъ случаевъ конкуренціи обнаруженія умысла по отношенію къ первому и выполненія умысла по отношенію ко второму.

Эту же исходную точку мы должны имѣть въ виду и при раз-

рѣшеніи вопроса о вліяніи квалифицирующихъ вину обстоятельствъ на отвѣтственность виновнаго.

Съ этой стороны мы должны разбить эти обстоятельства на двѣ категоріи: обстоятельства, относящіяся къ задуманному плану и къ выполненному дѣйствію.

Что касается до первой группы, то сюда относятся, во 1-хъ, причины, усиливающія отвѣтственность и вытекающія изъ тѣхъ особыхъ отношеній, которыя существуютъ между виновнымъ и лицомъ, противъ котораго онъ составилъ преступный планъ, напр. А желаетъ убить своего отца, родственника, благодѣтеля и т. д., и, во 2-хъ, причины, заключающіеся въ характерѣ дѣйствій, которыми хотѣлъ осуществить преступникъ свой планъ, напр. онъ составилъ планъ съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ, хотѣлъ выполнить его при помощи отравленія, взрыва пороха, съ истязаніями и мученіями... Но для того, чтобы эти условія дѣйствительно могли вліять на степень отвѣтственности виновнаго, необходимо, чтобы они были не только въ предположеніи его, но и въ дѣйствіи, имъ совершенномъ. Если А задумалъ умертвить Б отравленіемъ, а убилъ его выстрѣломъ изъ ружья, то онъ отвѣчаетъ по 1454, а не по 1453 статьѣ. То же, разумѣется, начало примѣняется и къ случаямъ, нами разсматриваемымъ. Если вмѣсто Б былъ убитъ В, то умыселъ, составленный противъ перваго, во всей его цѣлости остался невыполненнымъ, за отсутствіемъ объекта въ моментъ посягательства, а совершенное убійство В было результатомъ умысла, направленнаго противъ послѣдняго; слѣдовательно только тѣ изъ обстоятельствъ, вліяющихъ на степень отвѣтственности и присущихъ первоначальному умыслу, сохраняютъ свое значеніе, которыя какъ бы переходятъ въ новый умыселъ, составленный виновнымъ. Поэтому если А былъ намѣренъ совершить отцеубійство, а совершилъ простое убійство, то такъ какъ съ его стороны не были нарушены тѣ особыя отношенія, которыя усиливаютъ отвѣтственность въ подобныхъ случаяхъ, то онъ и не можетъ отвѣчать за это нарушеніе, иначе пришлось бы предположить возможность двукратнаго совершенія лицомъ А отцеубійства, т. е. двукратнаго лишенія жизни одного и того же лица. Но если А, задумалъ совершить убійство Б отравленіемъ, или съ истязаніями и мученіями и выполнилъ эти условія по отношенію къ лицу В, то, разумѣется, они вліяютъ и на его наказуемость. То же самое нужно сказать и по отношенію къ предумышленію, какъ условію, также переходящему и во вновь совершенное дѣйствіе [19]).

Что касается до 2-й категоріи обстоятельствъ, усиливающихъ отвѣтственность и приходящихъ не къ плану, а къ дѣйствію, дѣйствительно совершенному, то и они также могутъ быть разбиты на два вида. Если А, желая убить Б и принимая за него В, нападаетъ на послѣдняго, но, встрѣтивъ отъ него сопротивленіе, свирѣпѣетъ и совершаетъ убійство съ надругательствомъ, съ истязаніями и мученіями, то онъ, разумѣется, отвѣчаетъ за убійство, квалифицированное по наличности этихъ обстоятельствъ. Но если эта причина заключается въ личныхъ отношеніяхъ виновнаго и убитаго имъ лица, если, желая совершить убійство человѣка посторонняго, А убилъ своего родственника, то можетъ ли фактъ имъ совершенный разсматриваться какъ родственное убійство? Разумѣется нѣтъ. Для усиленія наказанія за родственное убійство законъ требуетъ ни одного только факта родственныхъ отношеній между виновникомъ и жертвою, потому что въ этомъ случаѣ и неосторожное убійство этихъ лицъ считалось бы квалифицированнымъ убійствомъ, а сознаніе этихъ отношеній виновнымъ при совершеніи имъ преступленія. Законъ предполагаетъ, что виновный, посягнувшій на подобное лицо, выказалъ особенно преступную волю, нарушивъ такія отношенія, которыя должны бы были казаться для него неприкосновенными. А для этого если по закону и не требуется фактическое доказательство существованія подобной нравственной связи, то во всякомъ случаѣ необходимо, чтобы виновный зналъ о существованіи этихъ нарушенныхъ имъ отношеній и, зная, нарушилъ ихъ.

122. Но, какъ я указалъ выше, теоретическое разрѣшеніе даннаго вопроса вовсе не представляетъ желаемаго однообразія, и въ силу этого многія изъ западныхъ законодательствъ, также какъ и наше уложеніе, сочли необходимымъ создать относительно даннаго пункта особыя спеціальныя постановленія.

Такимъ образомъ признаетъ австрійское уложеніе § 174, что если кто-либо, осуществляя свое намѣреніе лишить кого-либо жизни, будетъ дѣйствовать такъ, что отъ этого произойдетъ смерть другого лица, то онъ во всякомъ случаѣ отвѣчаетъ какъ

[19]) Того же мнѣнія держится Pfotenhauer, в. с. II. Abth. стр. 63. Temme, Lehrbuch des preussischen Strafrechts стр. 195. Zachariae, Versuch G. A. V., стр. 536.

за умышленное убійство. То же дѣлаютъ брауншвейгскій кодексъ § 28, баденскій § 100, причемъ они соединяютъ въ одномъ общемъ понятіи оба случая, т. е. какъ aberratio, такъ и error.

Code penal, напротивъ того, не содержитъ никакихъ спеціальныхъ постановленій. Французскій же кассаціонный судъ, соединяя въ одно оба вышеразобранные случая, приходитъ къ такому выводу: всякій считается виновнымъ въ умышленномъ убійствѣ, если, возъимѣвъ намѣреніе лишить кого-либо жизни и дѣйствуя ради этого намѣренія, лишитъ жизни другое лицо [20]).

Также умалчиваетъ объ этомъ и прусскій и ново-баварскій кодексы, но практика приходитъ здѣсь къ иному рѣшенію, признавая по отношенію къ error in persona: что достаточно, чтобы намѣреніе лишить жизни было дѣйствительно направлено на то лицо, которое было поражено преступленіемъ, хотя бы въ данномъ случаѣ и произошла ошибка въ жертвѣ [21]), а при aberratio допуская идеальную конкуренцію покушенія на умышленное убійство съ неосторожнымъ лишеніемъ жизни.

123. Что касается до нашего права, то уже изъ самыхъ постановленій ст. 10 уложенія можно видѣть, что оно склоняется къ системѣ австрійскаго кодекса, но еще положительнѣе разрѣшается этотъ вопросъ ст. 1456.

«Кто, имѣя намѣреніе нанести кому либо смерть, вмѣсто сего лица, по ошибкѣ или иному случаю, лишитъ жизни другого, тотъ подвергается:

Тому жъ самому наказанію, какому, на основаніи предшедшихъ 1449 — 1455 статей, онъ долженствовалъ бы подвергнуться, еслибъ умертвилъ того, на жизнь коего онъ имѣлъ умыселъ».

---

[20]) Cass. 8 сент. 1826, 31 янв. 1835, 7 апр и 8 дек. 1863, Ср. Эли, в. с. т. III, № 1054, 1086, 1088. Кассаціонный судъ имѣлъ въ виду по преимуществу въ виду error in persona, какъ это видно, изъ мотивовъ его рѣшенія. Ср. Blanche, Études. т. IV, № 471. Также односторонне смотрятъ на этотъ вопросъ и французскіе криминалисты, такъ Эли ставитъ на первый планъ aberratio, а потому и говоритъ: что этотъ споръ не представляетъ практическаго интереса, потому что мы всегда имѣемъ совокупность, crime consommé, по отношенію къ второму, délit manqué по отношенію къ первому.

[21]) Рѣшеніе Ober-Tribunal'a по дѣлу Розе и Розаля 5 мая 1859, получившему такую извѣстность и вызвавшему особую литературу. См. G. A. VII, 323. Böhlau, der Kriminalprocess Rose und Rosahl. 1859. Hälschner, der Kriminalprocess gegen Rose und Rosahl. G. A. VIII, 433 Oppenhof. в. с. § 175 пр. 3. 4. Прусскій судъ призналъ въ этомъ случаѣ второе убійство даже предумышленнымъ. То же Гельшнеръ, contra Böhlau.

Причемъ въ объясненіяхъ къ ней редакторы указывали: «Во многихъ и почти во всѣхъ иностранныхъ уложеніяхъ предвидѣны эти случаи. Какъ вопросъ о семъ, если онъ не будетъ разрѣшенъ въ законѣ, можетъ затруднить судъ въ выборѣ наказанія, то и мы помѣщаемъ въ проектѣ своемъ особыя о томъ правила. По мнѣнію нашему, согласному съ постановленіями законовъ иностранныхъ, преступникъ долженъ быть наказанъ не за то убійство, которое онъ совершилъ, но за то, которое совершить намѣревался; ибо онъ все предумышленное имъ привелъ въ дѣйствіе и обстоятельство случайное, не зависѣвшее отъ его воли, не измѣняетъ ни свойства ни степени вины его».

А. Такимъ образомъ уложеніе одинаково разсматриваетъ какъ отклоненіе удара, такъ и ошибку въ лицѣ, и на первый планъ, какъ видно изъ объясненій редакторовъ, ставитъ именно aberratio, которую, согласно 115 статьѣ уложенія въ старой ея редакціи, оно приравниваетъ самому совершенію преступленія.

Б. Придавая главное значеніе преступленію задуманному, оно приходитъ къ такому положенію: всѣ обстоятельства, квалифицирующія отвѣтственность виновнаго и привходящія къ его плану, усиливаютъ наказаніе, назначаемое за преступленіе выполненное. Поэтому если А намѣревался убить родственника, отца, а убилъ постороннее лицо, то онъ отвѣчаетъ какъ за отцеубійство, если онъ обдумалъ свой планъ заранѣе, то какъ за предумышленное убійство. Но если онъ предположилъ совершить убійство отравленіемъ, а убилъ другое лицо и другимъ способомъ, или, предполагая совершить убійство съ истязаніями, выполнилъ безъ этихъ условій, то отвѣчаетъ ли онъ также за то преступленіе, которое задумалъ? Хотя положительный отвѣтъ на это и можетъ быть выведенъ изъ текста 1456 ст., но подобное толкованіе привело бы къ необъяснимымъ противорѣчіямъ. Если А, задумавъ убить Б, выполняетъ задуманное при помощи не яда, а кинжала, то онъ отвѣчаетъ не за отравленіе, а за обыкновенное убійство, но вопросъ не можетъ измѣниться отъ того, что онъ перемѣшалъ объектъ и вмѣсто Б убилъ В. Слѣдовательно, придется допустить по отношенію ст. 1456 извѣстное ограниченіе и принять, что квалифицирующія обстоятельства, заключающіяся въ особенныхъ отношеніяхъ, существующихъ между жертвою и виновнымъ или вообще въ личныхъ качествахъ субъекта и объекта, сохраняютъ свою силу вполнѣ, а изъ обстоятельствъ, относящихся

къ задуманному дѣйствію, имѣютъ подобное значеніе только тѣ, которыя переходятъ и въ дѣйствіе выполненное.

B. Далѣе изъ текста же ст. 1456 вытекаетъ, что квалифицирующія вину обстоятельства, привходящія къ выполненному преступленію, никакого значенія не имѣютъ, такъ какъ подсудимый отвѣчаетъ только за то, что онъ задумалъ. Но и это положеніе придется принять съ тѣми же ограниченіями, какъ и предъидущее, т. е. признать, что оно справедливо только при особенныхъ отношеніяхъ субъекта и объекта, но не относится къ условіямъ самаго дѣйстія, иначе пришлось бы виновнаго, выполнившаго преступленіе съ надругательствомъ надъ жертвою, наказывать все-таки за простое убійство.

124. Наконецъ, говоря о возможныхъ случаяхъ стеченія покушенія и совершенія въ одномъ какомъ либо дѣйствіи виновнаго, намъ остается разсмотрѣть еще одинъ вопросъ, который обыкновенно оставляется безъ вниманія.

Осуществленіе плана при убійствѣ выражается въ причиненіи извѣстнаго матеріальнаго результата—смерти лица, иногда этотъ планъ ограничивается одною жертвою, но иногда въ разсчетъ виновнаго можетъ входить предполагаемое лишеніе жизни нѣсколькихъ лицъ. Какое же вліяніе можетъ имѣть это обстоятельство на отвѣтственность виновнаго? Положимъ, напр., что, сбираясь обокрасть какой либо домъ, виновный умерщвляетъ всѣхъ лицъ тамъ находящихся, или совершаетъ это истребленіе въ томъ порядкѣ, въ которомъ эти лица возвращаются въ домъ [22]), и т. д., онъ обвиняется въ одномъ только убійствѣ, не смотря на то, что дѣйствія, имъ совершенныя, по отношенію къ каждому убитому имъ лицу, являютъ полный составъ преступленія. Единство плана, выраженное въ данномъ дѣйствіи, заставляетъ видѣть здѣсь не совокупность преступленій, а одно цѣлое. Вопросъ, разумѣется не измѣняется, если всѣ жертвы, противъ коихъ дѣйствовало данное лицо, остались живы, мы обвиняемъ его въ одномъ преступленіи—покушеніи на убійство. При этомъ совершенно безразлично, произошла ли смерть всѣхъ этихъ лицъ отъ одного дѣйствія, напр. отъ брошенной виновнымъ въ толпу людей орсиньевской бомбы, отъ взрыва пороха, или онъ употребилъ для этого нѣсколько

[22]) Какъ напр. по дѣлу Горскаго, Дарьи Соколовой.

совершенно раздѣльныхъ дѣйствій, отдѣльно стрѣлялъ въ каждую жертву преступленія и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ мы приравниваемъ подобный фактъ дѣйствію вора, въ нѣсколько пріемовъ стащившаго бѣлье съ чердака, зажигателя, поджогшаго строеніе съ разныхъ концовъ, шайки разбойниковъ, напавшихъ съ разныхъ сторонъ на селеніе, однимъ словомъ мы признаемъ здѣсь не совокупность, а единое продолжающееся преступленіе. Количество вреда или множественность объектовъ можетъ имѣть только вліяніе на мѣру отвѣтственности, но не измѣняетъ самаго состава преступленія.

Но предположимъ, что умыселъ преступника осуществился не вполнѣ, т. е., напр., что, задумавъ убить пять человѣкъ, виновный убилъ четырехъ, а пятый успѣлъ спастись, или что раны одной изъ жертвъ по счастливому случаю оказались не смертельны. Измѣняется ли отъ этого данный вопросъ? Повидимому нѣтъ, но однако наша практика даетъ здѣсь рѣшеніе противоположное вышеуказанному и обыкновенно признаетъ совокупность преступленій: оконченное убійство и покушеніе на него [23]).

Подобная противоположность въ рѣшеніи двухъ совершенно аналогичныхъ комбинацій заставляетъ уже невольно предполагать здѣсь какое-то недоразумѣніе. Счастливый случай помогъ преступнику въ томъ, что по крайней мѣрѣ одна изъ жертвъ не погибла и этотъ счастливый, случай, вмѣсто того, чтобы облегчить

[23]) Съ этой стороны стоитъ сравнить дѣло Горскаго, гдѣ убійство 7 человѣкъ разсматривалось какъ одно преступленіе, Соколовой—гдѣ жертвъ было 4, а между тѣмъ объ убійствѣ ихъ былъ даже поставленъ всего одинъ вопросъ, или напр. дѣло объ убійствѣ Меркуловыхъ, с. в. 1867, № 86, 87, гдѣ двое стариковъ были убиты 20 января, внучка ихъ, хотя и была найдена еще живою, но умерла 28 января, а внукъ Андрей выздоровѣлъ; причемъ виновные дѣйствовали съ однимъ общимъ намѣреніемъ ограбить домъ Меркуловыхъ. Рязанскій окружной судъ призналъ подсудимыхъ виновными въ убійствѣ съ цѣлью ограбленія стариковъ Меркуловыхъ, въ нанесеніи смертельной раны (а не въ убійствѣ?) Прасковьѣ и въ нанесеніи тяжкой раны Андрею и, примѣняя къ нимъ ст. 1453, назначилъ въ виду 452 статьи каторжную работу на 20 лѣтъ; или также по дѣлу Бояркова и Семенова, с. в. 1868, № 69, 70, гдѣ также было убито два лица, а третье, не смотря на раны, осталось живо. Судъ обвинилъ ихъ въ убійствѣ (а не въ двухъ убійствахъ) и покушеніи, сообразно съ этимъ разбилъ самые вопросы на 2 группы, соединяя убійство двухъ лицъ въ одинъ вопросъ, а при назначеніи наказанія также примѣнилъ ст. 152 и виновный былъ приговоренъ на 20-ть лѣтъ каторжной работы. Напротивъ того, въ другихъ случаяхъ, напр. по дѣлу Чубукова, с. в. 1868, № 14 и 15, гдѣ виновный также обви-

его участь, отягчаетъ ее. Судъ видитъ здѣсь совокупность преступленій, влекущихъ лишеніе всѣхъ правъ—и, согласно ст. 152, долженъ назначить наказаніе въ высшей мѣрѣ. Очевидно, что эта нелогичность вывода коренится въ неправильной постановкѣ самаго вопроса, какъ скоро мы признаемъ, что при единствѣ плана убійство многихъ лицъ разсматривается какъ единое цѣльное преступленіе, то мы должны примѣнять здѣсь всѣ общія начала относящіяся къ преступленіямъ единичнымъ простымъ или по крайней мѣрѣ къ преступленіямъ продолжающимся. Если А, задумавъ обокрасть чердакъ, стащилъ оттуда 4 охапки бѣлья и попался въ то время когда несъ пятую, если слуга, хотѣвшій обокрасть весь винный запасъ своего господина и въ теченіе двухъ мѣсяцевъ ежедневно таскавшій оттуда по бутылкѣ вина, попался на 61-й, если человѣкъ, желавшій истребить все селеніе и поджогшій съ полнымъ успѣхомъ пять домовъ, попался на поджогѣ шестого, то какъ разсматриваемъ мы подобные случаи? Можемъ ли мы признать здѣсь только покушеніе, такъ какъ не весь планъ былъ выполненъ, или — совокупность столькихъ преступленій, сколько существуетъ дѣйствій, вполнѣ воспроизведшихъ данный планъ, или же будемъ разсматривать всѣ оконченныя дѣйствія какъ одно цѣлое, а послѣднее неоконченное какъ другое самостоятельное, конкурирующее съ первымъ преступленіе, или же, наконецъ, признаемъ здѣсь только одно преступленіе? Теорія и законъ принимаютъ послѣднее рѣшеніе и признаютъ, что при продолжающихся преступленіяхъ выполненіе части плана, когда выполненное заключаетъ въ себѣ всѣ необходимые элементы состава даннаго преступленія, подвергаетъ виновнаго полной уголовной отвѣтственности. Поэтому очевидно, что то же начало должно быть принято и при разсматриваемыхъ нами случаяхъ убійства и судъ при назначеніи наказанія не имѣетъ права примѣнять постановленія о совокупности, какъ онъ не примѣняетъ его тамъ, гдѣ *всѣ* жертвы преступленія остались живы или, обратно, *всѣ* умерли.

нялся въ убійствѣ съ цѣлью ограбленія и въ покушеніи съ тѣмъ же намѣреніемъ, судъ въ резолюціи о ст. 152 и не упоминалъ и приговорилъ на 17 лѣтъ и 6 мѣсяцевъ. Также дѣло Карпова, с. в. 1869, № 201.

§ 6 Наказуемость убійства.

125. Такимъ образомъ мы разсмотрѣли всѣ тѣ условія, наличность которыхъ требуется закономъ для состава убійства, намъ остается разобрать послѣдній вопросъ: объ отвѣтственности, положенной въ законѣ за преступленія этого рода.

Но, впрочемъ, предварительно я считаю необходимымъ остановиться на разсмотрѣніи тѣхъ условій, при которыхъ дѣяніе, заключая въ себѣ всю совокупность признаковъ, требуемыхъ для убійства, являясь слѣдовательно сознательнымъ и волимымъ посягательствомъ на жизнь какого либо лица, тѣмъ не менѣе не заключаетъ въ себѣ нарушенія правового порядка и не влечетъ уголовной отвѣтственности. Это именно тѣ случаи, гдѣ лишеніе кого либо жизни совершается или во исполненіе закона или съ его дозволенія.

Собственно говоря это отсутствіе противозаконности, какъ элементъ уничтожающій наказуемость виновнаго, существуетъ и имѣетъ значеніе при каждомъ преступленіи, такъ что теоретическій разборъ этого ученія входитъ въ область общей части уголовнаго права, но тѣмъ не менѣе мы видимъ въ нѣкоторыхъ и нынѣ дѣйствующихъ кодексахъ, что важнѣйшіе вопросы этого ученія разсматриваются исключительно при убійствѣ. Такъ поступаетъ, напр., французское уложеніе, въ которомъ притомъ въ особенности и разработано это ученіе [24]).

По code pénal убійство не считается преступленіемъ, какъ скоро оно учинено по приказанію закона (homicide légale) или съ его дозволенія (homicide légitime).

Homicide légale существуетъ въ тѣхъ случаяхъ (art. 327), когда лишеніе жизни совершено по повелѣнію закона *и* по приказанію законной власти.

Code не перечисляетъ такимъ образомъ отдѣльные случаи, сюда относящіеся, а указываетъ только на *общіе* признаки, безъ которыхъ это освобожденіе отъ отвѣтственности не существуетъ (faits justificatifs). Въ наличности и въ совокупности обоихъ условій, какъ справедливо замѣчаютъ французскіе криминалисты, заключается дѣйствительная гарантія свободы гражданской. Законъ указываетъ тѣ случаи, въ которыхъ онъ даетъ право употребить

---

[24]) Ср. Эли, в. с. т. IV, № 1318 и сл.

оружіе и силу, каковы бы ни были послѣдствія этого дозволенія, а приказъ законной власти, каковъ бы ни былъ ея рангъ въ общей правительственной іерархіи, указываетъ, что въ данномъ случаѣ есть наличность тѣхъ условій, при которыхъ законъ оправдываетъ насиліе. Само собою разумѣется, что эта комбинація условій предполагаетъ, что со стороны дѣйствующихъ лицъ были предприняты всѣ требуемыя въ этомъ случаѣ предосторожности, что насиліе было необходимо, такъ что распоряжающаяся власть беретъ уже на свою отвѣтственность свои дѣйствія, если, напр., она превыситъ власть, предоставленную ей закономъ. Такимъ образомъ подъ это понятіе подойдетъ, напр., убійство на войнѣ, при усмиреніи возстанія, при исполненіи смертной казни, при отраженіи нападенія, сдѣланнаго на данное лицо при исполненіи имъ своихъ обязанностей, или при уничтоженіи сопротивленія, встрѣченнаго органомъ власти въ полобныхъ случаяхъ.

Что касается до homicide légitime, то законъ подводитъ сюда (art. 328, 329) лишеніе жизни во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ какая либо опасность угрожала правамъ даннаго лица и нельзя было получить защиту ихъ отъ законной власти, другими словами, законъ относитъ сюда лишеніе жизни, учиненное или при необходимой оборонѣ личныхъ правъ, угрожаемыхъ немедленнымъ, инымъ способомъ неотвратимымъ и противозаконнымъ нападеніемъ, или при защитѣ правъ другого лица, находящагося въ подобномъ же положеніи, или при отраженіи противозаконнаго нарушенія домоваго права, при попыткѣ влѣзть или войти въ домъ, если это дѣлается ночью и т. п.

Напротивъ того, кодексы нѣмецкіе спеціальныхъ постановленій по этому пункту при убійствѣ не содержатъ, примѣняя въ этомъ случаѣ общія правила о ненаказуемости поступковъ, хотя и вредящихъ правамъ или интересамъ другихъ лицъ, но не заключающихъ въ себѣ противозаконнаго элемента.

126. Наше дѣйствующее право приняло въ этомъ отношеніи систему, какъ бы среднюю между двумя вышеуказанными. Разсматривая ученіе объ этихъ обстоятельствахъ въ общей части, оно въ то же время и при убійствѣ сочло необходимымъ снова указать на эти случаи, причемъ повторилась и такъ часто встрѣчающаяся ошибка удоженія, что постановленія спеціальныя расходятся, а иногда даже и противорѣчатъ общимъ [25]).

[25]) Такое же перечисленіе, даже еще болѣе казуистичное, дѣлаетъ англійское право, но тамъ это объясняется основными условіями уголовнаго законодательства. См. Stephen, Handbuch des englischen Strafrechts, 1843, стр. 210.

Въ сводѣ законовъ 1832, ст. 331 опредѣляла 4 случая, въ которыхъ убійство считалось требуемымъ или дозволеннымъ закономъ:

1) когда стража карантинная убьетъ человѣка, покушавшагося убѣжать или скрыться изъ-подъ ея надзора;

2) когда таможенная или лѣсная стража убьетъ человѣка и докажетъ, что она при употребленіи огнестрѣльнаго оружія не отступила отъ правилъ, закономъ предписанныхъ;

3) когда часовой, караулъ, патрулиръ или стража убьетъ нападающаго на нихъ, отражая силу силою;

4) когда убійство произведено въ оборону отъ насильственнаго нападенія и при опасности собственной жизни, и притомъ доказано будетъ, что сохранены всѣ правила законной и дозволенной обороны.

Примѣчаніе. Сверхъ сихъ случаевъ, постановлено: 1) въ воинскомъ артикулѣ 44.... «ежели кто дважды окликанъ будетъ съ угроженіемъ, а отвѣта часовому не учинитъ, тогда той имѣетъ самому себѣ оный вредъ или несчастіе причесть, ежели какой ему такимъ образомъ приключится, а часовой отъ всякаго наказанія свободенъ; однакожъ часовой во осмотрѣніи имѣть долженъ, сіе чинить въ опасныхъ мѣстахъ». 2) Въ воинск. артик. 205 и морск. уставѣ кн. 5, ст. 139... «Если осужденный будетъ противиться противъ того, который командированъ будетъ его взять, а онаго взять будетъ невозможно: тогда, хотя осужденнаго оный и убьетъ, то за оное наказать не надлежитъ; однакожъ сіе для обыкновенныхъ воровъ, а не чрезвычайныхъ, яко бунтовщиковъ и измѣнниковъ, которыхъ убійствомъ могутъ многіе товарищи покрыты быть, и такой убійца самъ, яко измѣнникъ, наказанъ будетъ, ежели сыщется, что онъ его нарочно убилъ, или могъ бы и живого взять, въ чемъ надлежитъ накрѣпко розыскивать, подъ великимъ наказаніемъ самимъ тѣмъ, кто будетъ у розыску.» Ср. улож. 1649 гл. XXI ст. 88, 89.

127. Эти же постановленія въ главныхъ своихъ основахъ перешли и въ ст. 1471, также перечисляющую случаи извиняемаго убійства.

При нарушеніи карантиннаго устава.

«Когда чиновникъ или служитель карантинной стражи убьетъ человѣка, покушающагося бѣжать изъ-подъ ея надзора, или прорваться за карантинную черту, или бѣжать изъ карантина или карантиннаго судна, и будетъ признано, что безъ сего нельзя было остановить его покушенія». 1471 п. 2.

«Когда и частнымъ человѣкомъ будетъ убитъ старающійся бѣжать изъ карантина, или изъ состоящаго подъ карантиннымъ надзоромъ судна, или пробраться за карантинную черту, если равномѣрно и въ семъ случаѣ не было другого средства остановить его». п. 3. 1471.

Эти правила повторялись въ прежде дѣйствовавшемъ уставѣ карантинномъ ст. 1113: «Если кто отъ надзора карантиннаго начальства покусится скрываться бѣгствомъ, или тайно или насильственно выходить изъ карантинной черты, то для предупрежденія сего всякому карантинному чиновнику, карантинной стражѣ и даже обывателю, дозволяется убивать его тотчасъ, если иначе остановить невозможно» [26]); а нѣкоторые частные случаи были указаны въ другихъ статьяхъ, напр. въ ст. 1234. Но новый карантинный уставъ отъ 1 марта 1866 года совершенно умалчиваетъ объ этихъ спеціальныхъ случаяхъ. Конечно, это умолчаніе не уничтожаетъ указанныхъ въ ст. 1471 уложенія правъ карантинныхъ чиновниковъ, но даетъ возможность дать ему болѣе общую форму и признать, что какъ скоро карантинная стража при исполненіи возложенныхъ на нее обязанностей *не выпускать* никого изъ карантинной черты не найдетъ возможнымъ исполнить свои обязанности иначе, какъ употребивъ силу, то вредъ ею при семъ причиненный въ вину вмѣненъ быть не можетъ, но вообще съ этою системою новаго карантиннаго устава согласиться нельзя. Законъ уголовный можетъ содержать по данному вопросу только общее правило, какъ дѣлаетъ, напр., code pénal, что вредъ, причиненный при исполненіи обязанностей, не вмѣняется въ вину, но случаи, въ которыхъ законъ можетъ предоставить его агентамъ подобное право, должны быть перечислены въ этихъ спеціальныхъ уставахъ, такъ какъ только при подробномъ ихъ разсмотрѣніи можно оцѣнить вредъ, который можетъ произойти для общества или для частныхъ лицъ отъ нарушенія какихъ либо правилъ и вредъ, который причиняется нарушителю этихъ правилъ органами власти,

[26]) Это повторялось и въ таможенномъ уставѣ ст. 381.

заботящимися объ ихъ примѣненіи, и затѣмъ признать или не признать за ними подобное право. Такимъ образомъ, напр., въ данномъ случаѣ, вредъ, который грозитъ отъ нарушенія карантинныхъ правилъ, отъ побѣга зачумленнаго, для всего государства такъ великъ, что вполнѣ можетъ оправдать право карантинной стражи убить подобное лицо, пытающееся бѣжать изъ карантинной черты, если нѣтъ другихъ средствъ остановить побѣгъ. Но съ другой стороны не всякое же нарушеніе карантинныхъ правилъ таково, чтобы дать право стражѣ, наблюдающей за ихъ исполненіемъ, право жизни и смерти.

Еще съ большимъ основаніемъ должны примѣняться эти соображенія къ праву частнаго лица, о которомъ говоритъ 1471 ст.; конечно, опасность отъ чумы грозитъ прежде всего мѣстнымъ обывателямъ, такъ что мы всегда можемъ разсматривать, что человѣкъ, убивающій бѣжавшаго зачумленнаго, защищаетъ свою собственную жизнь, или жизнь близкихъ ему лицъ отъ грозящей имъ болѣе или менѣе неминуемой опасности, но еще необходимѣе точно опредѣлить кому и въ какихъ случаяхъ можетъ быть предоставлено подобное право. Это опредѣленіе опять-таки можетъ быть сдѣлано не въ уложеніи, а въ уставѣ карантинномъ, опредѣляющимъ вообще какія нарушенія разсматриваются столь важными, что даютъ право каждому требовать ихъ исполненія подъ угрозою лишить ослушника жизни; или же должно быть предоставлено карантиннымъ совѣтамъ дѣлать подобное указаніе въ каждомъ конкретномъ случаѣ появленія чумы или заразы.

При нарушеніи таможеннаго и лѣсного устава.

«Когда таможенною или лѣсною стражею, при точномъ исполненіи возложенныхъ на оную обязанностей и безъ всякаго отступленія отъ установленныхъ для употребленія ею огнестрѣльнаго оружія правилъ, будетъ убитъ человѣкъ, покусившійся на одно изъ преступленій, которыя сія стража должна стараться предупреждать».

Въ разъясненіе этого пункта въ уставѣ лѣсномъ существуетъ цѣлый рядъ постановленій.

Признавая, что всякій обязанъ повиноваться въ лѣсахъ законнымъ требованіямъ лѣсной стражи, уставъ опредѣляетъ права и обязанности послѣднихъ въ слѣдующихъ правилахъ.

Ст. 194: «Если лѣсной чиновникъ или лѣсной служитель встрѣтитъ въ лѣсу преступившаго лѣсныя узаконенія, то обязанъ объявить ему, чтобы онъ слѣдовалъ къ ближайшему сельскому ста-

ростѣ, а если онъ не исполняетъ сего добровольно, то заарестовать».

Ст. 195: «Если виновный дѣлаетъ ослушаніе, или сопротивляется или другіе ему содѣйствуютъ: то, избѣгая насильственной поимки и драки, буде виновные извѣстны, донести начальству; если же неизвѣстны, то стараться узнать кого-либо изъ нихъ, слѣдовать за ними, открыть слѣды, когда вошли въ деревню, требовать помощи крестьянъ, или поймать лошадь, или взять вещь для улики».

Ст. 196: «При сихъ и другихъ случаяхъ лѣсная стража не должна употреблять огнестрѣльнаго или бѣлаго оружія иначе, какъ по приказанію лѣсного офицера или для собственной защиты».

Ст. 197: «офицеры лѣсного вѣдомства, т. е. лѣсничіе, могутъ приказать употребить оружіе въ случаѣ точной необходимости:

а) При поимкѣ разбойниковъ, когда лѣсная стража наряжается для того по требованію земской полиціи.

б) При насильственныхъ порубкахъ съ огнестрѣльнымъ оружіемъ, когда порубщики приготовляются къ оборонѣ.

в) Для собственной обороны, при самовольныхъ порубкахъ, хотя безъ вооруженія, но когда самовольные порубщики приготовляются напасть превосходнѣйшею силою на лѣсную стражу.

г) Для собственной обороны при преслѣдованіи насильственныхъ и самовольныхъ порубщиковъ, если они дѣлаютъ нападенія для избѣжанія поимки или узнанія ихъ».

Съ 198: «Лѣсной служитель, объѣздчикъ, или стрѣлокъ, или дѣйствующій помощникъ, долженъ употреблять оружіе огнестрѣльное или холодное во всякомъ случаѣ только для собственной защиты, на слѣдующемъ основаніи:

а) Если при встрѣчѣ самовольныхъ порубщиковъ, они не только отказываются слѣдовать къ старостѣ, но наступаютъ на служителя съ яростью и угрозами, то окликать ихъ, чтобъ отстали, ибо онъ исполняетъ обязанность службы. Если и засимъ не оставятъ его, или будутъ преслѣдовать и лѣсной служитель, не имѣя удобности спастись, находится въ опасности жизни, или увѣчья, или побоевъ: то въ случаѣ крайности, можетъ защищаться оружіемъ огнестрѣльнымъ или холоднымъ. б) Если лѣсной служитель слѣдуетъ за порубщиками въ нѣкоторомъ отдаленіи, чтобы ихъ узнать, и они начнутъ нападать на него: то поступать на семъ же основаніи. в) Если на служителя нападутъ изъ злобы внезапно, для убійства, увѣчья или побоевъ, то онъ въ правѣ защищаться, какъ можетъ».

Ст. 199. «Если при поимкѣ и преслѣдованіи лѣсныхъ преступниковъ, лѣсные служители употреблятъ безъ явной необходимости оружіе и причинятъ кому либо увѣчья, раны или даже смерть, то они за сіе подвергаются наказаніямъ по уложенію. Лѣсные офицеры, давшіе на такое употребленіе оружія приказаніе, отвѣтствуютъ за сіе по правиламъ въ томъ же уложеніи постановленнымъ».

Что касается до таможеннаго устава, то въ немъ указываются слѣдующія правила объ употребленіи оружія пограничною стражею:

Ст. 374: «Какъ чины пограничной стражи, находясь на постахъ своихъ или въ разъѣздахъ по должности, исполняютъ обязанности карауловъ, то всякій долженствуетъ ихъ почитать таковыми, и по требованію ихъ останавливаться; если же кто, намѣреваясь уйти заграницу, или пройти въ имперію незаконными путями и способами, бывъ дважды окликанъ съ угрожаніемъ, сего не исполнитъ: то чины пограничной стражи, догнавъ его, задерживаютъ силою, и въ случаѣ сопротивленія могутъ, при необходимости, употреблять оружіе».

Ст. 375: «Если, во время службы, кто изъ чиновъ пограничной стражи примѣтитъ скопище вооруженное, или имѣющее съ собою хотя не оружіе, но вещи, могущія причинить увѣчье, также если люди приготовляются переправиться изъ заграницы, то онъ долженъ ихъ окликать, и буде не удалятся, то, не ожидая пока нападутъ на него превосходною силою, можетъ по нихъ сдѣлать выстрѣлъ; въ случаѣ же дѣйствительнаго нападенія для отбитія товаровъ, или лично на чиновъ пограничной стражи, хотя бы съ однимъ намѣреніемъ причинить имъ побои, чины пограничной стражи могутъ употреблять какъ холодное, такъ и огнестрѣльное оружіе, съ возможною однако умѣренностью; и если во всѣхъ сихъ случаяхъ кого убьютъ или ранятъ, свободны отъ всякаго наказанія, и сопротивлявшіяся или нападавшіе наказываются на основаніи законовъ». Это же подтверждается и ст. 378, а ст. 379 указываетъ на отвѣтственность ихъ въ случаѣ употребленія оружія безъ нужды или преждевременно.

Такимъ образомъ не наказуемое причиненіе смерти лѣсною и таможенною стражею сводится, въ особенности по отношенію къ первой, къ случаямъ лишенія жизни при самооборонѣ, и оказывается въ этомъ отношеніи при существованіи 1 п. 1471 ст.

совершенно излишнимъ, а относительно другихъ случаевъ, отличается значительною неполнотою и неясностью, и въ особенности въ таможенномъ уставѣ не упоминаетъ о рядѣ случаевъ, гдѣ также предоставляется право употреблять оружіе, какъ, напр., при захватѣ контрабанды, провозимой вооруженными людьми.

Наконецъ, послѣдній разрядъ не противозаконнаго лишенія жизни, о которомъ упоминаетъ уложеніе, заключается въ 5-мъ пунктѣ 1471.

«Когда часовымъ или инымъ караульнымъ или дозорнымъ и вообще какою-либо стражею будетъ убитъ нападавшій силою на нихъ или на ввѣренныя ихъ охраненію зданія, деньги или вещи, или покушавшійся бѣжать изъ подъ стражи заключенный, когда не было иного средства предупредить сей побѣгъ». Такимъ образомъ уложеніе, вмѣсто того, чтобы общимъ образомъ постановить, что всякое лицо, дѣйствующее на основаніи закона въ предѣлахъ его власти, съ соблюденіемъ условій для того предписанныхъ, не отвѣчаетъ за послѣдствія, вытекающія изъ его дѣйствій, пытается перечислить всѣ эти дѣйствія.

Но въ силу этого самое перечисленіе оказывается неполнымъ. Даже въ самомъ сводѣ можно было найти рядъ другихъ случаевъ, въ которыхъ лишеніе жизни не считалось преступленіемъ. Такимъ образомъ п. 5 ст. 1471 пополнялся статьею 115 части II-ой.

«Если посланный настигнетъ обвиняемаго на дорогѣ и онъ взять себя не дастъ, то, избѣгая, по возможности, драки подлежитъ слѣдовать за нимъ до ближайшаго селенія, дабы, при помощи тамошнихъ жителей, изловить его; но если невозможно будетъ избѣгнуть насильственнаго взятія и при семъ случаѣ обвиняемый по собственному его сопротивленію будетъ убитъ, то сіе убійство, согласно съ постановленіемъ пункта 5 статьи 1471 уложенія, не вмѣняется въ преступленіе.»

Эти постановленія замѣнены нынѣ ст. 392 у. у. с., которая постановляетъ: что всякое при этихъ дѣйствіяхъ (заарестованіе подсудимаго) оскорбленіе личности обвиняемаго влечетъ за собою отвѣтственность, хотя, разумѣется, этимъ не исключается право арестующихъ обороняться, если самъ обвиняемый совершитъ противъ нихъ какія либо насильственныя дѣйствія.

Еще большее дополненіе 5-го пункта ст. 1471 представляется въ воинскомъ уставѣ о наказаніяхъ, указывающемъ на случаи безнаказаннаго убійства со стороны воинскихъ чиновъ.

Ст. 284 постановляетъ:

«Смертоубійство, а также нанесеніе тѣлесныхъ поврежденій не вмѣняются въ преступленіе, сверхъ случаевъ, предусмотрѣнныхъ общими уголовными законами, еще и въ слѣдующихъ:

1) Когда часовой, караулъ, патруль, конвой или стража ранятъ или убьютъ нападающаго на нихъ, отражая силу силою, или защищая ввѣренныя ихъ охраненію лица, зданія, деньги или вещи.

2) Когда часовой, въ опасномъ мѣстѣ, окликнувъ, по особому о томъ приказанію, проходящаго дважды, съ угрозою употребить оружіе, и не получивъ отвѣта, выстрѣлитъ по немъ, и ранитъ его, или убьетъ.

3) Когда посланный для взятія кого либо подъ стражу, съ употребленіемъ въ случаѣ необходимости оружія, встрѣтивъ явное сопротивленіе, убьетъ сопротивляющагося или ранитъ его, если не было иного средства отвратить сопротивленіе и исполнить данное приказаніе.

4) Когда во время возмущенія открытою силою или вооруженною рукою, начальникъ, для возстановленія порядка, будетъ вынужденъ употребить необыкновенныя мѣры усмиренія и при томъ ранитъ или убьетъ непокорнаго, или прикажетъ тутъ же убить его.

5) Когда начальникъ во время сраженія убьетъ, или ранитъ подчиненнаго, сопротивляющагося ему, или обратившагося изъ трусости въ бѣгство, или побудившаго къ побѣгу другихъ, или распространявшаго между военными чинами страхъ и безпорядокъ, если не было иного средства пресѣчь сопротивленіе или предупредить побѣгъ и безпорядки.

6) Когда препровождающій плѣнныхъ, при открытомъ ихъ неповиновеніи, или возмущеніи, или при нападеніи на него, или во время сопротивленія ихъ при удержаніи отъ побѣга, или при поимкѣ бѣжавшихъ, ранитъ или убьетъ кого-либо изъ нихъ; или же когда караульный или конвойный ранитъ или убьетъ арестанта, покушавшагося бѣжать изъ мѣста заключенія или изъ подъ стражи, или когда ранитъ или убьетъ арестанта, на него нападающаго, если въ каждомъ изъ сихъ случаевъ не было иного средства предупредить побѣгъ и сопротивленіе плѣнныхъ или арестантовъ».

128. Но даже и за этимъ пополненіемъ въ перечисленіи убійства въ исполненіе воли закона, мы найдемъ все-таки цѣлый рядъ пропусковъ, и пропусковъ такихъ случаевъ, въ которыхъ ненаказуемость виновнаго не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію. Если палачъ, исполняя законно постановленный приговоръ суда,

лишаетъ кого-либо жизни, если солдатъ убьетъ на войнѣ непріятеля, нѣтъ и сомнѣнія въ непреступности этихъ дѣйствій. Мало того, въ послѣднемъ примѣрѣ, не смотря на признаніе въ теоріи международнаго права, что война существуетъ только между государствами, а не между частными лицами, что слѣдовательно право умерщвленія существуетъ только по отношенію къ воюющему непріятелю, практика весьма нерѣдко распространяетъ это понятіе безнаказанности и на нѣкоторые другіе случаи. Эли замѣчаетъ [27]): «война извиняетъ собою даже дѣйствія безполезныя по ихъ результатамъ: таково убійство безоруженнаго непріятеля, женщинъ или дѣтей въ жару битвы, при расхищеніи города; но разумѣется эта оправдывающая причина не существуетъ, какъ скоро убійство будетъ результатомъ частной мести». Нашъ законъ, впрочемъ, иначе смотритъ на это дѣло и преслѣдуетъ, повидимому, всякое посягательство на жизнь непріятелей, въ войнѣ не участвующихъ, такъ какъ, напр., по нашему воинскому уставу 275, даже наспльственное отнятіе у непріятелей собственности можетъ повлечь за собою смертную казнь, а умышленное убійство въ военное время влечетъ смертную казнь, безъ всякихъ исключеній со стороны закона. Въ старомъ же полевомъ уложеніи (ст. 635 свода) прямо говорилось, что нападеніе съ оружіемъ на безоруженнаго жителя, жену, или дѣтей его, наказывается смертью.

Такимъ образомъ постановленія ст. 1471 являются только рядомъ примѣровъ и не имѣютъ исчерпывающаго значенія, а съ другой стороны кромѣ неполноты страдаютъ и неопредѣленностью, потому что законъ только вскользъ упоминаетъ о томъ, при какихъ условіяхъ лишеніе жизни, совершенное лицами указанными въ ст. 1471, не вмѣняется имъ въ вину. Такъ какъ причина безнаказанности заключается не въ качествѣ этихъ лицъ, а въ качествѣ ихъ дѣйствій, то поэтому во 1-хъ необходимо, чтобы обвиняемый не только находился при отправленіи своихъ обязанностей, но и причинилъ вредъ въ силу отправленія. Если лѣсной сторожъ, обходя свой участокъ, видитъ въ лѣсу прогуливающагося своего врага и убиваетъ его; если частное лицо убиваетъ человѣка, выходящаго за карантинную черту, безъ всякаго повода съ его стороны, а съ цѣлью ограбить его, то разумѣется

[27]) В. с. т. IV, № 1230, я не касаюсь разбора этого вопроса, такъ какъ это ученіе опредѣляется началами, лежащими внѣ сферы уголовнаго права.

виновный отвѣчаетъ за убійство. Во 2-хъ, это употребленіе оружія и причиненная смерть должны быть вызваны необходимостью, невозможностью устранить нарушеніе какими-либо менѣе насильственными средствами. Причемъ оцѣнка этой необходимости должна быть дѣлаема съ точки зрѣнія лица, находящагося въ этомъ положеніи. Наконецъ въ 3-хъ, что касается до значенія приказа, на который особенно указываетъ лѣсной уставъ, то мы должны всегда имѣть въ виду то общее правило, что приказъ освобождаетъ отъ отвѣтственности исполнившаго его только тогда, когда этотъ приказъ не выходитъ за предѣлы компетентности приказавшаго и данъ съ соблюденіемъ всѣхъ требуемыхъ закономъ формъ и условій. Въ противномъ случаѣ должна быть примѣнима ст. 403 уложенія, по которой начальникъ, приказывавшій что либо противозаконное, подвергается высшей мѣрѣ наказанія, за то преступленіе положенной, а подчиненный, исполнившій такое приказаніе или желаніе начальника, зная, что сіе противно законамъ, хотя и подвергается тому же наказанію, но въ меньшей мѣрѣ [28]).

129. Наконецъ, къ числу случаевъ непротивозаконнаго лишенія жизни относится и убійство при необходимой оборонѣ 1 п. 1471 статьи:

«Когда смертоубійство было послѣдствіемъ дозволяемой закономъ обороны собственной жизни, или цѣломудрія и чести женщины, или жизни другаго, безъ нарушенія необходимыхъ и въ семъ случаѣ границъ и правилъ, сообразно съ постановленіями ст. 101 — 103 сего уложенія».

Законъ не излагаетъ въ этомъ случаѣ условій, при которыхъ признается необходимость обороны, отсылая къ общей своей части. Эти условія могутъ быть обозначены слѣдующими чертами: нападеніе, противу котораго обороняются, должно быть противозаконно, поэтому нѣтъ обороны противъ законныхъ чьихъ либо дѣйствій, хотя бы и вредящихъ лицу, нѣтъ обороны противъ обороны и лишеніе жизни въ этихъ послѣднихъ случаяхъ становится обыкновеннымъ убійствомъ. Оборона должна быть своевременна, т. е. она начинается съ того момента, когда угрожающая опасность сдѣлалась несомнѣнною, причемъ для этого вовсе не

[28]) Ср. рѣшеніе кассаціоннаго департамента 1867, № 322 по дѣлу Кольрейфа.

требуется, чтобы нападающій началъ покушеніе, несомнѣнность опасности можетъ существовать и при дѣйствіяхъ, относящихся еще къ обнаруженію умысла. Съ другой стороны оборона оканчивается, какъ скоро окончено самое нападеніе, такъ какъ въ противномъ случаѣ мы будемъ имѣть уже актъ мести, а не оборону противъ грозящаго нападенія. Оборона должна быть соразмѣрна съ опасностію, поэтому будетъ превышеніе обороны, какъ скоро нападеніе было отвратимо простымъ призывомъ власти, уклоненіемъ отъ опасности, или употребленіемъ меньшей силы. Но при этомъ мы всегда должны помнить, что оборона есть проявленіе non scripta, sed nata lex и что положеніе обороняющагося не однаково съ положеніемъ лица, хладнокровно оцѣнивающаго обстоятельства дѣла, почему и оцѣнка необходимости употребленныхъ средствъ должна быть сдѣлана съ точки зрѣнія защищающагося. Наконецъ нельзя не замѣтить, что исчисленіе правъ или благъ защищаемыхъ обороною, сдѣланное въ ст. 1471, далеко не полно, что статья 101 допускаетъ оборону не только для защиты жизни, но и другихъ личныхъ правъ, какъ, напр., здоровья или свободы; для защиты правъ имущественныхъ, когда нападеніе на нихъ соединено и съ нападеніемъ на личность, и наконецъ для защиты неприкосновенности жилища.

Только при наличности этихъ условій убійство, учиненное виновнымъ, не вмѣняется ему въ вину, при отсутствіи же какого либо изъ нихъ, когда дѣйствующій превзошелъ предѣлы обороны, отвѣтственность его, разумѣется, существуетъ, хотя самое наказаніе, какъ мы увидимъ далѣе, значительно смягчается.

Но и здѣсь опять уложеніе, говоря объ уничтоженіи отвѣтственности за лишеніе жизни при необходимой оборонѣ, забываетъ упомянуть о другихъ случаяхъ совершенно однородныхъ, какъ напр. о крайней необходимости или о психическомъ принужденіи. Если кто-нибудь, спасаясь во время кораблекрушенія на доскѣ вмѣстѣ съ другимъ лицомъ и видя невозможность спастись обоимъ, топитъ своего спутника, то какъ бы ни смотрѣли мы на его поступокъ съ нравственной или религіозной точки зрѣнія, ни въ какомъ случаѣ не подлежитъ онъ отвѣтственности юридической; если умирающій отъ голода силою отниметъ у проходящаго хлѣбъ и даже для этого лишитъ его жизни, то онъ безотвѣтственъ, потому что дѣйствовалъ подъ непреодолимымъ принужденіемъ превосходящей силы, и наконецъ также подойдетъ подъ постановленія статьи 100 улож. и слѣдовательно не будетъ

отвѣчать за совершенное убійство то лицо, которое выстрѣлило въ кого либо вслѣдствіе угрозы лица Б лишить его самого жизни въ случаѣ неисполненія приказанія.

Теорія, какъ и многіе западные кодексы, идетъ въ этомъ отношеніи еще далѣе и признаетъ причиною невмѣненія поступка и причиненія вреда при защитѣ правъ третьяго лица, находящагося въ состояніи крайней необходимости, но наше уложеніе ограничиваетъ это понятіе только защитою собственной жизни.

Во всякомъ случаѣ нельзя не сказать, что постановленія ст. 1471 не только неполны и неудовлетворительны, но и излишни, потому что всѣ эти причины должны быть указаны въ общей части кодекса, какъ относящіяся къ родовому понятію преступленія.

130. Кромѣ случаевъ, указанныхъ выше, въ которыхъ умерщвленіе признается безнаказаннымъ и доктрина и положительныя законодательства до половины нынѣшняго столѣтія указывали еще на согласіе лица, какъ на причину, уничтожающую противозаконность убійства.

Разрѣшеніе этого вопроса зависѣло отъ общаго взгляда теоріи на значеніе согласія пострадавшаго при наказуемости преступленій, а послѣднее въ свою очередь стояло въ зависимости отъ самаго взгляда на преступленіе [29]). Какъ скоро мы будемъ видѣть основной элементъ преступленія въ нарушеніи субъективнаго права отдѣльнаго лица, какъ скоро опредѣляемъ мы преступленіе какъ посягательство на частную волю, выраженную въ данной правовой нормѣ, то добровольный отказъ лица отъ своего права уничтожаетъ вполнѣ наказуемость посягательства, направленнаго на это право. Это начало и было дѣйствительно развиваемо писателями кантовской школы. Выходя изъ этого основного положенія, что право коренится въ отношеніяхъ одного лица къ другому, что оно есть ограниченіе свободы одного лица въ пользу дру-

---

[29]) См. литературу у Кестлина, System, стр. 98, пр. 3; Geib, Lehrbuch, Th. II, § 89; Stübel, über die Natur der Handlung, wenn Jemand ein nach dem Sittengesetz, unveräusserliches Gut der Andern, mit dessen Einwilligung beschädigt oder demselben ganz entzieht im Strafrechtlichen Rücksicht. N. A. d. Cr. R. B. IX, стр. 552—599. Abegg, über die an einem Einwilligenden verübte Tödtung. A. d. Cr. R. 1840, стр. 434.

гого, они признавали и полную возможность добровольнаго отчужденія права. А потому, напр., Грольманъ ставилъ даже такое положеніе, что если кто либо на основаніи ложнаго сознанія будетъ обвиненъ, то тотъ не можетъ жаловаться [30]). Но впрочемъ съ строгою послѣдовательностью продержалась эта теорія весьма недолго, требованія жизни заставили сдѣлать различіе въ самомъ характерѣ правъ, бывшихъ предметомъ преступнаго посягательства и раздѣлить ихъ на двѣ категоріи, отчуждаемыхъ и неотчуждаемыхъ, относя къ послѣднимъ жизнь, здоровье и свободу лица [31]).

Но какъ скоро мы опредѣляемъ преступленіе какъ сознательное посягательство на такія правоотношенія, которыя въ данное время и въ данномъ обществѣ считаются коренными условіями общежитія, а потому охраняются закономъ подъ страхомъ наказанія, или, другими словами, признаемъ, что преступленіе есть посягательство на правовой порядокъ, существующій независимо и отдѣльно отъ субъективной воли, то и данный вопросъ разрѣшается совершенно иначе; мы должны вполнѣ и здѣсь признать, что privatorum conventio jure publico non derogat, [L. 45. § 1 Dig. de regula juris (50, 17)] и что понятіе volenti non fit injuria должно быть принимаемо, также какъ и въ Римѣ, въ ограниченномъ смыслѣ, т. е. можетъ имѣть значеніе только тамъ, гдѣ частная воля является полнымъ представителемъ и осуществителемъ воли общей [32]). Когда, слѣдовательно, общественный порядокъ нарушается только въ силу посягательства на частную волю, дѣяніе только при этомъ послѣднемъ условіи и становится преступнымъ. Воровство, обманъ мыслимы только при несогласіи владѣльца права

[30]) См. Фейербахъ въ первомъ изданіи его учебника. Титманъ, Вехтеръ и др. Ср. Кестлинъ в. с. стр. 100 пр. 3. Гельшнеръ, в. с. стр. 234 пр. 7. Ср. Böhlau, Volenti non fit injuria. G. A. V, 489 и сл.; Hepp, über den Rechtssatz: volenti non fit injuria. N. A. d. Cr. Б. XI, стр. 64, 239.

[31]) Это сдѣлалъ уже и Фейербахъ въ позднѣйшихъ изданіяхъ своего учебника, а также Титманъ, Геаке, Вехтеръ, Гефтеръ, Абеггъ. Это ученіе о неотчуждаемости правъ было нерѣдко поставляемо въ соотношеніе съ ученіемъ о прирожденныхъ и пріобрѣтаемыхъ правахъ. См. напр. Stübel, A. b. cr. R. стр. 555. Онъ впрочемъ приходитъ къ такому выводу, что отчужденіе неотчуждаемыхъ правъ хотя не уничтожаетъ преступности дѣянія, но дѣлаетъ совершенное только полицейскимъ проступкомъ.

[32]) Ср. Hälschner, System, I, стр. 231—240; II, стр. 68; Koestlin, System, § 36. Бернеръ, § 83.

на его отчужденіе; лишеніе свободы, изнасилованіе, обида также предполагаютъ этотъ элементъ — quia nulla injuria est, quæ in volentem fiat (L. 1, § 5. Dig. de injuriis), хотя и здѣсь законъ дѣлаетъ изъятіе въ видахъ общественной пользы или ради охраны правъ третьяго, хотя бы непосредственно и не угрожаемаго лица, такъ напр. поджогъ дома, хотя бы и съ согласія владѣльца, можетъ быть преслѣдуемъ закономъ, если онъ угрожаетъ правамъ другихъ лицъ, ругательства, произнесенныя хотя бы и съ согласія лица, подлежатъ наказанію, если они сдѣланы въ публичномъ мѣстѣ и нарушили общественный порядокъ.

Но такъ какъ убійство не относится къ числу тѣхъ дѣяній, которыя дѣлаются преступными только при нарушеніи данной единичной воли, то, слѣдовательно, мы должны признать, что лишеніе жизни, произведенное по желанію или требованію лица, все-таки остается убійствомъ, такъ какъ отсутствіе собственнаго желанія пострадавшаго не составляетъ необходимаго условія преступности лишенія жизни.

131. Съ этой стороны не противорѣчитъ этому выводу и признаваемая нынѣ не только теоріею, но и положительнымъ правомъ ненаказуемость какъ самоубійства, такъ и пособничества къ нему, какъ такового. Убійство по согласію не можетъ быть разсматриваемо какъ пособничество къ самоубійству, и попытка, сдѣланная въ этомъ отношеніи еще Штюбелемъ [33]) и особенно горячо защищаемая Эли, несостоятельна, что можно видѣть изъ существа приводимыхъ ими аргументовъ.

«Такъ какъ, говоритъ Эли [34]), главный элементъ въ самоубійствѣ составляетъ желаніе лишить себя жизни, а не самое дѣйствіе, то съ этой стороны должны мы разсматривать и убійство

[33]) Stübel, Thatbestand, § 105. N. A. d. cr. R. B. IX; признавая впрочемъ самое самоубійство полицейскимъ проступкомъ, онъ распространялъ это и на убійство по согласію, какъ на одну изъ формъ соучастія въ самоубійствѣ. Ср. Dorn, Tödtung auf Verlangen der Getödteten. G. A. I. стр. 325.

[34]) В. с. т. III, № 1096. Ср. разборъ этого взгляда у Гельшнера. System, II, стр. 68 и сл. Также справедливо возражаетъ противъ этой теоріи Миттермайеръ: Die Beihülfe zum Selbstmord, und die Tödtung eines Einwilligenden nach dem Gegenwärtigen Standpunkte der Gesetzgebung, Rechtssprechung und Wissenschaft geprüft. G. A. IX, стр. 438.

по согласію; человѣкъ, который самъ наводитъ на себя дуло пистолета или который бѣжитъ подъ выстрѣлы, одинаково совершаетъ самоубійство, но точно также безразлично, держите ли вы пистолетъ сами или вкладываете его въ машину, вами къ тому приспособленную, или наконецъ кладете его въ руки человѣка, незнающаго о назначеніи этого орудія, слѣпого и т. д.; для понятія самоубійства безразлично, сами ли вы спустили курокъ или онъ былъ спущенъ другими. Дѣйствія лица, приказавшаго убить себя, будутъ самоубійствомъ, а дѣйствія лицъ постороннихъ, выполнившихъ это желаніе, будутъ, слѣдовательно, пособничествомъ или соучастіемъ въ самоубійствѣ».

Но юридическую ошибку этого построенія открыть довольно легко, она заключается въ томъ, что когда идетъ рѣчь объ убійствѣ по согласію, то судъ можетъ и долженъ разсматривать вопросъ не по отношенію къ виновности убитаго, но съ точки зрѣнія убившаго, а очевидно, что онъ является не пособникомъ, не соучастникомъ въ исполненіи чьего либо плана, а главнымъ виновникомъ лишенія жизни. Разумѣется, если исполнителемъ является лицо, находящееся въ состояніи невмѣняемости, или незнающее о свойствѣ совершаемаго имъ акта, или наконецъ стоящее въ такомъ отношеніи къ убитому, что приказъ послѣдняго уничтожаетъ отвѣтственность исполнившаго, какъ, напр., рабы въ древности, и т. п., то въ такомъ случаѣ единственнымъ виновникомъ является приказавшій, и объ отвѣтственности исполнителя не можетъ быть и рѣчи, но эти случаи и не входятъ въ область вопроса, мною разсматриваемаго. Когда мы говоримъ о наказуемости убійства по согласію, то мы предполагаемъ, что лицо обвиняемое находится въ такомъ состояніи, что совершенное имъ можетъ быть ему вмѣнено въ вину, а это условіе и оставляется Эли на второмъ планѣ. Всего нагляднѣе представится намъ невѣрность исходной точки этой теоріи, если мы возьмемъ примѣръ такого рода, гдѣ А, желая воспользоваться имуществомъ Б. находящагося въ ненормальномъ умственномъ положеніи, выманиваетъ у него согласіе на лишеніе жизни; или А, съ этою же цѣлью, пользуется не сумасшествіемъ, а временнымъ печальнымъ настроеніемъ Б. Очевидно, что для опредѣленія отвѣтственности А мы не можемъ выходить изъ разсмотрѣнія поступка, совершеннаго Б. Мы не должны забывать, что изъ самаго факта согласія лица никакъ не можетъ быть выведено, что согласившійся будетъ дѣйствительно интеллектуальнымъ виновникомъ совершившагося дѣянія, а съ

другой стороны, какъ справедливо говоритъ Гельшнеръ, «если мы и примемъ, что въ данномъ случаѣ совершившій можетъ быть разсматриваемъ какъ участникъ самоубійства подстрекателя, то отсюда никакъ не слѣдуетъ, чтобы онъ въ то же время не могъ являться виновникомъ другого дѣянія, въ которомъ подстрекатель является въ свою очередь соучастникомъ».

132. Но если я и считаю убійство по согласію однимъ изъ видовъ убійства, не утрачивающимъ своего преступнаго характера, то отсюда вовсе не вытекаетъ, чтобы я признавалъ его тожественнымъ съ обыкновеннымъ убійствомъ, а собственно въ этомъ-то приравненіи, допускаемомъ нѣкоторыми кодексами, и заключается главный источникъ спора.

Даже теоретики-криминалисты гегелевской школы, твердо стоящіе на томъ положеніи, что согласіе лица не измѣняетъ состава убійства, тѣмъ не менѣе говоря о наказуемости этихъ случаевъ по большей части выдѣляютъ ихъ изъ обыкновеннаго убійства. Дедукція, къ которой они прибѣгаютъ, заключается въ томъ, что такъ какъ убійство есть оскорбленіе общей и частной воли въ ихъ совокупности и такъ какъ при убійствѣ по согласію, предполагая, разумѣется, что это согласіе не было вынуждено, нѣтъ второго элемента, то и наказаніе никогда не можетъ быть назначено въ полной мѣрѣ [35]).

Еще болѣе основаній противъ подобнаго приравненія представляютъ возраженія, дѣлаемыя съ точки зрѣнія преступности воли [36]), въ виду разнообразія оттѣнковъ, являющихся въ случаяхъ этого рода. Въ самомъ дѣлѣ, какъ часто здѣсь можемъ мы встрѣтить, что виновный дѣйствовалъ вовсе не съ намѣреніемъ вредить ближнему, а съ намѣреніемъ оказать благодѣяніе, изъ сожалѣнія, изъ ложно-понятаго чувства чести и т. д.

Возьмемъ для примѣра нѣсколько подобныхъ случаевъ.

---

[35]) См. Бернеръ, Учебникъ, § 83. Кестлинъ, System, стр. 99: das Unrecht wird geringer, als wenn der substantielle und der actuelle Wille der Person zugleich verletzt werden. Онъ впрочемъ приводитъ и другое основаніе—меньшую опасность дѣянія.

[36]) Доказательства этого воззрѣнія собраны еще у Штюбеля, архивъ, IX, стр. 578. Этого же взгляда держится большинство французскихъ криминалистовъ, въ особенности Эли. Противъ: Кестлинъ, в. с. стр. 103. См. также Abegg, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft, 1830, стр. 63.

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 или родные, окружающіе больного, видя его неминуемую смерть, подъ вліяніемъ непрестанныхъ просьбъ больного прекратить его невыносимыя мученія, даютъ ему отраву.

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 другого, но собственная его смерть не воспослѣдовала или по случайнымъ обстоятельствамъ, или потому что у него не достало рѣшимости нанести смертельный ударъ самому себѣ [37]).

Очевидно, что во всѣхъ этихъ случаяхъ особенный характеръ преступной воли заставляетъ насъ не только отнестись снисходительно къ преступнику, но при извѣстныхъ условіяхъ довести эту снисходительность до ея maximum'a. Но предполагая при этомъ

во 1-хъ, что согласіе лица было вполнѣ свободно. Поэтому не можетъ быть и рѣчи о снисхожденіи, какъ скоро оно было вынуждено виновнымъ, или когда онъ воспользовался болѣзненнымъ состояніемъ лица и получилъ его согласіе, чтобы осуществить свой собственный преступный планъ.

во 2-хъ, необходимо, чтобы виновный дѣйствовалъ дѣйствительно изъ такихъ побужденій и поводовъ, которые уничтожали бы опасность или безнравственность совершеннаго имъ факта. Поэтому, если согласіе убитаго и не было вынуждено, но виновный, осуществляя это желаніе, дѣйствовалъ съ злобнымъ или корыстнымъ намѣреніемъ, то нѣтъ основаній и для снисхожденія, такъ какъ причина снисхожденія заключается не въ актѣ согласія а въ меньшей злосности воли.

въ 3-хъ, необходимо, чтобы самая наличность согласія убитаго не подлежала сомнѣнію, такъ какъ практика представляетъ

[37]) См. примѣръ у Миттермайера, в. с., также Ossenbrüggen, Kasuistik des Criminalrechts, 1857. Нельзя не замѣтить, что именно послѣдній изъ приведенныхъ выше примѣровъ весьма близко подходитъ къ случаямъ соучастія въ самоубійствѣ. Стоитъ только представить себѣ, что вмѣсто пистолета влюбленные выбрали ядъ.

намъ нерѣдко примѣры такого рода, что лицо, умышленно и обдуманно совершившее убійство, затѣмъ дѣлаетъ покушеніе на собственную жизнь, чтобы имѣть возможность найти оправданіе въ предполагаемомъ взаимномъ соглашеніи на убійство.

Такимъ образомъ съ теоретической точки зрѣнія *лишеніе жизни съ согласія или по желанію убитаго*, хотя не даетъ права признать всѣ случаи этого рода безнаказанными, такъ какъ согласіе лица при убійствѣ не имѣетъ значенія, но съ другой стороны, при наличности элементовъ, указывающихъ на отсутствіе въ виновномъ намѣренія вредить, желанія нарушить прававой порядокъ, *требуетъ отнестись къ нему съ возможнымъ снисхожденіемъ*.

133. Но положительные кодексы смотрятъ на данный видъ убійства чрезвычайно различно: французское уложеніе, хотя и не содержитъ никакихъ постановленій по данному вопросу, но кассаціонный судъ въ неоднократно повторявшихся своихъ рѣшеніяхъ призналъ убійство по согласію тожественнымъ съ убійствомъ вообще. При этомъ онъ мотивировалъ свое рѣшеніе такимъ образомъ, что такъ какъ лицо, посягающее на существованіе другого дѣйствуетъ съ явнымъ намѣреніемъ лишить жизни и съ сознаніемъ этого посягательства, то, слѣдовательно, данное дѣйствіе заключаетъ въ себѣ всѣ элементы, необходимые для понятія meurtre и assassinat, что ни въ какомъ случаѣ это дѣйствіе не можетъ быть подведено подъ понятіе самоубійства или пособничества къ нему, такъ какъ самоубійство существуетъ только тамъ, гдѣ лицо умерщвляетъ самого себя, а напротивъ того дѣйствіе, при помощи котораго одно лицо умерщвляетъ другое, составляетъ умышленное убійство; что согласіе и просьба лица не могутъ быть даже подведены ни подъ понятіе faits justificatifs, а потому кассаціонный судъ и нашелъ необходимымъ примѣнить здѣсь общія соображенія о томъ, что ни чья частная воля не можетъ сдѣлать дозволеннымъ актъ, караемый закономъ безъ всякихъ дальнѣйшихъ условій [38]).

[38]) Рѣшеніе кассаціоннаго суда 16 н. 1827, 23 і. 1838, 17 іюля и 21 а. 1851, гдѣ и были высказаны приведенные выше мотивы, сообразно съ мнѣніемъ оберъ-прокурора Дюпена. Ср. Blanche, Etudes, т. II, № 46. Элиа. с. т. III, № 1095, сильно протестуетъ противъ этого рѣшенія. За рѣшеніе Trebutien, Cours, т. I, стр. 191.

Такимъ образомъ французская практика пришла къ толкованію, хотя и не противорѣчащему тексту закона, но по соображеніямъ, указаннымъ мною выше, не согласному во многихъ случаяхъ съ требованіями справедливости, чѣмъ и объясняется тотъ постоянный и дружный протестъ, который вызвало это толкованіе и въ литературѣ и въ жизни, въ рѣшеніяхъ присяжныхъ.

Такое же толкованіе даетъ и прусское право Allgemeines preussisches Landrecht ставило эти случаи наравнѣ съ пособничествомъ къ самоубійству, и назначало, какъ и за послѣднее, Zuchthaus отъ 6 до 10 лѣтъ и даже пожизненно. Уложеніе 1851, подобно code pénal, вовсе не упоминаетъ объ этомъ, а практика Ober-tribunal'a приравняла его къ убійству [39]).

Въ этомъ же смыслѣ принимаетъ и австрійское уложеніе, что убійство по требованію или желанію есть одно изъ видовъ Mord, не смотря даже на то, что признаетъ пособничество къ самоубійству вовсе ненаказуемымъ [40]).

Но большинство нѣмецкихъ кодексовъ разсматриваетъ эти случаи какъ особый самостоятельный видъ убійства и эта система заслуживаетъ полнаго предпочтенія.

Такимъ образомъ саксонское уложеніе art. 157 говоритъ: «если кто нибудь совершитъ убійство по ясно выраженному и настоятельному желанію убитаго, то назначается тюрьма или рабочій домъ до 4 лѣтъ». Брауншвейгскій § 147 прибавляетъ къ этому, что «если убитый былъ смертельно раненъ или боленъ, то виновный подлежитъ тюрьмѣ отъ 3 мѣсяцевъ до одного года». Баденъ § 207 увеличиваетъ наказаніе только въ первомъ случаѣ, давая право суду назначать и Zuchthaus до 10 лѣтъ. Тоже начало проводитъ и Виртембергъ § 239.

134. Наше уложеніе также вовсе не упоминаетъ объ убійствѣ по согласію и это умолчаніе должно быть, очевидно, разъяснено

[39]) Рѣшеніе ober-Tribunal'a 18 апр. 1853. 21 м. 1860. См. G. A., V, стр. 326, VIII, 415. По дѣлу Каспарека даже сами судьи выразили протестъ противъ постановленій кодекса, находя ихъ несоотвѣтствующими правому сознанію народа. См. также Abegg. G. A. XIII, стр. 388. Oppenhof, в. с. § 175, пр. 15. Вообще о постановленіяхъ нѣмецкихъ кодексовъ, см. John, Entwurf zu einem Strafgesetzbuche für den norddeutschen Bund. 1868. стр. 430.

[40]) См. Herbst. в. с. § 134. пр. 3.

въ томъ же смыслѣ, какой придаетъ ему практика прусская и французская. По общему правилу согласіе лица на наказуемость никакого вліянія не имѣетъ. Слѣдовательно, законъ долженъ спеціально упомянуть о томъ, что случаи этого рода исключаются изъ общаго правила, а за отсутствіемъ подобнаго указанія самъ судъ отступить отъ закона не можетъ. Это подтверждается еще и тѣмъ, что весьма близко граничащее съ даннымъ преступленіемъ пособничество къ самоубійству наказывается каторжною работою [41]).

Но разумѣется, какъ противъ французскаго, такъ и противъ нашего права можно сдѣлать весьма справедливое возраженіе, что этимъ безразличіемъ оно ставитъ на одну доску случаи весьма различные по своей наказуемости, что оно не обращаетъ вниманія на тѣ факты, гдѣ воля лица, опредѣляясь мотивами, не представляющими ни особой безнравственности, ни опасности для общества, должна бы была вызвать большее снисхожденіе къ виновному.

Въ смыслѣ вышеуказанномъ понимала уложеніе и наша практика, и не придавлаа согласію жертвы при убійствѣ никакого значенія. Любопытный случай въ этомъ отношеніи представляетъ дѣло Кампрада, обвиняемаго въ убійствѣ своей невѣсты Амаліи Іорданъ и въ покушеніи на самоубійство [42]); хотя изъ обстоятельствъ дѣло представлялось весьма вѣроятнымъ, что въ виду несогласія матери Іорданъ на ихъ бракъ и требованія вступить въ бракъ съ другимъ, Амалія сама согласилась на убійство, но правительствующій сенатъ не только подвелъ дѣянія Кампрада подъ понятіе убійства, но и нашелъ даже здѣсь обстоятельства, усиливающія уголовную отвѣтственность, именно предумышленіе и то, что виновный выманилъ свою невѣсту въ сѣни (3 п. 1453). Только черезъ 10 лѣтъ Кампрадъ былъ освобожденъ по Высочайшему прощенію, послѣдовавшему вслѣдствіе предложенія министра юстиціи, который между прочимъ принялъ во вниманіе и то, что 1) Кампрадъ совершилъ преступленіе единственно подъ вліяніемъ

[41]) См. Неклюдовъ въ добавленіяхъ къ Учебнику Бернера. стр. 411.

[42]) См. Ж. М. Ю. 1861. № 6. См. дѣло Манина, С. В. 1869. № 214, обвиняемаго въ нанесеніи ранъ съ цѣлью лишить жизни Аксиньѣ Ивановой, гдѣ также побудительными мотивами была несчастная любовь, и гдѣ, кромѣ того, съ большою вѣроятностью можно было предполагать взаимное согласіе. Въ противоположность Кампраду Манинъ былъ оправданъ присяжными, признавшими, что онъ дѣйствовалъ въ припадкѣ умоизступленія.

любви, ревности и отчаянія, безъ всякихъ низкихъ побужденій, и 2) что одновременно съ убійствомъ Амаліи Іорданъ онъ посягнулъ и на собственную жизнь.

135. Выдѣливъ такимъ образомъ тѣ условія, при которыхъ дѣйствіе лица, не смотря на полную наличность элементовъ, требуемыхъ закономъ для состава убійства, не считается правонарушающимъ, мы переходимъ къ разсмотрѣнію самой отвѣтственности, назначаемой за это преступленіе по закону.

Но какъ въ нашемъ уложеніи, такъ и въ западныхъ кодексахъ мы встрѣчаемъ одно общее явленіе, что законъ, создавъ родовое понятіе убійства, не довольствуется этимъ, а принимаетъ цѣлый рядъ видовыхъ опредѣленій, выдѣляемыхъ изъ родового понятія на основаніи весьма разнообразныхъ признаковъ, или придающихъ факту лишенія жизни особенное тяжкое значеніе и слѣдовательно усиливающихъ наказаніе, или, наоборотъ, вызывающихъ снисхожденіе къ виновному со стороны законодателя.

Такимъ образомъ, когда мы говоримъ, объ отвѣтственности за убійство, то мы можемъ говорить или о наказуемости лишенія жизни вообще, или о наказуемости какихъ либо спеціальныхъ его видовъ. Разборъ послѣдняго вопроса составитъ содержаніе дальнѣйшихъ главъ моего изслѣдованія, въ настоящемъ же раздѣлѣ я обращу вниманіе на отвѣтственность, назначаемую за убійтсво, какъ родовое понятіе.

136. Если лишеніе жизни было результатомъ не только преднидѣннымъ, но и желаемымъ, или другими словами умышленнымъ, если этотъ умыселъ не только обнаружился, проявился, но даже и осуществился, т. е. желаемая смерть лица дѣйствительно воспослѣдовала, и притомъ воспослѣдовала именно отъ дѣйствій лица, съ которыми она находится въ причинной связи, то это умышленное лишеніе жизни и будетъ являться родовымъ типомъ убійства. Но при назначеніи наказанія за него мы видимъ однако всегда и вездѣ извѣстныя подраздѣленія, которыя коренятся главнымъ образомъ въ различномъ характерѣ преступнаго плана, а именно въ большей или меньшей его обдуманности.

Въ области преступной рѣшимости, какъ и въ области всякой другой психической дѣятельности, опредѣляющей наши поступки, мы можемъ прослѣдить весьма много-различныя соотношенія между впечатлѣніемъ, побуждающимъ насъ къ дѣятельности, и самою дѣятельностью, соотношенія, видоизмѣняющіяся не только количественно, но и качественно.

Мы можемъ представить себѣ, что впечатлѣніе, вызвавшее въ насъ извѣстное желаніе и дѣятельность, стремящуюся къ осуществленію этого желанія, было столь неожиданно или столь сильно, что дѣйствіе лица заключаетъ въ себѣ всѣ элементы такъ называемаго рефлективнаго или отраженнаго дѣйствія. Лицо дѣйствующее не только не обдумало поступка, имъ совершаемаго, но даже въ силу этого ненормальнаго раздраженнаго его состоянія, въ силу аффекта его охватившаго не имѣло возможности обдумать совершаемое имъ. Подобное дѣйствіе, совершенное въ состояніи полнаго аффекта, припадка бѣшенства и т. д., какова бы ни была его важность, каковъ бы ни былъ его результатъ, не вмѣняется въ вину. Понятно, что это положеніе примѣняется и къ убійству и лишеніе жизни, совершенное подъ впечатлѣніемъ подобнаго страстнаго, неудержимаго порыва, виновнаго уголовной отвѣтственности не подвергаетъ.

Но подобное состояніе аффекта является по общему правилу причиною невмѣняемости только тогда, когда оно достигло своего апогея. Мы можемъ себѣ представить рядъ другихъ случаевъ, въ которыхъ также дѣйствіе лица опредѣляется подъ вліяніемъ волненія или раздраженія, но не достигшаго тѣхъ размѣровъ, при которыхъ оно считается причиною, уничтожающею вмѣняемость. Подобный характеръ преступной воли и составляетъ первую ступень наказуемаго лишенія жизни — убійство, совершенное подъ вліяніемъ раздраженія или запальчиности.

Вторую степень занимаютъ тѣ случаи, гдѣ умыселъ, возникающій подъ вліяніемъ какого либо побужденія, складывается въ совершенно нормальномъ и хладнокровномъ состояніи духа, но приводится въ исполненіе немедленно по его возникновеніи, такъ что лицо не имѣетъ времени для его тщательнаго и всестороннаго обсужденія.

Эти два вида внезапно возникшаго и немедленно приводимаго въ исполненіе умысла противополагаются высшей формѣ преступной воли, умыслу заранѣе обдуманному, или предумышленію, гдѣ виновный дѣйствовалъ не подъ вліяніемъ страсти или неудержимаго порыва, но послѣ болѣе или менѣе тщательный оцѣнки составленнаго имъ плана [43]).

[43]) Ср. Эли,. в. с. т. III, № 1082.

Такимъ образомъ, мы можемъ различать по характеру умысла два главные вида преступнаго лишенія жизни убійство съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ и укійство по умыслу, возникшему внезапно и необдуманно. Причемъ этотъ послѣдній видъ распадается на два подраздѣленія: на умыселъ, немедленно выполненный, но возникшій въ состояніи хладнокровномъ, и умыселъ, созданный подъ вліяніемъ запальчивости и раздраженія, не достигшихъ еще однако той степени, при которой, уничтожая самую возможность дѣятельности сознательной, они становятся причинами, уничтожающими вмѣняемость преступленія.

Но и при убійствѣ, совершенномъ въ запальчивости и раздраженіи, мы можемъ сдѣлать еще одно подраздѣленіе, именно обратить вниманіе на самый характеръ тѣхъ причинъ и обстоятельствъ, которыя вызвали это аффектированное состояніе, имѣя въ виду, что чѣмъ извинительнѣе, или если можно такъ выразиться, законнѣе раздраженіе, тѣмъ снисходительнѣе долженъ отнестись законъ къ виновному. Съ этой стороны особенно выдѣляетъ и теорія и положительное право тѣ случаи, гдѣ раздраженіе было вызвано самимъ пострадавшимъ (provocátio), нанесенною имъ виновному обидою или насильственными дѣйствіями.

137. Это дѣленіе, какъ я замѣтилъ, принимается не только теоріею, но играетъ весьма важную роль и въ положительныхъ законодательствахъ, гдѣ оно составляетъ главный, а иногда даже и исключительный признакъ дѣленія убійства на виды, по степени ихъ наказуемости [44]), хотя нельзя, впрочемъ, не прибавить, что подобное значеніе получило это дѣленіе только въ новѣйшее время, такъ старое право, употребляя тѣ же термины Mord, Assassinat, придавало имъ совершенно иное значеніе. Поэтому «Mord» въ

[44]) См. Mittermaier, die Lehre vom Morde und Todtschlag nach preussischen Strafgesetzbuch, verglichen mit den Bestimmungen anderer Gesetzgebungen und geprüft nach den Forderungen der Gerechtigkeit. G. A. B. II стр. 141, 285. У него собраны здѣсь также и постановленія итальянскаго, испанскаго, португальскаго, англійскаго и сѣверо-американскаго правъ, равно какъ и мнѣнія разныхъ писателей о недостаткахъ этого дѣленія. Schäffer, Betrachtungen über das Charakteristische des Mordes und Todtschlags. A. d. cr. R. 1853, стр. 32 и сл. Schwarze, die Verbrechen des Mordes und Todtschlags. Gerichtssaal 1859, стр. 321, 1860, стр. 51. См. у него рядъ любопытныхъ примѣровъ обоихъ видовъ убійства.

старо-нѣмецкомъ правѣ означало всякое тайное убійство, какъ напр. сопровождавшееся скрытіемъ трупа, и противополагавшееся открытому (offener) убійству, совершенному изъ побужденій ненависти, гнѣва, мщенія [45]). Точно также и въ правѣ французскомъ «assassinat» означало убійство по найму, и только въ XVII столѣтіи, какъ напр. въ ордонансѣ 1670 года, оно получило значеніе убійства предумышленнаго.

Что касается до законодательствъ нынѣ дѣйствующихъ, то особеннаго вниманія заслуживаютъ въ этомъ отношеніи система, принятая въ французскомъ правѣ.

Умышленное убійство (homicide volontaire) [46]) носитъ въ code pénal техническое названіе *meurtre*. Отъ него требуетъ законъ: во 1-хъ, наличности намѣренія лишить себя жизни и въ этомъ отношеніи противополагаетъ meurtre и homicide involontaire; а во 2-хъ, требуетъ, чтобы это намѣреніе было противозаконно, чѣмъ meurtre и отличается отъ homicide légale ou légitime.

Такимъ образомъ meurtre является родовымъ типомъ убійства, за которое законъ назначаетъ travaux forcés à perpétuité (соотвѣтствующее каторжной работѣ безъ срока).

Meurtre можетъ получить различную квалификацію отъ обстоятельствъ, характеризующихъ умыселъ, отъ образа дѣйствій виновнаго, отъ личныхъ отношеній и т. д., такъ что всѣ эти квалифицированные случаи являются *исключеніемъ* изъ общаго родового понятія, спеціальными видами убійства.

Къ числу подобныхъ обстоятельствъ относитъ законъ и со-

[45]) Или какъ говорили старые памятники: per inimicitiam, vel invidiam, in re sua violenter resistens и т. д. Ср. Миттермайеръ, в. с. стр. 146. У итальянскихъ юристовъ встрѣчается дѣленіе какъ по мотивамъ, такъ и по степени обдуманности, homicidium deliberatum ex proposito, h. dolosum simplex. То же явленіе можно замѣтить и въ старо-англійскомъ правѣ. Ср. Стифенъ. Уголовное право Англіи. 1865, стр. 55.

[46]) На началахъ французскаго права построено и новѣйшее бельгійское уложеніе 1867 г., но оно между прочимъ опредѣляетъ и самое понятіе умышленности при убійствѣ: ст. 392 говоритъ: «Убійство считается умышленнымъ, когда оно совершено съ намѣреніемъ посягнуть на жизнь опредѣленнаго лица, или того, котораго виновный найдетъ или встрѣтитъ, хотя бы это намѣреніе было поставлено въ зависимость отъ какихъ либо обстоятельствъ или условій и хотя бы виновный ошибся въ личности того, кто былъ жертвою преступленія».

вершеніе убійства съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ, съ которымъ наравнѣ ставитъ онъ также убійство изъ засады.

«Meurtre commis avec préméditation ou de guet apens est qualifié *assassinat*».

Причемъ главнымъ элементомъ является здѣсь обдуманность намѣренія, такъ какъ убійство изъ засады, когда виновный подстерегалъ свою жертву, является однимъ изъ частныхъ случаевъ предумышленности, перешедшемъ, въ видѣ наслѣдія, изъ стараго права, по которому:

«animus praemeditatus occidendi praesumitur in eo, qui posuit se insidiis, ut hominem occiderit» [47]).

Assassinat, или убійство съ заранѣе обдуманнымъ намѣреніемъ влечетъ за собою смертную казнь.

Въ этомъ общемъ дѣленіи законъ не обращаетъ вниманія на то, въ какомъ состояніи находился преступникъ въ моментъ возникновенія преступнаго умысла, но это не значитъ, чтобы онъ не придавалъ никакого значенія запальчивости или раздраженію. Въ этомъ отношеніи code pénal различаетъ особенную форму убійства — homicide excusable, не оправдываемое (какъ напр. homicide légale), а только извиняемое, гдѣ наказаніе смягчается и въ весьма значительныхъ размѣрахъ.

Homicide excusable существуетъ по французскому праву тогда, когда оно было вызвано самимъ пострадавшимъ — excuse de provocation. Эта provocation — возбужденіе къ совершенію преступленія, можетъ заключаться: въ насиліяхъ надъ личностью — coups et violences graves envers les personnes, поэтому не всякая бида, а только насилія могутъ быть причиною, извиняющею самое лишеніе жизни нападающаго; обида словомъ, клевета, словесная угроза, если онѣ произвели болѣе или менѣе сильное впечатлѣніе на дѣйствующаго, могутъ разсматриваться, какъ circonstances attenuantes, но не какъ excuse légale. Съ другой стороны, это насиліе не должно переходить въ нападеніе на личность, такъ какъ тогда

[47]) См. Эли, в. с., т. III, № 1081. На этомъ основаніи кассаціонный судъ нашелъ, что рѣшеніе присяжныхъ, на основаніи котораго подсудимый признанъ дѣйствовавшимъ avec guet apens, mais sans préméditation, содержитъ противорѣчіе, уничтожающее въ немъ силу судебнаго рѣшенія. Ново-бельгійское уложеніе сохранило только одно условіе для assassinat — предумышленность (art. 394).

provocation переходитъ въ необходимую оборону, которая уже составляетъ fait justificatif. Далѣе это насиліе должно разумѣется быть беззаконно, оно должно относиться къ лицамъ, а не къ вещамъ или животнымъ, поэтому ударъ, нанесенный собакѣ, никогда не можетъ быть причиною provocation, но за то это насиліе можетъ быть причинено какъ самому лицу, отплатившему убійствомъ, такъ и другимъ, хотя бы даже и постороннимъ лицамъ. Съ этой стороны вѣрно замѣчаетъ Эли, «что если оскорбленіе нанесено намъ лично, то мы можемъ часто найти въ насъ достаточно силы, чтобы пренебречь обидою, но намъ бы казалось подлостью допустить оскорбленіе существа, которое намъ дорого». Наконецъ, самая матеріальная сила, степень боли, также существеннаго значенія не имѣетъ, и напр. пощечина всегда разсматривается какъ provocation grave.

Далѣе provocation можетъ состоять въ оскорбленіи чувства стыдливости, violent outrage la pudeur, хотя при убійствѣ оно также входитъ въ число violences graves и законъ спеціально упоминаетъ о немъ только говоря о crime de castration.

Provocation существуетъ при защитѣ домоваго права и неприкосновенности жилища, если нападеніе дѣлается днемъ (en repoussant pendant le jour l'escalade ou l'effraction des murs, des clotures ou de l'entrée d'une maison), если же нападеніе было сдѣлано ночью, то убійство при отраженіи нападенія разсматривается, какъ fait justificatif.

Наконецъ, excuse de provocation существуетъ въ томъ случаѣ, когда убійство было совершено супругомъ надъ супругою или ея ночью, соучастникомъ, захваченными въ прелюбодѣяніи (dans le cas de flagrant délit d'adultére).

Впрочемъ послѣдняя причина, извиняющая убійство, имѣетъ въ практикѣ гораздо болѣе значенія, а потому и заслуживаетъ нѣсколько болѣе подробнаго разсмотрѣнія [48]).

Юридическое основаніе этихъ постановленій, встрѣчающихся еще въ правѣ римскомъ, заключается въ существѣ того раздраженія или аффекта, которымъ опредѣляются дѣйствія виновнаго.

Въ римскомъ правѣ отецъ имѣлъ право убить дочь, находя-

[48]) Ср. въ особенности Эли, в. с., т. IV, № 1306 и сл. Бернеръ, учебникъ, въ русскомъ переводѣ стр. 123. Для исторіи этого вопроса. München, das canonische Strafrecht 1866 т. II, стр. 374. Abegg, Untersuchungen, стр. 155—180.

щуюся еще въ его власти (patria potestas), хотя бы и замужнюю и ея совиновника, пойманныхъ in ipsis rebus Veneris, причемъ законъ прощалъ виновнаго, если были убиты оба, или была убита дочь, а если былъ убитъ только одинъ сообщникъ, а дочь была пощажена отцомъ, то виновный подлежалъ дѣйствію Lex Cornelia de sicariis, и кромѣ того, убійство должно было быть совершено въ домѣ самого виновнаго или его зятя.

По отношенію же къ мужу, убившему жену, пойманную in flagranti, законъ хотя и не освобождалъ его отъ отвѣтственности, но значительно смягчалъ наказаніе, указывая и на основаніе этого смягченія:

«ultimum supplicium remitti potest, cum sit difficillimum justum dolorem temperare».

Но если прелюбодѣй былъ низшаго состоянія или подвергся infamia, то убійство дѣлалось даже безнаказаннымъ.

Вмѣстѣ съ видоизмѣненіемъ существа семейнаго союза, и въ особенности отношеній родителей и дѣтей, право отца надъ дѣтьми, извиняющее самое убійство, исчезло, но право мужа, какъ мы уже видѣли, признается и дѣйствующими кодексами.

Приэтомъ code pénal требуетъ наличности двухъ условій, чтобы убійство было совершено при самомъ преступленіи и супружескомъ домѣ. Что касается до перваго, то даже и по смыслу закона онъ вовсе не требуетъ захвата in ipso actu, а только нахожденія въ такомъ положеніи, которое бы не оставляло сомнѣнія въ существованіи преступныхъ отношеній—Solus cum solo in eodem lectu. При этомъ законъ повторяетъ и то начало римскаго права, которое не находитъ себѣ оправданія при современномъ строѣ общественныхъ отношеній, а именно, что эта извиняющая причина убійства существуетъ только для мужа, но не для жены. Такимъ образомъ, если мужъ введетъ любовницу въ домъ, и жена, заставъ его en flagrant déli, посягнетъ на его жизнь, то это убійство не можетъ быть отнесено къ числу извиняемыхъ, хотя, по вѣрному замѣчанію Эли, сила оскорбленія и слѣдовательно его вліяніе на преступную рѣшимость можетъ быть еще значительнѣ [49]).

Впрочемъ, практика идетъ въ этомъ отношеніи гораздо далѣе и не только присяжные даютъ оправдательный приговоръ при об-

[49]) Съ этой стороны совершенно вѣрно распространилъ это смягченіе на обоихъ супруговъ ново-бельгійскій кодексъ, art. 413.

виненіи въ преступленіяхъ этого рода, но и расширяютъ самое понятіе подобныхъ извиняющихъ обстоятельствъ [50]).

Во всякомъ случаѣ подобная excuse de provocation существуетъ только при meurtre, а не при assassinat, относительно котораго законъ постановляетъ:

«assassinat n'est pas excusable».

На томъ основаніи, что побои, насилія и т. п. тогда только извиняютъ убійство, когда они производятъ затемнѣніе разсудка, а это условіе не можетъ быть предполагаемо, какъ скоро между моментомъ нанесенія обиды и убійствомъ прошелъ болѣе или менѣе продолжительный періодъ времени.

Точно также извиняющія обстоятельства утрачиваютъ свое значеніе при нѣкоторыхъ спеціальныхъ видахъ убійства, какъ напр. при отцеубійствѣ, супругоубійствѣ.

Во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ, признаніе excuse légale имѣетъ огромное вліяніе на наказуемость, такъ что пожизненную каторгу замѣняетъ тюремное заключеніе (emprisonnement) не свыше 5 лѣтъ.

138. Что же касается до нѣмецкаго права, то въ основу ученія о раздѣленіи убійства на нѣсколько видовъ, легло дѣленіе высказанное еще въ каролинѣ и точно формулированное уже въ баварскомъ уложеніи 1813 года, которое постановляло слѣдующее:

Mord — признается причиненіе смерти, замышленное съ обдуманностью (mit Vorbedacht geschlossener) или выполненное съ разсчетомъ или хладнокровіемъ (oder mit Ueberlegung ausgeführter Tod).

Todtschlag — признается причиненіе смерти безъ обдуманности и разсчета, но въ возбуждающемъ жару гнѣва (in aufwallender Hitze des Zorns).

Причемъ уже въ мотивахъ было указано, что гнѣвъ приводится въ послѣднемъ опредѣленіи только для примѣра, что такое же значеніе имѣютъ: любовь, негодованіе, самолюбіе и другіе аффекты.

[50]) Такимъ образомъ homicide excusable признается и въ томъ случаѣ, гдѣ хотя виновная и не была захвачена на мѣстѣ преступленія, но мужъ дѣйствовалъ подъ вліяніемъ несомнѣннаго убѣжденія въ ея виновности. Весьма любопытный примѣръ этого рода представляетъ дѣло банкира Патри, разсматривавшееся въ маѣ 1869 года.

Но, впрочемъ, эта система удержалась далеко не во всѣхъ кодексахъ, которые теперь могутъ быть сведены къ тремъ группамъ [51]).

1) Первую группу составляютъ кодексы, принявшіе систему, по своимъ основаніямъ сходную съ французской, а именно: саксонскій § 155—156, прусскій § 175—176, ольденбургскій 157—158, баварскій 1861 г. § 228—229, германскій § 211—212. Всѣ они признаютъ какъ родовое понятіе убійства—Todtschlag, т. е. всякое умышленное лишеніе жизни, и какъ спеціальный его видъ, убійство съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ — Mord; первое влечетъ заключеніе въ Zuchthaus, отъ 8 до 30 лѣтъ (Саксонія); пожизненное (Пруссія); отъ 12—20 (Баварія). Mord во всѣхъ этихъ кодексахъ влечетъ за собою смертную казнь. При этомъ, слѣдовательно, Todtschlag, также какъ и meurtre французскаго права, охватываетъ собою умыселъ внезапный, возникшій подъ вліяніемъ запальчивости и раздраженія, или же въ хладнокровномъ состояніи духа. Но всѣ эти кодексы при этомъ выдѣляютъ тѣ случаи, гдѣ раздраженіе было вызвано пострадавшимъ. Если, именно, какъ говоритъ, напр., прусскій кодексъ: убійца, безъ всякой вины со своей стороны, былъ приведенъ въ состояніе раздраженія тяжкою обидою или насиліемъ (Misshandlung), причиненнымъ ему самому или близкимъ его лицамъ, и если онъ немедленно выполнилъ преступное намѣреніе. Въ этомъ случаѣ назначается тюрьма отъ 2 — 5 лѣтъ (Пруссія) [52]), рабочій домъ не менѣе 1 года (Саксонія), Zuchthaus отъ 2—8 или тюрьма отъ 2—5 лѣтъ (Баварія).

2) Другую группу составляютъ кодексы, сохранившіе постановленія старо-баварскаго уложенія и не представляющіе поэтому родового опредѣленія даннаго преступленія, а только опредѣленія видовыя, сюда относятся кодексы виртембергскій ст. 237 и 243, брауншвейгскій § 145 — 146, и отчасти баденскій §§ 203, 205, 209.—Они опредѣляютъ Todtschlag, какъ убійство, совершенное

[51]) См. Миттермайеръ, в. с. стр. 159. Въ особенности же John. О предумышленномъ или непредумышленномъ убійствѣ по нѣмецкимъ законодательствамъ. Перев. въ Ж. М. Ю. 1866, № 11, 12. Его же Entwurf zu einem Strafgezetzbuche für den norddeutschen Bund. 1868, стр. 41.

[52]) См. Oppenhof, в. с. § 177. Убійство супруга, захваченнаго въ прелюбодѣяніи, подводится также подъ дѣйствіе § 177.

безъ предумышленія, а задуманное и выполненное *въ состояніи страсти*, (аффекта) и Mord, какъ убійство, учиненное съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ, съ заранѣе принятою рѣшимостью, а нѣкоторые кодексы съ обдуманнымъ выполненіемъ [53]) Ихъ главный недостатокъ и состоитъ именно въ томъ, что такимъ образомъ тѣ виды умысла, гдѣ нѣтъ ни предумышленія, ни аффекта, прямо не подходятъ ни подъ одно изъ этихъ постановленій. Кодексъ же баденскій хотя содержитъ въ статьѣ 203 постановленіе о Tödtung, какъ о понятіи, охватывающемъ всѣ виды лишенія жизни: умышленное и неосторожное, но по отношенію къ умышленному не знаетъ какого либо общаго опредѣленія, и держится той же системы, какъ и виртембергскій, и кромѣ того при предумышленномъ убійствѣ различаетъ умыселъ опредѣленный и неопредѣленный. Предумышленное убійство и въ этихъ кодексахъ влечетъ за собою смертную казнь, а убійство въ аффектѣ (Todtschlag). Zuchthaus отъ 8—20; или Arbeitshaus 8—12 (Баденъ); Kettenstrafe отъ 7—15 лѣтъ (Брауншвейгъ); Zuchthaus отъ 10—25 (Виртембергъ). При чемъ и въ этихъ кодексахъ вызовъ со стороны пострадавшаго служитъ причиною особаго смягченія.

3) Третью группу представляетъ въ этомъ отношеніи Австрія [54]), которая стоитъ совершенно особнякомъ и опредѣляетъ въ § 134:

«Кто дѣйствуетъ противъ другого съ намѣреніемъ лишить его жизни и выполнитъ намѣреніе, тотъ признается виновнымъ въ Mord», или, другими словами, опредѣляетъ Mord, какъ всякое умышленное убійство. А такъ какъ оно и въ этомъ случаѣ назначаетъ уже смертную казнь, то затѣмъ вопросъ о предумышленности никакого существеннаго значенія не имѣетъ.

Todtschlag же опредѣляется въ § 140: «если дѣяніе, отъ котораго послѣдовала смерть человѣка, совершено было хотя и

[53]) Въ этомъ и состоитъ главное различіе терминовъ: Vorbedacht—обдуманность умысла и Ueberlegung — обдуманность исполненія. Очевидно, что второе условіе существеннаго значенія не имѣетъ, такъ какъ оно можетъ существовать въ большей или меньшей степени и при всякомъ умышленномъ убійствѣ. Ср. John, в. с. стр. 541. Ср. Герм. код. § 211.

[54]) См. Herbst, в. с. § 134. Въ проектѣ 1866 было предложено опредѣлять Mord, какъ всякое умышленное убійство и Todtschlag, какъ убійство въ раздраженіи (im heftigen Gemüthszustande).

безъ намѣренія лишить его жизни, но тѣмъ не менѣе съ другимъ какимъ либо относительно его враждебнымъ намѣреніемъ, то такое преступленіе составляетъ Todtschlag», или, другими словами, Todtschlag обозначаетъ убійство безъ прямого на то умысла.

Такъ что такимъ образомъ при этомъ дѣленіи убійства австрійское уложеніе обращаетъ вниманіе не на степень обдуманности плана, а на большую или меньшую опредѣленность цѣли [55]).

139. Наше старое право также, подобно германскому, выработало прежде всего различіе въ степени отвѣтственности за убійство по мотивамъ или побудительнымъ причинамъ преступленія. Такимъ образомъ уже русская правда различала:

«аже боудетъ оубилъ, аже въ свадѣ или на пироу явлено»,

отъ другого случая:

«боудетъ ли стоялъ на разбоѣ безо всякыя свады.»

и изъ этого понятія и развилось то дѣленіе убійства, которое мы встрѣчаемъ въ эпоху судебниковъ, въ уставной книгѣ разбойнаго приказа и особенно подробно въ уложеніи 1649 [56]).

«А убьетъ до смерти боярской человѣкъ—боярскаго же человѣка и того убойцу пытати которымъ обычаемъ убойство учинилося, умышленіемъ ли или пьянымъ дѣломъ, а неумышленіемъ; а будетъ убойца начнетъ говорить съ пытки, что убилъ не умышленіемъ въ дракѣ, пьянымъ дѣломъ и того убойцу, *бивъ кнутомъ*, и дати на чистую поруку съ записью, что ему предь такъ не воровати.

А кто кого убьетъ съ умышленія, и сыщется прото допряма, что съ умышленія убилъ, и такова убойцу самаго казнить смертію.»

Отличая отъ этихъ видовъ тѣ случаи, гдѣ убійство учи-

---

[55]) Право англійское дѣлитъ убійство на два вида: Murder—убійство съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ и Manslaugter—убійство непредумышленное, хотя, впрочемъ, кромѣ степени обдуманности въ этомъ дѣленіи играютъ роль и мотивы, почему для murder требуется злостная предумышленность. См. Стифенъ. Уголовное право Англіи 1856, стр. 148. Stephen, Handbuch des englischen Strafrechts ub. Mühry 1843, стр. 216.

[56]) Ср. Власьевъ, о вмѣненіи по началамъ теоріи и древняго русскаго права, 1860, ст. 179, 210, 228. Колосовскій, вмѣненіе смертоубійства по уложенію царя Алексѣя Михайловича. Архивъ Калачова 1859, книга 3 № III.

нилося не нарочно, грѣшнымъ дѣломъ, безъ умышленія, и гдѣ виновному никакого наказанія чинить не велѣно [57]).

Воинскій уставъ 1716, въ нѣмецкомъ обозначеніи главы XIX—употреблялъ выраженіе von Mord und Todtschlag, но въ русскомъ переводѣ это заглавіе было общимъ названіемъ: «о неумышленномъ убійствѣ», и дѣйствительно самое опредѣленіе убійства, которое давалъ артикулъ 154, устраняло возможность дѣленія въ томъ смыслѣ, какъ дѣлаютъ современные кодексы. Законъ постановлялъ: «кто кого волею и нарочно, безъ нужды и безъ смертнаго страха умертвитъ, или убьетъ его, такъ что тотъ оттого умретъ, онаго смерть паки отмстить, и безъ всякой милости оному голову отсѣчь» и самое слово Todtschlag употребляется безразлично и для означенія убійства умышленнаго (art 155 и 157) и неосторожнаго, «когда учинится смертный убой, хотя ненарочно и не волею» (Geschiehet ein Todtschlag въ нѣмецкомъ текстѣ) [58]) и даже случайное (art. 159). Слово же Mord употребляется только въ артикулѣ 163, гдѣ говорится о квалифицированныхъ видахъ убійства.

Въ уставѣ морскомъ 1720 г., гл. XV, ст. 105, появляется уже первая попытка различить наказаніе убійства по степени обдуманности плана.

«Всѣ убійцы или намѣренные къ убивству будутъ казнены смертью.

Толкованіе: убивство двоякое есть: одно безъ вымысла во вре-

---

[57]) Въ отдѣльныхъ же указахъ начинаетъ появляться и различіе убійства по степени обдуманности плана. Такъ въ любопытномъ указѣ 27 февраля 1657 (П. С. З. т. I. № 203) мы находимъ: «кто съ кѣмъ побранятся, пьянымъ дѣломъ, и тогожъ дня дождався на дорогѣ обьетъ того, съ кѣмъ бранился въ пьянствѣ, до смерти: и ему то въ умышленіе-ль ставить, или не въ умышленіе, того въ государевѣ указѣ не написано. Да убойцы жъ въ распросѣ и съ пытокъ говорятъ сами на себя, что они убили пьянымъ дѣломъ или въ дракѣ, а не умышленіемъ; а кого убили и съ тѣхъ побитыхъ имали деньги и платье, а у иныхъ лошади, и тѣмъ убойцамъ, то убивство въ умышленіе-ль ставить или не въ умышленіе того въ Государевѣ указѣ не написано. Велѣно бивъ кнутомъ и уши рѣзавъ ссылать на украину»; между тѣмъ какъ убійство въ разбоѣ влекло смерть. Впрочемъ и въ данномъ случаѣ въ новоуказанныхъ статьяхъ къ уложенію была уже назначена смертная казнь.

[58]) См. объ употребленіи въ подобномъ же разнообразномъ значеніи слова Todtchlag въ эпоху Каролины и саксонскихъ правъ у Birnbaum'a über die verschiedenen Arten strafbarer Tödtung und ihr Zusammenfassen in einem Gattungsbegriffe. A. d. Cr. R. XIII, 88, 249, 422.

мя драки, другое же съ вымысла, коли противникъ ничего ему не дѣлаетъ... тоже разумѣется и о тѣхъ, которые хотя не ружьемъ, а отравою убивство учинятъ или учинить намѣрены.

А за *нечайное* убивство и невымышленное, смертная казнь, или иное на тѣлѣ наказаніе, или сосланіе на галеры дается на расужденіе воинскаго суда».

Также не ясно выставлено это дѣленіе въ проектѣ 1813 г., не смотря даже на многочисленность статей, сюда относящихся. Проектъ раздѣлялъ убійство на четыре вида: умышленное, неумышленное, нечаянное, безвинное.

Относительно перваго ст. 333 постановляла: «за умышленнаго смертоубійцу почитается, кто съ волею *и приуготовленіемъ* умертвилъ другаго, или, будучи въ семъ намѣреніи, учинилъ такой поступокъ, отъ котораго смерть другому послѣдовала, за это преступленіе назначалась гражданская и политическая смерть втораго разряда» (по § 39).

«За неумышеннаго смертобуійцу почитать того, кто, хотя не желалъ умертвить другаго, но имѣвъ намѣреніе вредить ему, дѣяніями своими лишилъ его жизни».

Слѣдовательно, элементъ приготовленія къ преступленію, соотвѣтствующій понятію предумышленности и внесенный въ опредѣленіе умышленнаго убійства, существеннаго значенія не имѣлъ, такъ какъ въ это понятіе проходилось включить и тѣ случаи, гдѣ убійство совершено умышленно, но безъ предумышленія.

Это же смѣшеніе существовало и въ сводѣ законовъ 1832. Допуская различіе убійства умышленнаго съ одной и неосторожнаго и случайнаго съ другой, онъ въ области умышленнаго убійства не дѣлалъ никакихъ подраздѣленій по характеру самаго умысла,

140. Впервые такимъ образомъ дѣленіе, разсматриваемое мною, появляется въ надлежащей полнотѣ въ уложеніи 1845 года.

Ст. 4, по изданію 1866 г., постановляетъ: «въ преступленіяхъ и проступкахъ умышленныхъ различаются двѣ степени: 1) когда противозаконное дѣяніе учинено вслѣдствіе не внезапнаго, а заранѣе обдуманнаго намѣренія или умысла; 2) когда оное учинено хотя и съ намѣреніемъ, но по внезапному побужденію безъ предумышленія.

При убійствѣ же взконъ различалъ:

Убійство съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ или умысломъ, при которомъ виновный подвергается:

лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ къ каторжную работу въ рудникахъ на время отъ двѣнадцати до пятнадцати лѣтъ (ст. 1454), (отъ 15-20) по закону 1871 года и убійство въ запальчивости.

«Кто учинитъ убійство, хотя и безъ обдуманнаго заранѣе намѣренія или умысла, въ запальчивости или раздраженіи, но однакоже и не случайно, а зная, что онъ посягаетъ на жизнь другого, тотъ приговаривается:

къ лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ къ каторжную работу въ крѣпостяхъ на время отъ 10 до 12 лѣтъ» (ст. 1455).

Поэтому рождался спорный вопросъ: подъ какую же изъ статей уложенія должны были быть подводимы случаи этого рода? Разрѣшеніе этого могло быть сдѣлано отчасти на основаніи буквальнаго ихъ текста, а отчасти при помощи историческаго разъясненія.

Что касается до перваго, то мы видимъ, что ст. 1454 требуетъ для своего примѣненія одного только условія: обдуманнаго заранѣе намѣренія и отсутствіе этого признака въ приведенныхъ выше примѣрахъ, исключаетъ возможность примѣненія къ нимъ этой статьи. Что же касается до статьи 1455, то она, по справедливому указанію г. Арсеньева, опредѣляется наличностью нѣсколькихъ признаковъ: отсутствіемъ заранѣе обдуманнаго намѣренія на убійство, знаніемъ что посягаешь на жизнь другого, запальчивостью или раздраженіемъ. Изъ нихъ два первые существуютъ и при хладнокровно составленномъ, но не обдуманномъ умыслѣ, а послѣдній можетъ разсматриваться, какъ признакъ второстепенный, имѣющій только характеръ примѣра, какъ бы поясняющаго первый признакъ.

Это подтверждается и историческимъ толкованіемъ. Въ объясненіяхъ редакторовъ проекта къ статьѣ 1454 было сказано: «При изложеніи правилъ о наказаніи за всѣ другіе виды умышленнаго убійства, мы принимали *основаніемъ постановленія общей части* о мѣрѣ наказанія, по мѣрѣ умышленности въ преступленіи. Злодѣй, который, имѣя намѣреніе совершить убійство, прежде исполненія онаго придумывалъ и приготовлялъ всѣ нужныя для того средства, избиралъ мѣсто и время, или же ожидалъ удобнаго къ этому случая, безъ сомнѣнія ожесточеннѣе и виновнѣе того, который совершаетъ убійство внезапно, по первому на оное побужденію, можетъ быть нерѣдко и потому, что увлекаемый преступнымъ порывомъ страсти, овладѣвшей слабою душею его, онъ не

успѣлъ почувствовать гнусности намѣренія своего и, такъ сказать, прислушаться къ гласу своей совѣсти. Почему мы вездѣ и особенно въ статьяхъ объ убійствѣ, различаемъ преступленіе, совершенное съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ или умысломъ отъ тѣхъ, которыя учинены, *хотя и умышленно, но безъ обдуманнаго заранѣе намѣренія*, и за сіи послѣднія полагаемъ наказанія менѣе строгія». Далѣе въ объясненіяхъ на ст. 1455 также заявлено, что въ сей статьѣ говорится объ умышленномъ, но не предумышленномъ убійствѣ, т. е. совершенномъ безъ обдуманнаго заранѣе намѣренія. А «изъ соображенія всего вышеприведеннаго несомнѣнно слѣдуетъ, что въ ст. 1455 законодатель хотѣлъ опредѣлить убійство умышленно, но не предумышленное, и выраженіе «въ запальчивости и раздраженіи» поставилъ только какъ примѣръ, но не какъ нѣчто такое, что исчерпываетъ понятіе объ убійствѣ умышленномъ» [60]).

Въ этомъ смыслѣ разрѣшала данный вопросъ и наша практика, какъ старая, такъ и новая.([61] И наконецъ въ этомъ же смыслѣ данный вопросъ былъ разрѣшенъ новымъ постановленіемъ объ убійствѣ закона 3 апрѣля 1871 года.

Статья 1455 въ новой ея редакціи различаетъ:

1) Убійство умышленное, но безъ обдуманнаго заранѣе намѣренія, назначая въ этихъ случаяхъ каторж. работу отъ 12 — 15 лѣтъ, или отъ 15—20, если совершено съ отягчающими обстоятельствами.

2) Убійство, учиненное хотя не случайно, но въ запальчивости и раздраженіи, особливо когда раздраженіе вызвано было насильственными дѣйствіями или тяжкимъ оскорбленіемъ со стороны убитаго—каторжная работа отъ 4 — 12 лѣтъ или ссылка на поселеніе.

141. Но установивъ такимъ образомъ основные виды умышленнаго убійства, мы должны поподробнѣе остановиться на каждомъ изъ нихъ въ отдѣльности и прежде всего на разграниченіе предумышленнаго и внезапнаго умысла, и разсмотрѣть тѣ условія, которыми характеризуются эти понятія.

А. Наличность запальчивости и раздраженія никакимъ образомъ не исключаетъ предвидѣнія наступленія извѣстныхъ послѣдствій и желанія ихъ, какъ составныхъ элементовъ каждаго

[60]) Лохвицкій, в. с. стр. 497.

[61]) См. Ж. М. Ю. 1866 № 3. Ср. К. р. 1868, № 567 и 1869, № 1057.

умысла. Этв выражается въ уложеніи категорически требованіемъ, чтобы виновный дѣйствовалъ не случайно, а зная, что онъ посягаетъ на жизнь другого. Этимъ и отличается этотъ видъ убійства отъ неосторожнаго лишенія жизни. Состояніе аффекта уничтожаетъ только обдуманность соотвѣтствія средствъ и цѣли, и отношенія дѣянія къ нравственнымъ и правовымъ обязанностямъ человѣка, равно какъ и обдуманность въ составленіи плана, но вовсе не исключаетъ сознанія и желанія наступившихъ послѣдствій.

Б. Раздраженіе и запальчивость, являясь обстоятельствомъ въ извѣстныхъ размѣрахъ уменьшающимъ вину, составляютъ элементъ, заключающійся въ самомъ преступникѣ, въ его волѣ. Поэтому, по общему правилу, совершенно безразлично, обрушилась ли досада или месть лица на того, кто возбудилъ это раздраженіе, или, общнѣе, былъ его прямою или косвенною причиною, или же объектомъ преступленія было лицо нисколько этому не причастное. Если жена, поссорившись жестоко съ мужемъ, подъ вліяніемъ этого раздраженія, чтобы выместить свою злобу, убиваетъ своего ребенка, совершенное ею убійство будетъ, разумѣется, убійствомъ въ запальчивости [62]). Съ другой стороны, также безразлично какое отношеніе существуетъ между причиною, вызвавшею раздраженіе и подобнымъ аффектированнымъ состояніемъ лица. Для опредѣленія отвѣтственности по 2 ч. ст. 1455 необходимо только доказательство существованія раздраженія. Поэтому подъ дѣйствія ея подойдутъ и тѣ случаи, гдѣ злоба, ненависть скоплялись въ теченіи долгаго періода времени, *не слагаясь* въ преступную рѣшимость и наконецъ прорвались по какому либо ничтожному и незначительному поводу.

В. Что касается до обдуманнаго заранѣе намѣренія, то оно предполагаетъ только хладнокровную рѣшимость на преступленіе, но отнюдь не исключаетъ возможности выполненія плана въ аффектированномъ состояніи. Опытъ указываетъ намъ, что видъ крови приводитъ иногда въ раздраженіе и запальчивость даже закоренѣлыхъ преступниковъ, тщательно взвѣсившихъ и обдумавшихъ всѣ шансы и обстоятельства дѣйствія [63]). При этомъ само

[62]) См. напр. подобный случай—убійство двухлѣтняго ребенка крестьянкою Тельновымъ, вслѣдствіе раздраженія на сестру убитаго. С. В. 1868, № 220.

[63]) Оттого нѣмецкіе кодексы, различающіе Mord a Todtschlag на основаніи наличности аффекта, положительно заявляютъ, что убійство, выполненное хотя и въ аффектѣ, но задуманное вслѣдствіе заранѣе поставленнаго плана, разсматривается какъ предумышленное. Баденъ, § 205.

собою разумѣется, что подобное выполненіе плана въ раздраженіи не уничтожаетъ понятія предумышленности только въ томъ предположеніи, что аффектъ, *бывшій поводомъ* осуществленія плана именно въ данный моментъ, не достигъ той степени, при которой онъ устраняетъ самую вмѣняемость, такъ какъ тогда не можетъ быть рѣчи не только о предумышленномъ убійствѣ, но вообще о преступленіи. Съ другой стороны, запальчивость и раздраженіе могутъ существовать въ моментъ возникновенія умысла, а убійство тѣмъ не менѣе будетъ имѣть характеръ предумышленнаго преступленія, а именно если по возникновеніи подъ вліяніемъ раздраженія преступнаго умысла, преступникъ болѣе или менѣе подробно и хладнокровно обсудилъ этотъ планъ и затѣмъ уже выполнилъ его.

Г. Обдуманное заранѣе намѣреніе вовсе не требуетъ, чтобы преступникомъ были точно и подробно опредѣлены всѣ условія плана, который придется виновному приводить въ исполненіе. Для признанія предумышленности достаточно, чтобы преступникъ опредѣлилъ цѣль, къ которой онъ стремился — лишеніе кого либо жизни и намѣтилъ, хотя бы въ общихъ чертахъ, планъ исполненія. При этомъ далѣе безразлично, была ли эта цѣль поставлена виновнымъ какъ исключительный и единственный мотивъ его дѣйствій или же, напротивъ того, онъ ставилъ своею задачею достиженіе одного какого либо изъ результатовъ, возможность наступленія которыхъ предвидѣлъ—dolus alternativus. Поэтому же безразлично опредѣлилъ ли онъ при подобномъ составленіи плана ясно и точно то лицо, которое должно сдѣлаться жертвою преступленія, или его намѣреніе направлялось противъ какого бы то ни было лица, которое будетъ такимъ образомъ находиться въ извѣстныхъ предполагаемыхъ виновнымъ условіяхъ. Если напр. воры задумали обокрасть домъ и запасаются оружіемъ съ цѣлью убить слугу, если онъ проснется, или вообще кого либо, кого они найдутъ въ домѣ, убійство будетъ имѣть характеръ предумышленности. Наконецъ понятіе предумышленности вовсе не исключается тѣмъ, что даже вообще выполненіе преступнаго плана было поставлено въ зависимость отъ наступленія какихъ либо условій, напр. виновный рѣшилъ убить А., если тотъ не выполнитъ его трубованій [64]). Но само собою разумѣется, что убійство теряетъ

[64]) Ср. по этому вопросу прусскую практику. Oppenhof. § 175 пр. 10. См. вообще объ условіяхъ предумышленія у Миттермайера. Ueber Mord. G. A. II стр. 286; Feuerbach, Lehrbuch, § 218. Egger, über Mord und

характеръ предумышленнаго, хотя бы и было обнаружено, что виновный давно питалъ враждебное настроеніе къ жертвѣ, дѣлалъ разныя приготовленія, если это намѣреніе было направлено только на причиненіе поврежденій, увѣчья и уже при самомъ выполненіи задуманнаго возродилось желаніе убійства.

Въ этомъ смыслѣ весьма вѣрно характеризуетъ предумышленность code pénal, опредѣляя въ ст. 297:

«предумышленность есть намѣреніе, (dessein) сформировавшееся до совершенія самаго дѣйствія, намѣреніе посягнуть на жизнь опредѣленнаго лица, или даже вообще того, кого оно найдетъ или встрѣтитъ, если даже это намѣреніе было постановлено въ зависимость отъ наступленія какихъ либо обстоятельствъ или условій».

Д. Вопросъ о томъ, было ли выполнено убійство подъ вліяніемъ умысла, внезапно создавшагося въ умѣ преступника или напротивъ, оно было плодомъ долго носимой и обдумываемой идеи, можетъ быть рѣшенъ только при разсмотрѣніи обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго случая. Опытъ указываетъ, разумѣется, на нѣкоторыя примѣты, могущія служить предположеніемъ предумышленности дѣйствій, но они вовсе не имѣютъ безусловнаго значенія. Таковы, напр., протеченіе извѣстнаго болѣе или менѣе продолжительнаго промежутка времени между обстоятельствомъ, вызывавшимъ возбужденіе преступника и осуществленіемъ плана, хотя этотъ признакъ судъ долженъ принимать съ наибольшею осторожностью, не забывая того, что внезапный умыселъ вовсе не предполагаетъ моментальнаго исполненія преступной идеи. Когда мы говоримъ о внезапномъ умыслѣ, мы имѣемъ только въ виду, что между возникновеніемъ и выполненіемъ умысла была тѣсная, непрерывная связь, такъ что во весь этотъ періодъ времени виновный находился подъ исключительнымъ вліяніемъ возникшей у него идеи, находился, слѣдовательно, въ такомъ состояніи, которое исключало возможность обдумыванія замышленнаго имъ дѣйствія. Съ другой стороны «предумышленіе не можетъ быть плодомъ одной минуты, а должно быть не только составлено, но и соображено, обдумано, взвѣшено прежде исполненія, — а это зависитъ не отъ одной длины промежутка, но и отъ обстановки, среди которой находился преступникъ, а главное отъ его душевнаго состоя-

Todtschlag nach allgemeinen und besonderen Rechtsprincipien 1816. Арсеньевъ в. с. стр. 67. См. также дѣло Кампрада. Ж. М. Ю. 1861, № 6.

нія прежде и во время совершенія убійства». Даже къ числу такихъ признаковъ предумышленности обыкновенно относится совершеніе приготовительныхъ дѣйствій, запасъ средствъ и т. п., хотя опять-таки пріисканіе виновнымъ средствъ для совершенія преступленія безусловно не исключаетъ внезапности умысла. Поэтому ессли виновный въ жару раздраженія бѣжитъ въ другую комнату и схватываетъ находящееся тамъ оружіе, если даже онъ не довольствуется оружіемъ, лежащимъ возлѣ, а отыскиваетъ другое, и дѣйствуетъ подъ вліяніемъ того же непрерывнаго страстнаго порыва, то мы не можемъ считать непремѣнно убійство предумышленнымъ; запальчивость и раздраженіе вовсе не исключаютъ сознательности дѣйствій и, слѣдовательно, выбора средствъ. Потомъ, подобными же уликами можетъ быть заявленіе или обнаруженіе умысла словесное или письменное, въ угрозахъ или иныхъ какихъ-либо дѣйствіяхъ, хотя опять-таки и здѣсь мы должны помнить, что не всегда похвальба или угроза дѣйствительно означаютъ наличность преступной рѣшимости, а потому не всегда могутъ считаться и признакомъ заранѣе составленнаго преступнаго умысла. Наконецъ къ числу доказательствъ предумышленности могутъ быть относимы обстоятельства самаго совершенія, характеръ цѣли, которую осуществлялъ убійствомъ виновный, его поведеніе по совершеніи преступленія и т. д. [65]).

E. Предумышленность, какъ условіе, указывающее на большую интенсивность преступной воли, а вмѣстѣ съ тѣмъ и на большую опасность преступника для общества, служитъ обстоятельствомъ, усиливающимъ уголовную отвѣтственность виновнаго, и разумѣется, чѣмъ сильнѣе это вліяніе, тѣмъ важнѣе становится и опредѣленіе границъ между этими двумя видами убійствъ. Поэтому понятно напр., что въ западной литературѣ, особенно въ германской, самый вопросъ о законности подобнаго усиленія составляетъ предметъ оживленнаго спора, въ виду того громаднаго различія, которое существуетъ между смертною казнью, назначаемою за Mord и хотя бы даже пожизненнымъ заключеніемъ въ Zuchthaus

[65]) Такъ напр. долго признавала доктрина, что убійство въ аффектѣ предполагаетъ въ преступникѣ только одну цѣль — лишить жизни своего врага, и что достиженіе убійствомъ какой либо дальнѣйшей цѣли заставляетъ предполагать предумышленность. Feuerbach, § 218. Генке, Бауеръ. Ср. Шефферъ. Betrachtungen, стр. 46. См. о доказательствахъ предумышленія у Арсеньева, в. с. стр. 71 и сл.

назначаемымъ за Todtschlag [66]). При этомъ различіи мы всегда должны имѣть въ виду, что обдуманность преступнаго плана есть только одинъ изъ элементовъ, опредѣляющихъ степень уголовной отвѣтственности и вовсе не заслуживаетъ безусловнаго преимущества. Если А, въ отмщеніе Б, разрушившему все его семейное счастіе, надругавшемуся надъ всѣмъ, что было священнаго, завѣтнаго для А, рѣшается посягнуть на жизнь обидчика; то одинъ фактъ предумышленности недостаточенъ, чтобы назначить виновному высшее наказаніе, нежели, напр, вору, который при совершеніи воровства замѣчаетъ дѣтей, бывшихъ свидѣтелями его дѣйствій, и, не задумавшись, убиваетъ ихъ. Не можемъ мы признать, чтобы между ними существовало различіе, соотвѣтствующее различію между смертною казнью и пожизненнымъ или временнымъ лишеніемъ свободы. Поэтому-то нѣмецкая теорія постоянно и ставитъ то требованіе, чтобы наказанія за эти два вида убійства соприкасались, или даже заходили одно за другое, такъ чтобы maximum наказанія за Todtschlag былъ выше minimum'а наказанія за Mord.

Наше уложеніе ближе стоитъ въ этомъ отношеніи къ требованіямъ теоріи. По общему правилу (ст. 105) за преступленіе предумышленное назначается всегда высшая мѣра наказанія, если въ законахъ не содержится по этому поводу какихъ либо спеціальныхъ постановленій, при убійствѣ же это различіе опредѣляется въ одну степень, хотя, впрочемъ, при нѣкоторыхъ спеціальныхъ видахъ убійства, которые мы будемъ разсматривать далѣе, это отношеніе измѣняется, такъ напр. при убійствѣ родственниковъ или другихъ близкихъ лицъ, указанныхъ въ ст. 1451 и 1452, или въ случаѣ совершенія убійства тѣми средствами или при тѣхъ обстоятельствахъ, которыя перечисленны въ ст. 1453, предумышленіе влечетъ усиленіе на 2 степени, а наконецъ при убійствѣ матерью своего незаконно прижитаго младенца — наказаніе усиливается на 4 или 5 степеней. Но съ другой стороны существуютъ виды убійства, въ которыхъ, напротивъ того, предумышленіе не играетъ ни какой роли, такъ что назначается одинаковое наказаніе какъ за внезапный, такъ и за обдуманный заранѣе умыселъ, таковы, напр., отцеубійство, убійство священника во время отправленія имъ службы Божіей, оставленіе съ намѣре-

[66]) Ср. рядъ примѣровъ у Миттермайера; в. с. G. A.; у Шварце, Gerichtssaal 1859, 1860; также Osenbrüggen, Kasuistik, № 28 29. Въ особенности подробно разобраны эти обстоятельства у John'a, Entwurf, стр. 55 и сл.

ніемъ на убійство человѣка въ такомъ мѣстѣ, гдѣ жизнь его подвергалась опастности (ст. 1516), поврежденіе желѣзной дороги съ намѣреніемъ подвергнуть опасности слѣдующій поѣздъ (ст. 1081) и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ предумышленіе можетъ имѣть вліяніе на наказуемость только въ предѣлахъ ст. 105.

Ж. Такъ какъ предумышленность есть обстоятельство усиливающее отвѣтственность, то разумѣется въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ оно должно быть точно доказано, такъ что при сомнѣніи въ убійство должно быть полагаемо непредумышленнымъ. Это положеніе получаетъ особенную важность при разсмотрѣніи дѣла съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, такъ какъ имъ непремѣнно долженъ быть предложенъ вопросъ о наличности этого условія [67]) и при отрицательномъ ихъ отвѣтѣ, или при непостановленіи имъ подобнаго вопроса, судъ не можетъ опредѣлить наказаніе, какъ за преступленіе предумышленное. Это начало было положительно высказано, между прочимъ, въ привиденномъ выше рѣшеніи кассаціоннаго департамента по дѣлу купца Руднева (1868, № 567, а также 1869, № 541).

Если же по данному дѣлу участвовало нѣсколько лицъ, то вопросъ о предумышленности долженъ быть постановленъ о каждомъ изъ соучаствовавшихъ. Но весьма понятно, что при этомъ рождается вопросъ, не исключается ли, по крайней мѣрѣ при одной изъ формъ соучастія, а именно при предварительномъ сговорѣ, необходимость подобной постановки, такъ какъ это признаніе можетъ заключаться въ самомъ констатированіи факта предварительнаго соглашенія. Кассаціонный департаментъ и разрѣшилъ дѣйствительно вопросъ въ этомъ смыслѣ, по дѣлу крестьянина Руднева (1868, № 430). Онъ нашелъ, «что въ преступленіи, содѣянномъ нѣсколькими лицами по предварительному между ними

[67]) Совершенно вѣрно призналъ судъ по дѣлу Балабина, С. В. 1867, № 238, что такъ какъ предумышленность или обдуманность преступленія есть понятіе юридическое, то въ вопросахъ, предлагаемыхъ присяжнымъ, должны быть выставлены тѣ факты, изъ которыхъ можетъ быть выведено это понятіе. Поэтому, если понятіе обдуманности можетъ быть выведено изъ протеченія извѣстнаго времени, то указаніе на него должно быть сдѣлано и въ вопросѣ. Но при этомъ нельзя не добавить, что судъ долженъ помнить, что время и другіе признаки получаютъ значеніе доказательствъ предумышленія, когда они дали возможность обдумать преступный планъ. Поэтому, какъ мнѣ кажется, недостаточно, поставить въ вопросѣ: не зародилась ли у преступника тогда-то мысль объ убійствѣ, но и нужно прибавить: такъ что онъ успѣлъ обдумать замышляемое преступленіе.

соглашенію или уговору, всегда заключается высшая степень умысла, т. е. заранѣе обдуманное намѣреніе, какъ это явствуетъ и изъ словъ закона, что сообщниками признаются тѣ, которые согласились съ зачинщиками, или съ иными виновными совершить совокупными силами или дѣйствіями предумышленное преступленіе. Поэтому въ рѣшеніи, признающемъ кого либо виновнымъ въ совершеніи преступленія по предварительному съ другимъ лицомъ уговору, но безъ умысла, заключается явное противорѣчіе и (отрицаніе?) понятій установленныхъ закономъ; ибо предварительный уговоръ необходимо предполагаетъ не только умыселъ, но даже высшую степень умысла, или обдуманное заранѣе намѣреніе». Съ этимъ толкованіемъ можно дѣйствительно вполнѣ согласиться, но только съ однимъ предположеніемъ, что понятіе скопа или соучастія безъ предварительнаго сговора, вовсе не уничтожаетъ возможности уговора вообще, но только требуетъ, чтобы уговоръ былъ составленъ при самомъ выполненіи дѣла. Въ самомъ дѣлѣ, я возму для примѣра одинъ случай, бывшій въ одной изъ нашихъ южныхъ губерній: въ шинкѣ собралось и пьянствовало человѣкъ шесть крестьянъ; во время ссоры—возбужденной ругательствомъ одного изъ нихъ Б, крестьянинъ М, обращаясь къ другимъ четыремъ, сказалъ: «что съ нимъ ругаться-то; извѣсти его надо, а не то всѣхъ переведетъ берите, братцы, колья—да въ колья его, но когда другіе крестьяне схватили дѣйствительно колья, а Б., мужикъ здоровый, сталъ въ оборонительное положеніе съ дубиной въ рукахъ, то третій крестьянинъ П, въ свою очередь закричалъ другимъ: «этакъ съ нимъ несправишься—насъ искалечитъ, а ты, Петрушка, бей его въ голову топоромъ, а ты Сидоръ бей по ногамъ дугой» и дѣйствительно бросились на Б, и въ общей свалкѣ лишили его жизни, причемъ шинкарь, бывшій свидѣтелемъ происшествія, показалъ, что во все время происшествія крестьяне, подпившіе хотя и не сильно, дѣйствовали въ разгоряченномъ состояніи. Спрашивается, какъ разсматривать данный случай? убійствомъ въ дракѣ признать нельзя, на томъ основаніи, что Б только защищался противъ нападенія и слѣдовательно нужно примѣнить или 1454 или 1455 ст. Что въ данномъ случаѣ не было предумышленія, объ этомъ не можетъ быть и спора, поэтому, чтобы согласовать подобный случай съ толкованіемъ кассаціоннаго департамента, мы должны признать, что между ними не было и предварительнаго соглашенія, и что уговоръ, хотя бы и предшествовавшій соглашенію, но выполненный немедленно по его со-

ставленіи, однимъ словомъ при тѣхъ же условіяхъ, которыми опредѣляется для каждаго изъ соучастниковъ понятіе внезапнаго умысла, не измѣняетъ характера соучастія и даетъ право признать его скопомъ,

При этомъ опять нельзя не замѣтить, что самое существованіе предварительнаго соглашенія должно быть обсуждено и рѣшено присяжными засѣдателями [68]).

Таковы общія начала, опредѣляющія отношеніе предумышленности и внезапнаго умысла. Въ дополненіе къ вышесказанному я считаю не лишнимъ привести Высочайше утвержденное мнѣніе государственнаго совѣта отъ 31 марта 1848 г., въ которомъ содержатся интересныя указанія и по вопросу объ условіяхъ предумышленности, и объ ея доказательствахъ.

«При сужденіи дѣлъ уголовныхъ, сказанно въ этомъ мнѣніи, *надлежитъ признавать преступленіями предумышленными только такія дѣянія, гдѣ признаки предумышленія*, т. е. обдуманнаго заранѣе намѣренія, *совершенно явны*, и именно: когда есть доказательства, что *преступленіе совершено* не только съ намѣреніемъ, но *съ намѣреніемъ, возникшимъ и по внезапному*, такъ сказать, минутному и *одновременному съ самымъ совершеніемъ зла побужденію*, а вслѣдствіе умысла, предшествовавшаго начатію исполненія и слѣдственно обдуманнаго преступникомъ; такъ напр., если кто либо пошелъ на дорогу съ тѣмъ именно намѣреніемъ, чтобы напасть на проходящаго или проѣзжающаго, лишить его жизни и отнять находящіяся у него вещи или деньги, и все сіе исполнилъ, то совершенный имъ разбой и убійство суть предумышленные. Напротивъ, когда убійца лишь случайно сошелся съ другимъ человѣкомъ и, замѣтивъ у него деньги, въ ту самую минуту напалъ на него и совершилъ убійство, то преступленіе есть умышленное, но учиненное безъ предумышленія. Такимъ образомъ совершаетъ кражу предумышленную тотъ, кто входитъ куда либо съ намѣреніемъ что либо похитить, если же онъ вошелъ туда безъ намѣренія украсть, а съ какою-либо другою цѣлью, но нашедши вещи, лежащія безъ присмотра, похитилъ ихъ, то и кража сія есть умышленная, но не предумышленная. Вообще, когда слѣдствіемъ обнаружено, что виновный въ преступленіи изъявилъ передъ тѣмъ намѣреніе свое чрезъ угрозы, или похвальбы, или подговаривалъ къ тому другихъ, то дѣйствія его должны быть отнесены къ разряду предумышленныхъ, также какъ и въ томъ случаѣ, когда будетъ доказано, что онъ дѣлалъ приготовленія, именно для того преступленія, которое имъ учинено, или же съ намѣреніемъ на оное скрывался въ засадѣ или другихъ мѣстахъ, гдѣ сіе преступленіе съ удобностью могло быть совершено».

Резюмируя это мнѣніе, мы можемъ изъ него вынести по отношенію къ убійству:

Что отличительною чертою внезапнаго умысла служитъ одновременное возникновеніе плана съ самымъ совершеніемъ;

Что предумышленность должна быть явно доказана;

Что однимъ изъ наиболѣе наглядныхъ доказательствъ предумышленности служитъ приготовленіе къ этому именно преступленію.

142. Какъ мы видѣли, уложеніе при убійствѣ не различаетъ внезапнаго умысла и рѣшимости, возникшей въ страстномъ порывѣ, и съ этой стороны противорѣчитъ какъ теоріи, такъ и своей общей части. Но еще болѣе несостоятельными оказываются его постановленія тамъ, гдѣ причины, вызвавшія страстный порывъ, заключаютъ въ себѣ элементы, оправдывающіе болѣе или менѣе происхожденіе подобнаго раздраженія и вызывающіе особое снисхожденіе къ преступнику. Въ этихъ случаяхъ уложеніе то признаетъ снисхожденіе, то отказываетъ въ немъ.

Одинъ изъ подобныхъ примѣровъ я уже разсматривалъ въ отдѣлѣ о неосторожномъ убійствѣ, это именно убійство въ дракѣ, въ которомъ ненормальное раздраженное состояніе дѣйствующихъ не только измѣняетъ степень отвѣтственности, но даже не даетъ права, какъ указываетъ уложеніе, признать эти дѣйствія умышленными, а подводитъ ихъ подъ понятіе неосторожности.

Далѣе, сюда же должны быть отнесены тѣ случаи, гдѣ лицо, находясь въ положеніи уничтожающемъ противозаконность его дѣйствій, превышаетъ предѣлы права ему даннаго.

Таково, во 1-хъ, убійство при превышеніи предѣловъ необходимой обороны (excessus defensionis).

[68]) Ср. р. к. д. 1867, № 263, 317, 359 и др. Совершенно вѣрно указываетъ John, в. с. стр. 542, по вопросу о доказательствѣ предумышленія, что такъ какъ предумышленность есть factum internum, и что чѣмъ зрѣлѣе складывается умыселъ, тѣмъ рѣже проявляется онъ до выполненія задуманнаго, а что, напротивъ того, эффектъ всегда почти проявляется во внѣшнихъ фактахъ—facta externa и что поэтому приведеніе доказательствъ въ пользу существованія эффекта по возможности облегчается; и напротивъ того, приведеніе доказательствъ въ пользу существованія предумышленія по возможности затрудняется.

Ст. 1467 постановляетъ: «Кто при необходимой личной оборонѣ, о коей упоминается въ ст. 101—103 сего уложенія, превзойдетъ полагаемые сею необходимостью предѣлы, и безъ нужды, послѣ уже отвращенія грозившей опасности, нанесетъ нападавшему на него смерть, тотъ, смотря по роду побужденія, коему онъ слѣдовалъ, и другимъ обстоятельствамъ дѣла, подвергается:

или заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 4—8 мѣсяцевъ,

или аресту на время отъ 3—7 дней,

или же токмо строгому выговору въ присутствіи суда;

и во всякомъ случаѣ, если онъ христіанинъ,

предается церковному покаянію по распоряженію своего духовнаго начальства».

Это составляетъ, впрочемъ, повтореніе послѣдней части ст. 101 уложенія: «что всякій напрасный, сдѣланный нападающему, послѣ уже отвращенія отъ него грозившей опасности, вредъ признается злоупотребленіемъ обороны, и виновный въ томъ долженъ быть подвергаемъ наказанію, которое опредѣляется по мѣрѣ причиненнаго имъ вреда, по роду побужденія коему онъ слѣдовалъ и другимъ обстоятельствамъ дѣла».

А. Я разсмотрѣлъ выше (№ 129) условія, при которыхъ лишеніе жизни нападающаго разсматривается какъ необходимая оборона лица и не вмѣняется въ вину; а здѣсь законъ имѣетъ въ виду тѣ случаи, гдѣ со стороны виновнаго будетъ нарушено какое либо изъ этихъ условій. Само собою разумѣется, что какъ самыя условія обороны могутъ быть начертаны въ законѣ только въ общихъ чертахъ, то и ихъ превышеніе можетъ быть опредѣлено только при разсмотрѣніи обстоятельствъ даннаго случая. Мы можемъ сказать только, что подобное превышеніе можетъ существовать, когда оборона была употреблена: или слишкомъ рано, если угрожающая опасность не имѣла еще характера неминуемости; или слишкомъ поздно, если нападеніе окончилось и оборона дѣлается местью; или слишкомъ сильно, если виновный употребилъ для обороны средства чрезмѣрныя по отношенію къ грозящей опасности. При этомъ превышеніе можетъ быть или неосторожное или даже умышленное, когда виновный сознавалъ, что онъ преступаетъ правила обороны и тѣмъ неменѣе совершилъ это нарушеніе. Но даже и умышленное превышеніе предѣловъ обороны вездѣ влечетъ снисхожденіе къ виновному и притомъ весьма значительное. Законъ имѣетъ всегда въ виду, что запальчивость и раздраженіе, возникающія въ обороняющемся, имѣютъ въ подобныхъ случаяхъ

вполнѣ законное основаніе, что пострадавшій самъ былъ причиною зла имъ претерпѣннаго. При этомъ нѣкоторые западные кодексы считаютъ необходимымъ указать на тѣ мотивы, которые, возникая при оборонѣ, оправдываютъ превышеніе ея предѣловъ. Такъ постановляетъ баварское уложеніе 1861 года ст. 72: «превышеніе границъ обороны не признается преступнымъ, если виновный совершилъ это превышеніе подъ вліяніемъ неожиданности, смущенія, страха или ужаса». Но наше уложеніе, и по моему мнѣнію вполнѣ справедливо, отказывается отъ подобнаго перечисленія тѣхъ психическихъ состояній, которыя могутъ возникнуть въ душѣ виновнаго. Но за то оно примыкаетъ къ тѣмъ кодексамъ, которые, какъ баварское уложеніе 1813 года [69]), пытались сами опредѣлить объективныя условія превышенія обороны. Если держаться буквально текста ст. 1470 и 110, то превышеніе предѣловъ обороны можетъ быть признано только тогда, когда оборона была употреблена слишкомъ поздно, послѣ того уже какъ само нападеніе окончилось или было отвращено; но имѣя въ виду теоретическія основанія, оправдывающія или извиняющія excessus defensionis, можно и постановленіямъ нашего уложенія придать распространительное толкованіе, т. е. признать, что ст. 1467 примѣняется, какъ скоро оборона превзойдетъ предѣлы необходимости и смерть будетъ причинена со стороны обороняющагося безъ нужды; а указаніе закона на запоздалость обороны, разсматривать только какъ примѣръ.

Б. Но отъ превышенія предѣловъ необходимой обороны должно быть отличаемо состояніе мнимой обороны—nudus praetextus defensionis, когда лицо воображаетъ, что оно находится въ состояніи необходимой обороны, между тѣмъ какъ въ дѣйствительности подобнаго состоянія не существовало. Если лицо, воображая, что на него нападаетъ разбойникъ, стрѣляетъ въ подходящаго и убиваетъ его, а за тѣмъ оказывается, что убитый былъ хорошій знакомый виновнаго, желавшій только попугать его или даже шедшій къ нему съ самымъ дружелюбнымъ намѣреніемъ, то разумѣется лишеніе жизни при подобныхъ условіяхъ не можетъ быть разсматриваемо ни съ точки зрѣнія необходимой обороны, ни какъ превышеніе ея предѣловъ. Данное дѣйствіе если и можетъ быть невмѣняемо совершившему, то только въ силу невѣдѣнія и заблуж-

[69]) См. Levita, das Recht der Nothwehr. 1856, стр. 246.

денія или общнѣе какъ ошибка его въ тѣхъ фактическихъ условіяхъ дѣйствія, въ силу которыхъ оно сдѣлалось преступленіемъ.

В. Понятіе превышенія предѣловъ обороны, должно быть также отличаемо отъ такъ называемыхъ actiones liberae in causa, т. е. отъ тѣхъ случаевъ, гдѣ извѣстное лицо умышленно поставило себя въ положеніе необходимой обороны, съ тѣмъ чтобы выполнить этимъ путемъ свой преступный планъ и избѣгнуть отвѣтственности, придавъ своему поступку характеръ дозволеннаго убійства. Если положимъ, что А, задумавъ убить Б, запасшись надлежащимъ оружіемъ, приводитъ Б. въ бѣшенство, предполагая что Б, будучи въ раздраженномъ состояніи, бросится на него, а онъ, обороняя себя, выполнитъ преднамѣренное, то виновный, какъ скоро его предположеніе сбылось и указанная выше комбинація будетъ дѣйствительно доказана, долженъ подлежать полной отвѣтственности за совершенное имъ убійство.

Г. Разумѣется, подобное же превышеніе предѣловъ можетъ встрѣтиться и при другихъ случаяхъ дозволеннаго убійства, какъ напр. при превышеніи предѣловъ крайней необходимости, причемъ должны быть примѣняемы и всѣ вышеуказанныя соображенія. Но такъ какъ уложеніе и въ ст. 1471 забываетъ упомянуть объ этомъ состояніи, уничтожающемъ преступность, то также не упоминаетъ оно и о превышеніи предѣловъ крайней необходимости.

143. Также неполны постановленія уложенія о превышеніи предѣловъ другой категоріи дозволеннаго убійства, а именно о превышеніи предѣловъ правъ, предоставленныхъ какому либо лицу закономъ (выше, №№ 127—128). Въ уложеніи мы встрѣчаемъ двѣ статьи, сюда относящіяся: ст. 819 и 827.

Ст. 819 постановляетъ:

«Если чины пограничной стражи, при отправленіи своей должности, отступивъ отъ правилъ, таможеннымъ уставомъ предписанныхъ, употребятъ безъ нужды или преждевременно силу и оружіе и при семъ случаѣ кого нибудь убьютъ, изувѣчатъ или ранятъ, то за сіе они подвергаются:

Наказаніямъ, опредѣленнымъ въ статьяхъ 1466 и 1494 за убійство, или нанесеніе увѣчья или ранъ по неосторожности».

Статья 827:

«Если при поимкѣ и преслѣдованіи лѣсныхъ преступниковъ, лѣсные чины, или стража, употребятъ безъ явной необходимости

оружіе и причинятъ кому либо увѣчье, раны или даже смерть, то они за сіе подвергаются:

Наказаніямъ, опредѣленнымъ въ статьяхъ 1466 и 1494 за причиненіе смерти или нанесеніе увѣчья или ранъ по неосторожности».

Относительно этихъ постановленій нужно замѣтить слѣдующее: Хотя изъ текста статей 819 и 827 и можно бы было предположить, что законъ разсматриваетъ эти случаи, *какъ* неосторожное убійство, но подобное предположеніе было бы невѣрно: здѣсь законъ только приравниваетъ эти случаи по наказуемости, но не отожествляетъ ихъ. Неосторожное лишеніе жизни предполагаетъ непремѣнно, что виновный, совершая извѣстный поступокъ, не обращаетъ вниманія на то, что отъ его дѣйствія можетъ произойти смерть человѣка, но это условіе не существуетъ въ случаяхъ мною разсматриваемыхъ. Если лѣсной сторожъ, заставъ порубщиковъ и встрѣтивъ сопротивленіе по отношенію къ исполненію его требованій, употребляетъ оружіе и причинаетъ смерть, то нѣтъ сомнѣнія, что въ моментъ дѣйствія онъ сознавалъ и желалъ наступленія происшедшихъ результатовъ, дѣйствовалъ умышленно, но такъ какъ онъ исполнялъ при этомъ волю закона, то онъ и не отвѣчаетъ за совершенное. Если же предѣлы этой власти были имъ нарушены, и онъ безъ нужды совершилъ убійство, то очевидно, что и тогда, какъ и въ предшествовавшемъ примѣрѣ, его дѣйствіе сохранитъ характеръ умышленнаго убійства, хотя и разсматривающагося закономъ снисходительно. Но если мы должны понимать такимъ образомъ, что ст. 819 и 827 обнимаютъ собою и умышленное лишеніе жизни, учиненное при превышеніи предѣловъ законнаго права, то въ такомъ случаѣ противъ этихъ постановленій могутъ быть сдѣланы серьозныя возраженія. Причина снисхожденія со стороны закона здѣсь та же, какъ и при превышеніи предѣловъ необходимой обороны. Лицо, исполняя свою служебную обязанность, можетъ впасть въ такое же состояніе запальчивости, какъ и защищая свои права, и въ этомъ нормальномъ состояніи духа причинить вредъ другому, слѣдовательно причина снисхожденія должна заключаться не въ обстоятельствахъ совершенія, а въ томъ особенномъ настроеніи преступника, которое не можетъ быть *безусловно предполагаемо* во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, о которыхъ говорятъ 819 и 827 ст.

Полѣсовщикъ, захвативъ порубщиковъ уже везущихъ лѣсъ, вступаетъ съ ними въ борьбу и въ жару борьбы наноситъ смер

тельный ударъ пойманному, хотя бы могъ скрутить его и представить суду.

Полѣсовщикъ засталъ на порубкѣ мужиченка, обрубавшаго хворостъ на протопку избы за совершеннымъ неимѣніемъ средствъ пріобрѣсти его инымъ путемъ, захваченный бросился на утекъ и преслѣдуется полѣсовщикомъ, но затѣмъ видя безполезность своихъ усилій рѣшается покориться своей судьбѣ. Полѣсовщикъ, зная даже, что только крайность побудила мужика на кражу лѣса, подъ вліяніемъ многихъ безсонныхъ ночей, которыя пришлось провести ему вслѣдствіе безпрестанныхъ порубокъ, производимыхъ односельчанами пойманнаго, подъ вліяніемъ неоднократныхъ выговоровъ и головомоекъ, полученныхъ отъ начальства по поводу этихъ порубокъ,—рѣшается проучить виновнаго такъ, чтобы удержать на будущее время и застрѣливаетъ пойманнаго.

Полѣсовщикъ, засталъ виновнаго на порубкѣ; пойманный не медленно сдался, но полѣсовщикъ, бывшій въ связи съ его женою и давно желавшій его смерти, застрѣливаетъ его.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ мы можемъ сказать, что виновный въ убійствѣ полѣсовщикъ употребилъ при поимкѣ преступника безъ нужды оружіе и при этомъ причинилъ ему смерть, т. е. что виновный совершилъ дѣйствіе, вполнѣ подходящее подъ буквальный тексъ ст. 819, но легко можно видѣть, что степень преступности и слѣдовательно соотвѣтствующія ей размѣры наказанія должны быть совершенно различны.

Во всякомъ случаѣ и по нашему праву, для примѣненія разсматриваемыхъ мною статей 819 и 827, необходимо: 1) чтобы виновный находился въ такомъ положеніи, при которомъ ему *дозволяется* со стороны закона посягательство на чью либо жизнь, и 2) чтобы въ данномъ случаѣ онъ безъ нужды употребилъ оружіе, превышая права, ему предоставленныя... но затѣмъ самый поводъ, причина, по которой онъ сдѣлалъ подобное превышеніе, никакого значенія по уложенію не имѣетъ, хотя съ теоретической точки зрѣнія это безъ различіе и вызываетъ противъ себя серьезныя возраженія.

Но кромѣ того нельзя не замѣтить, что эти случаи лишенія жизни при превышеніи правъ данныхъ виновному закономъ, далеко не исчерпываютъ всѣхъ фактовъ, сюда относящихся. Подобное же превышеніе власти и употребленіе оружія безъ нужды можетъ быть сдѣлано и карантинною стражею, имѣющею право убить лицо, пытающееся прорваться за карантинную черту, часовымъ,

охраняющимъ свой постъ, и т. п. Точно также и въ ихъ поступкахъ могутъ встрѣтиться тѣ элементы, которые, видоизмѣняя преступность воли, должны имѣть вліяніе и на уголовную отвѣтственность [70]).

144. Къ этой же категоріи относилось прежде и лишеніе жизни при превышеніи предѣловъ дисциплинарной власти, постановленія о которомъ просуществовали въ нашемъ правѣ до послѣдняго времени и исчезли главнымъ образомъ только подъ вліяніемъ реформы 1861 и 1863 годовъ.

Еще воинскій уставъ въ толкованіи на артикулъ 154 постановлялъ:

«Ежели случится, что нѣкоторый главный (Befehlshaber) подчиненныхъ своихъ за нѣкоторыя причины захочетъ наказать, а и такое въ достойной и должной его чиновной ревности зло учинится, что наказанный отъ того наказанія умретъ, то вѣдати надлежитъ, что оный главный, по мнѣнію правоучителей не животомъ, но жестоко имѣетъ быть наказанъ, либо отставленіемъ чина на время и службою рядовымъ, денежнымъ штрафомъ, или заключеніемъ, или вербованіемъ иныхъ солдатъ».

Далѣе въ толкованіи на 163 ст.: «Ежели сіе убивство учинится не нарочно или не въ намѣреніи кого умертвить, якобы кто по хотѣлъ жену свою или дитя наказать и оную такъ жестоко побьетъ, что подлинно отъ того умретъ, то правда, что наказаніе легче бываетъ, а ежели умышленное убивство будетъ, тогда убійца имѣетъ мечемъ наказанъ быть».

Точно также въ морскомъ уставѣ къ безвинному убійству отнесено: «когда кто изъ офицеровъ подчиненнаго своего во время нужныхъ работъ какою палкою или инымъ чѣмъ ударитъ, а тотъ умретъ, но ежели только это не такимъ оружіемъ, которымъ можетъ быть до смерти убитъ, или хотя и тяжкимъ, но битъ не по такому мѣсту».

Въ особенности же часто встрѣчалась подобное превышеніе предѣловъ дисциплинарной власти въ отношеніяхъ помѣщика къ крестьянамъ, причемъ рѣшенія нашей практики были въ высшей степени разнообразны.

Много указаній этого рода разбросано въ полномъ собраніи за-

---

[70]) Ср. также воинскій уставъ о наказаніяхъ 1868, ст. 151—154.

коновъ, указаній на основаніи которыхъ сложились между прочимъ и постановленія свода законовъ и отчасти уложенія 1845 г.

Такъ въ 1761 году (П. С. З. т, XV № 11,291) по дѣлу штабъ—офицера Лазарева, приказавшаго наказать палками своего крестьянина Пантелѣева, отчего ему смерть приключилась, главная полиція нашла, что онъ Лазаревъ приказалъ его бить, Пантелѣева, за лѣность, пьянство и неучтивство, и притомъ увѣряетъ, что умысла убить его не имѣлъ и приговорила: отъ тѣлеснаго наказанія освободить, а предать его церковному покаянію.

Но въ 1762 г. (П. С. З. т. XV № 11,450) помѣщикъ Нестеровъ за то, что человѣка своего билъ и огнемъ жегъ, а затѣмъ посадилъ его въ подвалъ, былъ приговоренъ къ ссылкѣ въ Нерчинскъ на вѣчно, хотя онъ также показывалъ, что билъ за грабежъ и досаду, и умысла на убійство не имѣлъ.

Наконецъ еще извѣстнѣе дѣло Дарьи Салтыковой, людоѣдки по народному прозвищу, виновной въ звѣрскомъ умерщвленіи 130 крестьянъ (П. С. З. т. XVIII № 13,211, 1768. дек. 10), приговоренной къ смертной казни, которая была замѣнена по волѣ императрицы, и на основаніи указовъ 1753 и 1474, пожизненнымъ лишеніемъ свободы при новодѣвичьемъ монастырѣ [71]).

Относительно превышенія другихъ формъ дисциплинарной власти, какъ напр. власти предоставленной родителямъ надъ дѣтьми, хотя мы и не имѣемъ прямыхъ указаній, но нѣтъ никакихъ сомнѣній, что подобное превышеніе разсматривалось какъ причина смягченія. Это уже можно видѣть и изъ того, что вообще родители за убіеніе дѣтей своихъ по уложенію 1649 г. подлежали (глава XXII ст. 3) только тюремному заключенію на годъ, вмѣсто смертной казни.

Но особенно подробно были мотивированы эти постановленія въ проектѣ уложенія 1813 г.

§ 362 проекта постановлялъ:

«Буде кто изъ родителей, при наказаніи ослушнаго изъ

[71]) См. также дѣло о вдовѣ генералъ-маіора Эттингеръ 1772, февраля 13 (П. С. З. т. XIX № 13758), приговоренной Сенатомъ за убійство своего крестьянина, при сѣченіи его, къ тюрьмѣ на мѣсяцъ. По поводу этого дѣла Екатерина сдѣлала спеціальное предложеніе коммиссіи о составленіи законовъ, обратить вниманіе на наказуемость тѣхъ, кои суровость противъ человѣка употребляютъ.

дѣтей, нанесетъ такое увѣчье, что наказанный умретъ отъ того, то такового подвергнуть церковному покаянію и заточенію въ монастырь отъ одного до двухъ лѣтъ».

§ 363: «Буде же другія лица, имѣющія право домашняго наказанія, какъ то: воспитатель надъ воспитанникомъ, господинъ надъ крѣпостнымъ человѣкомъ, учитель надъ ученикомъ и проч., при домашнемъ исправленіи, вышедъ изъ надлежащихъ предѣловъ онаго, употреблятъ жестокость, отъ коей исправляемому смерть приключилась, и то дѣйствительно доказано будетъ: то подвергать виновныхъ, простолюдиновъ тѣлеснымъ наказаніямъ по § 34 въ меньшей мѣрѣ, или по § 38, другихъ же лишенію чиновъ, дворянства или добраго имени, также церковному покаянію и вѣчной ссылкѣ на поселеніе, по мѣрѣ оказанной жестокости».

Сводъ законовъ 1832 г. обошелъ этотъ вопросъ, упоминая только, что помѣщики за жестокое обращеніе подлежатъ суду, и даже ставя въ разрядѣ особеннаго убійства тѣ случаи, гдѣ убійство, совершено слугами надъ господами и *обратно,* какъ бы заставляя предполагать, что превышеніе власти само по себѣ взятое не составляетъ смягчающаго вину обстоятельства. Но въ сводѣ военныхъ постановленій въ части V ст. 390 повторялись постановленія устава 1716 г., «что наказанію за *неосторожное* смертоубійство подлежитъ: начальникъ, который, подвергая подчиненнаго за какую либо по службѣ вину тѣлесному наказанію, причинитъ ему чрезъ то смерть».

За тѣмъ въ уложеніи 1845 г. мы встрѣчаемъ только ст. 1901, въ который была указана отвѣтственность помѣщиковъ за жестокое обращеніе съ крѣпостными, и ст. 1902, прибавлявшую: что если злоупотребленіе помѣщичьей власти соединено съ другимъ преступленіемъ, то виновный всегда подвергается строжайшему изъ наказаній [72]). Съ изданіемъ же положенія 1861 года и эти постановленія, оказавшіяся излишними, изъ уложенія исчезли. А наконецъ и постановленія свода законовъ военныхъ также прекратили свое существованіе, и замѣнены ст. 193 и 195 воинскаго устава 1868 г., назначающаго строгія взысканія за тѣ превышенія дисциплинарной власти, которыя соединялись съ особенною жестокостью, и указывающаго также, что если насильственныя

[72]) См. мнѣніе Государственнаго Совѣта по дѣлу Трубецкихъ Сб. М. Гос. Сов. стр. 101.

дѣйствія начальника противъ подчиненнаго сопровождались... смертью, то виновный приговаривается не только въ высшей мѣрѣ, но и съ увеличеніемъ наказанія одною степенью.

Такимъ образомъ въ настоящее время, если кто либо при осуществленіи присвоеннаго ему закономъ дисциплинарнаго права, превзойдетъ указанные предѣлы, и лишитъ напр. наказываемое лицо жизни, то онъ подлежитъ отвѣтственности на общемъ основаніи, т. е. смотря по характеру воли, или какъ за убійство умышленное, или же за лишеніе жизни съ непрямымъ умысломъ, или наконецъ какъ за убійство неосторожное, причемъ запальчивость и раздраженіе, могшіе опредѣлить его дѣйствія, будутъ имѣть вліяніе на степень отвѣтственности въ предѣлахъ ст. 134 п. 5.

145. До закона 1871 года уложеніе не обращало при убійствѣ никакого вниманія на провокацію, или вызовъ со стороны пострадавшаго. Если А нанесъ публично Б ударъ по лицу, или нанесъ самую тяжкую обиду его матери или сестрѣ, распустилъ въ его присутствіи позорную клевету про его невѣсту или любимую дѣвушку и Б, подъ вліяніемъ вскипѣвшаго въ немъ негодованія, умертвилъ обидчика, то и подобный страстный порывъ, не признавался причиною снисхожденія. Новая редакція статьи 1455 хотя и устранила этотъ недостатокъ, но не вполнѣ. Законъ говоритъ, что наказаніе смягчается, когда раздраженіе было вызвано насильственными дѣйствіями или тяжкимъ оскорбленіемъ со стороны убитаго. Такъ что по буквальному тексту закона это смягченіе отвѣтственности не роспространяется на случаи убійства, вызваннаго оскорбленіемъ лицъ близкихъ къ убитому.

146. Но подобное же основаніе для снисхожденія можетъ существовать и при возбужденіи виновнаго такими обстоятельствами, которыя подъ техническое понятіе обиды подведены быть не могутъ. Если мужъ или жена застанетъ своего супруга въ прелюбодѣяніи, и подъ вліяніемъ чувства ревности, посягнетъ на его жизнь, если отецъ убиваетъ дочь или ея обольстителя при такихъ же условіяхъ, то можемъ ли мы вполнѣ сравнивать всѣ подобныя случаи съ обыкновеннымъ убійствомъ въ запальчивости и назначать каторгу отъ 10 до 12 лѣтъ?

Уложеніе игнорируетъ это условіе, хотя и въ нашемъ правѣ,

какъ и въ западномъ, мы встрѣчаемъ слѣды его существованія почти до новѣйшаго времени.

Убійство прелюбодѣйнаго супруга на мѣстѣ преступленія относилось издавна въ нашемъ законодательствѣ къ разряду безвиннаго убійства, и эти постановленія развивались у насъ подъ несомнѣннымъ вліяніемъ греко-римскаго права.

Такимъ образомъ, въ законахъ градскихъ грань XXXIX, статья 42, постановляется:

«Иже прелюбодѣя съ своею женою сплетшагося заставъ, аще приключится ему и убити его, неповиненъ есть, яко убійца».

Или въ первой части закона суднаго [73]):

«Иже съ мужатою женою обрѣтается, носа обѣима оурѣзатиаще ли самъ моужъ застоупить я, да побіеть я яко пса оузрѣсти».

И это правило, какъ можно видѣть изъ многихъ примѣровъ, легко распространилось и въ свѣтскихъ судахъ. И хотя напр. въ уложеніи 1649 г., мы не встрѣчаемъ никакихъ спеціальныхъ постановленій по этому вопросу, но подтвержденіе того, что убійство жены прелюбодѣйной признавалось причиною снисхожденія, мы можемъ видѣть въ любопытномъ дѣлѣ Ивашки Долгаго, 1664 г. февраля 12 (П. С. З. т. I № 355): «по указу Великаго Государя присланъ изъ Стрѣлецкаго приказа въ Земскій кудашевецъ Ивашко Долгой въ убивствѣ жены своей, а въ распросѣ онъ, Ивашко, въ убивствѣ жены своей винился, а убилъ онъ ту жену свою до смерти за то, что она отъ него воровала блудно, и по указу Великаго Государя за то смертное убивство учинено ему, Ивашкѣ, наказаніе, бивъ кнутомъ, отданъ на чистыя поруки».

Причемъ, сообразно съ строемъ нашей семейной жизни подобное право признавалось только за одною стороною—мужемъ, какъ главою, распорядителемъ семьи, на тѣхъ же именно началахъ, на какихъ признавалось подобное одностороннее право въ отношеніяхъ родителей къ дѣтямъ, что вполнѣ подтверждалось, между прочимъ, и приведенными выше постановленіями воинскаго устава [74]).

Хотя затѣмъ въ сводѣ законовъ и въ уложеніи 1845, уже вовсе не встрѣчается упоминаніе о подобныхъ случаяхъ, а напротивъ

---

[73]) См. Павловъ, Первоначальный славяно-русскій Номоканонъ, 1869 стр. 98 пр. 3. См. Шпилевскій, Семейныя власти, стр. 66.

[74]) Ср. Неволинъ, Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ, т. I, стр. 78 и сл.

того, убійство, учиненное мужемъ надъ женою или обратно, хотя бы въ запальчивости и раздраженіи, все таки признается обстоятельствомъ, усиливающимъ отвѣтственность; тѣмъ не менѣе и наша практика весьма часто признавала, что въ подобныхъ случаяхъ «difficillmum est justum dolorem temperare» и значительно смягчала наказаніе, но въ силу отсутствія какой либо опредѣленной системы, проводила это начало непослѣдовательно.

Такъ въ сборникѣ рѣшеній общаго собранія правительствующаго сената, мы встрѣчаемъ интересное дѣло крестьянина Назаренко, обвинявшагося въ убійствѣ своей жены (№ 1215). Изъ дѣла оказалось, что на второй годъ послѣ вступленія въ бракъ, жена Назаренко начала вести блудную жизнь, пьянствовала, воровала изъ дому хозяйственныя вещи и пропивала ихъ, и, наконецъ, привела въ разстройство хорошее до того хозяйство мужа. Назаренко неоднократно жаловался экономіи и жена его была наказана, но ни наказанія, ни увѣщанія не дѣйствовали. 31 марта 1854 Назаренко отправился отыскивать ушедшею изъ дома жену и узналъ отъ своихъ односельчанъ, что они, поймавъ ее въ блудѣ съ какимъ-то солдатомъ, раздѣли, а затѣмъ, дѣйствительно встрѣтилъ свою жену, раздѣтую и пьяную, на улицѣ. Когда же, придя домой, онъ снова сталъ уговаривать ее исправить себя хоть сколько нибудь, то она стала отрицать и божиться, увѣряя въ своей невинности. Тогда Назаренко, видя ея обманъ, пришелъ въ ярость и изступленіе, и, схватилъ топоръ, убилъ ее. Поведеніе Назаренко всѣми односельчанами его было одобрено, и всѣ его показанія относительно жены слѣдствіемъ подтвердились.

Правительствующій сенатъ, приговаривая Назаренко, по ст. 1455, къ 12 годамъ каторжной работы, остановился на разсмотрѣніи ходатайства полтавской уголовной палаты и начальника губерніи о смягченіи участи подсудимаго, и нашелъ, что подсудимый не можетъ подходить подъ условіи ст. 154, потому что раздраженіе и безъ того уже предвидѣно въ ст. 1455, и что, кромѣ того, самое преступленіе было совершено имъ не въ порывѣ гнѣва, заслуживающимъ нѣкотораго снисхожденія, *и не на мѣстѣ прелюбодѣянія жены, но послѣ того* [75]).

Но по другому близко подходящему дѣлу дворянина Стрижевскаго, обвиняемаго также въ убійствѣ своей жены въ запальчивости и раздраженіи, происходящемъ отъ ревности, государственный совѣтъ [76]), приговоривая его также къ 12 лѣтней каторжной работѣ, ходатайствовалъ о замѣнѣ ее ссылкою на поселеніе во вниманіе къ прежней безпорочной службѣ и одобренному образу жизни подсудимаго, *а главное въ виду порочнаго поведенія его жены*, и это ходатайство было Высочайше утверждено [77]).

Я привелъ именно эти примѣры изъ цѣлаго ряда подобныхъ случаевъ, чтобы показать, какъ разнообразно можетъ, при отсутствіи положительныхъ постановленій закона, относится судъ къ явленіямъ сходнымъ или даже пожалуй и тожественнымъ, и что съ другой стороны причины снисхожденія нужно искать въ этихъ случаяхъ не въ какой либо особой власти виновнаго надъ убитою даже ни въ тѣхъ или другихъ обстоятельствахъ дѣла, не въ томъ именно, что убитая или убитый были захвачены въ прелюбодѣяніи, а въ тѣхъ повадахъ и мотивахъ, которые опредѣлили виновнаго, въ характерѣ его преступной воли.

На этомъ основаніи я считаю необходимымъ подробнѣе разсмотрѣть вопросъ о вліяніи на наказуемость убійства тѣхъ мотивовъ и поводовъ, которыми руководствовался преступникъ, тѣмъ болѣе, что вопросъ этотъ обыкновенно, къ сожалѣнію, оставляется безъ вниманія.

147. Я указалъ выше, что уложеніе, подобно большинству западныхъ кодексовъ, при опредѣленіи отвѣтственности за убійство обращаетъ исключительно вниманіе на условія, при которыхъ возникаетъ преступная рѣшимость и при которыхъ она выполняется.

Съ этой стороны нормальнымъ типомъ убійства является умышленное лишеніе кого либо жизни. Наказаніе за убійство усиливается какъ скоро преступное намѣреніе было обдумано виновнымъ, когда онъ совершалъ его по заранѣе составленному плану. Напротивъ того, наказаніе за умышленное убійство уменьшается, какъ скоро умыселъ возникъ не только внезапно, но въ нормаль-

[75]) Ср. совершенно подобный примѣръ у Шварце, Mord. стр. 327, и дѣло Косовскаго. Ж. М. Ю. 1864.

[76]) Сборникъ дѣлъ, по которымъ государственный совѣтъ ходатайствовалъ предъ государемъ императоромъ о смягченіи участи подсудимыхъ, ст. 116.

[77]) Насколько могутъ имѣть значенія въ подобныхъ случаяхъ мотивы, опредѣлившіе убійство, можно видѣть и изъ дѣла Ивана Петрова. С. В. 1868 № 172. Дѣло Калинина—ibid., 1869 № 175—6.

номъ состояніи духа, въ запальчивости и раздраженіи. Особенно же снисхожденія заслуживаетъ виновный тогда, когда это раздраженіе было вызвано самимъ пострадавшимъ, когда оно произошло вслѣдствіе обидъ и насилій, причиненныхъ убійцѣ или людямъ ему близкимъ, понимая въ этомъ случаѣ понятіе обиды въ обширномъ смыслѣ.

Но именно эти послѣдніе случаи и приводятъ насъ къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, должно ли быть отброшено при опредѣленіи наказуемости убійства другое дѣленіе, которое играло такую важную роль, въ старонѣмецкомъ и нашемъ древнемъ правѣ,—дѣленіе по мотивамъ дѣйствія. Я указывалъ уже на то, что подъ понятіе Todtschlag въ нѣмецкомъ правѣ долгое время подводили случаи лишенія жизни, вызванные жаждою отмщенія, т. е. хотя бы это убійство было выполнено хладнокровно, а подъ понятіе Mord убійство изъ злости, изъ мотивовъ, признававшихся особенно безнравственными, напр. изъ корыстной цѣли и что подобное же дѣленіе находимъ мы и въ русской правдѣ и даже въ уложеніи 1649 года. Современные кодексы и доктрина отказались отъ этого дѣленія и отодвинули значеніе мотивовъ болѣе чѣмъ на второй планъ, но какъ мнѣ кажется и не вполнѣ основательно и непослѣдовательно.

Несомнѣнно, что для полноты состава какого либо преступленія требуется только осуществленіе намѣренія преступника и что цѣль, которую ставилъ себѣ виновный и которая была руководящимъ мотивомъ его дѣйствій, не имѣетъ значенія. На этомъ основаніи умышленное похищеніе чужой движимой вещи безъ согласія владѣльца остается воровствомъ, хотя бы виновный сдѣлалъ его не ради собственнаго стяжанія, а для раздачи бѣднымъ, для выполненія какихъ либо въ высшей степени гуманныхъ плановъ. Умышленное лишеніе жизни остается убійствомъ, хотя бы въ немъ выразилась вся горечь издавна накопившагося озлобленія, хотя бы оно было результатомъ цѣлаго ряда годовъ притѣсненій и мученій, отплатою за самыя гнуснѣйшія злодѣйства, совершенныя надъ лицами наиболѣе дорогими преступнику.

Шарлота Кордэ и Дарья Соколова *остаются убійцами*, какъ ни безконечно различны побужденія и мотивы ихъ двигавшіе.

Но только въ этомъ и выражается сходство между двумя подобными дѣйствіями и никакого права не имѣемъ мы признать ихъ тожественными или даже близко сходными другъ съ другомъ по отношенію къ наказуемости. Какъ скоро обратимся мы къ вопросу

объ общественной карѣ, вызываемой преступленіемъ и ея размѣрамъ, то мы и увидимъ все различіе между ними существующее. Качество, размѣры и вообще характеръ наказанія опредѣляется двумя основными условіями: съ одной стороны оно стремится успокоить общество, потрясенное совершившимся преступленіемъ, возстановить нарушенное господство правового порядка, съ другой оно воздѣйствуетъ на самого преступника, стремится уничтожить въ немъ элементы, дѣлающіе его опаснымъ для общества. Но и въ томъ и въ другомъ отношеніи размѣры и характеръ этой уголовной реакціи опредѣляются главнымъ образомъ преступною волею, чѣмъ опаснѣе она, чѣмъ болѣе въ ней условій, не соотвѣтствующихъ требованіямъ общежитія, тѣмъ сильнѣе должны быть, средства употребляемыя для противодѣйствія ей [78]).

Поэтому понятно, что какъ скоро преступленіе по своимъ мотивамъ и побудительнымъ поводамъ указываетъ намъ, что только тяжелый гнетъ несчастливо сложившихся обстоятельствъ выбилъ преступника изъ обыкновенной жизненной колеи и привелъ на преступную дорогу, что убійство было совершено при такихъ условіяхъ, при которыхъ устояла бы развѣ только слишкомъ энергичная и сильная натура,—то мы не имѣемъ основанія приравнять этотъ случай къ обыкновенному убійству и назначить одинаковую степень отвѣтственности.

И дѣйствительно мы видимъ, что подобное различіе признаютъ, только весьма непослѣдовательно, и судебная практика и положительные кодексы. Я указывалъ на то, что на практикѣ обыкновенно убійство супругомъ другого супруга, захваченнаго въ прелюбодѣяніи, убійство отцомъ обольстителя своей дочери, товарища товарищемъ для прекращенія его невыносимыхъ страданій вызываютъ не только снисхожденіе къ виновному, но весьма нерѣдко и полное его оправданіе. Во всѣхъ подобныхъ отношеніяхъ причина снисхожденія заключается въ особенномъ характерѣ тѣхъ побудительныхъ причинъ, которыя опредѣлили убійство. Но этими примѣрами, разумѣется, не исчерпываются всѣ случаи этого рода, и законъ, удовлетворяя народному чувству справедливости, долженъ дать общую формулу, выдѣляющую подобные факты изъ общей категоріи убійства. Примѣры, доказывающіе необходимость подобныхъ постановленій и несостоятельность дѣйствующихъ законовъ, мы можемъ почерпнуть въ изобиліи изъ практики любой стра-

---

[78]) Ср. мое изслѣдованіе о повтореніи преступленій 1866 г. стр. 33 и сл.

ны, и въ частности и изъ нашей, старой и новой. Я возьму на выдержку нѣсколько подобныхъ случаевъ изъ сборника процессовъ Любавскаго. Фельдфебель Тищенко, битый чуть не ежедневно по нѣсколько разъ своимъ капитаномъ за дѣйствительные и недѣйствительные проступки по службѣ, рѣшается прекратить вѣчную муку и бросается на своего капитана со словами: «теперь дѣлайте что хотите, вы у меня въ головѣ не оставили косточки неразбитой, погубили вы мою семью; я пропалъ да и вамъ не хорошо;—рядовой Шкода рѣшается сорвать съ своего офицера эполеты, за то, что тотъ нахальнымъ образомъ надругался надъ обрядами его вѣры, объявляя, что онъ истребитель жидовъ и уничтожитъ всѣ ихъ праздники и законъ, за то, что онъ безпричинно дралъ какъ его, такъ и единовѣрцевъ, и далъ еще обѣщаніе отодрать такъ, что на простынѣ въ лазаретъ отнесутъ;—8 крѣпостныхъ женщинъ помѣщика Хитрово убиваютъ своего господина единственно, какъ признали и государственный совѣтъ, за то, что тотъ насильно вынуждалъ ихъ къ противозаконной съ нимъ связи и при сопротивленіи наказывалъ какъ за нерадѣніе къ работѣ, что онъ не уважалъ ни родства между жертвами, ни особенныхъ къ нему отношеній, вовлекая ихъ въ раздоры съ мужьями и поставляя такимъ образомъ между страхомъ наказанія отъ него за сопротивленіе безнравственнымъ его желаніямъ и опасеніемъ гнѣва и побоевъ отъ мужей,—и въ послѣднемъ, напр., случаѣ пять женщинъ наказываются каторгою на 15 лѣтъ и 80 ударами плетьми, а три каторгою на 12 лѣтъ и 50 ударами (и то по Высочайшему помилованію, смягчившему наказаніе на двѣ степени). Неужели же эти преступники заслуживали меньшаго снисхожденія, чѣмъ напр. дворянинъ Стрижевскій, обвиненный въ убійствѣ жены и приговоренный къ ссылкѣ на поселеніе вмѣсто каторги—въ виду развратнаго поведенія его жены, или поручикъ Ломоносовъ, подъ вліяніемъ ревности выстрѣлившій два раза въ упоръ въ жену, сидѣвшую къ колескѣ, но промахнувшійся и приговоренный надворнымъ судомъ къ ссылкѣ на поселеніе, московскою уголовною палатою къ денежному штрафу въ 20 р., правительствующимъ сенатомъ къ тюрьмѣ на 3 мѣсяца и государственнымъ совѣтомъ, по предложенію министра юстиціи, къ безсрочной каторгѣ, замѣненной, впрочемъ, черезъ 4 мѣсяца по Высочайшему повѣленію отдачею въ рядовые безъ выслуги, а черезъ 3 мѣсяца полнымъ прощеніемъ.

Причины снисхожденія въ послѣднихъ случаяхъ, повидимому,

однѣ и тѣ же—это особенный характеръ мотивовъ, но уже самое разнообразіе рѣшеній по одному и тому же дѣлу указываетъ на необходимость измѣненія самыхъ законодательныхъ постановленій, относящихся къ данному вопросу.

Это измѣненіе тѣмъ возможнѣе, что въ самомъ кодексѣ мы найдемъ ясные слѣды примѣненія той же идеи, только проведенной не вполнѣ послѣдовательно.

Почему законодатель снисходительно относится къ лишенію жизни матерью ея незаконнорожденнаго младенца? потому что онъ видитъ причину этого посягательства въ мотивахъ стыда, страха суда общественнаго мнѣнія, въ боязни за будущность ребенка, въ мотивахъ, получающихъ особенную силу вслѣдствіе ненормальнаго соматическаго состоянія родильницы, а иногда и исключительно въ этихъ побужденіяхъ, если дѣтоубійство было совершено съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ. Почему далѣе законъ снисходительно наказываетъ лишеніе жизни на дуэли? [79]) потому что виновный дѣйствовалъ въ силу предразсудка, «подчиняясь условнымъ понятіямъ о чести, чтобы не уронить себя въ общественномъ мнѣніи, потому что онъ считалъ себя обязаннымъ принять вызовъ» [80]). Законъ входитъ здѣсь въ разсмотрѣніе причинъ, побудившихъ къ посягательству на жизнь другого, оцѣниваетъ ихъ значеніе и силу сравнительно съ значеніемъ и силою угрозы закона и, находя въ этихъ мотивахъ объясненіе преступленію, смягчаетъ наказаніе. Противъ этого начала вполнѣ справедливаго возражать нельзя, но мы имѣемъ полное право замѣтить, что законъ не долженъ ограничиваться этими случаями, что какъ скоро мы найдемъ, что причиною преступленія былъ какой либо иной предразсудокъ, не менѣе сильно дѣйствовавшій на умъ виновнаго и объясняющій собою преступленіе, то мы должны также отнестись болѣе или менѣе снисходительно къ совершенному факту, смотря по характеру и значенію мотива.

Совершенно вѣрно сопоставляетъ г. Михайловскій [81]) процессы о дуэляхъ, находившихъ всегда оправданіе или полное снисхож-

---

[79]) Что лишеніе жизни на дуэли составляетъ одинъ изъ видовъ убійства, я постараюсь доказать далѣе, въ главѣ 5-й.

[80]) Мнѣніе генералъ-аудиторіата по дѣлу Грицко и Шемухина.

[81]) По поводу сборника русскихъ уголовныхъ процессовъ Любавскаго, въ Отечественныхъ Запискахъ, 1869, № 4, 5.

деніе въ глазахъ нашей практики, съ процессомъ, напр., о зарытіи живою въ землю крестьянки Маньковой и подобными ему, указана всю неспослѣдовательность этой системы. Въ деревнѣ Окоповичъ въ августѣ 1855 г. господствовала страшная холера, доведшая до полнаго отчаянія все населеніе; готовые вѣрить въ этомъ положеніи всякому безразсудному слуху, крестьяне ухватились за распространенную неизвѣстно кѣмъ идею, что для прекращенія холеры необходимо зарыть въ землю живую старуху и выполнили это. Дѣйствительно 70-лѣтняя старуха Манькова была зарыта и одинъ изъ оставшихся въ живыхъ подсудимый Казакевичъ уголовною палатою и правительствующимъ сенатомъ былъ приговоренъ къ каторгѣ на 12 лѣтъ. Предразсудокъ опредѣлилъ здѣсь преступный умыселъ и притомъ предразсудокъ, оправдываемый не только тою средою, въ которой онъ дѣйствовалъ, но и тѣмъ страшнымъ положеніемъ, въ которомъ находилась эта среда. Но здѣсь судъ не нашелъ основаній не только для оправданія, но даже и для снисхожденія. Въ параллель съ этимъ процессомъ можно указать на другое дѣло изъ нашей же практики, гдѣ судъ въ интересахъ справедливости прибѣгнулъ къ весьма любопытному обходу закона—это дѣло объ убійствѣ остяка Кусамина въ 1839 г. его родными. Въ день смерти остяцкаго шамана Кусамина сынъ его, сильно тосковавшій по отцѣ, впалъ въ бѣшенство и сталъ бросаться на своихъ родственниковъ; тѣ связали его, но бѣшенство Кусамина все увеличивалось и присутствующіе пришли къ убѣжденію, что онъ сдѣлался колдуномъ и по совѣту самой матери Кусамина прокололи его осиновыми спицами. Судъ не рѣшился признать подсудимыхъ виновными въ убійствѣ и подвелъ ихъ поступокъ подъ дѣйствія ст. 1467, т. е. наказалъ какъ за убійство урода, совершенное по невѣжеству и суевѣрію, слѣдовательно призналъ мотивъ обстоятельствомъ смягчающимъ.

Если мы сравнимъ это колебаніе нашей практики, сравнимъ въ особенности дѣло объ убійствѣ Маньковой съ различными процессами о дуэляхъ, то опять придемъ къ убѣжденію въ необходимости устраненія этого разногласія законодательнымъ путемъ. И тамъ и здѣсь дѣйствуетъ предразсудокъ и притомъ предразсудокъ, имѣвшій вредныя послѣдствія, а потому и вліяніе его должно было бы быть болѣе или менѣе одинаково. Убійство изъ суевѣрнаго мнѣнія, что зарытіе живой старухи въ землю остановитъ холеру, и убійство на дуэли изъ того предположенія, что обида чести можетъ быть смыта не иначе какъ пролитіемъ крови, являются одинаково убійствомъ изъ предразсудка, какъ въ глазахъ мыслящей части общества, такъ и въ глазахъ закона, а между тѣмъ въ одномъ случаѣ виновный идетъ на каторгу, въ другомъ отдѣлывается по большей части легкимъ исправительнымъ наказаніемъ. А между тѣмъ, если существуютъ смягчающія обстоятельства въ одномъ случаѣ, то еще легче найдемъ мы ихъ въ другомъ; мы найдемъ ихъ въ неразвитости и малообразованности той среды, въ которой царствовалъ этотъ предразсудокъ, въ томъ, напр., тяжеломъ положеніи, въ которомъ находились крестьяне, потерявшіе голову [82]).

Такимъ образомъ, резюмируя все вышесказанное, я прихожу къ тому положенію, что такъ какъ при назначеніи уголовной отвѣтственности имѣетъ главное значеніе преступная воля, то при раздѣленіи бійства на степени мы должныимѣть въ виду не только большую или меньшую обдуманность преступнаго плана, но и мотивы, опредѣлившіе преступленіе.

Поэтому наказаніе за убійство должно быть смягчено, и въ значительныхъ размѣрахъ, такъ чтобы суду былъ предоставленъ выборъ между наказаніемъ уголовнымъ и высшими степенями исправительныхъ, какъ скоро побудительные поводы убійства оправдываютъ подобное снисхожденіе, а иногда, въ случаяхъ исключительныхъ, это снисхожденіе должно быть допущено въ размѣрахъ и еще большихъ. Подъ эти исключенія подойдутъ, напр., убійство новорожденнаго младенца чудовищнаго вида, объясняемое невѣжествомъ и суевѣріемъ виновныхъ, равно какъ и всякое другое убійство, объясняемое тѣми же поводами; далѣе убійство по желанію самой жертвы, когда оно было предпринято ради смягченія страданій просившаго, для избавленія его отъ мученій въ виду неизлечимой его болѣзни и т. д., убійство, бывшее результатомъ цѣлаго ряда истязаній и мученій, накопившихъ горечь въ

---

[82] Михайловскій тоже справедливо замѣчаетъ, что при дуэли даже снисхожденіе суда болѣе опасно, потому что суевѣрный предразсудокъ исчезнетъ даже при незначительномъ поднятіи уровня образованія, а при дуэли этого условія нѣтъ; что судъ, формируя такимъ образомъ причины снисхожденія, еще болѣе укрѣпляетъ распространенный взглядъ на дуэль и въ виду цѣлаго ряда такихъ приговоровъ непринятіе вызова на дуэль становится еще болѣе труднымъ.

душѣ виновнаго, въ отмщеніе за страданія, причиненныя людямъ близкимъ и т. п. [83]).

И подобное смягченіе вслѣдствіе побудительныхъ мотивовъ будетъ тѣмъ болѣе справедливо, что оно вполнѣ аналогично съ случаями усиленія наказанія за убійство, также на основаніи мотивовъ, опредѣлившихъ преступника, случаями, разборъ которыхъ составитъ предметъ слѣдующей главы.

---

[83]) Ср. Fuchs, Bemerkungen zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches G. A. 1869 г. стр. 634. Современная нѣмецкая литература уголовнаго права стремится придать болѣе значенія мотивамъ при опредѣленіи степени уголовной отвѣтственности. Ср. Bar. die Grundlagen des Strafrechts 1869 стр. 62. Wahlberg, das Princip der Individualisirung im Strafrechte 1869.

О ПРЕСТУПЛЕНІЯХЪ

ПРОТИВЪ ЖИЗНИ

ПО

РУССКОМУ ПРАВУ

ИЗСЛѢДОВАНІЕ

Н. С. ТАГАНЦЕВА

Томъ II

С.-ПЕТЕРБУРГЪ
Типографія А. М. Котомина
На углу Невск. и Б. Морск. д. № 18.
1871

ГЛАВА ВТОРАЯ.

О квалифицированныхъ видахъ убійства.

148. Основанія, по которымъ допускаетъ Уложеніе существованіе квалифицированныхъ видовъ убійства.

§ 1. Убійство, квалифицированное по особеннымъ качествамъ жертвы.

I. Убійство родителей.

149. Отцеубійство признавалось высшею формою убійства у всѣхъ народовъ и во всѣ времена.
150. Объемъ этого преступленія измѣняется не только въ разныхъ законодательствахъ, но и въ исторіи одного и того же права.
151. Постановленія нашего права объ этомъ преступленіи.
152. Уложеніе ограничиваетъ, въ противоположность западнымъ кодексамъ, понятіе этого преступленія только убійствомъ отца или матери.
153. При этомъ оно имѣетъ въ виду только родителей законныхъ, и убійство незаконнаго отца или матери подъ ст. 1449-ую подведено быть не можетъ.
154. Разрѣшеніе вопроса о наличности родственныхъ отношеній принадлежитъ присяжнымъ.
155. При соучастіи въ квалифицированныхъ видахъ убійства нѣсколькихъ лицъ безъ предварительнаго на то уговора, наказаніе усиливается только для тѣхъ соучастниковъ, въ дѣйствіи которыхъ встрѣчаются эти обстоятельства.
156. Также разрѣшается этотъ вопросъ и при соучастіи по предварительному соглашенію и притомъ какъ для физическихъ виновниковъ, такъ и для интеллектуальныхъ.

157. Тоже начало должно быть примѣняемо и къ пособникамъ и къ лицамъ прикосновеннымъ къ преступленію.
158. Это же толкованіе можетъ быть допущено и по нашему праву.
159. Примѣры изъ нашей практики по данному вопросу.
160. Для понятія отцеубійства безусловно необходимо знаніе со стороны виновнаго объ отношеніяхъ, соединяющихъ его съ жертвою.
161. Убійство родителей считается квалифицированнымъ видомъ лишенія жизни только при умышленномъ совершеніи этого преступленія.
162. При отцеубійствѣ степень обдуманности плана не имѣетъ никакого вліянія на наказуемость.
163. Отвѣтственность, назначаемая по Уложенію за убійство родителей.
164. Условія, при которыхъ можетъ быть оправдываемо усиленіе наказанія за убійство родителей.

II. Убійство родственниковъ.

165. Объемъ 1-й части ст. 1451 и условія ея примѣненія.

III. Убійство постороннихъ лицъ, находящихся въ особенныхъ отношеніяхъ къ виновному.

166. Случаи этого рода, предусмотрѣнные въ ст. 1451.
167. Убійство священника, предвидѣнное въ 212 ст. Уложенія.
168. Нѣкоторые виды убійства, указанные въ воинскомъ уставѣ о наказаніяхъ.

IV. Убійство беременной женщины.

169. Это изъятіе не имѣетъ никакихъ достаточныхъ основаній.

V. Убійство, имѣющее политическій характеръ.

170. Посягательство на жизнь Государя Императора и членовъ Царствующаго дома.

§ 2. Убійство, квалифицированное по способу его совершенія.

171. Общія правила, относящіяся къ различнымъ случаямъ лишенія жизни, входящимъ въ эту группу.
172. Убійство, совершенное средствами, подвергающими опасности жизнь многихъ лицъ.
173. Убійство, совершенное средствами, указывающими на особенную злобу и жестокость преступника.

174. Убійство, совершенное средствами, указывающими на особенную хитрость преступника.
175. Отравленіе всегда считалось квалифицированнымъ видомъ лишенія жизни. Взглядъ на это преступленіе права римскаго и каноническаго и средневѣковыхъ законодательствъ.
176. Постановленія объ отравленіи новѣйшихъ западныхъ кодексовъ.
177. Причины, въ силу которыхъ отравленіе занимаетъ исключительное положеніе среди другихъ видовъ убійства представляются не достаточными.
178. Опредѣленіе понятія отравленія и въ положительныхъ кодексахъ и въ судебной медицинѣ является весьма шаткимъ.
179. Постановленія объ отравленіи нашего права.
180. Убійство, учиненное по предварительному уговору нѣсколькихъ лицъ.

§ 3. Убійство квалифицированное по цѣли, съ которою оно совершено.

I. Убійство съ корыстною цѣлью.

181. Признаки, которыми опредѣляется это преступленіе въ нашемъ Уложеніи и его виды.
182. Границы, отдѣляющія убійство ради ограбленія отъ разбоя съ корыстною цѣлью.
183. Примѣры изъ нашей практики по данному вопросу.
184. Основанія, по которымъ отличается убійство съ корыстною цѣлью отъ разбоя, сохраняютъ свою силу и при квалифицированныхъ видахъ разбоя.

II. Убійство, совершенное въ видахъ другаго преступленія.

185. Постановленія по этому вопросу французскаго и нѣмецкаго кодексовъ.
186. Случаи, относящіеся сюда въ нашемъ правѣ.

§ 4. Повтореніе убійства.

187. Постановленія ст. 1450 примѣняются только къ ссыльно-каторжнымъ, уже перечисленнымъ въ государственные крестьяне или къ преступникамъ помилованнымъ.
188. Совершеніе убійства лицами, отбывающими уголовныя наказанія, наказываются или по Уложенію или по Уставу о ссыльныхъ.
189. Случаи стеченія при убійствѣ нѣсколькихъ, квалифицирующихъ вину обстоятельствъ разрѣшаются на основаніи общихъ правилъ о совокупности преступленій.

148. Въ главѣ первой моего изслѣдованія я разобралъ общее ученіе о преступномъ лишеніи жизни, какъ о родовомъ понятіи, но, какъ я постоянно указывалъ, Уложеніе выставляетъ въ томъ-же отдѣлѣ цѣлый рядъ обстоятельствъ, вліяющихъ не только на наказуемость, но и на самый составъ преступленія, создаетъ отдѣльные виды убійства, разборъ которыхъ и составитъ содержаніе настоящей и послѣдующихъ главъ. Эти обстоятельства распадаются въ свою очередь на двѣ категоріи: увеличивающихъ и уменьшающихъ вину.

Подобно тому какъ въ элементахъ преступной воли и въ степени опасности преступнаго дѣянія для общества почерпаетъ и долженъ почерпать законодатель основанія для снисхожденія къ преступнику, находитъ онъ въ нихъ же и основанія для усиленія уголовной кары: такъ дѣлаетъ и наше Уложеніе. Но между тѣмъ какъ по отношенію къ смягчающимъ условіямъ оно говоритъ не полно, отрывочно, создаетъ систему весьма непослѣдовательную, при обстоятельствахъ увеличивающихъ наказаніе въ немъ мы встрѣчаемъ обширную сѣть поражающую своею сложностью.

Уложеніе стремится напередъ исчислить всѣ въ высшей степени разнообразныя категоріи этихъ причинъ и даже опредѣлить a priori значеніе каждой изъ нихъ и вліяніе ихъ на степень наказуемости. Поступая такимъ образомъ оно отчасти дѣйствуетъ подъ вліяніемъ проводимаго имъ начала возможнаго ограниченія судейскаго произвола, вслѣдствіе господствующей въ немъ идеи объ юридической малоспособности судей, а отчасти обнаруживаетъ вліяніе исторіи, такъ какъ большинство этихъ обстоятельствъ, квалифицирующихъ убійство, вошли еще въ наше право въ Уложеніи 1649 г. и въ Воинскомъ Уставѣ 1716 г.

Уложеніе 1649 г., говоря объ убійствѣ, различало кромѣ общаго родоваго его понятія, цѣлый рядъ отдѣльно поставленныхъ видовъ, допуская это отличіе на слѣдующихъ основаніяхъ: 1) по лицамъ, надъ которыми совершено преступленіе: убійство отца или матери (гл. XXII, ст. 1, 2), убійство родителями законныхъ дѣтей (гл. XXII, 3), или незаконныхъ

дѣтей (гл. XXII, ст. 26), убійство брата или сестры (гл. XXII, ст. 7), мужа женою (гл. XXII, ст. 14), убійство человѣкомъ своего господина (гл. XXII, ст. 9), убійство беременной женщины (гл. XXII, ст. 7); 2) по лицамъ, которыми совершено преступленіе: убійство совершенное ратными людьми, ѣдущими на государеву службу или съ нея (гл. VII, ст. 30, 32); 3) по мѣсту совершенія преступленія: убійство въ церкви (гл. I, ст. 4), убійство на государевомъ дворѣ въ Москвѣ или въ объѣздѣ (гл. III, ст. 3, 5, 6), убійство, учиненное на судѣ надъ судьею (гл. X, ст. 105, 106, 142); 4) по способу совершенія: убійство отравленіемъ (гл. XXII, ст. 23), убійство, учиненное наѣздомъ на дворъ насильствомъ, скопомъ и заговоромъ (гл. X, ст. 198) [1]). При чемъ нельзя не замѣтить, что, выдѣляя эти случаи изъ общаго понятія, оно сравниваетъ ихъ, за исключеніемъ мужеубійства, по степени наказуемости съ обыкновеннымъ убійствомъ.

Иначе относится къ этому вопросу Воинскій Уставъ, такъ какъ онъ, указывая на подобные особые виды убійства, какъ то: на отравленіе (арт. 162), убійство по найму, съ корыстною цѣлью (арт. 161), убійство отца и матери, дитя малаго или офицера (арт. 163), назначаетъ уже въ этихъ случаяхъ квалифицированную смертную казнь — колесованіе.

Система Уложенія 1649 г. перешла въ Сводъ Законовъ 1832 года, напротивъ дѣйствующее право стоитъ ближе въ Воинскому Уставу.

341 ст. Свода опредѣляла:

«особенные виды убійства суть:

1) убійство родственное; подъ симъ разумѣется: а) убійство отца или матери; б) чадоубійство; в) дѣтоубійство, т. е. убійство дѣтей въ утробѣ матери; г) братоубійство; д) убійство

[1]) Всѣ эти спеціальные виды убійства заимствованы цѣликомъ изъ литовскаго статута, ср. Колосовскій, очеркъ исторіи преступленій противъ жизни по русскому праву 1856, стр. 216. Но любопытенъ тотъ фактъ, что Уложеніе, заимствуя эти постановленія, не заимствовало наказаній за нихъ назначенныхъ, такъ какъ по статуту въ большинствѣ этихъ случаевъ полагалась квалифицированная смертная казнь.

мужемъ жены, и обратно; е) убійство прочихъ родственниковъ безъ точнаго опредѣленія степени родства.

2) убійство начальниковъ подчиненными и обратно.

3) убійство господъ слугами, и обратно.

4) убійство должностныхъ лицъ при отправленіи ими должностей».

Ст. 343 прибавляла:

«Къ особеннымъ видамъ смертоубійства относится также: умышленное во чревѣ умерщвленіе и изгнаніе плода, и причиненіе смерти отъ непозволеннаго леченія шарлатанами и другими лицами, неимѣющими на то права».

Но рядомъ съ этимъ статья 342 указывала:

«Особенные виды смертоубійства подлежатъ тѣмъ же наказаніямъ какія положены за смертоубійство вообще и съ наблюденіемъ тѣхъ же различій убійствъ: умышленнаго, неосторожнаго и случайнаго».

Напротивъ того наше дѣйствующее право, выдѣляя особые виды смертоубійства, усиливаетъ въ этихъ случаяхъ уголовную кару. При чемъ всѣ эти обстоятельства могутъ быть сведены къ слѣдующимъ группамъ:

I. Убійство, квалифицированное въ силу особенныхъ отношеній, существовавшихъ между жертвою и преступникомъ или, другими словами, квалифицированное по лицамъ, на которыхъ направлено преступное посягательство;

II, убійство квалифицированное по способу, которымъ было оно выполнено;

III, убійство, квалифицированное по цѣли, ради которой оно совершено;

IV, убійство, квалифицированное потому, что оно было со стороны виновнаго повтореніемъ того же преступленія.

Въ этомъ отношеніи наше Уложеніе существенно отличается отъ большинства западныхъ кодексовъ, которые вмѣстѣ съ отмѣною квалифицированной смертной казни и въ виду того, что обыкновенная смертная казнь назначается за всякое предумышленное убійство, не придаютъ особеннаго значенія этимъ различнымъ квалифицированнымъ случаямъ.

§ 1. Убійство, квалифицированное по качеству лицъ, противъ которыхъ оно было направлено.

I. Убійство родителей (parricidium).

149. Почти во всѣ времена и у всѣхъ народовъ видимъ мы одно общее явленіе, что въ главѣ всѣхъ видовъ преступнаго посягательства на жизнь другаго лица—стоитъ родителеубійство; съ этой стороны сходятся между собою постановленія Египта и Индіи, Китая и Іудеи, права римскаго и законодательствъ среднихъ вѣковъ, и только въ видѣ исключенія указываютъ намъ путешественники на обычаи нѣкоторыхъ варварскихъ племенъ Полинезіи и южной Африки, по которымъ достиженіе лицемъ извѣстнаго возраста уничтожало преступность лишенія его жизни, кѣмъ бы это убійство не было совершено [2]).

Не трудно подыскать и объясненіе общности этого явленія, отыскать предположенія, которыя допускалъ повсюду законъ, говоря объ этомъ преступленіи. Во 1-хъ, разрушеніе преступленіемъ кровной связи, существовавшей между убійцею и убитымъ, указывало на забвеніе виновнымъ одного изъ инстинктовъ, присущихъ человѣческой природѣ, забвеніе, предполагавшее въ немъ въ свою очередь особенную испорченность преступной воли, а потому долженствовавшее повлечь и усиленіе отвѣтственности. Во 2-хъ, кромѣ этой кровной связи въ этихъ взаимныхъ отношеніяхъ родителей къ дѣтямъ существовало или по крайней мѣрѣ предполагалось закономъ, другое условіе, болѣе важное—нравственная связь, которая также разрывалась преступленіемъ. Особеннаго уваженія требовалъ законъ отъ дѣтей къ родителямъ въ отплату за тѣ безсонныя ночи, которыя провела мать у изголовья своего ребенка, въ отплату за тѣ лишенія, которымъ подвергалъ себя отецъ,

[2]) См. примѣры у Тиссо, le droit pénal étudié dans ses principes 1860 г. стр. 33 и гл.

чтобы доставить средства существованія, воспитать своего сына и т. д.—нарушеніе этой нравственной связи опять таки указывало на особенную злостность преступника и естественно влекло усиленіе наказанія. Наконецъ въ 3-хъ, не только въ первичномъ, догосударственномъ бытѣ, но и гораздо позднѣе, въ преступленіяхъ этой категоріи видѣлъ законъ, какъ бы возстаніе противъ власти, охраняемой и покровительствуемой имъ, возстаніе, также вліяющее не усиленіе уголовной отвѣтственности.

Я не разсматриваю теперь насколько и при какихъ условіяхъ справедливы эти предположенія закона или, правильнѣе, то обобщеніе, которое дѣлается при этомъ, но я повторяю, что именно этими соображеніями объясняется тотъ фактъ, что всегда и вездѣ родителеубійство разсматривалось, какъ квалифицированный видъ преступнаго лишенія жизни.

150. Но прежде всего нельзя не замѣтить, что самый объемъ того преступленія, которое мы называемъ отцеубійствомъ, его юридическое значеніе *далеко не тождественно, у всѣхъ народовъ* «Parricidium» римскаго, «Vatermord» нѣмецкаго и «parricide» французскаго права въ дѣйствительности являются такими юридическими понятіями, которыя вовсе не соотвѣтствуютъ одноименному съ ними преступленію нашего Уложенія, мало того объемъ этого преступленія иногда въ корень измѣнялся въ исторіи одного и того же права, какъ это можемъ мы видѣть напримѣръ въ правѣ римскомъ [3]).

Понятіе «parricidium» было уже извѣстно въ Римѣ въ эпоху до XII таблицъ, но оно означало не убійство родственниковъ, а убійство всякаго свободнаго человѣка:

«si quis liberum hominem morti dolo sciens dedit—parricida esto».

А самое происхожденіе термина «parricidium» объяснялось такимъ образомъ: «parricidium non a patre, sed a pari caede dicitur».

[3]) Ср. Osenbrüggen, das altrömische Parricidium 1843.

Только со времени lex Pompeja de parricidiis это понятіе стало означать убійство родственниковъ и близкихъ лицъ и въ свою очередь распалось на два вида: parricidium progrium и imprograium. Первое означало убійство восходящихъ и нисходящихъ, а второе всѣхъ остальныхъ родственниковъ до четвертаго колѣна, свойственниковъ, супруговъ, невѣсты, ея родителей, усыновителей и усыновленныхъ, патрона и т. п.

Это различіе parricidium въ тѣсномъ и обширномъ смыслѣ перешло и въ средневѣковое право и было главною причиною того различія, которое мы встрѣчаемъ по данному вопросу въ дѣйствующихъ кодексахъ, изъ которыхъ большинство сохранило понятіе parricidium въ болѣе общемъ значеніи.

151. Напротивъ того *въ нашемъ правѣ съ момента выдѣленія убійства родителей изъ общаго понятія лишенія жизни, ему придается только тѣсное значеніе.*

Такимъ образомъ Уложеніе 1649 г. постановляло:

«Будетъ который сынъ или дочь, учинитъ отцу своему или матери смертное убійство и ихъ за отеческое или за матернее убійство казнить смертію же безъ всякія пощады». (гл. XXII ст. 1).

Причемъ это выдѣленіе, какъ я уже указалъ выше, не имѣло вліянія на измѣненіе самаго вида наказанія, такъ какъ и здѣсь назначалась обыкновенная, не квалифицированная смертная казнь, а прибавленіе—«безъ всякія пощады» было простымъ украшеніемъ [4]).

Напротивъ того Воинскій Уставъ, говоря объ этомъ преступленіи, назначалъ за него усиленную смертную казнь:

«Ежели кто отца своего или мать.... наглымъ образомъ

[4]) Это особенно интересно въ томъ отношеніи, что въ литовскомъ статутѣ, откуда Уложеніе заимствовало это постановленіе назначалась усиленная смертная казнь. См. Разд. XI арт. 7: «уставуемъ, когды бы сынъ або дочка, отца або матку свою *умыльне, зъ якое запамятолости* (Уложеніе не упоминаетъ объ этомъ условіи) забилъ, и якимъ кольвекъ обычаемъ родича своего о горло приправилъ, тогда

умертвитъ, онаго колесовать, а тѣло его на колесо положить. (гл. XIX арт. 163).

Сводъ Законовъ, подобно Уложенію Алексѣя Михайловича, указывая на родителеубійство въ числѣ особенныхъ видовъ убійства, не придавалъ ему никакого вліянія по отношенію къ наказуемости, а Уложеніе, нынѣ дѣйствующее въ ст. 1449 постановляетъ.

«За умышленное убійство отца или матери, виновные подвергаются:

лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ каторжную работу въ рудникахъ безъ срока. По прибытіи ихъ въ мѣсто каторжной работы, они ни въ какомъ случаѣ и ни по какимъ причинамъ не переводятся въ отрядъ исправляющихся, увольняются отъ работъ не иначе, какъ за совершенною къ онымъ отъ дряхлости неспособностью, и даже тогда не освобождаются отъ содержанія въ острогѣ».

При этомъ въ проектѣ Уложенія за это преступленіе назначалась смертная казнь, а въ объясненіяхъ къ проекту было указано:

«по статьѣ 373 Свода за умышленное убійство отца или матери полагается тоже самое наказаніе, какъ и за всякое другое умышленное убійство. Но можно ли думать, чтобы законодательство, означая нѣкоторые виды убійства названіемъ особенныхъ видовъ смертоубійства и справедливо полагая на первомъ онаго мѣстѣ убійство отца или матери, не признаетъ въ нихъ и особенно высшей вины, заслуживающей и строжайшаго наказанія. Убійство родителей есть безъ сомнѣнія

таковый сынъ, або дочка, которая причиною своею о горла родича своего приправитъ, не только горламъ маетъ быти карана али и почтивость и вси имѣнья и маетность стратить, на иншую братью, сестры, або близкихъ своихъ звлаща того учинку невинныхъ. А такою карностью, смертью ганебною маетъ быти каранъ: по рынку возечы, клещами тѣло торгати, а потомъ въ мѣхъ скураный всадивъ шывъ него пса, кура, ужа, кошку и тое все потому въ мѣхъ всадивъши и зашитъ и гдѣ наглубей до воды утопити».

величайшее изъ всѣхъ преступленій противъ частныхъ лицъ. Кромѣ нарушенія воли закона, кромѣ посягательства на священное изъ всѣхъ правъ человѣка, на виновника его существованія, въ немъ есть нѣчто ужасающее природу, доказывающее въ преступникѣ отсутствіе всякаго нравственнаго чувства и едвали не должно прибавить уничтожающее всякую надежду на исправленіе. Сіе преступленіе во всѣ почти времена и у всѣхъ болѣе или менѣе образованныхъ народовъ было подвергаемо особымъ, высшейстрогости, иногда соединеннымъ и съ излишнею жестокостью, наказаніямъ. Въ нашихъ прежнихъ законахъ, въУложеніи, въ Воинскихъ Артикулахъ, въ Морскомъ Уставѣ, за особые виды убійства (а въ томъ числѣ за убійство отца или матери) полагалась тяжкая смертная казнь, именно окопаніе живаго въ землю, колесованіе и т. п. Въ настоящихъ иностранныхъ законодательствахъ также за умышленное отцеубійство поставлена казнь выше той, которая опредѣлена за убійство другаго рода. Такъ напр. по законамъ прусскимъ отцеубійцу влекутъ по землѣ до мѣста казни, а потомъ колесуютъ. Не вводя въ наше законодательство такихъ особыхъ мѣръ усиленія наказанія, можно, кажется, по крайней мѣрѣ принять для столь страшнаго злодѣянія казнь смертную. Въ назначеніи сего рода наказаній мы послѣдуемъ примѣру всѣхъ лучшихъ новѣйшихъ Уложеній, которыя сей видъ убійства подвергаютъ казни наравнѣ съ злоумышленіями противъ особы монарха. Сія аналогія можетъ быть еще естественнѣе въ нашей формѣ правленія».

Но Государственный Совѣтъ при разсмотрѣніи проекта Уложенія не принялъ этого предложенія, основываясь на словахъ манифеста 1826 года, въ которомъ прямо было указано, что смертная казнь сохраняется только для преступленій, потрясающихъ весь организмъ государственный, а потому смертная казнь, предположенная за отцеубійство, была замѣнена наказаніемъ, выше указаннымъ.

152. Разсматривая это, приведенное выше опредѣленіе закона, мы видимъ, что главныя черты, отдѣляющія отцеубій-

ство отъ родоваго понятія убійства, заключается въ качествѣ лицъ, на которыхъ направляется посягательство, или, что все тоже, въ особыхъ качествахъ лица дѣйствующаго, въ тѣхъ отношеніяхъ, которыя существуютъ между имъ и жертвою; эти то отношенія вліяютъ и на нѣкоторыя особенности, представляющіяся въ другихъ элементахъ состава даннаго преступленія и на его наказуемость.

Такимъ образомъ нашему анализу подлежатъ слѣдующіе три вопроса:

1) Кто можетъ быть объектомъ даннаго преступленія, или, что въ этомъ случаѣ приводитъ къ тожественнымъ результатамъ, кто можетъ быть его виновникомъ?

2) Въ чемъ заключаются особенности другихъ условій состава этого вида убійства?

3) Какого рода наказуемости подлежитъ убійство родителей по нашему праву?

Что касается до перваго вопроса, то наше Уложеніе даетъ ему объемъ въ высшей степени ограниченный, именно *объектомъ этого вида убійства могутъ быть отецъ или мать.* Поэтому сюда не могутъ быть относимы убійство другихъ родственниковъ, хотя бы и въ восходящей линіи, или убійство лицъ, какъ бы замѣняющихъ мѣсто родителей: при родствѣ юридическомъ—усыновителей, при родствѣ духовномъ-крестнаго отца или матери (воспріемникъ и воспріемница) и разумѣется ни въ какомъ случаѣ уже посягательство на жизнь мачихи или вотчима.

Въ этомъ отношеніи наше Уложеніе существенно различается какъ отъ права римскаго, такъ и отъ тѣхъ западныхъ кодексовъ, которые знаютъ убійство родителей, какъ особый болѣе тяжкій видъ убійства [5]).

Такимъ образомъ по французскому праву, art. 299, parricide опредѣляется, какъ умышленное умерщвленіе родителей

[5]) Общее нѣмецкое право понимало parricidium еще въ болѣе обширномъ смыслѣ чѣмъ право римское и относило сюда убійство всѣхъ лицъ, къ которымъ виновный долженъ былъ находиться въ какихъ

законныхъ или незаконныхъ или усыновителей, или вообще всѣхъ восходящихъ законныхъ родственниковъ.

Ново-бельгійское Уложеніе ст. 394 ограничиваетъ нѣсколько это понятіе тѣмъ, что выдѣляетъ отсюда убійство усыновителей; тоже дѣлаютъ кодексы прусскій, новобаварскій, ольденбургскій и наконецъ новое Уложеніе сѣверо-германскаго союза (1870), которое § 215 говоритъ вмѣстѣ объ убійствѣ родителей и родственниковъ по восходящей линіи.

153. Но принявъ, что объектомъ отцеубійства по нашему праву могутъ быть только родители, мы встрѣчаемся съ другимъ вопросомъ, несравненно труднѣе разрѣшимымъ по нашему Уложенію, а именно: имѣетъ ли оно въ виду только убійство законныхъ родителей или же распространяетъ ст. 1449 и на убійство незаконныхъ?

Французскій кодексъ и бельгійскій, хотя и сравниваютъ эти два вида отношеній родителей къ дѣтямъ, такъ какъ они говорятъ объ убійствѣ «péres ou méres legitimes, ou naturels», но мы не должны забывать, что послѣднее понятіе вовсе не обнимаетъ всѣхъ незаконно-прижитыхъ дѣтей, а только *признанныхъ* ихъ родителями законнымъ порядкомъ [6]). Напротивъ того большинство нѣмецкихъ кодексовъ вовсе не упоминаетъ объ убійствѣ незаконныхъ родителей; практика же весьма нерѣдко даетъ здѣсь распространительное толкованіе, такъ напр. это положительно признано въ рѣшеніяхъ прусскаго oBer-Tribunal'a отъ 26 февр, 1854 и 31 мая 1865 [7]). Но у насъ о немъ умалчиваетъ и Уложеніе, и нѣтъ никакого

либо особенныхъ отношеніяхъ, какъ напр. убійство господъ, лицъ высшаго сословія, медіатизированныхъ особъ и т. д. См. Feuerbach, Lehrbuch § 230.

[6]) Это вытекаетъ изъ соображеній гражданскаго права Ср. Heau, de la paternité 1868. Также Эли, Théorie т. III № 1069. Онъ впрочемъ находитъ *желательнымъ*. распространить это и не дѣтей записанныхъ въ гражданскихъ регистрахъ на имя своей матери, живущихъ съ нею и носящихъ ея имя. Бланшъ, Études т. IV № 489—491 идетъ далѣе и желаетъ распространить parricide на убійство родителей, которыхъ признавало таковыми какъ общественное мнѣніе, такъ и самъ убійца.

прямаго разъясненія и практики, а потому необходимо войти въ болѣе подробное его разсмотрѣніе.

При этомъ мнѣ кажется, что для надлежащаго разрѣшенія необходимо нѣсколько обобщить этотъ вопросъ, такъ какъ Уложеніе и при другихъ видахъ убійства родственнаго, какъ при убійствѣ восходящихъ, нисходящихъ, боковыхъ и т. д. (ст. 1451 и 2 ч. 1455), также ни слова не говоритъ о томъ: имѣетъ ли оно въ виду родственныя отношенія, вытекающія изъ законнаго брака или же обнимаетъ всѣхъ родственниковъ по крови, хотя бы и не законныхъ.

Это расширеніе кажется мнѣ правильнымъ, съ одной стороны потому, что оно избавитъ меня отъ необходимости повторять разборъ этого вопроса при разсмотрѣніи другихъ видовъ родственнаго убійства, а съ другой потому, что только этимъ путемъ можемъ мы надѣяться получить его удовлетворительное разъясненіе, такъ какъ очевидно, что какое бы мы не придали толкованіе этимъ постановленіямъ Уложенія, оно должно обнимать и тѣ и другіе изъ этихъ случаевъ, иначе самое толкованіе будетъ невѣрно, потому что и текстъ закона и его смыслъ здѣсь тожественны.

Но можно ли во 1-хъ назвать отношенія ребенка, родившагося внѣ брака къ лицамъ, отъ которыхъ онъ происходитъ непосредственно или посредственно, отношеніями родственными въ томъ смыслѣ, въ какомъ употребляется этотъ терминъ въ законахъ гражданскихъ? Разумѣется нѣтъ. Хотя родъ и родство обнимаетъ собою всѣхъ членовъ мужескаго и женскаго пола отъ одного общаго родоначальника происходящихъ, но однако съ тѣмъ ограниченіемъ, что къ роду причисляются тѣ только члены онаго, которые родились въ законномъ бракѣ. Поэтому вездѣ, гдѣ законы гражданскіе говорятъ о родственникахъ, объ отношеніяхъ, возникающихъ между родителями и дѣтьми, объ ихъ взаимныхъ правахъ и обязанностяхъ и не дѣлаютъ при этомъ какихъ либо особенныхъ добавленій,

[7]) Ср. Oppenhof, das Strafgesetzbuch für preussischen Staaten 1867 § 141 пр. 6; для австрійскаго права Herbst, Handbuch § 135, пр. 2.

мы относимъ ихъ постановленія только къ дѣтямъ законнымъ [8]). Незаконно-прижитой ребенокъ не наслѣдуетъ не только въ имѣніи отца, но и въ имѣніи матери, хотя бы все общество знало, что это ребенокъ извѣстнаго лица, хотя бы отецъ или мать постоянно признавали его своимъ, и воспитывали наравнѣ съ дѣтьми законными. Незаконные дѣти не могутъ имѣть даже притязаній на полученіе содержанія отъ родителей, такъ какъ по словамъ кассаціоннаго департамента обязанность содержать дѣтей, какъ обязанность гражданская, относится только къ дѣтямъ законнымъ, а обязанность обезпечить ребенка, прижитаго внѣ брака, о которомъ говорятъ законы уголовные, есть особенный видъ *наказанія*, налагаемаго на виновнаго. Разумѣется тѣже основанія примѣняются и тамъ, гдѣ законъ говоритъ о обязанностяхъ дѣтей по отношенію къ родителямъ т. е. и здѣсь онъ имѣетъ въ виду дѣтей законныхъ.

Но измѣняется ли это положеніе гражданскаго права въ сферѣ примѣненія законовъ уголовныхъ? Для подобнаго измѣненія не существуетъ никакихъ основаній, а наоборотъ, здѣсь мы найдемъ мотивы, подкрѣпляющіе тоже толкованіе. При убійствѣ родственниковъ законъ усиливаетъ наказаніе въ силу предполагаемой имъ любви, тѣсной нравственной связи между убитымъ и убійцею, на это предположеніе не можетъ существовать въ глазахъ закона, если самый родственный союзъ былъ незаконный. Если напр. отецъ, сынъ или братъ, узнавшій о паденіи своей дочери, матери или сестры, посягаетъ на ея плодъ, на не изгладимый слѣдъ ея позора и убиваетъ, такимъ образомъ, своего внука, брата или племянника по крови, можетъ ли онъ быть признанъ виновнымъ въ нарушеніи какого либо особеннаго родственнаго чувства? Разумѣется нѣтъ. Это чувство, повторяю я, не есть только результатъ одного союза крови, оно требуетъ еще наличности извѣстныхъ общественныхъ и даже юридическихъ условій.

[8]) Ср. Неволинъ. Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ т. I, стр. 362 и сл.

Если бракъ признается существенно необходимымъ условіемъ общежитія, если общество кладетъ позоръ, преслѣдуетъ всякое внѣбрачное сожительство и его послѣдствія, если прелюбодѣяніе считается уголовнымъ преступленіямъ, то законодатель, очевидно, не имѣетъ права идти въ разрѣзъ съ народнымъ сознаніемъ и поставить наравнѣ родство внѣбрачное и происходящее отъ брака. Дѣдъ можетъ страстно любить своего внука по крови, хотя бы зачатаго не въ бракѣ, даже бывшаго результатомъ преступленія, совершеннаго надъ его дочерью, но передъ лицемъ закона это будутъ отношенія воспитателя къ воспитаннику, усыновителя къ усыновленному, благодѣтеля къ облагодѣтельствованному, но не дѣда къ внуку. Эти отношенія могутъ также существовать и между лицами, ненаходящимися ни въ какой родственной связи. Другой вопросъ—на сколько справедлива, насколько гуманна эта кара закона, падающая на младенца, разумѣется нисколько невиновнаго въ проступкахъ его отца или матери, но для насъ важно то, что она существуетъ и даже мало того, самая отвѣтственность за ее существованіе падаетъ не на законъ, а на самое общество. Такимъ образомъ и наше право, оказывая незаконнорожденному тоже покровительство, какъ и всякому младенцу, не даетъ и не можетъ дать ему семьи. Законъ наказываетъ всякое лице, посягающее на существованіе младенца, но онъ не можетъ въ этомъ посягательствѣ видѣть убійство родственное, такъ какъ у объекта преступленія нѣтъ родственниковъ, и это положеніе распространяетъ законъ и на самыя ближайшія степени родства—на отца или мать, или какъ онъ обыкновенно называетъ ихъ, на лицъ, которые именуются ихъ родителями. Но если убійство незаконнорожденнаго внука не признается родственнымъ убійствомъ, то разумѣется нѣтъ никакихъ юридическихъ основаній считать таковымъ убійство дѣда внукомъ, находящимся въ такихъ же отношеніяхъ, въ противномъ случаѣ намъ пришлось бы налагать на незаконнорожденнаго обязанности, не давая ему никакихъ правъ, что противорѣчило бы и юридическимъ и теоретическимъ основаніямъ, было бы несправедливостью. Но если мы признаемъ это толкованіе для статьи 1451; мы не можемъ не распространить его и на ст. 1449.

Однимъ словомъ вопросъ представляется мнѣ въ такомъ положеніи: законъ выдѣляетъ изъ обыкновеннаго убійства убійство родственниковъ восходящихъ всѣхъ степеней и нѣкоторыхъ боковыхъ, при этомъ онъ отнюдь не различаетъ родство по отцу и родство по матери и не указываетъ относятся ли его постановленія къ родственнымъ отношеніямъ, происходящимъ отъ законнаго брака, или къ родству, вытекающему изъ рожденія внѣбрачнаго. Но такъ какъ законы гражданскіе, говоря о родствѣ и родственникахъ, относятъ эти выраженія только къ родству законному, и такъ какъ, указывая на взаимныя права и обязанности дѣтей и родителей, они также имѣютъ въ виду только дѣтей законныхъ, то отсюда выходитъ, что для примѣненія какихъ либо постановленій къ дѣтямъ незаконнымъ необходимо спеціальное упоминаніе закона уголовнаго или гражданскаго все равно, чего нѣтъ въ статьяхъ мною разсматриваемыхъ. Къ этому присоединяются и другія соображенія, вытекающія изъ анализа тѣхъ основаній, на которыхъ покоится эта квалификація, такъ какъ она имѣетъ въ виду также связь и отношенія, которыя въ данномъ случаѣ законъ, по правилу, предположить не можетъ. А въ виду безразличнаго отношенія закона къ родственникамъ разныхъ категорій это толкованіе должно одинаково относиться ко всѣхъ имъ. Въ частности же по отношенію къ преступленію мною разсматриваемому, мы должны сказать, что *объектомъ его могутъ быть признаваемы родители законные*, и только тамъ, гдѣ отецъ или мать незаконнорожденнаго ребенка приняли его на свое воспитаніе, убійство ихъ можетъ быть отнесено къ числу квалифицированныхъ, но уже на другомъ основаніи, а именно какъ убійство благодѣтелей, воспитателей и т. п. [9]).

[9]) Того же мнѣнія Лохвицкій, курсъ на стр. 203, гдѣ онъ подробно мотивируетъ и основанія этого взгляда, *распространяя его на убійство незаконной матери*, но на стр. 498 онъ думаетъ, что не-

Противъ этого толкованія указываютъ, обыкновенно, на два возраженія: 1) что въ раздѣлѣ XI, въ главѣ третьей, гдѣ законъ говоритъ о кровосмѣшеніи, онъ также не упоминаетъ о томъ: относятся ли эти постановленія и къ родству, происходящему отъ внѣбрачнаго рожденія, хотя въ этомъ не существуетъ и сомнѣнія; 2) что въ числѣ видовъ родственнаго убійства, законъ прямо говоритъ (2 ч. 1451 ст.) объ убійствѣ матерью ея незаконноприжитаго младенца при самомъ его рожденіи.

Что касается до перваго, то вопросъ о кровосмѣшеніи разрѣшается на основаніи не однихъ уголовныхъ законовъ, а и законовъ церковныхъ. По ст. 1013 У. У. С. вопросъ о томъ находились ли лица обвиняемыя въ этомъ преступленіи, въ такихъ родственныхъ отношеніяхъ, при которыхъ тѣлесное ихъ совокупленіе считается кровосмѣшеніемъ, всегда долженъ подлежать вѣдѣнію духовнаго вѣдомства, такъ что неисполненіе этого требованія считается достаточнымъ поводомъ къ кассаціи. [10]) Поэтому, какое бы разрѣшеніе не получилъ этотъ вопросъ въ данномъ случаѣ, онъ не можетъ имѣть вліянія на разъясненіе преступленій, мною разсматриваемыхъ. Да и въ самыхъ правилахъ Василія Великаго, въ которыхъ содержатся главныя основанія о наказуемости кровосмѣшенія (ст. 67, 75, 76, 79) вовсе не упоминается о родствѣ по плоти, происшедшемъ отъ внѣбрачнаго рожденія.

Относительно же втораго возраженія, нельзя не сознаться, что мѣсто, отведенное дѣтоубійству въ Уложеніи, выбрано,

---

законная мать должна быть *сравнена* съ законною, такъ какъ она всегда извѣстна. Чебышевъ-Дмитріевъ, русское уголовное судопроизводство. Судебный Журналъ 1869, № 4, стр. 148.

[10]) См. Р. К. Д. 1869 — 521. Въ этомъ дѣлѣ былъ возбужденъ и вопросъ о томъ: составляетъ ли прелюбодѣйная связь съ женою незаконнаго сына виновнаго—кровосмѣшеніе или нѣтъ, но къ сожалѣнію этотъ вопросъ оставленъ кассаціоннымъ департаментомъ безъ отвѣта.

какъ я постараюсь доказать далѣе, чрезвычайно не удачно, но это не можетъ имѣть вліянія на толкованіе мною предлагаемое, такъ какъ во 1-хъ въ той же статьѣ говорится и о другихъ видахъ убійства кромѣ родственнаго; а во 2-хъ наше Уложеніе вовсе не имѣетъ характера такого кодекса, въ которомъ одно только систематическое толкованіе могло бы имѣть такое важное значеніе, предпочтительно предъ всѣми другими соображеніями.

Къ сожалѣнію, прямо этотъ вопросъ въ нашей практикѣ разрѣшаемъ не былъ, но изъ разныхъ косвенныхъ намековъ можно видѣть, что наши суды смотрятъ на него различно. Такъ по дѣлу Марка Родіонова Климова (С. В. 1868 № 12), подсудимый, бывшій незаконнымъ сыномъ, обвинялся въ убійствѣ брата своего по матери, законнаго ея сына. Но такъ какъ при этомъ убійство было совершено въ запальчивости и раздраженіи, а палата въ своемъ обвинительномъ актѣ просто сослалась на ст. 1455 безъ указанія ея части, то о ея взглядѣ на данный вопросъ заключить нельзя. Что же касается до окружнаго суда, то можно думать, что онъ держался мнѣнія, мною высказаннаго: по крайней мѣрѣ въ вопросахъ предложенныхъ присяжнымъ, онъ говоритъ объ убійствѣ Маркомъ *крестьянина той же деревни*, нигдѣ не называя его братомъ, далѣе, въ своей резолюціи онъ не цитируетъ 2-ую ч. 1455 ст. и 3 п. ст. 19, о которомъ въ ней говорится, а указываетъ на 4 и 6 п. ст. 19. Напротивъ того С.-Петербургская Судебная Палата по аналогичному дѣлу (см. С. В. 1869, № 47) признала, что примѣчаніе къ ст. 1664, о признаніи воровства, совершеннаго дѣтьми у родителей, преступленіемъ уголовно-частнымъ, распространяется и на незаконныхъ дѣтей. Хотя къ сожалѣнію мотивы ея рѣшенія въ Судебномъ Вѣстникѣ и не приведены.

154. Но если мы примемъ то толкованіе, что субъектомъ убійства родителей могутъ быть только дѣти законные, то легко могутъ встрѣтиться случаи такого рода, что обвиненный отрицаетъ родственныя отношенія къ жертвѣ, призна-

ваемыя причиною усиленной его наказуемости, и можетъ, слѣдовательно, возбудиться вопросъ о томъ: кто долженъ констатировать фактъ существованія этихъ отношеній? Французская практика, считая этотъ вопросъ чисто фактическимъ, признала не только въ этомъ отношеніи компетентнымъ судъ уголовный, но и самое разрѣшеніе его предоставило присяжнымъ; такъ же поступаетъ и практика прусская [11]) и таково же, думаю я, должно быть рѣшеніе и по нашему праву. Во первыхъ, нечего и говорить о томъ, что онъ входитъ въ область компетентности *суда уголовнаго*, такъ какъ 27 ст. У. У. С., въ которой указаны вопросы, предрѣшаемыя судомъ гражданскимъ, о подобныхъ случаяхъ не упоминаетъ, но и кромѣ того *самое его разрѣшеніе должно принадлежать присяжнымъ*, такъ какъ эти родственныя отношенія могутъ быть причислены къ числу обстоятельствъ особо увеличивающихъ вину, о которыхъ, согласно съ ст. 755 У. У. С., всегда долженъ быть предлагаемъ особый вопросъ присяжнымъ [12]).

155. Такимъ образомъ первый вопросъ, поставленный выше, относительно даннаго преступленія разрѣшается такъ, что виновникомъ его могутъ быть только законные дѣти. Если преступленіе было совершено однимъ лицемъ, или всѣ виновные находились къ убитому въ отношеніяхъ дѣтей къ родителямъ, то дальнѣйшихъ затрудненій ученіе о субъектѣ и не представляетъ, но вопросъ значительно осложняется, когда въ данномъ дѣлѣ принимали участіе лица, не находящіеся въ такихъ отношеніяхъ къ убитому. Какъ опредѣлить юридическій характеръ ихъ дѣйствій и мѣру отвѣтственности?

Очевидно, что этотъ вопросъ точно также встрѣчается и при всѣхъ другихъ видахъ родственнаго или вообще какого либо квалифицированнаго или привилегированнаго вида убійства и составляетъ часть болѣе обширнаго вопроса: какое

[11]) Бланшъ, в. с. т. IV № 494; Эли, в. с. т. III № 1061; Oppenhof, в. с. § 141 пр. 5.

[12]) См. Арсеньевъ, о вліяніи родственныхъ и тому подобныхъ отношеній на мѣру вины и наказанія преступниковъ. Ж. М. Ю. 1861 № 4.

вліяніе при совершеніи преступленія нѣсколькими лицами могутъ имѣть обстоятельства, привходящія, къ дѣятельности одного изъ нихъ, на отвѣтственность другихъ?

Теоретическій и полный разборъ этого ученія, разумѣется, можетъ быть сдѣланъ только при изложеніи всей теоріи соучастія, а здѣсь я коснусь его въ предѣлахъ нашего права и только по отношенію къ преступленіямъ, насъ занимающимъ, причемъ, во избѣжаніе повтореній, я буду имѣть въ виду всѣ виды убійства, прикоторыхъ случаи этого рода могутъ встрѣтиться.

Соучастіе по нашему праву, какъ и по теоріи, распадается на двѣ основныя формы: на соучастіе безъ предварительнаго уговора—скопъ и соучастіе по предварительному уговору—сговоръ и шайка.

Что касается до скопа, то подъ нимъ понимаетъ законъ тѣ случаи, гдѣ нѣсколько лицъ, руководствуясь однимъ болѣе или менѣе сходнымъ планомъ, но безъ предварительнаго соглашенія между собою, выполняютъ какое либо общее дѣйствіе, и совокупными усиліями достигаютъ преступнаго результата. Связанные въ одно цѣлое общностью дѣла ими совершаемаго, они въ тоже время являются отдѣльными самостоятельными вкладчиками, отвѣчающими каждый порознь за совершенное ими, причемъ результатъ общаго дѣйствія вмѣняется каждому на основаніи общаго ученія о причинной связи, и только иногда степень отвѣтственности можетъ усиливаться сообразно съ значеніемъ дѣятельности даннаго виновнаго, какъ напр. по нашему Уложенію въ томъ случаѣ, когда это лице первое приступило къ совершенію преступленія, или непосредственно его выполнило и т. д. Эта индивидуальная отвѣтственность каждаго изъ соучастниковъ за совершенное имъ преступленіе естественно приводитъ къ тому выводу, что при наличности какихъ либо *обстоятельствъ, привходящихъ къ дѣйствію и усиливающихъ отвѣтственность, это усиленіе можетъ имѣть мѣсто только по отношенію къ тѣмъ лицамъ, въ дѣйствіяхъ которыхъ эти обстоятельства встрѣчаются.* Слѣдовательно при отцеубійствѣ или

убійствѣ родственномъ, совершенномъ безъ предварительнаго уговора, только тѣ изъ соучастниковъ отвѣчаютъ по ст. 1449, 1451, или 2–й ч. 1455, относительно которыхъ существуетъ наличность условій, указанныхъ въ подлежащихъ статьяхъ; а всѣ остальныя подлежатъ наказанію за обыкновенное убійство; точно также одни изъ соучастниковъ могутъ отвѣчать за убійство предумышленное, а другіе за совершенное въ запальчивости и раздраженіи, одни за убійство съ цѣлью ограбленія, другіе съ цѣлью мщенія и т. д. [13]).

156. Гораздо сложнѣе становится вопросъ тамъ, гдѣ соучастіе было условлено заранѣе. Прежде всего мы должны различать здѣсь два основные типа участниковъ: главныхъ виновныхъ и второстепенныхъ или пособниковъ, а затѣмъ въ каждой изъ этихъ группъ отдѣлить участниковъ исключительно содѣйствующихъ составленію плана, т. е. задумавшихъ планъ, прививщихъ его другимъ, но въ самомъ выполненіи его неучаствовавшихъ—интеллектуальныхъ соучастниковъ и пособниковъ и тѣхъ, которые сами выполняли планъ, ими составленный или усвоенный—виновники и пособники физическіе.

Возьмемъ во 1–хъ такую форму соучастія, гдѣ всѣ совиновники являются главными, и притомъ, принимаютъ участіе въ самомъ выполненіи преступнаго плана, такъ что всѣ они суть главные физическіе виновники, и посмотримъ какое вліяніе могутъ имѣть на ихъ отвѣтственность квалифицирующія обстоятельства, привходящія къ преступленію.

Эти обстоятельства, какъ мы видѣли, могутъ относиться или къ самому дѣйствію, или къ дѣятелямъ.

Положимъ, что А и Б сговорились отравить кого либо,

[13]) При этомъ нельзя не замѣтить, что могутъ встрѣтиться комбинаціи обѣихъ формъ соучастія въ одномъ дѣяніи, когда напр. двое дѣйствуютъ по предварительному уговору, а въ моментъ исполненія преступленія къ нимъ присоединяется третье лице, безъ всякаго съ ними уговора, при подобной комбинаціи каждая изъ формъ соучастія должна, разумѣется, разсматриваться отдѣльно.

или совершить убійство поджогомъ дома, взрывомъ пороха и т. п. и осуществили задуманное;

или А и Б выполнили убійство съ цѣлью ограбленія, или при выполненіи его употребили истязанія и мученія.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ условія, усиливающія отвѣтственность, входятъ въ самое дѣйствіе, а потому каждый изъ соучастниковъ отвѣчаетъ за то, что они воспроизвели съ помощью другихъ лицъ, какова бы ни была степень его личнаго участія, хотя бы онъ самъ истязаній и мученій не причинялъ. Однимъ словомъ, когда рѣчь идетъ объ убійствѣ квалифицированномъ въ силу особенныхъ качествъ самаго дѣйствія, то усиленная отвѣтственность распространяется на всѣхъ физическихъ совиновниковъ [14]).

Иначе ставится вопросъ тамъ, гдѣ обстоятельства квалифицирующія преступленіе заключаются въ самомъ дѣятелѣ.

Конечно и здѣсь могутъ встрѣтиться случаи, что подобныя обстоятельства существуютъ по отношенію къ каждому изъ виновныхъ, что напр. два брата или двѣ сестры совершили убійство отца, родственника, благодѣтеля и т. п., такъ что опредѣленіе ихъ отвѣтственности никакого затрудненія не представитъ, но еще чаще могутъ встрѣтиться случаи, гдѣ эти отношенія существуютъ только у одного изъ совиновниковъ.

А убилъ вмѣстѣ съ Б по предварительному уговору человѣка, который былъ благодѣтелемъ, родственникомъ, отцемъ А, но къ Б ни въ какихъ отношеніяхъ не состоялъ.

А убилъ вмѣстѣ съ Б человѣка, который былъ отцемъ перваго и благодѣтелемъ или родственникомъ втораго.

А убилъ вмѣстѣ съ Б незаконноприжитаго сына послѣдней, и притомъ при самомъ его рожденіи.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ мы видимъ, что элементъ вліяющій на степень уголовной отвѣтственности существуетъ

[14]) См. также главу первую № 141 Ж. о тѣхъ случаяхъ, гдѣ предумышленное убійство совершается нѣсколькими лицами по предварительному уговору.

только въ одномъ изъ соучастниковъ, а потому рождается вопросъ: какое же вліяніе можетъ имѣть онъ на отвѣтственность всѣхъ другихъ соучастниковъ? При чемъ то или другое его разрѣшеніе должно одинаково относиться ко *всѣмъ* этимъ случаямъ, такъ какъ они совершенно тожественны между собою, такъ что если бы законодатель или практика находили необходимымъ различить ихъ, то первый долженъ бы былъ прямо обозначить это въ законѣ, а вторая должна представить причины и доказательства возможности подобнаго отступленія.

Если мать посягаетъ на жизнь своего незаконноприжитаго младенца при самомъ его рожденіи, то законъ относится къ ея дѣянію снисходительнѣе, чѣмъ къ обыкновенному убійству на томъ основаніи, что съ одной стороны мотивы, ею руководившіе: стыдъ, страхъ суда общественнаго мнѣнія, боязнь за будущность младенца и т. п., заставляютъ предполагать меньшую злостность воли, а съ другой, въ особенности потому, что эти мотивы получаютъ почти, или по крайней мѣрѣ, съ трудомъ преодолимую силу, вслѣдствіе ненормальнаго соматическаго и психическаго состоянія виновной, вызваннаго родильными муками. При этомъ, разумѣется, это условіе существуетъ и вліяетъ на отвѣтственность виновной, какъ въ томъ случаѣ, гдѣ она дѣйствовала только одна, такъ и тамъ, гдѣ съ нею участвовали другія лица. Но гдѣ же мы найдемъ основанія для оправданія или для снисхожденія къ ея соучастникамъ? Не можетъ же законъ предположить, что и они находятся въ ненормальномъ психическомъ состояніи, вызванномъ родильными муками [15]).

Если законъ усиливаетъ отвѣтственность племянника, убившаго своего дядю, послѣ котораго онъ былъ единственнымъ наслѣдникомъ, и выполнившаго преступленіе ради полученія этого наслѣдства, и усиливаетъ именно потому, что видитъ здѣсь особенную злостность воли, то не можетъ же онъ предположить этой особой злостности у Сидора или Петра, бывшаго

[15]) См. объ этомъ подробнѣе главу 3 № 200.

соучастникомъ преступленія, но дѣйствовавшаго не ради достиженія какихъ либо корыстныхъ цѣлей, а въ отмщеніе убитому за только что совершенное имъ изнасилованіе жены, дочери или сестры виновника. Не можемъ же мы признать его соучастникомъ убійства родственнаго, въ которомъ съ его стороны были нарушены особенныя отношенія къ жертвѣ, или даже участникомъ убійства, совершеннаго съ цѣлью ограбленія.

Если безродный воспитанникъ, обласканный и пригрѣтый въ семьѣ, считавшей его за своего члена и ни въ чемъ не отличавшей его отъ родныхъ дѣтей, убиваетъ своего благодѣтеля и воспитателя—есть основанія выдѣлить его дѣяніе изъ общаго ряда убійствъ, но эти основанія не существуетъ по отношенію къ лицу только, что избитому убитымъ и въ отмщеніе сдѣлавшемуся соучастникомъ убійства.

Если, наконецъ, сынъ, убиваетъ своего отца, забывая узы крови, ихъ связывающія, въ особенности если эта связь была такова, что убитому могло быть придано имя отца въ полномъ значеніи этого слова, когда имъ было выполнено по отношенію къ сыну все, что послѣдній могъ требовать отъ него, когда связь, однимъ словомъ, имѣла не только физическій, но и нравственный характеръ, мы находимъ дѣйствительно достаточныя основанія для усиленія уголовной отвѣтственности, но не можемъ же мы отыскать этихъ основаній напр. для кучера, бывшаго соучастникомъ убійства, при добромъ старомъ порядкѣ ежедневно или черезъ день получавшаго отъ барина-благодѣтеля наставленія плетью и кнутомъ для вящщаго вразумленія въ исполненіи своихъ обязанностей; развѣ только въ видахъ каламбура можемъ мы обозвать его виновникомъ отцеубійства.

Однимъ словомъ тамъ, гдѣ для усиленія отвѣтственности законъ видитъ ratio juris въ особыхъ отношеніяхъ жертвы и убійцы, то это усиленіе можетъ имѣть значеніе только по отношенію къ тѣмъ изъ физическихъ виновниковъ, относительно которыхъ существуетъ подобный ratio.

Возьмемъ теперь другой видъ соучастія, гдѣ виновные

распадаются на двѣ категоріи: интеллектуальныхъ и физическихъ, и притомъ, такъ какъ отвѣтственность послѣднихъ при случаяхъ этого рода мы уже разсматривали, то сосредоточимъ вниманіе на первыхъ.

Всякое преступленіе состоитъ изъ двухъ элементовъ: преступнаго намѣренія или плана, и дѣйствія, въ которомъ этотъ планъ осуществляется; и такъ какъ только при наличности обоихъ условій, преступное дѣяніе считается полнымъ преступленіемъ, то поэтому при соучастіи нѣсколькихъ лицъ, изъ которыхъ одни участвуютъ только въ составленіи плана, важное значеніе для опредѣленія ихъ отвѣтственности получаетъ вопросъ о томъ отношеніи, въ которомъ находятся задуманное и выполненное.

Это соотношеніе можетъ быть трояко:

1) Задуманное превышаетъ выполненное: когда подстрекнутый или вообще физическій виновникъ совершилъ не все то къ чему его подстрекали или о чемъ былъ между нѣсколькими лицами уговоръ.

2) Выполненное превышаетъ задуманное: когда подстрекнутый совершилъ или иное преступленіе, а не то, къ которому его подстрекали, или выполнилъ его съ такими условіями, при которыхъ дѣяніе получило совершенно иное значеніе и важность.

3) Задуманное совершенно тожественно съ выполненнымъ. Что касается до первой комбинаціи, то для ея разрѣшенія мы должны имѣть въ виду нѣкоторыя общія положенія о наказуемости подстрекателей по отношенію къ наказуемости физическихъ виновниковъ. Послѣдніе являются центромъ, около котораго групируются всѣ остальные, участвующіе въ преступленіи. Дѣятельность подстрекателя, взятая сама по себѣ есть ничто иное какъ обнаруженіе умысла и какъ таковая не наказуема, и только съ момента выполненія этого плана подстрекнутымъ ему придается плоть и кровь и наступаетъ моментъ отвѣтственности и для создателя плана; такъ что смотря потому, сдѣлалъ ли исполнитель только приготовленіе къ предположенному убійству, остановился ли на полдорогѣ

или окончилъ задуманное и подстрекатель отвѣчаетъ, какъ за подстрекательство къ приготовленію, покушенію или выполненію убійства. Поэтому все то, что было въ намѣреніи виновныхъ, на что состоялся между ними полный уговоръ, но что осталось тѣмъ не менѣе не выполненнымъ, является только голою, безплодною мыслью и отвѣтственности не подлежитъ, и это правило распространяется и на квалифицирующія обстоятельства, предполагаемыя виновнымъ, но не встрѣтившіяся въ дѣйствительности.

А уговариваетъ Б убить кого либо посредствомъ отравленія, взрыва моста на желѣзной дорогѣ, а тотъ выполняетъ это обыкновеннымъ способомъ—и физическій виновникъ и подстрекатель подвергаются отвѣтственности не по 1453-й ст. а по 1454.

А уговорилъ Б. убить отца А, а Б убиваетъ постороннее лице, и тотъ и другой подлежатъ отвѣтственности по ст. 1454.

Точно также по общимъ правиламъ разрѣшается и вторая вышеуказанная комбинація, такъ какъ она является частнымъ случаемъ болѣе общаго вопроса о вліяніи эксцесса со стороны подстрекнутаго на отвѣтственность подстрекателя. По общему правилу подстрекатель отвѣчаетъ только за тотъ планъ, который онъ привилъ другому, если этотъ планъ былъ выполненъ. Поэтому если А подстрекнулъ Б совершить воровство, а тотъ совершилъ убійство то разумѣется А не можетъ считаться подстрекателемъ къ убійству; или если А подстрекалъ Б нанести оскорбленіе В, а тотъ кромѣ того изнасиловалъ В, то А отвѣчаетъ только за подстрекательство къ оскорбленію. Однимъ словомъ за эксцессъ отвѣчаетъ только выполнившій, но не подстрекавшій, и отсюда существуетъ только одно изъятіе, а именно подстрекатель отвѣчаетъ и за эксцессъ, какъ скоро это превышеніе и ему самому казалось вѣроятнымъ или по крайней мѣрѣ возможнымъ.

А подстрекаетъ Б поджечь домъ, зная что тамъ находятся люди и что поджогъ будетъ совершенъ при такихъ условіяхъ, при которыхъ жизнь ихъ должна будетъ подвергнутся

опасности, то отвѣтственность за причиненіе смерти при поджогѣ должна пасть и на подстрекателя, хотя бы онъ подстрекалъ только къ поджогу.

Если А уговариваетъ Б совершить кражу, зная что выполнить ее нельзя иначе, какъ при помощи взлома, то разумѣется онъ отвѣчаетъ за подстрекательство не къ простой кражѣ, а къ кражѣ со взломомъ 16).

Эти же начала должны быть примѣнены и къ разсматриваемому нами вопросу о вліяніи обстоятельствъ квалифицирующихъ убійство на отвѣтственность интеллектуальныхъ виновниковъ; т. е. они усиливаютъ ее только въ томъ случаѣ, когда подстрекатель зналъ, или по крайней мѣрѣ предполагалъ возможность ихъ наступленія.

А уговорилъ Б отправиться на большую дорогу и убить съ цѣлію ограбленія перваго встрѣчнаго; оказалось, что этотъ встрѣчный былъ отецъ А или А подстрекнулъ Б убить В; и тотъ, выполняя это убійство, разсвирѣпѣлъ и выполнилъ его съ надругательствомъ.

Или А, въ отмщеніе за нанесенную ему обиду, подговорилъ Б убить В, а Б при выполненіи еще и ограбилъ убитаго.

Очевидно что, во всѣхъ этихъ случаяхъ А отвѣчаетъ за подстрекательство къ простому убійству, такъ какъ онъ не

16) См. интересное въ этомъ отношеніи дѣло Горичевой, С. В. 1868 № 78, въ которомъ Московская судебная палата, признавая Князева виновнымъ въ составленіи для Горичевой подложнаго увольнительнаго отъ крестьянскаго общества приговора, по отношенію къ ней нашла, что такъ какъ она, по собственному сознанію, просила написать только письменный видъ на жительство, а не увольнительный приговоръ, то было бы несправедливо признать ее участницею преступленія, совершеннаго Киселевымъ, а слѣдуетъ признать подстрекательницею къ преступленію, предусмотрѣнному въ 975 статьѣ. См. также рѣшеніе по дѣлу Плеханова (Р. к. д. 1867 № 374) гдѣ признано, что если обвиняемый подстрекалъ къ дачѣ ложнаго показанія безъ присяги, а подстрекнутый далъ ложное показаніе подъ присягой, то это квалифицирующее обстоятельство не имѣетъ вліянія на отвѣтственность подстрекателя.

предвидѣлъ и не могъ предвидѣть наступленія этихъ обстоятельствъ, сдѣлавшихъ предполагаемое имъ убійство квалифицированнымъ.

Совершенно иначе ставится вопросъ тамъ, гдѣ А, подстрекая Б убить перваго встрѣчнаго, предполагалъ, что этотъ встрѣчный будетъ его отецъ;

или если уговаривая Б убить В, подстрекатель зналъ, что это лице его родственникъ, хотя и скрылъ это обстоятельство отъ Б.

Здѣсь квалифицирующее обстоятельство относится прямо къ подстрекателю, а потому онъ и отвѣчаетъ за отцеубійство или за убійство родственника.

Наконецъ остается третья комбинація, гдѣ задуманное и выполненное равны между собою.

Въ этомъ случаѣ вопросъ становится совершенно аналогичнымъ съ тѣмъ, гдѣ всѣ участвующія лица являются главными физическими виновниками, такъ какъ и законъ и теорія ставятъ совершенно наравнѣ и интеллектуальныхъ и физическихъ виновниковъ, съ тою только разницею, что моментъ отвѣтственности первыхъ опредѣляется сообразно съ дѣйствіемъ вторыхъ.

Поэтому если А подговариваетъ Б отравить кого либо, совершить убійство взрывомъ пороха и т. п., и тотъ выполняетъ это, то оба они отвѣчаютъ за квалифицированное убійство по 1453 ст.

Тоже самое должны мы признать напр. и въ томъ случаѣ, когда А уговариваетъ Б убить такое лицо, котораго оба они наслѣдники, и притомъ убить ради полученія наслѣдства или когда братъ подговариваетъ брата совершить отцеубійство и т. п.

Однимъ словомъ какъ скоро причина, усиливающая отвѣтственность, заключается въ самомъ преступномъ дѣйствіи или хотя бы и въ личныхъ качествахъ дѣйствующаго лица, но встрѣчающихся и въ подстрекателѣ и въ подстрекнутомъ, то оба они отвѣчаютъ за квалифицированное убійство.

Но рѣшеніе должно быть совершенно иное, если это условіе встрѣчается только въ одномъ изъ дѣйствующихъ лицъ.

Сынъ, задумавъ убить своего отца, подговариваетъ къ тому постороннее лицо, что тотъ и выполняетъ—первый отвѣчаетъ какъ подстрекатель къ отцеубійству, второй какъ выполнитель простаго убійства.

Мать, находящаяся въ ненормальномъ послѣродовомъ состояніи, рѣшается убить своего незаконноприжитаго, только что рожденнаго младенца, но не имѣя достаточно силъ выполнить преступный планъ, склоняетъ къ тому свою сестру и та выполняетъ убійство. Мать ребенка—подстрекательница къ дѣтоубійству, ея сестра виновница обыкновеннаго убійства.

Или наоборотъ, мать уговариваетъ дочь убить незаконноприжитаго, только что рожденнаго сына послѣдней, и та совершаетъ убійство — мать подстрекательница къ обыкновенному убійству, а дочь виновница дѣтоубійства.

При этомъ основанія для подобныхъ выводовъ тѣ же, какія я приводилъ при соучастіи нѣсколькихъ главныхъ физическихъ виновниковъ.

Но это отсутствіе въ подстрекателѣ извѣстныхъ качествъ, устраняющее примѣнимость къ нему болѣе тяжкаго или болѣе легкаго наказанія, не должно быть смѣшиваемо съ фактическою неспособностью или невозможностью для него выполнить преступленіе, къ которому онъ подстрекаетъ; такъ какъ это послѣднее условіе не требуется закономъ и не можетъ быть допущено теоретически. Лицо, не имѣющее рукъ, совершенно безсильное и т. д. можетъ быть подстрекателемъ къ убійству, такъ же какъ кастратъ можетъ быть интеллектуальнымъ виновникомъ изнасилованія.

Резюмируя же все вышесказанное, я прихожу къ такому выводу:

Если рѣшается вопросъ о наказуемости соучастниковъ въ такомъ преступленіи, которое ни въ видовомъ ни въ родовомъ своемъ понятіи не требуетъ *никакихъ* спеціальныхъ качествъ отъ субъекта, то *всѣ соучастники подлежатъ полному наказанію, хотя бы нѣкоторые изъ нихъ фактически и не могли выполнить того преступленія*, въ которомъ они обвиняются.

Если же данное преступленіе *въ родовомъ понятіи допускаетъ субъектомъ всякое лице*, находящееся въ состояніи вмѣняемости, *а въ видовомъ требуетъ извѣстныхъ условій, то всѣ соучастники отвѣчаютъ только за родовое преступленіе, а за видовое только тѣ, въ личности или дѣйствіяхъ которыхъ заключаются условія, требуемыя закономъ*. Таковы напр. отцеубійство, отравленіе, дѣтоубійство и т. д.

Наконецъ если преступленіе таково что *не только въ видовомъ, но и въ родовомъ его понятіи требуетъ отъ субъекта извѣстныхъ качествъ, то тѣ изъ участвующихъ* въ данномъ дѣйствіи лицъ, *которые подобныхъ качествъ не имѣютъ*, не могутъ подлежать и вообще *уголовной отвѣтственности*. Таковы напр. многія преступленія по должности, государственная измѣна въ нѣкоторыхъ ея видахъ и т. д.

157. Но какъ я уже замѣтилъ при соучастіи по предварительному соглашенію кромѣ главныхъ виновниковъ дѣйствуютъ второстепенные участники или пособники. Хотя теорія указываетъ, что ихъ отвѣтственность опредѣляется сообразно съ отвѣтственностью главныхъ виновниковъ, такъ какъ accesorium semper sequitur principale, но это положеніе должно быть понимаемо въ томъ же смыслѣ, какъ и отношеніе отвѣтственности подстрекателей къ отвѣтственности физическихъ виновниковъ. То-есть наказуемость пособниковъ наступаетъ только съ того момента, когда начинается отвѣтственность главныхъ виновниковъ и размѣры ея опредѣляются характеромъ того преступленія, которому они помогали. Поэтому *обстоятельства усиливающія преступность и присущія самому дѣйствію вліяютъ и на наказуемость пособниковъ, но обстоятельства, заключающіяся въ самыхъ дѣятеляхъ, получаютъ значеніе только тогда, когда они существуютъ и въ пособникахъ*, причемъ основанія для подобнаго вывода тѣже, какъ и относительно главныхъ виновниковъ.

Мало того, *тотъ же выводъ долженъ быть сдѣланъ и по*

отношенію къ лицамъ прикосновеннымъ къ преступленію, такъ какъ они разсматриваются въ нашемъ правѣ какъ соучастники преступленія и степень ихъ отвѣтственности зависитъ отъ отвѣтственности главныхъ виновниковъ. Особнякомъ стоитъ и здѣсь только одинъ видъ прикосновенности—недонесеніе о совершившемся преступленіи, такъ какъ подобное недонесеніе, хотя и разсматривается въ Уложеніи въ общей части (ст. 126), но составляетъ отдѣльное преступленіе, имѣющее и свою самостоятельную санкцію, размѣры которой вовсе не зависятъ отъ характера преступленія, о которомъ не было донесено.

158. Разбирая вопросъ объ отвѣтственности соучастниковъ при совершеніи квалифицированныхъ видовъ убійства, я не касался собственно его теоріи, тѣмъ болѣе, что здѣсь мы встрѣчаемся съ полнѣйшимъ разнообразіемъ взглядовъ, не представляющихъ и въ настоящее время какого либо единенія, хотя теорія, изложенная выше и получаетъ мало по малу преобладающее значеніе [17]). Напротивъ того, *въ положительномъ правѣ* и въ практикѣ кассаціонныхъ судовъ, при всемъ разнообразіи, проводимыхъ ими началъ, *преобладаетъ толкованіе противоположное.* Такъ напр. французскій кассаціонный судъ призналъ [18]), что всѣ участники въ отцеубійствѣ подлежатъ усиленному наказанію, хотя бы только одинъ изъ нихъ находился въ родственныхъ отношеніяхъ къ убитому; тоже принимаетъ онъ при домашнемъ воровствѣ, когда одинъ изъ соучастниковъ былъ слугою у обокраденнаго и т. п. Еще разнообразнѣе въ этомъ отношеніи нѣмецкіе кодексы и практика, гдѣ нерѣдко въ одномъ и томъ же правѣ признается одно правило для главныхъ виновниковъ, а другое для пособниковъ, или нерѣдко изъ общаго правила выдѣляется одно какое либо преступленіе, напр. дѣтоубійство, и это самое разнообразіе указываетъ на шаткость самихъ началъ.

[17]) Относительно главныхъ виновниковъ ту же теорію приводятъ напр. Бернеръ, Гейбъ, Кестлинъ, Росси, но изъ нихъ только Кестлинъ распространяетъ ее послѣдовательно и на пособниковъ. Въ нашей литературѣ толкованіе, приведенное выше, было защищаемо и подробно мотивировано только г. Арсеньевымъ въ вышеуказанной его статьѣ. Онъ идетъ далѣе и при нѣкоторыхъ формахъ прикосновенности, а именно при укрывательствѣ вовсе не признаетъ возможности усиленія наказанія, даже и при наличности въ виновномъ квалифицирующихъ обстоятельствъ, съ чѣмъ, впрочемъ, согласиться нельзя.

[18]) См. Blanche, Études, т. VII № 7. Эли, Théorie т. I № 208, 220.

Что касается до нашего права, то въ памятникахъ древнѣйшихъ, какъ напр. въ уложеніи 1649 г. мы находимъ прямыя указанія для разрѣшенія этого вопроса, напротивъ, въ уложеніи дѣйствующемъ онъ обойденъ молчаніемъ и потому вызвалъ практику въ высшей степени разнообразную.

Такимъ образомъ 2-я статья главы XXII Уложенія 1649 года постановляла:

«А будетъ который сынъ или дочь отцу своему или матери смертное убійство учинятъ съ иными, съ кѣмъ, а сыщется про то до прямо, и по сыску тѣхъ, которые съ ними такое дѣло учинятъ казнить смертью же безо всякія пощады». Тоже начало проводилось и въ ст. 26, говорившей о дѣтоубійствѣ въ тѣсномъ смыслѣ «если сама или иной кто по ея велѣнью погубитъ... то и ее и соучастниковъ казнити смертью» [19]). Здѣсь, впрочемъ, это приравненіе по наказуемости всѣхъ соучастниковъ существеннаго значенія не имѣло, такъ какъ эти квалифицированные виды убійства подлежали тому же наказанію, какъ и убійство обыкновенное; по эту же теорію проводила наша практика и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ назначалось наказаніе усиленное, какъ при мужеубійствѣ: такъ это видно изъ указа 1689 (П. С. 3 т. II № 1335), по которому закопаніе живою въ землю было замѣнено отсѣченіемъ головы, въ немъ было именно сказано: «женку Палашку и дѣвку Федоску за убійство мужа Палашкина и Палашку и *Федоску* не окапывать, а отсѣчь голову».

Напротивъ того, Сводъ Законовъ и Уложеніе подобныхъ

[19]) Эти постановленія, впрочемъ заимствованы изъ статута литовскаго раздѣла XI.

прямыхъ указаній не дѣлаетъ [20]) *и въ виду текста относящихся сюда статей Уложенія, можно примѣнить и къ нашему праву теорію, развиваемую мною выше.* Въ самомъ дѣлѣ во-первыхъ, подстрекатели приговариваются на основаніи ст. 120, къ высшей мѣрѣ наказанія, опредѣленнаго за преступленіе, къ коему они подговаривали или подстрекали; но если уговариваетъ какое либо посторонее лице убить своего родственника или отца, то разумѣется мы должны сказать, что онъ подговаривалъ къ отцеубійству, мужеубійству и т. д.; а принявъ это положеніе мы на томъ же основаніи и съ полнымъ правомъ можемъ сказать, что А подстрекающій Б убить В, остается подстрекателемъ къ обыкновенному убійству, хотя бы Б былъ сынъ, отецъ или братъ В. Далѣе относительно физическихъ виновниковъ, какъ зачинщиковъ, такъ и сообщниковъ ст. 118—119 говорятъ, что они подлежатъ наказанію за содѣянное преступленіе положенному. Поэтому если А убилъ своего отца въ сообществѣ съ другими, то онъ содѣялъ отцеубійство, за которое и отвѣчаетъ, причемъ совершенно безразлично, въ какихъ отношеніяхъ находились другіе сообщники къ жертвѣ преступленія, но принявъ это толкованіе для понятія «содѣяннаго» преступленія мы, опять таки, съ полнымъ правомъ можемъ принять, что если данное лице ни въ какихъ особыхъ отношеніяхъ къ

[20]) Противнаго мнѣнія держится авторъ статьи (И. Ш.) въ Ж. М. Ю. 1861 № 8 о вліяніи родственныхъ и другихъ отношеній на мѣру вины и наказанія преступниковъ. Онъ находитъ, что буквальный смыслъ уложенія слишкомъ ясенъ, что всѣ участники родственнаго убійства отвѣчаютъ какъ за квалифицированное убійство, потому что основаніемъ служитъ отвѣтственность главнаго физическаго виновника, но въ тоже время онъ признаетъ, что, если при совершеніи убійства постороннимъ лицомъ ему помогали родственники убитаго, то они подлежатъ усиленной отвѣтственности. Самое его основное положеніе, что причина усиленія наказанія заключается въ фактѣ нарушенія родственныхъ отношеній, а не въ большой злостности воли преступника — лишено всякаго основанія. См. возраженія на него у Арсеньева Ж. М. Ю. 1861 № 12.

жертвѣ не состояло, то оно отвѣчаетъ только за содѣянное имъ, т. е. за простое убійство.

Нѣсколько труднѣе принять тоже толкованіе относительно наказуемости пособниковъ; но тѣмъ не менѣе и здѣсь оно можетъ быть допущено. Пособники въ преступленіи (а чрезъ нихъ и прикосновенные къ дѣлу) подлежатъ наказанію за то преступленіе въ законѣ положенному, такъ какъ пособники сами преступленія не выполняютъ, то, слѣдовательно, преступленіе, о которомъ идетъ рѣчь, будетъ то, которое совершено главными виновными; но если послѣдніе совершили отцеубійство, то слѣдуетъ ли отсюда, что и пособники подлежатъ также тому же наказанію? Буквальное толкованіе закона привело бы насъ въ этомъ случаѣ къ положительному абсурду. Если А подстрекалъ Б совершить убійство В, который приходился отцемъ Б и дѣйствовалъ такъ, что собственно онъ является главною и почти исключительною пружиною всего преступленія, такъ какъ онъ воспользовался малодушіемъ или легкомысліемъ Б, то онъ все-таки подлежитъ каторжной работѣ отъ 12—15 (сообразно съ моимъ толкованіемъ вполнѣ согласномъ и съ текстомъ Уложенія), а если онъ занималъ мѣсто сравнительно второстепенное, подалъ напр. главному виновнику необходимыя для совершенія убійства орудія и т. п., однимъ словомъ былъ необходимымъ пособникомъ, то онъ подлежалъ бы каторгѣ безъ срока. Кромѣ того буквальное толкованіе ст. 121 въ вышеприведенномъ смыслѣ возможно только тогда, когда всѣ главные виновные отвѣчаютъ за квалифицированное преступленіе, но подобное буквальное толкованіе сдѣлается невозможнымъ, какъ скоро мы представимъ комбинацію, гдѣ нѣкоторые изъ главныхъ виновныхъ отвѣчаютъ за простое преступленіе; а другіе за квалифицированное. А въ виду этихъ соображеній слѣдуетъ, по моему мнѣнію, признать, что пособники отвѣчаютъ только за тѣ обстоятельства, усиливающія отвѣтственность, которыя заключаются или въ преступномъ дѣйствіи, или въ личныхъ качествахъ самихъ пособниковъ; такъ что легко могутъ встрѣ-

титься и такіе случаи, что пособникъ будетъ наказанъ сильнѣе главнаго виновнаго [21]).

159. При этой неопредѣленности закона и возможности его толкованія сообразно съ тѣмъ или другимъ теоретическимъ воззрѣніемъ, весьма понятно, что и въ нашей практикѣ мы не встрѣчаемъ какихъ либо строго проводимыхъ началъ. Я считаю необходимымъ, впрочемъ, привести нѣсколько рѣшеній, имѣющихъ интересъ въ этомъ отношеніи, и прямо, или косвенно подтверждающихъ воззрѣнія, мною защищаемыя.

Такъ изъ старой нашей практики нельзя не указать на дѣло крестьянъ Тарасенко-Атрѣшкова (сборникъ мнѣній Государственнаго Совѣта за 1862 г. стр. 25 и сл.), въ которомъ подсудимые, числомъ 12, обвинялись въ томъ, что отправились въ садъ мѣщанина Пересыпкина для обивки яблокъ, причемъ двое изъ нихъ, встрѣтившись со сторожемъ сада, нанесли ему побои, отъ которыхъ онъ и умеръ. Государственный Совѣтъ согласно съ мнѣніемъ Министра Юстиціи нашелъ, что только тѣ изъ подсудимыхъ, дѣйствовавшихъ по предварительному уговору, могутъ быть обвинены въ разбоѣ, которые принимали участіе въ насильственныхъ дѣйствіяхъ или, по-крайней-мѣрѣ приступили къ похищенію, зная о совершеніи ихъ, а остальные не могутъ быть признаны соучастниками разбоя, а подлежатъ отвѣтственности только за воровство-кражу.

По дѣлу Павловскихъ и Эрко (сборникъ мнѣній Государственнаго Совѣта за 1862 г. стр. 31 и сл.) подсудимый Мачулисъ былъ признанъ пособникомъ не въ томъ преступленіи (разбой), которое совершилъ подсудимый, а въ томъ, по которому между ними былъ уговоръ (кража).

По дѣлу о мѣщанинѣ Ильѣ Толстовѣ, судимомъ за убійство отца [22]), и крестьянинѣ Филиппѣ Кровченко обвиняемомъ въ укрывательствѣ этого преступленія, Правительствующій

[21]) См. также Р. К. Д. 1868 № 463.

[22]) Ж. М. Ю за 1864 г.

Сенатъ согласно предложенію Министра Юстиціи, признавая Толстова виновникомъ отцеубійства, обвинили Кравченко только въ укрывательствѣ простаго убійства, указавъ при этомъ, что при непмѣніи въ виду, по дѣлу ни предумышленности въ убійствѣ Артема Толстова, *ни особыхъ Кравченко къ убитому отношеній*, означенныхъ въ 1449 и 1451 ст., крестьянинъ Филиппъ Кравченко долженъ подлежать отвѣтственности на основаніи 19 (6 степ.), 131, 134 и 1455 статей, т. е. каторжной работѣ на заводахъ отъ 6—8 лѣтъ.

Изъ новой практики нельзя не обратить вниманія въ этомъ отношеніи на дѣло Баловневыхъ (с. в. 1867 № 241, 242). По этому дѣлу въ убійствѣ рядоваго Якова Баловнева обвинялись его родные племянники Авдотья и Никифоръ, свояченица Елизавета Суховертова по первому мужу Баловнева и крестьянинъ Суховертовъ. При этомъ Авдотья и Никифоръ были приговорены на основаніи 1451 статьи, первая какъ сообщница въ каторгу безъ срока, а второй за укрывательство въ каторгу на 9 лѣтъ, а крестьянинъ Суховертовъ, хотя и признанный зачинщикомъ, только на 20 лѣтъ—(по 2 части 1454 статьи [23]).

Точно также по дѣлу объ убійствѣ Сарафанникова, (С. В. 1869 г. № 192—196), гдѣ вмѣстѣ съ дѣтьми убитаго Павломъ и Васильемъ обвинялся мѣщанинъ Калашниковъ, этотъ послѣдній, хотя и признанный главнымъ виновникомъ, приговоренъ не къ безсрочной, (по ст. 1449), а къ срочной каторжной работѣ, (на 20 лѣтъ), согласно 4 п. 1453 ст., такъ какъ это предумышленное убійство было учинено для ограбленія. Тотъ же взглядъ провелъ судъ по дѣлу объ убійствѣ Яка Мурса, (С. В. 1870 г. № 8) какъ это видно изъ назначенія

[23]) При этомъ, разумѣется, вопросъ о квалифицирующихъ вину обстоятельствахъ долженъ быть предложенъ присяжнымъ о каждомъ изъ подсудимыхъ. См. напр. дѣло Кузьмина и др. обвиняемыхъ въ покушеніи на убійство Фадѣевой съ цѣлью ограбленія. Р. К. Д. 1868 № 426. Также по дѣлу Баловневыхъ Рязанскій окружный судъ предложилъ на разрѣшеніе присяжныхъ особый вопросъ (12): не приходился ли убитый роднымъ дядею Авдотьѣ и Никифору Баловневымъ.

равнаго наказанія—8 лѣтъ каторги, какъ Юрію Урдалю, признанному главнымъ виновникомъ убійства, но не состоящимъ ни въ какихъ отношеніяхъ къ убитому, такъ и Маріи Мурсъ, женѣ убитаго, признанной укрывательницею убійства, хотя оба они были одинаково признаны заслуживающими снисхожденія.

Напротивъ, по дѣлу Ивана Мизи и Анны Гавриловой, изъ коихъ первый былъ признанъ виновникомъ убійства изъ засады мужа Гавриловой, а она укрывательницею убійцы, оба были приговорены по 1453 ст., такъ какъ Гаврилова приговорена къ 7 г. каторги, между тѣмъ какъ по 1451, 121 и 124 ст. Уложенія она не могла быть приговорена менѣе, чѣмъ къ 12 годамъ каторги.

160. Таковы особенности даннаго преступленія по отношенію къ объекту и субъекту; но, какъ я уже замѣтилъ, убійство родителей представляетъ нѣкоторыя и другія особенности въ своемъ составѣ, а именно по отношенію къ ученію о преступной волѣ.

Нѣтъ никакого сомнѣнія въ томъ, что *это нарушеніе* извѣстныхъ обязанностей, являющихся священными въ глазахъ закона, необходимо *предполагаетъ сознаніе виновнымъ существованія этихъ отношеній*, такъ какъ современные кодексы видятъ причину усиленія наказанія не въ *фактѣ* порванія родственной, семейной связи, особо охраняемой закономъ, а въ особенной преступности воли, выказанной виновнымъ. Это положеніе, какъ справедливо замѣчаетъ Бернеръ, такъ ясно, что едва ли нужно и упоминать о немъ; но дѣйствительно, большинство кодексовъ, а въ томъ числѣ и наше уложеніе не дѣлаютъ объ этомъ никакихъ указаній; но, разумѣется, это умолчаніе отнюдь не устраняетъ его примѣненія и въ нашемъ правѣ: оно вытекаетъ изъ общихъ правилъ закона о вліяніи фактической ошибки на отвѣтственность виновнаго. Статья 99 указываетъ, что невѣдѣніе и заблужденіе въ фактѣ служитъ обстоятельствомъ, освобождающимъ отъ отвѣтственности за дѣяніе совершенное виновнымъ, но это уничтоженіе имѣетъ двоякій характеръ: или невѣдѣніе относилось къ такимъ обстоятельствамъ, которыя вообще дѣлали наказуемымъ данное дѣйствіе: тогда уничтожается самая преступность совершеннаго, а если оно относилось только къ какой либо части даннаго дѣянія, напр. къ обстоятельствамъ усиливающимъ отвѣтственность, то это невѣдѣніе погашаетъ только вліяніе этихъ обстоятельствъ, а виновный отвѣчаетъ за все остальное.

Если, поэтому, данное лицо умыслило убить кого либо, а затѣмъ окажется, что убитый былъ его отецъ, то невѣдѣніе имъ этого условія не даетъ права предполагать большую виновность преступника и онъ отвѣчаетъ за простое убійство.

Если А, задумавъ убить Б, по случайной ошибкѣ, вслѣдствіе отклоненія удара и т. п. убилъ В, и убитый оказался его отцемъ, то опять-таки наличность квалифицирующаго элемента въ жертвѣ, не имѣетъ вліянія на степень отвѣтственности.

Это общее правило, какъ я замѣтилъ, уложеніе примѣняетъ и ко всѣмъ отдѣльнымъ преступленіямъ [24]) и только въ видѣ исключенія, оно иногда или *предполагаетъ* знаніе въ виновномъ, или вовсе не требуетъ подобнаго знанія, какъ напр. при кражѣ вооруженной.

При этомъ, если преступленіе было совершено нѣсколькими лицами, то это знаніе должно быть констатировано по отношенію къ каждому изъ соучастниковъ, и это послѣднее положеніе, имѣетъ одинаковое значеніе какъ при толкованіи мною принимаемомъ, относительно вліянія подобныхъ отношеній на отвѣтственность соучастниковъ, такъ и при противоположномъ [25]).

161. Но и одного знанія особыхъ отношеній, существующихъ между жертвою и виновнымъ не достаточно, что бы счесть преступленіе квалифицированнымъ. — Наше уложеніе тре-

[24]) См. напр. рядъ рѣшеній кассаціоннаго департамента по вопросу объ укрывательствѣ. Онъ постоянно признавалъ, что если виновный не зналъ объ обстоятельствахъ, квалифицирующихъ кражу, то онъ признается укрывателемъ простой кражи.

[25]) См. Арсеньевъ, в. с. стр. 110.

буетъ еще сознательнаго нарушенія виновнымъ этихъ отношеній или, другими словами, близкія отношенія между виновникомъ и жертвою, усиливаютъ наказаніе только при умышленныхъ преступленіяхъ.

Съ теоретической точки зрѣнія, пожалуй, можно бы было отыскать основанія и для усиленія наказанія за неосторожное лишеніе жизни этихъ лицъ; можно бы было сказать, что если данное лицо совершаетъ какой либо поступокъ, который можетъ причинить вредъ кому либо, то оно должно быть осмотрительнѣе, а наказуемость его сильнѣе, если вредъ грозилъ лицамъ, которыя должны были быть особенно дороги для совершающаго преступленіе; но уложеніе подобно большинству нѣмецкихъ кодексовъ не приняло этихъ соображеній, какъ это можно ясно видѣть изъ того, что ст. 1449 — 1455 у. гдѣ говорится о вліяніи родственныхъ отношеній, имѣютъ въ виду только умышленное убійство, а тамъ, гдѣ говорится о неосторожномъ лишеніи жизни, вовсе не упоминается объ этихъ отношеніяхъ, какъ и о другихъ условіяхъ, квалифицирующихъ убійство [26]). Нѣкоторое исключеніе изъ этого правила составляетъ неосторожное лишеніе жизни, бывшее послѣдствіемъ умышленнаго нанесенія побоевъ, ранъ или увѣчья (1490, 1488, 1484), такъ какъ по ст. 1492 здѣсь наказаніе усиливается на 3 степени, т. е. назначается каторга отъ 15 до 20 лѣтъ, или ссылка на поселеніе въ мѣста болѣе отдаленныя (когда смерть была результатомъ ранъ или увѣчья, нанесенныхъ въ запальчивости), если эти преступленія были совершены противъ отца или матери, и на 2, если противъ кого либо изъ лицъ перименованныхъ въ 1451 ст.; но здѣсь это отступленіе можетъ быть объяснено тѣмъ, что причина усиленія заключается не въ неосторожномъ лишеніи жизни, а въ предшествовавшемъ ему умышленномъ поврежденіи здоровья.

При этомъ, по моему мнѣнію, квалифицирующія обстоятельства могутъ имѣть вліяніе только на умышленное лишеніе жизни, въ тѣсномъ смыслѣ, и не распространяются не только на случаи неосторожности, предвидѣнные въ ст. 1468, 1466 и 1459, но и на такъ называемое убійство съ непрямымъ умысломъ (ст. 1458), такъ какъ объ усиленіи наказанія въ этомъ случаѣ нѣтъ никакихъ упоминаній въ Уложеніи.

[26]) Интересный случай этого рода представляетъ дѣло Ивана Троицкаго, С. В. 1867 № 275. Троицкій обвинялся въ томъ, что перекинулъ отца, хотѣвшаго взять у него ключи, черезъ себя и тѣмъ причинилъ ему смерть. Онъ былъ обвиненъ и приговоренъ по ст. 1464.

Въ виду всего этого мы можемъ прійти къ такому выводу общему какъ для отцеубійства, такъ и для другихъ квалифицированныхъ видовъ убійства: *для признанія лишенія жизни квалифицированнымъ необходимо не только знаніе виновными условій, бывшихъ причиною квалификаціи, но и сознательное ихъ нарушеніе, такъ что эти виды убійства могутъ быть совершены только умышленно*, за исключеніемъ только случаевъ, указанныхъ въ ст. 1484, 1488 и 1490.

162. Далѣе, при убійствѣ умышленномъ законъ различаетъ обыкновенно извѣстныя степени и оттѣнки (смотри главу I № 135, 136), но отцеубійство въ этомъ отношеніи представляетъ весьма существенное отличіе и притомъ какъ въ нашемъ правѣ, такъ и въ западныхъ кодексахъ.

По французскому праву parricide разсматривается какъ meurtre, а не какъ assassinat. Поэтому, для примѣненія назначеннаго по закону наказанія безразлично — было ли это преступленіе обдумано заранѣе, или умыселъ возникъ внезапно. Мало того, законъ придаетъ такое значеніе тому, какъ выражались его редакторы, *религіозному* уваженію, которымъ каждый обязанъ по отношенію къ виновнику его существованія, что не придаетъ здѣсь никакого значенія тѣмъ причинамъ, которыя дѣлаютъ извинительными самое раздраженіе, опредѣлившее преступный умыселъ.

«Le parricide n'est jamais excusable».

Такъ что посягнулъ ли сынъ на жизнь отца только вслѣдствіе раздраженія, вызваннаго побоями и насиліями, или подъ вліяніемъ гнѣва, возбужденнаго напр. поимкою отца въ прелюбодѣяніи съ женой виновнаго и т. п. онъ подлежитъ тому

же наказанію какъ и виновный въ убійствѣ предумышленномъ совершонномъ изъ цѣлей корыстныхъ. При этомъ необходимо только отличать excuses отъ faits justificatifs, такъ какъ послѣдніе существуютъ и при отцеубійствѣ, по этому напр. необходимая оборона допускается и противъ родителей.

Подобно этому поступаетъ и наше Уложеніе. Оно не признаетъ, какъ требовалъ напр. проектъ 1813 года, что оборона противъ родителей не принимается въ оправданіе и вины не уменьшаетъ, но за то оно не отличаетъ по наказуемости различныхъ формъ умысла при этомъ преступленіи, а *назначаетъ одинаковое наказаніе за всякое умышленное посягательство на жизнь отца или матери.*

Но это положеніе, хотя и прямо вытекающее изъ самаго текста ст. 1449, возбудило однако сомнѣніе въ нашей практикѣ, при самомъ почти изданіи Уложенія, и было разъяснено Государственнымъ Совѣтомъ.

Въ мнѣніи Государственнаго Совѣта, Высочайше утвержденномъ 26 ноября 1847 по дѣлу о крестьянинѣ Абалаковѣ, обвинявшемся въ убійствѣ своего отца, было высказано: что за убійство отца или матери назначено въ законахъ одно наказаніе безъ различія, совершено ли оно съ предумышленіемъ или безъ онаго, и что опредѣляя сіе наказаніе убійцамъ своихъ родителей безъ раздѣленія онаго на степени, Уложеніе имѣло, очевидно, цѣлью возбудить ужасъ къ столь важному преступленію, для котораго самое высшее изъ возможныхъ въ благоустроенномъ Государствѣ наказаній представляется едва соотвѣтствующимъ злодѣянію, противному, такъ сказать, самой природѣ. Мысль сія явствуетъ и изъ послѣдующихъ 1451 и 1455 ст. Улож., въ которыхъ убійство жены или мужа, сына или дочери, роднымъ дѣда или бабки, внука или внучки и другихъ поименованныхъ тамъ родственниковъ, кромѣ, однакоже, родителей, раздѣляется на предумышленное и учиненное безъ обдуманнаго заранѣе намѣренія, и за каждое изъ сихъ двухъ видовъ преступленія опредѣляется особая степень наказанія (сборникъ, стр. 168).

Тоже самое толкованіе было повторено общимъ собраніемъ

Правительствующаго Сената по дѣлу крестьянина Мартыненко (1860 г. сборникъ № 1247), гдѣ причиною преступленія была ссора между убитымъ и убійцею, приведшая пьянаго сына въ запальчивость и раздраженіе, и по дѣлу казака Дживаги обвиняемаго въ убійствѣ матери, (1863 г. сборникъ № 1273) гдѣ Сенатомъ были повторены буквально и соображенія Государственнаго Совѣта.

Выдѣляясь такимъ образомъ изъ обыкновеннаго убійства въ ученіи о преступной волѣ, отцеубійство вовсе не отличается отъ него по отношенію къ преступному дѣйствію и различнымъ степенямъ осуществленія воли въ дѣйствіи. Необходимо только замѣтить, что особенныя отношенія, здѣсь существующія, усиливаютъ отвѣтственность только при совершеніи убійства и при покушеніи на него, но не распространяются на приготовленіе къ нему, такъ какъ ст. 1457 охватываетъ собою какъ общій, такъ и особенные виды лишенія жизни.

163. Наконецъ послѣдній вопросъ, подлежащій нашему разсмотрѣнію, составляетъ наказуемость отцеубійства, такъ какъ оно представляетъ особенности, какъ въ древности, такъ и въ новѣйшее время.

Въ Римѣ по Lex Pompeja de parricidiis была назначена за данное преступленіе такъ называемая poena culei, по которой виновнаго сначала жестоко наказывали розгами, потомъ зашивали въ мѣшокъ съ собакою, пѣтухомъ, змѣею и обезьяною, а потомъ топили въ водѣ; и только при Адріанѣ это наказаніе было замѣнено другимъ—Damnatio ad bestias.

Poena culei, какъ обыкновенное наказаніе за это преступленіе, перешло во всѣ почти западные законодательства среднихъ вѣковъ и даже въ Литовскій статутъ, гдѣ только сообразно мѣстнымъ условіямъ мѣсто змѣи занялъ ужъ и мѣсто обезьяны—кошка.

Нѣсколько позднѣе, это наказаніе было замѣнено четвертованіемъ или колесованіемъ. Такъ по старо-французскому праву преступнику отрѣзывали кисть руки и живаго колесовали,

тѣло сжигали и пепелъ развѣвали по вѣтру; по воинскому уставу Петра В. назначалось колесованіе и т. п.

Но даже и въ дѣйствующихъ кодексахъ, которые только выдѣляютъ этотъ видъ изъ родоваго понятія убійства — оно обыкновенно обставляется атрибутами, служащими усиленіемъ наказанія.

Такъ по code pénal 1810 г. la peine de parricide заключалась въ томъ, что преступника вели на эшафотъ покрытаго чернымъ покрываломъ, въ рубашкѣ, съ голыми ногами и прежде отсѣченія головы отсѣкали кисть правой руки. Въ 1832 г. отсѣченіе руки было отмѣнено, но всѣ остальныя усиленія остались.

Прусское уложеніе въ томъ случаѣ, гдѣ отцеубійство было обдумано заранѣе, назначаетъ смертную казнь, соединенную съ лишеніемъ гражданской чести, а если убійство было не предумышленное, то простую смертную казнь вмѣсто пожизненнаго заключенія въ Zuchtgaus, назначаемаго за обыкновенное убійство.

У насъ въ Сводѣ законовъ отцеубійство, какъ и другіе особые виды убійства отличались отъ обыкновеннаго убійства только въ диспозитивной части, но не по ихъ санкціи. Составители проекта уложенія 1845 г. напротивъ того предполагали ввести за отцеубійство смертную казнь, такъ какъ они находили ее необходимою «для этихъ лицъ, не признающихъ никакой святыни, никакихъ законовъ, такъ что самое, даже и строжайшее наказаніе не можетъ быть признаваемо соразмѣрнымъ важности сего злодѣянія. Какая можетъ быть надежда на исправленіе такого человѣка и въ какомъ обществѣ можно найти для него мѣсто? Законъ не долженъ уже заботиться о будущемъ того, кто по справедливости можетъ быть названъ извергомъ; ему остается только пожертвовать симъ несчастнымъ для примѣра другихъ». Но при разсмотрѣніи проекта въ Государственномъ Совѣтѣ это предположеніе было отвергнуто въ виду ясно выраженной въ манифестѣ 21 апрѣля 1826 Высочайшей по сему предмету воли, въ слѣдующихъ выраженіяхъ: «Съ самаго начала царствованія Нашего и управленія различными подвластными Скипетру Нашему Государствами, примѣненіе и исполненіе Уголовнаго Уложенія Великаго Княжества Финляндіи во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ сіе Уложеніе опредѣляетъ смертную казнь, составляло предметъ живѣйшей Нашей заботы. Съ одной стороны Мы усматривали, что безусловное положеніе онаго законодательства въ семъ отношеніи не согласуется съ основанными на внутреннемъ убѣжденіи и сообразными съ судопроизводствомъ въ Имперіи правилами Нашими; съ другой же стороны Мы не могли отступить отъ предначертаннаго Нами Самими въ совѣсти Нашей долга, не утверждать никакого, хотя и сообразно съ законоположеніями смертнаго приговора, если преступленіе не будетъ толикой важности, что цѣлью онаго будетъ нарушеніе общественнаго существованія, спокойствія Государственнаго, безопасности Престола и святости Величества». [27])

Такимъ образомъ смертная казнь и была замѣнена тѣмъ наказаніемъ, узаконеннымъ въ ст. 1449, въ силу котораго виновные подлежатъ:

«Лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ каторжную работу въ рудникахъ безъ срока. По прибытіи ихъ въ мѣсто каторжной работы, они ни въ какомъ отрядѣ и ни по какимъ причинамъ не переводятся въ отрядъ исправляющихся, увольняются отъ работъ не иначе, какъ за совершенною къ онымъ отъ дряхлости неспособностью, и даже тогда не освобождаются отъ содержанія въ острогѣ».

Что бы оцѣнить особенности этого наказанія, мы должны вспомнить, что съ изданіемъ устава о ссыльныхъ 1822 года исчезли изъ нашего права такъ называемыя вѣчныя каторжныя работы, и замѣнены срочными, которыхъ maximum напр. по Своду Законовъ былъ 20-лѣтній, считая со дня поступленія въ работы; затѣмъ при изданіи Уложенія и была введена какъ высшая степень этого наказанія, — каторга безъ срока, но она вовсе не была возстановленіемъ прежней вѣчной каторги. «Работы вѣчныя, или на всю жизнь, какъ ука-

[27]) См. краткое обозрѣніе хода работъ 1846 стр. 103 и 134.

зывали редакторы Уложенія, конечно, несообразны съ понятіями о милосердіи и человѣколюбіи Высшаго Правительства, на коихъ основывается все наше Уголовное Законодательство; но подъ словомъ безсрочныя подразумѣвается только, что прекращеніе работъ безъ опредѣляемаго заранѣе, по важности вины, срока будетъ зависѣть отъ нравственнаго исправленія преступниковъ, засвидѣтельствованнаго непосредственнымъ надъ ними начальствомъ». На основаніи устава о ссыльныхъ всѣ каторжные, а въ томъ числѣ и безрочные съ поступленіемъ въ работы причисляются къ отряду испытуемыхъ (ст. 555); время испытанія считается для безсрочныхъ каторжныхъ 8 лѣтъ (ст. 569) и подавшіе въ теченіе сего времени надежду на исправленіе, доказательствами покорности начальству, воздержности, опрятности и трудолюбія, перечисляются въ отрядъ *исправляющихся* (ст. 570). Съ этимъ перечисленіемъ соединены льготы въ содержаніи, въ работахъ, кромѣ того каторжные перваго разряда (рудниковые) чрезъ три года послѣ поступленія въ отрядъ исправляющихся могутъ получить дозволеніе жить не въ острогѣ, а въ комнатахъ заводскихъ мастеровыхъ или и построить себѣ домъ на землѣ, принадлежащей заводу и вступать въ бракъ (ст. 577), наконецъ, въ отрядѣ исправляющихся, для тѣхъ изъ каторжныхъ, которые съ самаго поступленія въ оный не подвергались никакому наказанію, десять мѣсяцевъ считаются за годъ дѣйствительныхъ каторжныхъ работъ (522). Далѣе осужденные въ каторжную работу безъ срока, по совершенномъ удостовѣреніи въ нравственномъ ихъ исправленіи могутъ быть освобождаемы отъ работы хотя и не иначе, какъ съ утвержденія высшаго начальства Восточной Сибири, и во всякомъ случаѣ не прежде истеченія двадцати лѣтъ со дня поступленія ихъ на каторгу (ст. 602) и слѣдовательно, если они были переведены въ разрядъ исправляющихся немедленно по истеченіи 8 лѣтъ со дня поступленія, то чрезъ 12 лѣтъ со дня пребыванія ихъ въ отрядѣ исправляющихся. Согласно же ст. 603 и 728, 731 по продолженію 1863 года, ссыльно-поселенцы по истеченіи 10 лѣтъ, а по усмотрѣнію главнаго начальства Сибири для

лучшихъ—чрезъ 6 лѣтъ могутъ быть перечисляемы въ сословіе государственныхъ крестьянъ.

Сличая же эти правила съ наказаніемъ, назначеннымъ за отцеубійство можно видѣть, что, во 1-хъ, преступники этого рода навсегда лишены возможности пріобрѣсти тѣ льготы, которыя сопряжены съ переходомъ въ отрядъ исправляющихся, а во 2-хъ, они никогда не могутъ выбыть изъ каторги и перечислиться въ государственные крестьяне, между тѣмъ какъ безсрочные каторжные вообще, при хорошемъ ихъ поведеніи могутъ пріобрѣсти это право чрезъ 26 лѣтъ. Причемъ это правило о непереводѣ въ разрядъ исправляющихся имѣетъ мѣсто только при осужденіи къ безсрочной каторгѣ и не примѣняется въ томъ случаѣ, когда виновный осужденъ къ каторгѣ срочной, напр. при признаніи заслуживающимъ снисхожденія, при покушеніи или при соучастіи второстепенномъ. Такъ какъ это добавленіе, имѣющее исключительный характеръ и указанное только при назначеніи безсрочной каторги, не можетъ быть распространяемо на другія хотя бы и весьма аналогичные случаи, и такъ какъ противоположное толкованіе привело бы насъ къ абсурду тамъ, гдѣ за отцеубійство назначается только ссылка на поселеніе (напр. по ст. 161 или при комбинаціи 1484 и 1492 статей).

Кромѣ того въ уставѣ уголовнаго судопроизводства указаны нѣкоторыя особенности въ исполненіи казни надъ отцеубійцами, а именно отправленіе осужденнаго на эшафотъ, для прочтенія ему приговора съ чернымъ покрываломъ на лицѣ (ст. 963).

Наконецъ отцеубійство на основаніи 161 ст. Уложенія не погашается давностью, а по прошествіи 20 лѣтъ со дня совершенія преступленія вмѣсто пожизненной каторги назначается ссылка на поселеніе.

164. Но нельзя не сознаться, что эта отвѣтственность за отцеубійство, даже и съ тѣмъ ограниченнымъ толкованіемъ, которое сдѣлано мною выше, *возбуждаетъ весьма сильныя возраженія.*

Какъ я уже замѣтилъ, въ первой главѣ, наказаніе сообразуется отчасти съ значеніемъ той правовой нормы, которая была нарушена преступленіемъ, а главнымъ же образомъ съ большею или меньшею злостностью воли, проявленной преступникомъ, съ ея опасностью для общественнаго порядка. По этому, понятно, что государство должно особенно охранять бытъ семейный и съ возможною строгостью преслѣдовать лицъ, осмѣливающихся разорвать связующія ихъ узы. Семья есть основа государства и только тамъ можемъ мы мечтать о здоровой общественной организаціи, о прочной политической свободѣ, гдѣ крѣпко и здорово ядро общества — семья, гдѣ пользуются какъ-бы священнымъ уваженіемъ взаимныя отношенія членовъ ихъ составляющихъ. Но охраняя эту основу общественнаго благоденствія, строго преслѣдуя попытки разрушить эту связь, государство не должно забывать другой еще болѣе важной стороны наказанія—а именно соотношенія его съ преступленіемъ, въ силу котораго и выработались основныя положенія уголовнаго права: что каждому должно быть воздано по дѣламъ его и что наказаніе паче мѣры содѣяннаго также вредно для общественнаго организма, какъ и безнаказанность преступника. Я постоянно старался указать, что не самый фактъ нарушенія семейныхъ отношеній, а выразившаяся въ этомъ нарушеніи особенная опасность воли является истинною причиною усиленія наказанія за отцеубійство, а это приводитъ насъ къ слѣдующимъ положеніямъ:

Хотя разумѣется самый фактъ происхожденія одного лица отъ другаго создаетъ между ними извѣстную близость и взаимную привязанность, которой прототипъ мы видимъ и въ царствѣ животныхъ, но въ человѣческомъ обществѣ союзъ родителей и дѣтей опредѣляется на одною физическою, а даже по преимуществу нравственною связью. Понятіе родителей въ истинномъ смыслѣ этого слова опредѣляется не однимъ только фактомъ дачи жизни, но и выполненіемъ цѣлой массы обязанностей по отношенію къ воспитанію и развитію дѣтей, обязанностей, налагаемыхъ на родителей самою

природою и условіями того быта и того общества, къ которому они принадлежатъ.

Поэтому если отецъ или мать не только дали жизнь сыну или дочери, но выполнили все что можно было потребовать отъ нихъ въ тѣхъ условіяхъ, въ которыхъ они находились, когда они съ малолѣтства окружили малютку всею любовью, заботливостью, попеченіемъ и т. п., тогда дѣйствительно фикція, которую строитъ государство при преступленіяхъ мною разсматриваемыхъ, находитъ для себя матеріальное содержаніе, тогда дѣйствительно, имѣютъ основаніе родители требовать отъ своихъ дѣтей любви и уваженія, а государство гарантировать эти требованія, тогда дѣйствительно нарушеніе подобныхъ отношеній указываетъ на особенную нравственную испорченность виновныхъ, и дѣлаютъ этотъ фактъ ужаснымъ злодѣяніемъ въ глазахъ общества.

Мало того, можно даже идти и далѣе и оправдать фикцію допускаемую закономъ, т. д. принять особенную преступность и слѣдовательно большую отвѣтственность виновнаго тамъ, гдѣ хотя и нѣтъ доказательствъ существованія нравственной связи между виновнымъ и жертвою, но нѣтъ основаній и для противнаго мнѣнія. Естественныя кровныя отношенія, существующія здѣсь, могутъ еще служить оправданіемъ предположеній, дѣлаемыхъ закономъ.

Но и послѣднее основаніе для подобнаго предположенія рушится, какъ скоро, вопреки своимъ естественнымъ обязанностямъ по отношенію къ дѣтямъ, отецъ или мать положительно нарушаютъ ихъ и цѣлымъ рядомъ несправедливыхъ безаконныхъ дѣйствій, возстановляютъ противъ себя виновнаго и доводятъ его до преступнаго посягательства. Много можетъ иногда вытерпѣть сынъ въ воспоминаніе попеченій, оказываемыхъ ему въ началѣ его существованія, въ силу инстинктивной привязанности, въ немъ существующей; но естественно, что этому терпѣнію есть предѣлы, что требованія, ставимыя въ этомъ отношеніи ему государствомъ, должны имѣть свои границы. Существуютъ условія, при которыхъ раздраженіе становится столь сильнымъ, что должно найти

оправданіе въ глазахъ закона, и иногда именно потому что оно вызвано было родителями виновнаго. Если сынъ убиваетъ своего отца, пойманнаго въ прелюбодѣяніи съ женою виновнаго, отца, соблазнившаго и развратившаго ее, и навѣки разстроившаго его спокойную семейную жизнь; если сынъ убиваетъ отца, продавшаго свою дочь и, слѣдовательно, сестру виновнаго, или сдѣлавшаго ее предметомъ изнасилованія; если наконецъ это посягательство было совершено въ отплату за годы истязаній и мученій, которыми убитый довелъ до могилы свою жену и мать виновнаго, то неужели же и здѣсь не найдемъ мы слово оправданія для преступника, и будемъ говорить о порваніи узъ священныхъ, которыхъ нарушеніе дѣлаетъ виновнаго чуть-ли не исчадіемъ ада? Законъ можетъ требовать повиновенія и уваженія отъ дѣтей, но не забывая положенія, формулированнаго еще Петромъ Великимъ, что повиноваться дѣти должны, но не яко скоты безсловесные; забвеніе родителями своихъ обязанностей стираетъ и узы крови, связывающія ихъ съ жертвою [28]).

Потому мнѣ казалось бы вполнѣ справедливымъ признать:

что усиленіе наказанія за отцеубійство и притомъ въ тѣхъ значительныхъ размѣрахъ, которые принимаетъ законъ, можетъ быть допущено только тамъ, гдѣ кромѣ кровнаго союза нарушается еще союзъ нравственный, существовавшій въ отношеніяхъ родителей къ дѣтямъ въ данномъ конкретномъ случаѣ.

что поэтому нѣтъ основаній не различать и въ данномъ преступленіи степеней и оттѣнковъ злой воли, каково предумышленность, запальчивость и раздраженіе и т. п.;

что законныя причины снисхожденія, существующія при убійствѣ вообще должны быть признаны и здѣсь, а нѣкоторыя изъ нихъ должны получить даже особенное значеніе.

При этомъ во избѣжаніе повтореній нельзя не прибавить, что эти соображенія вполнѣ могутъ быть примѣнимы и ко

[28]) См. интересные примѣры у Миттермайера. A. d. Cr. R. 1855. стр. 307; см. также Эли, т. III, № 1067.

многимъ другимъ видамъ квалифицированнаго убійства къ разсмотрѣнію которыхъ я и перехожу.

II. Убійство родственниковъ.

165. Я уже указалъ выше, что Уложеніе 1649 г. кромѣ убійства родителей выдвинуло еще цѣлый рядъ случаевъ лишенія жизни, квалифицированныхъ по особымъ близкимъ отношеніямъ между жертвою и виновнымъ, между которыми особенное значеніе имѣло мужеубійство, влекшее усиленную смертную казнь [29]).

Это начало было принято какъ въ Сводѣ 1832 года, такъ и въ Уложеніи 1845, съ тѣмъ только различіемъ, что неопредѣленное указаніе Свода на родственниковъ всѣхъ степеней было замѣнено подробнымъ ихъ перечисленіемъ..

1 пунктъ 1451 ст. и 2 часть 1455 относятъ сюда:

а) убійство жены или мужа, б) сына или дочери, дѣда или бабки, внука или внуки, вообще одного изъ родственниковъ, восходящей или нисходящей прямой линіи, въ какой-бы то ни было степени, в) убійство боковыхъ родственниковъ, а именно роднаго брата или родной сестры, роднаго дяди или родной тетки.

По поводу этого вида убійства мы должны замѣтить слѣдующее:

А. Уложеніе перечисляетъ въ данномъ случаѣ тѣ родственныя отношенія, которыя могутъ вліять на усиленіе наказанія и *не даетъ права распространить это на какія-либо другія отношенія, въ текстъ 1451 ст. не упомянутыя*, такъ что ея указанія имѣютъ, исчерпывающее значеніе, а не могутъ быть

[29]) Правило объ окопаніи въ землю подтверждено указомъ 1663 г. 2 мая (П. С. З. т. I № 335), замѣнено отсѣченіемъ головы 1689 г. февраля 19. См. описаніе этого наказанія у Котошихина гл. VII § 34, а примѣры А. И. т. V №14, № 80. Литовскій статутъ не зналъ наказаній этого рода, но за-то онъ зналъ въ числѣ особенныхъ случаевъ убійства — убійство жены мужемъ, которое въ Уложеніе, несмотря на подробное заимствованіе, не внесено.

разсматриваемы какъ примѣры. Этотъ выводъ можетъ быть сдѣланъ съ одной стороны на основаніи самой редакціи статьи, а съ другой, на основаніи одного изъ главныхъ положеній герменевтики: jus singulare non est producendum ad consequentias, такъ какъ постановленія о родственномъ убійствѣ суть исключеніе изъ общихъ правилъ объ убійствѣ, такъ-что по отношенію къ ст. 1451 не можетъ быть допущена не только аналогія, но даже и распространительное толкованіе; и если мы встрѣтимъ отношенія совершенно анологичныя съ указанными въ ст. 1451, но въ ней неупомянутыя, то мы не можемъ подвести ихъ подъ данную статью. Такъ напр. изъ боковыхъ родственниковъ законъ упоминаетъ о родственникахъ 3-й степени, но изъ нихъ указываетъ только на дядю и тетку и вовсе не упоминаетъ объ соотвѣтствующихъ имъ отношеніяхъ къ племяннику или племянницѣ; поэтому убійство напр. племянника дядею подъ постановленія ст. 1451 подведено быть не можетъ. Еще менѣе возможно это подведеніе по отношенію къ свойственникамъ, лицамъ замѣняющимъ мѣсто родителей и т. д.

Этого взгляда на ст. 1451 держится отчасти и наша практика.

Такъ по дѣлу о солдатской дочери Абрамовой, (Сборникъ рѣшеній Прав. Сената № 1227) обвинявшейся въ покушеніи на отравленіе своей мачихи, Калужская уголовная палата приговорила ее по 1451 ст., но Правительствующій Сенатъ, найдя это подведеніе неправильнымъ, примѣнилъ 5 п. 1453.

Также точно по дѣлу Ребиндеръ, обвинявшагося въ убійствѣ свояченицы (С. В. 1866 № 93, 94), окружный судъ приговорилъ виновнаго на основаніи 1, а не 2-й части ст. 1455.

Б. При этомъ подъ родственными отношеніями, на основаніи соображеній указанныхъ выше — № 153, подразумѣваются только отношенія, возникающія изъ законнаго брака,

В. Но понятіе брата или сестры распространяется и на сводныхъ, будутъ-ли они единокровные или единоутробные, такъ-какъ они на точномъ основаніи гражданскихъ законовъ признаются родными.

Г. При этомъ для даннаго преступленія, какъ и для убійства родителей, со стороны виновнаго необходимо знаніе этихъ отношеній и умышленное ихъ нарушеніе. При неосторожномъ лишеніи жизни родственныя отношенія квалифицирующаго значенія не имѣютъ, за исключеніемъ только случаевъ, указанныхъ въ 1492-ой статьѣ, т. е. когда неосторожное лишеніе жизни было результатомъ умышленнаго поврежденія здоровья, гдѣ назначается каторга отъ 12 до 15 лѣтъ, когда самыя раны или увѣчье были нанесены предумышленно, или ссылка на поселеніе въ мѣста не столь отдаленныя, когда раны были нанесены подъ вліяніемъ умысла внезапнаго. Такъ какъ при примѣненіи ст. 1492 въ свою очередь нужно имѣть въ виду послѣдній пунктъ ст. 150, по которой при совершеніи преступленія противъ родителей или иныхъ родственниковъ по *восходящей* линіи, судъ, увеличивая наказаніе на 2 или на 3 степени, не стѣсняется общими правилами ст. 150, а имѣетъ право перехода и отъ наказаній исправительныхъ къ уголовнымъ. Причемъ это отступленіе можетъ относиться только къ преступленіямъ, направленнымъ противъ восходящихъ и не можетъ никакъ распространяться на дѣянія, совершенныя противъ родственниковъ боковыхъ, хотя бы и самыхъ близкихъ [30]).

Д. За то, въ противоположность убійству родителей при данномъ преступленіи законъ различаетъ предумышленное лишеніе жизни 1 п. 1451 и убійство въ запальчивости и раздраженіи 2 п. 1455. Въ первомъ случаѣ назначается каторжная работа въ рудникахъ безъ срока, но при этомъ безъ добавленія, существующаго для виновныхъ въ убійствѣ родителей, а во второмъ каторжная работа въ рудникахъ отъ 12 до 15 лѣтъ.

---

[30]) См. по данному вопросу подробно мотивированное мнѣніе Государственнаго Совѣта по дѣлу Ястржембской, обвиняемой въ убійствѣ своего роднаго дяди. Сборникъ мнѣній Госуд. Совѣта стр. 100.

III. Убійство постороннихъ лицъ, къ которымъ должно существовать со стороны виновнаго особое уваженіе и признательность.

166. Сюда относитъ Уложеніе по ст. 1451.

а) Убійство начальника, б) или господина или членовъ его семейства вмѣстѣ съ нимъ живущихъ, в) или хозяина или мастера, у коего убійца находился въ услуженіи, работѣ или ученьи; г) или человѣка коему убійца былъ одолженъ воспитаніемъ своимъ или содержаніемъ; или, какъ болѣе общимъ образомъ характеризуетъ эти отношенія 2-я часть 1455 статьи, когда злодѣйство совершено надъ лицемъ, съ коимъ виновный имѣлъ означенныя въ предшедшей 1451 статьѣ родственныя, брачныя или особыя по службѣ, положенію или полученнымъ отъ онаго благодѣяніямъ, связи.

Большинство этихъ случаевъ было предвидѣно еще и въ Сводѣ Законовъ, но съ однимъ, весьма существеннымъ отличіемъ: въ Уложеніи эти отношенія являютъ характеръ односторонній, а въ Сводѣ они были взаимныя. Сводъ напр. признавалъ квалифицированными не только убійство господъ слугами, начальниковъ подчиненными, но и обратно, а этого послѣдняго добавленія мы въ Уложеніи не находимъ; при этомъ и самыя категоріи этихъ отношеній въ Сводѣ были и проще и практичнѣе.

Главные недостатки Уложенія въ отношеніи къ данному вопросу заключаются, ~~по моему убѣжденію~~, въ слѣдующемъ:

Во-первыхъ, невѣренъ самый принципъ, принятый Уложеніемъ, а во-вторыхъ проведенъ онъ чрезвычайно не практично.

Если уже при убійствѣ родителей можетъ иногда возникнуть сомнѣніе о безусловной справедливости предположенія, въ законѣ допущеннаго, если и тамъ можно встрѣтить случаи, въ которыхъ даже и съ самою сильною натяжкою нельзя отыскать въ преступникѣ какой-либо особенной злостности воли, когда, наоборотъ, качество жертвы, обязанности лежавшія на

убитомъ и имъ нагло попранныя, могутъ быть скорѣе причиною извиняющею виновнаго, то еще съ большимъ правомъ можемъ мы высказать эти сомнѣнія при убійствѣ родственниковъ, и наконецъ, въ случаяхъ теперь нами разсматриваемыхъ, они достигаютъ своего апогея. Въ самомъ дѣлѣ, можно ли безусловно предполагать нравственную связь господина съ слугою, при только-что исчезнувшемъ крѣпостномъ правѣ, или въ отношеніяхъ хозяина и рабочихъ при современныхъ условіяхъ фабричнаго и ремесленнаго производства. Если требовать особаго уваженія со стороны всѣхъ тѣхъ, чьи личныя услуги оплачиваемъ мы деньгами, кому въ отплату за трудъ даемъ мы средства существованія, то почему же не примѣнять это правило къ сапожнику, портному, которые насъ обшиваютъ, лавочнику, у котораго забираемъ продукты и т. п. Далѣе, какія основанія имѣемъ мы безусловно предполагать существованіе особой нравственной связи въ отношеніяхъ къ лицу, занимающему мѣсто начальника, или по какимъ-либо причинамъ бывшаго воспитателемъ виновнаго: это нравственное уваженіе пріобрѣтается не званіемъ, а самою ихъ дѣятельностью. И не странно-ли видѣть, въ то же время, пропускъ другихъ отношеній, къ которымъ предположенія закона могутъ быть примѣнимы еще съ большимъ правомъ. Почему не встрѣчаемъ мы здѣсь указанія на убійство лицъ, съ которыми до тѣхъ поръ находился виновный въ самыхъ близкихъ дружескихъ отношеніяхъ, или съ которыми былъ соединенъ онъ даже еще тѣснѣе, напр. убійство женихомъ невѣсты или обратно, и т. п.?

На это возражаютъ обыкновенно, что любовь и дружба являются понятіями не уловимыми для закона, а потому и не могущими служить причиною квалификаціи. Но это можетъ быть примѣнимо и къ другимъ отношеніямъ, о которыхъ говоритъ Уложеніе, чѣмъ и объясняется другой недостатокъ его постановленій: ихъ неопредѣленность и непрактичность.

Въ самомъ дѣлѣ, что можно понимать напр. подъ такимъ терминомъ, какъ благодѣтель? Всякое-ли лице, которое ока-

зало другому какую либо услугу, или же необходимо, для признанія наличности подобныхъ отношеній, чтобы эти услуги имѣли болѣе или менѣе существенное значеніе? а допустивъ послѣднее, какъ опредѣлимъ мы размѣры подобнаго значенія? Нельзя же назвать благодѣтелемъ лицо напр., доставшее ложу въ оперу, (а) съ другой стороны, можно ли считать таковымъ лицо, доставившее другому занятіе, мѣсто безъ всякой даже просьбы со стороны облагодѣтельствованнаго? Точно такія же затрудненія возникаютъ при пониманіи термина «воспитатель», «семья господина» и т. п.

Однимъ словомъ, выводъ, который въ этомъ отношеніи хочу я сдѣлать, будетъ таковъ: безъ сомнѣнія могутъ существовать такія отношенія, такая крѣпкая нравственная связь между виновнымъ и жертвою, что ея нарушеніе дѣйствитель но можетъ являть особенную преступность виновнаго, но существованіе этой связи можетъ быть констатируемо только въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Поэтому всякія обобщенія, дѣлаемыя въ этомъ отношеніи закономъ, всякія à priori созданныя предположенія нравственной связи, оказываются и не справедливыми и не полными и вмѣсто внутренняго они получаютъ внѣшнее и чисто формальное значеніе; ихъ дѣйствительное констатированіе и ихъ оцѣнка можетъ быть дѣлаема только при разсмотрѣніи обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго случая, а потому и можетъ принадлежать только присяжнымъ, если дѣло подлежитъ ихъ разсмотрѣнію.

Но такъ какъ эти отношенія тѣмъ не менѣе признаются нашимъ правомъ, то я считаю необходимымъ сдѣлать по данному вопросу нѣкоторыя поясненія и привести указанія изъ нашей практики.

А. Что касается до качества лицъ, о которыхъ говоритъ ст. 1451, то сюда отнесены:

а) Начальникъ. Подъ начальникомъ должно быть понимаемо всякое лицо, занимающее какую либо должность какъ государственную, такъ и общественную, по отношенію къ ихъ подчиненнымъ по службѣ, хотя, впрочемъ, и при этомъ толкованіи данное понятіе не можетъ быть названо точно опредѣленнымъ [31]).

б) Господинъ. Данное выраженіе не можетъ быть понимаемо въ обыкновенно придаваемомъ ему значеніи, такъ какъ рядомъ съ нимъ законъ ставитъ отношенія хозяина къ лицу находящемуся у него въ услуженіи, а должно имѣть болѣе тѣсный смыслъ. Въ моментъ изданія Уложенія при существованіи крѣпостнаго права, оно употреблялось какъ равнозначущее другому выраженію «помѣщикъ», и означало лице, владѣющее въ отношеніи къ его крѣпостному, а теперь, по справедливому замѣчанію г. Лохвицкаго (Курсъ, стр. 198); «оно можетъ быть относимо къ лицу, на землѣ котораго водворенъ крестьянинъ, въ отношеніи этого крестьянина? Въ пользу этого мнѣнія говоритъ во первыхъ то обстоятельство, что обида, нанесенная такому лицу крестьяниномъ, сравнивается съ обидою начальника подчиненнымъ, слѣд. естественно продолжить тоже равенство и на убійство; во вторыхъ, если слово «господинъ» не отнести къ означенному лицу, то оно будетъ празднымъ, такъ какъ нѣтъ никого другого къ кому бы его можно было приложить. Законъ прямо говоритъ, что лицо нанимающее слугу, въ отношеніи послѣдняго называется хозяинъ, а не господинъ».

Конечно это ограниченіе не имѣло бы существеннаго зна-

---

[31]) Въ Сборникѣ мнѣній Государственнаго Совѣта мы встрѣчаемъ по дѣлу Енисѣевой стр. 128, другое толкованіе словъ «господинъ» и «начальникъ», но съ этимъ толкованіемъ по его неполнотѣ и несостоятельности мотивовъ согласиться нельзя, «здѣсь, говоритъ Гос. Совѣтъ, подъ именемъ начальника *нельзя* разумѣть начальника по службѣ, какъ сіе ясно указываетъ самое толкованіе X раздѣла, (но не извѣстно кого же нужно тогда разумѣть здѣсь, и почему Уложеніе такъ ревниво охраняющее власть и преслѣдующее всякія нападенія на начальствующихъ по службѣ, не придавало бы этому обстоятельству никакого значенія при убійствѣ), а равно подъ именемъ господина разумѣется всякій кто нанимаетъ слугъ изъ платы, или имѣетъ у себя въ услуженіи посторонняхъ для него людей (но тогда какое же значеніе имѣло бы слово «хозяинъ» употребляемое въ той же статьѣ и на какомъ бы основаніи наказывалось убійство крѣпостными своего помѣщика).

ченія если бы съ нимъ не было соединено разрѣшеніе другаго болѣе важнаго вопроса, а именно: законъ усиливаетъ наказаніе за убійство членовъ семейства господина, вмѣстѣ съ нимъ живущихъ, но не распространяетъ это на убійство членовъ семьи хозяина или мастера. Въ этомъ смыслѣ по крайней мѣрѣ понимали это опредѣленіе какъ редакторы Уложенія, такъ и наша практика.

Особенный интересъ въ этомъ отношеніи представляетъ дѣло о крестьянинѣ Баламчукѣ (Ж. М. Ю. 1860 г.), судимомъ за убійство Василья Касарчука, у отца котораго онъ находился въ работѣ, Правительствующій Сенатъ приговорилъ его какъ несовершеннолѣтняго на основаніи 139 и *1451* къ каторжнымъ работамъ въ рудникахъ на 15 лѣтъ. Но министръ юстиціи справедливо нашелъ, что эта статья не можетъ быть здѣсь примѣняема, такъ какъ въ ней говорится только объ убійствѣ работникомъ или ученикомъ самого хозяина или мастера, а не членовъ семейства его, хотя бы и вмѣстѣ съ нимъ живущихъ, за убійство которыхъ наказаніе назначается на общемъ основаніи. Съ этимъ мнѣніемъ согласилось и общее собраніе Сената.

Но если здѣсь Сенатъ правильно придалъ строго ограничительное толкованіе ст. 1451, то онъ дѣлалъ по другимъ дѣламъ, ни чѣмъ впрочемъ не оправдываемое отступленіе отъ этого правила. Такимъ образомъ по дѣлу Марецкаго (Сборникъ № 1226) онъ призналъ, что наравнѣ съ помѣщикомъ долженъ быть поставленъ и управляющій, если только это лице было полнымъ распорядителемъ имѣнья и имѣло на то формальную довѣренность. Изъ этого рѣшенія впрочемъ не видно: подводилъ ли Правительствующій Сенатъ понятіе управляющаго подъ терминъ «господинъ» или же «начальникъ», такъ какъ и послѣднее было возможно въ виду 1983 ст. Улож. по изданію 1857 года.

в) Хозяинъ или мастеръ, у коего убійца находился въ услуженіи, работѣ или ученьѣ. Очевидно что и въ этомъ случаѣ указанное отношеніе должно быть понимаемо въ ограниченномъ смыслѣ, т. е. оно означаетъ не всякое нахожденіе въ

распоряженіи, не всякую даже связь, вытекающую изъ договора личнаго найма. Термины, которые употребляетъ здѣсь Уложеніе для означенія отношенія виновнаго къ убитому, заставляютъ предполагать, что законъ, выражаясь такимъ образомъ, разумѣлъ то, что мы называемъ домочадцами, что здѣсь имѣются въ виду лица, живущія вмѣстѣ съ убитыми, получающія отъ него кровъ и пищу.

г) Воспитатель или лицо, дающее содержаніе, или, какъ выражается 2-я часть ст. 1455, бывшее благодѣтелемъ. Понятіе воспитатель также должно быть понимаемо въ смыслѣ отличномъ отъ разговорнаго, т. е. оно не означаетъ лицо, фактически занимающееся обученіемъ или образованіемъ виновнаго, какъ гувернеры, учителя, но по вѣрному, по моему мнѣнію, замѣчанію г. Лохвицкаго, соотвѣтствуетъ понятію, употребляемому въ законахъ гражданскихъ: «былъ вскормленъ въ домѣ». Точно также понятіе благодѣянія опредѣляется матеріальною и непосредственною поддержкою или полученіемъ содержанія отъ убитаго и притомъ именно въ моментъ совершенія преступленія. Такое разъясненіе далъ между прочимъ и Государственный Совѣтъ по дѣлу Ясинскаго (утверждено 25 февр. 1853 г. Сборникъ мнѣній стр. 170) гдѣ онъ указалъ слѣдующее: «изъ дѣла видно, что Ясинскій около 10 лѣтъ жилъ въ имѣніи Чихачева, сначала управлялъ симъ имѣньемъ и хотя потомъ, былъ устраненъ отъ управленія, но оставался на жительствѣ у Чихачева, занимаясь исполненіемъ его порученій и былъ съ нимъ, какъ Ясинскій самъ сознался, въ пріятельскихъ отношеніяхъ. Посему нельзя не признать, что Ясинскій, въ послѣдніе годы предъ совершеніемъ преступленія, былъ обязанъ своимъ содержаніемъ Чихачеву и подлежитъ именно тому наказанію, которое опредѣляется за предумышленное убійство лица, коему убійца былъ одолженъ содержаніемъ».

Б. При этомъ разумѣется имѣютъ полную силу всѣ другія замѣчанія, сдѣланныя выше относительно убійства родственнаго, какъ по отношенію къ соучастникамъ преступленія, такъ и по отношенію къ знанію особенной связи, существую-

щей между виновнымъ и жертвою и умышленнаго ея нарушенія. По наказуемости законъ и здѣсь различаетъ убійство предумышленное и совершенное въ запальчивости и раздраженіи, въ первомъ случаѣ, назначаетъ каторгу безъ срока, а во 2-мъ отъ 12—15 лѣтъ.

167. Къ этой же категоріи могутъ быть относимы и еще нѣкоторые случаи, разбросанные въ другихъ отдѣлахъ Уложенія, какъ напр. убійство священника, указанное въ ст. 212:

«Если священно-служитель, во время совершенія имъ службы Божіей или исправленія имъ духовныхъ требъ, будетъ кѣмъ либо убитъ умышленно, то сей убійца приговаривается:

Къ лишенію всѣхъ правъ состоянія и къ ссылкѣ въ каторжную работу въ рудникахъ безъ срока.»

Причина, въ силу которой выдѣляетъ законъ преступленія этого рода, заключается не только въ особенныхъ качествахъ лица, но и въ условіяхъ, при которыхъ совершено преступленіе. По этому убійство священника взятое само по себѣ составляетъ обыкновенное убійство, и для его выдѣленія необходимо констатированіе еще одного условія: что бы убитый во время убійства совершалъ богослуженіе или отправлялъ требы, все равно гдѣ бы это не было совершено: въ церкви, молитвенномъ зданіи, или въ частномъ домѣ.

Уложеніе видитъ въ этомъ дѣяніи кромѣ посягательства на жизнь еще и другое преступленіе—оскорбленіе святыни, что можно видѣть изъ самого мѣста, гдѣ помѣщена эта статья (глава третья втораго раздѣла), но впрочемъ, придаетъ этому элементу значеніе второстепенное. По этому наличность оскорбленія святыни предполагается существующею, хотя бы было несомнѣнно доказано, что виновный не имѣлъ и не могъ имѣть подобнаго намѣренія, а совершалъ убійство исключительно съ цѣлью корыстною, изъ желанія отмстить и т. д.

По этому безразлично также кѣмъ совершено убійство, т. е. его субъектомъ можетъ быть какъ лицо христіанскаго вѣроисповѣданія, такъ и магометанинъ, еврей, язычникъ, но относительно объекта существуютъ извѣстныя ограниченія, вытекающія изъ самого текста закона. Объектомъ можетъ быть только священнослужитель, слѣдовательно, это преступленіе не относится къ убійству церковнослужителя, хотя бы и убитаго при отправленіи богослуженія. Кромѣ того законъ имѣетъ въ виду только священнослужителей одного изъ христіанскихъ вѣроисповѣданій, какъ это видно изъ употребляемыхъ имъ терминовъ «священнослужитель» «служба Божія», а потому сюда не можетъ быть отнесено убійство раввина, муллы и т. п. При этомъ Уложеніе, какъ при убійствѣ родителей, не различаетъ оттѣнковъ умысла, а одинаково смотритъ какъ на убійство, совершенное въ силу внезапной рѣшимости, такъ и на убійство предумышленное и тамъ и тутъ назначая каторгу безъ срока.

168. Въ этой же категоріи нужно упомянуть о нѣкоторыхъ случаяхъ, указанныхъ въ воинскомъ уставѣ о наказаніяхъ; такъ какъ эти постановленія на основаніи 1236 и 1244 у. у. с. а также 1175 и 1185 военно-судебнаго устава могутъ быть примѣняемы и судами гражданскаго вѣдомства.

Такимъ образомъ ст. 282 воинскаго устава говоритъ:

«При опредѣленіи военно-служащимъ наказаній за смертоубійство.... сіи наказанія увеличиваются одною или двумя степенями:

1) Когда преступленіе учинено умышленно военнымъ постояльцемъ надъ хозяиномъ квартиры или надъ однимъ изъ членовъ его семейства, и

2) Когда преступленіе учинено надъ лицами, состоящими подъ особенною военною защитою, или имѣющими отъ начальства охранные листы.

Далѣе ст. 125 указываетъ:

За убійство часоваго виновные подвергаются:

а) въ мирное время:

Лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ каторжную работу въ рудникахъ безъ срока или на время отъ 15—20 лѣтъ.

б) въ военное время:
Лишенію всѣхъ правъ состоянія и смертной казни.

IV. Убійство беременной женщины.

169. Ст. 1452 постановляетъ:
«Кто съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ или умысломъ убьетъ женщину беременную, зная, что она въ семъ положеніи, тотъ подвергается за сіе:
Лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ каторжную работу въ рудникахъ на время отъ 15—20 лѣтъ».

Редакторы Уложенія, внося въ 1845 г. это постановленіе въ наше право, указывали, какъ на основаніе этого изъятія, на то, что здѣсь совершается какъ бы два убійства за разъ, но легко можно видѣть всю несостоятельность этого довода. Въ самомъ дѣлѣ я въ первой главѣ уже указывалъ (№ 124) что множественность объектовъ въ нашемъ правѣ не имѣетъ никакого вліянія на наказуемость: если А. убилъ напр. и мужа и жену, то размѣры наказанія отъ этого не измѣнятся, а останутся тѣ же, какъ и при убійствѣ одной жены. Но тогда, естественно, является вопросъ: почему же наказаніе увеличится, когда была убита мать и ея будущій ребенокъ, между тѣмъ какъ убійство зародыша вообще даже и не разсматривается наравнѣ съ убійствомъ взрослаго? Единственное основаніе для этого исключенія можно пріискать въ исторіи этихъ постановленій, въ томъ что оно выдѣлялось изъ общей категоріи еще въ уложеніи 1649 года.

По своему же составу этотъ видъ убійства не представляетъ никакихъ особенностей, нельзя только не замѣтить, что Уложеніе придаетъ значеніе этому особенному качеству объекта только при убійствѣ предумышленномъ и оставляетъ безъ всякаго вліянія при убійствѣ внезапномъ. Самые размѣры наказанія здѣсь менѣе, чѣмъ при убійствѣ другихъ лицъ той же группы, такъ какъ здѣсь вмѣсто безсрочной каторги назначается срочная отъ 15—20 лѣтъ. При этомъ само собою разумѣется, что для примѣнимости этого наказанія необходимо знаніе со стороны виновнаго о беременности жертвы, какъ это прямо и указано въ текстѣ статьи.

V. Убійство, имѣющее политическій характеръ.

170. Наконецъ, въ извѣстныхъ случаяхъ качество лица, или то особенное положеніе, въ которомъ оно стоитъ въ государствѣ не только видоизмѣняетъ степень отвѣтственности, но даже и самый характеръ преступленія, такъ что посягательство на его жизнь становится не частнымъ преступленіемъ, а государственнымъ. Таково напр. посягательство на жизнь, или какъ говоритъ Уложеніе, всякое злоумышленіе и преступное дѣйствіе противъ жизни... Государя Императора, (ст. 241).

Легко можно видѣть основанія, въ силу которыхъ видоизмѣняется въ данномъ случаѣ самый характеръ преступленія. Дѣянія этого рода заключаютъ въ себѣ два существенные элемента: съ одной стороны, въ лицѣ Монарха олицетворяется верховная власть страны, а потому посягательство на его жизнь, разсматривается какъ попытка ниспровергнуть существующій государственный порядокъ, а съ другой, направляясь противъ физическаго, конкретнаго представителя власти, оно заключаетъ въ себѣ условія, свойственныя преступленіямъ этой категоріи. Въ силу перваго условія эти посягательства относятся къ категоріи не частныхъ, а политическихъ преступленій, ради чего бы ни дѣйствовалъ виновный, хотя бы его покушеніе опредѣлялось мотивомъ личной мести, корыстною цѣлью и т. д., въ силу втораго, они занимаютъ между послѣдними особое мѣсто, такъ что напр. общее правило о невыдачѣ политическихъ преступниковъ не распространяется по большинству трактатовъ, на лицъ посягавшихъ на жизнь Императора и т. п. [32]).

Къ этимъ же преступленіямъ относитъ наше право, подоб-

---

[32]) Этимъ же объясняется и сохраненіе напр. во Франціи смертной казни за покушеніе на жизнь Императора и послѣ закона 1848 г., отмѣнившаго это наказаніе вообще за политическія преступленія.

но французскому уложенію и большинству нѣмецкихъ кодексовъ, злоумышленіе или преступное дѣйствіе противъ жизни Наслѣдника Престола или супруги Государя Императора или прочихъ членовъ Императорскаго дома (ст. 244).

Этотъ политическій характеръ данныхъ преступленій, устраняетъ возможность подробнаго анализа ихъ въ моемъ настоящемъ изслѣдованіи, такъ какъ для этого необходимо раскрытіе внутренней связи между ними и другими преступленіями той же категоріи. Поэтому я ограничусь только нѣсколькими замѣчаніями.

Наказывая злоумышленіе и злоумышленное дѣйствіе, направленное противъ жизни Государя Императора или членовъ Императорскаго дома, Уложеніе, разумѣется, предполагаетъ, со стороны виновныхъ знаніе тѣхъ особенныхъ условій, въ которыхъ стоитъ лице, на которое направляется его посягательство и намѣренность самаго дѣянія. Но за то оно не различаетъ характера самаго умысла, не оттѣняетъ запальчивости и раздраженія съ одной и предумышленности съ другой. Мало того Уложеніе идетъ еще далѣе и тоже смертная казнь назначается. «Не только въ случаѣ, когда виновнымъ сдѣлано уже покушеніе для приведенія своихъ преступныхъ намѣреній въ исполненіе, но и тогда, когда онъ, чрезъ предложеніе другому принять въ нихъ участіе, или чрезъ составленіе на сей конецъ заговора или сообщества, или чрезъ вступленіе въ таковое сообщество или заговоръ, или же чрезъ словесное или письменное заявленіе о томъ своихъ мыслей и предположеній, или инымъ образомъ, приступилъ къ какому либо для сего приготовленію» (ст. 242). При этомъ эта отвѣтственность падаетъ на всѣхъ участвовавшихъ въ видѣ сообщниковъ, подстрекателей или попустителей, а равно и на укрывателей виновныхъ въ семъ и тѣхъ, которые, знавъ, и имѣя возможность донести о злоумышленіи или злоумышленникахъ, не исполнили сей обязанности» (ст. 243).

Исторически не трудно объяснить эти постановленія нашего закона: они коренятся еще въ Уложеніи 1649 г., подвергавшемъ смертной казни тѣхъ «кто на его Царское Величество

злое дѣло мыслилъ и дѣлать хотѣлъ», въ постановленіяхъ устава Воинскаго 1716 года, но они являются чрезмѣрно строгими нынѣ, съ точки зрѣнія современной теоріи уголовнаго права, составляютъ нерѣдко наказаніе, превышающее мѣру содѣяннаго. Нельзя забывать, что между лицемъ, вышедшимъ съ вооруженною толпою на площадь, выстрѣлившимъ въ Монарха и между лицемъ, только составившимъ фантастическій, сумазбродный планъ государственнаго переворота, даже толковавшемъ съ другими о проведеніи той или другой идеи, той или другой организаціи, существуетъ огромная разница, существуетъ тотъ громадный промежутокъ, который раздѣляетъ слово и дѣло; нельзя забывать, что право уголовное должно имѣть дѣло не съ помышленіями, идеями, мнѣніями, а съ ихъ реализаціею, что давно уже сдѣлалось общепринятымъ ъположеніемъ, что cogitationes poenam nemo patitur. Не напрасно говорила еще Екатерина въ своемъ наказѣ, ст. 481: «ничто не дѣлаетъ преступленія въ оскорбленіи Величества больше зависящемъ отъ толка и воли другаго, какъ когда нескромныя слова бываютъ онаго содержаніемъ; разговоры столькимъ подвержены истолкованіямъ, толь великое различіе между нескромностью и злобою, и толь малая разнота между выраженіями отъ нескромности и злобы употребляемыми, что законъ ни коимъ образомъ словъ не можетъ подвергнуть смертной казни, не означивъ, по крайней мѣрѣ, точно тѣхъ словъ, которыя онъ сей казни подвергаетъ». Еще съ большимъ правомъ можно примѣнить это къ принятой въ Уложеніи системѣ одинаковой наказуемости соучастниковъ всѣхъ категорій. Въ самомъ дѣлѣ можно ли признать равновиновными лице, участвовавшее въ открытомъ возстаніи, бывшее руководителемъ, душею всего заговора и жену, не донесшую о своемъ мужѣ, замѣшанномъ въ заговорѣ, сестру, укрывшую брата, бывшаго заговорщикомъ и т. д.

Наконецъ въ заключеніе нельзя не прибавить, что при этомъ перечисленіи различныхъ видовъ убійства квалифицированнаго, вслѣдствіе особенныхъ качествъ лица, противъ котораго оно направлено, Уложеніе совершенно умалчиваетъ

о посягательствѣ на жизнь иностранныхъ монарховъ, будетъ ли совершено это преступленіе на нашей территоріи или внѣ ея, равно какъ и на жизнь дипломатическихъ агентовъ. На точномъ основаніи ст. 260 мы должны признать убійство этого рода — обыкновеннымъ убійствомъ, наказуемымъ по 1454 и 1455 ст. Законъ не считаетъ это убійство квалифицированнымъ, несмотря даже на многообразную сѣть различныхъ условій, долженствующихъ имѣть подобное вліяніе. Предумышленное убійство господина, хозяина или мастера влечетъ каторгу безъ срока, а таковое же посягательство на жизнь монарха дружественной державы, монарха, находящагося на нашей территоріи только каторгу отъ 12—15 лѣтъ.

§ 2. Убійство, квалифицированное по способу его совершенія.

171. Подобно группѣ квалифицированныхъ видовъ убійства только что мною разсмотрѣнной, и здѣсь Уложеніе создаетъ цѣлый рядъ предположеній, фикцій, обусловливающихъ высшую степень уголовной отвѣтственности виновныхъ. Въ объяснительной запискѣ къ Уложенію, по вышеуказанному поводу было высказано слѣдующее: «Въ третьей степени убійствъ предумышленныхъ, по важности вины, въ проектѣ полагались тѣ, которыя хотя по роду своему и не столь ужасны, какъ означенные выше, но были сопровождаемы обстоятельствами, доказывающими необыкновенную развращенность и ожесточенность виновныхъ, и слѣдственно, увеличивающими гнусность его злодѣянія. Мы старались въ семъ отношеніи развить вполнѣ мысль 121 статьи Свода Законовъ уголовныхъ. Въ оной постановлено, что чѣмъ болѣе было въ преступленіи злаго умысла, насилія и жестокости, тѣмъ болѣе вина преступника. Примѣняя сіе правило къ убійству, мы въ семъ третьемъ какъ сказано выше, разрядѣ оныхъ означаемъ: 1) убійство завѣдомо беременной женщины, ибо въ семъ случаѣ совершается нѣкоторымъ образомъ два убійства вдругъ; и 2) убійство чрезъ поджегъ, взрывомъ пороха и другими тому подобными дѣйствіями, подвергающими гибели или по крайней мѣрѣ опасности многихъ; 3) убійство, сопровождающееся истязаніями или мученіями; 4) убійство изъ засады или чрезъ отравленіе, какъ всегда уже предумышленное и къ которому способны даже люди, не имѣющія и того, что можно назвать смѣлостью злодѣйства, и наконецъ 5) убійство для ограбленія или вообще для завладѣнія какимъ либо образомъ чужою собственностью, какъ заключающее въ себѣ два рода преступленій».

Но, несмотря на это многоразличіе, всѣ эти виды имѣютъ нѣкоторые общіе элементы, которые необходимо разсмотрѣть прежде нежели мы перейдемъ къ разбору ихъ въ отдѣльности.

А. Эти обстоятельства служатъ причиною усиленія наказанія только въ томъ случаѣ, когда убійство совершено съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ. Поэтому при разсмотрѣніи подобнаго дѣла съ присяжными имъ спеціально долженъ быть предложенъ вопросъ не только о наличности этихъ особо усиливающихъ вину обстоятельствъ, но и о предумышленности; а при отрицаніи ими послѣдняго условія или при непостановленіи о немъ вопроса, первое условіе теряетъ свою силу и судъ не имѣетъ права усилить наказанія на основаніи 1453, а просто примѣняетъ 1455 статью.

Б. Эта предумышленность должна относиться только къ самому факту лишенія жизни, а не къ тому обстоятельству, которое сдѣлало это убійство квалифицированнымъ. Для примѣненія ст. 1453 достаточно, чтобы виновный употребилъ данныя средства сознательно, хотя бы и подъ вліяніемъ идеи, мгновенно создавшейся.

Положимъ, что А задумалъ убить Б, взялъ для этого ружье и отправился въ поле, гдѣ надѣялся найти свою жертву, но увидавъ что Б спитъ въ шалашѣ, мгновенно перемѣнилъ свой планъ, поджегъ шалашъ и Б сгорѣлъ; А отвѣчаетъ по 1 пункту 1453 ст.

Или А отправился съ цѣлью убить Б, и сдѣлалъ нужныя для того приготовленія, но въ моментъ осуществленія преступнаго плана, вслѣдствіе оскорбленій, полученныхъ отъ Б,

сначала жестоко избилъ его, подвергъ надругательствамъ и истязаніямъ, а потомъ уже лишилъ его жизни — онъ отвѣчаетъ по 3 п. 1453 ст.

B. При соучастіи нѣсколькихъ лицъ въ преступленіи, эти обстоятельства, на основаніяхъ, разобранныхъ мною выше, могутъ имѣть вліяніе на отвѣтственность только тѣхъ соучастниковъ, въ дѣятельности которыхъ они встрѣчаются. Все равно будетъ ли эта дѣятельность интеллектуальная или физическая.

Г. Наказаніе, назначаемое во всѣхъ этихъ случаяхъ одинаково, а именно лишеніе всѣхъ правъ состоянія и каторжная работа отъ 15—20 лѣтъ.

Перейдемъ теперь къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ случаевъ, которые могутъ быть сведены къ слѣдующимъ категоріямъ:

I. Убійство, совершенное средствами, подвергающими опасности жизнь многихъ лицъ.

172. Сюда могутъ быть относимы по ст. 1453 слѣдующіе случаи:

а) когда убійство учинено чрезъ поджогъ (Brandmord); б) чрезъ произведенное взрывомъ пороха или газа, или инымъ образомъ разрушеніе строенія; в) или же чрезъ учиненное прорваніемъ плотины или инымъ какимъ либо способомъ потопленіе; г) или же чрезъ порчу мостовъ желѣзныхъ дорогъ; д) или же чрезъ выстрѣлъ въ толпу людей, хотя и для лишенія жизни одного человѣка; е) или же вообще чрезъ такія дѣйствія отъ коихъ подвергается гибели или опасности нѣсколько лицъ и цѣлое селеніе или городъ.

Но этотъ послѣдній пунктъ и даетъ право признать всѣ указанія, сдѣланныя въ ст. 1453, только примѣрами, а не придавать имъ исчерпывающаго значенія. Для усиленія отвѣтственности необходимо только, чтобы эти средства причинили гибель или подвергли опасности жизнь нѣсколькихъ лицъ и, чтобы преступникъ выбралъ именно эти средства для осуществленія своего преступнаго плана лишить кого либо

жизни, причемъ совершенно безразлично: предвидѣлъ ли онъ опасность, проистекающую отъ его дѣйствія для другихъ лицъ, допускалъ ли онъ ихъ гибель—или нѣтъ.

Поэтому наиболѣе труднымъ представляется здѣсь разграниченіе дѣяній этого рода отъ тѣхъ случаевъ, гдѣ дѣйствія, разсматриваемыя въ настоящемъ случаѣ какъ средства, были цѣлью преступника, а послѣдовавшая смерть какого либо лица явилась результатомъ болѣе или менѣе неожиданнымъ.

Возьмемъ для примѣра первый изъ указанныхъ выше случаевъ — Brandmord. Для его наличности необходимо, чтобы виновный, дѣйствуя съ намѣреніемъ лишить жизни В, бросилъ послѣдняго въ печь, въ котелъ съ расплавленнымъ металломъ, или сжегъ домъ, въ которомъ тотъ находился; но стоитъ нѣсколько измѣнить условія и мы перейдемъ въ категорію преступленій совершенно иного рода и иной отвѣтственности. Положимъ, что А поджегъ домъ или иное обитаемое строеніе, хотя и съ умысломъ, но безъ намѣренія лишить жизни лицъ въ немъ находящихся, а между тѣмъ кто нибудь сгорѣлъ, въ этомъ случаѣ на основаніи общихъ правилъ о совокупности, виновный можетъ быть подвергнутъ по ст. 1606 каторгѣ отъ 8 — 10 лѣтъ, а не по 1453. Все различіе здѣсь заключается въ особенномъ характерѣ умысла: направлялся ли онъ спеціально на лишеніе жизни, или же виновный имѣлъ только въ виду истребленіе имущества [33]). И само собою разумѣется, что каждый подобный видъ умысла долженъ быть доказанъ, а въ случаѣ сомнѣнія и невозможности ясно отличить наличность того или другаго изъ нихъ, необходимо имѣть въ виду основное начало: сомнѣніе въ пользу подсудимаго и примѣнять тѣ постановленія, которыя снисходительнѣе къ подсудимому.

При этомъ нечего и говорить, что эти дѣйствія, усиливающія отвѣтственность, должны быть средствомъ выполненія

[33]) Нельзя не замѣтить, что тамъ, гдѣ законъ назначаетъ за самое истребленіе имущества пожизненную каторгу, какъ по части 2-й ст. 1608, то же наказаніе должно быть сохранено и тогда, когда это истребленіе было выбрано средствомъ для лишенія кого либо жизни.

плана, а не сопровождать данное преступленіе. На этомъ основаніи не можемъ мы считать предумышленное убійство квалифицированнымъ, если виновный по совершеніи его сдѣлалъ поджогъ для скрытія слѣдовъ совершеннаго преступленія и т. п.

II. Убійство, совершенное средствами, указывающими на особенную злобу и жестокость преступника.

173. Сюда должны быть отнесены слѣдующіе два вида:

а) когда убитый лишенъ жизни чрезъ истязаніе.

б) или же когда убитый предъ смертью былъ подвергнутъ какимъ либо болѣе или менѣе жестокимъ мученіямъ.

Причемъ Уложеніе не даетъ никакихъ болѣе точныхъ опредѣленій этихъ условій, предоставляя это практикѣ, сообразно съ обстоятельствами каждаго конкретнаго факта, и самое констатированіе этихъ обстоятельствъ, особо усиливающихъ отвѣтственность виновнаго, должно принадлежать присяжнымъ. Нельзя только не прибавить, что 2 п. ст. 1453 можетъ быть примѣняемъ какъ тамъ, гдѣ истязанія были, такъ сказать, добавленіемъ къ убійству, такъ и тамъ, гдѣ они служили средствомъ причиненія смерти.

III. Убійство, совершенное средствами, указывающими на особенную хитрость и злокозненность преступника.

174. Сюда могутъ быть причислены:

а) когда для учиненія своего злодѣянія убійца скрывался въ какой либо засадѣ;

б) когда убійца заманилъ убитаго въ такое мѣсто, гдѣ онъ удобнѣе могъ посягнуть на его жизнь;

в) убійство измѣннническимъ образомъ на поединкѣ.

Однимъ словомъ, такіе случаи, которые подъ общимъ именемъ homicidium proditorium, Meuchelmord, играли важную роль въ положительномъ правѣ и въ доктринѣ, еще и въ прошломъ столѣтіи, когда сюда относилось всякое вообще убійство,

скрытое подъ личиною дружбы и привязанности, которое и теперь еще выдвигается на первый планъ въ code pénal подъ общимъ понятіемъ: meurtre, commis avec guet apens.

Конечно нельзя отрицать, также какъ и по отношенію къ предшествовавшей группѣ, чтобы наличность подобныхъ обстоятельствъ не указывала на большую преступность воли виновнаго и не давала права возвысить наказаніе, но можно только возражать противъ того безусловнаго значенія, которое придаетъ ему Уложеніе, особенно въ виду неопредѣленности самыхъ выраженій въ немъ употребляемыхъ.

IV. Убійство, совершенное при помощи отравленія (veneficium).

175. Лишеніе жизни введеніемъ въ организмъ вещества, уничтожающаго его бытіе, является квалифицированнымъ видомъ убійства, такъ же на основаніи средствъ или способа, выбраннаго виновнымъ для осуществленія его преступнаго плана, слѣдовательно въ силу тѣхъ же началъ, которыми опредѣляется усиленіе наказанія въ предшествующей категоріи особенныхъ видовъ убійства. Но тамъ, какъ мы видѣли, характеръ средствъ вліяетъ на наказуемость, потому что государство дѣлаетъ на основаніи этого выбора заключеніе или предположеніе о большой злостности воли, о большей опасности виновнаго для общества, а здѣсь же, повидимому, этихъ соображеній допустить нельзя: ядъ, кинжалъ или пуля, какъ средства дѣйствія, не представляютъ существеннаго отличія другъ отъ друга, а между тѣмъ во всѣхъ законодательствахъ мы видимъ одно общее явленіе, что отравленіе выдѣляется изъ родоваго понятія убійства и даже считается наиболѣе тяжкимъ его видомъ.

По этому я считаю необходимымъ нѣсколько долѣе остановиться на анализѣ причинъ, объясняющихъ это явленіе [34]).

[34]) См. подробное изслѣдованіе объ этомъ преступленіи, въ особенности же его исторію у Gengler'a, das Verbrechen der Vergiftung 1842—

Уже и въ древнемъ римскомъ правѣ [35]), въ эпоху XII таблицъ можно найти указаніе, что отравленіе, veneficium, выдѣлялось какъ особое преступленіе, но окончательное значеніе получило оно только съ появленія Lex Cornelia, de sicariis et veneficiis, по которому въ число наиболѣе тяжкихъ преступленій вошло не только убійство отравленіемъ, но и всѣ приготовительныя къ тому дѣйствія, въ особенности изготовленіе и продажа ядовъ, на сколько подобное дѣйствіе имѣло въ виду смерть какого либо лица. Римское право ставило общее положеніе:

«Plus est hominem extinguere veneno, quam occidere gladio» [L. 1. C. de malef. et mathem. (IX, 18.)] Причину этого усиленія оно видѣло отчасти въ связи этого преступленія съ волшебствомъ, почему наравнѣ съ отравителями въ эпоху позднѣйшихъ императоровъ были поставлены дѣлатели любовныхъ напитковъ (amatoria pocula), отчасти же въ предательскомъ характерѣ этого преступленія, что особенно выставляла доктрина среднихъ вѣковъ, въ ея разработкѣ римскаго права. Veneficium было delictum occultum, а въ каждомъ occulta offensio заключалось proditio, а потому «ille, qui occidit cum veneno, dicitur proditor». Въ отравленіи заключалась такимъ образомъ совокупность двухъ преступленій убійства и предательства.

Совершенно иной взглядъ на причины усиленія наказанія при отравленіи внесло право каноническое и его воззрѣнія удержались и въ свѣтскихъ законодательствахъ XV и даже XVI столѣтія. Вѣра въ существованіе злаго духа, дьявола,

43. 2 тома. У него подробное указаніе на литературу, начиная съ XIII и XIV стол. т. I стр. 15—26 и т. II стр. 3—5. Mittermaier, das Verbrechen der Vergiftung in seiner Bedeutung für Gesetzgebung, Strafrecht und Strafverfahren mit Rücksicht auf die neuesten Forschungen der Chemie und Medizin. G. A. IV и V., Barse, manuel de la cour d'assises dans questions d'Empoisonnement 1845. Tardieu, Etude medico-légale et clinique sur l'empoisonnement 1867.

[35]) Относительно римскаго права см. Генглеръ, в. с. стр. 31—143. Zumpt, das Criminalrecht der Römer II. B. 2 Abt стр. 19.

какъ непосредственнаго источника всѣхъ золъ и бѣдствій, создала въ средніе вѣка новую категорію преступленій, опиравшихся на убѣжденіе о возможности союза и сношеній человѣка съ дьяволомъ, убѣжденіе, считавшееся неоспоримымъ [36]) и въ силу этого, рядомъ съ преступленіями противъ религіи въ тѣсномъ смыслѣ, какъ-то отпаденіемъ отъ вѣры, Богохуленіемъ, были поставлены волшебство, чародѣйство, союзъ съ дьяволомъ—sortilegium, magia, divinatio. И слишкомъ извѣстны тѣ печальныя и позорныя страницы въ исторіи какъ церковнаго такъ и свѣтскаго правосудія, запятнанныя кровью жертвъ суевѣрія и невѣжества времени. Къ разряду дѣйствій сверхъестественныхъ, объясняемыхъ пособіемъ злаго духа, отнесены были всѣ дѣйствія и явленія, причина и внутренняя связь которыхъ оставались не понятными въ глазахъ безграмотнаго и фанатическаго общества, а потому къ разряду магическихъ знаній отнесено было и всякое воздѣйствіе на душевныя или тѣлесныя силы человѣка, безъ слѣда, безъ всякаго видимаго, осязаемаго насилія причинявшіе боль и страданіе другому или даже прекращавшіе его существованіе. Убійство этого рода могло, по взглядамъ того времени, быть совершаемо двоякимъ образомъ: или способомъ чисто магическимъ: нашептываніями, наговорами, заклинаніями—incontatio, или при посредствѣ силъ природы, при помощи травъ и напитковъ—veneficium.

Такимъ образомъ отравленіе изъ разряда преступленій противъ жизни перешло въ категорію преступленій противъ вѣры, а потому и являлось всегда злодѣяніемъ первой величины. Этотъ взглядъ перешолъ и долго держался и въ свѣтскихъ кодексахъ [37]). Только періоду просвѣщенія, періоду

[36]) См. Генглеръ в. с. стр. 144 и сл.

[37]) Такъ саксонское и швабское земскія права разсматривали его какъ отпаденіе отъ вѣры—apostasia; въ статутахъ XVI ст., напр. въ статутѣ Гаделерской земли 1583, отравленіе раздѣлялось на естественное и волшебное, послѣднее влекло сожженіе. См. Генглеръ, в. с. стр. 149 пр. 20.

борьбы съ средневѣковымъ невѣжествомъ и суевѣріемъ удалось снова перевести это преступленіе въ соотвѣтствующій ему раздѣлъ.

Bambergensis, а за нимъ и Каролина были первыми кодексами, въ которыхъ отравленіе заняло соотвѣтствующее мѣсто въ ряду другихъ видовъ убійства, но сохраняя, впрочемъ, свое особенное значеніе; такъ что наказаніемъ за него полагались: для мущинъ — колесованіе, для женщинъ утопленіе, или другой какой либо видъ лишенія жизни, и какъ добавленіе къ нему—волоченіе къ эшафоту и рваніе тѣла раскаленными щипцами. Употреблявшееся же прежде для женщинъ —зарытіе живою въ землю—напр. въ случаѣ отравленія женою мужа, послѣ XV столѣтія уже въ законодательныхъ памятникахъ не встрѣчается [38]).

---

[38]) Точно также старо-французское право назначало здѣсь колесованіе или сожженіе; въ старо-англійскомъ правѣ особенность отравленія выразилась въ изъятіи его изъ вѣденія присяжныхъ, потому что ‹patria veritatem scire non potest de tam occulto facto›. Миттермайеръ в. с. стр. 434, пр. 5. Генглеръ, в. с. т. II, стр. 308, въ 1843 году строитъ, какъ онъ выражается, слѣдующую простую систему наказуемости отравленія по обще-нѣмецкому праву:

a) колесованіе сверху внизъ
   если преступленіе совершено мущинами. } α) тайное отравленіе. β) открытое отравленіе и употребленіе насилія.
b) обезглавливаніе:
   α) когда въ случаяхъ, указанныхъ подъ литерою a, виновною будетъ женщина.
   β) безъ различія пола виновныхъ:
      αα тайное, но не предумышленное отравленіе.
      ββ открытое, предумышленное отравленіе.

Если же къ этимъ случаямъ присоединятся отягчающія обстоятельства, какъ напр. одновременное или послѣдовательное отравленіе нѣсколькихъ лицъ; или б) конкуренція отравленія одного лица съ покушеніемъ на жизнь другаго; или в) когда отравленіе совершено общеопаснымъ способомъ, то въ случаяхъ подъ литерою a) назначалось колесованіе снизу вверхъ, а подъ литерою б) къ смертной казни присоединялись выставка головы казненнаго на колѣ, или выставка виновнаго у позорнаго столба.

176. Эта квалифицированная смертная казнь, назначаемая за отравленіе, сохранилась и въ кодексахъ конца прошлаго и начала нынѣшняго столѣтія, въ Algemeines preussisches Landrecht, и даже въ баварскомъ уложеніи 1813 года, но въ кодексахъ позднѣйшихъ, съ отмѣною усиленія смертной казни, это главнѣйшее различіе между отравленіемъ и другими видами убійства исчезло, хотя все-таки и теперь оно является съ своеобразными особенностями.

Смертная казнь назначается и тогда, когда виновный имѣлъ въ виду умыселъ условный или лишить жизни или повредить здоровью, а пожизненное заключеніе въ Zuchthaus и тогда, когда, дѣйствуя ради поврежденія здоровья, онъ непредвидѣннымъ образомъ причинилъ смерть. Баварское улож., 1813 § 149, баденское уложеніе § 243, и это же повторяетъ и прусское уложеніе § 197, по отношенію ко второму пункту.

При отравленіи не различается умыселъ возникшій внезапно отъ обдуманнаго заранѣе или, другими словами, отравленіе предполагается предумышленнымъ—Code pénal art. 301, новобельгійское уложеніе art. 397.

Преступленіе считается какъ бы совершившимся съ того момента, когда ядъ или, говоря общнѣе, вещество способное повредить жизни или здоровью лица были даны съ цѣлью лишить жизни, каковы бы не были послѣдствія даннаго дѣйствія, или другими словами покушеніе при отравленіи ставится наравнѣ съ совершеніемъ. Code pénal, art 301: «et quelles en aient été les suites», но этого добавленія не дѣлаетъ ново-бельгійское уложеніе [39]).

Въ случаѣ же уменьшающихъ обстоятельствъ, какъ напр. при непредумышленномъ открытомъ отравленіи (offener Gifttodtschlag), при aberratio ictus или error in objecto или пожизненное заключеніе или высшіе сроки временнаго лишенія свободы.

Разумѣется въ тѣхъ государствахъ, гдѣ квалифицированная смертная казнь не допускалась, колесованіе замѣнялось отсѣченіемъ головы.

[39]) Хотя съ другой стороны самое понятіе покушенія опредѣляется Францускою практикою въ ограниченномъ смыслѣ ср. Миттермайеръ,

177. Но въ чемъ же заключаются основанія для подобнаго выдѣленія? Чѣмъ оправдываютъ теоретики и редакторы кодексовъ особенности мною указанныя?

Я замѣтилъ выше, что по существу дѣла ядъ, какъ средство убійства, ничѣмъ не различается отъ кинжала, пули и т. п., боль и страданія, причиняемыя отравленіемъ иногда гораздо менѣе мучительны, чѣмъ при другихъ видахъ убійства, а главное нерѣдко менѣе продолжительны, слѣдовательно, основанія выдѣленія нужно искать не въ качествѣ средствъ, въ строгомъ смыслѣ слова.

Далѣе, я также указывалъ, что безслѣдно исчезъ и взглядъ на это преступленіе, господствовавшій въ средніе вѣка, въ силу котораго преслѣдованіе колдуновъ и отравителей шло обыкновенно параллельно другъ съ другомъ: теперь мы можемъ открыть его слѣды развѣ только въ возрѣніяхъ народа, но не въ положительныхъ законодательствахъ.

Такимъ образомъ, основанія для этого выдѣленія отыскиваютъ или въ предполагаемой законодателемъ большой злостности воли виновнаго, или въ чрезмѣрной опасности даннаго преступленія для общества и отдѣльныхъ лицъ.

Какъ на доказательство перваго положенія указываютъ прежде всего на то, что отравленіе совершается всегда предумышленно, это намъ развиваетъ особенно французская доктрина и практика, чѣмъ и оправдывается его приравненіе во французскомъ правѣ къ assassinat [40]) или баварское уло-

---

в. с. стр. 590. Точно также англійское право назначаетъ и нынѣ смертную казнь за простое введеніе яда, но тамъ суровость этихъ постановленій смягчается обширнымъ дискреціоннымъ правомъ судьи. Миттермайеръ, в. с. стр. 442.

[40]) Ср. Бланшъ, в. с. т. IV, № 512, Эли, в. с. т. III, № 1141. Это предположеніе было прямо высказано въ мотивахъ, а кассаціонный судъ нашелъ, что рѣшеніе присяжныхъ, по которому подсудимый признанъ виновнымъ въ отравленіи, но безъ предумышленія — противорѣчиво. Противъ этого возражаютъ впрочемъ почти всѣ важнѣйшіе французскіе криминалисты. См. также Фейербахъ, Lehrbuch § 222 въ защиту и примѣчанія Миттермайера къ § 222 contra этого предположенія. Вообще изъ нѣмецкихъ криминалистовъ отрицаютъ возможность непредумышленнаго отравленія: Грольманъ, Фейербахъ, Абеггъ, Цирклеръ; защищаютъ: Бауеръ, Вехтеръ, Гефтеръ, Миттермайеръ, ср. Генглеръ в. с. т. II, стр. 148 и сл.

женіе 1813 года, но несостоятельность этого указанія слишкомъ очевидна. Правда, что въ большой части случаевъ для отравленія необходимо припасеніе средствъ, созданіе и обдумываніе плана, но эта необходимость не абсолютна, весьма легко можно представить случаи и противоположные, когда данное лице въ пылу гнѣва дѣлаетъ ядъ орудіемъ мести, какъ первое средство, подвернувшееся ему подъ руку. Поэтому, мы и можемъ сказать, что предумышленность часто, но не всегда, встрѣчающаяся при отравленіи, не можетъ дать намъ достаточнаго основанія для выдѣленія этого преступленія изъ роднаго понятія убійства и усиленія наказанія при всѣхъ его отдѣльныхъ случаяхъ.

Еще менѣе основаній представляетъ указаніе на то, что преступленія этой категоріи легко могутъ обращаться въ привычку, что являются, такимъ образомъ, преступники, обратившіе отравленіе въ ремесло, у которыхъ оно составляетъ какъ бы родъ маніи. Если лѣтописи дѣлъ уголовныхъ и представляютъ намъ подобныя явленія, то разумѣется эти явленія слишкомъ разрозненны, слишкомъ рѣдки, чтобы сдѣлать изъ нихъ выводъ, имѣющій вліяніе на всѣ отдѣльные случаи отравленія.

Далѣе указываютъ на то, что введеніе въ организмъ жертвы смертоноснаго вещества, дѣйствительно окончившееся смертью, всегда заставляетъ предполагать въ дѣйствовавшемъ несомнѣнное намѣреніе лишить жизни, чѣмъ и оправдывается напр. назначеніе смертной казни при альтернативномъ умыслѣ на убійство, какъ напр. въ кодексѣ баденскомъ. Но это предположеніе, опирающееся, подобно предыдущимъ, на факты далеко не имѣющіе характера всеобщности, что подтверждается многочисленными примѣрами изъ судебной практики всѣхъ

странъ [41]), такъ же не даетъ основанія для признанія квалифицированными всѣхъ случаевъ отравленія.

Наконецъ обращаютъ вниманіе на ту опасность, съ которою сопряжена эта форма лишенія жизни для жертвы преступленія. Отравленіе часто скрывается втайнѣ, подъ личиною дружбы, любви, состраданія и т. п., противъ убійцы, нападающаго съ оружіемъ въ рукахъ, есть возможность обороны, есть сознаніе грозящей опасности, но это сознаніе, эта оборона, не возможна противъ дѣйствій жены, съ видомъ состраданія подающей отравленное лекарство больному мужу, противъ слуги, подмѣшавшаго ядъ въ супъ, кофе и т. п. и это-то вѣроломство, это коварство, скрытность и придаютъ отравленію характеръ злодѣянія наиболѣе возмутительнаго и отталкивающаго [42]). Къ этому присоединяется еще и то обстоятельство, что многіе яды дѣйствуютъ скрытно, не видимо для окружающихъ, что констатированіе факта отравленія есть задача въ судебно-медицинскомъ отношеніи весьма серьезная и весьма нелегкая, а потому значительное количество преступленій этого рода остается неизвѣстнымъ для человѣческаго правосудія, и между тѣми, которыхъ преслѣдованіе возбуждается обвинительною властью, весьма значительный процентъ остается недоказанными. Всѣ эти соображенія дѣйствительно имѣютъ свое значеніе при разрѣшеніи вопроса о наказуемости отравленія, но тѣмъ не менѣе и здѣсь приходится сказать, что эти элементы, хотя и встрѣчаются при отравленіи весьма часто, но не составляютъ его необходимаго условія, и что точно также могутъ встрѣтиться они и при другихъ видахъ убійства.

Сводя же все это вмѣстѣ, мы можемъ, какъ мнѣ кажется, сказать, что *существуютъ отдѣльные случаи отравленія, которые указываютъ или на большую злостность воли преступника или на большую опасность его дѣйствія, но эти особенности являются далеко не при всѣхъ случаяхъ этого преступленія* и не составляютъ какого либо его особаго, исключительнаго качества. Поэтому, я думаю, что исключительное положеніе, которое занимаетъ отравленіе въ ряду другихъ видовъ убійства не находитъ для себя оправданія и болѣе заслуживаетъ предпочтенія система кодексовъ: саксонскаго 1855, ново-баварскаго 1861, которые объ отравленіи, какъ объ особомъ видѣ убійства вовсе не упоминаютъ [43]).

178. Конечно подобныя же возраженія могутъ быть сдѣланы и противъ квалификаціи многихъ другихъ видовъ убійства, особенно по нашему Уложенію, но здѣсь ихъ значеніе усиливается практическими затрудненіями, представляемыми этимъ преступленіемъ. Эти затрудненія заключаются въ опре-

[41]) См. въ особенности примѣры у Миттермайера, в. с. G. A. IV, стр. 444.

[42]) Этими особенностями даннаго средства объясняется и то явленіе, что отравленіе является всего чаще въ случаяхъ родственнаго убійства и что ядъ есть по преимуществу оружіе женщинъ, такъ что при отравленіи напр. во Франціи на 100 преступниковъ является 52 женщины, между тѣмъ какъ обыкновенно они составляютъ не болѣе 20%. Фейербахъ въ своемъ учебникѣ даже опредѣлялъ отравленіе такъ: «Giftmord ist die Tödtung eines Menschen durch Mittheilung eines Stoffes, welcher heimlich und verborgen den Körper verlezt.» Вообще старо-нѣмецкая доктрина различала тайное отравленіе, дѣлавшееся замѣтнымъ отравленному только послѣ введенія яда и открытое, когда ядъ былъ введенъ посредствомъ физическаго или психическаго насилія, тайное отравленіе разсматривалось какъ правило, открытое, какъ исключеніе. Ср. Генглеръ, в. с. т. II, стр. 287.

[43]) Австрійское уложеніе § 135 признаетъ отравленіе квалифицированнымъ убійствомъ только тогда, когда оно совершено коварнымъ способомъ. См. такъ же Миттермайеръ, в. с. G. A. IV, стр. 442. Новый уголовный кодексъ сѣверо-германскаго союза также не упоминаетъ объ отравленіи тамъ, гдѣ онъ трактуетъ объ убійствѣ, но въ отдѣлѣ о тѣлесныхъ поврежденіяхъ, въ ст. 229 онъ говоритъ, что если кто либо дастъ другому, съ умысломъ повредить его здоровью, ядъ или какой либо другой продуктъ, способный разстроить здоровье, и если отъ этого произойдетъ смерть, то онъ подлежитъ заключенію въ Цухтгаусъ не менѣе 10 лѣтъ, или пожизненно, т. е. выбираетъ наиболѣе неудовлетворительную систему, приравнивая даже неумышленное лишеніе жизни отравленіемъ, къ наиболѣе тяжкимъ видамъ умышленнаго убійства.

дѣленіи самого понятія яда, и слѣдовательно, въ указаніи того, какой изъ видовъ убійства долженъ быть признаваемъ отравленіемъ.

Разумѣется если мы будемъ брать крайности, если мы противопоставимъ съ одной стороны дѣйствія преступника давшаго кому нибудь мышьякъ, синильную кислоту, стрихнинъ, а съ другой убійство выстрѣломъ изъ ружья, то мы не затруднимся сказать, что первое дѣйствіе есть отравленіе, но вопросъ не всегда является въ такой простой формѣ. Вопервыхъ существуетъ рядъ случаевъ сомнительныхъ: можно ли считать напр. отравленіемъ введеніе въ организмъ стекла истолченнаго въ порошокъ и изрѣзавшаго желудокъ и кишки, или же мы должны признать его обыкновеннымъ убійствомъ, совершеннымъ механически дѣйствующими средствами? Во 2-хъ это опредѣленіе становится весьма труднымъ при разрѣшеніи вопроса о покушеніи на отравленіе: какія качества должно имѣть вещество, введенное въ организмъ съ цѣлью лишить жизни, но не достигшее желаемаго результата, чтобы дѣйствія виновнаго могли быть названы покушеніемъ на отравленіе? (Тардье, в. с. стр. 124).

Въ силу этихъ затрудненій положительные кодексы нерѣдко сами стараются дать руководящія начала для ихъ разрѣшенія и представляютъ при этомъ нѣсколько системъ.

1) Законъ, признавая отравленіе квалифицированнымъ видомъ убійства, самъ перечисляетъ всѣ вещества, которыя могутъ быть признаваемы ядомъ: таковы кодексы конца XVIII столѣтія, а въ особенности отдѣльныя постановленія объ отравленіи. Эта система показываетъ еще на младенческое состояніе токсикологіи, такъ какъ подобное перечисленіе ставитъ границы для науки и границы совершенно произвольныя.

2) Законъ, дѣлая опредѣленіе отравленія, указываетъ только на главные основные признаки понятія яда: такова система французскаго права, пользующаяся особенною извѣстностью. Code pénal опредѣляетъ отравленіе какъ «всякое покушеніе на жизнь человѣка при помощи веществъ, могущихъ причинить смерть въ срокъ болѣе или менѣе не продолжительный, какимъ бы образомъ не были бы эти вещества употреблены или введены и каковы бы ни были ихъ послѣдствія»; или въ прусскомъ правѣ, § 197: «ядъ или иное вещество которое можетъ разрушительно дѣйствовать на здоровье», а также и въ новомъ сѣверо-германскомъ уголовномъ уложеніи § 229.

Конечно, сравнительно съ предшествующею системою—эта представляетъ прогрессъ, но и она неточностью своихъ опредѣленій, общностью выраженій, введенныхъ въ законъ, легко можетъ вызвать на практикѣ большія недоразумѣнія, какъ дѣйствительно и случилось съ судами французскими [44]). Притомъ самое понятіе вещества, способнаго по природѣ своей причинить смерть, все-таки является вопросомъ факта, разрѣшаемымъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ присяжными по выслушаніи заключенія экспертовъ [45]). Такимъ образомъ, въ дѣйствительности, эта система тѣсно примыкаетъ.

3) къ системѣ, принятой еще во французскомъ кодексѣ 1791, во многихъ нѣмецкихъ законодательствахъ, какъ напримѣръ, Баденъ § 243, Брауншвейгъ § 145 и въ нашемъ Уложеніи. По этой системѣ законъ, говоря объ отравленіи, вовсе не указываетъ на то, что считать ядомъ, и слѣдовательно, не даетъ никакого опредѣленія этому преступленію, предоставляя его вполнѣ усмотрѣнію суда и экспертизѣ.

Эта система очевидно заслуживала бы полнаго предпочтенія, но только при одномъ предположеніи, что понятіе яда въ наукѣ судебной медицины вполнѣ опредѣлено, такъ что экспертъ дастъ суду всегда ясный, разрѣшающій отвѣтъ, но не то мы видимъ въ дѣйствительности. Не только это понятіе является не установившимся, но едва ли не каждый авторитетъ судебной медицины выставляетъ свое собственное опредѣленіе понятія яда, отличающееся отъ другихъ не

---

[44]) См. Эли, в. с., т. III, № 1146 и сл., Blanche, Etudes, т. IV, № 518. и сл.

[45]) См. рѣшеніе кассаціоннаго суда 1810 г. —у Эли, в. с., № 1150. Contra — Carnot, Commentaire sur le code pénal, art 301.

только по формѣ, но и по содержанію, и вызывающее обыкновенно полнѣйшее порицаніе со стороны другихъ писателей [46]).

[46]) См. опредѣленія яда, дѣлаемыя различными юристами и медиками, Миттермайеръ, в. с. IV, стр. 448 и сл. Бернеръ, о тѣлесныхъ поврежденіяхъ. Ж. М. Ю. 1867., № 7, стр. 58 и сл. Friedreich, vom Begriff des Giftes und der Vergiftung. A. d. cr. R. 1847, стр. 501. Buri, zur Frage über den Begriff des Giftes. G. A. X. 745; Zur Lehre von der Vergiftung G. A. X, стр. 528; въ особенности же въ статьѣ: Über den Begriff von Gift G. A. IX, стр. 175. Вотъ нѣкоторыя важнѣйшія опредѣленія яда. Тэйлоръ: «Матерія, которая будучи введена внутрь, способна разрушить жизнь безъ механическаго воздѣйствія на организмъ». Орфила: «ядъ есть всякое вещество, которое, взятое внутрь или введенное какимъ либо образомъ въ организмъ, даже и въ малыхъ дозахъ, разстроиваетъ здоровье и уничтожаетъ жизнь, дѣйствуя такъ по самой своей природѣ». Это опредѣленіе принимаетъ и Тардье, в. с., стр. 2, замѣчая впрочемъ, что дать абсолютное опредѣленіе яда не возможно, такъ какъ ядовитое свойство матеріи зависитъ отъ массы обстоятельствъ, при которыхъ оно вводится въ организмъ. Новѣйшія опредѣленія, встрѣчающіяся у нѣмецкихъ токсикологовъ, поражаютъ своею сложностью и запутанностью; таково напр. опредѣленіе Фалька: Gift ist jede chemisch-schädliche Potenz, gleichgültig ob Natur oder Kunstproduct, welche durch die chemische Natur ihrer Molekule, und durch die ihr emanenten Kräfte einwirkend, mit dem gesunden Organismus konkurrirend zur normalen Ernährung d. h. zur Bildung, Fortbildung und Restauration des Körpers sich nicht geeignet erweisst im Gegentheile unter bestimten Bedingungen die Form und Mischungswerhältnisse organischer Theil mehr oder Weniger alterirt und somit unter Veranlassung grösserer oder geringerer Destruction der Organe oder gar des Todes, der Gesundheit und dem Leben im merklicher Weise zerstört или опредѣленіе Фридрейха: Gift ist ein, im Organismus sich nicht wieder reproducirender Stoff, welcher im Verhältniss zu andern, in kleinen Gaben, durch eine besondere, in ihm wohnende Kraft und nicht durch seine äussere Gestalt (oder Schwere) in oder an der Körper gebracht (in der Regel), ohne wahrnembare mechanische Wirkung, Gesundheit und Leben in sehr hohem Grade gefährdet». Böcker, въ его руководствѣ къ судебной медицинѣ, приходитъ даже къ такому положенію, что нѣтъ никакого вещества, которое безусловно могло бы быть названо ядомъ, но есть вещества, которыя, при извѣстныхъ условіяхъ, дѣлаются ядами. Шауенштейнъ, в. с., стр. 407, также признаетъ невозможнымъ точное опредѣленіе. Тоже Buchner, Lerbuch, стр. 331: Gift ist kein wissenschaftliches Begriff... Es ist Erfahrungssache, ob etwas als Gift wirkt und als Gift betrachtet wird.»

Тамъ, гдѣ извѣстное лице, дѣйствуя съ намѣреніемъ лишить жизни, достигло желаемаго, опредѣленіе отравленія и понятія яда не представляетъ еще особенныхъ затрудненій. Ядомъ можетъ быть названо вещество, введенное въ организмъ или приведенное въ соприкосновеніе съ кровью и въ силу этого причинившее смерть лицу безъ всякаго механическаго воздѣйствія, такъ что поэтому не можетъ быть названо отравленіемъ проглоченіе кѣмъ либо иголки или булавки, причинившее смерть.

При этомъ совершенно безразлично, было ли это вещество таково, что только въ чистомъ своемъ составѣ оно проявляетъ подобныя смертоносныя качества и утрачиваетъ ихъ при всякой смѣси или соединеніи съ другими веществами, какъ напр. сѣрная кислота, или наоборотъ дѣлается ядовитымъ только при извѣстныхъ соединеніяхъ, какъ амигдалинъ; далѣе, безразлично, убиваетъ ли это вещество почти мгновенно (напр. достаточная доза синильной кислоты), или только по прошествіи нѣкотораго времени (напр. мышьякъ), а иногда и чрезъ весьма продолжительные сроки (свинцевые препараты); безразлично, далѣе, причиняетъ ли оно смерть при введеніи въ организмъ чрезъ желудокъ, или безвредное этимъ путемъ оно дѣлается смертельнымъ только при соприкосновеніи съ кровью. Наконецъ, нечего и говорить о томъ, что самые способы введенія вреднодѣйствующаго вещества, какіе указываетъ намъ судебная практика, не имѣютъ никакого значенія для состава преступленія, а потому также безразлично, было ли оно примѣшано къ лекарству, питью, пищѣ, влито въ ухо, введено при помощи клистира или въ женскія дѣтородныя части, вдыхаемо въ парахъ, произведено уколомъ, надрѣзомъ, втираніемъ мази, помады и т. п.

Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ необходимо, слѣдовательно, только выяснить, существовала ли причинная связь между веществомъ, введеннымъ въ организмъ и смертью, причемъ примѣняются всѣ общія положенія по данному вопросу (глава I, № 84), а въ особенности же ученіе объ обще и особо смертельныхъ поврежденіяхъ.

Но несравненно труднѣе является разрѣшеніе вопроса въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ данное вещество не произвело желаемаго дѣйствія, такъ какъ здѣсь необходимо имѣть въ виду, что вещества, даже относимыя къ напсильнѣйшимъ органическимъ ядамъ, данные въ малой дозѣ или становятся совершенно безвредными, или даже употребляются какъ лекарство, какъ напр. стрихнинъ, дигиталинъ, опіумъ и т. д., такъ что очевидно, что всякое безусловное опредѣленіе яда окажется несостоятельнымъ. Въ случаяхъ этого рода необходимо имѣть въ виду тѣ общія правила, которыя знаетъ законъ, какъ напр. наше Уложеніе относительно покушенія съ негодными средствами, т. е. судъ можетъ освободить виновнаго отъ отвѣтственности, какъ скоро онъ найдетъ, что данныя вещества могли быть употреблены только по его крайнему невѣжеству или суевѣрію.

И эта-то трудность опредѣленія самаго понятія отравленія, въ связи съ маловажностью, а отчасти и несостоятельностью тѣхъ доводовъ, которые приводятся въ пользу признанія отравленія квалифицированнымъ видомъ убійства, даетъ, какъ мнѣ кажется, право сказать, что практичнѣе поступаютъ тѣ кодексы, какъ баварскій, которые не содержатъ никакихъ спеціальныхъ постановленій объ этомъ преступленіи [47]).

179. Что касается до нашего права, то и въ немъ повторилось явленіе совершенно аналогичное съ западными законодательствами: также какъ и тамъ долгое время понятіе объ отравленіи тѣсно связывалось съ понятіемъ чаръ и чародѣйства; обвиненія въ колдовствѣ и вѣдунствѣ шли обыкновенно въ тѣсной связи съ обвиненіями въ изготовленіи зелей и снадобьевъ, а самыя постановленія о немъ входили въ законы церковные и дѣла этого рода вѣдались судами духовными. Только въ уложеніи 1649, мы встрѣчаемъ постановленія о немъ на ряду съ другими видами лишенія жизни. Ст. 23 главы XXII постановляла:

[47]) См. также Миттермайеръ Zu Feuerbach's Lehrbuch, § 222 пр. VII.

«А будетъ кто кого отравитъ зельемъ, и отъ тоя отравы тотъ кого отравятъ умретъ, и того кто такое злое дѣло учинитъ, пытать на крѣпко, напередъ того онъ надъ кѣмъ таковаго дѣла не дѣлывалъ ли, и пытавъ его, казнити смертью.»

При чемъ по наказуемости отравленіе ничѣмъ не отличалось отъ другихъ видовъ убійства, законъ допускалъ только одно предположеніе, что отравленіе легко можетъ перейти въ привычку, сдѣлаться ремесломъ, почему и постановлялъ за правило пытать всякій разъ отравителя: не совершилъ ли онъ и другихъ дѣлъ этого рода.

Воинскій уставъ допускалъ уже въ этомъ случаѣ смертную казнь квалифицированную. Арт. 162 говоритъ: «ежели кто другаго отравою погубитъ, онаго надлежитъ колесовать».

Также по проекту 1813 г. отравленіе признавалось основаніемъ квалификаціи, а по ст. 345 проекта даже постановлялось: «давшій другому съ злымъ умысломъ отраву, хотя смерть отъ оной и не послѣдовала, всегда наказывается наравнѣ съ содѣявшимъ смертоубійство».

Напротивъ того по Своду законовъ 1832 отравленію не придавалось ни какого спеціальнаго значенія и оно по ст. 330 считалось обыкновеннымъ убійствомъ.

Редакторы же Уложенія, находя, что отравленіе всегда предполагаетъ предумышленность и что оно, имѣя въ виду легкость его выполненія, является особенно опаснымъ, возвратились къ системѣ воинскаго устава и въ 5 п. 1453 ст. къ числу причинъ усиливающихъ отвѣтственность за убійство отнесли и тотъ случай, когда лишеніе жизни было учинено посредствомъ отравленія.

По поводу этихъ постановленій Уложенія, и имѣя въ виду сдѣланный мною выше теоретическій разборъ даннаго преступленія, я считаю необходимымъ замѣтить только слѣдующее:

А. отравленіе по точному смыслу статьи 1453 можетъ имѣть вліяніе на усиленіе наказанія только тогда, *когда отравленіе совершено съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ.* Если

же виновный прибѣгнулъ къ яду для осуществленія внезапно сложившагося у него намѣренія лишить жизни, или вообще совершилъ отравленіе подъ вліяніемъ запальчивости и раздраженія, то онъ отвѣчаетъ по ст. 1455 и особенный характеръ средства, имъ избраннаго, не имѣетъ никакого значенія. При чемъ это положеніе примѣняется и къ тѣмъ случаямъ, гдѣ ядъ сдѣлался средствомъ неосторожнаго лишенія жизни. Такъ что неосторожное отравленіе наказуемо также какъ и неосторожное убійство, т. е. по ст. 1468, 1466 и т. п. По этому же при разсмотрѣніи дѣла съ присяжными для примѣненія 5 п. ст. 1453 недостаточно констатированіе ими того, что лишеніе жизни произведено отравленіемъ, но необходимо и *совмѣстное* разрѣшеніе другаго обстоятельства, что виновный дѣйствовалъ предумышленно.

Б. Лишеніе жизни ядомъ считается квалифицированнымъ видомъ убійства только тогда, когда оно окончено или когда виновный остановился на покушеніи, но приготовленіе къ отравленію подводится подъ общую ст. 1457, какъ это ясно видно изъ ея текста [48]).

В. Законъ, говоря объ отравленіи вовсе не даетъ никакого опредѣленія этому понятію и предоставляетъ его суду и экспертизѣ [49]) и такъ какъ данный вопросъ есть вопросъ факта, то на судѣ съ присяжными они должны рѣшить: было ли произведено данное убійство при помощи отравы или нѣтъ.

---

[48]) См. случаи отравленія изъ новой нашей судебной практики: по дѣлу Филиповой. С. В. 1867 № 229 (приготовленіе къ отравленію наказуемо по ст. 1457, а отравленіе неосторожное по ст. 1466 или 1468), по дѣлу Устиновой и Ивановой С. В. 1868 № 224.

[49]) Перечисленіе ядовитыхъ веществъ, сдѣланное въ томѣ XIII, въ уставѣ медицинской полиціи гдѣ указано (по изд. 1857) 117 различныхъ веществъ, именуемыхъ ядами, не имѣетъ какого либо обязательнаго значенія для опредѣленія яда въ дѣлахъ уголовныхъ, такъ какъ по справедливому замѣчанію Миттермайера, в. с. стр. 449, государство, запрещая продажу извѣстныхъ ядовитыхъ веществъ, руководится совершенно особенными соображеніями, почему многіе яды могутъ и не попасть въ подобные каталоги.

V. Убійство, учиненное по предварительному уговору нѣсколькихъ лицъ.

180. Этотъ видъ убійства указанъ собственно не въ ст. 1453, а во 2-й части ст. 1454, которая говоритъ:

«Если однакожъ убійство, хотя и безъ тѣхъ, увеличивающихъ вину обстоятельствъ, на которыя указывается въ ст. 1449 — 1453, учинено не однимъ лицемъ, а нѣсколькими по предварительному между ними соглашенію, то зачинщики, по лишенію всѣхъ правъ состоянія, приговариваются къ ссылкѣ въ каторжную работу въ рудникахъ на время отъ 15—20 лѣтъ.»,

но тѣмъ не менѣе и по размѣрамъ отвѣтственности и по причинамъ квалификаціи, данный случай относится къ группѣ мною теперь разсматриваемой.

Вся особенность даннаго вида заключается въ томъ, что условія его совершенія, а именно соучастіе нѣсколькихъ лицъ усиливаетъ отвѣтственность только одной категоріи участвующихъ—зачинщиковъ. Вмѣсто того, чтобы подлежать высшей мѣрѣ наказаніе за то преступленіе положеннаго, они подвергаются наказанію усиленному на одну степень, но при этомъ это усиленіе не распространяется не только на сообщниковъ, но даже и на тѣхъ соучастниковъ, которые стоятъ наравнѣ съ зачинщиками, а именно на подстрекателей. Такъ какъ именно это постановленіе, какъ исключительное, не допускаетъ распространительнаго толкованія и должно быть примѣняемо по его буквальному тексту.

§ 3. Убійство квалифицированное по цѣли, съ которою оно совершено.

I. Убійство съ корыстною цѣлью.

181. Сюда относитъ уложеніе слѣдующіе случаи:

1) когда убійство ученено для ограбленія убитаго (Latrocinium);

2) или для полученія наслѣдства;

3) или вообще для завладѣнія какою либо собственностью его или другаго лица.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ законъ назначаетъ лишеніе всѣхъ правъ состоянія и каторжную работу отъ 15 до 20 лѣтъ, но съ однимъ прибавленіемъ, что къ этому наказанію приговариваются виновные въ убійствѣ съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ и умысломъ и совершившіе это для цѣли вышеуказанной.

По поводу этихъ постановленій необходимо замѣтить слѣдующее.

А. Убійство съ корыстною цѣлью считается квалифицированнымъ только тогда, когда оно совершено съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ. Эта предумышленность должна относиться, какъ я думаю, только къ намѣренію лишить жизни, а не къ завладѣнію имуществомъ. Законъ не требуетъ, что бы корыстная цѣль должна была возникнуть одновременно съ намѣреніемъ убить, была какъ бы стимуломъ этого намѣренія, но требуетъ, что бы она только предшествовала моменту совершенія убійства.

По этому подъ постановленія 4 п. ст. 1453 не могутъ быть подведены слѣдующіе случаи:

А, увидѣвъ у Б какія либо драгоцѣнности, деньги и т. п., бросается на него и для завладѣнія этими вещами убиваетъ А. Виновный отвѣчаетъ по ст. 1455, потому что и желаніе отнять имущество и намѣреніе лишить для этого жизни А не были обдуманы заранѣе.

А забирается въ домъ съ намѣреніемъ совершить кражу, грабежъ, но встрѣчаетъ тамъ кого либо изъ живущихъ въ домѣ и внезапно вознамѣревается убить это лицо для выполненія задуманнаго похищенія, онъ не можетъ быть подведенъ подъ 4 п. 1453 ст., потому что у него нѣтъ обдуманнаго заранѣе намѣренія убить.

Но если мы представимъ себѣ, что А задумалъ совершить убійство Б дабы отмстить послѣднему за обиду, и что при осуществленіи плана у него появилась мысль завладѣть имуществомъ убитаго и это послѣднее желаніе было имъ выполнено, то, мнѣ кажется, нѣтъ основанія изъять эти дѣйствія изъ 4 п. 1453, потому что убійство было совершено ради ограбленія и въ тоже время предумышленно. Корыстная цѣль вовсе можетъ не имѣть исключительнаго характера, а можетъ конкурировать съ другими желаніями, причемъ подобная конкуренція можетъ встрѣтиться и тогда, когда корыстная цѣль является одновременно съ намѣреніемъ убить и тогда, когда оно ему предшествуетъ. Преступникъ можетъ задумать совершеніе убійства и ради полученія наслѣдства отъ убитаго и ради отмщенія ему за какую либо обиду.

Но во всякомъ случаѣ желаніе завладѣть имуществомъ должно предшествовать лишенію жизни, такъ какъ по точному тексту закона убійство должно быть учинено для ограбленія. По этому, если виновный совершилъ убійство не съ корыстною цѣлью, а потомъ, послѣ его окончанія, вознамѣрился воспользоваться имуществомъ убитаго, то подобное преступленіе не можетъ быть названо убійствомъ для ограбленія, а виновный можетъ отвѣчать только за совокупность преступленій—убійство и кражу съ мертваго [50]).

Такъ что весь этотъ вопросъ, имѣющій весьма важное значеніе, представляется въ слѣдующемъ видѣ.

Виновный умышленно лишилъ кого либо жизни и ограбилъ убитаго. Здѣсь могутъ быть слѣдующіе случаи:

А. Умыселъ на ограбленіе возникъ у виновнаго и былъ имъ выполненъ послѣ окончанія убійства, онъ отвѣчаетъ по совокупности за убійство и кражу.

Б. Умыселъ на ограбленіе возникъ прежде выполненія убійства:

а) виновный дѣйствовалъ съ намѣреніемъ ограбить, и при этомъ лишилъ жизни ограбляемаго непредвидѣннымъ

---

[50]) Такимъ образомъ Московская судебная палата по дѣлу Сенаторова С. В. 1868 № 155, хотя и признала, что подсудимый воспользовался имуществомъ убитаго Егорова, но не нашла возможнымъ принять, что убійство совершено съ цѣлью ограбленія.

образомъ или хотя, и предвидя возможность его смерти и допуская ее, но прямо не желая — разбой предвидѣнный въ 1634 ст. (см. ниже № 182).

б) виновный дѣйствовалъ съ намѣреніемъ лишить жизни и въ то же время желая ограбить убиваемое лице и при этомъ:

α) намѣреніе убить было обдумано заранѣе:

1) мысль ограбить возникла внезапно, при выполненіи плана; наказаніе, какъ мнѣ кажется, должно быть назначено по ст. 1453, 4 п., такъ какъ она, требуя предумышленности относительно убійства, не ставитъ такого требованія относительно ограбленія и цѣль ограбить можетъ конкурировать съ другими желаніями.

2) мысль объ убійствѣ возродилась именно для удовлетворенія корыстнаго желанія, безусловное примѣненіе 4 п. 1453 статьи.

β) намѣреніе убить возникло внезапно:

1) и самая мысль ограбить также появилась вмѣстѣ съ желаніемъ убить, хотя бы даже убійство являлось въ глазахъ преступника средствомъ для удовлетворенія внезапно возникшаго корыстнаго желанія — ст. 1455, такъ какъ для примѣненія ст. 1453 п. 4 безусловно необходимо предумышленіе по отношенію къ убійству.

2) мысль объ ограбленіи возникла гораздо ранѣе, а убійство было совершено подъ вліяніемъ внезапнаго умысла, когда напр. виновный, явившись для ограбленія квартиры, не находитъ другой возможности выполнить это, какъ убивъ самаго хозяина — 1455 статья, на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и въ предъидущемъ случаѣ.

Слѣдовательно, для примѣненія 4-го пункта ст. 1453-ей безусловно необходимо, чтобы присяжнымъ былъ предложенъ и ими утвердительно разрѣшенъ вопросъ о томъ, что данное

убійство было заранѣе обдумано виновнымъ. Поэтому при признаніи присяжными того, что виновный лишилъ жизни такого-то и сдѣлалъ это съ цѣлью ограбленія, данное дѣяніе, въ виду извѣстнаго правила: сомнѣніе въ пользу подсудимаго должно быть подводимо подъ ст. 1455-ю.

Любопытный случай этого рода разсматривался въ прошломъ году кассаціоннымъ департаментомъ (к. р. 1869 № 1037) при чемъ онъ принялъ толкованіе одинаковое съ предлагаемымъ мною.

Въ Петербургскомъ окружномъ судѣ производилось дѣло мѣщанина Павла Иванова, обвиненнаго въ убійствѣ мѣщанки Айзиковой, причемъ присяжные признали, что онъ убилъ ее умышленно, но безъ обдуманнаго заранѣе намѣренія и для того чтобы воспользоваться имуществомъ Айзиковой. Окружный судъ на основаніи этого приговора примѣнилъ 1455 ст. Это рѣшеніе было опротестовано прокуроромъ, который между прочимъ указывалъ: «Уложеніе о наказаніяхъ различаетъ только два вида убійства: а) обдуманное съ цѣлью ограбленія и б) убійство безъ намѣренія завладѣть имуществомъ убитаго, подъ вліяніемъ запальчивости и раздраженія (4 п. 1453 и 1455 ст.). По смыслу Уложенія цѣль ограбленія обусловливаетъ заранѣе обдуманный умыселъ; но когда долженъ зародиться умыселъ, т. е. за долго-ли до совершенія преступленія, или нѣтъ — законъ не различаетъ и еслибы даже умыселъ совпадалъ съ моментомъ совершенія преступленія, но если цѣлью было ограбленіе убитаго, то уже этою цѣлью (?) убійство признается заранѣе обдуманнымъ. Уложеніе не разсматриваетъ убійства по внутреннему (внезапному?) побужденію съ цѣлью ограбленія, и внезапное побужденіе допускаетъ только подъ вліяніемъ запальчивости и раздраженія, но не по другимъ какимъ либо причинамъ». Это подтверждается по мнѣнію прокурора и рѣшеніемъ касс. деп. по дѣлу Иванова 1869 № 325, гдѣ, по его мнѣнію, Сенатъ разсматривалъ убійство съ цѣлью ограбленія, какъ предумышленное. Но эта ссылка не вѣрна, такъ какъ въ этомъ рѣшеніи Сенатъ нашелъ: «что признаки предумышленности изложены судомъ съ достаточною точно-

стью, такъ какъ въ вопросѣ прямо указано, что Ивановъ сперва склонялъ Трофимова на похищеніе и *совершеніе для этого убійства* Михайловой и затѣмъ уже пошелъ въ квартиру и участвовалъ въ умерщвленіи Михайловой». Кассаціонный департаментъ, разсматривая этотъ протестъ между прочимъ нашелъ: «что ст. 1455. несмотря на то что въ ней упоминается о запальчивости или раздраженіи, должна быть примѣняема ко всѣмъ виновнымъ въ совершеніи убійства умышленнаго, учиненнаго съ намѣреніемъ, не по внезапному побужденію, безъ предумышленія (за исключеніемъ убійства, означеннаго въ ст. 1450). Такой смыслъ 1455 ст. Улож. вытекаетъ а) изъ объясненія къ проекту Уложенія о наказаніяхъ, въ которомъ сказано: «что въ этой статьѣ говорится объ умышленномъ, но не предумышленномъ убійствѣ, т. е. совершенномъ безъ обдуманнаго заранѣе намѣренія», и б) изъ соображеній, по которымъ Правительствующій Сенатъ (рѣш. 1868 г. № 567, по дѣлу Руднева) призналъ, что при нанесеніи ранъ умышленно, хотя не въ запальчивости или раздраженіи, слѣдуетъ примѣнять 1483 статью, изложеніе которой соотвѣтствуетъ 1455 ст. Улож.; 3) ни въ Уложеніи о наказаніяхъ, ни въ рѣшеніи уголовнаго кассаціоннаго департамента 1869 г. № 325, на которое ссылается товарищъ прокурора, не заключается такихъ указаній, на основаніи которыхъ можно было бы признать, что убійство, совершенное для ограбленія, всегда должно считаться убійствомъ предумышленнымъ и всегда подлежитъ наказанію по 4 п. 1453 статьѣ. Напротивъ того Высочайше утвержденное, 31 марта 1848 г., мнѣніе Государственнаго Совѣта, которымъ даны судебнымъ мѣстамъ, для руководства, общія указанія къ разрѣшенію вопроса о преступленіяхъ предумышленныхъ и умышленныхъ— убѣждаетъ въ томъ, что закономъ допускается различіе между предумышленнымъ убійствомъ, совершеннымъ для ограбленія или вообще для завладѣнія собственностью убитаго, и убійствомъ умышленнымъ, содѣяннымъ съ тою же цѣлью, но безъ предумышленія. Въ означенномъ мнѣніи Государственнаго Совѣта сказано: при сужденіи дѣлъ уголовныхъ надлежитъ признавать преступленіями *предумышленными* такія только дѣянія, гдѣ признаки предумышленія, т. е. обдуманнаго заранѣе намѣренія, совершенно явны, а именно: когда есть доказательства, что преступленіе совершено не только съ намѣреніемъ, но съ намѣреніемъ, возникшимъ не по внезапному, такъ сказать, минутному и одновременному съ самымъ совершеніемъ зла побужденію, а въ слѣдствіе умысла, предшествовавшаго начатію исполненія и слѣдственно обдуманнаго преступникомъ: такъ напр., если кто либо пошелъ на дорогу съ тѣмъ именно намѣреніемъ, чтобы напасть на проходящаго или проѣзжающаго, лишить его жизни и отнять находящіеся у него деньги или вещи, и все сіе исполнилъ, то совершенный разбой и убійство суть предумышленные. Напротивъ, *когда убійца лишь случайно сошелся съ другимъ человѣкомъ и, замѣтивъ у него деньги, въ ту самую минуту напалъ на него и совершилъ убійство, то преступленіе есть умышленное, но учиненное безъ предумышленія.* Руководствуясь сими соображеніями, Правительствующій Сенатъ признаетъ, что присяжные засѣдатели, по содержанію 2-го и 3-го вопросовъ, противъ которыхъ прокуроръ не возражалъ, имѣли право дать на тотъ и другой вопросъ положительный или отрицательный отвѣтъ по своему усмотрѣнію, и что къ признанной присяжными виновности Иванова правильно примѣнена 1455 ст. Улож. о наказаніяхъ».

Б. Законъ требуетъ только, чтобы убійство имѣло цѣлью ограбленіе убитаго или вообще доставленіе себѣ матеріальной выгоды, слѣдовательно требуетъ такого условія, которое должно заключаться въ преступномъ планѣ, а не въ его выполненіи. На этомъ основаніи ст. 1453 должна быть примѣняема и тогда, когда виновный совершилъ убійство съ цѣлью ограбленія, а у убитаго ничего не оказалось, или когда преступникъ убилъ своего родственника въ надеждѣ получить отъ него наслѣдство, а затѣмъ оказалось, что у убитаго есть ближайшій наслѣдникъ, исключающій возможность наслѣдованія со стороны виновнаго. Законъ не ставитъ условіемъ, чтобы виновный воспользовался результатами сво-

его преступленія, а требуетъ только, чтобы онъ дѣйствовалъ съ извѣстною цѣлью и надеждами, иначе пришлось бы при всякомъ процессѣ этого рода заняться прежде всего разрѣшеніемъ гражданскаго вопроса о наслѣдствѣ, или не признать подходящими подъ постановленія этого рода тѣ случаи, гдѣ преступникъ, хотя и былъ дѣйствительнымъ наслѣдникомъ убитаго, но не успѣлъ воспользоваться результатами преступленія, такъ какъ его дѣйствія ранѣе были обнаружены судомъ.

В. Законъ не ставитъ условіемъ, чтобы имущество, ради пріобрѣтенія котораго было совершено преступленіе, принадлежало убитому на правахъ собственности, или чтобы оно находилось въ его временномъ пользованіи или владѣніи, онъ требуетъ только, чтобы убійство было сдѣлано для завладѣнія какими-либо вещами, таково напр. убійство слуги съ цѣлью ограбленія квартиры его хозяина [51]).

Г. Тамъ, гдѣ убійство совершено съ цѣлью ограбленія, Уложеніе видитъ не совокупность двухъ преступленій грабежа и убійства, а одно сложное преступленіе. Поэтому при обвиненіи въ покушеніи на подобное преступленіе судъ долженъ ставить одинъ, а не два вопроса: отдѣльно о покушеніи на кражу или грабежъ и о покушеніи на убійство [52]).

182. Но подобная наличность корыстнаго намѣренія при лишеніи кого-либо жизни, встрѣчается кромѣ ст. 1453 и въ другихъ статьяхъ Уложенія, а именно въ постановленіяхъ о разбоѣ

[51]) См. напр. касс. рѣш. 1868 № 426.

[52]) По дѣлу Злобина подсудимый обжаловалъ рѣшеніе окружнаго суда, между прочимъ, и на томъ основаніи, что судъ постановилъ одинъ вопросъ, а не два: о намѣреніи совершить кражу и о намѣреніи совершить убійство; кассаціонный департаментъ 1867 № 329 нашелъ, что подобное требованіе неправильно, какъ основанное на томъ предположеніи, что онъ былъ судимъ за два преступленія: кражу и убійство, такъ какъ онъ обвинялся въ одномъ преступленіи, а именно въ намѣреніи совершить убійство для ограбленія.

По ст. 1627 разбоемъ «признается всякое на кого-либо *для похищенія*, принадлежащаго ему или находящагося у него имущества нападеніе, когда оное учинено открытою силою съ оружіемъ или хотя и безъ оружія, но сопровождалось или убійствомъ или покушеніемъ на оное....»

Ст. 1634. «За разбой, соединенный съ смертоубійствомъ, хотя и безъ прямаго на оное намѣренія, или съ покушеніемъ на убійство, виновные наказываются на основаніи правила, опредѣленнаго въ ст. 1459, т. е. подлежатъ каторжной работѣ въ крѣпостяхъ отъ 8—12 лѣтъ.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ, также какъ и въ первомъ видѣ преступленія мною разсматриваемаго существуетъ корыстная цѣль, ради которой дѣйствуетъ виновный, а съ другой стороны существуетъ насильственное нападеніе на личность и смерть, какъ послѣдствіе этого насилія. Все различіе заключается только въ характерѣ намѣренія, направленнаго на лишеніе жизни, какъ это можно видѣть изъ самаго текста разбираемыхъ постановленій. Въ I отдѣлѣ 4-го пункта ст. 1453, законъ говоритъ о предумышленномъ лишеніи жизни, сдѣланнымъ съ цѣлью ограбленія, а въ ст. 1627 и 1634 въ нападеніи для ограбленія, сопровождавшемся смертью.

Такимъ образомъ разграниченіе этихъ преступленій можетъ быть сдѣлано на основаніи слѣдующихъ соображеній.

Преступникъ возъимѣлъ намѣреніе отнять имущество, принадлежащее другому лицу, это отнятіе произошло при помощи насилія окончившаго смертью жертвы, при чемъ по отношенію къ волѣ преступника эта смерть можетъ быть дѣяніемъ случайнымъ, неосторожнымъ или умышленнымъ.

Если смерть произошла хотя и при отнятіи имущества, но по причинамъ постороннимъ по отношенію къ дѣйствіямъ виновнаго, напр. хозяинъ вещи умеръ естественною смертью или былъ застрѣленъ въ этотъ моментъ какимъ-либо третьимъ лицемъ, или если эта смерть хотя и была послѣдствіемъ дѣйствій виновнаго, но онъ ее не только не предвидѣлъ, но и предвидѣть не могъ, то, какъ я старался доказать въ первой главѣ, (№№ 26, 29 *В*, 63) этотъ фактъ смерти по ст. 1470 и 93

Уложенія никакого вліянія на наказуемость виновнаго имѣть не можетъ и онъ отвѣчаетъ только за грабежъ или разбой, смотря по характеру употребленнаго имъ насилія.

Если смерть, сопровождавшая насильственное отнятіе имущества была не случайнымъ, а неосторожнымъ послѣдствіемъ этого дѣянія, то мы дѣйствительно имѣемъ одинъ изъ случаевъ указанныхъ въ ст. 1459 и 1634. При этомъ строго говоря, ее примѣненіе можетъ быть допущено только тамъ, гдѣ виновный не предвидѣлъ наступленія смерти, хотя и могъ предвидѣть, если же эти послѣдствія были имъ предвидѣны, но онъ не желалъ, а только допускалъ ихъ, если напр. въ то время какъ одинъ изъ подсудимыхъ грабилъ, другой зажалъ подушкою ротъ, чтобы ограбляемый не кричалъ, разумѣется предвидя возможность смерти, но не желая ее, однимъ словомъ, когда виновный дѣйствовалъ безъ прямаго на убійство умысла, то онъ долженъ отвѣчать по 1458 ст. (глава 1-я №№ 63, 65). Въ данномъ случаѣ, впрочемъ, это различіе практическаго значенія имѣть не можетъ, такъ какъ размѣры отвѣтственности одинаковы, какъ въ 1459, такъ и въ 1458 ст.; поэтому ст. 1634 охватываетъ собою всѣ виды лишенія жизни безъ прямаго на то умысла, когда этотъ фактъ сопровождалъ отнятіе имущества [53]).

Но если смерть была умышленна, то дѣйствіе ст. 1634 прекращается, виновный отвѣчаетъ за убійство, а именно:

если задумавъ *ограбить* (отнять насильно) кого-либо и съ этою цѣлью напавъ на него, виновный при самомъ нападеніи возъимѣлъ намѣреніе лишить жизни, ради выполненія своего плана или съ какою-либо иною цѣлью, то онъ отвѣчаетъ по ст. 1455 [54]), тѣмъ болѣе, что при иномъ толкованіи пришлось бы признать на основаніи комбинаціи 1634 и 1459, что виновный лишилъ жизни безъ прямаго на то намѣренія;

[53]) См. напр. касс. рѣш. 1869 № 555.

[54]) См. интересное дѣло объ убійствѣ Михайловой С. В. 1869 № 11, 12. P. k. G. 1869 № 325 и приведенное выше рѣшеніе к. д. 1869 № 1037.

если же самый планъ лишить жизни для ограбленія составленъ имъ заранѣе, то примѣняется ст. 1453.

Однимъ словомъ при разбоѣ, сопровождавшемся смертью, намѣреніе лишить жизни должно имѣть характеръ эвентуальный, не прямой, или даже самая смерть можетъ быть результатомъ не предвидѣннымъ, а при убійствѣ съ корыстною цѣлью—умыселъ долженъ быть направленъ прямо на лишеніе жизни.

Нѣкоторое отступленіе отъ этого представляетъ 2-я половина разбираемой мною ст. 1634, когда разбой былъ *соединенъ съ покушеніемъ на убійство*, такъ какъ здѣсь законъ не упоминаетъ, что лишеніе жизни, на которое покусился виновный, было имъ только допускаемо, но не желаемо прямо. Но и при этомъ мы должны имѣть въ виду, что если было сдѣлано покушеніе на убійство заранѣе обдуманное и съ корыстною цѣлью, то оно наказывается по комбинаціи статей 1453, 113, 114 и 115 Уложенія, и только насильственное отнятіе чужаго имущества или вообще нападеніе сдѣланное съ этою цѣлью и сопровождавшееся покушеніемъ на убійство съ прямымъ на послѣднее умысломъ, но не обдуманнымъ заранѣе, можетъ быть подведено подъ текстъ ст. 1634, хотя нельзя не замѣтить, что и въ этомъ случаѣ отвѣтственность должна бы была быть опредѣляема по общимъ правиламъ о совокупности, а вовсе не по ст. 1459, которая имѣетъ въ виду только лишеніе жизни безъ прямаго на то умысла.

183. Въ поясненіе и отчасти въ подтвержденіе этого моего толкованія, я приведу нѣсколько рѣшеній кассаціоннаго департамента и вообще новыхъ судебныхъ мѣстъ по вопросамъ сюда относящимся.

Въ 1867 году подсудимые Кузьминъ, Киселевъ и Рыбаковъ были преданы Московскою судебною палатою суду съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, по обвиненію въ покушеніи на убійство мѣщанки Фадѣевой, съ цѣлью завладѣть имуществомъ губернскаго секретаря Померанцева, въ преступленіи, *предусмотрѣнномъ 1453 ст.* Уложенія (а не 1634). Присяжные на вопросы о томъ, что «явились ли подсудимые въ квар-

тиру Померанцева, имѣя *заранѣе* обдуманное намѣреніе *убить* его кухарку и начали приводить это намѣреніе въ исполненіе», отвѣчали отрицательно. Затѣмъ на другіе вопросы о томъ, «что придя въ квартиру безъ намѣренія на убійство, они здѣсь вознамѣрились, *для того завладѣнія* убить Фадѣеву и начали приводить свое намѣреніе въ исполненіе", признали Киселева и Кузьмина виновными. Далѣе на 10 вопросъ: если изъ числа подсудимыхъ всѣ трое или двое кто либо виновны по какому либо *изъ вышеизложенныхъ противу Фадѣевой преступленій*, то было ли между ними предварительное соглашеніе? они также дали утвердительный отвѣтъ и наконецъ вообще признали Кузьмина зачинщикомъ, а третьяго подсудимаго Рыбакова сообщникомъ, учавствовавшимъ въ предварительномъ соглашеніи на преступленіе, но уклонившимся отъ содѣянія онаго. Окружный судъ на основаніи этого рѣшенія вывелъ, что подсудимые виновны въ *покушеніи на разбой, соединенный съ покушеніемъ на убійство по внезапному умыслу*, и что это *покушеніе на разбой* было учинено по предварительному соглашенію, а потому и примѣнилъ ст. 1627 и 1634 въ комбинаціи съ общими правилами о покушеніи. На это рѣшеніе былъ предъявленъ протестъ со стороны прокурора, находившаго, что къ дѣянію, въ которомъ признаны подсудимые виновными, хотя и *должна быть примѣнима* ст. 1634, но что они должны отвѣчать не за *покушеніе* на разбой, соединенное съ покушеніемъ на убійство, а *за разбой* соединенный съ таковымъ покушеніемъ». Кромѣ того была принесена жалоба защитникомъ, указывавшимъ на неопредѣлительность десятаго вопроса и на смѣшеніе въ немъ обстоятельствъ совершенно различныхъ, смѣшеніе, поведшее за собою явное противорѣчіе въ отвѣтахъ присяжныхъ.

Кассаціонный департаментъ (1868 № 426), разсматривая эту жалобу, нашелъ между прочимъ, что самымъ существеннымъ изъ приводимыхъ въ жалобѣ защитника подсудимаго поводовъ, представляется указаніе на неправильность постановки судомъ вопросовъ. Изъ дѣла видно, что первые три вопроса были поставлены на основаніи ст. 114 и 1453, по

которымъ всѣ подсудимые обвинялись въ покушеніи на убійство съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ, съ цѣлью грабежа; присяжные на это отвѣчали отрицательно, затѣмъ на случай отрицательнаго отвѣта были поставлены вопросы о томъ, не явилось ли у подсудимыхъ намѣреніе убить по прибытіи уже въ квартиру Померанцева для завладѣнія его имуществомъ, т. е. не совершили ли они покушеніе на убійство непредумышленное, на что присяжные отвѣчали утвердительно, такъ же какъ и на вопросъ о предварительномъ соглашеніи между ними на одно изъ преступленій, направленныхъ противу Фадѣевой. Сопоставляя отвѣтъ присяжныхъ на 4 и 5 вопросы оказывается, что подсудимые покусились на убійство Фадѣевой для завладѣнія имуществомъ Померанцева по внезапному побужденію, т. е. безъ предумышленія, а по отвѣту на 10-й вопросъ, тѣ же подсудимые признаются виновными въ покушеніи на убійство по предварительному соглашенію, *слѣдовательно* предумышленно, и такимъ образомъ, въ рѣшеніи присяжныхъ представляется явное противорѣчіе. Хотя судъ въ своемъ донесеніи и объясняетъ, что 10-й вопросъ долженъ относиться не къ убійству собственно, а къ такому завладѣнію имуществомъ, которое, какъ видно изъ обвинительнаго акта, судебнаго слѣдствія и заключительныхъ преній, подсудимые рѣшились исполнить съ готовностью на всякое насиліе, не исключая и убійства. Но такое объясненіе суда не только не можетъ быть провѣрено сенатомъ, такъ какъ оно не вытекаетъ изъ отвѣтовъ присяжныхъ, но даже прямо противорѣчитъ буквальному смыслу 10-го вопроса, по которому видно, что вопросъ этотъ относится исключительно къ преступленію противъ личности Фадѣевой, т. е. къ покушенію на ея жизнь. При такомъ явномъ противорѣчіи нельзя рѣшить къ какому преступленію должно быть отнесено дѣяніе подсудимыхъ: къ предумышленному ли убійству (къ покушенію на таковое?) съ цѣлью грабежа, или же къ открытому нападенію для завладѣнія имуществомъ, соединенному съ покушеніемъ на убійство.

Изъ этого рѣшенія можно, по моему мнѣнію, вывести по отношенію къ разсматриваемому вопросу слѣдующія положенія:

Покушеніе на предумышленное убійство съ цѣлью ограбленія наказывается по ст. 1453, а не по 1634 ст.; [55]).

Для примѣненія ст. 1453 необходима предумышленность именно по отношенію къ намѣренію лишить жизни и это намѣреніе должно быть констатировано присяжными;

Такъ какъ при соучастіи нѣсколькихъ лицъ предварительное соглашеніе между ними означаетъ предумышленность въ дѣйствіяхъ согласившихся, то для примѣненія ст. 1453 необходимо означать въ вопросахъ, что преступники согласились именно на совершеніе убійства съ цѣлью ограбленія, а не на разбой.

Насильственное отнятіе чужой собственности, соединенное съ покушеніемъ на убійство хотя бы и съ прямымъ на то умысломъ, но не обдуманнымъ заранѣе подходитъ подъ ст. 1634 [56]).

При этомъ, разумѣется, обвиненіе въ предумышленномъ убійствѣ для ограбленія и въ разбоѣ, сопровождавшемся смертью, а потому и вопросы, имъ соотвѣтствующіе могутъ быть поставлены эвентуально [57]), и такъ какъ обвиненіе въ убійствѣ является несравненно болѣе тяжкимъ, чѣмъ обвиненіе въ разбоѣ, то при отсутствіи ясныхъ доказательствъ на первое необходимо предположить, что подсудимый дѣйствовалъ только въ намѣреніи ограбить и при выполненіи этого намѣренія посягнулъ на жизнь ограбленнаго.

184. Такимъ образомъ, я опять повторяю, что единственнымъ признакомъ, отдѣляющимъ разбой отъ убійства для грабежа, является характеръ намѣренія; въ первомъ случаѣ виновный дѣйствуетъ съ намѣреніемъ ограбить, но при выполненіи этого плана совершаетъ убійство, безъ прямаго на

[55]) См. напр. интересное дѣло Акима Иванова. С. В. 1867 № 25, 26

[56]) См. напр. рѣшеніе Новгородскаго окружнаго суда по дѣлу Иванова, касс. 1867 № 353.

[57]) Такова напр. была система, принятая судомъ по многоизвѣстному московскому дѣлу объ убійствѣ подрядчика Самойлова С. В. 1867 года №№ 178, 179, 180.

то умысла, а во второмъ, виновный имѣетъ въ виду именно лишеніе жизни, совершаемое ради цѣли корыстной. По общему правилу это послѣднее дѣяніе является и должно являться всегда болѣе тяжкимъ, но нельзя не прибавить, что въ силу чрезмѣрнаго стремленія къ казуистичности нашего Уложенія являются случаи обратные, гдѣ для преступника выгодно доказать, что онъ дѣйствовалъ съ заранѣе обдуманнымъ намѣреніемъ лишить жизни.

Положимъ, что нѣсколько человѣкъ или одно лицо задумавъ убить сторожа, находящагося при церкви, для отнятія его имущества, встрѣтили его въ самой церкви и выполнили задуманное. Виновные подлежатъ по ст. 1453 каторжной работѣ отъ 15 до 20 лѣтъ.

Но измѣнимъ нѣсколько условіе: подсудимые задумали отнять имущество, принадлежащее церковному сторожу и *находящееся въ церкви*, но при выполненіи задуманнаго они встрѣтили сопротивленіе отъ сторожа и убили его. Они подлежатъ по ст. 1628 каторжной работѣ въ рудникахъ безъ срока.

Или возьмемъ другіе примѣры.

Преступникъ, наказанный за разбой, совершаетъ предумышленное убійство съ цѣлью ограбленія—онъ подлежитъ по 1453 и 132 ст. каторгѣ отъ 15—20 лѣтъ въ высшей мѣрѣ.

Преступникъ, наказанный за разбой, совершаетъ вновь разбой, соединенный съ смертоубійствомъ, хотя и безъ прямаго на послѣднее умысла, онъ подлежитъ по ст. 1635 каторгѣ безъ срока.

Подобные выводы при этомъ совершенно неизбѣжны, такъ какъ основный признакъ, отдѣляющій убійство съ цѣлью ограбленія отъ разбоя, соединеннаго съ смертоубійствомъ раздѣляетъ первое и отъ всѣхъ другихъ болѣе тяжкихъ видовъ разбоя.

II. Убійство, совершенное въ видахъ другаго преступленія.

185. Хотя въ 1453 статьѣ Уложенія и не упоминается о подобныхъ случаяхъ убійства, а они напротивъ того раз-

бросаны по различнымъ другимъ отдѣламъ Уложенія, но по своему составу, по характеру тѣхъ обстоятельствъ, въ силу которыхъ наказаніе здѣсь усиливается, оно вполнѣ сходно съ дѣйствіями, только что разсмотрѣнными мною.

Поэтому въ большинствѣ западныхъ кодексовъ они соединяются въ одну общую группу.

Всего подробнѣе разработаны эти случаи во французскомъ правѣ, которое содержитъ слѣдующія положенія:

1) Meurtre или убійство, совершенное безъ обдуманнаго заранѣе намѣренія, влечетъ за собою смертную казнь: когда оно предшествовало, сопровождало или послѣдовало за совершеніемъ какого либо *преступленія* (crime), такъ что здѣсь законъ совсе не требуетъ какой либо внутренней органической связи между убійствомъ и другимъ преступленіемъ, а требуетъ только фактическаго ихъ стеченія и отрицаетъ такимъ образомъ, принятое въ code pénal правило о совокупности преступленій, по которому наказаніе, назначаемое за большое преступленіе, поглащаетъ собою наказаніе, назначаемое за меньшее [58]).

2) Смертная казнь назначается также и въ томъ случаѣ, когда убійство, хотя и не предумышленное, имѣло цѣлью облегчить, приготовить или выполнить какой либо проступокъ (délit).

3) Когда убійство было сдѣлано съ цѣлью дать возможность къ побѣгу или вообще обезпечить безнаказанность виновниковъ или соучастниковъ подобнаго проступка (délit).

Въ послѣднихъ двухъ случаяхъ для наличности преступленія требуется уже внутренняя связь, причинное отношеніе, такъ что убійство должно быть сдѣлано для другаго преступленія,

[58]) Для примѣненія этихъ постановленій требуется только совпаданіе во времени, но для этого не достаточно признаніе присяжными, что эти дѣянія совершены въ одинъ день, а необходимо указать, что они слѣдовали непосредственно другъ за другомъ. Cass. 9. 1818, 20 м. 1835, 20 ап. 1854. См. вообще оцѣнку этихъ постановленій и возраженія противъ нихъ у Эли, в. с., т. III № 1158., также Бланшъ в. с., т. IV, № 526.

но все—таки и въ этомъ случаѣ усиленіе наказанія, а въ особенности въ такихъ размѣрахъ, въ которыхъ допускаетъ это французскій кодексъ не находитъ себѣ оправданія. Справедливо указываетъ. Эли, что если пойманный браконьеръ, подъ вліяніемъ страха и съ цѣлью избѣжать наказанія, убьетъ полѣсовщика, то онъ подлежитъ смертной казни, а если онъ видитъ въ немъ своего врага и ради отмщенія убиваетъ его (meurtre), то пожизненная каторга, хотя основанія для подобнаго различія не существуетъ.

Подобныя же постановленія перешли и въ нѣкоторые новые нѣмецкіе кодексы, такъ напр. прусское уложеніе § 178, назначаетъ смертную казнь, когда убійство учинено хотя и безъ обдуманнаго заранѣе намѣренія, но при совершеніи другаго преступленія или проступка, или съ цѣлью устранить препятствія къ выполненію какого либо противозаконнаго дѣйствія или съ цѣлью избѣжать задержанія на мѣстѣ преступленія [59]).

Также и новый сѣверо-германскій кодексъ 1870, § 214, оставивъ диспозитивную часть прусскаго права, измѣнилъ только санкцію, назначивъ Zuchthaus пожизненно или на срокъ не менѣе 10 лѣтъ.

186. Въ нашемъ Уложеніи, какъ я уже замѣтилъ нѣкоторые виды вошли въ 1453 ст,. какъ напр. убійство для ограбленія, другіе же разбросаны въ другихъ отдѣлахъ.

Сюда относятся:

1. Убійство, сдѣланное съ цѣлью произвести возстаніе противъ установленныхъ правительствомъ властей, дабы воспрепятствовать дѣйствію власти, или принудить ее къ какому либо дѣйствію. Въ подобныхъ случаяхъ когда зачинщики или участники возстанія, учинятъ для достиженія своей цѣли,

[59]) См. возраженія противъ этихъ постановленій у Миттермайера, das Verbrechen des Todtschlags in Zusammentreffen mit anderen Verbrechen und Vergehen. G. A. III, 175. Также Oppenhof, в. с. § 178 пр. 1, 3. 4, 7.

сами или же по ихъ возбужденію и распоряженію будетъ учинено убійство, то они подвергаются:

лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ каторжныя работы въ рудникахъ безъ срока. (Ст. 268 въ комбинаціи съ предшествующими).

При этомъ:

А. Хотя терминъ участники употребляется въ Уложеніи только при соучастіи безъ предварительнаго уговора, но въ данномъ случаѣ, какъ видно изъ самаго существа этихъ постановленій, такъ и сообразно съ толкованіемъ кассаціоннаго департамента по дѣлу Маурина, 1868 г. № 145, относится къ соучастію по предварительному соглашенію. При этомъ подъ общимъ именемъ участниковъ должны быть понимаемы какъ подстрекатели, зачинщики такъ и сообщники; но разумѣется съ примѣненіемъ общихъ правилъ, указанныхъ въ ст. 119 Уложенія. Эти общія правила также примѣняются и къ пособникамъ и къ лицамъ прикосновеннымъ къ преступленію.

Б. Такъ какъ законъ говоритъ, что убійство должно быть совершено ради возстанія, то отсюда вытекаетъ, что оно можетъ быть только умышленное, если же лишеніе жизни было совершено по неосторожности, или вообще не съ прямымъ на то умысломъ, то примѣняется ст. 1459 или 1458. Это ясно доказывается и текстомъ ст. 1459, гдѣ прямо говорится: «если при содѣяніи какого либо, соединеннаго съ насильственными дѣйствіями преступленія, каковы суть возстаніе противъ установленныхъ властей или сопротивленіе онымъ будетъ учинено смертоубійство» [60]).

В. Самый умыселъ на убійство можетъ или сложится внезапно или быть обдуманъ заранѣе. Законъ не придаетъ здѣсь никакого значенія этимъ оттѣнкамъ воли.

Г. Это убійство должно быть сдѣлано ради возстанія, слѣдовательно, всякое убійство, учиненное при возстаніи, однимъ изъ совиновниковъ, но съ какою либо иною цѣлью, не можетъ быть подведено подъ ст. 268.

---

[60]) См. также главу 1 № 63.

Д. Какъ спеціальные виды убійства при возстаніи или при сопротивленіи властямъ и притомъ ради произведенія этого возстанія, къ которымъ примѣняются всѣ выше указанныя общія правила, являются:

Ст. 633, часть 3-я, когда виновные въ противозаконномъ провозѣ соли будутъ сопротивляться силою поимщикамъ и ради этого сопротивленія убьютъ кого либо.

Ст. 688, часть 2-я, когда подобное убійство будетъ совершено при противозаконномъ провозѣ питей или корчемствѣ.

Ст. 756, часть 2–я, когда убійство было совершено при тайномъ провозѣ товаровъ или при контрабандѣ.

Ст. 824, часть 3–я, когда смертоубійство учинено при сопротивленіи лѣсной стражѣ.

2) Другую категорію преступленій этого рода составляетъ убійство, совершенное съ цѣлью самоосвобожденія.

Такъ ст. 309 и 311 постановляетъ что, если заключенные или пересыльные арестанты совершатъ побѣгъ и для достиженія своей преступной цѣли учинятъ смертоубійство, то они подвергаются лишенію всѣхъ правъ состоянія и каторжной работѣ въ рудникахъ безъ срока.

При этомъ въ первой, руководящей части ст. 309, Уложеніе требуетъ, какъ необходимаго основанія для ея примѣненія, соучастія нѣсколькихъ лицъ, дѣйствующихъ по общему согласію и совокупными силами. Это требованіе, какъ я думаю, должно быть примѣняемо и къ случаю мною разсматриваемому; такъ что если убійство учинено однимъ какимъ либо лицемъ для его освобожденія изъ тюрьмы, то виновный отвѣчаетъ какъ за обыкновенное убійство. Подтвержденіе этого, кромѣ буквальнаго смысла ст. 309, можно вывести изъ сопостановленія ст. 312 и 309, на основаніи которыхъ если нѣсколько лицъ, дѣйствуя общими силами, употребили насиліе, то онѣ подлежатъ каторгѣ отъ 12—15 лѣтъ, а если подобный побѣгъ съ насиліемъ стражѣ учиненъ однимъ лицемъ, то виновный подлежитъ ссылкѣ на житье или арестантскимъ ротамъ по 5 ст. 31 статьи. Причину подобнаго различія нужно, какъ мнѣ кажется, видѣть въ томъ, что при

дѣйствіи совокупными силами законъ видитъ возстаніе противъ властей, съ которымъ и сравниваетъ по наказуемости [61]).

3) Далѣе третью категорію преступленій этого рода составятъ случаи убійства, совершеннаго съ цѣлью освобожденія и увода арестантовъ или изъ тюрьмы (ст. 308), или во время ихъ пересылки (ст. 310). Виновные и въ этомъ случаѣ подлежатъ лишенію всѣхъ правъ состоянія и каторгѣ безъ срока, но съ тѣмъ отличіемъ, что это наказаніе назначается и тогда, когда подобное преступленіе будетъ совершено однимъ преступникомъ безъ соучастниковъ. При чемъ въ случаяхъ какъ второй, такъ и третьей категоріи каторга безъ срока назначается одинаково при убійствѣ предумышленномъ и совершенномъ по внезапному умыслу.

III. Убійство изъ фанатизма.

Наконецъ къ этой же категоріи можетъ быть отнесенъ случай, указанный въ ст. 203, такъ какъ его выдѣленіе изъ общаго родоваго понятія основывается только на мотивахъ или цѣли, съ которою дѣйствовалъ виновный. Законъ говоритъ именно:

«Тѣ изъ раскольниковъ, которые принадлежатъ къ ересямъ, соединеннымъ съ свирѣпымъ изувѣрствомъ и фанатическимъ посягательствомъ на жизнь свою или другихъ, когда по побужденіямъ сего фанатизма ими учинено смертоубійство или покушеніе на убійство, подвергаются:

наказаніямъ, опредѣленнымъ за убійство съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ въ ст. 1454 сего Уложенія или за покушеніе на оное на основаніи правилъ, постановленныхъ въ ст. 114 и 115.

Хотя все усиленіе въ данномъ случаѣ заключается въ томъ,

[61]) По воинскому Уставу о наказаніяхъ ст. 141 виновные въ нанесеніи поимщикамъ смерти подвергаются наказанію за сіе преступленіе положенному (въ воинскомъ Уставѣ), но съ возвышеніемъ онаго одною или двумя степенями.

что законъ не различаетъ предумышленности отъ умысла внезапнаго.

§ 4. Повтореніе убійства.

187. Ст. 1450. Уложенія постановляетъ:

«Кто, бывъ уже однажды наказанъ за учиненное съ обдуманнымъ намѣреніемъ или умысломъ убійство, будетъ снова изобличенъ также въ смертоубійствѣ предумышленномъ, тотъ за сіе подвергается:

лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ каторжную работу въ рудникахъ безъ срока.

При этомъ въ объясненіяхъ на эту статью составителей проекта было сказано слѣдующее:

«Сверхъ сего въ каждомъ изъ видовъ убійства мы старались означить разныя болѣе или менѣе важныя степени соединенной съ онымъ вины. Однимъ изъ самыхъ высшихъ степеней въ убійствѣ съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ есть совершеніе онаго такимъ лицемъ, которое было уже однажды наказано за преступленія сего рода, что призналъ и Государственный совѣтъ въ положеніи своемъ отъ 12 іюня 1840 года. Въ ономъ положеніи постановлено, что каторжникъ, учинившій убійство долженъ быть наказанъ 55 ударами кнута, прикованіемъ къ стѣнѣ въ продолженіи 5 лѣтъ и потомъ закованъ въ желѣзы на всю жизнь. Можетъ быть, что и сія мѣра строгости еще слаба въ сравненіи съ важностью вины, и мы полагали сначала за вторичное предумышленное убійство опредѣлить казнь смертную, но какъ подобное предположеніе было отвергнуто Государственнымъ совѣтомъ въ 1840 году, то здѣсь мы ограничиваемся вмѣсто того постановленіемъ, что за сіе преступленіе виновные подвергаются каторжной работѣ въ рудникахъ безъ срока».

Относительно примѣненія этихъ постановленій я считаю необходимыхъ замѣтить слѣдующее:

А. Пространство дѣйствія ст. 1450 въ дѣйствительности весьма необширно и самое ее существованіе вызываетъ нѣкоторыя недоразумѣнія. Она требуетъ, чтобы лице было уже

однажды наказано за предумышленное убійство, но это преступленіе влечетъ уже лишеніе правъ состоянія, а между тѣмъ по ст. 1450 это лишеніе поставлено однимъ изъ элементовъ наказанія? но это недоразумѣніе разрѣшается весьма легко. Ст. 1450 имѣетъ въ виду тѣ случаи, гдѣ виновный не только былъ наказанъ за первое преступленіе, но и отбылъ это наказаніе, т. е. не только перешелъ изъ разряда ссыльно-каторжныхъ въ разрядъ ссыльно-поселенцевъ, но изъ послѣдняго *уже перечислился* въ государственные крестьяне и тогда уже совершилъ вновь предумышленное убійство, или же когда лице приговоренное къ наказанію было помиловано, а затѣмъ вновь совершило убійство, такъ какъ помилованіе по ст. 131 Уложенія приравнивается отбытію наказанія по отношенію къ признанію новаго преступленія повтореніемъ [62]).

Б. Но при этомъ необходимымъ условіемъ примѣненія ст. 1450 является полное тождество дѣяній, и наличность въ каждомъ изъ нихъ положительно констатированнаго въ судебномъ приговорѣ элемента предумышленности. Но за то для ея примѣненія безразлично, заключилось ли въ первомъ или во вновь совершенномъ преступленіи какія либо квалифицирующія обстоятельства или нѣтъ. Напр. первое убійство было совершено отравленіемъ, съ цѣлью ограбленія и т. п. а второе безъ этихъ условій, или наоборотъ.

Если же въ прежнемъ или во вновь совершенномъ убійствѣ нѣтъ элемента предумышленности, то фактъ повторенія, согласно 131 ст. Уложенія, вліяетъ только на назначеніе высшей мѣры наказанія, за то преступленіе положенное [63]).

188. По общему правилу, котораго держится наше Уложеніе въ ученіи о повтореніи, для примѣненія его постановле-

[62]) Относительно условій примѣненія ст. 131 см. мое изслѣдованіе о повтореніи преступленій 1866 стр. 284

[63]) При этомъ примѣнимы могутъ быть и постановленія ст. 107 Уложенія, по которой учинившій преступленіе хотя и безъ обдуманнаго намѣренія, но въ третій разъ наказывается, какъ за преступленіе предумышленное. (См. мое изслѣдованіе о повтореніи, стр. 290).

ній необходимо, чтобы наказаніе за первое было не только назначено судомъ, или отбываемо, но именно *отбыто*. Если окажется, что обвиняемый въ убійствѣ совершилъ прежде другое убійство до обнаруженія перваго, или въ самое время производства суда и слѣдствія до момента вступленія приговора въ окончательную силу, то онъ можетъ быть наказанъ только по правиламъ о совокупности преступленій, т. е. сообразно 152 ст. Уложенія. Если же новое убійство было совершено послѣ вступленія приговора въ окончательную силу, когда преступникъ былъ уже или ссыльно-поселенцемъ, или ссыльно-каторжнымъ, то примѣняются постановленія устава о ссыльныхъ (т. XIV) ст. 797 и слѣд.

Эти постановленія примѣняются общегражданскими судами имперіи и заключаютъ въ себѣ одну только санкцію уголовную безъ диспозитивной части, т. е. при опредѣленіи состава преступленія, мѣры и степени вины судъ руководствуется Уложеніемъ и уже, опредѣляя наказаніе по Уложенію, замѣняетъ его сообразно съ указаніями устава о ссыльныхъ. Эти наказанія устава составляютъ еще печальные остатки прошлаго, идущія въ разрѣзъ со всѣми реформаціонными мѣрами нынѣшняго царствованія. Отмѣна тѣлесныхъ наказаній, въ корень измѣнившая всю нашу карательную систему, еще не коснулась устава о ссыльныхъ и они являются тамъ въ поражающихъ размѣрахъ, оскорбляющихъ чувство гуманности и справедливости; въ доказательство можно указать напр., на то, что взамѣнъ каторги безъ срока, каторжные перваго разряда безсрочные подлежатъ наказанію шпицрутенами отъ 5000—6000 ударовъ, прикованію къ тележкѣ на время отъ 1 года до 3-хъ и содержанію въ отрядѣ испытуемыхъ безъ срока.

При этомъ, на основаніи 798 ст., дѣйствіямъ этихъ постановленій подлежатъ только ссыльно-каторжные, осужденные въ рудники и на заводы и ссыльно-поселенцы, а ссыльно-каторжные крѣпостные подлежали суду и наказанію по военнымъ законамъ. Хотя эта 798 статья осталась безъ перемѣны и по продолженію 1868 г., но, несмотря на то, вопросъ о под-

судности каторжныхъ этого рода, а вмѣстѣ съ тѣмъ и о наказуемости ихъ, совершенно измѣнился. Въ военно-судебномъ уставѣ, при перечисленіи дѣлъ подсудныхъ суду военному, вовсе не упомянуто о каторжныхъ крѣпостныхъ; а такъ какъ этотъ уставъ, какъ законъ спеціальный, не можетъ имѣть распространительнаго толкованія, а случаи, въ которыхъ лица гражданскаго вѣдомства предаются военному суду, всѣ перечислены въ ст. 226 и 1246 у. у. с., то и здѣсь необходимо принять то же толкованіе, какое было принято общимъ собраніемъ кассаціонныхъ и перваго департаментовъ сената по вопросу совершенно аналогичному о подсудности находящихся въ арестантскихъ ротахъ арестантовъ перваго разряда не военнымъ, а гражданскимъ судамъ [64]).

Такимъ образомъ, несмотря на существованіе ст. 798 устава о ссыльныхъ, каторжники крѣпостные не подлежатъ военному суду и военному уставу о наказаніяхъ. Но на основаніи тѣхъ же соображеній они не могутъ отвѣчать и по уставу о ссыльныхъ, такъ какъ и этотъ уставъ есть законъ исключительный и имѣетъ силу только въ предѣлахъ спеціально очерченныхъ въ законѣ. Поэтому каторжные крѣпостные, въ случаѣ совершенія убійства, отвѣчаютъ по Уложенію, какъ и лица не наказанныя и даже, такъ какъ они только еще отбываютъ наказаніе, а не отбыли его, къ нимъ не могутъ быть примѣнены общія постановленія о повтореніи.

До какой степени не послѣдовательнымъ при этомъ оказывается нашъ сводъ, можно видѣть изъ того, что такимъ образомъ лица, приговоренные къ меньшему наказанію, къ каторгѣ на заводахъ, оказались въ несравненно худшемъ положеніи, чѣмъ преступники болѣе тяжкіе, крѣпостные каторжные (которые между прочимъ поэтому же не могутъ подлежать и тѣлесному наказанію), и эта неравномѣрность зависитъ именно отъ такого обстоятельства (мѣсто отбытія каторжныхъ работъ), которому наше Уложеніе особеннаго значенія не придаетъ, до-

[64]) См. кассаціонныя рѣшенія 1868 года, № 466, по дѣлу Кожевникова; № 552, по дѣлу Егорова. См. также аналогичное дѣло о каторжномъ Недбаѣ. Р. Общ. Собр. К. Д. 1869. № 5.

пуская нерѣдко замѣну одного мѣста отбытія работъ другимъ.

189. Я перечислилъ такимъ образомъ всѣ многоразличныя обстоятельства, встрѣчающіяся при убійствѣ и усиливающія уголовную отвѣтственность. Мнѣ остается разсмотрѣть тѣ случаи, гдѣ въ одномъ какомъ либо дѣяніи встрѣчается нѣсколько подобныхъ обстоятельствъ; когда напр. отцеубійство совершено посредствомъ отравленія, убійство какого либо родственника сдѣлано съ корыстною цѣлью и выполнено при помощи поджога строенія и т. п.

Опредѣлять наказанія въ подобныхъ случаяхъ, сообразно съ каждымъ изъ этихъ обстоятельствъ было бы и жестоко и нарушало бы буквальный текстъ закона. Если отравленіе влечетъ каторгу отъ 15 до 20 и тоже наказаніе назначается за убійство съ корыстною цѣлью, то совмѣстное существованіе въ данномъ дѣяніи обоихъ этихъ признаковъ не даетъ права назначить за него безсрочною каторгу, такъ какъ таковая не назначается не за одно изъ этихъ преступленій порознь.

Такимъ образомъ приходится признать здѣсь иное начало, построенное на извѣстномъ принципѣ системы поглощенія: poena major absorbet minorem. Такъ что какъ скоро конкурируютъ два обстоятельства разной важности, то наказаніе должно быть назначено по важнѣйшему изъ нихъ, а если значеніе ихъ одинаково, то по тому или другому изъ нихъ, безразлично. Въ этихъ случаяхъ существованіе другихъ квалифицирующихъ обстоятельствъ, если и можетъ имѣть вліяніе на усиленіе наказанія, то только по усмотрѣнію судьи, и въ предѣлахъ указанной въ законахъ мѣры.

Этотъ вопросъ былъ подробно разобранъ Государственнымъ Совѣтомъ по дѣлу Сивцевыхъ [65]), хотя и спеціально по отношенію къ воровству, но очевидно, что система, имъ

[65]) Утверждено 7 дек. 1849 г. Сборникъ мнѣній Государственнаго Совѣта, ст. 52—62.

принятая, должна имѣть полное примѣненіе и къ другимъ преступленіямъ.

Государственный Совѣтъ, встрѣтивъ въ данномъ дѣлѣ наличность нѣсколькихъ обстоятельствъ, квалифицирующихъ кражу, и вообще находя, что примѣненіе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ цѣлой сѣти разнообразныхъ обстоятельствъ, вліяющихъ на мѣру наказанія, которыми въ особенности изобилуетъ наше Уложеніе при преступленіяхъ противъ собственности, страшно затрудняетъ практику, обратимся для точнаго разъясненія этого вопроса къ главноуправляющему вторымъ отдѣленіемъ.

Въ отвѣтъ на это справедливое указаніе графъ Блудовъ, съ постоянно проявляемою имъ любовью къ своему произведенію, нашелъ, «что это затрудненіе происходитъ не отъ неясности или неточности самихъ узаконеній, которыя весьма точны, положительны и даже весьма просты, а отъ того единственно, что въ семъ случаѣ и во многихъ подобныхъ необходимо сдѣлать общій выводъ изъ постановленій двухъ, трехъ или болѣе статей закона, и что сіе можетъ ввести судью въ нѣкоторое сомнѣніе. Трудности сего рода неразлучны съ свойствомъ всѣхъ систематическихъ кодексовъ и въ особенности столь обширныхъ и въ развитіи своемъ столь подробныхъ, какъ наше Уложеніе, но онѣ сами собой устранятся при дальнѣйшемъ примѣненіи постановленій онаго къ разнообразнымъ дѣламъ и обстоятельствамъ, когда суды наши подъ наблюденіями и руководствомъ высшихъ мѣстъ и властей, пріобрѣтутъ болѣе навыка къ нужнымъ для того соображеніямъ.

Спеціально же по данному вопросу онъ находилъ, что «въ случаѣ сей, такъ сказать, совокупности обстоятельствъ, увеличивающихъ вину преступника, *надлежитъ* по самой простой, раціональной аналогіи, слѣдовать принятому у насъ и во всѣхъ лучшихъ законодательствахъ правилу, постановленному въ 152 ст. Уложенія, на случай совокупности самыхъ преступленій, и *подвергать преступника высшему изъ наказаній* или высшей степени наказанія, которыя опредѣляются

по важнѣйшему изъ увеличивающихъ вину его обстоятельствъ, ибо въ семъ наказаніи или въ сей степени наказанія уже заключаются всѣ прочія, къ коимъ слѣдовало бы приговорить его по другимъ менѣе важнымъ обстоятельствамъ, также сопровождавшимъ совершеніе имъ преступленія или проступка... сей порядокъ есть ничто иное, какъ примѣненіе естественное и вѣрное общаго юридическаго правила: «poena major absorbet minorem», правила, принятаго равно и всѣми лучшими законовѣдцами и во всѣхъ болѣе или менѣе извѣстныхъ кодексахъ, и что еще важнѣе, ясно, положительно постановленнаго въ нашихъ законахъ».

«Можетъ еще случиться, что при совершеніи преступленія или проступка будетъ совокупность, или стеченіе такихъ обстоятельствъ, увеличивающихъ вину, изъ коихъ за каждое положено или тожъ самое наказаніе, или тожъ въ равной степени возвышеніе онаго, тогда, соображаясь съ другими общими правилами объ опредѣленіи наказанія и о предоставленной при семъ власти и обязанностяхъ суда, который ни въ какомъ случаѣ не можетъ выходить изъ предѣловъ наказанія, означенныхъ въ законахъ, надлежитъ виновнаго приговаривать *къ тому наказанію и къ той степени наказанія, которые слѣдуютъ за его преступленіе съ увеличивающимъ оное обстоятельствомъ, но возвышая мѣру сего наказанія, когда сіе признано будетъ справедливымъ, полагая даже и самую высшую въ той степени* (maximum)».

Если мы попробуемъ резюмировать эти разъясненія графа Блудова, принятыя и Государственнымъ Совѣтомъ, то мы встрѣтимся здѣсь съ слѣдующими недоразумѣніями:

1) Въ основу этого толкованія, какъ говорится въ мнѣніи, положено начало поглощенія (absorptio), но по этому началу наказаніе опредѣляется только за *одно* главное преступленіе и не можетъ быть и рѣчи объ усиленіи наказанія или назначеніи его въ высшей мѣрѣ, по поводу другихъ дѣяній, совершенныхъ виновнымъ.

2) Это толкованіе, какъ говоритъ мнѣніе, основано на 152 ст. Уложенія, но тамъ при конкуренціи преступленій

разной важности принято *вполнѣ* начало поглощенія, при конкуренціи дѣянія одинаковой важности система смѣшанная: назначеніе главнаго наказанія *всегда* въ высшей мѣрѣ, а здѣсь *наоборотъ*, при конкуренціи обстоятельствъ разной важности—всегда высшее наказаніе въ высшей онаго мѣрѣ, а при стеченіи равныхъ обстоятельствъ—предоставленіе этого возвышенія на усмотрѣніе судьи,—факультативное право.

Спеціально при убійствѣ это толкованіе не представляетъ особенныхъ практическихъ затрудненій, такъ какъ здѣсь могутъ конкурировать или равныя наказанія, каторга отъ 15—20 лѣтъ, гдѣ усиленіе будетъ факультативно, или же неравныя, каторга безъ срока и каторга отъ 15—20, гдѣ обязательность усиленія наказанія не имѣетъ значенія по характеру высшаго изъ конкурирующихъ наказаній (безсрочность), но при другихъ преступленіяхъ оно создаетъ огромныя трудности.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

О дѣтоубійствѣ и скрытіи трупа мертворожденнаго младенца.

§ 1. О дѣтоубійствѣ.

190. Въ силу власти, принадлежащей главѣ семейства надъ его членами, самое посягательство на жизнь дѣтей со стороны отца не считалось въ древнѣйшемъ правѣ почти всѣхъ народовъ преступленіемъ.

191. Подъ вліяніемъ христіанства убійство дѣтей дѣлается квалифицированнымъ видомъ лишенія жизни.

192. Подъ тѣмъ же вліяніемъ выдѣляется изъ дѣтоубійства, какъ особый его видъ, убійство незаконнорожденнаго ребенка его матерью и считается въ началѣ преступленіемъ квалифицированнымъ, а потомъ привилегированнымъ.

193. Постановленія французскаго кодекса о дѣтоубійствѣ, выставляющаго на первый планъ особенное положеніе новорожденнаго младенца, дающее возможность уничтожить убійствомъ самые слѣды его существованія, совершенно несостоятельно.

194. Нѣмецкія законодательства по отношенію къ дѣтоубійству распадаются на нѣсколько категорій; наиболѣе удовлетворительную систему принимаютъ кодексы Австрійскій и Брауншвейгскій.

195. Въ нашемъ правѣ точное опредѣленіе дѣтоубійства появляется только въ Уложеніи 1845 года.

196. Основаніемъ для выдѣленія дѣтоубійства изъ родоваго понятія убійства является предположеніе о ненормальномъ психическомъ состояніи виновной въ моментъ совершенія преступленія.

197. Дѣтоубійство въ нашемъ правѣ является видовымъ, а не подвидовымъ понятіемъ, по отношенію къ убійству вообще.
198. Опредѣленіе дѣтоубійства по нашему праву.
199. Субъектомъ даннаго преступленія по Уложенію можетъ быть всякая женщина; исключеніе отсюда женщины проституированной не имѣетъ основанія.
200. При соучастіи нѣсколькихъ лицъ въ убійствѣ незаконнорожденнаго младенца при его рожденіи, постановленія 2 части ст. 1451 могутъ быть примѣняемы только къ его матери, какую-бы роль между соучастниками она не занимала.
201. Условія, требуемыя закономъ для объекта дѣтоубійства.
202. Способы удостовѣренія въ жизненности ребенка дышавшаго и въ особенности значеніе пробы плаванія легкихъ.
203. Объектомъ дѣтоубійства можетъ быть младенецъ и не жизнеспособный.
204. Объектомъ дѣтоубійства можетъ быть только новорожденный младенецъ. Опредѣленіе этого понятія во французскомъ и старонѣмецкомъ правѣ.
205. Опредѣленіе этого понятія въ новѣйшихъ нѣмецкихъ кодексахъ и въ нашемъ правѣ.
206. По Уложенію подъ понятіе дѣтоубійства одинаково подводится, какъ убійство ребенка только что рожденнаго, такъ и ребенка рождающагося.
207. Дѣтоубійство предполагаетъ незаконнорожденность убиваемаго ребенка. Опредѣленіе этого понятія.
208. Понятіе о незаконнорожденности въ правѣ гражданскомъ и его основанія.
209. Убійство матерью младенца новорожденнаго и прижитаго въ бракѣ, признаваемомъ по закону недѣйствительнымъ, только тогда можетъ быть подведено подъ 2 ч. ст. 1451, когда мать въ моментъ убійства знала о недѣйствительности брака.
210. Дитя, рожденное въ бракѣ, но зачатое не отъ мужа, должно быть признаваемо съ точки зрѣнія уголовнаго права незаконнымъ, хотя-бы его законность и не оспоривалась мужемъ виновной.
211. Общіе выводы по вопросу о незаконнорожденности объекта при дѣтоубійствѣ.
212. Наше Уложеніе несправедливо не обращаетъ вниманія на случаи убійства матерью законныхъ дѣтей при самомъ ихъ рожденіи.
213. Лишеніе жизни матерью ея ребенка при самомъ его рожденіи, причиненное по неосторожности, не подлежитъ, съ точки зрѣнія теоріи, уголовной отвѣтственности.

214. Общія постановленія Уложенія о неосторожномъ убійствѣ не примѣняются къ дѣтоубійству.
215. Анализъ 1-й части 1460 статьи Уложенія.
216. Французское и обще-нѣмецкое право, хотя и выходившія изъ совершенно различныхъ взглядовъ на дѣтоубійство, приходили къ одному совершенно несправедливому положенію, что данное преступленіе всегда предумышленно.
217. Скрытіе беременности и родовъ не имѣютъ нынѣ никакого особеннаго значенія при дѣтоубійствѣ.
218. Ученіе о преступномъ дѣйствіи и о различныхъ степеняхъ осуществленія воли въ дѣйствіи при дѣтоубійствѣ не представляетъ никакихъ особенностей.
219. Программа вопросовъ, подлежащихъ обсужденію и разрѣшенію экспертовъ при дѣтоубійствѣ.
220. Постановка вопросовъ присяжнымъ при дѣтоубійствѣ.
221. Наказуемость дѣтоубійства по французскому и нѣмецкимъ законодательствамъ.
222. Наказуемость дѣтоубійства по Уложенію.

§ 2. О скрытіи трупа мертворожденнаго младенца.

223. Случаи, въ которыхъ скрытіе трупа считается проступкомъ и преслѣдуется въ видахъ полицейскихъ.
224. Случаи, въ которыхъ скрытіе трупа разсматривается какъ соучастіе въ преступленіи или его укрывательство.
225. Скрытіе трупа мертворожденнаго младенца вполнѣ подходитъ подъ общее понятіе скрытія трупа.
226. Выдѣленіе его въ самостоятельный видъ объясняется господствовавшею прежде въ уголовномъ процессѣ системою презумпцій.
227. Основанія, въ силу которыхъ скрытіе трупа мертворожденнаго младенца его матерью наказывается сильнѣе другихъ дѣяній этого рода.
228. Субъектомъ даннаго дѣянія можетъ быть только мать умершаго младенца.
229. Объектомъ даннаго преступленія является младенецъ, рожденный уже мертвымъ и притомъ умершій не отъ преступленія.
230. Постановленія статьи 1460 имѣютъ въ виду не только скрытіе трупа мертворожденнаго младенца, но и скрытіе остатковъ выкидыша.
231. Ст. 1460 говоритъ о скрытіи трупа незаконнорожденнаго младенца.
232. Ученіе о преступномъ намѣреніи и дѣйствіи при скрытіи трупа младенца.

§ 1. Дѣтоубійство.

190. Говоря въ предшествующей главѣ объ отцеубійствѣ, я указалъ на то, что объемъ даннаго преступленія постоянно измѣняется не только въ исторіи, но и въ положительныхъ кодексахъ, нынѣ дѣйствующихъ; еще съ большимъ правомъ можно сказать это относительно того вида преступнаго лишенія жизни, которое составитъ предметъ настоящей главы—дѣтоубійства.

Точно также и здѣсь исторія указываетъ намъ, что самый взглядъ законодательства на характеръ и значеніе этихъ преступленій измѣнялся и эти измѣненія притомъ были такъ рѣзки, что дѣянія этого рода переходили изъ разряда преступленій привилегированныхъ въ квалифицированныя и обратно, а сообразно съ этимъ измѣнялся и самый составъ преступленія. Мало того, эти крутые переходы и измѣненія можно отыскать не въ одной исторіи. Изучая сравнительно законы уголовные, нынѣ дѣйствующіе въ Европѣ, мы будемъ поражены тѣмъ различіемъ, съ которымъ они относятся къ данному преступленію, назначая за него: то краткосрочное тюремное заключеніе, то пожизненную каторгу или даже смертную казнь. Самыя выраженія — «infanticide» французскаго, «Kindestödtung» нѣмецкаго и «дѣтоубійство» русскаго правъ, тожественныя въ общеупотребительномъ языкѣ, для юриста имѣютъ слишкомъ мало общаго и, строго говоря, ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть замѣняемы или переводимы одно другимъ. Различіе исходныхъ точекъ, съ которыхъ смотритъ и можетъ смотрѣть законодатель на дѣтоубійство, въ силу которыхъ выдѣляется это преступленіе изъ родоваго понятія убійства, видоизмѣняя составъ его, проводитъ рѣзкія различительныя черты между законодательствами и дѣлаетъ необходимымъ возможно полное и тщательное изученіе состава даннаго преступленія по каждому праву.

Я упомянулъ уже о томъ, что исторія представляетъ намъ чрезвычайно рѣзкія измѣненія во взглядѣ на данное преступленіе. Не только законы наиболѣе цивилизованныхъ государствъ древняго міра—Греціи и Рима, но даже и законодательства болѣе раннія, выдѣляли изъ ряда преступленій противъ жизни—посягательства на жизнь лицъ, связанныхъ съ виновникомъ какими либо особенными узами. Нарушеніе уваженія, святости или обязанности повиновенія придавали убійству характеръ зла и бѣдствія, вызывающаго на виновника усиленную кару общества. Съ другой стороны, власть, право, даруемое закономъ одному лицу надъ другимъ, поглащало или нейтрализировало преступность посягательства этого лица на имущество, свободу, здоровье и даже на самую жизнь лицъ, находящихся въ его власти. Къ числу подобныхъ отношеній принадлежали и отношенія родителей къ дѣтямъ. Внѣ моей задачи стоитъ подробное разъясненіе источника происхожденія этого jus vitae ac necis родителя надъ дѣтьми. Для насъ важенъ только тотъ фактъ, что въ силу особеннаго строенія семьи и общественныхъ отношеній, какъ въ государствахъ античныхъ, такъ и въ первичную эпоху юридическаго быта современныхъ народовъ—отцу семейства принадлежало болѣе или менѣе неограниченное право надъ дѣтьми, такъ что и самое лишеніе ихъ жизни считалось дѣяніемъ или дозволеннымъ, или по крайней мѣрѣ не наказуемымъ [1]).

Разумѣется, самый возрастъ дитяти при этомъ не игралъ большой роли: древнее право знало только дѣтоубійство въ обширномъ смыслѣ, убійство новорожденныхъ не имѣло никакого особеннаго, самостоятельнаго значенія въ правѣ. Но

[1]) См. рядъ историческихъ примѣровъ о безотвѣтственности родителей за убійство дѣтей: Spangenberg, über das Verbrechen des Kindesmords und der Aussetzung der Kinder, A. d. Cr. R. т. III, стр. 51 ff. и 360 ff., а въ особенности на стр. 380; Tissot, le droit pénal étudié dans ces principes т. II, стр. 35. Тиссо и самъ раздѣляетъ отчасти этотъ взглядъ и видитъ въ существѣ родительскихъ отношеній право располагать и самымъ существованіемъ дѣтей. Примѣры подобнаго права родителей у древнихъ Славянъ и Германцевъ см. у Шпилевскаго: «Семейныя власти у древнихъ Славянъ и Германцевъ», 1869, стр. 159 и сл. Весьма много примѣровъ этого рода собрано также у С. Шашкова, «Дѣтоубійство», «Дѣло» 1868, №№ 3, 4, 5.

въ жизни, при конкретномъ осуществленіи этого права, отношенія измѣнялись. Законъ давалъ право, но причины пользованія этимъ правомъ давала жизнь; или даже, говоря точнѣе, эти, въ жизни крывшіяся причины и были главнымъ источникомъ созданія самаго права. Бѣдность, трудность добывать средства пропитанія, а иногда распущенность нравовъ и, какъ ея результатъ, желаніе сбыть тягости и обязанности взрощенія и воспитанія—были естественными стимулами къ осуществленію власти родительской. Оттого понятно, что ихъ сила была тѣмъ болѣе, чѣмъ болѣе была необходима забота, чѣмъ менѣе было надеждъ на скорую самостоятельность дѣтей; оттого понятно, что всего полнѣе и всего долѣе сохранялось это право по отношенію къ младенцамъ новорожденнымъ, что въ особенности дозволялось и оправдывалось убійство младенцевъ женскаго пола, или младенцевъ слабыхъ и плохо сформированныхъ. Особенность государственнаго строя древняго міра, всепоглащающее значеніе государства являлось нерѣдко причиною того, что мѣсто отца семейства занимала сама общественная власть; а право распоряжаться жизнью существа, еще несдѣлавшагося гражданиномъ, не несущаго общаго государственнаго тягла, казалось такимъ естественнымъ выводомъ изъ самой идеи государства, что даже величайшіе философскіе умы того времени: Аристотель, Платонъ—не только не считали истребленіе дѣтей дѣяніемъ преступнымъ, но Платонъ даже въ своемъ идеалѣ государственнаго устройства указывалъ на него, какъ на обстоятельство существенно необходимое, и дозволялъ убивать дѣтей не только слабыхъ и худо сформированныхъ, но и вполнѣ развитыхъ, если только число родившихся превышало извѣстную норму и грозило опасностью для государственнаго благоустройства.

Во всякомъ случаѣ лишеніе жизни дѣтей ихъ родителями выдѣлялось изъ общаго разряда убійствъ, и выдѣлялось именно въ силу особенныхъ качествъ, присущихъ субъекту и объекту преступленія. Только по отношенію къ семьѣ и даже иногда только по отношенію къ главѣ семьи—къ отцу—дитя было существомъ безправымъ; посягательство на его жизнь

со стороны посторонняго лица являлось преступленіемъ и подлежало уголовной карѣ. Разумѣется, исключеніе составляло посягательство на жизнь дѣтей со стороны государственной власти тамъ, гдѣ это право предоставлялось ей или обычаемъ или закономъ, таково истребленіе плохо-сложенныхъ дѣтей въ Спартѣ или приношеніе ихъ въ жертву богамъ. Отдѣльныя дѣтоистребленія, о которыхъ говоритъ намъ исторія, какъ напр. истребленіе еврейскихъ младенцевъ въ Египтѣ, или распоряженія Ирода въ Іудеѣ, не имѣли никакого правоваго характера, а были простымъ проявленіемъ деспотизма.

191. Но уже римское право въ эпоху христіанскихъ императоровъ стало въ иныя отношенія къ данному вопросу, воспринявъ новый взглядъ на семейныя отношенія, указываемый христіанствомъ [2]). Сохраняя такую же неприкосновенность семейнаго союза, требуя полнаго повиновенія и уваженія къ родителямъ со стороны дѣтей, христіанство, тѣмъ не менѣе, иначе отнеслось къ родительской власти. Вмѣсто суммы правъ оно видѣло въ этой власти цѣлую сумму обязанностей, нарушеніе которыхъ при дѣтоубійствѣ не давало права смотрѣть на это дѣяніе снисходительно, а напротивъ усиливало отвѣтственность виновныхъ. Вложенное въ человѣка самою природою чувство любви къ дѣтямъ, благословеніе Божіе, передаваемое въ таинствѣ брака и осуществляемое въ произведеніи потомства, чувство состраданія, которое должно было вызвать въ каждомъ беззащитность объекта преступленія—вотъ были элементы, которые ставило христіанство на

[2]) См. Chatagnier, de l'infanticide 1855 г. стр. 14. Rein, Kriminalrecht der Römer, 1842 § 439. L. I Dig ad Lege Pomp. de parric (48,9) «Sed et mater, quae filium, filiam-ve occiderit, ejus legis (L. Cornelia de Sicariis) adficitur». Spangenberg в. с. стр. 12 и сл. вообще различаетъ въ римскомъ правѣ право отца на жизнь ребенка старѣе 3 лѣтъ и моложе этого возраста, и думаетъ, что ограниченіе этого права относилось только къ дѣтямъ первой категоріи, а право на убійство новорожденнаго просуществовало гораздо долѣе. Также Mittermaier, Beiträge zur Lehre vom Verbrechen des Kindesmordes und der Verheimlichung der Schwangerschaft A. d. Cr. R. B. VII стр. 324.

первый планъ въ дѣтоубійствѣ. Такимъ образомъ, это дѣяніе выдѣлялось изъ ряда другихъ видовъ лишенія жизни также въ силу особенныхъ качествъ субъекта и объекта, но эти качества, дѣлавшія прежде преступленіе привилегированнымъ, теперь квалифицировали его, дѣлали его однимъ изъ видовъ тяжкаго убійства. Съ этимъ значеніемъ перешло дѣтоубійство въ обширномъ смыслѣ изъ римскаго права въ законодательства среднихъ вѣковъ и дошло до новаго времени. Повсюду влекло оно, сравнительно съ убійствомъ вообще, усиленную уголовную кару, и какъ бы въ видѣ исключенія, оправдываемаго совершенно особенно сложившимся строемъ общественной жизни, можно привести постановленія уложенія царя Алексѣя Михаиловича, цѣликомъ, впрочемъ, взятыя изъ памятника болѣе древняго-статута литовскаго [3]).

Гл. XXII ст. 3. А будетъ отецъ, или мать сына, или дочь убьетъ до смерти, и ихъ за то посадить въ тюрму на годъ, а отсидѣвъ въ тюрмѣ годъ приходить имъ къ церкви Божіи и у церкви Божіи объявлять тотъ свой грѣхъ всѣмъ людямъ въ слухъ.

А смертію отца и матери за сына и за дочь не казнить».

192. Но христіанство, измѣнивъ значеніе этого преступленія, произвело въ немъ и другую, не менѣе важную перемѣну. Изъ понятія дѣтоубійства въ обширномъ смыслѣ оно выдѣлило особенный отдѣльный видъ, на основаніи извѣстныхъ отличительныхъ качествъ субъекта. Возвышая брачное

[3]) См. Колосовскій, очеркъ историческаго развитія преступленій противъ жизни и здоровья 1857 стр. 185 Литовскій статутъ глава XI арт. 7 постановлялъ въ этомъ случаѣ слѣдующее взысканіе: «годъ и шесть недѣлъ на замъку нашомъ седети увежи», и кромѣ того церковное покаяніе; хотя эти постановленія уложенія 1649 г. и были взяты изъ чужеземнаго права, но они такъ соотвѣтствовали общему строю русской жизни, что даже и въ 1832 году законодатель нашелся вынужденнымъ внести въ Сводъ Законовъ (т. X, ч. I ст. 170), что «родители не имѣютъ права на жизнь дѣтей и за убійство ихъ судятся и наказываются по уголовнымъ законамъ».

половое сожительство въ таинство церкви, ставя бракъ существеннымъ, кореннымъ условіемъ общежитія, христіанство требовало отъ всѣхъ возможнаго обузданія своихъ половыхъ наклонностей и сурово преслѣдовало всякія внѣбрачныя половыя отношенія, покрывая стыдомъ и казнью женщину падшую. Но религія и создавшееся подъ ея вліяніемъ общественное мнѣніе, съ суровостью относящееся къ дѣвушкѣ, неустоявшей противъ соблазна, не имѣли силы устранить самыя причины паденія. А между тѣмъ эта жестокость преслѣдованія, эта тяжесть позора сдѣлались однимъ изъ побужденій къ преступленію, сдѣлались мотивомъ столь сильнымъ, что подъ его вліяніемъ погасало естественное чувство любви матери къ своему малюткѣ. Къ числу причинъ, вызывающихъ посягательство на юную жизнь, прибавилась еще одна: желаніе избѣжать опасности грозящаго позора. Изъ общаго понятія дѣтоубійства выдѣлилось, какъ особый видъ, убійство матерью незаконнаго ея ребенка, ради избѣжанія стыда и позора, жестокаго суда общественнаго мнѣнія. Этотъ видъ дѣтоубійства съ одной стороны представлялся особенно преступнымъ, потому что въ немъ, кромѣ посягательства на самую жизнь младенца, было еще и нарушеніе законовъ общественной нравственности [4]), и невыполненіе одной изъ важнѣйшихъ религіозныхъ обязанностей матери—лишеніе жертвы благодати крещенія, а чрезъ то и вѣчнаго спасенія, въ силу чего это убійство и считалось однимъ изъ смертныхъ грѣховъ, а все это вмѣстѣ требовало и соотвѣтственнаго усиленія уголовной кары, какъ мы это дѣйствительно и видимъ напр. въ старо-французскомъ правѣ, въ законахъ Генриха II и III, повторенныхъ потомъ и въ ордонансахъ Людовика XIV [5]), въ средневѣковомъ нѣмецкомъ правѣ, назначавшемъ обыкновенно за это преступленіе погребеніе заживо и проткнутіе

[4]) Оттого иногда въ каноническомъ правѣ и самый вопросъ о дѣтоубійствѣ излагался въ отдѣлѣ преступленій противъ нравственности.

[5]) См. Chatagnier, в. с. стр. 15 и сл. F. Hèlie, Théorie, томъ III, № 1068.

стрѣлою, или и въ нашемъ уложеніи 1649 года, которое, смотря снисходительно на дѣтоубійство вообще, въ ст. 26 главы XXII постановляло: «А будетъ которая жена учнетъ жити блудно и скверно, и въ блудѣ приживетъ съ кѣмъ дѣжити блудно и скверно, и въ блудѣ приживетъ съ кѣмъ дѣтей, и тѣхъ дѣтей сама или иной кто по ея веленью погутей, и тѣхъ дѣтей сама или иной кто по ея веленью погубитъ, а сыщется про то допряма, и такихъ беззаконныхъ женъ, и кто по ея веленью дѣтей ее погубитъ, казнить смертью безо всякія пощады, чтобъ на то смотря, иные такова безбезо всякія пощады, чтобъ на то смотря, иные такова беззаконнаго и сквернаго дѣла не дѣлали и отъ блуда унялися [6])».

Но съ другой стороны нельзя было забывать, что въ подобномъ преступленіи не было по большей части какихъ либо низкихъ, корыстныхъ побужденій, а наоборотъ, весьма часто его мотивъ служилъ доказательствомъ того, что въ душѣ преступницы существуетъ еще чувство чести и стыда, задатки лучшаго будущаго; нельзя было забывать, что преступница, подлежавшая жестокой карѣ закона и безъ того уже была нравственно унижена и потрясена, что она сама являлась жертвою, между тѣмъ какъ истинная причина преступленія соблазнитель оставался безнаказаннымъ [7]). По этому мы и видимъ, что рядомъ съ вышеприведенными узаконеніями встрѣчаются и другія, болѣе гуманно смотрѣвшія на дѣянія этого рода. Такъ уже Каролина въ ст. 131 назначала за убійство незаконно прижитаго новорожденнаго младенца болѣе мягкое наказаніе, чѣмъ за другіе виды убійства, вмѣсто погребенія заживо и проткнутія стрѣлою—утопленіе. Несравненно далѣе пошла въ этомъ отношеніи гуманная практика послѣдующихъ столѣтій [8])

[6]) Тоже взятое изъ Литовскаго статута раздѣлъ XI., ст. 60. Статутъ указывалъ и самый мотивъ: «а потомъ для встыду, або боязне каранья тотъ плодъ сама, або черезъ кого инаго тратила и о смерть припрововала».

[7]) См. прекрасныя страницы у Ганса, von den Verbrechen des Kindermordes, 1824 стр. 15 и сл. Хотя были писатели и послѣ Каролины, Берлихъ, Карпцовъ, видѣвшіе здѣсь по прежнему одинъ изъ видовъ parricidium.

[8]) Ср. Митермайеръ в. с. стр. 12 и сл. Hälschner стр. 106. Рѣ-

При этомъ, такимъ образомъ, причиною снисхожденія являлись только мотивы, руководившіе преступницею, а съ развитіемъ судебной медицины въ XVIII столѣтіи къ этому прибавился еще новый поводъ [9]). Медицина обратила вниманіе на то психическое разстройство, которое производятъ родильныя муки, уничтожающія возможность полной обдуманности дѣйствій, и преимущественно въ тѣхъ случаяхъ, когда особенности психическаго состоянія: стыдъ, страхъ и т. д., въ громадныхъ размѣрахъ усиливаютъ вліяніе соматическаго разстройства родильницы.

Такимъ образомъ, просматривая исторію даннаго преступленія, мы найдемъ, что главною причиною, объясняющею различіе въ его объемѣ и значеніи, является различіе въ исходныхъ точкахъ, съ которыхъ смотрѣлъ на него законодатель, тѣхъ моментовъ, которые выдвигалъ онъ на первый планъ. Такими моментами послѣдовательно являлись: особенныя отношенія, существующія между жертвою и виновнымъ, мотивы, руководящіе преступницею, соматическое и психическое разстройство ея въ моментъ преступленія.

193. Но эти моменты опредѣляютъ, между прочимъ, вполнѣ и то различіе, которое мы найдемъ при разборѣ постановленій современнаго права о дѣтоубійствѣ.

Въ этомъ отношеніи всѣ нынѣ дѣйствующія положитель-

шительный поворотный пунктъ во взглядѣ на дѣтоубійство состоялся подъ вліяніемъ гуманной философіи эпохи просвѣщенія, когда вопросъ объ этомъ преступленіи и его предупрежденіи сдѣлался любимою темою криминалистовъ. На тему Дальберга и Михаелиса 1780 года о средствахъ предупрежденія дѣтоубійства появилось до 400 сочиненій. Въ нихъ, во 1-хъ, подъ дѣтоубійствомъ подразумѣвалось только убійство не законнаго ребенка и, во 2-хъ, вина слагалась на обольстителя, родителей виновной, предубѣжденіе народа, а потому являлся протестъ не только противъ примѣненія квалифицированной смертной казни, но и вообще противъ назначенія смерти за данное преступленіе.

[9]) Подъ этимъ вліяніемъ разматривали данное преступленіе уже Boehmer, Quistorp, Meister, ср. Миттермайеръ в. с. стр. 18, прим. 36.

ныя законодательства, за исключеніемъ англійскаго [10]), *признали необходимымъ выдѣлить убійство новорожденныхъ дѣтей, какъ самостоятельное преступленіе и придаютъ только ему техническое названіе «дѣтоубійство»*. Но даже и при этомъ, болѣе ограниченномъ понятіи даннаго термина, между ними встрѣчается такая же противоположность взглядовъ, какую мы видѣли въ исторіи. Между тѣмъ какъ одни изъ нихъ обращаютъ главное вниманіе на объектъ преступленія, какъ право французское, другія имѣютъ исключительно въ виду особенности субъекта, какъ нѣмецкія законодательства или наше Уложеніе, и при томъ между послѣдними образуется также нѣсколько группъ, существенно отличныхъ другъ отъ друга.

Французскій кодексъ 1791 года не содержалъ никакихъ особенныхъ постановленій по этому предмету и только code pénal 1810 г., по предложенію Камбасереса находившаго, что стыдъ не можетъ быть причиною, извиняющею подобную нравственную закоснѣлость, сдѣлалъ изъ дѣтоубійства самостоятельный видъ убійства, придавъ особенное значеніе качествамъ объекта преступленія. Убійство новорожденнаго считается квалифицированнымъ, не потому что въ немъ нарушается одна изъ самыхъ тѣсныхъ, кровныхъ связей, не въ силу безпомощности жертвы, невольно вызывающей состраданіе со стороны каждаго, не въ силу, наконецъ, лишенія малютки благодати крещенія, а, если можно такъ выразиться, исключительно съ государственной точки зрѣнія. Кассаціонный судъ [11]) неоднократно объяснялъ, «что причина, побудившая законодателя подвергать преступленія этого рода столь тяжкимъ наказаніямъ, заключается въ томъ, что жизнь младенца не окружена еще общими гарантіями и что убійство можетъ стереть самые слѣды его существованія».

Въ виду этого французскій кодексъ опредѣляетъ дѣтоубійство какъ:

«meurtre d'un enfant nouveau né.»,

т. е. не требуетъ для состава этого преступленія особенныхъ качествъ субъекта: имъ можетъ быть не только мать, но и отецъ и всякое постороннее лицо [12]). Законъ требуетъ только, чтобы объектомъ былъ младенецъ новорожденный, котораго рожденіе не констатировано еще передъ лицемъ закона, причемъ безразлично — рожденъ ли онъ въ бракѣ или внѣ его. Далѣе онъ требуетъ, чтобы дѣяніе было умышленное, такъ какъ оно есть не homicide involontaire, commis par imprudence, а именно meurtre, и потому подъ это понятіе не можетъ быть подведено: ни оставленіе безъ помощи, ни жестокое обращеніе, сопровождавшееся смертью, но совершенное безъ намѣренія лишить жизни. При этомъ, такъ какъ дѣтоубійство не есть assassinat, а простое meurtre, то вопросъ о предумышленности не имѣетъ никакого значенія: возникла-ли мысль задолго до совершенія, были-ли хладнокровно соображены всѣ средства, всѣ обстоятельства, или это убійство

---

[10]) Оно разсматриваетъ дѣтоубійство, какъ всякое злоумышленное убійство (murder), но въ силу этой относительной жестокости большинство англійскихъ судей признаетъ убитыхъ дѣтей мертворожденными, а мать виновною только въ утайкѣ родовъ, что составляетъ misdemeanor. См. Стифенъ, уголовное право Англіи, пер. Спасовича, 1866. стр. 157. См. свидѣтельство Тэйлора у Тардьё в. с. стр. 4.

[11]) Blanche, в. с. т. IV № 502. Cass. 24 дек. 1835. Въ особенности подробно изложены эти мотивы въ рѣшеніи кассаціоннаго суда 14 апрѣля 1837 г.: «судъ находитъ, что особенное покровительство, оказываемое закономъ новорожденному дитяти, не имѣетъ въ виду ни степени родства виновнаго съ убитымъ, потому что кромѣ отца и матери всякое другое лице можетъ совершить это преступленіе, ни слабости ребенка, потому что и долго спустя послѣ рожденія ребенокъ не въ силахъ защитить себя, но что это усиленіе опредѣляется единственно особымъ положеніемъ дитяти, которое въ моментъ рожденія не пользуется еще общими гарантіями, такъ что для виновнаго легко изгладить самые слѣды рожденія». Поэтому кассаціонный судъ находилъ невозможнымъ ни по буквальному смыслу, ни по духу ст. 300 распространить ее и на такіе случаи, гдѣ рожденіе ребенка сдѣлалось гласнымъ, когда самая беременность не была тайною.

[12]) Карно предлагалъ было ограничительное толкованіе ст. 300, т. е. признаніе субъектомъ преступленія только матери ребенка, но кассаціонный судъ вполнѣ правильно отвергнулъ это толкованіе. Cass. 8 февр. 1816; 14 апр. 1837 г.

было плодомъ внезапно промелькнувшей идеи, созданной въ минуту полнаго нервнаго разстройства, обусловливаемаго съ одной стороны болѣзненнымъ физическимъ состояніемъ, съ другой—цѣлымъ рядомъ жгучихъ психическихъ ощущеній, въ которыхъ слились и позоръ паденія, и горечь безжалостно растоптанной любви, самопожертвованія, и страхъ грядущаго неумолимаго суда общества, и, наконецъ, боязнь за будущность ребенка, за его матеріальное благосостояніе [13]). Законъ, какъ бы игнорируя всѣ эти условія, ставитъ дѣтоубійство наравнѣ съ позорнымъ убійствомъ на большой дорогѣ, изъ за ничтожной суммы, ради удовлетворенія мелочныхъ побужденій жадности, зависти и т. п., и назначаетъ смертную казнь.

Не говоря уже объ искуственности этого основнаго принципа, нельзя не замѣтить, что онъ противорѣчитъ и юридическимъ началамъ, заставившимъ еще Каролину создать изъ этого преступленія особенный видъ, и живущему въ народѣ чувству справедливости. Не даромъ была осуждена эта жестокость почти единогласно и голосомъ науки [14]), и здравымъ смысломъ народа [15]).

Въ этихъ же видахъ и ново-Бельгійскій кодексъ 1867 г. отступаетъ отъ своего образца. Опредѣляя въ ст. 396 подобно code pénal, что «est qualifié infanticide le meurtre, commis sur un enfant au moment de sa naissance ou immediatement aprés»—онъ прибавляетъ, что наказанія за infanticide опредѣляются, смотря по обстоятельствамъ или какъ за meurtre, или какъ за assassinat, и что если это убійство будетъ совершено матерью надъ ея незаконнорожденнымъ сыномъ, то она подлежитъ каторжной работѣ отъ 10—15

[13]) Предположеніе о предумышленіи при дѣтоубійствѣ, на которое указывали мотивы комиссіи, лишено всякаго основанія.

[14]) Эли, в. с., № 1078. Трельяръ и особенно Берлье возражали противъ этой строгости наказанія еще при самомъ обсужденіи кодекса въ 1808 году.

[15]) Доказательствомъ этого можетъ служить количество оправдательныхъ приговоровъ при дѣтоубійствѣ и число случаевъ признанія присяжными наличности обстоятельствъ смягчающихъ вину.

лѣтъ, а если убійство было обдумано заранѣе, то каторгѣ отъ 15—20, т. е., сохраняя форму, въ корень измѣняетъ сущность постановленій французскаго права.

194. Совершенно иначе относятся къ этому вопросу нѣмецкія законодательства, хотя и они въ свою очередь раздѣляются на нѣсколько группъ, соотвѣтственно видоизмѣненіямъ исходной точки.

Я указалъ уже на то, что Каролина выдѣлила изъ общей массы убійства дѣтей тѣ случаи, въ которыхъ причиною былъ страхъ суда общественнаго мнѣнія, страхъ иногда болѣе сильный, нежели самая смерть, которою грозилъ законъ за дѣтоубійство. Правда, смягченіе наказанія, допускаемое Каролиною въ этихъ случаяхъ, было весьма не велико, но за то она послѣдовательно проводила свою руководящую идею и сообразно съ нею опредѣляла самый составъ преступленія, такъ что вся заслуга позднѣйшихъ писателей-криминалистовъ: Фейербаха, Грольмана и ихъ школы [16]), проводившихъ тотъ же взглядъ на дѣтоубійство, заключалась въ болѣе ясномъ проведеніи самаго принципа, а главное — въ надлежащей оцѣнкѣ его значенія и соотвѣтственномъ смягченіи наказанія.

Такъ какъ дѣтоубійство признавалось по этой теоріи извинительнымъ преступленіемъ на основаніи мотива, руководившаго преступницею, то, разумѣется, этотъ мотивъ долженъ былъ имѣть извѣстное вліяніе и на самый составъ преступленія. Субъектомъ преступленія могла быть только мать убитаго и при томъ мать, прижившая его внѣ брака, такъ какъ только для нея и могла существовать опасность суда

[16]) Фейербахъ, Lehrbuch des peinlichen Rechts 1te Auflage § 271; Грольманъ, Grundsätze § 290, Титманъ Гансъ, в. с. стр. 30, въ особенности рѣзко проводитъ это начало и убійство матерью ея младенца, совершенное по какимъ либо инымъ поводамъ, вовсе исключаетъ изъ понятія дѣтоубійства. То же начало проводитъ Баварское Уложеніе 1813 года. См. исторію доктрины у Геппа, über den Grund der milderen Beurtheilung des Kindsmordes, N. A. d. Cr. R. 1847 г., стр. 188, 299; также Шпангенбергъ в. с., стр. 369.

общественнаго мнѣнія, а объектомъ могъ быть младенецъ незаконнорожденный и новорожденный, т. е. убитый прежде, чѣмъ его рожденіе сдѣлалось извѣстнымъ окружающимъ. Кромѣ того, это стремленіе скрыть свое паденіе предполагало необходимо наличность цѣлаго ряда второстепенныхъ условій, также входящихъ въ составъ преступленія, условій отсутствіе которыхъ уничтожало самое исключительное положеніе даннаго преступленія, каковы напримѣръ скрытіе беременности, родовъ и трупа младенца [17]), потому что, дѣйствительно, какъ скоро подсудимая не скрывала ни передъ кѣмъ своего паденія, какъ скоро она родила открыто, въ присутствіи другихъ, не озаботилась скрыть трупъ—эту несомнѣнную, неотвратимую улику ея позора, то не могло быть и рѣчи объ убійствѣ для спасенія чести, ради избѣжанія общественнаго суда: преступленіе дѣлалось обыкновеннымъ убійствомъ, какъ это и признавали и Каролина и писатели, державшіеся той же теоріи.

Но какъ ни справедливъ по существу своему этотъ взглядъ, тѣмъ не менѣе онъ представляется одностороннимъ. Если мы пересмотримъ мотивы, которые могутъ побудить мать преодолѣть прирожденное чувство любви къ дѣтямъ, то мы найдемъ и кромѣ страха общественнаго суда и другіе, не менѣе сильные и извинительные. Почему можемъ мы отказать въ снисхожденіи молодой, неопытной дѣвушкѣ, рѣшившейся на подобное посягательство подъ гнетомъ отчаянія, вызваннаго отверженіемъ со стороны того, кому она предалась беззавѣтно и безвозвратно, на комъ покоились ея

[17]) Я не касаюсь здѣсь вопроса о процессуальномъ значеніи этихъ условій, какъ уликъ и законныхъ предположеній дѣтоубійства. Подробныя указанія на значеніе этихъ условій по Каролинѣ, см. Гансъ, в. с. стр. 5—15. Я счелъ также совершенно излишнимъ сдѣлать подробный разборъ ученія Каролины о дѣтоубійствѣ и держусь мнѣнія Ганса, кажущагося мнѣ наиболѣе убѣдительнымъ. Противоположные взгляды см. Клейстъ, в. с. стр. 37 и сл. Миттермайеръ. Beiträge zur Lehre vom Verbrechen des Kindesmordes und der Verheimlichung der Schwangerschaft. A. d. Cr. R. B. VII, стр. 324. Геппъ, в. с. стр. 211; Шпангенбергъ, в. с. стр. 24.

мечты, желанія, надежды, или въ виду матеріальныхъ мученій, мелочнаго, но ежедневнаго преслѣдованія со стороны близкихъ, окружающихъ лицъ, въ виду опасенія лишиться занимаемаго ею мѣста, а вмѣстѣ съ тѣмъ и средствъ существованія, наконецъ, въ виду болѣе или менѣе основательныхъ опасеній за будущность малютки и т. д.? Нельзя отрицать, что каждый изъ этихъ мотивовъ можетъ имѣть въ данномъ случаѣ такую же силу, какъ и мотивъ стыда, все зависитъ отъ обстоятельствъ конкретнаго случая [18]).

Но кромѣ подобнаго устраненія этою теоріею мотивовъ равносильныхъ, было и еще одно условіе, содѣйствовавшее ея паденію въ доктринѣ и соотвѣтственной реформѣ положительнаго права. Жизненный опытъ, данныя наукъ медицинскихъ побудили законодателей обратить вниманіе на то, что состояніе родовъ, родильныя муки производятъ сильное потрясеніе во всей нервной системѣ родильницы, лишающее ее возможности отдавать ясный отчетъ въ своихъ поступкахъ, возбуждающее въ ней стремленія и наклонности, не существующія въ состояніи нормальномъ [19]). Но если у женщинъ, рождавшихъ неоднократно, окруженныхъ всевозможными попеченіями и спокойствіемъ во время беременности, пользующихся во время родовъ помощью лицъ свѣдущихъ, это разстройство бываетъ такъ сильно, что или, въ крайнихъ случаяхъ, совсѣмъ уничтожаетъ вмѣняемость дѣяній, ими совершаемыхъ, или, по крайней мѣрѣ, заставляетъ отнестись къ нимъ снисходительно, то, очевидно, что всѣ эти вліянія

[18]) См. Henke, Handbuch des Criminalrechts, гл. II, стр. 55 и 59; Мартинъ, Марецоль. См. обозрѣніе довольно обстоятельное различныхъ теорій у Клейста в. с. стр. 5. Нѣкоторые изъ этихъ писателей, напр. Генке, принимаютъ опредѣленное число мотивовъ и сообразно съ этимъ видоизмѣняютъ и самый составъ преступленія; но подробный разборъ различныхъ мнѣній лежитъ внѣ моей цѣли.

[19]) До какихъ размѣровъ доходитъ это раздраженіе, направляющееся по большей части противъ мужа и младенца, какъ причинъ страданія родильницы, можно видѣть изъ примѣровъ, приводимыхъ у Генке, über zweifelhaften psychischen Zustände der Gebärenden, а также «Архивъ Судебной Медицины» 1868 г. № 1, стр. 39 и сл.

получаютъ еще большую силу въ томъ случаѣ, когда роды бываютъ въ первый разъ, у дѣвушки, скрывавшей свое положеніе. Отсутствіе ухода во время беременности, отсутствіе не только помощи, но совѣта и указанія при родахъ, дѣлаютъ ея положеніе еще болѣе ненормальнымъ, а тѣ психическія вліянія, о которыхъ я упоминалъ выше: безпокойство, страхъ, отчаяніе, усугубляя и безъ того сильное раздраженіе нервной системы, еще сильнѣе препятствуютъ хладнокровному обсужденію своихъ дѣйствій. Если и можно оспоривать мнѣніе, доказывающее полную невмѣняемость дѣяній, совершаемыхъ въ подобномъ состояніи [20]), полное оправданіе дѣтоубійства, то съ другой стороны нельзя оставить ихъ безъ вниманія; они вполнѣ сходны съ тѣми аффектированными состояніями мышленія, которыя, не уничтожая отвѣтственности виновныхъ, ослабляютъ ее.

Это-то соединеніе въ дѣтоубійствѣ съ одной стороны мотивовъ, заставляющихъ снисходительно отнестись къ виновницѣ преступленія, представляющейся большею частью жертвою неправильности общественнаго строя, съ другой—особаго соматическаго состоянія, разстройства нервной системы, придающаго особенную силу и значеніе этимъ психическимъ вліяніямъ и даетъ намъ надлежащую точку зрѣнія, съ которой долженъ отнестись законодатель къ преступленіямъ этого рода [21]), даетъ намъ право признать безполезножестокимъ, противорѣчащимъ чувству справедливости взглядъ

[20]) Гансъ, в. с. напр. придаетъ такое значеніе родовымъ мукамъ, что всякое убійство младенца, совершенное при родахъ и не предумышленное, признаетъ невмѣняемымъ, этимъ онъ объясняетъ и самое названіе преступленія «Kindermord», а не «Kindertödtung» встрѣчающееся въ старыхъ и нѣкоторыхъ новыхъ нѣмецкихъ кодексахъ. Напротивъ того Тардье в. с. стр. 226 и сл., вполнѣ справедливо возставая противъ стремленія къ признанію manie puerperall въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ дѣтоубійства, какъ бы игнорируетъ это вліяніе не нормальнаго психическаго состоянія родильницы на свободу самоопредѣленія.

[21]) См. въ особенности Миттермайеръ N. A. d. Cr. R. B. VII, стр. 20 и сл., Wächter Lehrbuch des römisch Teutschen Strafrechts 1826, стр. 161 и сл.

средневѣковыхъ законодательствъ и французскаго кодекса и въ тоже время объясняетъ намъ и происхожденіе трехъ различныхъ группъ въ нѣмецкихъ законодательствахъ по отношенію къ дѣтоубійству.

Одни изъ нихъ: саксонское § 159, прусское § 180, ольденбургское § 162, баденское § 215 и, наконецъ, сѣверо-германскій кодексъ § 217, примыкая къ Каролинѣ и обще-нѣмецкому праву, придаютъ главное значеніе мотивамъ преступленія, но къ нимъ, кромѣ чувства стыда и страха, причисляютъ и другіе. Поэтому, ставя существеннымъ условіемъ дѣтоубійства незаконнорожденность ребенка, они отбрасываютъ другія требованія, какъ скрытіе беременности, родовъ и трупа. Въ то же время самый элементъ новорожденности обусловливаютъ они не неизвѣстностью существованія малютки для лицъ постороннихъ, а предполагаемымъ болѣе или менѣе продолжительнымъ ненормальнымъ психическимъ состояніемъ матери.

Другія напротивъ, какъ напримѣръ ново-баварское 1861 § 231 [22]), обращаютъ преимущественное вниманіе на психическое состояніе родильницы въ моментъ родовъ, а такъ какъ, разумѣется, подобное состояніе одинаково можетъ быть и при рожденіи въ бракѣ, какъ и внѣ онаго, то оно и видоизмѣняетъ составъ преступленія въ томъ смыслѣ, что не придаетъ никакого значенія тому, былъ ли ребенокъ незаконноприжитой или нѣтъ.

Наконецъ средній и наиболѣе вѣрный взглядъ усвоили кодексы Австріи § 139 и Брауншвейга § 149. Придавая важное значеніе состоянію родильницы въ моментъ преступленія, а потому смягчая наказаніе за всякое убійство, совершенное надъ новорожденнымъ младенцемъ его матерью,

[22]) Баденское уложеніе въ ст. 216 постановляетъ: «что тоже наказаніе назначается, если преступленіе было совершено и послѣ истеченія 24 часовъ отъ рожденія младенца, но въ данномъ случаѣ будетъ обнаружено, что особенное душевное или тѣлесное состояніе родильницы, уменьшающее отвѣтственность ея за преступленіе, все еще продолжается».

они справедливо признаютъ, что это смягченіе должно особенно увеличиваться, когда убитый младенецъ былъ прижитъ не въ бракѣ. Въ силу этого они подраздѣляютъ дѣтоубійство на два вида и особенно сильное смягченіе наказанія допускаютъ въ томъ случаѣ, когда убитый младенецъ былъ незаконнорожденный.

195. Въ нашемъ правѣ понятіе о дѣтоубійствѣ въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. какъ о посягательствѣ на жизнь новорожденнаго, внѣ брака прижитаго младенца со стороны его матери появляется, какъ мы видѣли, въ Уложеніи 1649 г. которое притомъ, подобно большинству средневѣковыхъ кодексовъ, разсматривало его какъ преступленіе квалифицированное. Затѣмъ ни въ воинскихъ артикулахъ Петра В., ни въ отдѣльныхъ сепаратныхъ указахъ нѣтъ и упоминанія объ этомъ преступленіи [23]), такъ что *точное опредѣленіе этого понятія въ нашемъ новѣйшемъ законодательствѣ появляется только съ Уложеніемъ* 1845 года, гдѣ оно, притомъ, слагается подъ несомнѣннымъ вліяніемъ взглядовъ, господствовавшихъ въ то время въ Германіи.

Правда, что Сводъ Законовъ 1832 года въ числѣ особенныхъ видовъ смертоубійства упоминалъ о чадоубійствѣ и дѣтоубійствѣ, но придавалъ этимъ терминамъ совершенно особое значеніе, не согласное съ придаваемымъ имъ нынѣ. Опредѣляя дѣтоубійство, какъ убійство дѣтей въ утробѣ матери, т. е. какъ плодоубійство, онъ подъ чадоубійство подводилъ убійство дитяти какого бы возраста оно ни было, и кѣмъ бы изъ родителей оно ни было совершено. Но не дѣлая изъ убійства незаконныхъ дѣтей матерью при ихъ рожденіи преступленія привилегированнаго, онъ не придавалъ ему и квалифицирующаго значенія, потому что особенные

[23]) Если не считать указа 16 октября 1760 года о наказаніи шести латышекъ за убійство ихъ дѣтей, такъ какъ въ немъ вовсе не указано, говорится ли о дѣтяхъ законныхъ или незаконныхъ; самое дѣяніе, впрочемъ, приравнено обыкновенному убійству. См. также Любавскій о дѣтоубійствѣ. Юридическій Вѣстникъ 1863 года.

роды убійства подвергали тѣмъ же наказаніямъ, какъ и обыкновенное убійство. При этомъ нельзя не прибавить что только Сводъ окончательно уничтожилъ постановленія Уложенія 1649 объ убійствѣ законныхъ дѣтей. Въ указѣ 1836 г. іюля 4 го было сказано: опредѣленіе наказанія за чадоубійство наравнѣ съ смертоубійствомъ считать въ дѣйствіи съ 1-го января 1835 года, не присвоя сему постановленію обратной силы.

Только Уложеніе 1845 года создало понятіе о дѣтоубійствѣ, какъ о спеціальномъ преступленіи, и 2-я часть статьи 1451 (по изд. 1866) постановляетъ:

(Пунктъ 1). «Наказаніе смягчается тремя степенями въ случаѣ когда убійство незаконнорожденныхъ сына или дочери совершено матерью отъ стыда или страха, при самомъ рожденіи младенца, (пунктъ 2) если при семъ не будетъ, однако доказано, что она была уже прежде виновна въ томъ же преступленіи (пунктъ 3-й). Когда же дѣтоубійство сего рода было непредумышленно, виновная въ ономъ женщина, особенно если она незамужняя и разрѣшилась отъ бремени въ первый разъ, подвергается токмо:

лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ на поселеніе въ отдаленныя или менѣе отдаленныя мѣста Сибири».

При этомъ въ проектѣ Уложенія, въ видѣ объясненія данной статьи, было сказано:

«Мы однакожъ признали необходимымъ смягчить наказаніе въ томъ случаѣ, когда женщина убиваетъ своего незаконнорожденнаго младенца, при самомъ его рожденіи, отъ стыда или страха. Положеніе виновной въ томъ женщины есть необыкновенное и часто она, терзаемая стыдомъ, страхомъ, угрызеніемъ совѣсти и изнуренная тѣлесными страданіями, почти лишается разсудка и, слѣдовательно, покушается на ужасное преступленіе безъ яснаго объ ономъ предъ самой собою сознанія. Смягченія сего рода допускаются во всѣхъ лучшихъ иностранныхъ кодексахъ».

196. Такимъ образомъ дѣтоубійство выдѣлилось изъ обыкновеннаго убійства; но въ силу какихъ соображеній произо-

шло это выдѣленіе, какова была исходная точка, съ которой посмотрѣло наше законодательство на это преступленіе?

Разсматривая въ этомъ отношеніи содержаніе статьи 1451, нельзя не замѣтить неточность ея редакціи, противорѣчащей какъ самому содержанію статьи, такъ и приведеннымъ нами выше объясненіемъ ея редакторовъ. Уложеніе сочло необходимымъ указать въ самомъ текстѣ на мотивъ преступленія: «отъ стыда или страха», и придало этому указанію форму, имѣющую характеръ строго ограничительный, а между тѣмъ этотъ мотивъ вовсе не имѣетъ того исчерпывающаго значенія, какое придавалъ ему Фейербахъ и его послѣдователи, а напротивъ того, приведенъ только въ видѣ примѣра.

Доказательствомъ для этого можетъ служить: во-первыхъ, неопредѣленность самаго выраженія «отъ стыда или страха»; во-вторыхъ, отсутствіе въ нашемъ законѣ такихъ положеній, которыя при послѣдовательномъ проведеніи фейербаховской теоріи являлись безусловно-необходимыми элементами состава дѣтоубійства, а именно скрытія беременности, родовъ и трупа; въ третьихъ, объясненіе самихъ редакторовъ изъ котораго видно, что они признавали стыдъ или страхъ только однимъ изъ возможныхъ условій ненормальнаго состоянія родильницы. Наконецъ въ томъ же смыслѣ, сколько мнѣ извѣстно, смотрѣла на эти постановленія и наша практика (напр. по дѣлу Артемьевой, Керваненъ).

Въ виду этихъ соображеній я считаю въ правѣ сдѣлать такой выводъ, что основанія созданія 2-й части ст. 1451 (ratio legis) нужно выводить не изъ указаній ст. 1451, а изъ самаго состава преступленія и изъ объясненій редакторовъ. *Это основаніе заключается въ предположеніи ненормальнаго психическаго состоянія виновной въ моментъ совершенія преступленія* [24]). При этомъ причины подобнаго состоянія ко-

[24]) Противоположное мнѣніе высказываетъ г. Лохвицкій, Курсъ стр. 500. Онъ ставитъ *третьимъ условіемъ* дѣтоубійства мотивы стыда и страха, но не подкрѣпляетъ это никакими доказательствами. Онъ говоритъ даже, что стыдъ и страхъ должны быть доказаны, а между тѣмъ самъ же онъ далѣе находитъ, что въ проектѣ говорится не

ренятся не только въ патологическомъ состояніи организма матери, въ родильныхъ мукахъ и возникающемъ оттого разстройствѣ нервной системы, но въ особенности въ тѣхъ психическихъ условіяхъ, которыя, вліяя на первое, усугубляютъ его дѣйствіе, какъ напр. при дѣтоубійствѣ по внезапному побужденію (п. 3), или даже въ однихъ послѣднихъ условіяхъ, въ отсутствіи, такъ сказать, зловредности мотивовъ, какъ напр. при дѣтоубійствѣ предумышленномъ, хотя относительное значеніе этихъ причинъ физіологическихъ и психическихъ весьма различно: при наличности однихъ послѣднихъ наказаніе смягчается только на одну степень (1 п. 2 ч 1451 сравнительно съ ст. 1454), а при совокупности ихъ съ физіологическими условіями на 4 или даже на 5 степеней (3 п. 2 ч. 1451 и ст. 1455).

Сообразно съ этою исходною точкою опредѣляетъ наше Уложеніе и составъ самаго преступленія, но прежде разбора этого состава необходимо рѣшить вопросъ въ высшей степени важный, именно *о мѣстѣ*, занимаемомъ дѣтоубійствомъ въ системѣ преступленій противъ жизни по Уложенію, такъ какъ редакція разсматриваемыхъ нами статей весьма неудовлетворительна

197. Весь вопросъ заключается въ томъ: есть ли дѣтоубійство подвидовое или видовое понятіе убійства, т. е. есть ли оно *одинъ изъ самостоятельныхъ видовъ* убійства, квалифицированныхъ вслѣдствіе особыхъ отношеній жертвы преступленія къ его виновнику, или же оно представляетъ *подраздѣленіе одного изъ такихъ видовъ?* Если мы примемъ первое

только о моральныхъ, но и о физическихъ страданіяхъ. Любавскій, о дѣтоубійствѣ Ю. В. 1863 стр. 19, также говоритъ: «утаиваніе беременности, рожденія и убитаго дитяти, предполагаются *существенными условіями* этого преступленія и выводятся изъ ясно опредѣленнаго закономъ мотива, но за утаиваніе беременности и родовъ не полагается особеннаго наказанія». Но это положеніе какъ, и вообще вся статья г. Любавскаго никакого научнаго значенія не имѣетъ и высказана безъ всякихъ основаній.

предположеніе, то отсутствіе какого либо изъ характеристи ческихъ признаковъ, придающихъ данному дѣянію видовую особенность, переведетъ это дѣяніе въ общую массу *родовыхъ* случаевъ; или, другими словами, сдѣлаетъ его обыкновеннымъ, а не квалифицированнымъ убійствомъ, если же мы согласимся со вторымъ, то отсутствіе тѣхъ спеціальныхъ признаковъ, которые характеризуютъ данное дѣяніе, какъ подраздѣленіе извѣстнаго вида, введетъ это дѣяніе въ общую массу этихъ *видовыхъ* случаевъ убійства, и уже только отсутствіе спеціальныхъ видовыхъ признаковъ дастъ право примѣнить къ нему общія постановленія, относящіяся къ *родовому* понятію.

Слѣдовательно, если мы представимъ себѣ, что законъ особо квалифицируетъ тѣ виды убійства, въ которыхъ между виновнымъ и жертвою существуетъ особенная связь, какъ убійство восходящихъ, нисходящихъ, боковыхъ родственниковъ до извѣстной степени и т. д., какъ это дѣлаетъ 1 часть 1451 статьи нашего Уложенія, а затѣмъ изъ этого уже вида выдѣляетъ, какъ спеціальное подраздѣленіе, убійство матерью незаконнаго ребенка въ моментъ родовъ, т. е. къ видовому признаку «родственныхъ отношеній» присоединяетъ еще особенные, болѣе спеціальные признаки, относящіеся къ субъекту преступленія, то въ такомъ случаѣ не существованіе какого либо изъ этихъ спеціальныхъ признаковъ, не уничтожаетъ еще исключительнаго положенія даннаго дѣянія, такъ какъ оно не уничтожаетъ еще eo ipso основнаго видоваго признака. Поэтому убійство незаконноприжитаго младенца, въ моментъ рожденія, но совершенное не матерью, а другимъ лицемъ, указаннымъ въ 1 ч. 1451 ст., или, наоборотъ, совершенное матерью надъ незаконнорожденнымъ младенцемъ, но не во время родовъ, хотя и не заключало бы въ себѣ того или другаго изъ спеціальныхъ подвидовыхъ признаковъ, но не уничтожало бы само по себѣ существованія въ немъ видовыхъ признаковъ и, слѣдовательно, наказывалось бы, въ случаѣ предумышленности, по 1 части 1451 статьи—пожизненною каторгою, а при умыслѣ внезапномъ по 2 ч. 1455, каторгою отъ

12—15 лѣтъ. Если же мы, напротивъ, допустимъ, что убійство незаконноприжитаго ребенка, совершенное его матерью, въ моментъ родовъ, есть одинъ изъ видовъ родоваго понятія убійства, выдѣляемый въ силу особаго психическаго состоянія виновной въ моментъ преступленія, то, при отсутствіи какого либо изъ спеціальныхъ признаковъ, оно подходило бы подъ понятіе обыкновеннаго убійства и наказывалось бы въ случаѣ предумышленія по стат. 1454, каторгою отъ 12—15 лѣтъ, а при внезапномъ умыслѣ по 1 ч. 1455, каторгою отъ 10—12, разумѣется, если въ данномъ дѣяніи не будетъ какихъ либо иныхъ, спеціальныхъ признаковъ, подводящихъ его подъ какое либо иное видовое понятіе, напр. родственныхъ отношеній, особеннаго способа совершенія и т. п. Такимъ образомъ практическая важность этого вопроса вполнѣ очевидна.

Какъ же смотритъ на это наше Уложеніе? Очевидно, что его разрѣшеніе тѣсно связано съ другимъ вопросомъ, болѣе общимъ и разсмотрѣннымъ мною ранѣе, а именно о томъ: какъ смотритъ законъ на убійство незаконнорожденныхъ лицъ, находящихся въ кровномъ родствѣ съ его матерью или съ его естественнымъ отцемъ, и заключается ли въ подобномъ убійствѣ то условіе «родственныхъ отношеній», о которыхъ говорится въ 1 части 1451 статьи.? Я отвѣтилъ (глава 2, № 253) на этотъ вопросъ отрицательно и нашелъ, что сообразно съ духомъ нашего законодательства, для признака «родственныхъ отношеній» квалифицирующаго дѣянія, указанныя въ 1 ч. 1451 ст. и во 2 ч. 1455, необходима наличность и юридическаго, а не одного только кровнаго родства, и слѣдовательно, убійство, совершенное незаконнорожденнымъ надъ его родственникомъ по крови, будетъ наказываться по 1454 и 1 ч. 1455 и что тоже правило должно быть примѣнено и въ томъ случаѣ, гдѣ объектомъ является незаконнорожденный, а субъектами какіе либо его родственники по крови. Но можетъ-ли измѣниться рѣшеніе вопроса, если притомъ самое убійство ребенка будетъ сдѣлано при самомъ его рожденіи? Здѣсь могутъ быть два случая: самое убійство будетъ совершено матерью младенца или какими либо другими ли-

цами, находящимися въ кровномъ родствѣ съ младенцемъ. Въ послѣднемъ случаѣ не можетъ быть и сомнѣнія, что убійство должно быть признаваемо не квалифицированнымъ, а простымъ, потому что данный случай не можетъ быть подведенъ не подъ 2 ч. 1451 статьи, такъ какъ субъектомъ преступленія является не мать, ни подъ 1 ч. 1451, такъ какъ здѣсь нѣтъ родственныхъ отношеній въ строго юридическомъ смыслѣ. Несравненно труднѣе дать такое же рѣшеніе въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ субъектомъ была мать. Законъ смягчаетъ наказаніе на три степени, но съ однимъ условіемъ—что бы она не была уже виновна въ томъ же преступленіи, иначе она подлежитъ каторжной работѣ безъ срока, т. е. наказывается какъ за убійство квалифицированное. Но гдѣ же причина этой *квалификаціи*? Очевидно она лежитъ только въ особенныхъ отношеніяхъ жертвы и виновной, такъ какъ совокупность преступленій, о которой здѣсь говорится, не имѣетъ по Уложенію подобнаго значенія. Въ такомъ случаѣ, разумѣется эта причина не можетъ уничтожиться, каковъ бы ни былъ возрастъ младенца и логическое толкованіе закона, вытекающее изъ буквальнаго пониманія его текста должно подводить подъ понятіе родственнаго убійства всякое убійство матерью ея незаконноприжитаго ребенка, каковъ бы ни былъ его возрастъ. Это толкованіе, какъ я сказалъ, вытекаетъ изъ буквальнаго пониманія закона, но мнѣ казалось бы болѣе правильнымъ руководствоваться и здѣсь преимущественно духомъ закона, его общимъ взглядомъ на родственныя отношенія. Если законъ для квалификаціи убійства по родственнымъ отношеніямъ считаетъ необходимымъ родство юридическое, а не кровное, распространяя это даже и на случаи убійства дѣтьми ихъ родителей по плоти, но не по закону, то нѣтъ никакой причины отступать отъ общаго правила въ случаѣ убійства матерью ея незаконныхъ дѣтей, нѣтъ *юридическаго* основанія выдѣлять отношенія матери къ дѣтямъ изъ ряда другихъ отношеній, о которыхъ говоритъ 1 часть ст. 1451.

Такимъ образомъ я признаю, что въ этомъ отношеніи редакція 2-й части 1451 ст. чрезвычайно не точна, что мѣсто, отведенное ей, выбрано чрезвычайно неудачно, что *дѣтоубійство въ техническомъ смыслѣ, не только въ теоріи, но и по нашему законодательству составляетъ видовое, а не подвидовое дѣленіе убійства*, что поэтому, при отсутствіи какаго либо изъ спеціальныхъ признаковъ, должны быть примѣняемы общія постановленія объ убійствѣ, если только наличность какихъ либо иныхъ признаковъ не даетъ права подвести это дѣяніе подъ какое либо другое видовое понятіе [25]).

198. Но если дѣтоубійство и не можетъ быть признано подраздѣленіемъ убійства родственнаго, то во всякомъ случаѣ оно есть преступленіе видовое, а не родовое, поэтому и при анализѣ его я буду касаться только его характеристическихъ признаковъ и тѣхъ измѣненій, которыя вносятъ они въ общій составъ преступнаго лишенія жизни.

Дѣтоубійство въ томъ техническомъ смыслѣ, который придается этому слову новѣйшими законодательствами есть одинъ изъ видовъ дѣтоубійства въ общеупотребительномъ значеніи этого выраженія, точно также и наше Уложеніе не придаетъ этому слову исключительнаго значеніе юридическаго термина, но само, говоря о немъ, выражается: «дѣтоубійство *сего рода*» [26]).

---

[25]) Иначе смотритъ на это, какъ кажется, наша практика, такъ по крайней мѣрѣ можно заключить изъ старой практики по дѣлу Зайцевой, обвиняемой въ утопленіи своей незаконноприжитой, 3-хъ мѣсячной дочери, гдѣ всѣ суды, начиная отъ уголовной палаты и до Государственнаго Совѣта, подводили ея преступленіе подъ 2 ч. 1455 ст. Ж. М. Ю. 1866 № 3. Что касается до новой практики, то въ «Судебномъ Вѣстникѣ» 1868 г., №№ 167—8, хотя и было помѣщено дѣло объ утопленіи крестьянкою Тереховою ея незаконнорожденной дочери, но въ обвинительномъ актѣ, къ сожалѣнію, не помѣщено указаніе статей, подъ которыя подводила Московская судебная палата это дѣйствіе; впрочемъ по вопросамъ поставленнымъ присяжнымъ, можно предположить что судъ видѣлъ здѣсь родственное убійство.

[26]) Наша практика дѣйствительно и называла дѣтоубійствомъ вообще убійство дѣтей ихъ родителями. См. дѣло Байкаловой Ж. М. Ю. 1860 г.

Въ этомъ смыслѣ дѣтоубійство есть умышленное или неосторожное лишеніе жизни матерью младенца незаконнорожденнаго и въ моментъ рожденія, такъ что главныя особенности и ограниченія относятся къ субъекту и объекту приступленія.

199. По отношенію къ субъекту наше Уложеніе допускаетъ существенное ограниченіе: *имъ можетъ быть только мать младенца.* Ставя дѣтоубійство въ число привилегированныхъ преступленій, вслѣдствіе особеннаго психическаго состоянія виновной, оно разумѣется не можетъ, подобно средневѣковымъ законодательствамъ, безразлично признавать субъектомъ его отца или мать, или, подобно французскому, даже всякое постороннее лицо. За то Уложеніе не различаетъ была ли виновная—дѣвушка, вдова или женщина замужняя оно называетъ ее общимъ именемъ женщины; особенность ея состоянія имѣетъ только вліяніе, какъ мы увидимъ далѣе, на опредѣленіе мѣры наказанія.

На этомъ основаніи, по точному смыслу Уложенія, субъектомъ даннаго преступленія *можетъ быть и лице, уже имѣвшее незаконныхъ дѣтей или даже и публичная женщина.* Въ самомъ дѣлѣ можно ли сказать, что подобная женщина никогда не будетъ поставлена въ то исключительное положеніе, которое заставляетъ законодателя снисходительно отнестись къ дѣтоубійству? Можно ли утверждать, что проститутка не подлежитъ тѣмъ же физическимъ законамъ, какъ и всякая женщина, что ея нервная система, подъ вліяніемъ родовыхъ мукъ, не будетъ потрясена и не можетъ довести ее до дѣйствій почти безсознательныхъ. «Можно-ли, справедливо говоритъ Клейстъ [27]), оспоривать возможность проявленія, даже и въ такъ глубоко-падшемъ существѣ, какъ публичная женщина, чистыхъ и прекрасныхъ чувствъ. Въ подобныя мгновенія ясно обрисовывается въ ея сознаніи отверженность ея жизни, во всѣхъ ея ужасающихъ размѣрахъ. Она слишкомъ

[27]) В. с., стр. 27 и сл.

хорошо знаетъ, что принадлежитъ къ отребьямъ человѣческаго общества, что она не можетъ имѣть никакого притязанія на уваженіе другихъ, что она должна даже презирать себя; она знаетъ также, что дитя, котораго она носитъ подъ сердцемъ, унаслѣдуетъ пятно, лежащее на ней, подвергнется тому же презрѣнію; она невольно можетъ сказать себѣ, что ея, неимѣющее отца дитя, неминуемо достанется въ добычу пороку и несчастію, что съ самаго ранняго дѣтства оно будетъ имѣть предъ собою, въ видѣ образца, грязную жизнь матери и среды, ея окружающей; у ней нѣтъ средствъ помѣстить дитя въ чужомъ домѣ, да и кто же захочетъ взять къ себѣ дитя падшей женщины! Неоднократно повторяясь, терзаютъ ее подобныя мысли; наконецъ, приближается время родовъ и съ удвоенною силою возобновляются предъ ней мучительные образы и являютъ предъ ея затемненнымъ сознаніемъ смерть дитяти—благодѣяніемъ для него. Она покоряется безнадежной рѣшимости и выполняетъ мелькнувшую идею». Въ виду этихъ, болѣе или менѣе безспорныхъ соображеній, даже теоретики, придававшіе исключительное значеніе при дѣтоубійствѣ—мотивамъ стыда и страха предъ общественнымъ мнѣніемъ, не рѣшились на послѣдовательное проведеніе своего взгляда и не отказывали въ снисхожденіи даже проституированной родильницѣ [28]). Тѣмъ менѣе можно дать подобное толкованіе нашему Уложенію [29]), если мы даже и со-

[28]) Такъ напр. Гансъ, в. с., стр. 32, говоритъ, что даже и проституированная можетъ убить свое дитя ради чувства чести и стыда. Фейербахъ, Lehrbuch, слегка касается этого вопроса, но баварское уложеніе 1813 года даже усиливаетъ наказаніе, если виновная была «öffentliche Hure». Подробнѣе объ этомъ см. Миттермайръ, N. A. VII, стр. 41.

[29]) Г. Лохвицкій, в. с. стр. 500—501, насколько можно понять его довольно неопредѣленныя выраженія, отказываетъ въ возможности чувства стыда или страха не только проституированной, но и всякой женщинѣ, имѣвшей незаконнаго ребенка, и такимъ образомъ выдѣляетъ ихъ изъ возможныхъ субъектовъ дѣтоубійства по Уложенію, но нечего и говорить, что какихъ либо доказательствъ этого, чуть ли не средневѣковаго взгляда, не представляетъ.

гласимся, что выраженія «стыдъ и страхъ» имѣютъ исчерпывающее значеніе, если мы и не признаемъ въ падшей женщинѣ возможности мотива стыда, то во всякомъ случаѣ мы не можемъ оспоривать въ ней возможности чувства страха, страха напр. за будущность малютки, а по моему мнѣнію, изложенному выше, мы не имѣемъ даже права придавать Уложенію и эту ограниченность исходной точки.

200. Несравненно сложнѣе и труднѣе становится вопросъ о субъектѣ въ томъ случаѣ, когда имъ является не одно лице, а цѣлая сумма лицъ, дѣйствующихъ по взаимному уговору, хотя нельзя не прибавить, что здѣсь мы имѣетъ дѣло съ частнымъ случаемъ, подходящимъ подъ вопросъ, также уже мною разобранный (см. глава 2-я № 155, 156), такъ что и самое рѣшеніе его должно быть сдѣлано на тѣхъ же основаніяхъ.

Такимъ образомъ, оставляя въ сторонѣ тѣ случаи, гдѣ виновные дѣйствовали сономъ и гдѣ по общему правилу каждый отвѣчаетъ только за дѣяніе имъ совершенное и при соучастіи по предварительному соглашенію отвѣтственность должна имѣть индивидуальный характеръ.

При этомъ здѣсь могутъ быть слѣдующіе роды случаевъ:

Дѣтоубійство можетъ быть учинено матерью по соглашенію съ другими лицами, дѣйствующими или въ качествѣ пособниковъ или главныхъ виновниковъ, будутъ ли они подстрекатели, зачинщики или сообщники.

Убійство младенца можетъ быть совершено не матерью, а другими лицами, но по соглашенію съ матерью, при чемъ послѣдняя можетъ быть или также главною виновницею, или только пособницею.

Съ теоретической точки зрѣнія вопросъ этотъ разрѣшается не особенно трудно. Особенное психическое состояніе, заставляющее законодателя снисходительно отнестись къ дѣтоубійству, есть конечно чисто-личное, присущее самому субъекту дѣйствующему, а не дѣянію, и, какъ всякое личное отношеніе, оно главнымъ образомъ вліяетъ не на фактъ, а на

наказуемость. Дѣтоубійство есть во всякомъ случаѣ лишеніе жизни человѣческаго существа и подвергаетъ всѣхъ виновниковъ отвѣтственности за это преступленіе на основаніи закона. Если законодатель снисходительно смотритъ на нѣкоторыхъ изъ дѣйствующихъ лицъ, имѣющихъ извѣстныя, опредѣленныя условія, *то эти условія суть чисто-личныя и не распространяются на другихъ участниковъ*, въ какой бы формѣ не выражалась ихъ дѣятельность, какое бы значеніе она не имѣла [30]).

Слѣдовательно, отецъ, уговорившій свою дочь лишить жизни ея новорожденное дитя, въ моментъ рожденія, сестра, участвовавшая вмѣстѣ съ родильницею въ задушеніи ея ребенка, повивальная бабка, указавшая ей на возможность лишить жизни посредствомъ оставленія ребенка въ смертельной для него низкой температурѣ—будутъ виновны въ подстрекательствѣ, сообщничествѣ (совиновничествѣ) или пособничествѣ не къ дѣтоубійству, а къ обыкновенному убійству, совершенному съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ или безъ онаго, смотря по обстоятельствамъ даннаго случая [31]).

---

[30]) Въ этомъ же смыслѣ рѣшаютъ вопросъ: Бернеръ, Гельшнеръ. (System II Theil, 1868, стр. 114), Кестлинъ (System, 1855, стр. 283 и сл.), Абеггъ (Lehrbuch, § 251), нельзя не указать на гуманный взглядъ Гефтера (Lehrbuch, § 261), который признаетъ, что снисхожденіе, оказываемое матери, можетъ имѣть вліяніе на судьбу соучастниковъ, только тогда и на столько, на сколько они (напр. близкіе родственники) дѣйствовали въ интересахъ родильницы и ограничивались пособіемъ къ осуществленію ея цѣли. Но этотъ взглядъ не можетъ имѣть практическаго примѣненія къ нашему Уложенію, такъ какъ оно предполагаетъ необходимымъ условіемъ дѣтоубійства ненормальное психическое состояніе родильницы, происходящее отъ родовъ, условіе, которое не можетъ быть никакъ распространено на соучастниковъ. См. объ этомъ Клейстъ, в. с., стр. 30—37.

[31]) Нѣкоторыя нѣмецкія законодательства нашли даже необходимымъ выразить это въ законѣ: такъ Пруссія, § 181, постановляетъ, что если преступленіе совершено какимъ либо другимъ лицемъ, а не матерью, или если это лицо принимало участіе въ дѣтоубійствѣ, то оно наказывается на основаніи общихъ положеній объ убійствѣ, то же повторяетъ баварское уложеніе 1861 года, § 231. Баденское уложе-

Съ другой стороны, родильница, уговорившая свою мать убить только что родившагося ея ребенка, что тою и было выполнено, или склонившаяся на убѣжденія своего обольстителя и вмѣстѣ съ нимъ нанесшая своему младенцу раны, бывшія причиною его смерти, или подавшая зазнаемо ножъ, случайно попавшійся ей при родахъ, ея сослуживицѣ, предложившей ей свои услуги, если только младенецъ былъ незаконнорожденный, если посягательство на его жизнь было сдѣлано при самомъ рожденіи, должна быть признана подстрекательницею, сообщницею или пособницею къ дѣтоубійству, а не къ убійству, несмотря на то, что самый фактъ убійства былъ выполненъ не ею. Она все-таки находилась въ томъ именно психическомъ состояніи, которое законъ предполагаетъ ненормальнымъ и въ силу котораго снисходительно относится къ виновной. Нѣтъ никакой причины, по которой бы мать, бывшая подстрекательницею къ убійству своего младенца, не имѣвшая рѣшимости лично выполнить злодѣяніе, покорившаяся упрекамъ и угрозамъ другаго лица, служившая орудіемъ и даже, можетъ быть, весьма отдаленнымъ для выполненія чужихъ замысловъ—наказывалась бы сильнѣе той, у которой достало рѣшимости и силы преступной воли самой обдумать и выполнить злодѣяніе. Во всѣхъ этихъ случаяхъ базисомъ наказанія должно быть наказаніе, полагаемое въ законѣ за дѣтоубійство, а мѣра его должна сообразоваться съ характеромъ и степенью участія виновницы, сообразно общимъ правиламъ Уложенія [32]). Противное мнѣніе вело бы

женіе §§ 222, 223 замѣняетъ въ этомъ случаѣ смертную казнь пожизненною каторгою и сокращаетъ сроки временной каторги. Новое сѣверо-германское уложеніе, хотя и не содержитъ никакихъ спеціальныхъ указаній, но это же толкованіе вытекаетъ изъ существа его воззрѣній на соучастіе.

[32]) См. практическіе случаи этого рода: Anstiftung eines Dritten zum Kindermord durch die uneheliche Mutter selbst, G, A. B. IX, стр. 592. Marzinowsky. Über die Theilnahme am Kindermord. G, A. XI стр. 743. Опенгофъ, das Strafgesetzbuch für die preussichen Staaten, § 180, пр. 15. Hälschner, System. § 113.

къ неразрѣшимымъ противорѣчіямъ: пособница къ убійству своего новорожденнаго младенца, принимавшая участіе подъ вліяніемъ родовыхъ мукъ, хотя бы притомъ ея содѣйствіе и не было необходимо, если убійство было не предумышленно, подлежала бы на основаніи 121 и 1455 ст. каторжной работѣ отъ 8—10 лѣтъ, а выполнившая лично преступленіе при тѣхъ же условіяхъ ссылкѣ на поселеніе (3 п. 2 ч. 1451 ст.).

Разумѣется, при этомъ примѣняются всѣ общія правила о соучастіи. Но необходимо, чтобы тѣ особенныя условія, которыя характеризуютъ дѣтоубійство, существовали въ моментъ участія виновной, хотя бы ихъ и не было при самомъ исполненіи преступленія. Поэтому родильница, подстрекнувшая при самомъ рожденіи младенца, другое лицо убить его, подвергается отвѣтственности за дѣтоубійство, хотя бы самое преступленіе было выполнено послѣ того срока, который считаетъ законъ необходимымъ для понятія даннаго преступленія, если младенецъ былъ, напримѣръ, унесенъ отъ матери и она не знала объ его существованіи. Но очевидно, что подстрекательство со стороны матери, оставшееся невыполненнымъ и потомъ снова и съ успѣхомъ повторенное по истеченіи пяти или шести дней послѣ родовъ, будетъ подстрекательствомъ къ убійству, но не къ дѣтоубійству.

Тотъ же выводъ нужно сдѣлать и въ томъ случаѣ, когда подстрекательство со стороны матери малютки было сдѣлано задолго до наступленія родовъ, слѣдовательно, до наступленія родильнаго разстройства—если только это было подстрекательствомъ убить ея незаконнорожденнаго ребенка при самомъ его рожденіи. Точно также и въ этомъ случаѣ могутъ быть тѣ же побудительныя причины и мотивы, которые вызываютъ снисхожденіе закона, хотя и менѣе значительное, чѣмъ въ предъидущемъ примѣрѣ. Здѣсь будетъ также подстрекательство къ дѣтоубійству, но только заранѣе обдуманному.

201. Болѣе сложнымъ является вопросъ объ объектѣ даннаго преступленія, о тѣхъ условіяхъ, которыя требуютъ отъ

него, хотя и здѣсь мы не должны забывать, что дѣтоубійство есть одинъ изъ видовъ убійства и что слѣдовательно мы должны имѣть въ виду только спеціальные признаки, характеризующіе дѣтоубійство.

Дѣтоубійство по отношенію къ объекту есть посягательство на жизнь младенца, прижитаго внѣ брака и притомъ посягательство, совершенное при самомъ рожденіи младенца.

Такимъ образомъ младенецъ, какъ и вообще объектъ убійства *долженъ обладать жизнью въ моментъ преступнаго посягательства*. Ранѣе, а именно въ главѣ первой №№ 10 и сл., я подробно разобралъ ученіе объ этомъ элементѣ состава убійства, обращая особенное вниманіе на его спеціальный видъ—дѣтоубійство. Здѣсь я только вкратцѣ замѣчу, что, въ противоположность убійству взрослаго лица, эта жизненность младенца при дѣтоубійствѣ должна быть точно обслѣдована въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, что самое констатированіе жизни не принадлежитъ исключительно судьѣ, а въ большей части случаевъ есть дѣло медика-эксперта, такъ какъ самые признаки жизни—суть признаки физіологическіе. Притомъ я старался доказать, (№ 12 и 13) что съ точки зрѣнія права уголовнаго никакимъ образомъ нельзя принять отожествленіе жизни съ дыханіемъ, какъ дѣлаетъ это нерѣдко судебная медицина, что этому противорѣчатъ случаи убійства младенца, находящагося въ состояніи мнимой смерти, а въ особенности убійство, совершенное въ самый моментъ родовъ, прежде чѣмъ началось дыханіе младенца.

Впрочемъ нельзя не прибавить, что это оспариваемое мною ученіе не столько неправильно, сколько односторонне,—дыханіе есть разумѣется существенное условіе жизни, и его прекращеніе влечетъ смерть, и что какъ скоро мы докажемъ, что ребенокъ дышалъ, то мы можемъ утверждать, что онъ жилъ, но отсюда нельзя сдѣлать другаго, противуположнаго вывода, что ребенокъ не дышавшій — не жилъ.

202. Но даже и тамъ. гдѣ дыханіе существовало—вопросъ объ его констатированіи представляетъ значительныя затрудненія, такъ что я считаю нелишнимъ сгруппировать тѣ данныя, которыя можетъ дать судьѣ медицинская экспертиза, какъ удостовѣреніе дыханія ребенка и слѣдовательно его жизни, причемъ очевидно, что эта экспертиза можетъ имѣть главное значеніе тогда, когда существуетъ самый трупъ младенца. Отсутствіе трупа дѣлаетъ возстановленіе объективнаго состава преступленія въ высшей степени затруднительнымъ. Преступленія этаго рода совершаются большею частью въ полномъ уединеніи, безъ свидѣтелей, могущихъ удостовѣрить жизненность ребенка, собственное сознаніе матери, ея удостовѣреніе въ томъ, что ребенокъ жилъ, дышалъ и двигался—должно быть принимаемо съ крайнею осторожностью, такъ какъ опытъ указалъ, что слишкомъ часто эти показанія оказывались несостоятельными, что ея психическое состояніе не давало ей возможности сознавать совершавшееся вокругъ нея и нерѣдко медикъ [33]), вскрывавшій трупъ, представлялъ несомнѣнныя данныя, освобождавшія подсудимую отъ отвѣтственности—смерть ребенка даже до родовъ, вопреки клятвеннымъ завѣреніямъ самой подсудимой, завѣреніямъ, навлекавшимъ на нее всю тяжесть уголовной кары. Также мало могутъ имѣть положительнаго значенія въ этихъ случаяхъ и другія, такъ называемыя косвенныя доказательства, добываемыя медицинскою экспертизою, какъ напр. паденія и удары до родовъ, характеръ родовъ, мѣсто и т. п. Указанія врача въ этомъ случаѣ будутъ имѣть только отрицательное значеніе: осмотръ матери, мѣста родовъ, обстоятельствъ ихъ сопровождавшихъ можетъ дать несомнѣнныя доказательства, что ребенокъ былъ рожденъ слишкомъ рано или не могъ быть рожденъ живымъ, но ни въ какомъ случаѣ не даетъ права сдѣлать обратное заключеніе, т. е. предположить, что ребенокъ былъ живъ. Только въ весьма немногихъ случаяхъ можетъ судья, несмотря на отсутствіе трупа, признать существованіе полнаго состава преступленія—признать жизненность младенца во время совершенія преступнаго акта; въ

[33]) Ср. любопытный случай у Osenbrüggen'a Kasuistik № 45.

большей же части, руководствуясь основнымъ положеніемъ уголовнаго права: in dubio — in mitius, онъ долженъ признать обвиненіе въ дѣтоубійствѣ недоказаннымъ и развѣ только допустить виновность въ скрытіи трупа мертворожденнаго ребенка [34]).

Существенное значеніе получаетъ здѣсь вскрытіе трупа. Воздухъ, проникая при дыханіи въ организмъ младенца, производитъ въ немъ цѣлый рядъ физіологическихъ и анатомическихъ измѣненій, легко распознаваемыхъ не только опытнымъ взглядомъ спеціалиста, но иногда даже очевидныхъ и для не спеціалистовъ [35]). Особенное значеніе при этомъ получаетъ измѣненіе грудной полости, а въ особенности наглядно отпечатлѣвается дыханіе на состояніи легкихъ. Вслѣдствіе проникапія воздуха въ легочные пузырьки, ткань ихъ растягивается, объемъ ихъ увеличивается, такъ что они измѣняютъ свое положеніе—покрываютъ собой грудобрюшную преграду; въ силу того же проникновенія воздухомъ легкія изъ органа сжатаго, въ которомъ простой глазъ не въ состояніи отдѣлить клѣточки одну отъ другой, дѣлаются рыхлымъ, губчатымъ и упругимъ, пузырьки легкаго дѣлаются явственно раздѣльными, и вслѣдствіе частью того же измѣненія ткани, частью вслѣдствіе обильнаго прилива къ легкимъ крови, измѣняется ихъ цвѣтъ и изъ темно-бураго, или буровато-краснаго, однообразнаго по всей поверхности, дѣлается свѣтло-краснымъ или даже свѣже-розовымъ, распредѣленнымъ неравномѣрно, а тѣнями, и представляетъ какъ бы мраморную поверхность. Анатомическій ножъ при разрѣзываніи проникаетъ въ ткань легкаго сравнительно легко, при чемъ слышится легкій трескъ и выступаетъ въ изобиліи кровь. Вслѣдствіе прилива крови и притока воздуха увеличивается абсолютный вѣсъ легкихъ, а въ то же время, вслѣдствіе проникновенія ихъ воздухомъ, удѣльный вѣсъ уменьшается и дѣлается легче воды, такъ что легкія плаваютъ въ водѣ. Подобныя же видоизмѣненія происходятъ въ состояніе печени, пищеварительныхъ органовъ и т. п. [36]).

Разумѣется чѣмъ сильнѣе, чѣмъ долѣе дышалъ младенецъ, тѣмъ нагляднѣе будутъ и измѣненія, произведенныя дыханіемъ въ его организмѣ. При этомъ очевидно также, что ихъ оцѣнка будетъ тѣмъ вѣрнѣе, чѣмъ полнѣе она сдѣлана, такъ что чѣмъ болѣе обращаетъ врачъ вниманія только на какой либо отдѣльный признакъ, (напр. цвѣтъ, оттѣнки котораго съ трудомъ уловимы и на который сильное вліяніе имѣетъ атмосферическій воздухъ), тѣмъ возможнѣе становится ошибка. Особенную извѣстность получили въ этомъ отношеніи пробы Плуке и Райгера, какъ самые наглядные способы распознаванія дыханія [37]).

Проба Плуке (Plouquet), или такъ называемая проба легочной крови, основывается на увеличеніи абсолютнаго вѣса легкихъ, на сравненіи вѣса легкаго дышавшаго и недышавшаго. По своей легкости проба эта могла-бы, разумѣется, пріобрѣсти огромное значеніе, если бы мы только имѣли точную норму средняго вѣса легкихъ, съ которымъ могло бы быть дѣласмо сравненіе, но при отсутствіи или по крайней мѣрѣ при значительномъ колебаніи этой нормы [38]) выводы этой пробы не могутъ быть убѣдительны.

---

[34]) Весьма поучителенъ въ этомъ отношеніи процессъ Артемьевой Судебный Вѣстникъ 1866 №№ 121, 122, въ немъ весьма наглядно можно видѣть трудность возстановленія объективнаго состава преступленія при отсутствіи трупа и нельзя не признать вполнѣ справедливымъ приговоръ присяжныхъ, признавшихъ въ данномъ случаѣ только скрытіе трупа.

[35]) Внѣ моей цѣли разсматривать подробно эти признаки и дѣлать ихъ оцѣнку, я пользовался здѣсь указаніями Шауенштейна. в. с., стр. 184 и сл.; Тардьё, в. с., стр. 49 и сл. Buchner, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin 1867, стр. 371 и сл.

[36]) При дыханіи продолжавшемся болѣе долгое время, являются другіе, не менѣе важные признаки: закрытіе зародышевыхъ путей кровообращенія, засыханіе и отпаденіе пуповины, присутствіе въ желудкѣ какихъ нибудь пищеварительныхъ веществъ и т. д.

[37]) Ср. Zachariae, zur Geschichte der Lungenprobe N. A. d. Cr. R. 1840 стр. 505 подробный разборъ этого вопроса у Миттермайера G. A. VII, стр. 496 и сл.

[38]) См. Тардьё, в. с. 51—53. Не только minimum вѣса дышавшаго

Несравненно важнѣе проба Райгера (Тардье говоритъ, что она впервые была введена докторомъ Bortholin въ 1663 и Schreger'омъ въ 1682 г.), спеціально извѣстная подъ именемъ легочной пробы или пробы плаванія. Ея основанія заключаются въ измѣненіи удѣльнаго вѣса легкихъ и въ пріобрѣтаемой ими вслѣдствіе того способности плавать въ водѣ какъ во всемъ ихъ объемѣ, такъ и въ отдѣльныхъ частяхъ, если только легкое не обращено въ безформенную массу. Само собою разумѣется, что и здѣсь, чѣмъ слабѣе дышалъ ребенокъ, чѣмъ менѣе проникло воздуха въ легочные пузырьки, тѣмъ менѣе будетъ и способность легкихъ не погружаться въ воду, и если это дыханіе было неполное, то способность непогружаться будетъ присуща только нѣкоторымъ частямъ, а не всему легкому.

Долгій и упорный споръ шелъ въ судебной медицинѣ по поводу значенія этой пробы и только современная наука отвела ей надлежащее мѣсто, равно далекое и отъ той абсолютной непогрѣшимости, которую приписывали ей ея защитники, и отъ того безусловнаго порицанія, которое высказывали противники.

Если мы дѣйствительно и предположимъ, что опытъ былъ произведенъ со всевозможною точностью, какъ относительно тѣла испытуемаго, такъ и относительно среды, въ которой производится испытаніе [39]), то и въ такомъ случаѣ, какъ говоритъ Шауенштейнъ, эта проба можетъ служить только дополненіемъ анатомическихъ изслѣдованій—не болѣе, и бросать изъ за нея другія анатомически-физіологическія обслѣдованія трупа были бы совершенно не научно. Она показываетъ, что въ пузырькахъ легкаго заключается газообразное вещество, въ силу котораго удѣльный вѣсъ ихъ уменьшился, и болѣе ничего.

легкаго нерѣдко бываетъ гораздо ниже maximum'а вѣса недышавшаго легкаго, но и среднія цифры ихъ разнятся слишкомъ мало.

[39]) Наглядное описаніе способовъ производства легочной пробы и указаніе важнѣйшихъ измѣненій сдѣлано у Тардьё, в. с., стр. 54.

Но этотъ воздухъ могъ быть искуственно введенъ въ легкія посредствомъ вдуванія въ дыхательныя отверстія; легкое можетъ быть наполнено не воздухомъ, а газами, возникшими вслѣдствіе гніенія органовъ, соприкасающихся съ легкими или даже въ самыхъ легкихъ [40]); наконецъ, если это проникновеніе воздуха и было результатомъ дыханія, то это дыханіе могло быть не послѣ родовымъ, а произойти до или во время родовъ. Случаи маточнаго и влагалищнаго крика (Vagitus uterinus et vaginalis), когда оболочки яйца разорвались и околоплодныя воды вытекли до начала родовъ, встрѣчаются, хотя и довольно рѣдко [41]). Чаще бываетъ возможно дыханіе при родахъ головою, особенно сколько нибудь продолжительныхъ: какъ скоро оконечность рта или носа ребенка показались изъ устья матки, дыханіе становится возможнымъ, а ребенокъ можетъ умереть до окончанія родовъ. Хотя впрочемъ нельзя не сказать, что искуственное введеніе воздуха требуетъ весьма значительныхъ анатомическихъ познаній и почти не можетъ встрѣчаться при дѣтоубійствѣ, такъ какъ подобный поступокъ совершенно бы противорѣчилъ интересамъ виновной; что даже и не слишкомъ искусный анатомъ легко отличитъ по состоянію легкаго причину уменьшенія его удѣльнаго вѣса, отличитъ газы, бывшіе продуктомъ гніенія, отъ воздуха, проникшаго обыкновеннымъ жизненнымъ путемъ; что случаи маточнаго дыханія или дыханія во время родовъ бываютъ крайне рѣдко, а самые слѣды этого дыханія слишкомъ слабы, но, тѣмъ не менѣе, для насъ важенъ только тотъ выводъ. что во всѣхъ этихъ случаяхъ одна легочная проба оказывается совершенно недостаточною, и что только одно, болѣе или менѣе полное, анатомически-физіологическое обслѣдованіе трупа можетъ вполнѣ удостовѣрить въ томъ, что ребенокъ дышалъ.

---

[40]) Тардьё, в. с., стр. 61 и сл., приводитъ еще случаи плаванія легкихъ замерзшихъ или сохранившихся въ спиртѣ.

[41]) Шауенштейнъ, в. с., стр. 210, приводитъ случай, гдѣ ребенокъ могъ дышать въ теченіи 17 часовъ, оставаясь въ маткѣ.

203. Но разумѣется при этомъ, какъ и при убійствѣ вообще *жизненность не должна быть смѣшиваема съ жизнеспособностью.* Объектомъ дѣтоубійства можетъ быть какъ младенецъ, родившійся вполнѣ сформированнымъ и здоровымъ, такъ и недоносокъ или дитя, которое или по его анатомическому строенію или въ силу его какого либо особеннаго патологическаго состоянія, не имѣетъ способности къ дальнѣйшему продолженію жизни внѣ утробы, если только въ моментъ преступнаго посягательства онъ обладалъ жизнью. (См. объ этомъ подробнѣе главу 1-ю №№ 15—18).

204. Условія до сихъ поръ мною разсматриваемыя общи какъ по отношенію къ объекту дѣтоубійства, такъ и по къ отношенію къ объекту убійства вообще. Я теперь перехожу разсмотрѣнію спеціальныхъ условій даннаго преступленія.

Всѣ законодательства, а въ томъ числѣ и наше Уложеніе, ставятъ существеннымъ признакомъ дѣтоубійства извѣстный возрастъ умерщвленнаго младенца, или извѣстный періодъ совершенія преступленія, то-есть говоря общнѣе, ставятъ условіемъ дѣтоубійства новорожденность ребенка, хотя и по отношенію къ этому признаку мы находимъ также двѣ системы, какъ и по отношенію къ дѣтоубійству вообще.

Мы видѣли, что это преступленіе выдѣляется изъ родоваго понятія убійства или на основаніи особенныхъ качествъ объекта, или на основаніи особаго состоянія субъекта. Изъ дѣйствующихъ нынѣ законодательствъ первую систему проводитъ французское право и кодексы, сформированные по его образцу, какъ старо-бельгійскій, нидерландскій и т. д. Оно видитъ причину квалификаціи въ томъ, что младенецъ въ первый, хотя и весьма непродолжительный періодъ его бытія вовсе не окруженъ тѣми гарантіями, которыми обставляетъ законъ жизнь каждаго гражданина, такъ что преступленіе можетъ изгладить самые слѣды существованія малютки, и, сообразно съ этимъ, ставитъ условіемъ, чтобы младенецъ былъ

nouveau-né, т. е. чтобы, какъ разъяснилъ кассаціонный судъ [42]), убійство было совершено надъ младенцемъ рождающимся или во время весьма близкое къ моменту рожденія, когда его существованіе еще неизвѣстно, онъ не записанъ, напримѣръ, въ общіе гражданскіе регистры. Искуственность основнаго взгляда отразилась и на искуственности этого признака. Проводя послѣдовательно это положеніе, нельзя бы было признать новорожденнымъ младенца рождающагося или только что рожденнаго, если беременность и роды не были утаены, а произошли въ извѣстномъ мѣстѣ, въ присутствіи извѣстныхъ лицъ, такъ какъ тогда существованіе малютки не было тайною и самые слѣды его изглажены быть не могли, потому что внесеніе въ liste civile вовсе не есть моментъ, съ котораго начинается гражданская правоспособность дитяти и съ котораго онъ начинаетъ пользоваться обще-гражданскими правами и гарантіями. Съ другой стороны, законъ долженъ бы былъ признать новорожденнымъ и ребенка нѣсколькихъ мѣсяцевъ, если его существованіе было искусно скрываемо матерью, оставалось тайной не только для государства, но и для всѣхъ, и, слѣдовательно, преступленіе могло изгладить самые слѣды его существованія,—такъ что рѣшеніе вопроса могло бы быть дѣлаемо только въ каждомъ конкретномъ случаѣ [43]). Но теорія, а отчасти и судебная практика Франціи не приняли этого послѣдовательнаго, но слишкомъ искуственнаго толкованія. Эли [44]) напр., анализируя рѣшенія кассаціоннаго суда, приходитъ къ такому выводу: «что дѣтоубійство будетъ простымъ убійствомъ, какъ скоро рожденіе

---

[42]) Cass. 24 декабря 1835. 14 апрѣля 1837. См. по этому вопросу Бланшъ, в. с. т. IV, стр. 506.

[43]) Къ такому весьма послѣдовательному выводу приходитъ напр. Бланшъ, т. IV, стр. 506.

[44]) См. Эли, в. с. № 1073. Впрочемъ, у него же встрѣчаются примѣры совершенно противоположные, напримѣръ, признаніе новорожденнымъ ребенка 14 дней, а изъ рѣшенія кассаціоннаго суда 24 д. 1835 г. видно, что сомнѣніе было даже и относительно 31 дневнаго младенца.

законнымъ образомъ констатировано или, *по крайней мѣрѣ, срокъ, назначенный закономъ для подобнаго констатированія, протекъ.* Рожденіе считается тогда извѣстнымъ и покровительство закона, которымъ окружаются всѣ члены государства, бодрствуетъ надъ младенцемъ. Но срокъ объявленія рожденія — три дня, и жизнь дитяти требуетъ въ теченіе этихъ трехъ дней чрезвычайныхъ гарантій, такъ какъ она можетъ остаться неизвѣстной». Впрочемъ, нельзя не замѣтить, что это мнѣніе хотя и весьма распространенное и принятое кассаціоннымъ судомъ, не господствуетъ, однако, безусловно, потому что, какъ справедливо призналъ кассаціонный судъ [45]), рѣшеніе вопроса о новорожденности, какъ вопроса факта, принадлежитъ присяжнымъ, а не судьямъ, и даже не подлежитъ пересмотру кассаціоннаго суда.

При этомъ, какъ я уже замѣтилъ выше, французская практика подводитъ подъ понятіе nouveau-né и понятіе naissant, т. е. считаетъ дѣтоубійствомъ и убійство младенца во время самаго рожденія (pendant le travail l'accouchement), потому что понятно, что младенецъ въ эту переходную эпоху его бытія нуждается въ тѣхъ же гарантіяхъ, какъ и младенецъ новорожденный. Необходимо только, чтобы младенецъ настолько уже отдѣлился отъ утробы матери, чтобы поврежденія, бывшія причиною его смерти, были нанесены не въ утробѣ, а внѣ ея, и не подходили бы подъ понятіе avortement. Духъ закона требуетъ въ этомъ случаѣ отступленія отъ его буквальнаго смысла, требуетъ растпространительнаго толкованія для неудачно выбраннаго выраженія nouveau-né, иначе между истребленіемъ плода и дѣтоубійствомъ оставался бы цѣлый рядъ дѣяній, столь же преступныхъ, но не наказуемыхъ.

Опредѣленія, сходныя съ французскимъ, встрѣчаемъ мы и въ старыхъ нѣмецкихъ законодательствахъ. Проводя взглядъ Фейербаха, Грольмана и другихъ, баварское уложеніе 1813

[45]) Cass. 13 мар. 1856. То же призналъ прусскій Ober-Tribunal. Cass. 9 окт. 1863. Oppenhof, в. с., пр. 9, къ § 180.

года и кодексы позднѣйшіе, съ нимъ сродные, признавали единственною причиною снисхожденія къ преступницѣ—особенность мотива, вовлекшаго ее въ преступленіе, именно желаніе скрыть свое поведеніе, чтобы тѣмъ самымъ избѣжать кары общественнаго мнѣнія, кары столь строгой, что страхомъ ея парализировался самый страхъ наказанія, назначаемаго въ законѣ за посягательство на жизнь ребенка, а развивая послѣдовательно этотъ принципъ, они должны были придти, хотя и совершенно съ иной точки зрѣнія, къ тѣмъ же положеніямъ по отношенію къ разсматриваемому нами вопросу, какъ и французское право. Они должны были признать, что убіиство младенца незаконнорожденнаго его матерью, хотя бы и совершенное во время родовъ, не могло служить смягченіемъ наказанія, какъ скоро мать не смѣла и думать скрыть свой позоръ, когда ея паденіе было извѣстно обществу; а съ другой стороны, убійство взрослаго ребенка могло считаться дѣтоубійствомъ, если только въ моментъ совершенія преступленія виновная руководилась и могла руководиться тою мыслью, что, убивая младенца, она скроетъ свое несчастье, доселѣ остававшееся тайнымъ для общества, избѣгнетъ тяжести его суда. Но ни теорія [46]), ни практика не были столь послѣдовательны, и напримѣръ баварское уложеніе 1813 г., признавая ту же исходную точку, все-таки ставило вполнѣ опредѣленнымъ условіемъ преступленія — недостиженіе младенцемъ *трехдневнаго* возраста.

205. Но этотъ взглядъ былъ признанъ одностороннимъ и оставленъ и доктриною и положительнымъ правомъ, выставившимъ на первый планъ ненормальное состояніе родильницы, при которомъ вышеуказанные психическіе моменты играли хотя и важную, но не исключительную роль. Очевидно, что какъ скоро то или другое право принимало подобную теорію, оно уже должно было обращать вниманіе на то, какъ долго

[46]) О непослѣдовательности ихъ по отношенію къ разсматриваемому вопросу, см. Клейстъ, в. с., стр. 49. Подробно изложено у Геппа, 204.

продолжается это ненормальное состояніе у матери, а не на то, какого возраста достигъ младенецъ. Однимъ изъ условій преступленія должно было быть поставлено время совершенія преступленія, а не срокъ существованія младенца [47]). Но, тѣмъ не менѣе, только весьма немногіе и преимущественно новѣйшіе кодексы Германіи признали это правило, принявъ притомъ двоякую систему или точно опредѣляя этотъ срокъ: «во время родовъ или въ теченіе первыхъ 24 часовъ послѣ родовъ» (баденское, саксонское и виртембергское); или предоставляя это опредѣленіе практикѣ и сохраняя одни только общія выраженія in (während) oder gleich nach der Geburt (прусс. 180 [48]), новобаварское 1861, § 231, новое сѣверогерманское уложеніе § 217) или in der Geburt (Osterreich, § 139).

Этимъ же взглядомъ опредѣлилось и значеніе судебно-медицинскаго понятія новорожденности въ дѣйствующихъ законодательствахъ, усвоившихъ субъективную точку зрѣнія на эти преступленія. Съ этой точки зрѣнія, какъ справедливо замѣтилъ Шауенштейнъ, совершенно безразлично, содержатъ ли кишки ребенка первородный калъ или не содержатъ, начала ли засыхать пуповина или нѣтъ, такъ какъ для этой оцѣнки всего важнѣе душевное состояніе матери. Но само собою разумѣется, что эти выводы судебно-медицинской экспертизы могутъ имѣть весьма важное посредственное значеніе. При помощи этихъ данныхъ можетъ быть опредѣлено пространство времени, протекшее съ момента рожденія до момента убійства, и тѣмъ самымъ можетъ быть подкрѣплено или опровергнуто существенное условіе преступленія—ненормальное состояніе виновной въ моментъ убійства. Доказательства этой новорожденности ребенка заключаются въ цѣломъ рядѣ физіологическихъ признаковъ, въ остаткахъ зародышевой, утробной жизни, которые можно еще розыскать на трупѣ младенца [49]). Такими признаками недавности рожденія служатъ прежде всего существованіе крови на трупѣ (infans sanguinolentus, cruentatus римскаго права) [50]), остатки плодовой слизи (vernix caseosa), дѣтская опухоль, нахожденіе первороднаго кала въ прямой кишкѣ, присутствіе пуповины и ея состояніе и т. п. Обратные признаки давняго рожденія—полное отпаденіе пуповины, зарощеніе органовъ зародышеваго кровообращенія, содержаніе пищи въ желудкѣ и т. п. Разумѣется, значеніе каждаго изъ этихъ признаковъ должно быть оцѣнено въ отдѣльности въ данномъ случаѣ, такъ какъ безусловной доказательной силы ни одинъ изъ нихъ имѣть не можетъ.

Наше Уложеніе, какъ я уже не разъ указывалъ, въ своей исходной точкѣ совершенно сходится съ кодексами германскими и также сходно съ ними рѣшаетъ оно и вопросъ о новорожденности: существеннымъ, основнымъ признакомъ дѣтоубійства ставитъ оно убійство младенца *при самомъ рожденіи*.

Анализируя это условіе, мы находимъ, что Уложеніе вовсе не считаетъ необходимымъ точно опредѣлять, сколько времени жилъ младенецъ, было ли это нѣсколько минутъ или секундъ, или даже цѣлые часы,—необходимо только указать, что младенецъ былъ убитъ матерью въ то время, когда ея состояніе было ненормально, подъ вліяніемъ причинъ физическихъ и моральныхъ, затемняющихъ разсудокъ родильницы [51]). Вопросъ этотъ, очевидно не юридическій, а фактическій, выводимый изъ обстоятельствъ дѣла, на основаніи свя-

[47]) Въ особенности нужно имѣть въ виду, что смерть можетъ наступить болѣе или менѣе долгое время спустя послѣ нанесенія поврежденія. Ср. G. A. IX, стр. 817, Über dolus generalis.

[48]) Для прусскаго права, ср. Openhof, в. с., § 180, пр. 8, Halchner System, II, стр. 109.

[49]) См. Шауенштейнъ, в. с., стр. 163 и сл.; Buchner, в. с., стр. 22, § 367; Тардье, в. с., также признаетъ, что опредѣленіе новорожденности есть дѣло судьи, а не медика.

[50]) Этому признаку придаютъ особенное значеніе Касперъ и нѣкоторые другіе нѣмецкіе ученые. Дѣйствительно, при преступленіяхъ этого рода рѣдко можно представить себѣ существованіе даже самыхъ первыхъ заботъ матери о младенцѣ и смытія слѣдовъ крови, оказавшихся при рожденіи на тѣлѣ.

[51]) Это указывалъ еще Миттермайеръ в. с. стр. 315.

дѣтельскихъ показаній и мнѣній экспертовъ, а потому подлежащій и по нашему праву, какъ это признано и въ западныхъ законодательствахъ, разрѣшенію присяжныхъ, а не судей. Время совершенія убійства составляетъ въ этомъ случаѣ не обстоятельство, вліяющее на мѣру наказанія, а напротивъ, самостоятельный видовой признакъ, который, какъ и всякій признакъ, особо увеличивающій или уменьшающій виновность, долженъ быть предметомъ вопросовъ, предлагаемыхъ присяжнымъ; отрицаніе его совершенно видоизмѣняетъ характеръ виновности [52]).

206. Я указалъ выше, что многіе изъ новѣйшихъ нѣмецкихъ кодексовъ, при опредѣленіи времени обусловливающаго понятіе дѣтоубійства, сочли необходимымъ подраздѣлить его на два вида и подвести сюда не только убійство немедленно послѣ родовъ, но и во время родовъ; тоже сдѣлала и французская практика, придавъ распространительное толкованіе законному термину «новорожденнаго». Тотъ же смыслъ имѣютъ и постановленія нашего Уложенія, хотя и выбранный имъ терминъ «при самомъ рожденіи», тождественный съ выраженіемъ австрійскаго кодекса, также не можетъ быть названъ вполнѣ удачнымъ и заставляетъ предпочитать способъ выраженія прусскаго и ново-баварскаго права [53]). Сообразно съ буквальнымъ и общеупотребительнымъ значеніемъ предлога *при*, какъ условія одновременности какихъ либо актовъ, и выраженіе «при самомъ рожденіи» всего ближе подходитъ къ понятію: «во время родовъ», такъ что, сообразно съ буквальнымъ текстомъ ст. 1451, можетъ скорѣе возникнуть сомнѣніе о томъ, имѣетъ ли въ виду Уложеніе убійство послѣ ро-

[52]) Миттермайеръ, в. с. стр. 317, указываетъ какъ на причины, исключающія возможность подлежащаго признанія: 1) когда убійство совершено послѣ того какъ мать перешла къ своимъ обычнымъ занятіямъ; 2) когда она прежде убійства оказывала ребенку попеченія, указывающія на спокойное состояніе духа, напр. питала его.

[53]) Это же распространительное толкованіе даетъ и австрійское право Herbst, в. с. 139. пр. 3.

ровъ, хотя бы и мгновенно по ихъ окончаніи, а не о томъ, относится ли сюда убійство во время рожденія. Но такъ какъ не только практическое примѣненіе ст. 1451 [54]), но и исходная точка, съ которой смотритъ наше законодательство на это преступленіе, не допускаютъ возможности сомнѣній перваго рода, то мы можемъ сказать, что подъ дѣтоубійствомъ по Уложенію подразумѣвается не только убійство младенца послѣ отдѣленія его отъ утробы матери—отдѣленія, внѣшнимъ признакомъ котораго можетъ служить оторваніе пуповины, какъ послѣдняго звѣна, соединяющаго два организма—но и убійство въ періодъ предшествовавшій, когда младенецъ выдѣлился изъ утробы матери настолько, что поврежденія, бывшія причиною его смерти, были нанесены ему внѣ утробы, но не отдѣлился отъ материнскаго организма вполнѣ.

Поэтому по Уложенію дѣтоубійство тѣсно и непосредственно примыкаетъ къ истребленію плода. Подъ послѣднимъ законъ подразумѣваетъ всякое дѣйствіе, направленное противъ плода, еще находящагося въ материнской утробѣ, и сопровождавшееся или смертью его, или преждевременнымъ выдѣленіемъ изъ утробы матери, хотя бы эти дѣйствія были причинены въ самый послѣдній срокъ беременности, передъ наступленіемъ родовъ; подъ дѣтоубійствомъ же—умерщвленіе младенца матерью, причиненное воздѣйствіемъ на его организмъ внѣ утробы, начиная съ того момента, когда сдѣлалось для матери возможнымъ подобное внѣшнее насиліе. Слѣдова-

[54]) На это указываютъ, какъ упомянутые мною процессы изъ нашей новой судебной практики, такъ въ особенности изъ старой практики дѣло Григорьевой, Ж. М. Ю. 1865 г. «Григорьева, какъ признано въ рѣшеніи Сената, родила ночью, въ томъ помѣщеніи гдѣ спала, живаго младенца, но по случаю сильнаго изліянія крови, два раза оставляла его въ постели, а сама выходила на дворъ; откуда, возвратясь въ послѣдній разъ, въ испугѣ, и желая скрыть свой поступокъ, взяла ребенка въ руки, перегнула его пополамъ и такимъ образомъ умертвила, а въ силу того оказывается виновною въ умерщвленіи только что рожденнаго ею младенца».

тельно, случаи, приведенные мною выше (въ главѣ 1-й, № 13) напр. дѣла Ницъ и крестьянки изъ Нормандіи, вполнѣ подойдутъ подъ опредѣленія ст. 1451, такъ какъ они будутъ убійствомъ при самомъ рожденіи, а сообразно съ этимъ и вопросъ о томъ, дышалъ ли младенецъ, не будетъ представлять существенно-необходимаго условія состава дѣтоубійства.

При этомъ нельзя не замѣтить, что споръ, доселѣ неразрѣшенный въ судебной медицинѣ, о томъ, что считать временемъ родовъ, эпохою родильныхъ мукъ—не имѣетъ такого же значенія для юриста. Начинается ли эта эпоха съ перваго появленія родовыхъ схватокъ или же только съ открытія большихъ или малыхъ губъ подъ насильственнымъ напоромъ дитяти, можно ли причислять къ нимъ и эпоху перерывовъ этихъ мукъ и т. д.—все это не можетъ имѣть вліянія на опредѣленіе состава дѣтоубійства. Для него необходимо разрѣшеніе другаго, болѣе легкаго фактическаго вопроса: нанесены ли поврежденія, бывшія причиною смерти, въ утробѣ матери или внѣ ея, были ли они естественнымъ послѣдствіемъ акта рожденія, или же дѣломъ случая и неосторожности, или же, наконецъ, результатомъ злоумышленнаго преступнаго посягательства.

207. Наконецъ, объектъ дѣтоубійства—младенецъ — долженъ быть незаконнорожденный. Какъ ни легко кажется опредѣленіе этого условія съ перваго взгляда, въ дѣйствительности здѣсь представляется цѣлый рядъ затрудненій, въ особенности потому, что постановленія права гражданскаго и уголовнаго по этому вопросу совершенно несходны между собою. Что должно понимать подъ этимъ терминомъ [55])?

Если и общество и законъ считаютъ единственно допусти-

[55]) См. интересную статью: über den Beweis der Unehelichkeit eines in der Ehe geborenes Kindes im Strafprocesse. G. A. V. 745. Извлеченіе оттуда сдѣлано А. Гассманомъ «Практическая замѣтка» въ «Судебн. Вѣстн.» 1868 г., № 102. Въ спеціальныхъ монографіяхъ Ганса, Клейста вопросъ этотъ почти не затрогивается.

мою въ государствѣ нормою половыхъ отношеній—союзъ супружескій, если они считаютъ безнравственнымъ или даже и преступнымъ всякія внѣ-брачныя отношенія и подвергаютъ извѣстнымъ лишеніямъ и ограниченіямъ и плодъ этихъ преступныхъ отношеній, то разумѣется простѣйшее, естественное опредѣленіе законности и незаконности дѣлается довольно легко. Его существеннымъ условіемъ является зачатіе. Какъ скоро дитя зачато внѣ брака, или и въ бракѣ, но не отъ мужа—оно должно быть признано незаконнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, можетъ ли рожденіе его въ бракѣ, признаніе его со стороны мужа родильницы измѣнить въ чемъ либо его положеніе? Оно все-таки есть плодъ внѣ-брачнаго союза и должно нести всѣ тѣ невыгоды, которыя сопряжены по закону съ состояніемъ незаконнорожденности. Законъ уголовный, не дѣлая никакихъ болѣе точныхъ опредѣленій этому термину, разумѣется вполнѣ дозволяетъ придать то же толкованіе и употребляемому въ немъ выраженію «незаконнорожденный», но не такъ поступаетъ законъ гражданскій и, въ виду предположенія единства законодательныхъ началъ, дѣлаетъ и для насъ необходимымъ болѣе подробный анализъ этого понятія. Желая охранить спокойствіе семьи, желая оградить неприкосновенность общественнаго положенія ея членовъ, гражданскій законъ предоставляетъ право опроверженія законности только мужу и—въ весьма немногихъ исключительныхъ случаяхъ—его родственникамъ, такъ какъ дѣйствительно процессы о незаконнорожденности, затрогивая самыя дорогія, недоступныя для постороннихъ лицъ тайны семейнаго быта, навсегда могутъ разрушить спокойствіе жизни супружеской; мало того, даже и для этихъ лицъ законъ поставляетъ цѣлый рядъ условій, при наличности которыхъ они могутъ осуществить свое право. Разумѣется, это предположеніе имѣетъ мѣсто только относительно одной категоріи незаконныхъ дѣтей въ вышеуказанномъ смыслѣ, именно дѣтей, рожденныхъ въ союзѣ брачномъ. Законодатель допускаетъ здѣсь юридическое предположеніе, что pater est quem nuptiae demonstrant; что дитя, прижитое въ законномъ бракѣ, т. е. или зачатое

или рожденное въ немъ, признается законнымъ, пока не будетъ доказано противнаго [56]).

208. Поэтому, создается самостоятельное понятіе гражданскаго права о томъ, кого нужно считать дѣтьми незаконными; такъ напр. въ Сводѣ Законовъ т. X. ч. 1 ст. 130, 134 опредѣляютъ, что дѣтьми незаконными должны быть почитаемы:

1) Рожденныя внѣ брака, хотя бы родители ихъ и были впослѣдствіи сопряжены законнымъ бракомъ;

2) Происшедшія отъ прелюбодѣянія;

3) Рожденныя по смерти мужа матери или по расторженіи брака разводомъ, когда со дня смерти мужа матери или расторженія брака до дня рожденія сего младенца протекло болѣе трехсотъ шести дней. При этомъ, если бракъ былъ расторгнутъ по совершенной, надлежащимъ образомъ доказанной неспособности мужа къ супружескому сожитію, то дѣти, рожденныя, а слѣдовательно и зачатыя, при существованіи этого брака, признаются незаконными (134);

4) Всѣ прижитыя въ бракѣ, признанномъ незаконнымъ и недѣйствительнымъ.

Всѣ же остальныя дѣти, рожденныя въ законномъ бракѣ, признаются законными, хотя бы по естественному порядку они родились слишкомъ рано, если только отецъ не оспоривалъ ихъ законности. Причемъ это право ограничено еще разными условіями ст. 129, 127. Самой матери младенца, родившагося при существованіи законнаго брака, дозволяется объявлять о незаконности его рожденія лишь въ томъ случаѣ, когда, при производствѣ начатаго уже о томъ дѣла, отъ нея будетъ требуемо судомъ, въ подкрѣпленіе представленныхъ доказательствъ, признаніе въ винѣ ея.

Въ виду этихъ постановленій, въ виду необходимости единства взглядовъ законодателя, дѣйствительно и можетъ родиться вопросъ: не должно-ли и въ уголовномъ правѣ придавать терминy незаконнорожденности то же значеніе, которое ему даетъ сводъ законовъ гражданскихъ? Я думаю, что отвѣтъ долженъ быть отрицательный. Исходная точка, съ которой смотритъ законъ гражданскій на этотъ вопросъ, заключается въ стремленіи охранить неприкосновенность семейнаго союза, устранить рядъ споровъ, страшно вредныхъ, разъѣдающихъ зерно общественной жизни; исходная точка уголовнаго права—особенное состояніе субъекта преступленія, значительно уменьшающее опасность его дѣянія для общества, требующее снисхожденія къ нему со стороны закона Очевидно, что эти исходныя начала совершенно чужды другъ другу, и между тѣмъ какъ одно изъ нихъ ставитъ на первый планъ объективный характеръ незаконнорожденности ребенка, другое выдвигаетъ субъективный, т. е. сознаніе матерью его незаконности.

На этомъ основаніи является вполнѣ понятное сомнѣніе въ возможности перенести въ область уголовную опредѣленія гражданскаго права и притомъ въ двоякомъ отношеніи:

во-первыхъ, въ возможности признать незаконнорожденными и подвести подъ постановленія ст. 1451 всѣ категоріи лицъ, о которыхъ говорятъ ст. 132 и 134 ч. 1, т. X, и

во-вторыхъ, въ возможности признать законными и, слѣдовательно, не подходящими подъ опредѣленіе ст. 1451 Уложенія тѣхъ дѣтей, о которыхъ говоритъ ст. 119 тома X.

209. Что касается до 1 пункта, то, выходя даже и съ субъективной точки зрѣнія, съ точки зрѣнія матери, принимая за основаніе ея собственное сознаніе о незаконности ея ребенка, т. е. о зачатіи его внѣ брака или не отъ мужа — нельзя не признать, что дѣти, рожденныя внѣ брака или отъ прелюбодѣянія, зачатыя въ бракѣ, расторгнутомъ по неспособности супруга къ сожитію, рожденныя позднѣе 386 дней по прекращеніи или расторженіи брака, во всякомъ случаѣ и въ смыслѣ права уголовнаго должны быть признаны незаконными. Но серьезное сомнѣніе возникаетъ относительно 4-го

[56]) Code Napolèon art. 312 говоритъ: «l'enfant *conçu* pendant la mariage a pour le père le mari.» Ст. 119, ч. 1, т. X хотя и говоритъ о дѣтяхъ, *рожденныхъ* въ бракѣ, но это выраженіе нельзя признавать въ ограничительномъ смыслѣ, на что указываетъ 2 часть 119 ст.

п. ст. 132 1 ч. т. X, то-есть о признаніи незаконнымъ, въ смыслѣ статьи 1451, ребенка, зачатаго въ бракѣ, но рожденнаго послѣ признанія брака незаконнымъ и недѣйствительнымъ и убитаго матерью при самомъ рожденіи, особенно въ томъ случаѣ, когда причина незаконности брака была родильницѣ неизвѣстна въ моментъ его заключенія, или когда она была вовлечена въ бракъ обманомъ, насиліемъ, когда самъ законъ требуетъ особаго снисхожденія къ ея участи. Съ перваго взгляда трудно отыскать для подобнаго лица наличность одного изъ главнѣйшихъ мотивовъ дѣтоубійства—стыда и страха за свое паденіе: не по ея винѣ заключенъ былъ подобный бракъ и, разумѣется, не можетъ онъ наложить какое-либо пятно на ея репутацію. Но вникая глубже въ общественное положеніе подобнаго лица, анализируя существующія въ настоящее время у насъ общественныя убѣжденія, какъ бы странны и нелогичны они ни казались, имѣя въ виду, кромѣ того, что законъ, хотя и ставитъ стыдъ и страхъ въ число главныхъ мотивовъ, но не придаетъ имъ исключительнаго значенія, нельзя не придти къ другому выводу и распространить и на случаи этого рода снисхожденіе закона. Врядъ ли кто станетъ оспоривать это положеніе въ виду современнаго строя общества, въ виду господствующихъ въ немъ нравственныхъ убѣжденій, также какъ врядъ-ли кто нибудь не найдетъ возможнымъ подвести подъ понятіе убійства незаконнорожденнаго — убійство дитяти, бывшаго плодомъ преступленія, совершеннаго надъ его матерью, какъ напр. изнасилованія [57]). По началамъ здравой логики немыслима отвѣтственность ея въ подобномъ случаѣ предъ общественнымъ мнѣніемъ, а между тѣмъ въ дѣйствительности на все ея существованіе наброшена тѣнь, правда—незаслуженная, доказывающая только недоразвитость современнаго общества, но

[57]) Гефтеръ, Lehrbuch des Strafrecht-, § 259 № 5. Титманъ, Handbuch, № 354, не безъ основанія считаютъ это даже причиною смягченія наказанія, полагаемаго за дѣтоубійство. Гансъ, в с., стр. 249 и сл.. Вехтеръ, Lehrbuch, II, S 170, не придаютъ ему никакого особеннаго значенія, но съ этимъ согласиться едва-ли возможно.

тѣмъ не менѣе существующая, игнорировать которую не имѣетъ права законодатель. «Забеременившая противъ ея воли, говоритъ Клейстъ [58]), безъ всякой вины съ ея стороны поставлена въ такое положеніе, которое можетъ имѣть самое печальное послѣдствіе на всю ея будущность; хотя пятно, сопряженное съ внѣбрачнымъ рожденіемъ, въ дѣйствительности не можетъ относиться къ ней, но, тѣмъ не менѣе, въ глазахъ пристрастной, полной предразсудковъ массы публики она навсегда запятнана. Надежда на замужество почти не существуетъ для нея, потому что скоро-ли и гдѣ она найдетъ человѣка благороднаго, свободнаго отъ предразсудковъ, который былъ бы въ состояніи рѣшиться выбрать изнасилованную въ подруги жизни. Мысль объ ея навсегда утраченномъ счастьи неминуемо должна наполнить ее самымъ величайшимъ отвращеніемъ къ презрѣнному похитителю ея чести; это отвращеніе неминуемо должно простираться и на плодъ, зачатый отъ ненавидимаго, и, разумѣется, должно въ высшей степени вредно дѣйствовать на душевное состояніе изнасилованной. Она не въ состояніи питать чувство материнской нѣжности къ дитяти, носимому ею подъ сердцемъ: это чувство должно быть подавлено другою мыслью—мыслью о томъ, что ей приходится вызвать къ жизни существо, котораго обликъ снова и вѣчно будетъ напоминать ей объ его ненавистномъ отцѣ, о дерзкомъ похитителѣ ея счастья.

«Эти мучительныя ощущенія въ моментъ родовъ достигаютъ своей высшей степени. Горькое озлобленіе противъ виновника ея несчастья всецѣло овладѣваетъ ею; въ новорожденномъ дитяти видитъ она какъ бы часть злодѣя,—неудержимое чувство мести обхватываетъ весь ея организмъ и, прежде чѣмъ возвратится къ ней полное сознаніе, дитя лежитъ уничтоженнымъ у ея ногъ».

Какъ ни противорѣчитъ, повидимому, существованіе подобныхъ предразсудковъ всякому здравому мышленію, но отрицать дѣйствительность ихъ существованія означало бы совер-

[58]) В. с., стр. 84.

шенное незнаніе современной жизни и ея логики. На этомъ же основаніи нахожу я вполнѣ справедливымъ снисхожденіе закона къ матери, убивающей плодъ брака, признаннаго незаконнымъ, и считаю возможнымъ и правильнымъ подвести эти случаи подъ понятіе дѣтоубійства. При этомъ я думаю, что это положеніе должно быть распространено не только на случаи убійства ребенка, зачатаго въ подобномъ бракѣ, но рожденнаго уже послѣ расторженія брака, но и на убійство дитяти во время существованія брака, если только мать въ моментъ рожденія и убійства сознавала его незаконность и могла быть увѣрена, что эта незаконность будетъ болѣе или менѣе скоро раскрыта и, слѣдовательно наступятъ тѣ поводы, о которыхъ я упоминалъ выше. Но само собою разумѣется, что причина снисхожденія не существуетъ, если убійство было совершено въ то время, когда мать не знала, да и не могла знать, о незаконности брака: въ этомъ случаѣ убитое дитя было законнымъ въ глазахъ матери и убійство его должно наказываться наравнѣ съ убійствомъ законнорожденнаго [59]).

210. По отношенію ко второму вопросу разумѣется несомнѣнно, что дитя, зачатое въ бракѣ и отъ мужа, должно быть признаваемо законнымъ, но вопросъ заключается въ томъ: можетъ-ли это быть распространено на дитя, рожденное въ бракѣ и зачатое отъ мужа, но до брака, и во-вторыхъ, на дитя, рожденное въ бракѣ, но зачатое не отъ мужа,—причемъ все равно, зачато-ли оно до брака или во время его—если мужъ не оспариваетъ его законности. Что касается перваго, то нѣкоторыя нѣмецкія законодательства [60]) поло-

[59]) См. то же мнѣніе Temme Lehrbuch der preussischen Strafrechts стр. 808. Oppenhof, Das Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten, 1867, пр. 3 къ 180. Гельшнеръ, System, II, стр. 108.

[60]) Саксонское уложеніе прямо указываетъ, что объектомъ преступленія можетъ быть дитя, зачатое и рожденное внѣ брака, или, если мать замужняя женщина—зачатое отъ прелюбодѣянія или *зачатое* отъ кого либо *кромѣ ея мужа*, до вступленія въ бракъ. Того же

жительно приравниваютъ убійство подобныхъ дѣтей убійству законныхъ, и эти постановленія, какъ мнѣ кажется, нельзя не признать основательными, потому что дѣйствительно, развѣ въ весьма рѣдкихъ, исключительныхъ случаяхъ, можно отыскать здѣсь наличность тѣхъ мотивовъ, которые имѣетъ въ виду законодатель при дѣтоубійствѣ, и, слѣдовательно, нѣтъ причины возводить это въ правило.

Но по отношенію ко второму вопросу уголовное право относится совершенно иначе, чѣмъ право гражданское, ибо при убійствѣ подобнаго дитяти находятся въ наличности всѣ субъективные элементы, которые законъ требуетъ отъ дѣтоубійства. Причина смягченія наказанія за это преступленіе заключается въ ненормальномъ психическомъ состояніи матери, состояніи, возбуждаемомъ отчасти соматическими болями, присущими акту родовъ, а главнымъ образомъ и иногда (при предумышленномъ дѣтоубійствѣ) даже исключительно, психическими мотивами. Чувство стыда и страха предъ общественнымъ мнѣніемъ, горечь обманутыхъ надеждъ, справедливое опасеніе за будущность малютки — уничтожаются ли они въ случаяхъ нами разсматриваемыхъ? Если мужъ, страстно любящій свою жену, не смотря на очевидныя доказательства ея невѣрности, желаетъ скрыть ея паденіе, желаетъ оградить ея честь отъ общественной кары и съ отеческой лаской готовится встрѣтить дитя, оттолкнуть которое онъ имѣлъ полное право, то очевидно, что въ подобныхъ случаяхъ положеніе родильницы вовсе не улучшается, а становится еще болѣе возбужденнымъ; чувство позора ея паденія, нарушенныхъ супружескихъ клятвъ, безжалостно растоптанной и попранной любви мужа—могутъ быть слишкомъ могучими мотивами, побуждающими къ посягательству на вѣчный слѣдъ, вѣчное воспоминаніе этого паденія.

Такимъ образомъ, съ теоретической точки зрѣнія, убійство

мнѣнія держится прусская практика. См. Oppenhof, в. с., пр. 5 къ § 180. Австрійская практика требуетъ доказательствъ незаконнорожденности на основаніи общихъ правилъ о доказательствахъ въ уголовномъ процессѣ. Ср. Herbst, в. с., 139 пр. 7.

подобнаго ребенка, въ гражданскомъ отношеніи законнаго, должно быть, тѣмъ не менѣе, относимо къ убійству незаконнорожденнаго. Также отнеслись къ вопросу и германскія законодательства. Особенно интересно въ этомъ отношеніи рѣшеніе прусскаго кассаціоннаго суда отъ 9 ноября 1857 г. по дѣлу Кеппе [61]).

Подсудимая, замужняя Кеппе, обвинялась въ томъ, что 26 октября 1856 г. скрыла трупъ своего мертворожденнаго, новорожденнаго младенца. Младенецъ былъ вполнѣ сформированъ и, по заключенію экспертовъ, могъ быть зачатъ не позже какъ въ январѣ или февралѣ того же года. Между тѣмъ, изъ обстоятельствъ дѣла обнаружилось, что подсудимая вступила въ бракъ послѣ Пасхи и первое супружеское соитіе имѣла не ранѣе Троицы 1856 года, и что въ январѣ того же года имѣла связь съ ремесленникомъ Шульцемъ Судъ 1-й инстанціи, не имѣя въ виду оспориванія со стороны мужа законности ребенка, не нашелъ возможнымъ примѣнить къ поступку подсудимой 2-ю часть ст. 186 прусскаго кодекса, опредѣляющей наказаніе за скрытіе трупа *незаконнорожденнаго* ребенка его матерью. Судъ основывался на томъ, что законъ не хочетъ, если мужъ не оспоривалъ законность рожденнаго въ бракѣ дитяти, подвергать, ради чего бы то ни было, эту законность сомнѣнію, что это предположеніе законности рожденія обезпечиваетъ спокойствіе семьи и неприкосновенность юридическаго состоянія ея членовъ, и что единство закона требуетъ примѣненія этихъ соображеній во всѣхъ случаяхъ.

Ober-tribunal кассировалъ это рѣшеніе на томъ основаніи, «что предположенія гражданскаго права относятся только къ правамъ дитяти, къ неприкосновенности его гражданскаго положенія относительно всякаго третьяго лица, но что вопросъ о большей или меньшей наказуемости матери никогда

[61]) Goltd. Ar. т. V, стр. 745. — Я привелъ это рѣшеніе подробно, потому что постановленія прусскаго кодекса сходны съ нашими и рѣшеніе кассаціоннаго суда можетъ имѣть, по моему мнѣнію, значеніе и для нашей практики.

не можетъ быть разрѣшенъ съ точки зрѣнія гражданскаго состоянія дитяти; что тамъ существуютъ совершенно другіе руководящіе мотивы, которые заключаются въ состояніи матери при рожденіи ребенка; что законъ предполагаетъ это состояніе инымъ у матери, рождающей незаконнаго ребенка, нежели законнаго; что это состояніе при рожденіи дитяти, зачатаго отъ внѣ-брачнаго совокупленія, не уничтожается тѣмъ, что въ моментъ зачатія или въ моментъ рожденія она была въ бракѣ; что положеніе замужней женщины, зачавшей не отъ мужа, еще тяжелѣе нежели незамужней» [62]).

Нельзя не согласиться съ справедливостью этихъ положеній. Уголовное право разсматриваетъ дѣянія такъ, какъ они совершаются въ дѣйствительности или какъ, по крайней мѣрѣ, представлялись они въ сознаніи виновнаго, и въ основаніе приговора оно кладетъ не юридическія предположенія и фикціи, а объективно доказанные факты. Въ данномъ случаѣ дѣло идетъ не о правахъ мужа и дитяти, а о наказаніи матери, и поставить въ зависимость отъ воли мужа вопросъ о незаконности ребенка, значило бы отдать въ его волю примѣненіе наказанія въ томъ или другомъ размѣрѣ, значило бы дать ему нерѣдко возможность осуществить этимъ способомъ свое мщеніе [63]).

211. Резюмируя все сказанное выше относительно вопроса о незаконнорожденности, мы находимъ [64]):

что незаконнорожденнымъ ребенкомъ, въ смыслѣ ст. 1451,

[62]) Это мнѣніе было уже высказано прежде, только въ болѣе общихъ чертахъ. Cass. 10 февр 1853 г. См. также Cass. 3 нояб. 1865 г.

[63]) См. Goltdammer-Materialien, ч. II, § 381. Само собою разумѣется, что рожденіе ребенка въ бракѣ обыкновенно означаетъ и законность его зачатія и что сторона, указывающая на незаконнорожденность, должна представить доказательства своимъ указаніямъ; но это есть уже общій процессуальный вопросъ, который не подлежитъ нашему разсмотрѣнію.

[64]) Подобные же выводы дѣлаетъ Oppenhof, — в. с. пр. 2 къ § 180,—для прусскаго права.

должно быть признано всякое дитя, зачатое до брака, или и въ бракѣ, но не отъ лица, съ которымъ въ моментъ зачатія родильница находилась въ супружескомъ союзѣ;

что это понятіе одинаково примѣняется и къ дѣтямъ, зачатымъ въ бракѣ отъ мужа, но рожденнымъ или послѣ признанія брака незаконнымъ, или въ тотъ моментъ, когда родильница уже знала и была болѣе или менѣе увѣрена въ скоромъ раскрытіи незаконности брака;

что это понятіе не можетъ быть распространено на дѣтей, зачатыхъ въ незаконномъ бракѣ и, слѣдовательно, незаконныхъ въ смыслѣ права гражданскаго, если въ моментъ убійства мать не знала о незаконности брака;

что въ видѣ исключенія это правило не распространяется на дѣтей, хотя и зачатыхъ до брака, но отъ лица, съ которымъ въ моментъ рожденія виновная была въ супружескомъ союзѣ;

что, слѣдовательно, предположенія законности рожденія, имѣющія такое вліяніе въ правѣ гражданскомъ, въ правѣ уголовномъ не имѣютъ значенія, такъ какъ здѣсь главную роль играетъ сознаніе матери о незаконности убитаго ею плода;

что поэтому для уголовнаго суда безразлично, былъ ли предъявленъ со стороны отца или въ указанныхъ въ законѣ случаяхъ, со стороны его родственниковъ, споръ о законности ребенка или не былъ предъявленъ;

что вопросъ о законности не можетъ быть рѣшаемъ на основаніи началъ гражданскаго процесса и не имѣетъ характера предрѣшаемаго вопроса (question prejudicielle);

что этотъ вопросъ есть вопросъ факта, разрѣшаемый на общихъ основаніяхъ уголовнаго права, представляющійся при дѣтоубійствѣ однимъ изъ существенныхъ фактическихъ условій преступленія, а потому подлежащій вѣдѣнію присяжныхъ.

212. Признавая условіе незаконнорожденности необходимымъ признакомъ дѣтоубійства, наше Уложеніе не содер-

житъ никакихъ спеціальныхъ постановленій объ убійствѣ законнорожденнаго ребенка при самомъ рожденіи, какъ дѣлаютъ это законодательства Австріи или Баваріи, и, слѣдовательно, прямо относитъ это дѣяніе къ разряду квалифицированнаго родственнаго убійства, предвидѣннаго въ 1 части ст. 1451; но это безразличіе не можетъ быть признано вполнѣ основательнымъ. Если физическое разстройство при родахъ имѣетъ несомнѣнное вліяніе на психическое состояніе родильницы, дѣлаетъ для нея невозможнымъ полное управленіе своими дѣйствіями и страстями, то, разумѣется, это вліяніе будетъ существовать и при родахъ въ бракѣ, какъ и внѣ онаго. Правда, что это соматическое состояніе при дѣтоубійствѣ не играетъ исключительной роли, что не менѣе важное значеніе имѣютъ здѣсь мотивы, которыхъ при родахъ въ бракѣ законодатель не предполагаетъ, но тѣмъ не менѣе не придавать никакого значенія тѣмъ случаямъ, гдѣ есть только наличность перваго элемента—невозможно. Поэтому, если и нельзя сравнить эти два убійства новорожденныхъ, какъ дѣлаетъ это баварское уложеніе 1861 года, то нельзя не признать справедливымъ взглядъ австрійскаго права, которое признаетъ и убійство законнаго ребенка преступленіемъ привилегированнымъ и смягчаетъ наказаніе, хотя и въ меньшей степени, нежели при убійствѣ незаконнорожденныхъ.

Таковы главныя условія, которыя ставитъ законъ, для объекта преступленія. Въ старыхъ учебникахъ уголовнаго права [65]) можно встрѣтить еще разсужденія о томъ, какое вліяніе можетъ имѣть на составъ преступленія множественность объектовъ, какъ напр. убійство близнецовъ, двойней

---

[65]) См. напр. Stelzer, Lehrbuch, §513; Tittmann, Handbuch, т. II, § 223. Блосфельдъ, о правахъ утробныхъ и новорожденныхъ младенцевъ, 1856 г., стр. 92, тоже называетъ этотъ вопросъ интереснымъ по особеннымъ комбинаціямъ и послѣдствіямъ, касательно субъективнаго и объективнаго состава дѣянія, но не указываетъ, да разумѣется и не можетъ указать, въ чемъ состоитъ эта особенность. Справедливо не придаетъ этому вопросу никакого значенія Гансъ, в. с. стран. 297.

или тройней. Но очевидно, что это обстоятельство не имѣетъ никакого спеціальнаго значенія и должно разсматриваться такъ же, какъ и множественность объектовъ при убійствѣ вообще. (Ср. гл. I, № 129).

213. Въ условіяхъ преступленія, нами разсмотрѣнныхъ, въ субъектѣ и объектѣ, и заключаются главныя характеристическія особенности дѣтоубійства; другіе элементы, какъ наприм. преступная воля и дѣйствіе, которымъ выполняется эта воля, хотя и представляютъ нѣкоторыя отклоненія отъ общихъ правилъ объ убійствѣ, но эти отклоненія имѣютъ характеръ второстепенный.

Обратимся прежде всего къ анализу преступной воли.

Дѣтоубійство, какъ и убійство вообще, есть лишеніе жизни человѣческаго существа, и, какъ таковое, можетъ быть результатомъ простаго случая, преступной неосторожности или умысла.

Что касается перваго, т. е. лишенія жизни дитяти помимо всякой неосторожности со стороны родильницы, вслѣдствіе стеченія обстоятельствъ, ни предвидѣть, ни предотвратить которыя она не имѣла возможности, то разумѣется въ подобныхъ случаяхъ отвѣтственности она подлежать не можетъ, какъ на основаніи общихъ статей Уложенія, 5 и 93, такъ и въ силу ст. 1470, повторяющей то же правило въ спеціальномъ примѣненіи къ убійству. Даже самое церковное покаяніе можетъ быть наложено только по собственному желанію виновной (гл. I, № 26).

Болѣе затрудненій представляетъ рѣшеніе вопроса о неосторожности. Мы видѣли выше (глава I, № 27 и слѣд.), что считая жизнь высшимъ благомъ каждаго, государство не только караетъ, не только заботится о предупрежденіи умышленнаго посягательства одного изъ членовъ общества на жизнь другаго, но оно стремится по возможности предупредить лишеніе жизни по необдуманности, легкомыслію и т. п. Государство требуетъ отъ каждаго полной внимательности, обдуманности при совершеніи такихъ дѣйствій, которыхъ послѣдствіемъ можетъ быть смерть другаго лица, и при этомъ чѣмъ рискованнѣе и опаснѣе было дѣйствіе, чѣмъ очевиднѣе казались его пагубныя послѣдствія, чѣмъ болѣе это лицо по своему положенію должно было имѣть обдуманности, тѣмъ значительнѣе будетъ мѣра падающей на него отвѣтственности. Но какъ мы уже видѣли, государство не дѣлаетъ и не имѣетъ права дѣлать различія между жизнью начинающеюся и жизнью оканчивающеюся или находящеюся въ полномъ цвѣтѣ, между существованіемъ младенца, старика или юноши; оттого оно можетъ подвергать отвѣтственности, съ тѣмъ же правомъ и въ тѣхъ же размѣрахъ, и неосторожное умерщвленіе младенца при самыхъ родахъ, какъ и неосторожное причиненіе смерти взрослому. Мало того, эта обязанность быть внимательнымъ еще усиливается по отношенію къ жизни только еще начинающейся, требующей ухода и заботливости. Состояніе младенца въ эту трудную эпоху его существованія, въ эпоху перехода изъ одной формы бытія въ другую, отъ жизни утробной къ внѣутробной, отъ жизни чрезъ кровообращеніе къ жизни дыхательной, — такъ нѣжно и хрупко, окружено столькими опасностями, что самой малѣйшей неосторожности достаточно для прекращенія его существованія. Младенецъ въ этомъ отношеніи не только требуетъ охраны, такъ сказать отрицательной, несовершенія дѣйствій, могущихъ повлечь опасность для его жизни, но напротивъ того, онъ требуетъ еще цѣлаго ряда положительныхъ дѣйствій, поддерживающихъ и охраняющихъ его существованіе, требуетъ со стороны матери ухода и попеченій, безъ которыхъ его слабая жизнь продолжаться не можетъ. Неосторожное лишеніе жизни младенца возможно особенно часто не при содѣяніи чего либо, а именно при бездѣйствіи, при какихъ либо опущеніяхъ. Такъ что съ этой стороны невнимательность, подлежащая уголовнымъ взысканіямъ, не только существуетъ и при дѣтоубійствѣ, какъ и при всякомъ лишеніи жизни, но въ этихъ случаяхъ являются даже элементы, на основаніи которыхъ эта отвѣтственность, повидимому, усиливается.

Но разсуждая такимъ образомъ, мы останавливаемся на особенностяхъ объекта преступленія и забываемъ совершенно ту субъективную точку зрѣнія, на основаніи которой законъ выдѣляетъ дѣтоубійство изъ ряда другихъ преступленій этого рода. Если вліяніе психическаго состоянія матери на ея самоопредѣляемость такъ велико, что законъ снисходительно относится къ умыслу на убійство, составленному при подобныхъ условіяхъ, если это снисхожденіе усиливается еще болѣе, когда этотъ умыселъ возникъ при томъ ненормальномъ состояніи организма, которое сопровождаетъ самый актъ родовъ, то, разумѣется, вліяніе подобнаго состоянія на отвѣтственность за неосторожные поступки должно быть еще сильнѣе.

Если законъ признаетъ, что родильница не въ силахъ вполнѣ сознательно отнестись къ предпринимаемымъ ею дѣйствіямъ, то несомнѣнно, что подобное признаніе совершенно уничтожаетъ возможность требовать отъ нея надлежащаго вниманія и осторожности. Какимъ образомъ подвергнетъ законъ отвѣтственности родильницу, неосторожно положившую своего младенца на стулъ, съ котораго онъ упалъ и причинилъ себѣ смертельныя поврежденія, если онъ признаетъ, что родильныя муки лишили ее возможности сознавать, насколько ея поступокъ опасенъ для ребенка. Въ этомъ случаѣ жизненный опытъ вполнѣ подкрѣпляетъ предположенія закона. Кто оказываетъ обыкновенно помощь, необходимую для только что родившагося ребенка? Постороннія лица, находящіяся при родахъ, большею частью лица, спеціально посвятившія себя этому дѣлу: повивальная бабка, акушеръ, между тѣмъ при родахъ незаконноприжитаго ребенка подобное присутствіе составляетъ слишкомъ рѣдкое исключеніе. Въ большей части случаевъ родильница предоставлена самой себѣ, является совершенно безпомощною, особенно если роды были въ первый разъ. Но если мы даже и представимъ себѣ, что организмъ матери былъ настолько силенъ, что преодолѣлъ всю массу страданій, если мы допустимъ, что она могла еще дѣйствовать и даже сознавать свои поступки, то даже и въ этихъ исключительныхъ случаяхъ нельзя безусловно говорить объ отвѣтственности матери за неосторожное причиненіе смерти младенцу. Я упоминалъ уже о томъ, что неосторожное умерщвленіе ребенка случается всего чаще вслѣдствіе неоказанія малюткѣ необходимыхъ пособій, а большая часть этихъ пособій требуетъ или спеціальныхъ свѣдѣній, или, по крайней мѣрѣ, опытности. А кто научитъ дѣвушку, дотолѣ можетъ быть тщательно скрывавшую свое паденіе, какія пособія необходимы новорожденному, кто укажетъ ей, что нужно дѣлать, чтобы оживить младенца, рожденнаго въ состояніи мнимой смерти, чтобы освободить его дыхательные органы отъ наполняющей ихъ пѣны или околоплодныхъ водъ, препятствующихъ дыханію, чтобы снять съ него остатки оболочки и т. п.; мало того, если мы оставимъ подобныя пособія, требующія спеціальныхъ акушерскихъ познаній, если мы возмемъ даже неоказаніе пособій болѣе простыхъ, требующихъ одной опытности, напр. надлежащую перевязку разорванной пуповины, то и здѣсь мы не въ правѣ предполагать эти знанія у неопытной дѣвушки и подвергать отвѣтственности за неимѣніе ихъ. Прусское земское право требовало, чтобы каждая мать дѣлала своей дочери, достигшей зрѣлости, надлежащія наставленія о половыхъ отношеніяхъ, о родахъ и т. д. Непрактичность этихъ требованій была причиною ихъ отмѣны, но идея, руководившая законодателемъ, имѣла разумное основаніе. Законъ не можетъ требовать отъ родильницы знаній о пособіяхъ, необходимыхъ для младенца, и карать за неимѣніе ихъ. Въ виду этихъ соображеній, въ виду непормальности психическаго состоянія, предполагаемаго у родильницы закономъ, мнѣ кажется невозможнымъ подвергать отвѣтственности мать, причинившую по неосторожности смерть ея младенцу при самомъ его рожденіи [66]).

[66]) Разумѣется, французское законодательство, выходя совершенно съ иной точки зрѣнія, не имѣетъ причинъ и повода отрицать наказуемость неосторожнаго дѣтоубійства, и подводитъ его подъ общее понятіе homicide par imprudence. Напротивъ того, общенѣмецкое право и теоретики школы Фейербаха должны были совершенно отрицать

214. Таково, по моему мнѣнію, рѣшеніе этого вопроса въ теоріи; посмотримъ, какъ относится къ нему Уложеніе. Разбирая подробно ст. 110 Уложенія (гл. I, № 27), я указалъ, что ея постановленія могутъ быть примѣнимы, какъ это видно изъ ея смысла и буквальнаго текста, при наличности двухъ условій. Необходимо, во первыхъ, чтобы преступное дѣяніе не заключало, какъ существенный, необходимый признакъ своего состава, элементъ умышленности, при отсутствіи котораго дѣяніе или дѣлается совершенно безразличнымъ, или переходитъ совершенно въ иной родъ преступленій, т. е. другими словами, необходимо, чтобы данное преступленіе могло быть совершено по неосторожности; во вторыхъ, чтобы за подобное неосторожное совершеніе преступленія было спеціально назначено въ Уложеніи наказаніе. Наличность одного перваго элемента недостаточна для примѣненія постановленій о неосторожности; необходимо существованіе и втораго условія, т. е. необходимо, чтобы законъ содержалъ спеціальныя постановленія о наказуемости неосторожности въ данномъ родѣ преступленій. Къ такимъ дѣяніямъ относитъ Уложеніе, между прочимъ, и убійство и полагаетъ въ статьяхъ 1466, 1468 и 1459 наказанія за неосторожное причиненіе убійства, степеня мѣру наказанія по большей или меньшей преступности того дѣянія, коего послѣдствіемъ было неосторожное причиненіе смерти. Но само собою разумѣется, что то положеніе, которое присуще родовому понятію, примѣнимо и къ его видамъ, если только спеціальные признаки,

эту наказуемость. Странно видѣть напр. у Фейербаха, Lehrbuch § 238, выраженіе culposes Kindesmord, такъ какъ понятіе Mord устраняетъ возможность culpa. См. Гансъ, в. с. ст. 79. Онъ самъ оказывается гораздо послѣдовательнѣе и идетъ еще далѣе и считаетъ ненаказуемымъ даже и умыселъ, возникшій во время родовыхъ мукъ. Противнаго мнѣнія Клейстъ, в. с. стр. 23, но онъ не представляетъ никакихъ мотивовъ за наказуемость неосторожнаго дѣтоубійства. Новые кодексы умалчиваютъ о случаяхъ этого рода. Прусская практика, подобно французской подводитъ эти случаи подъ постановленія о неосторожномъ убійствѣ вообще: рѣш. ober-Tribunal'a 14 J. 1852; 20 г. и 17 іюня 1858. Oppenhof. в. с. § 184, пр. 10.

въ силу которыхъ выдѣляется это дѣяніе изъ общаго рода убійства, или по отношенію къ размѣрамъ наказанія—отцеубійство, убійство родственниковъ, благодѣтелей, или по своему составу—дѣтоубійство, плодоистребленіе,—не устраняютъ возможности примѣненія этихъ общихъ постановленій къ данному виду, или если въ самомъ законѣ почему либо не содержатся положительныя постановленія о непримѣнимости въ данномъ случаѣ общихъ правилъ, хотя этого вовсе и не требуетъ видовой признакъ, или, наоборотъ, требуется приміненіе этихъ правилъ вопреки даже спеціальному, характеристическому признаку вида.

Я достаточно подробно указалъ тѣ причины, по которымъ не должно быть наказуемо неосторожное дѣтоубійство въ теоріи, указалъ, что эта ненаказуемость объясняется основнымъ взглядомъ законодательства на это преступленіе; но той же исходной точки держится и наше Уложеніе и признаетъ характеристическимъ условіемъ *видоваго* понятія дѣтоубійства тотъ же признакъ, дѣлающій неосторожность ненаказуемою, а потому и по данному вопросу мы должны сдѣлать выводъ такого рода, что хотя неосторожное убійство вообще наказуемо по Уложенію, что хотя дѣтоубійство и составляетъ одинъ изъ его видовъ, къ которому должны быть примѣняемы общія положенія, но тотъ спеціальный видовой признакъ, въ силу котораго выдѣляется это дѣяніе изъ общаго рода,—дѣлаетъ невозможнымъ примѣненіе къ нему правилъ, относящихся къ роду.

215. Слѣдовательно, если постановленія ст. 1468, 1466 и 1458 не имѣютъ примѣненія при дѣтоубійствѣ, то остается только разсмотрѣть, нѣтъ-ли въ Уложеніи спеціальныхъ статей, говорящихъ согласно ст. 110, именно о наказуемости неосторожнаго причиненія смерти ребенку при самомъ рожденіи. Дѣйствительно, въ разрядѣ статей объ убійствѣ неосторожномъ мы паходимъ 1 ч. стат. 1460, имѣющую спеціально въ виду дѣтоубійство:

«Женщина, которая отъ стыда или страха хотя и не умерт-

вить незаконнорожденнаго своего младенца, но оставить его безъ помощи и младенецъ отъ того лишится жизни, приговаривается за сіе:

къ лишенію всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ, правъ и преимуществъ и къ ссылкѣ на житье въ Сибирь по 4 степени 31 ст. сего Уложенія, или къ отдачѣ въ рабочій домъ на время отъ $1^1/_2$ до $2^1/_2$ лѣтъ, на основаніи постановленій ст. 77 сего Уложенія».

Поэтому намъ необходимо прежде всего опредѣлить объемъ и значеніе этой статьи, и во-первыхъ, необходимо рѣшить, относится-ли она къ тому же разряду случаевъ, о которыхъ говоритъ ст. 1451 и, которые мы называемъ дѣтоубійствомъ въ техническомъ смыслѣ, или нѣтъ, такъ какъ самая редакція ст. 1460 вызываетъ сомнѣнія. Въ самомъ дѣлѣ, перечисляя почти всѣ болѣе существенные признаки дѣтоубійства, она не упоминаетъ объ одномъ изъ нихъ—о времени совершенія преступленія, она не говоритъ о томъ, чтобы оставленіе безъ помощи было при самомъ рожденіи, такъ что, по буквальному ея тексту, подъ нее могло бы быть подведено всякое оставленіе матерью незаконнорожденнаго ребенка, бывшее причиною его смерти, какой бы возрастъ ребенокъ не имѣлъ; но это толкованіе противорѣчило бы во многихъ случахъ и мотивамъ, на которые указываетъ самая статья, и цѣли, съ которою ввели ее редакторы Уложенія въ 1845 году, что вполнѣ подтверждается объясненіями редакторовъ, приложенными къ проекту Уложенія [67]).

«Къ числу означенныхъ въ 1864 ст. (1458 по изд. 1866 г.) убійствъ не вполнѣ неумышленныхъ принадлежитъ нѣкоторымъ образомъ и оставленіе женщиною незаконнорожденнаго младенца безъ помощи, если отъ сего ему послѣдовала смерть. Она также могла и должна была предвидѣть опасность для жизни оставленнаго ею ребенка, но однакожъ не имѣла намѣренія причинить ему смерть и, можетъ быть, даже надѣялась, что онъ какимъ либо образомъ будетъ спасенъ; тѣмъ не менѣе, однакожъ, она есть не совсѣмъ невинная причина смерти его. При опредѣленіи наказанія за сіе преступленіе мы, *на томъ же*, какъ и при составленіи 1856 ст. (1451), *основаніи*, принимали въ уваженіе особое несчастное положеніе преступницы, волнуемой чувствами стыда, страха, *и ослабленіе отъ страданій физическихъ* самой способности разсуждать, и полагаемъ наказаніе менѣе строгое».

[67]) См. проектъ стр. 1211.

Несмотря на весьма значительную неясность этихъ объясненій, мы можемъ сдѣлать изъ нихъ одинъ главный выводъ: что законодатель, при составленіи 1460 ст., имѣлъ спеціально въ виду причиненіе смерти незаконнорожденному ребенку его матерью, при самомъ его рожденіи, оставленіемъ ребенка безъ помощи. Это оставленіе ни въ какомъ случаѣ не должно было быть намѣренно, такъ какъ тогда мы бы имѣли обыкновенный случай дѣтоубійства, только не положительнымъ, а отрицательнымъ способомъ, а должно быть результатомъ неосторожности, невнимательности къ своимъ обязанностямъ.

Но затѣмъ остается второй, болѣе важный вопросъ: всѣ-ли виды неосторожнаго умерщвленія младенца подходятъ подъ постановленія ст. 1460, другими словами: каковъ объемъ этой статьи? Отвѣтъ на это можно вывести изъ самаго текста статьи, изъ размѣровъ назначаемаго въ ней наказанія и изъ вышеприведенныхъ объясненій редакторовъ проекта.

Что касается до перваго, то мы видимъ, что ст. 1460 говоритъ только объ оставленіи безъ помощи, слѣдовательно только объ одной, хотя и, правда, самой обширной категоріи неосторожнаго лишенія жизни. Очевидно, что подъ это понятіе нельзя напр. подвести неосторожные случаи такого рода, когда смерть была причинена неосторожнымъ положеніемъ на стулъ или какую либо другую мебель, съ которой ребенокъ свалился, или если смертельныя поврежденія, напр. раздробленіе черепа, причинены какими-либо другими неосторожными *дѣйствіями* матери, такъ какъ ихъ нельзя назвать оставленіемъ безъ помощи.

Во вторыхъ, наказаніе, назначаемое по ст. 1460, по 4 степени ст. 31 представляетъ размѣры довольно высокіе и заставляетъ уже предполагать, что законодатель предвидѣлъ въ этой статьѣ не всѣ виды преступной неосторожности, такъ какъ въ противномъ случаѣ пришлось-бы допустить, что ненормальность психическаго состоянія матери, служа смягченіемъ наказанія за умышленныя дѣянія, служитъ обстоятельствомъ отягчающимъ при дѣяніяхъ неосторожныхъ, и особенно въ низшемъ ихъ видѣ. Въ самомъ дѣлѣ, относительно неосторожнаго убійства Уложеніе степенитъ наказаніе, смотря по тому, было ли запрещено дѣяніе, коего результатомъ была смерть, или нѣтъ, были ли предвидѣны результаты или нѣтъ. Такимъ образомъ, если напр. постороннее лицо, присутствовавшее при родахъ, по неосторожности неудачно закрѣпитъ пуповину, не окружитъ младенца надлежащею температурою, и тѣмъ причинитъ ему смерть,—то оно подлежитъ наказанію, maximum котораго (1468 и 1466 ст.) будетъ тюрьма отъ 2 до 4 мѣсяцевъ, а если этотъ поступокъ будетъ совершенъ родильницею, разсудочное состояніе которой законодатель считаетъ ненормальнымъ, и если притомъ мы признаемъ, что ст. 1460 обнимаетъ собою *всѣ виды* неосторожнаго причиненія смерти оставленіемъ безъ помощи, то наказаніемъ будетъ ссылка на житье въ Сибирь. Очевидно, что въ этомъ случаѣ постановленія закона будутъ страдать сильною нелогичностью, что разумѣется и заставляетъ предполагать, что законодатель вовсе и не хотѣлъ дать ст. 1460 подобное широкое значеніе.

Эти предположенія, основанныя, такъ сказать, на отрицательныхъ указаніяхъ ст. 1460, еще болѣе подтверждаются положительными указаніями мотивовъ, при помощи которыхъ и можно только точно опредѣлить истинный смыслъ статьи. Эти объясненія начинаются весьма многозначительною фразою, что «къ числу *означенныхъ въ 1458 ст.* убійствъ не вполнѣ неумышленныхъ принадлежитъ и оставленіе женщиною незаконнорожденнаго ребенка безъ помощи». Такимъ образомъ, ст. 1460 находится въ такомъ же отношеніи къ

ст. 1458, какъ напр. 3 п. 2 ч. 1451 ст. къ 1453; даже размѣры смягченія довольно аналогичны: дѣтоубійство по внезапному умыслу наказывается 4 и 5 степенями ниже обыкновеннаго непредумышленнаго убійства, также и по ст. 1460 наказаніе смягчается на 7 или 8 степеней сравнительно съ ст. 1458. Такимъ образомъ, объемъ ст. 1460 дѣлается болѣе опредѣленнымъ и она является видовымъ понятіемъ неосторожнаго убійства, о которомъ говорится въ ст. 1458. Но отличительный признакъ ст. 1458 заключается въ характерѣ самой неосторожности [68]). Наше Уложеніе, какъ и теорія, по отношенію къ убійству предвидитъ не только преступную неосмотрительность и небрежность (ст. 1468, 1466 и 1459), но и преступную самонадѣянность, luxuria, особенное настроеніе воли, въ которомъ высшая форма преступной неосторожности —преступная самонадѣянность — соединяется съ низшею формою умысла—преступнымъ безразличіемъ (dolus eventualis). Съ одной стороны, преступникъ зналъ послѣдствія своего поступка, предвидѣлъ ихъ и тѣмъ не менѣе совершилъ это дѣяніе; съ другой, онъ не желалъ именно наступленія этихъ послѣдствій, не имѣлъ прямаго преступнаго намѣренія на убійство,—вотъ maximum и minimum, предѣлы, между которыми, такъ сказать, движется эта статья. Подъ нее равно подойдетъ и тотъ случай, когда преступникъ безразлично относился къ предвидѣннымъ послѣдствіямъ—допускалъ ихъ наступленіе, хотя и не желалъ прямо (dolus eventualis) — и когда онъ, зная и предвидя преступныя послѣдствія, надѣялся избѣгнуть ихъ въ данномъ случаѣ или своею ловкостью, удачею, или даже просто безотчетно, надеждою на случай (luxuria), «когда женщина, какъ говорятъ мотивы, можетъ быть надѣялась, что младенецъ какимъ либо образомъ будетъ спасенъ». Таково, слѣдовательно, и содержаніе ст. 1460, повторяющей постановленія ст. 1458. Законъ не придаетъ никакого значенія самому роду пособій, которыя не были оказаны младенцу, не обращаетъ вниманія на то,

[68]) См. болѣе подробный анализъ ст. 1458 въ главѣ I, № 66 и сл.

предполагаютъ ли эти пособія только опытность и здравый смыслъ со стороны матери, или же и нѣкоторыя спеціальныя знанія; подъ его постановленія равно подойдетъ и вымытіе ребенка слишкомъ холодною водою, оставленіе его въ несоотвѣтственной температурѣ, неперевязаніе пуповины и непредприниманіе мѣръ къ оживленію рожденнаго мнимомертвымъ, неосвобожденіе дыхательныхъ путей отъ слизи и водъ и т. п., но только съ однимъ условіемъ, чтобы она знала, что эти дѣйствія необходимы для малютки, чтобы она предвидѣла вредныя послѣдствія ихъ для его жизни, хотя въ данномъ случаѣ, можетъ быть, безотчетно надѣялась, что эта опасность благополучно минуетъ, или даже, можетъ быть, не вполнѣ отчетливо сознавая происходящее, допускала эту опасность, не имѣя, во всякомъ случаѣ, прямаго намѣренія убить.

Сводя все вышесказанное, я прихожу къ такому выводу:

что хотя при убійствѣ неосторожность наказуется по Уложенію;

что хотя дѣтоубійство составляетъ его видъ и, слѣдовательно, должно подлежать тѣмъ-же правиламъ;

но что спеціальный признакъ — ненормальность психическаго состоянія матери при родахъ, выдѣляющій дѣтоубійство изъ общаго рода, уничтожаетъ основанія наказуемости неосторожнаго дѣтоубійства и, слѣдовательно, не допускаетъ примѣненія къ этимъ дѣяніямъ статей о неосторожномъ убійствѣ вообще;

что въ Уложеніи нѣтъ спеціальныхъ статей о наказаніи неосторожнаго *дѣтоубійства*, кромѣ ст. 1460;

что ст. 1460 обнимаетъ собою только дѣянія, предвидѣнныя въ ст. 1458;

что въ концѣ концовъ неосторожное дѣтоубійство по Уложенію не наказуемо, за исключеніемъ только высшей его формы—преступной самонадѣянности или безразличія, когда виновный предвидѣлъ результаты, но надѣялся ихъ избѣгнуть или относился къ нимъ безразлично.

Если бы наше Уложеніе было кодексомъ дѣйствительно систематичнымъ, если бы мотивы, о которыхъ говорятъ редакторы, дѣйствительно всегда находили выраженіе въ созданныхъ ими статьяхъ, то подобный выводъ казался бы единственно возможнымъ, но въ данномъ случаѣ я считаю только это толкованіе наиболѣе сообразнымъ и съ духомъ и съ текстомъ статей. Допущеніе инаго толкованія, допущеніе наказуемости неосторожнаго дѣтоубійства было бы признаніемъ полной непослѣдовательности законодательства. Въ самомъ дѣлѣ, дать ст. 1460 болѣе обширное значеніе, чѣмъ было указано выше, нѣтъ никакой возможности; слѣдовательно, нужно было бы примѣнить къ дѣтоубійству общія положенія о неосторожномъ убійствѣ, и въ тѣхъ же размѣрахъ, но тогда бы оказалось, что психическое состояніе, играющее такую роль при умышленныхъ дѣяніяхъ, имѣющее такое вліяніе на смягченіе наказанія при высшей формѣ преступной неосторожности, не имѣло бы значенія именно тамъ, гдѣ, теоретически разсматривая вопросъ, необходимо признать снисхожденіе, и при томъ въ самыхъ большихъ размѣрахъ, особенно непзбѣжнымъ.

216. Такимъ образомъ, существеннымъ условіемъ дѣтоубійства по нашему праву является наличность умысла, въ какой бы формѣ этотъ умыселъ ни проявлялся, начиная отъ простаго безразличія, о которомъ я говорилъ выше, и до непосредственнаго, ясно и вполнѣ обдуманнаго намѣренія причинить смерть малюткѣ. Само собою разумѣется, что этотъ умыселъ можетъ быть составленъ заранѣе, въ виду готовящихся родовъ, или возникнуть внезапно, подъ вліяніемъ того возбужденнаго состоянія, которое присуще родильницѣ. Дальше мы разсмотримъ степень вліянія, которое оказываютъ, по Уложенію, эти виды умысла на наказуемость; теперь для насъ важно констатировать только существованіе этихъ видовъ [69]).

[69]) Нельзя не замѣтить, что съ этой стороны постановленія Уложенія о дѣтоубійствѣ несравненно правильнѣе, нежели при убійствѣ

Иначе относится къ этому вопросу право французское и, хотя совершенно съ иной точки зрѣнія, право обще-нѣмецкое и построенная на основаніи его доктрина.

Code pénal опредѣляетъ infanticide какъ meurtre, какъ умышленное убійство, но при этомъ не обращаетъ вниманія на то, было ли оно совершено avec premeditation ou guet-apens, онъ требуетъ только одного условія: наличности прямаго намѣренія лишить жизни, такъ что отсутствіе заботъ, дурное обращеніе, имѣвшее тѣ же послѣдствія, но не проникнутое этимъ намѣреніемъ, не подходитъ подъ понятіе дѣтоубійства. При изложеніи мотивовъ постановленія докладчики пытались мотивировать его тѣмъ, что дѣтоубійство не можетъ быть предумышленно [70]); «невозможно чтобы подобное дѣяніе было результатомъ гнѣва или ненависти, потому что дитя не можетъ внушать подобнаго чувства, а скорѣе способно возбудить одно состраданіе». Но искусственность и несправедливость этихъ объясненій слишкомъ очевидна. Съ одной стороны, понятіе внезапнаго умысла вовсе не исчерпывается состояніемъ страстности, при которой возникаетъ этотъ умыселъ: состояніе раздраженія и запальчивости составляетъ, такъ сказать, одно изъ подраздѣленій внезапнаго умысла, его низшую форму; существенное условіе внезапнаго умысла заключается вовсе не въ состояніи страстности, а въ томъ, что исполненіе примыкаетъ такъ близко къ составленію плана, такъ быстро слѣдуетъ за нимъ, что заставляетъ предполагать невозможность ясной и полной обдуманности плана, всѣхъ послѣдствій преступнаго дѣянія, а въ силу того и меньшую злостность воли. Съ другой стороны, гнѣвъ и ненависть вполнѣ возможны и при дѣтоубійствѣ: дѣло въ томъ, что ни теорія, ни законы вовсе не требуютъ, да и не могутъ требовать, чтобы это состояніе аффекта, это

вообще. Уложеніе въ ст. 1451 различаетъ предумышленность и не предумышленность, а не такъ какъ ст. 1454 и 1455 убійство заранѣе обдуманное и убійство въ запальчивости.

[70]) Изложеніе мотивовъ, сдѣланное докладчикомъ Faure, см. Эли, в. с. № 1079.

раздраженіе и запальчивость были вызваны тѣмъ объектомъ, надъ которымъ, такъ сказать, разразились эти аффекты. Если кто либо, въ пылу мщенія, раздраженія, убиваетъ не то лицо, которое вызвало это состояніе, а другое существо, близкое, дорогое врагу, то разумѣется его поступокъ не будетъ assassinat, а meurtre, — отсутствіе предумышленности не тождественно съ provocation. Наконецъ признаніе справедливости теоріи, высказанной въ мотивахъ, влекло бы за собою допущеніе совершенно ненужной и справедливо порицаемой теоріею презумпціи въ сферу уголовнаго права. Безразличіе французскаго права объясняется несравненно проще, хотя, правда, что это объясненіе наглядно показываетъ всю неправильность системы, всю жестокость закона: признавая качество новорожденнаго обстоятельствомъ квалифицирующимъ преступное дѣяніе настолько, что при наличности одного простаго умысла допускается примѣненіе смертной казни, законъ, истощивъ, такъ сказать, всю экономію своей системы наказаній, не могъ уже принять во вниманіе и оттѣнить по наказуемости элементъ предумышленности, а насколько справедлива и гуманна эта исходная точка — я указывалъ выше [71]).

Что касается до обще-нѣмецкаго права, то сообразно исходному взгляду на дѣтоубійство, Каролина ставила существеннымъ условіемъ преступленія скрытіе беременности, родовъ и трупа, но легко можно видѣть, что два первые признака могутъ привести и къ другимъ выводамъ. Скрытіе беременности и родовъ матерью, убившею впослѣдствіи своего ребенка, на первый взглядъ дѣйствительно какъ бы указываетъ, что умыселъ на убійство былъ составленъ и обдуманъ заранѣе, что мать, скрывая беременность, скрывая роды, имѣла уже въ виду скрыть и болѣе важную улику своего паденія — младенца. Допущеніе же въ теоріи и въ положи-

[71]) Прусскій кодексъ для состава преступленія также требуетъ только умышленности; предумышленіе имѣетъ значеніе только при опредѣленіи мѣры наказанія.

тельныхъ законодательствахъ того времени системы юридическихъ предположеній въ весьма обширныхъ размѣрахъ и въ сферѣ уголовнаго права, привело къ тому, что фактъ скрытія родовъ и беременности сдѣлался не только элементомъ преступленія, доказывающимъ наличность въ матери стыда и страха передъ общественнымъ мнѣніемъ, но и юридическимъ предположеніемъ факта убійства ребенка матерью, и наконецъ предположеніемъ обдуманности намѣренія убить. Такимъ образомъ, дѣтоубійство по Каролинѣ является убійствомъ, совершеннымъ съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ, оттого и самое названіе этого преступленія и въ теоріи, и въ положительныхъ законодательствахъ было не Kindestödtung, а Kindes*mord*, и только позднѣйшіе писатели приняли первое [72]). Но тѣмъ не менѣе отрицать возможность совершенія дѣтоубійства не по заранѣе обдуманному намѣренію, а по внезапному умыслу, было невозможно; нужно было, слѣдовательно, указать мѣсто для преступленій этого рода въ ряду другихъ убійствъ; и такъ какъ единственною причиною снисхожденія къ виновницѣ, по Каролинѣ, было чувство стыда предъ общественнымъ мнѣніемъ и его необходимый элементъ—тайна рожденія, то потому всякое убійство незаконнаго новорожденнаго младенца, лишенное послѣдняго элемента, признавалось простымъ убійствомъ, и характеръ умысла, наличность предумышленности или ея отсутствіе, не могли имѣть никакого значенія. Къ такому же выводу должны были придти и теоретики, принявшіе тотъ же основной взглядъ, если они только хотѣли быть послѣдовательны. Но подобная послѣдовательность принесла бы результаты въ высшей степени несправедливые. Пришлось бы отказать въ снисхожденіи лицамъ, всего болѣе его заслуживающимъ, пришлось бы наказывать какъ простую убійцу мать, которая, подъ вліяніемъ ненормальнаго родоваго состоянія, когда всѣ

[72]) Какъ напр. Гефтеръ, Бернеръ. См. Клейстъ, в. с. стр. 3. Возраженія противъ неправильности названія встрѣчаются уже у Миттермайера. Archiv, VII, стр. 39.

психическіе мотивы, какъ страхъ, горе, стыдъ и т. д., дѣйствуютъ на душу съ особенною потрясающею силою, внезапно рѣшается удалить со свѣта вѣчное пятно позора, когда она, разумѣется, не въ состояніи сообразить, что лица, ее окружающія, уже изъ факта беременности знали о ея паденіи,—и наоборотъ, пришлось бы оказывать снисхожденіе матери, спокойно заранѣе обдумавшей планъ убійства младенца и хладнокровно выполнившей этотъ планъ. Оттого-то многіе изъ послѣдователей этого принципа впали въ другую крайность [73]) и, въ виду особенностей психическаго состоянія, возникающаго при родовыхъ мукахъ, дѣлающихъ родильницу неспособной къ хладнокровной оцѣнкѣ своихъ поступковъ, пришли къ тому выводу, что не только неосторожное, но даже и умышленное дѣтоубійство не должно быть вмѣняемо виновной, если только самый умыселъ возникъ во время родовъ, а не былъ обдуманъ заранѣе.

Но какъ скоро мы признаемъ, что, по отношенію къ различенію видовъ умысла, дѣтоубійство вовсе не отличается отъ своего родоваго понятія, то, разумѣется, къ нему примѣняются и всѣ остальныя положенія о различеніи предумышленности отъ внезапнаго умысла и способъ доказательства ея, то-есть, сообразно толкованію государственнаго совѣта, предумышленность, какъ состояніе квалифицирующее уголовную отвѣтственность, должна быть точно доказана и притомъ эти доказательства должны основываться на фактахъ, а не на предположеніяхъ.

217. Поэтому понятно, что въ нашемъ процессѣ, какъ и въ западныхъ законодательствахъ, утайка родовъ, беременности и трупа потеряла значеніе безусловнаго доказательства:

[73]) Напр. Гансъ, в. с. стр. 275—6. Сообразно съ видоизмѣненіемъ исходнаго взгляда видоизмѣняется и взглядъ на значеніе этого признака. См. Клейстъ, в. с. стр. 36. Совершенно отрицаютъ значеніе этихъ условій: Геппъ, Ярке, Шпангенбергъ, Бернеръ, Учебникъ стр. 138. Придаютъ ему важное значеніе: Фейербахъ, Lehrbuch, §§ 236—237, Грольманъ, Генке, Вехтеръ, Lehrbuch, §§ 161, 162, Геппъ.

что постановленія въ родѣ эдикта Генриха II 1556 г. во Франціи, статута Якова I въ Англіи, по которому скрытіе смерти незаконнаго ребенка со стороны матери составляли совершенное доказательство дѣтоубійства, если мать не могла сослаться, по крайней мѣрѣ, на одного свидѣтеля въ томъ, что ребенокъ родился мертвымъ,—служатъ, какъ справедливо замѣчаетъ Ульзъ [74]), доказательствомъ варварства того времени. Мало того, опытъ и указанія судебной практики доказали даже, что эти факты не всегда могутъ служить косвенными, второстепенными уликами, подкрѣпляющими другія, болѣе существенныя доказательства. Практика указала, что могутъ встрѣтиться случаи, гдѣ подобная утайка можетъ быть объяснена побужденіями даже отчасти похвальными [75]), что во всякомъ случаѣ, если мы и можемъ думать, что женщина, не таившая свою беременность и роды, имѣетъ сравнительно мало причинъ къ убійству ея ребенка, то ничто не даетъ намъ права сдѣлать обратное заключеніе и предположить, что мать, таившая свою беременность, непремѣнно имѣетъ интересъ въ убійствѣ дитяти. Справедливо замѣчаетъ Эли, что при дѣтоубійствѣ скрытіе беременности, тайные роды, даже самое скрытіе трупа служатъ только слабыми уликами преступленія, потому что эта тайна легко можетъ быть результатомъ простой боязни разоблачить позоръ своего паденія, надеждъ матери, что можетъ быть горе и бѣдствіе, ей угрожающія, пройдутъ безслѣдно. «Забеременившая внѣ брака, говоритъ Клейстъ [76]), можетъ скрывать свое состояніе, не соединяя съ этимъ даже и какого-либо отдаленнаго преступнаго плана, и наоборотъ, она можетъ заявить о своей беременности и затѣмъ создать планъ убійства дитяти и выполнить его. Изъ утайки мы такъ же мало можемъ вывести неоспоримое заключеніе о намѣреніи убить, какъ и обратно, изъ обнаруженія своего состоянія—предположеніе объ отсутствіи умысла. Естественное чувство стыдливости, особенно рѣзко проявляющееся у женщинъ, можетъ быть достаточнымъ побужденіемъ для забеременившей внѣ брака тщательно скрывать свое положеніе отъ всякаго, даже отъ лицъ близкихъ, и это чувство, въ особенности у лицъ образованнаго класса, можетъ проявляться съ такою силою, что иногда дѣвушка скорѣе согласится умереть подъ тягостью невыносимыхъ страданій, нежели обнаружить свое положеніе, достигшее послѣдней степени развитія, передъ врачомъ, призваннымъ для оказанія ей помощи и побуждающимъ ее къ открытію истины». А при этомъ нужно помнить и то указаніе, которое дѣлаютъ опытные акушеры, что весьма нерѣдко дѣвушка не знаетъ или, по крайней мѣрѣ, заблуждается относительно своей беременности, и внезапно наставшіе роды являются для нея нежданнымъ бѣдствіемъ [77]).

[74]) Ульзъ, опытъ теоріи косвенныхъ уликъ, 1864, стр. 201.—Совершенно таковы же Kindesmords-Placate 1680, 1684, имѣвшіе силу въ Лифляндіи до 1845, хотя и въ смягченномъ видѣ. Osenbrüggen, Theorie und Praxis liv, esth und curländische Strafrechts, I, §§ 20, 27, 65.

[75]) Напр. утайка съ цѣлью скрыть мужа-дезертира и не подвергнуть его преслѣдованію. Ульзъ, стр. 200.

[76]) В. с. стр. 45. Ср. также Temme, Tödtung, стр. 85.

218. Еще менѣе отличій отъ общаго состава убійства пред-

[77]) См. Friedreich, von der Verheimlichung der Schwangerschaft A. d. K. R. 1843, стр. 487. Онъ изслѣдуетъ вопросъ о возможности долгаго незнанія о своей беременности и слѣдовательно не намѣреннаго ея скрытія. Такъ смотритъ на это и наша практика. По дѣлу Григорьевой Ж. М. Ю. 1865, упорно отрицавшей свою беременность до самаго момента убійства, правительствующій сенатъ призналъ все-таки дѣтоубійство не предумышленнымъ и согласился съ предложеніемъ министра юстиціи, который находилъ, что подсудимая во время беременности ничѣмъ не обнаружила намѣренія истребить младенца, и только по естественному чувству стыда желала скрыть свою беременность; т. е. другими словами, что и здѣсь предумышленность должна быть доказываема. Что касается до скрытія трупа, то и оно получаетъ значеніе только какъ самостоятельное преступленіе, а не какъ одно изъ существенныхъ условій дѣтоубійства. При этомъ нельзя не замѣтить, что постановка вопроса о скрытіи трупа мертворожденнаго ребенка, какъ вытекающаго изъ судебнаго слѣдствія по дѣтоубійству, всегда признается кассаціоннымъ департаментомъ. Ср. кассац. рѣшен. 1867 № 1 по дѣлу Карваненъ; 1867 № 492, Тачкиной.

ставляетъ вопросъ о преступномъ дѣйствіи при дѣтоубійствѣ. Способами совершенія могутъ быть не только положительныя дѣйствія [78]), но и преступныя опущенія, т. е. убійство можетъ быть совершено не только нанесеніемъ ранъ, поврежденій, удушеніемъ, утопленіемъ и т. п., но и отсутствіемъ необходимыхъ заботъ и ухода; даже послѣдній способъ, какъ я уже указывалъ выше, именно при дѣтоубійствѣ и встрѣчается сравнительно чаще, нежели при другихъ видахъ убійства [79]). Само собою разумѣется, это умышленное убійство отрицательнымъ способомъ всегда должно быть строго отличаемо отъ неосторожнаго причиненія смерти оставленіемъ безъ помощи. Для умышленнаго совершенія необходимо, что бы женщина не только знала важное значеніе извѣстнаго рода попеченій, ухода, не только предполагала опасность послѣдствій этихъ опущеній для жизни младенца въ данномъ случаѣ, но именно въ видахъ этого и съ этою цѣлью и отказала ему въ помощи. Оставленіе пуповины неперевязанною и послѣдовавшая оттого смерть младенца, вызванная потерею крови, оставленіе его въ температурѣ чрезмѣрно холодной можетъ быть результатомъ и умысла и неосторожности, и какъ ни трудно рѣшить этотъ вопросъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, при отсутствіи большею частью всякихъ объективныхъ данныхъ и уликъ, могущихъ служить къ подобному

[78]) Тардье, в. с. стр. 99, говоритъ, что изъ числа 804 дѣтскихъ труповъ, вскрытыхъ имъ съ 1844 по 1868 годъ по предложенію судебныхъ мѣстъ, было: мертворожденныхъ 231, умершихъ вслѣдствіе прирожденной слабости или болѣзней, полученныхъ въ утробѣ матери, 18, отъ дѣтоубійства 555, а именно: отъ удушенія 281, брошенія въ отхожее мѣсто 72, пролома черепа 70, повѣшенія 60, утопленія 31, недостатка попеченія 14, другихъ причинъ 27.

[79]) Напр. рѣшеніе прусскаго Ober-Tribunal'a по дѣлу Neumann 25 мая 1853. Эли, в. с. № 1071, говоритъ, что дѣтоубійство par omission et par comission составляютъ два отдѣльныя преступленія, потому что первое предполагаетъ отсутствіе воли,—но замѣчаніе это, очевидно, не вѣрно. Австрійское уложеніе, ст. 122 одно сохранило прежнее мнѣніе, что дѣтоубійство путемъ опущеній наказывается слабѣе. См. вообще объ этомъ главу 1-ю, № 70—81.

уясненію, но тѣмъ не менѣе это возможно и очевидно разрѣшается на основаніи общихъ процессуальныхъ началъ, на основаніи доказательства существованія причинной и преступной связи. При этомъ нельзя въ особенности забывать, что актъ рожденія представляетъ такъ много опасностей для молодаго организма, что поврежденіе и смерть могутъ быть непредвидѣннымъ результатомъ цѣлой массы случайностей, что здѣсь, болѣе чѣмъ гдѣ либо, нужно имѣть въ виду коренное правило уголовнаго права—всякое сомнѣніе въ пользу подсудимому.

При этомъ, на основаніи общихъ началъ о причинной связи, виновная отвѣчаетъ не только за послѣдствія, непосредственно связанныя съ ея дѣйствіемъ, но и бывшія результатами другихъ предвошедшихъ причинъ, если только эти второстепенныя причины были вызваны ея намѣренными дѣйствіями [80]). Поэтому будетъ считаться дѣтоубійствомъ и дѣяніе будетъ вмѣнено матери, хотя бы экспертиза показала, что младенецъ умеръ не непосредственно отъ поврежденій, удушенія или вообще какихъ либо насильственныхъ дѣйствій со стороны матери, а въ силу другихъ причинъ, вызванныхъ ея дѣйствіемъ, какъ напр. въ силу истеченія крови, въ силу дѣйствія холоднаго воздуха, отъ задушенія средою, въ которой онъ былъ оставленъ и т. д., хотя бы эти причины и не были непосредственнымъ результатомъ прямаго намѣренія матери, хотя бы даже, дѣйствуя такимъ образомъ, мать предполагала младенца уже мертвымъ. Но, съ другой стороны, одинъ фактъ причинной связи между смертью младенца и дѣйствіями матери, даже доказательство сознательности именно этихъ ея дѣйствій, не можетъ имѣть непремѣннымъ послѣдствіемъ вмѣненія ей преступленія въ вину: для этого необходимо еще возстановленіе преступной связи, дѣйствительное существованіе въ этихъ послѣдствіяхъ злаго умысла, воли, имѣвшей цѣлью убійство, и мы можемъ представить случаи такого рода,

[80]) Болѣе подробный разборъ вопроса о причинной связи при убійствѣ. См. въ главѣ 1-й, № 82—103.

что судебно-медицинская экспертиза представила несомнѣнныя доказательства, что ребенокъ жилъ въ моментъ родовъ, что онъ умеръ отъ задушенія содержимымъ отхожаго мѣста, что его бросила туда мать, но она не можетъ быть обвинена въ дѣтоубійствѣ, какъ скоро будутъ указанія, на основаніи которыхъ можно съ вѣроятностью допустить, что дѣйствуя такимъ образомъ, она не подозрѣвала жизни ребенка, считала его мертвымъ и какъ таковаго бросила въ отхожее мѣсто. Въ силу этого фактическаго заблужденія, она, разумѣется, можетъ быть обвинена только въ скрытіи трупа ребенка, казавшагося ей мертвымъ, такъ какъ, какъ я уже старался доказать выше, причиненіе смерти по неосторожности при дѣтоубійствѣ не наказуемо [81]).

Точно также и самый моментъ совершенія преступленія, какъ и при убійствѣ, совпадаетъ съ моментомъ наступленія того спеціальнаго послѣдствія, которое составляло цѣль виновной, слѣдовательно съ наступленіемъ смерти малютки. Такъ что случай, о которомъ напр. разсказываетъ Ортманнъ [82]), когда мать зарыла въ песокъ своего тайнорожденнаго новорожденнаго незаконнаго младенца, гдѣ онъ былъ черезъ полчаса найденъ и возвращенъ къ жизни, безъ всякихъ вредныхъ для него послѣдствій, долженъ быть признанъ, разумѣется, только покушеніемъ на дѣтоубійство и разсматриваться на основаніи общихъ правилъ Уложенія.

219. Оканчивая этотъ обзоръ состава дѣтоубійства и переходя къ разсмотрѣнію его наказуемости, я считаю не лишнимъ сказать нѣсколько словъ объ одномъ обстоятельствѣ. Во всѣхъ преступленіяхъ противъ жизни, при возстановленіи объективнаго состава преступленія, играетъ важную роль судебно-медицинская экспертиза, но ея значеніе, какъ не разъ

[81]) См. напр. дѣло Елены Карваненъ, «С. В.» 1866 № 105. Подсудимая приводила подобное заблужденіе въ свое оправданіе и вліяніе его на невмѣненіе поступка было отлично мотивировано г. Арсеньевымъ, въ его защитительной рѣчи.

[82]) В. с. стр. 29.

приходилось намъ видѣть, особенно увеличивается при дѣтоубійствѣ. Не только одно возстановленіе причинной связи, опредѣленіе характера и свойства поврежденія выпадаютъ на долю эксперта: на немъ лежитъ еще болѣе трудная обязанность возстановить многія существенныя условія состава самаго преступленія. Юристу, участвующему въ процессахъ этого рода въ качествѣ ли слѣдователя или судьи, прокурора или защитника, безпрерывно приходится обращаться за совѣтомъ и указаніемъ къ медику и при разрѣшеніи вопросовъ юридическихъ класть въ основаніе экспертизу врача. Само собою разумѣется, и здѣсь юристъ не имѣетъ возможности и не долженъ пытаться своимъ полузнаніемъ замѣнить знаніе врача-эксперта, но онъ долженъ, по крайней мѣрѣ, умѣть вопрошать науку и даже, мало того, въ особенности у насъ въ Россіи, какъ неоднократно указала практика, онъ долженъ быть болѣе или менѣе знакомъ съ главнѣйшими результатами науки, чтобы имѣть возможность контролировать врача въ томъ смыслѣ, чтобы при первомъ основательномъ сомнѣніи обратиться къ указанію другихъ спеціалистовъ. Процесы, получившіе извѣстность въ нашей новой практикѣ, какъ напримѣръ Елены Карваненъ, Артемьевой, не только показали примѣры несостоятельности нашей судебной медицины даже въ центрахъ ученой жизни [83]), но особенно поражали неполнотою этой экспертизы, неполнотою, отвѣтственность за которую падала, разумѣется, столько же на медиковъ, какъ и на юристовъ, руководившихъ слѣдствіемъ и, слѣдовательно, неозаботившихся о точномъ начертаніи круга вопросовъ, которыхъ разрѣшеніе со стороны медика было существенно необходимо для опредѣленія состава преступленія.

Вопросы эти касаются, какъ я уже сказалъ, различныхъ

[83]) См. напр. разборъ дѣла Карваненъ въ «Архивѣ Судебной Медицины» 1867 г. кн. 1. См. также сдѣланный мною обзоръ этого дѣла, въ «Журн. Мин. Юст.» 1867 г. № 6. Мнѣніе, высказанное въ «Судебн. Вѣстн.» 1868 г. № 119, что этотъ процессъ представляетъ доказанность внѣшняго состава и достаточно уликъ для опредѣленія внутренняго, и въ томъ и въ другомъ отношеніи лишено основанія.

отдѣловъ состава дѣтоубійства и, просматривая весь предшествовавшій анализъ, мнѣ представляется слѣдующая схема главнѣйшихъ вопросовъ судебно-медицинскихъ, необходимыхъ для юридической оцѣнки дѣянія. Я вовсе не претендую на полноту и непогрѣшимость моей схемы, но я считаю этотъ пунктъ настолько важнымъ, что думаю, что моя попытка вызоветъ со стороны юристовъ практиковъ ея оцѣнку и пополненіе, чтобы было возможно, такимъ образомъ, составить, такъ сказать, юридическую программу для врача-эксперта и затѣмъ предоставить уже спеціалистамъ-медикамъ подробнѣе развить эту программу съ ихъ точки зрѣнія, т. е. указать, на какіе судебно-медицинскіе пункты должно быть обращаемо вниманіе врача при разрѣшеніи представляющихся ему юридическихъ вопросовъ. При этомъ, разумѣется, много указаній для той и другой программы можно встрѣтить въ учебникахъ судебной медицины и въ монографіяхъ по дѣтоубійству въ западной литературѣ.

Разумѣется, не всѣ изъ этихъ вопросовъ могутъ имѣть равное значеніе при каждомъ процессѣ, но сдѣлать ихъ оцѣнку, можно только при знакомствѣ съ признаками каждаго отдѣльнаго случая. Кажущіеся мнѣ наиболѣе существенными таковы:

1) Родила ли обвиненная или подозрѣваемая, и въ какое приблизительно время?

2) Можно ли заключить по осмотру обвиненной, что роды были трудныя или легкія, своевременныя или несвоевременныя, и если нужно принять послѣднее, то приблизительно на какомъ мѣсяцѣ беременности?

3) Если роды были преждевременны, то не произошли ли они на такомъ мѣсяцѣ, когда ребенокъ *не могъ* родиться живымъ, или, по крайней мѣрѣ, его жизненность была весьма невѣроятна?

4) Если ребенокъ родился въ такую эпоху своего развитія, что могъ быть живымъ, то нѣтъ ли какихъ либо данныхъ, въ особенности если роды были трудныя, въ анатомическомъ или патологическомъ состояніи матери, на основаніи которыхъ

можно съ достовѣрностью, или, по крайней мѣрѣ, съ большою вѣроятностью предположить, что ребенокъ былъ при рожденіи уже мертвъ?

Если трупъ ребенка не былъ найденъ, то этими, главнымъ образомъ отрицательными указаніями опредѣляется дѣятельность врача; но если трупъ существуетъ, то не только область экспертизы расширяется, но и выводы ея пріобрѣтаютъ положительный характеръ.

5) Нельзя ли опредѣлить по состоянію трупа сколько приблизительно прошло времени съ момента смерти и если ребенокъ новорожденный, то со дня или времени родовъ?

6) Нѣтъ-ли признаковъ въ анатомическомъ строеніи ребенка, на основаніи которыхъ можно бы было заключить, что ребенокъ не могъ быть рожденъ обвиняемою?

7) Былъ-ли ребенокъ вполнѣ выношенъ, и если есть данныя предполагать, что онъ родился преждевременно, то на какомъ мѣсяцѣ?

8) Если роды были преждевременны, то по степени развитія ребенка можно-ли заключить, что онъ могъ родиться живымъ?

Эти два вопроса, съ одной стороны, совершенно сходны съ приведенными выше подъ №№ 3 и 4, съ тою только разницею, что тамъ выводъ дѣлается на основаніи анализа состоянія матери, здѣсь — трупа ребенка; съ другой стороны, спеціально вопросъ 8-й поглощается нѣкоторыми послѣдующими вопросами о жизненности ребенка, но я ставлю его самостоятельно, потому что съ отрицательнымъ его рѣшеніемъ устраняется необходимость отвѣчать на другіе, болѣе сложные вопросы.

9) Не долженъ-ли младенецъ, вслѣдствіе отсутствія какихъ либо важныхъ наружныхъ органовъ, или же вслѣдствіе совершенно ненормальнаго ихъ строенія, быть названъ уродомъ, т. е. существомъ чудовищнаго вида, или даже неимѣющимъ человѣческаго образа?

Собственно говоря, вопросъ этотъ, и притомъ въ этомъ видѣ, не требуетъ для своего разрѣшенія никакихъ особенныхъ техническихъ свѣдѣній и долженъ быть признанъ во-

просомъ факта, разрѣшаемымъ судьями. Кромѣ того, въ медицинскомъ отношеніи подобное опредѣленіе урода по одному его внѣшнему строенію было бы слишкомъ односторонне [84]), но мнѣ кажется этотъ вопросъ—разумѣется въ тѣхъ случаяхъ, когда въ немъ встрѣтится надобность, когда напр. мать выставляетъ уродство, какъ причину посягательства на жизнь младенца—необходимымъ и притомъ именно въ этой формѣ, съ одной стороны въ виду ст. 1469 Уложенія, дающей именно такое опредѣленіе уроду, а съ другой стороны потому, что въ подобныхъ случаяхъ показаніе эксперта всегда можетъ служить существеннымъ подкрѣпленіемъ или опроверженіемъ показаній матери.

10) Существуютъ-ли и какіе именно признаки того, что младенецъ дышалъ и нельзя-ли, хотя и приблизительно, опредѣлить, насколько продолжительно и сильно было это дыханіе?

11) Если принимаемое за одинъ изъ наглядныхъ признаковъ дыханія—плаваніе легкаго въ водѣ—существовало, то нѣтъ-ли указаній, что причина этого плаванія заключалась въ постороннихъ газахъ, развившихся въ легкихъ вслѣдствіе какихъ либо болѣзненныхъ процессовъ, или не былъ-ли воздухъ введенъ въ легкія искуственнымъ путемъ, и вообще не былъ ли результатомъ естественнаго процесса дыханія?

12) Если младенецъ и не дышалъ, то нѣтъ-ли какихъ либо другихъ признаковъ, по которымъ можно бы съ вѣроятностью заключить, что въ моментъ причиненія ему насильственной смерти въ немъ еще существовала жизнь, хотя бы только посредствомъ кровообращенія?

13) Въ такомъ случаѣ не были-ли поврежденія (въ обширномъ смыслѣ), причинившія ему смерть, нанесены ему внѣ утробы?

14) Нѣтъ-ли указаній въ состояніи трупа, что эта жизнь безъ дыханія обнаруживалась настолько явственно, что могла быть замѣчена даже и лицами, необладающими спеціальными техническими свѣдѣніями?

---

[84]) См. объ этомъ главу I, № 19—23.

Ставя этотъ вопросъ, я считаю необходимымъ замѣтить, что отвѣтъ на него со стороны врача-эксперта можетъ быть только въ весьма немногихъ исключительныхъ случаяхъ. Если дитя дышало и притомъ съ достаточною силою, то врачъ можетъ еще предположить съ большею или меньшею вѣроятностью, что это дыханіе и сопровождающій его крикъ должны быть замѣчены. Но если жизнь была настолько слаба, что недоразвилась до начала процесса дыханія, или прекращена была слишкомъ рано, то признаки этой жизни дѣлаются все блѣднѣе и блѣднѣе и, слѣдовательно, менѣе становится возможности для врача давать заключенія о замѣтности этой жизни для постороннихъ наблюдателей, неспеціалистовъ.

Если-бы наше законодательство допускало смягченіе наказанія въ случаѣ убійства новорожденнаго, ради прекращенія его страданій и мученій, какъ признаетъ это теорія [85]), то разрѣшенію врача подлежалъ бы вопросъ такого рода:

Если младенецъ родился живымъ, то не было-ли въ его организмѣ такого патологическаго состоянія которое дѣлало бы его кратковременную жизнь непрерывною цѣпью страданій и притомъ страданій такого рода, которыя могли быть вполнѣ очевидны для лицъ, его окружающихъ?

15) Было-ли дитя убито во время болѣе или менѣе близкое къ моменту родовъ и вообще нѣтъ-ли какихъ указаній для опредѣленія разстоянія между моментами родовъ и смерти младенца?

16) Подкрѣпляетъ-ли эта большая или меньшая продолжительность времени между родами и нанесеніемъ ребенку смертельныхъ поврежденій предположеніе, о продолжающемся ненормальномъ состояніи родильницы, произведенномъ родовыми муками, или, напротивъ, не отрицаетъ-ли она эту возможность?

17) Что было причиною смерти младенца?

18) Въ какомъ причинномъ отношеніи находится эта смерть къ тѣмъ преступнымъ насильственнымъ дѣйствіямъ матери, на которыя указываетъ слѣдствіе, не была-ли эта смерть

---

[85]) См. также главу I, № 130—132.

прямымъ послѣдствіемъ этихъ дѣйствій, или причинъ, ими вызванныхъ, или, напротивъ, она была результатомъ силъ совершенно сторонникъ, случайно предвошедшихъ къ данному дѣйствію?

19) Не могла-ли эта смерть быть объяснена дѣйствіями случайныхъ обстоятельствъ, или неосторожныхъ поступковъ родильницы, въ особенности тѣхъ, на которыя указываетъ мать?

20) Если смерть послѣдовала отъ недостатка попеченій, заботъ, то какого рода были заботы, необходимыя для поддержанія жизни ребенка; требовали-ли онѣ нѣкоторыхъ спеціальныхъ познаній или же онѣ заключались въ пренебреженіи естественными обязанностями, указанными самою природою?

21) Какое вліяніе произвели или, правильнѣе, могли произвести роды на психическое состояніе родильницы, въ особенности при тѣхъ соматическихъ данныхъ, на которыя указала экспертиза, и при тѣхъ психологическихъ вліяніяхъ, которыя обнаружило слѣдствіе?

22) Нѣтъ ли указаній, что въ данномъ случаѣ это вліяніе было такъ велико, что произвело въ ней полное, хотя и временное, умственное разстройство?

23) Нѣтъ ли указаній, что родовыя муки произвели такое ослабленіе ея физическихъ силъ, что она не была въ состояніи оказать младенцу необходимыя попеченія?

Я замѣтилъ уже, что, разумѣется, не всѣ изъ этихъ вопросовъ могутъ встрѣтиться въ каждомъ процессѣ этого рода, и что значеніе ихъ для судебнаго разрѣшенія дѣла далеко неодинаково. Между тѣмъ, какъ напр. по отношенію къ вопросамъ о жизненности ребенка, о причинахъ смерти, мнѣніе врача должно имѣть рѣшительное значеніе, не можетъ быть, строго говоря, контролировано мнѣніемъ неспеціалистовъ, по другимъ — медицинская эксперциза становится *на ряду* съ прочими уликами и доказательствами и имѣетъ значеніе второстепенное, вспомогательное, какъ наприм. по вопросу о томъ, можетъ ли быть названъ младенецъ уродомъ, былъ ли онъ убитъ при самомъ рожденіи и т. д.

220. Но признаніе наличности всѣхъ указанныхъ выше существенныхъ условій преступленія во всякомъ случаѣ принадлежитъ судьямъ факта, каковыми являются при дѣтоубійствѣ, какъ неосторожномъ, такъ и умышленномъ — присяжные, и правильная, точная постановка вопросовъ составляетъ поэтому важную обязанность суда, а между тѣмъ эту постановку почти во всѣхъ напечатанныхъ доселѣ процессахъ, изъ новой нашей практики, о дѣтоубійствѣ нельзя назвать удачною.

На основаніи ст. 755 Уст. Уголовн. Суд., главный вопросъ долженъ обнимать преступное дѣяніе, составляющее предметъ обвиненія, а частные вопросы поставляются только объ обстоятельствахъ, особо увеличивающихъ или уменьшающихъ вину. Но дѣтоубійство есть особенный видъ убійства, какъ напр. кража со взломомъ есть одинъ изъ видовъ тайнаго похищенія имущества,и «спеціальные, существенные, видовые признаки его входятъ въ составъ опредѣленія этого преступленія, а не есть побочное или случайное обстоятельство, подобное тѣмъ, по которымъ въ законѣ нерѣдко дѣлаются особыя дополненія къ опредѣленію преступленія, указывающія на увеличеніе въ степени или мѣрѣ нормальнаго наказанія въ томъ или другомъ случаѣ» [86]). Они и есть тѣ существенные признаки преступленія, которые, по ст. 760, должны содержаться въ главномъ вопросѣ. Притомъ, само собою разумѣется, здѣсь какъ и при каждомъ преступленіи, въ главномъ вопросѣ должны быть всѣ существенные признаки, опредѣляющіе преступленіе и отличающіе его отъ другихъ родственныхъ, и непомѣщеніе какого либо изъ нихъ, какъ справедливо разъясняетъ кассаціонный судъ по дѣлу Никифорова [87]), вноситъ неопредѣлительность въ рѣшеніе присяжныхъ и даетъ суду возможность опредѣлять виновность подсудимаго по своему усмотрѣнію, а это есть присвое-

---

[86]) См. Рѣшеніе кассаціоннаго суда по дѣлу Козякова, 11 октября 1867 г. № 429.

[87]) Касс. рѣш. 1867 г. № 407.

ніе себѣ судомъ власти, принадлежащей присяжнымъ, и служитъ достаточнымъ поводомъ къ кассаціи. Слѣдовательно, въ преступленіи, нами разсматриваемомъ, по каждому дѣлу, въ главномъ вопросѣ, должны быть слѣдующіе существенные признаки: 1) жизненность, 2) незаконнорожденность объекта, 3) материнскія отношенія къ нему субъекта, 4) время совершенія преступленія, 5) наличность умысла или преступной самонадѣянности, 6) степень его осуществленія, 7) существованіе причинной и преступной связи. При этомъ, нѣкоторые изъ этихъ признаковъ, а именно 1, 5, 6 и 7, общи и родовому понятію убійства и выражаются въ общей формѣ: виновна ли (пр. 7) такая то въ лишеніи жизни (пр. 1) или покушеніи на него, совершенномъ предумышленно, умышленно или по неосторожности. Такимъ образомъ, мнѣ кажется наиболѣе удовлетворительною слѣдующая форма вопросовъ:

«Виновна ли подсудимая въ томъ, что тогда-то лишила жизни (или съ болѣе подробнымъ указаніемъ спеціальнаго вида лишенія) съ намѣреніемъ, заранѣе составленнымъ, или хотя и умышленно, но безъ такого заранѣе составленнаго намѣренія, своего незаконноприжитаго (или прижитаго не отъ мужа) младенца во время рожденія или вскорѣ послѣ родовъ, когда сама родильница находилась подъ вліяніемъ родоваго состоянія?»

Если подсудимая обвиняется только въ покушеніи, то элементъ жизненности объекта въ моментъ преступленія, долженъ быть выставленъ еще рельефнѣе, и самое начало вопроса можетъ быть изложено такъ: «виновна ли подсудимая въ томъ, что, родивъ живаго ребенка, пыталась лишить его жизни» и пр.

Въ случаѣ существованія условія, указаннаго во 2 п. 2 ч. 1451 ст. (см. ниже), къ первому вопросу долженъ быть прибавленъ второй: «не виновна ли подсудимая въ лишеніи жизни, совершенномъ тогда-то, своего незаконноприжитаго ребенка, съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ?» такъ какъ фактъ прежней судимости не есть существенный признакъ дѣтоубійства, а потому и не можетъ быть внесенъ въ главный

вопросъ, а есть обстоятельство, особо увеличивающее наказуемость, которое по ст. 755, должно быть предметомъ спеціальнаго вопроса; и наконецъ, въ случаѣ неосторожнаго убійства, сообразно съ ст. 1460: «виновна ли подсудимая въ томъ, что оставила своего незаконноприжитаго младенца, при самомъ его рожденіи, безъ помощи, зная и предвидя опасность его положенія, отчего ему и причинилась смерть?» При чемъ, разумѣется, многія изъ выраженій здѣсь приведенныхъ могутъ, а иногда и должны быть замѣнены фактическими указаніями и примѣрами.

Но, во всякомъ случаѣ, въ вопросѣ должны быть всѣ существенные признаки преступленія, а потому наприм. первый вопросъ, постановленный судомъ по дѣлу Карваненъ: «виновна ли подсудимая въ лишеніи жизни рожденнаго ею ребенка?» въ случаѣ утвержденія его присяжными и назначенія, на основаніи его, наказанія по 2 ч. 1451 ст.,—долженъ бы былъ быть признанъ достаточнымъ основаніемъ для кассаціи всего производства, такъ какъ онъ, съ равнымъ успѣхомъ, могъ быть отнесенъ и къ 1 части ст. 1451. Такъ же недостаточенъ былъ бы и первый вопросъ по дѣлу Гусевой («С. В.» 1867 г., № 237): «виновна ли подсудимая въ томъ, что, разрѣшившись отъ бремени въ первый разъ, утромъ 2 февраля, предумышленно лишила жизни своего незаконнорожденнаго ребенка?»—такъ какъ въ немъ нѣтъ указанія на существенное условіе дѣтоубійства: «при самомъ рожденіи» [88]), или второй вопросъ по тому же дѣлу: «не виновна ли она въ лишеніи жизни незаконнорожденнаго ребенка, при самомъ его рожденіи, отъ стыда или страха», потому что, во-первыхъ, мотивъ стыда и страха не составляетъ существеннаго условія преступленія; во-вторыхъ, онъ, равнымъ образомъ, упоминается въ Уложеніи и при дѣтоубійствѣ предумышленномъ и при непредумышленномъ, а потому, въ-третьихъ,

[88]) Тоже опущеніе сдѣлано и по дѣлу Балавневыхъ «С. В.» № 242, 1867 г., вопросъ 14. По дѣлу Манченковой, к. 1869 г., № 830, также въ 1-мъ вопросѣ опущенъ признакъ незаконнорожденности младенца.

никакимъ образомъ не можетъ быть признанъ выраженіемъ, могущимъ замѣнить техническое выраженіе «безъ обдуманнаго заранѣе намѣренія».

Съ другой стороны, я считаю излишнимъ внесеніе въ вопросы, какъ это было сдѣлано по дѣламъ Артемьевой, Виноградовой («С. В.» 1867 г. № 215), Гусевой, того обстоятельства, что подсудимая разрѣшилась отъ бремени въ первый разъ. Потому что, хотя это условіе и упоминается въ 3 п. 2 ч. 1451 ст., но, во-первыхъ, наравнѣ съ нимъ поставлено и другое обстоятельство, чтобы подсудимая была незамужняя, а главное, во-вторыхъ, что оба они вмѣстѣ взятыя не только не составляютъ существеннаго условія преступленія (см. ниже) и, слѣдовательно, не могутъ быть внесены въ главный вопросъ, но даже не составляютъ и обстоятельства, особо квалифицирующаго, и не могутъ быть предметомъ частнаго вопроса, такъ какъ, несмотря на признаніе или отрицаніе ихъ присяжными, совершенно отъ усмотрѣнія суда зависитъ назначить наказаніе по 1 или 2 степени 20 статьи.

Разумѣется, если во время судебнаго слѣдствія будетъ возбужденъ со стороны обвинительной власти или со стороны защиты споръ о томъ, есть ли данное дѣяніе—дѣтоубійство со всѣми его признаками, или, въ силу сомнительности какого либо изъ этихъ условій, оно должно быть разсматриваемо какъ простое или родственное убійство, то судъ имѣетъ право, рядомъ съ вопросами о дѣтоубійствѣ, поставить эвентуально вопросы объ убійствѣ простомъ или родственномъ. Но при этомъ, какъ разъяснилъ кассаціонный судъ по дѣлу Кобякова, невыдѣленіе видовыхъ признаковъ въ особый вопросъ не можетъ быть предметомъ кассаціи, потому что если присяжные, признавая фактъ убійства, не признаютъ наличности какого либо видоваго признака, то они могутъ указать это въ отвѣтѣ, и предсѣдатель въ своемъ заключительномъ словѣ долженъ выяснить имъ это право.

221. Что касается до наказуемости дѣтоубійства, то система Уложенія не представляетъ особенныхъ затрудненій.

Говоря въ началѣ этой главы о различіи взглядовъ на это преступленіе въ исторіи и въ положительныхъ законодательствахъ, я указалъ, что это различіе имѣетъ значеніе не только при опредѣленіи состава, но и при опредѣленіи размѣровъ наказанія.

Законодательства, придававшія особенное значеніе характеру объекта, въ силу ли особенныхъ родственныхъ отношеній или въ силу беззащитности жертвы, или, наконецъ, подъ вліяніемъ христіанства, въ силу соединенія въ подобномъ убійствѣ двухъ преступленій, дѣлали это преступленіе квалифицированнымъ, такъ что напр., въ средніе вѣка общее наказаніе за это преступленіе во всей Европѣ была смертная казнь, въ XV и XVI столѣтіяхъ даже казнь квалифицированная, какъ напр., въ Германіи зарытіе живою въ землю и проткнутіе стрѣлою или коломъ. Точно также изъ нынѣ дѣйствующихъ, назначаетъ за убійство новорожденнаго смертную казнь французское законодательство [89]). Я не разъ уже указывалъ на искуственность исходной точки Code pénal; здѣсь я считаю необходимымъ прибавить, что размѣры наказанія, имъ назначаемаго, поражаютъ своею жестокостью и негуманностью и вызываютъ порицаніе вполнѣ законное, даже многихъ изъ его сторонниковъ. Обречь на эшафотъ, наравнѣ съ закоренѣлымъ злодѣемъ, неопытную и безъ того уже нерѣдко слишкомъ несчастную дѣвушку, сдѣлавшуюся жертвою сластолюбца, умѣвшаго воспользоваться ея несчастнымъ положеніемъ, и не только не преслѣдуемаго, но даже нерѣдко поощряемаго за эти милыя шалости тою же средою, которая такъ пуритански строго преслѣдуетъ неопытность жертвы,—дѣвушку, безжалостно отвергнутую тѣмъ, кому беззавѣтно отдала она все свое счастье, въ комъ похоронила она всѣ свои лучшія мечты и надежды, жестоко преслѣдуемую всевозможными обидами и оскорбленіями со стороны тѣхъ, ко-

---

[89]) Проектъ французскаго кодекса 1810 г. назначилъ только депортацію за это преступленіе, но предложеніе было отвергнуто государственнымъ совѣтомъ.

торые не умѣли своевременно предостеречь ее отъ пагубныхъ послѣдствій увлеченія и безжалостно отталкивали ее тогда, когда поддержка и помощь были настоятельно необходимы для ея возмущеннаго духа — ставить ее наравнѣ съ закоренѣлымъ злодѣемъ, убивающимъ изъ-за ничтожной платы — возмутитъ чувство справедливости всякаго, развѣ за исключеніемъ фарисеевъ или разжирѣвшихъ буржуа, отвергавшихъ всякую попытку смягченія постановленій кодекса. И не даромъ протестуетъ противъ этого лицемѣрія здравое чувство народа въ лицѣ присяжныхъ, освобождающихъ при преступленіяхъ этого рода около $^1/_2$ обвиненныхъ и, признающихъ при $^3/_4$ остальныхъ случаевъ наличность смягчающихъ обстоятельствъ [90]).

Иначе отнеслись къ этому вопросу законодательства, поставившія на первый планъ субъективную сторону. Уже Каролина замѣнила квалифицированную смертную казнь обычнаго права утопленіемъ, правда за исключеніемъ тѣхъ мѣстностей, гдѣ преступленія этого рода совершались слишкомъ часто, или гдѣ утопленіе было неисполнимо за неимѣніемъ воды. Впослѣдствіи практика замѣнила это во всѣхъ случаяхъ или простою смертною казнью или даже лишеніемъ свободы. Это послѣднее правило приняли и нынѣ дѣйствующіе нѣмецкіе кодексы [91]). Такимъ образомъ, напр. Пруссія, ст. 180, Ольденбургъ, ст. 162, назначаютъ Zuchthaus отъ 5—20 лѣтъ; Австрія (ст. 139) отъ 10—20 лѣтъ Schwerer Kerker при убійствѣ незаконнаго, и пожизненное заключеніе при убійствѣ законнаго ребенка; Саксонія, art. 159, Zuchthaus отъ 3—8 лѣтъ, если убійство было непредумышленное и отъ 5 — 15, если предумышленное. Приэтомъ, наказаніе смягчается на половину, если дитя было неспособно къ продолженію жизни. Баденъ, §§ 215 и 216, также отъ 3—8 и отъ 6—15, возвышая наказанія при повтореніи отъ 10—20; ново-баварскій кодексъ

[90]) См. у Миттермайера спеціальный § 8 о примѣненіи смертной казни къ преступленіямъ этого рода стр. 31.

[91]) Еще Баварія 1813 г. и Ганноверъ назначали смертную казнь за повтореніе этого преступленія.

отъ 4—20 лѣтъ Zuchthaus'a и наконецъ новый сѣверо-германскій кодексъ Zuchthaus отъ 2—15 лѣтъ, а при наличности смягчающихъ обстоятельствъ тюрьму отъ 2—5 лѣтъ.

222. Что касается до нашего Уложенія, то, по отношенію къ наказуемости дѣтоубійства, оно знаетъ слѣдующія четыре постепенности.

1) Неосторожное дѣтоубійство, предвидѣнное въ 1 ч. ст. 1460 и караемое лишеніемъ всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ, правъ и преимуществъ и ссылкою на житье въ Сибирь по 4 ст. 31 ст.; для лицъ же неизъятыхъ, отъ тѣлеснаго наказанія или изъятыхъ, но не по правамъ состоянія, а по особымъ постановленіямъ, заключеніе на время отъ $1^1/_2$—2 лѣтъ, но не въ арестантскія роты, а въ рабочій домъ, на основаніи 77 статьи, такъ какъ въ данномъ случаѣ дѣло идетъ о женщинахъ.

Слѣдовательно, сообразно съ указаннымъ выше объемомъ этой статьи, смягчаетъ общее наказаніе, назначаемое за дѣянія этого рода, на 8 и даже на 9 степеней, такъ какъ взысканія, указанныя въ ст. 1458, обнимаютъ собою 5 и 4 степени 19 ст.

2) Убійство умышленное, но совершенное не по заранѣе обдуманному намѣренію, а по внезапному умыслу, 3 п. 2 ч. 1451 ст.

«Когда же дѣтоубійство сего рода было непредумышленное, виновная въ ономъ женщина, особенно если она незамужняя и разрѣшилась отъ бремени въ первый разъ, подвергается токмо:

лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ на поселеніе въ отдаленнѣйшія или менѣе отдаленнѣйшія мѣста Сибири».

Сравнивая размѣры назначаемаго здѣсь наказанія съ налагаемымъ по 1-й части 1455 ст., мы видимъ, что Уложеніе смягчаетъ его на 4 и даже на 5 степеней, причемъ разумѣется подразумѣвается наличность всѣхъ тѣхъ условій дѣтоубійства, которыя я указалъ выше, при разборѣ его состава. Что же касается до выраженія этой статьи, что смяг-

ченіе допускается *особенно* если она незамужняя и разрѣшилась отъ бремени въ первый разъ, то уже изъ самой грамматической конструкціи этой фразы можно видѣть, что эти условія не имѣютъ существеннаго значенія; употребленіе слова «особенно» указываетъ, что хотя законодатель и обращаетъ спеціальное вниманіе судьи на наличность этихъ двухъ условій, но отнюдь не запрещаетъ смягченія и при отсутствіи ихъ. Для состава преступленія безразлично [92]) была ли женщина замужемъ или нѣтъ, рожала ли она или нѣтъ— эти оба факта могутъ только имѣть вліяніе на опредѣленіе мѣры наказанія, т. е. на назначеніе его по 1-й или 2-й степени ст. 20; мало того, даже обстоятельство прежней *виновности* подсудимой въ томъ же преступленіи, имѣющее важное вліяніе при дѣтоубійствѣ предумышленномъ, не имѣетъ никакого спеціальнаго значенія, если второе убійство было совершено по внезапному умыслу. Признаніе противнаго мнѣнія [93]), не говоря уже о несогласуемости его съ буквальнымъ текстомъ Уложенія, вело бы къ тому, что фактъ предумышленности, получающій при дѣтоубійствѣ въ глазахъ законодателя *особенное* значеніе, терялъ бы *всякое* значеніе, коль скоро она была уже виновна въ томъ же преступленіи, и пришлось бы назначать *пожизненную* каторгу за убійство, совершенное въ такомъ состояніи, которое законодатель считаетъ психически-ненормальнымъ, что, съ одной стороны, противорѣчило бы началамъ справедливости, а съ другой, было бы напраснымъ искаженіемъ системы Уложенія, вообще заслуживающей одобренія.

3) Что касается до дѣтоубійства, совершеннаго съ намѣреніемъ заранѣе обдуманнымъ, то комбинируя 1 п. 2 ч. 1451 ст. и ч. 1 той же статьи, мы видимъ, что оно подлежитъ лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ каторжную работу на срокъ отъ 10—12 лѣтъ, т. е. менѣе одною степенью наказанія, назначаемаго, по ст. 1454, за обыкновенное предумышленное убійство.

Сравнивая размѣры смягченія при этихъ различныхъ видахъ дѣтоубійства, мы видимъ, что они не остаются одинаковыми, а идутъ, такъ сказать, въ постоянной прогрессіи: законъ смягчаетъ наказаніе на 1 степень при предумышленности, на 4 и на 5 степеней при умыслѣ внезапномъ, на 8 и на 9 при высшей формѣ неосторожности или, при преступномъ безразличіи и, наконецъ, вполнѣ отмѣняетъ наказуемость въ случаяхъ неосторожности менѣе важныхъ; и нельзя не согласиться, что эта система заслуживаетъ полнаго одобренія, такъ какъ различіе между самыми этими видами дѣтоубійства не только количественное, но и качественное. Если при составленіи матерью, во время беременности, плана на убійство дитяти, справедливость требуетъ имѣть въ виду тѣ мотивы, которые служатъ поводомъ къ этому посягательству, и не дозволяетъ поставить его наравнѣ съ убійствомъ, совершаемымъ изъ самыхъ низкихъ, зловредныхъ для общества побужденій, то при убійствѣ по внезапному умыслу къ этому присоединяется еще новый и вліятельный поводъ къ смягченію—разстройство всего организма, уничтожающее полное господство разсудка надъ страстями и желаніями. Но если родильница не въ состояніи даже ясно и отчетливо сознавать созидаемые ею планы и подлежать за нихъ отвѣтственности, то несравненно въ высшей степени подлежитъ

---

[92]) Въ нашей практикѣ почему то образовался иной взглядъ на этотъ вопросъ. Такъ напр., по дѣлу Артемьевой товарищъ прокурора прямо выразилъ, что законъ требуетъ еще для существованія дѣтоубійства, чтобы это преступленіе было совершено при разрѣшеніи отъ бремени въ первыхъ родахъ; то же мнѣніе было высказано въ дѣлѣ Карваненъ предсѣдателемъ,—но оно не находитъ оправданія въ текстѣ закона.

[93]) Такъ напр. г. Лохвицкій, в. с. стр. 501, говоритъ, что здѣсь примѣняются всѣ тѣ условія, которыя означены при дѣтоубійствѣ съ предумышленіемъ, а къ числу ихъ (условіе 5) относитъ онъ и прежнюю невинность въ преступленіи этого рода. Но доказательство, что эта невиновность есть *условіе* состава преступленія, онъ не представляетъ никакихъ. Впрочемъ и весь анализъ даннаго преступленія сдѣланъ имъ такъ поверхностно, что даже и самые размѣры отвѣтственности приведены невѣрно.

этому вліянію осторожность, внимательность ея къ своей дѣятельности и слѣдовательно, еще болѣе причинъ къ извиненію тѣхъ неосторожныхъ поступковъ, послѣдствіемъ коихъ была смерть младенца, предвидѣнная въ возможности, но не желаемая, и эта извиняемость достигнетъ полной безотвѣтственности, если даже эти послѣдствія не были извѣстны или предвидимы матерью, хотя-бы таковое предвидѣніе и было возможно. Если и можно сдѣлать возраженіе противъ этой системы, то, во-первыхъ, за то, что Уложеніе напрасно забываетъ, что при дѣтоубійствѣ, хотя-бы и предумышленномъ, выполненіе плана почти всегда бываетъ въ состояніи ненормальномъ, аффектированномъ, что очень часто безъ этого аффекта и планъ, еще колеблющійся, неясный, можетъ быть не былъ-бы выполненъ, такъ что въ нѣкоторыхъ случаяхъ было-бы справедливѣе допустить смягченіе наказанія, указаннаго въ ст. 1454, не только на одну, но и на двѣ степени, и во-вторыхъ, что при дѣтоубійствѣ безъ обдуманнаго заранѣе намѣренія законодатель напрасно совершенно игнорируетъ случаи убійства дѣтей законныхъ, такъ какъ причина смягченія существуетъ и здѣсь, хотя и въ меньшихъ размѣрахъ.

Несравненно неправильнѣе, какъ я уже указывалъ и прежде, мѣсто, которое отвели редакторы дѣтоубійству въ составѣ преступленій противъ жизни, такъ какъ, во-первыхъ, исходная точка, съ которой смотритъ законодатель на это преступленіе, указываетъ, что оно есть видовое понятіе убійства и что нѣтъ *никакого* основанія дѣлать изъ него *подвидовое* понятіе *родственнаго вида* убійства, такъ какъ признаки ихъ выдѣленія изъ родоваго понятія убійства не имѣютъ ничего общаго; что, во-вторыхъ, этимъ затрудняется рѣшеніе тѣхъ случаевъ, въ которыхъ оказывается отсутствіе какого-либо изъ существенныхъ признаковъ дѣтоубійства, по отношенію къ субъекту или къ объекту (какъ убійство младенца, но не при рожденіи), потому что условіе незаконнорожденности не вмѣщается въ видовомъ признакѣ ч. 1 п. 1 ст. 1451; наконецъ, въ-третьихъ, это неправильное помѣщеніе статьи дало

возможность къ созданію 4-го вида дѣтоубійства [94]), размѣры наказуемости котораго заслуживаютъ справедливаго порицанія.

4) 2 пунктъ 2 части 1451 ст. говоритъ, что смягченіе на три степени, допускаемое при дѣтоубійствѣ, не имѣетъ мѣста, если при семъ будетъ доказано, что она была уже прежде виновна въ томъ же преступленіи, т. е. что въ послѣднемъ случаѣ она подлежитъ лишенію всѣхъ правъ состоянія и пожизненной каторжной работѣ на заводахъ (по ст. 73).

Прежде нежели оцѣнить значеніе этого постановленія, мы должны опредѣлить его объемъ, какъ по отношенію къ вновь совершенному дѣянію, такъ и къ прежнему преступленію. Мѣсто, занимаемое имъ въ ст. 1451, его грамматическая конструкція, употребленное здѣсь выраженіе «при семъ»—указываютъ на тѣсную связь съ п. 1, съ дѣтоубійствомъ предумышленнымъ, и, слѣдовательно указываютъ, что это постановленіе примѣняется несомнѣнно, если вновь совершенное преступленіе будетъ обдумано заранѣе, но вопросъ становится сомнительнымъ и отвѣтъ на него, какъ я уже указывалъ выше, долженъ быть отрицателенъ, коль скоро послѣднее дѣяніе было совершено по внезапному умыслу. Если-бы законодатель не придавалъ въ подобныхъ случаяхъ никакого значенія состоянію родильницы въ моментъ составленія и выполненія умысла, то вмѣстѣ съ этимъ онъ долженъ былъ бы признать положеніе, противорѣчащее здравому смыслу—что предшествовавшее порочное поведеніе виновной уничтожаетъ и болѣзненность родовыхъ мукъ и ихъ вліяніе на психическое состояніе родильницы, и даже ту особенную преступность, которая придается большей обдуманности плана, но онъ, къ счастью, былъ далекъ отъ подобнаго антилогическаго предположенія, иначе 2-й пунктъ долженъ бы былъ быть помѣщенъ въ концѣ статьи о дѣтоубійствѣ, какъ равно относящійся къ обоимъ его видамъ. Поэтому, мнѣ кажется несомнѣннымъ, что для примѣненія безсрочной каторжной работы

[94]) Въ проектѣ Уложенія не было этого постановленія, и оно было внесено при разсмотрѣніи проекта въ государственномъ совѣтѣ.

къ дѣтоубійству необходимо, чтобы послѣднее дѣяніе было совершено съ заранѣе обдуманнымъ намѣреніемъ. Несравненно труднѣе рѣшить, каково должно быть первое дѣяніе. Законъ говоритъ только, что она должна быть *виновна* въ *томъ же преступленіи*. Очевидно, что, во-первыхъ, употребляя выраженіе *виновна*, законъ не подразумѣваетъ подъ этимъ повторенія преступленія, т. е. онъ не требуетъ, чтобы она была осуждена уже *и наказана* за первое преступленіе; поэтому онъ можетъ быть примѣненъ и въ случаѣ *совокупности* преступленій этого рода, если только виновная была *изобличена* въ первомъ преступленіи, для чего, разумѣется, необходимо, чтобы вопросъ о его дѣйствительномъ существованіи былъ предложенъ и разрѣшенъ присяжными засѣдателями [95]). Во-вторыхъ, это первое дѣяніе должно заключать въ себѣ всѣ общія условія дѣтоубійства, т. е. должно быть убійствомъ матерью незаконнорожденнаго ея младенца, при самомъ его рожденіи. Но несравненно труднѣе рѣшить, каковъ долженъ быть характеръ преступной воли въ этомъ первомъ дѣяніи, т. е. можетъ-ли быть примѣненъ 2 п. 1451 ст. и тогда, когда въ первый разъ смерть малюткѣ была причинена неосторожностью, въ смыслѣ, указанномъ ст. 1460, повнезапному умыслу или по предумышленію, — или же только въ послѣднемъ случаѣ. По составу, преступленіе во всѣхъ этихъ случаяхъ остается *тѣмъ-же* и слѣдовательно, пунктъ 2, по буквальному его смыслу, дѣлается равно примѣнимымъ, но, сообразно съ указаннымъ выше духомъ всей системы постановленій Уложенія о дѣтоубійствѣ, мнѣ бы казалось правильнымъ выбрать здѣсь толкованіе стѣснительное, т. е. придать выраженію «*то же преступленіе*» самый тѣсный, ограничительный смыслъ, и допустить примѣненіе 2-го пункта только тогда, когда женщина, виновная въ предумышленномъ дѣтоубійствѣ, изобличается въ другомъ, также предумышленномъ дѣтоубійствѣ.

[95]) Баварское Уложеніе 1813 также назначало смертную казнь при Wiederholtes Kindesmord, а не при Rückfall. См. возраженія у Миттермайера, в. с., стр. 40.

Но даже принявъ нами этомъ ограниченномъ смыслѣ это постановленіе Уложенія, его нельзя признать правильнымъ [96]). Если, дѣйствительно, мы и признаемъ, что тѣ немногія причины снисхожденія, которыя принуждаютъ законодателя смягчать наказаніе за дѣтоубійство предумышленное — отсутствіе злостности воли — и не существуютъ въ томъ случаѣ, когда неоднократность этого поступка убѣждаетъ въ противномъ, то и тогда было бы раціональнѣе примѣнять и здѣсь тѣ общія правила, которыя существуютъ въ Уложеніи относительно *повторенія* преступленій и тогда нѣтъ никакой причины къ чрезмѣрному возвышенію наказанія. Отсутствіе видоваго признака уничтожаетъ причину снисхожденія, дѣлаетъ необходимымъ примѣненіе общихъ родовыхъ положеній, но само по себѣ, какъ условіе отрицательное, оно не можетъ сдѣлать дѣяніе квалифицированнымъ. Можно признать въ подобныхъ случаяхъ правильнымъ недопущеніе смягченія и примѣнять ст. 1454, но гдѣ найдетъ законодатель оправдывающіе мотивы для возвышенія наказанія на три степени, какъ дѣлаетъ это Уло-

[96]) Впрочемъ, напр. г. Лохвицкій, в. с., стр. 501, приходитъ хотя также къ порицанію Уложенія, но совсѣмъ съ другой стороны. Онъ находитъ, что и при его распространительномъ толкованіи 2 п. ст. 1451 *законъ слабъ*, что мотивы, вызывающіе снисхожденіе закона, не существуютъ для женщины уже имѣвшей ребенка, и что, слѣдовательно, пожизненная каторга (а можетъ быть и смертная казнь, такъ какъ она осталась за это преступленіе въ самомъ *просвѣщенномъ* (см. унего стр. 352) законодательствѣ — французскомъ) должна быть удѣломъ женщины, сдѣлавшей уже первый шагъ, прижившей дитя внѣ брака и затѣмъ посягнувшей на жизнь ея другаго младенца, каковы бы ни были мотивы этого преступленія, каково бы ни было ея психическое разстройство при возникновеніи этого умысла на убійство. Я не знаю только, почему необходимо для этого прежнее *рожденіе*, а недостаточно одной только внѣ-брачной половой связи. Для лица, гордящагося чистотою своего поведенія въ этомъ отношеніи и такъ непреклонно требующаго того-же и отъ другихъ, внѣ-брачная связь и внѣ-брачное прижитіе ребенка не могутъ представлять большаго различія, или даже, напротивъ, послѣднее заслуживаетъ большаго снисхожденія, такъ какъ оно, кромѣ причинъ физіологическихъ, предполагаетъ весьма нерѣдко и большую нравственность.

женіе. А причина этого заключается въ неправильной постановкѣ статей о дѣтоубійствѣ. Уложеніе степенитъ въ этихъ случаяхъ наказанія, соображаясь не съ родовыми опредѣленіями, ст. 1454—1455, какъ бы слѣдовало, а съ видовыми 1451, и при отсутствіи причинъ исключительныхъ должно, разумѣется, назначать то видовое наказаніе, которое служитъ ему точкою отправленія.

§ 2. Скрытіе трупа мертворожденнаго младенца.

223. Въ томъ же отдѣлѣ Уложенія, трактующемъ о преступленіяхъ противъ жизни, въ которомъ помѣщено и дѣтоубійство, а именно во 2-й части 1460 статьи, законъ говоритъ о дѣяніи, повидимому, совершенно самостоятельномъ, имѣющемъ весьма мало общаго съ другими преступленіями той же группы, а именно о скрытіи трупа мертворожденнаго ребенка—abolitio partus.

Законъ говоритъ слѣдующее:

«Если однакожъ будетъ доказано, что младенецъ родился мертвымъ и мать, волнуемая стыдомъ или страхомъ, только скрыла его тѣло, вмѣсто того, чтобы объявить о томъ, какъ слѣдовало, то за сіе она подвергнется лишь:

Заключенію въ тюрьмѣ на время отъ четырехъ до восьми мѣсяцевъ».

Поэтому прежде, чѣмъ сдѣлать разборъ даннаго постановленія, представляется весьма естественнымъ разрѣшить другіе вопросы, а именно: къ какой группѣ преступленій должно бы было относиться данное дѣяніе и въ чемъ заключается та связь, которая соединяетъ его съ преступленіями противъ жизни, а въ частности съ дѣтоубійствомъ.

Скрытіе трупа и какъ спеціальный видъ его погребеніе умершаго само по себѣ, въ отдѣльности взятое, не только не составляетъ дѣянія запрещаемаго закономъ, но даже во многихъ случаяхъ положительно требуется имъ, какъ въ видахъ удовлетворенія религіознаго чувства, коренящагося въ народномъ преданіи о томъ, что душа умершаго и не погребеннаго

скитается по свѣту, прося о зарытіи, такъ и въ видахъ общественной гигіены, ради предупрежденія болѣзней, могущихъ произойти отъ гніенія трупа, оставшагося не погребеннымъ. При чемъ это требованіе одинаково относится какъ къ лицамъ окружающимъ покойнаго, къ членамъ его семьи, или къ лицамъ близкимъ, такъ и къ постороннимъ, нашедшимъ напр. трупъ случайно.

Но, исходя изъ этой точки зрѣнія, государство обставляетъ фактъ погребенія и скрытія трупа рядомъ полицейскихъ мѣръ:

1) въ видахъ предохраненія отъ возможности неосторожнаго лишенія жизни преждевременнымъ погребеніемъ мнимоумершаго. На этомъ основаніи законъ опредѣляетъ срокъ, ранѣе котораго воспрещается хоронить умершаго, а именно прежде истеченія трехъ сутокъ, за исключеніемъ случаевъ, спеціально указанныхъ въ ст. 917 Уст. медиц. полиц. (т. XIII); и за нарушеніе этого правила виновные наказываются на основаніи 107 ст. устава о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями.

2) въ видахъ предохраненія народнаго здравія отъ зараженія, распространяемаго разложеніемъ трупа. Съ этой стороны законъ опредѣляетъ мѣсто, въ которомъ погребаютъ трупы, и самый порядокъ ихъ зарытія (ст. 925, 926, 927, т. XIII, у. мед. пол.), и нарушеніе этихъ правилъ также карается на основаніи 107 ст. м. у. [97]).

3) наконецъ въ видахъ безпрепятственнаго дѣйствія правосудія законъ запрещаетъ хоронить въ извѣстныхъ случаяхъ трупы безъ надлежащаго медицинскаго осмотра. На этомъ основаніи ст. 918, т. XIII, устава медицинской полиціи постановляетъ: «запрещается подъ опасеніемъ отвѣтственности по ст. 860 Уложенія о наказаніяхъ прежде осмотра судебно-медицинскаго предавать землѣ слѣдующіе трупы: а) тѣла умершихъ вскорѣ послѣ наружнаго механическаго насилія,

[97]) Нечего и говорить о томъ, что 107 ст. имѣетъ въ виду только самый фактъ нарушенія этихъ правилъ, когда отъ этого не произошло никакого вреда, если же вредъ дѣйствительно произошелъ, то виновный отвѣчаетъ за неосторожное убійство или за неосторожное поврежденіе здоровья (см. глава 1, № 33).

отъ ушиба, отъ раны, отъ паденія съ значительной высоты и т. п.; б) тѣла умершихъ скоропостижно съ необыкновенными припадками, подающими поводъ къ подозрѣнію въ отравѣ; в) тѣла умершихъ по наружномъ употребленіи вредныхъ паровъ, мази, ваннъ, умываній, пудры и т. п.; д) вообще тѣла лицъ, бывшихъ, повидимому, здоровыми и умершихъ скоропостижно отъ неизвѣстной причины; е) найденное мертвое тѣло новорожденнаго младенца; ж) также въ тѣхъ случаяхъ, когда есть подозрѣніе въ умышленномъ умерщвленіи и изгнаніи плода; и з) когда возникнутъ жалобы о приключившейся смерти отъ непозволительнаго леченія шарлотанами и другими лицами, не имѣющими права на леченіе;

а ст. 860 Уложенія въ 1-й своей части постановляетъ за это и уголовную отвѣтственность:

«Кто похоронитъ мертваго прежде судебно-медицинскаго осмотра тѣла въ такихъ обстоятельствахъ, когда закономъ сіе не дозволено, тотъ подвергается за сіе:

или денежному взысканію не свыше трехсотъ рублей,
или же аресту на время отъ трехъ недѣль до трехъ мѣсяцевъ.»

При этомъ, какъ можно видѣть и изъ самаго текста статьи, законъ предполагаетъ, что со стороны виновнаго не было прямаго умысла скрыть отъ правосудія слѣды преступленія, совершеннаго надъ трупомъ, который онъ погребаетъ, законъ наказываетъ его за то, что онъ своимъ необдуманнымъ поведеніемъ могъ причинить подобный вредъ. Поэтому уголовная отвѣтственность его существуетъ какъ въ томъ случаѣ, когда дѣйствительно откроется, что похороненный имъ погибъ отъ преступленія, такъ и въ томъ, гдѣ подобнаго обстоятельства открыто не будетъ [98]).

[98]) При этомъ нельзя не прибавить, что хотя ст. 918, т. XIII или 860 ул. и говорятъ о преданіи трупа землѣ, о похороненіи, но оно равно распространяется нашею практикою и на скрытіе трупа вообще, напр. сжиганіе трупа, брошеніе въ рѣку, свозъ на чужую землю и т. п. См. напр. дѣло Ильмуллина въ Ж. М. Ю., 1863 г.

224. Но возможны случаи и инаго рода, когда скрытіе трупа или его похороненіе дѣлается умышленно, съ прямою цѣлью скрыть слѣды преступленія.

Относительно этого пункта мы находимъ въ Уложеніи 2-ую часть 860 статьи:

«Но если будетъ дознано, что онъ учинилъ сіе съ намѣреніемъ скрыть слѣды смертоубійства, то онъ въ семъ случаѣ, смотря по обстоятельствамъ дѣла,

наказывается какъ пособникъ въ содѣянномъ смертоубійствѣ или же укрыватель онаго, по правиламъ, въ ст. 121 и 124 сего Уложенія постановленнымъ».

Такимъ образомъ въ этомъ случаѣ скрытіе трупа является не самостоятельнымъ преступленіемъ, а соучастіемъ или однимъ изъ видовъ прикосновенности; соучастіемъ тамъ, гдѣ данное лице обѣщало предъ совершеніемъ убійства способствовать скрытію преступленія посредствомъ уничтоженія слѣдовъ онаго, т. е. обѣщало скрыть трупъ убитаго; укрывательствомъ же въ томъ случаѣ, когда подобнаго обѣщанія не было и виновный примкнулъ, такъ сказать, къ дѣянію, уже послѣ его совершенія [99]). При томъ, такъ какъ данное дѣяніе разсматривается въ этихъ случаяхъ не какъ самостоятельное, отдѣльное провонарушеніе, а только какъ соучастіе или укрывательство убійства, то оно неминуемо предполагаетъ совершеніе самаго преступленія какимъ либо другимъ лицемъ. Наказуемое пособничество или укрывательство своего собственнаго преступнаго дѣянія, есть вещь юридически невозможная, такъ какъ оно противорѣчитъ одному изъ основныхъ положеній уголовнаго права: большое заключаетъ въ себѣ и меньшее—semper in eo quod plus est et minus continetur [100]). Если А. убиваетъ кого либо, а потомъ скрываетъ

[99]) При чемъ соблюдаются всѣ общіяправила, относящіяся къ укрывательству и, между прочимъ, постановленія о вліяніи обстоятельствъ, квалифицирующихъ отвѣтственность, р. к. д. 1867 г., № 335.

[100]) Кассаціонный департаментъ призналъ 1867 № 190, что фактъ участія въ преступленіи поглощаетъ понятіе укрывательства, хотя

трупъ убитаго, то онъ можетъ быть обвиненъ только въ убійствѣ, а не въ совокупности преступленій [1]).

Но такъ какъ преслѣдованіе укрывательства не находится въ безусловной зависимости отъ преслѣдованія главнаго виновника, то легко могутъ встрѣтиться случаи, что главный виновникъ не отысканъ, а укрыватель подвергается отвѣтственности: главный виновникъ можетъ быть признанъ безотвѣтственнымъ, такъ какъ онъ находился при совершеніи преступленія въ состояніи невмѣняемости, напр. по малолѣтству, безумію, а укрыватель отвѣчаетъ, потому что дѣяніе, слѣды котораго онъ скрылъ, во всякомъ случаѣ составляетъ преступленіе. Отсюда, въ примѣненіе къ случаю мною разсматриваемому можетъ быть сдѣлано и еще одно заключеніе. Если подсудимый подозрѣвается въ совершеніи двухъ дѣяній: въ убійствѣ и въ скрытіи трупа убитаго имъ лица, и если затѣмъ возникнетъ сомнѣніе относительно виновности его въ первомъ преступленіи, то прокурорскій надзоръ можетъ требовать постановки вопроса о скрытіи трупа въ намѣреніи скрыть слѣды преступленія, какъ вытекающаго изъ судебнаго слѣдствія, какъ вопроса дополнительнаго, на случай отрицанія присяжными вопроса о виновности въ убійствѣ [2]).

Затѣмъ, такъ какъ по общему правилу укрывательство вовсе не предполагаетъ, какъ необходимое условіе, знанія самаго преступника, а для примѣненія постановленій закона вполнѣ достаточно, чтобы данное лицо скрыло слѣды дѣянія завѣдомо преступнаго или воспользовалось результатами таковаго, то это начало примѣняется и въ данномъ случаѣ [3]).

Но эта достовѣрность преступности скрываемаго факта должна заключаться не въ одномъ только предположеніи дѣйствующаго лица, но и въ объективномъ характерѣ самаго дѣйствія; поэтому если окажется, что виновный предполагалъ, что совершая извѣстное дѣйствіе, онъ укрываетъ преступленіе, а между тѣмъ въ дѣйствительности имъ будутъ скрыты результаты дѣянія дозволеннаго, то онъ или вовсе не подлежитъ отвѣтственности или отвѣчаетъ только за нарушеніе какихъ либо спеціальныхъ полицейскихъ правилъ.

А продаетъ другому вещь, предполагая, что эта вещь, полученная имъ отъ Б, украдена послѣднимъ. Но затѣмъ окажется, что Б не кралъ вещи, или что эта вещь принадлежала ему, разумѣется А не подлежитъ отвѣтственности.

А нашелъ на полѣ трупъ человѣка и предполагая что онъ убитъ, по какимъ бы то ни было побужденіямъ, зарываетъ его въ землю, думая что онъ скрываетъ слѣды преступленія, но оказывается, что зарытый былъ убитъ кѣмъ либо при необходимой оборонѣ или въ исполненіе приказа закона, то разумѣется А можетъ быть преслѣдуемъ не по второй, а по первой части ст. 860-й,

Но съ другой стороны точно также недостаточенъ и одинъ объективный элементъ. Не достаточно, чтобы извѣстное лицо укрыло слѣды преступленія, но чтобы, укрывая эти слѣды, оно сознавало что укрываетъ именно преступленіе.

Поэтому также не будетъ укрывательствомъ:

Если А продалъ вещь, переданную ему Б, думая что эта вещь есть собственность Б или перешла къ нему на закон-

---

бы по всѣмъ другимъ элементамъ данное дѣяніе и подходило подъ это понятіе.

[1]) Тѣмъ болѣе, что нельзя забывать, что иногда скрытіе трупа производится тѣмъ же актомъ, которымъ совершается и самое убійство, напр. мать бросаетъ своего только что родившагося младенца въ рѣку, въ огонь, зарываетъ въ землю.

[2]) Ср. касс. рѣш. 1867 г. № 1 и № 492. Нельзя не добавить, что почти во всѣхъ процессахъ о дѣтоубійствѣ изъ нашей новой практики, напечатанныхъ въ С. В., присяжные отвѣчали отрицательно на вопросъ о виновности въ дѣтоубійствѣ и признавали только скрытіе трупа.

[3]) Въ этомъ отношеніи кассаціонный департаментъ призналъ; касс. 1867 № 335 «что обвиненіе въ укрывательствѣ остается въ полной силѣ и тогда, когда укрыватель не зналъ лицъ непосредственно совершившихъ преступленіе, если только ему было извѣстно достовѣрно, что укрываемыя имъ вещи добыты преступленіемъ» или, общнѣе если онъ зналъ, что укрываетъ преступленіе.

номъ основаніи, а между тѣмъ оказывается, что эта вещь добыта преступленіемъ.

Или А нашелъ трупъ человѣка, не имѣющій никакихъ внѣшнихъ признаковъ насилія и предполагая что это трупъ человѣка, умершаго естественною смертью, предалъ его землѣ, онъ также отвѣчаетъ не по 2-й, а по первой части 860 статьи.

225. Но измѣнится ли данный вопросъ, если такимъ образомъ скрытъ былъ трупъ младенца мертворожденнаго, хотя и вполнѣ доношеннаго, или если были открыты остатки ребенка недоношеннаго, выкинутаго.

Указанная выше ст. 918 т. XIII запрещаетъ также подъ страхомъ уголовной отвѣтственности по ст. 860, предавать землѣ: пунктъ з) найденное мертвое тѣло новорожденнаго младенца; ж) а также и въ тѣхъ случаяхъ, когда есть подозрѣніе въ умышленномъ умерщвленіи изгнаннаго плода.

Слѣдовательно, если напр. дворникъ, найдя въ помойной ямѣ или въ отхожемъ мѣстѣ трупъ новорожденнаго младенца доношеннаго или выкидъ (разумѣется, предполагая, что онъ знаетъ, что это человѣческія остатки, если же онъ принимаетъ ихъ за неорганическую массу и бросаетъ куда либо, то разумѣется онъ не можетъ отвѣчать и по 1-й части 860 статьи) и хотя не предполагая преступленія и не желая скрывать его, а просто изъ желанія избѣгнуть тасканія по судамъ, скрылъ его, то онъ подлежитъ отвѣтственности по 1 части 860 ст.

Если акушеръ, повивальная бабка, любовникъ или вообще кто либо, окружающій родильницу, зная что она умертвила рожденнаго ею ребенка или произвела выкидъ и не желая подвергнуть ее карѣ закона, по ея настоятельной просьбѣ или по собственному побужденію скрываютъ трупъ младенца или выкинутый плодъ, о они отвѣчаютъ по 2-й части 860 статьи.

Такимъ образомъ особенный характеръ скрываемаго никакого самостоятельнаго значенія не имѣетъ, и для примѣненія ст. 860 безразлично: были ли скрыты остатки младенца, умершаго при самомъ рожденіи, или лица взрослаго, но еще менѣе значенія въ этомъ отношеніи имѣютъ какія либо особенныя качества субъекта.

Если мать скрываетъ трупъ мертворожденнаго своего ребенка, не объявляя о томъ никому, она совершаетъ дѣяніе, вполнѣ подходящее подъ ст. 918 и слѣдовательно караемое по 1 ч. 860 ст.

Если мать, видя своего младенца убитымъ кѣмъ либо, бросаетъ его трупъ или вообще скрываетъ, то она должна быть разсматриваема какъ укрывательница или пособница преступленія, сообразно съ 2-й частью 860 статьи.

Если наконецъ она подозрѣвается въ умерщвленіи своего ребенка и скрытіи его трупа, но первое подозрѣніе не подкрѣпляется надлежащими основаніями, то она можетъ быть обвинена во второмъ проступкѣ, какъ укрывательница преступленія неизвѣстно кѣмъ учиненнаго и слѣдовательно также можетъ быть подведена подъ 860 статью.

Сводя все это вмѣстѣ, мы приходимъ такимъ образомъ къ слѣдующему положенію: *скрытіе трупа мертворожденнаго младенца его матерью, о которомъ говоритъ 2-я часть 1460 статьи, есть частный случай общаго родоваго понятія скрытія трупа, предусмотрѣннаго въ 860 статьѣ Уложенія.*

226. Но какія же причины вызвали подобное выдѣленіе, и даже заставили перенести это преступленіе совершенно въ другой раздѣлъ, и на сколько можетъ быть оправдано это выдѣленіе?

Разбирая дѣтоубійство, я указалъ, что съ того момента, когда это преступленіе получило характеръ дѣянія привилегированнаго, къ числу условій его состава были отнесены: скрытіе беременности, родовъ и трупа, такъ что только при ихъ наличности обыкновенный составъ преступленія считался полнымъ. Кромѣ того, я также замѣтилъ (см. выше № 217), что эти дѣянія получили при дѣтоубійствѣ огромное значеніе въ процессуальномъ отношеніи. Неспособность

отвлекать отъ разнообразныхъ уликъ, конкретныхъ обстоятельствъ и фактовъ, которыми обставляется обыкновенно каждое уголовное дѣло, доказательства виновности лица, ввели въ уголовный процессъ всѣхъ народовъ цѣлую массу презумпцій, предположеній, въ силу которыхъ наличность какого-либо факта, какой-либо отдѣльной улики, давала судьѣ полное право признать существованіе виновности даннаго лица, или какого-либо существеннаго элемента этой виновности (praesumptio doli, imputabilitatis). И въ особенности изобиловало подобными предположеніями дѣтоубійство, въ силу трудности возстановленія его состава. Въ этомъ отношеніи мы также встрѣчаемъ во всѣхъ законодательствахъ одно общее явленіе, какъ скоро подсудимая скрывала свою беременность, роды, а въ особенности трупъ младенца, то законъ признавалъ ее виновною въ убійствѣ, хотя бы самый трупъ не былъ найденъ, и вообще другихъ прямыхъ доказательствъ лишенія его жизни матерью представлено не было. Поэтому рядомъ съ дѣтоубійствомъ трактовалъ законъ о скрытіи беременности, родовъ и трупа, и самое наказаніе, назначаемое за эти дѣянія, были почти тождественны. Такъ напр. во Франціи за скрытіе беременности и родовъ было назначено по эдиктамъ Генриха II 1556 г. и Людовика XIV 1708 года смертная казнь «de telle rigueur que la qualité particuliére de cas le méritera». Въ Англіи это было постановлено статутомъ Іакова II, въ Германіи оно не только требовалось Каролиною [4]), но мы встрѣчаемъ его и гораздо позднѣе, напр. въ Algemeines preussisches Landrecht, гдѣ назначался Zuchthaus 12—15 л., если лицо, родившее тайно, скрыло трупъ дитяти или поступило съ нимъ такъ, что уничтожило для экспертовъ возможность опредѣлить, жило-ли дитя въ моментъ родовъ, или нѣтъ [5]).

Но мало по малу изъ уголовнаго процесса стало исчезать ученіе о презумпціи, несоотвѣтствующее требованіямъ справедливости. Опытъ указалъ, что скрытіе беременности, родовъ и трупа вовсе не даетъ возможности сдѣлать безспорное заключеніе объ умерщвленіи младенца. Скрытіе беременности вполнѣ объяснялось естественнымъ чувствомъ женской стыдливости, надеждою на то, что авось все кончится благополучно, что дитя родится мертвымъ, что обольститель исполнитъ обѣщаніе и женится и тѣмъ прикроетъ ея позоръ, что родители въ рѣшительный моментъ сдѣлаются снисходительнѣе и т. п., и тоже самое нужно сказать и о скрытіи родовъ, объ искуственномъ устраненіи чьей-либо помощи, такъ какъ и она можетъ быть также результатомъ стыда или страха. Наконецъ также утратило свое значеніе и скрытіе трупа; мнѣніе о томъ, что подобный фактъ заставляетъ предполагать, что мать не хотѣла, чтобы трупъ былъ найденъ, что она имѣла, слѣдовательно, причины опасаться его открытія, потому что трупъ легко можетъ служить доказательствомъ преступнаго бездѣйствія съ ея стороны или даже положительнаго содѣянія преступленія, совершенно неосновательно, такъ какъ скрытіе трупа можетъ быть результатомъ желанія скрыть самые роды, а слѣдовательно изгладить слѣды паденія виновной [6]).

[4]) Ср. Mittermaier, über die Verheimlichung der Schwangerschaft oder Niederkunft und hülflose Geburt, Archiv des Crim. R, B. X., стр. 367, 559 Waechter, über Verheimlichung der Schwangerschaft und der Niederkunft als Erforderniss des Thatbestandes des Kindesmordes. A. d. Cr. 1835 стр. 71. Миттермайеръ представилъ наиболѣе полный сводъ возраженій противъ подобнаго приравненія скрытія беременности и родовъ дѣтоубійству. Ср. также Scrzecka G. A. XIV, стр. 513.

[5]) Этого требовали не только Карпцовъ, но и Квисторпъ и Мейстеръ. Баварское уложеніе 1813 года назначало въ томъ случаѣ, когда виновная родила тайно и трупъ не былъ отысканъ и она запирается въ томъ, куда дѣла трупъ, или когда она истребила трупъ Zuchthaus 8—12 лѣтъ. Весьма долго сохраняли эти постановленія въ нашихъ привилегированныхъ губерніяхъ (остзейскомъ краѣ). Ср. Osenbrüggen, Theorie und Praxis des Liv, Est. und kurländischen Criminalrechts, 1846, стр. 1 и сл. У него подробный разборъ значенія этихъ признаковъ и литература вопросовъ.

[6]) Одинъ только Lion, Die Verheimlichung der Schwangerschaft in Bezug auf das Verbrechen des Kindesmordes. G. A. XV, стр. 105, предлагаетъ, въ виду увеличенія дѣтоубійства и большого числа оправда-

Въ силу этого въ современныхъ кодексахъ мы не встрѣтимъ утайки беременности родовъ и трупа ни какъ существенныхъ условій дѣтоубійства, ни какъ законныхъ предположеній о фактѣ умерщвленія. Мало того, первыя двѣ формы, за весьма малыми исключеніями, не имѣютъ нынѣ никакого самостоятельнаго значенія, такъ что скрытіе беременности и родовъ само по себѣ никакому наказанію не подлежитъ и наказуемымъ остается только скрытіе трупа.

Далѣе я разберу основанія, на которыхъ покоится наказуемость даннаго дѣянія, теперь я считаю необходимымъ только указать, что этимъ *историческимъ наслѣдьемъ и объясняется главнымъ образомъ то особенное мѣсто, которое отводится этому преступленію*, какъ въ нашемъ Уложеніи, такъ и во многихъ западныхъ кодексахъ. Такъ прусскій кодексъ, постановивъ въ § 186, что «если кто либо, безъ увѣдомленія надлежащаго начальства, погребетъ или скроетъ трупъ (beerdigt oder bei Seite schaft), то подлежитъ или денежному взысканію до 200 талеровъ, или тюремному заключенію до 6-ти мѣсяцевъ», добавляетъ къ этому, «что если мать безъ надлежащаго увѣдомленія начальства скроетъ или погребетъ трупъ ея незаконнорожденнаго новорожденнаго младенца, то она подлежитъ тюремному заключенію до 2-хъ лѣтъ».

Подобныя же постановленія находятся и въ другихъ нѣмецкихъ кодексахъ.

Напротивъ того code pénal знаетъ только общія постановленія о нарушеніи правилъ о погребеніи (art. 358), постановленныхъ ради предупрежденія возможности похороненія

тельныхъ приговоровъ присяжныхъ при дѣтоубійствѣ, вновь ввести наказаніе за утайку беременности. Но доводы, имъ приводимые, не имѣютъ никакой убѣдительности. Въ тѣхъ нѣмецкихъ кодексахъ, въ которыхъ встрѣчается еще наказаніе за скрытіе родовъ, какъ-то: въ австрійскомъ, § 340, баденскомъ, § 281, саксонскомъ, говорится главнымъ образомъ о тѣхъ случаяхъ, гдѣ мать родила тайно, имѣя въ виду лишить жизни младенца, но дѣтоубійства почему либо не произошло.

живыхъ и о скрытіи трупа арт. 359, въ которомъ указано: «кто скроетъ или похоронитъ трупъ человѣка убитаго или умершаго вслѣдствіе побоевъ или ранъ, тотъ подлежитъ тюрьмѣ отъ 10 мѣсяцевъ—2 лѣтъ и штрафу отъ 50—400 р., если только они не подлежатъ болѣе тяжкимъ наказаніямъ, какъ соучастники преступленія».

Подъ эти постановленія подходитъ и скрытіе трупа мертворожденнаго ребенка, хотя кассаціонный французскій судъ и пытался своими рѣшеніями 21-го февраля и 27-го августа 1835 и 15-го іюля 1836 г. дать иное толкованіе, а именно подвести случаи этого рода подъ постановленія ст. 345 о подмѣнѣ и скрытіи младенцевъ, наказываемымъ réclusion. Кассаціонный судъ выходилъ, впрочемъ, изъ соображеній, юридически весьма слабыхъ, «что иначе безнаказанность виновника дѣтоубійства была бы обезпечена, какъ скоро ему удалось бы скрыть слѣды преступленія»; справедливо отвѣчаетъ на это Элиа [7]), что законъ не долженъ допускать подобныхъ предположеній, что дѣло правосудія сыскать всѣ улики виновности и что безуспѣшность розысковъ не даетъ права законодателю смѣшивать дѣянія, не имѣющія ничего общаго: посягательство на младенца со стороны матери изъ стыда или страха, скрытіе трупа, дѣлаемое по тѣмъ же мотивамъ и подмѣнъ младенца, изъ желанія лишить его правъ состоянія. Но съ 1836 года и кассаціонный судъ принялъ ту же систему, въ противорѣчіе съ своею прежнею практикою.

227. Такимъ образомъ изъ всего предшествующаго анализа можно сдѣлать по отношенію къ данному преступленію слѣдующіе выводы: во 1-хъ изъ того, что нѣкогда скрытіе трупа считалось съ одной стороны существеннымъ условіемъ дѣтоубійства, а съ другой, разсматривалось какъ несомнѣнное основаніе для предположенія о самомъ существованіи этого преступленія, объясняется сопоставленіе его съ дѣтоубій-

[7]) B. c., т. IV, № 1586.

ствомъ, которое можно найти во многихъ кодексахъ и въ томъ числѣ въ Уложеніи Во 2-хъ, между тѣмъ какъ другіе факты, бывшіе нѣкогда элементами дѣтоубійства: скрытіе беременности и родовъ, сдѣлались нынѣ дѣяніями безразличными, скрытіе трупа рожденнаго ребенка почти повсюду подвергается наказанію. Основанія для подобнаго исключенія имѣютъ судебно-полицейскій характеръ, фактъ бывшихъ родовъ, при отсутствіи младенца или его трупа непремѣнно можетъ повлечь за собою судебное разслѣдованіе, соединенное съ рядомъ издержекъ, тратъ и разнаго рода затрудненій, какъ для государства, такъ и для частныхъ лицъ, а потому государство и запрещаетъ скрытіе или погребеніе трупа младенца безъ разрѣшенія надлежащаго начальства. На этомъ основаніи, въ 3-хъ, я и сдѣлалъ тотъ выводъ, что скрытіе трупа младенца есть частный случай скрытія трупа вообще.

Но при этомъ мы видимъ въ нашемъ правѣ, что скрытіе трупа младенца не только выдѣляется изъ ст. 860, но и самое наказаніе, назначаемое за него значительно усиливается. Мотивы стыда и страха, руководящіе преступницею, которые обыкновенно являются причинами снисхожденія въ данномъ случаѣ производятъ совершенно обратное дѣйствіе и усиливаютъ наказаніе. Это также совершенно исключительное явленіе объясняется главнымъ образомъ исторіею преступленія, тѣмъ значеніемъ, которое оно нѣкогда имѣло въ уголовныхъ кодексахъ, а отчасти соображеніями уголовной политики, опирающимися на трудность возстановленія объективнаго состава дѣтоубійства, въ силу котораго присяжные признаютъ весьма часто скрытіе трупа тамъ, гдѣ въ дѣйствительности было умерщвленіе.

Эти соображенія руководили и редакторами нашего Уложенія при составленіи 2 части 1460 статьи. Въ примѣчаніи къ ней было сказано:

«Для полноты постановленій надлежитъ по мнѣнію нашему упомянуть здѣсь о томъ, что младенецъ могъ родиться мертвымъ и тѣло его скрыто матерью по тѣмъ же побужденіямъ, стыда или страха. За сіе кажется довольно подвергнуть виновную лишь менѣе строгимъ исправительнымъ наказаніямъ».

228. Приступая затѣмъ къ разбору самаго преступленія, мы должны главнымъ образомъ остановиться, также какъ и при дѣтоубійствѣ, на анализѣ ученія о субъектѣ и объектѣ, а въ особенности на послѣднемъ, такъ какъ въ нихъ заключаются главныя отличія даннаго дѣянія отъ родоваго понятія, предусмотрѣннаго ст. 860-ю.

Какъ при дѣтоубійствѣ такъ и здѣсь *субъектомъ преступленія можетъ быть только мать младенца*, безразлично будетъ ли она дѣвушка, вдова или замужняя женщина. Далѣе, такъ какъ обстоятельство, выдѣляющее это дѣяніе изъ общаго родоваго понятія, имѣетъ характеръ личный, то при соучастіи нѣсколькихъ лицъ, сообразно съ теоріею, развитою мною выше (глава 2-я № 155 — 159), постановленія видовыя — наказаніе по статьѣ 1460, назначается только тѣмъ изъ нихъ, въ которыхъ заключаются спеціальныя условія въ данной статьѣ указанныя, т. е. другими словами только мать, каковъ бы ни былъ характеръ ея дѣятельности въ общемъ дѣлѣ, (будетъ ли она зачинщица, подстрекательница, сообщница, пособница или только прикосновенная къ дѣлу), отвѣчаетъ по ст. 1460-й, всѣ же остальные соучастники отвѣчаютъ на основаніи родовыхъ постановленій ст. 860.

Для объясненія этого положенія возьмемъ нѣсколько примѣровъ.

Отецъ, узнавъ о внѣ брачной беременности его дочери и заставъ ее въ обморокѣ послѣ родовъ, скрываетъ трупъ ея мертворожденнаго или вообще мертваго ребенка. Онъ совершаетъ дѣйствіе, указанное въ пунктѣ 8 ст. 918 т. XIII и отвѣчаетъ по 860 ст. Уложенія (по первому или второму ея пункту, смотря по обстоятельствамъ дѣла).

Отецъ, застаетъ свою, только что родившую дочь, хотя и не въ обморокѣ, но однако лишенную силы и только умоляющею его скрыть слѣды ея позора, т. е. другими словами

подстрекающею его къ скрытію трупа, что онъ и выполняетъ.

Отецъ, застаетъ свою дочь при родахъ и вмѣстѣ съ нею выбрасываетъ трупъ въ рѣку.

Тождество дѣйствій, совершаемыхъ имъ во всѣхъ этихъ трехъ случаяхъ должно влечь за собою и одинаковость наказанія и ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть примѣнены здѣсь постановленія ст. 1460, имѣющія въ виду мать, скрывшую изъ стыда или страха, трупъ своего мертворожденнаго младенца.

Но тоже самое нужно сказать и о тѣхъ случаяхъ, гдѣ отецъ или вообще какое либо лицо является не главнымъ виновникомъ, а пособникомъ, напр. зазнаемо приноситъ корзину, въ которой она могла бы отнести трупъ, отворяетъ люкъ въ который она его сбрасываетъ и т. п.

При этомъ нельзя не прибавить, что здѣсь также какъ при дѣтоубійствѣ, законъ, говоря о виновницѣ преступленія, указываетъ и на мотивы, ради которыхъ она дѣйствуетъ, на стыдъ и страхъ. Но какъ тамъ эти мотивы не имѣли никакого исчерпывающаго значенія, такъ и здѣсь они употреблены законодателемъ скорѣе въ видѣ примѣровъ.

229. Болѣе сложнымъ является вопросъ объ объектѣ. Законъ по отношенію къ нему говоритъ: «младенецъ родился мертвымъ и мать... только скрыла его тѣло».

Отсюда вытекаютъ слѣдующія условія:

1) Объектомъ является трупъ мертворожденнаго младенца.

А. Младенецъ долженъ родиться мертвымъ, такъ требуетъ по крайней мѣрѣ буква закона. Поэтому если мы представимъ себѣ такой случай: младенецъ родился живымъ, мать оказала ему надлежащую заботу и попеченія, но младенецъ, тѣмъ не менѣе, черезъ нѣсколько часовъ умеръ, и она отъ стыда или страха скрыла его трупъ, то хотя и здѣсь раціональныя основанія для примѣненія ст. 1460 остаются тѣ же, но въ виду буквальнаго смысла закона—въ виду исключительнаго характера ст. 1460, не допускающаго никакого распространитель-

наго толкованія, мы должны примѣнять ст. 860. Это замѣчаніе имѣетъ весьма большую практическую важность, такъ какъ оно должно быть примѣняемо во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ напр. констатировано, что младенецъ дышалъ, а между тѣмъ присяжные признаютъ подсудимую виновною не въ дѣтоубійствѣ, а только въ скрытіи трупа.

Б. Но ставя условіемъ мертворожденность ребенка, законъ не касается вопроса о томъ, какъ опредѣляется понятіе мертворожденности: на основаніи ли субъективнаго мнѣнія о томъ лица виновнаго, или на основаніи объективнаго обслѣдованія трупа? На первый взглядъ нужно повидимому принять послѣднее толкованіе, т. е. признать, что статья 1460 примѣняется только тогда, когда будетъ констатировано, что младенецъ былъ мертвъ во время родовъ, или по крайней мѣрѣ, имѣя въ виду, что сомнѣніе толкуется въ пользу подсудимой, пока не будетъ доказано, что онъ былъ живъ во время родовъ. Но вдумываясь въ смыслъ закона, имѣя въ виду, что уголовное право обращаетъ главное вниманіе на преступную волю, на намѣреніе виновной, нужно, какъ мнѣ кажется, принять первое мнѣніе.

Положимъ, что былъ найденъ въ отхожемъ мѣстѣ трупъ младенца; экспертиза констатировала, что младенецъ родился живымъ и умеръ отъ задушенія жидкостью, въ которой находился, но мать съ своей стороны заявляетъ, что, родивъ ребенка и *считая* его мертвымъ, бросила его трупъ, надѣясь тѣмъ скрыть свои роды и это объясненіе принято присяжными: какъ разсматривать подобное дѣяніе? Понятно, что здѣсь не можетъ быть и рѣчи объ умышленномъ дѣтоубійствѣ, далѣе неосторожное дѣтоубійство по крайней мѣрѣ по нашему праву наказанію не подлежитъ [8]). (См. выше № 213—

---

[8]) Разумѣется совершенно иначе рѣшается вопросъ, если мнимоумершій младенецъ былъ принятъ за трупъ и скрытъ не матерью, а какимъ либо другимъ лицемъ; тогда примѣняются общія правила о неосторожномъ убійствѣ.

215), и остается здѣсь, слѣдовательно, признать скрытіе трупа мертворожденнаго младенца [9]).

Такимъ образомъ въ данномъ преступленіи для примѣненія 2 ч. 1460 *необходимо* только *чтобы мать, совершая данное дѣяніе предполагала бы, что ребенокъ родился мертвымъ*, и фактъ дѣйствительной жизненности его не можетъ уничтожить примѣненія этой статьи [10]).

B. Далѣе, въ первомъ изъ разсмотрѣнныхъ выше случаевъ я предполагалъ, что ребенокъ родился живымъ и затѣмъ умеръ естественною смертью, тогда, какъ я замѣтилъ, должна быть примѣняема 1-я часть 860 ст., но если мы нѣсколько измѣнимъ примѣръ и предположимъ, что ребенокъ былъ убитъ, а мать только скрыла его трупъ, то мы будемъ имѣть дѣло съ случаемъ, указаннымъ во 2-й части 960 ст.; причемъ должно быть допущено то различіе, на которое я указывалъ въ № 224. Если мать сама умертвила своего младенца, а потомъ скрыла его трупъ, то она будетъ преслѣдоваться только за дѣтоубійство, а не за совокупность преступленій [11]) скрытіе трупа, составляя пособничество или прикосновенность къ преступленію, совершенному тѣмъ же лицемъ поглащается имъ, причемъ безразлична та роль, которую занимала виновная, въ совершеніи главнаго преступленія [12]). Самостоятельная

[9]) См. въ особенности дѣло Елены Карваненъ «С. В.», 1866, № 105, и рѣчь Арсеньева по этому дѣлу.

[10]) Госманъ, о скрытіи трупа младенца, «С В.» 1868, № 3, думаетъ что здѣсь примѣняется 2 ч., ст. 1460, но юридическихъ доказательствъ своего мнѣнія не представляетъ.

[11]) И наша практика никогда не признавала совокупности преступленій при конкуренціи скрытія трупа съ дѣтоубійствомъ. См. напр. изъ старой практики дѣло Подзигуновой. Сб. рѣш. Пр. С. № 1147; изъ новой—дѣло Артемьевой.

[12]) Такое же разрѣшеніе даетъ этому вопросу и западная практика. Такъ французскій кассаціонный судъ призналъ 21 сент. 1815, что тотъ кто укрываетъ трупъ убитаго признается участвующимъ въ убійствѣ, также какъ и тотъ, кто скрываетъ украденные предметы дѣлается участникомъ кражи; если законъ и назначаетъ въ данномъ случаѣ

отвѣтственность за скрытіе трупа, согласно 2 ч. 860 ст. *возможна только тамъ, гдѣ мать, не принимая никакого участія въ умерщвленіи своего ребенка, обѣщала скрыть его трупъ* (пособничество) и выполнила это *или же скрыла трупъ безъ подобнаго обѣщанія* (укрывательство). Причемъ и въ томъ и въ другомъ случаѣ, если младенецъ былъ незаконнорожденный и былъ убитъ при самомъ рожденіи, то она отвѣчаетъ какъ пособница или укрывательница дѣтоубійства (см. выше № 200), но ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть здѣсь при-

только исправительное наказаніе, то это потому, что виновный не облегчаетъ убійства, а облегчаетъ безнаказанность самаго убійцы». Эли, в. с., т. IV, № 1592, говоритъ по этому поводу: отсюда выходитъ, что виновникъ убійства или нанесенія смертельныхъ ранъ ни въ какомъ случаѣ не отвѣчаетъ за скрытіе трупа, такъ какъ преслѣдовать одного и того же подсудимаго по одному и тому же дѣлу и какъ главнаго виновнаго и какъ соучастника не возможно. Во всякомъ случаѣ, прибавляетъ онъ, для примѣненія ст. 359 необходимо, чтобы виновный зналъ, что онъ скрываетъ трупъ убитаго, а иначе онъ отвѣчаетъ только за нарушеніе правилъ о погребеніи. Прусская практика представляетъ въ этомъ отношеніи колебанія. Ober-Tribunal въ рѣшеніи отъ 21 окт. 1853 г. (G. A. I 709) нашелъ, «что умышленное убійство дитяти и скрытіе трупа не составляютъ реальной конкуренціи на томъ основаніи, что многіе изъ видовъ дѣтоубійства по своей формѣ заключаютъ и скрытіе трупа;» далѣе, въ рѣшеніи отъ 20 ян. 1858 (G. A. VI, 114) оберъ-трибуналъ призналъ, что неосторожное умерщвленіе младенца и скрытіе трупа, когда они соединены въ одномъ дѣйствіи подлежатъ только одному наказанію. Недостаточность приведеннаго мотива была причиною того, что въ рѣшеніи отъ 21 ок. 1863 г. тотъ же судъ призналъ, «что если скрытіе трупа было совершено послѣ убійства, напр. трупъ былъ разрѣзанъ, то здѣсь не можетъ быть и рѣчи о продолженіи первоначальной дѣятельности, а есть конкуренція двухъ преступленій». См. также рѣшенія 3 і. 1859 г., 26 сент. 1861 г.. Ср. G. A. über die Konkurenz des Kindesmordes und der Beiseiteschaffung des Leichnahms durch die Mutter. Справедливо возражаютъ противъ этого, что, во 1-хъ, это не послѣдовательно, а во 2-хъ, почти равносильно обязанности дѣлать донесеніе о преступленіи, возлагаемой на самаго убійцу. Ср. также G. A. XII, стр. 391, G. A. XIII, стр. 128.

мѣнена ст. 1460, такъ какъ она требуетъ, чтобы ребенокъ родился мертвымъ.

Г. Но положимъ, что ребенокъ дѣйствительно родился мертвымъ, можетъ ли быть здѣсь *во всѣхъ случаяхъ* примѣнима 1460 статья? Ребенокъ можетъ родиться мертвымъ или, во-первыхъ потому, что онъ умеръ естественною смертью, отъ какихъ бы то ни было причинъ, во время ли нахожденія въ утробѣ или въ самый актъ родовъ, и мать изъ стыда и страха скрыла его трупъ, или во-вторыхъ, въ силу насильственнаго лишенія жизни, совершеннаго также или въ моментъ родовъ (дѣтоубійство, или убійство, смотря по лицу дѣйствующему), или во время нахожденія его въ утробѣ (истребленіе плода),—и мать, скрывая его трупъ, скрывала слѣды преступленія; подходятъ ли обѣ эти категоріи подъ разсматриваемую мною статью?

По буквальному тексту 2 ч. 1460 ст. подъ ея постановленія можетъ быть подведено скрытіе трупа всякаго ребенка, родившагося мертвымъ, все равно будетъ ли оно скрытіемъ преступленія, или дѣяніемъ вполнѣ добросовѣстнымъ, вызывающимъ отвѣтственность только по соображеніямъ чисто полицейскимъ. Но таковъ ли дѣйствительный смыслъ ст. 1460?

Я указалъ выше, что скрытіе трупа заключаетъ въ себѣ два вида, глубоко различающіеся по ихъ существу, по характеру выразившейся въ нихъ воли и по степени уголовной отвѣтственности—это именно скрытіе трупа добросовѣстное и недобросовѣстное, когда скрывая трупъ, виновный скрываетъ слѣды преступленія—тамъ легкія исправительныя наказанія, здѣсь каторжная работа.

Но изчезаетъ ли это различіе въ томъ случаѣ, когда дѣятелемъ является сама мать ребенка? разумѣется нѣтъ и, какъ я говорилъ и выше, тоже родовое понятіе ст. 860 съ ея подраздѣленіями могло бы быть примѣнено и здѣсь. 2 ч. ст, 1460 составляетъ только частный случай ст. 860, и если мы сопоставимъ ихъ между собою, то мы увидимъ, что она соотвѣтствуетъ именно 1-й части 1460 статьи, т. е. что она примѣняется только въ тѣхъ случаяхъ, когда виновная отъ стыда или страха только скрыла трупъ младенца, когда она дѣйствовала добросовѣстно и подлежитъ отвѣтственности, только за то, что заставила правительство предпринять безполезные розыски.

Но какъ скоро ей было извѣстно, что младенецъ, остатки котораго она скрываетъ, погибъ жертвою преступленія: былъ убитъ во время родовъ или истребленъ, умерщвленъ во время нахожденія въ утробѣ, то она является укрывательницею или пособницею убійства или истребленія плода. При этомъ безразлично: извѣстенъ или неизвѣстенъ дѣйствительный главный виновникъ преступленія.

Этотъ выводъ можетъ быть подкрѣпленъ нѣсколькими примѣрами, доказывающими всю нелѣпость противнаго толкованія.

Мать родила близнецовъ, изъ которыхъ перваго она умертвила немедленно послѣ его рожденія, бросивъ его въ рѣку, а второму раздробила голову, какъ скоро онъ показался изъ влагалища, такъ что онъ родился мертвымъ, а затѣмъ уже бросила трупъ его въ воду; на основаніи толкованія, противоположнаго моему, пришлось бы признать ее виновною по отношенію къ первому ребенку только въ дѣтоубійствѣ, (такъ какъ 1460 ст. не примѣняется по буквальному ея тексту, а ст. 860, на основаніи толкованія, сдѣланнаго мною выше), а по отношенію ко второму въ совокупности преступленій.

Здѣсь подобный выводъ поражаетъ только своею несообразностью, но не имѣетъ практической невыгоды, но мы можемъ представить себѣ и другіе случаи.

Рождающая въ моментъ родовъ впала въ обморокъ, находящіяся при родахъ лица, убили новорожденнаго, а мать, придя въ себя, скрыла его тѣло, она подлежитъ отвѣтственности по 2-й части 860 ст.

Рождающая, въ моментъ рожденія впала въ обморокъ, находящіяся при родахъ убили ея ребенка, но прежде, чѣмъ окончился самый актъ родовъ, такъ что ребенокъ родился мертвымъ, а мать, очнувшись, скрыла его трупъ, она подлежитъ отвѣтственности по 2 ч. 1460 ст. Различіе въ наказа-

нiи будетъ весьма значительно, а между тѣмъ для него нѣтъ никакихъ раціональныхъ основаній.

Д. Такимъ образомъ имѣя въ виду особенный характеръ объекта преступленія, о которомъ говоритъ 2 ч. ст. 1460, можно сдѣлать слѣдующее заключеніе объ объемѣ примѣненія этой статьи.

Скрытіе матерью трупа ея младенца можетъ быть двояко: дѣлаемое съ цѣлью скрыть слѣды преступленія и совершенное безъ этой цѣли, а преслѣдуемое только изъ полицейскихъ видовъ.

Въ первомъ случаѣ мать подлежитъ отвѣтственности по 2-й части 860 статьи, при чемъ наказаніе сообразуется съ общими постановленіями о дѣтоубійствѣ.

Во второмъ, нужно опять различать два случая: родился ли ребенокъ живымъ и умеръ послѣ рожденія, тогда примѣняется 1-я часть 860 ст., или же онъ родился мертвымъ, тогда имѣетъ силу ст. 1460, которая, такимъ образомъ, требуетъ для своего примѣненія, чтобы младенецъ родился мертвымъ и чтобы онъ умеръ до или во время родовъ естественною смертью, или хотя бы и насильственною, но не бывшею результатомъ преступленія.

Я сознаю, что мое толкованіе 2-й части ст. 1460 создаетъ систему, во первыхъ, нѣсколько сложную относительно дѣленія случаевъ этого рода и во вторыхъ, повидимому, нѣсколько противорѣчивую, такъ какъ трудно понять, почему мать, скрывшая трупъ своего младенца, рожденнаго живымъ, но умершаго немедленно послѣ рожденія, наказывается слабѣе, нежели мать, скрывшая трупъ младенца родившагося мертвымъ.

Но первый изъ этихъ недостатковъ вытекаетъ отчасти изъ существа самого вопроса, изъ разнообразія фактовъ, относящихся къ этой категоріи, а отчасти изъ смысла постановленій, мною разбираемыхъ, а второй исключительно зависитъ отъ неудачнаго текста закона. Уложеніе говоритъ о скрытіи трупа младенца, рожденнаго мертвымъ, между тѣмъ, какъ оно съ полнымъ правомъ могло бы говорить о матери, виновной только въ скрытіи трупа ея младенца, или еще проще отнести эти постановленія въ общую массу случаевъ скрытія трупа, такъ какъ основанія, на которыя опирается выдѣленіе этого преступленія, не имѣютъ особенной силы.

230. Но, говоря до сихъ поръ о томъ, что постановленія о скрытіи трупа младенца относятся къ плоду, умершему во время родовъ, или до родовъ, еще въ утробѣ матери, я такимъ образомъ безразлично относилъ ихъ къ скрытію результатовъ родовъ обыкновенныхъ или преждевременныхъ, и результатовъ выкидыша, я оставлялъ въ сторонѣ самый вопросъ: о томъ, правильно ли подобное смѣшеніе, понимаетъ ли дѣйствительно законъ подъ выраженіемъ трупъ младенца и остатокъ выкидыша; а между тѣмъ, этотъ вопросъ встрѣчался уже какъ въ западной, такъ и въ нашей новой судебной практикѣ, хотя и не былъ еще обсуждаемъ въ кассаціонномъ департаментѣ.

Особенно подробно разбирался онъ въ прусской практикѣ, гдѣ онъ возникъ почти съ момента появленія новаго кодекса при разрѣшеніи вопроса о томъ: какому наказанію подлежитъ скрытіе остатковъ 5-ти мѣсячнаго къ жизни неспособнаго плода [13]).

1-я инстанція рѣшила, что незрѣлый плодъ не можетъ быть названъ трупомъ, а потому данное дѣяніе не можетъ быть подведено подъ ст. 186, трактующую о скрытіи трупа.

2-я инстанція, напротивъ, признала этотъ случай вполнѣ подходящимъ подъ эти постановленія.

Наконецъ Ober-Tribunal въ своемъ рѣшеніи 15 мая 1853, по дѣлу Neumann, согласился съ рѣшеніемъ 1-й инстанціи на слѣдующихъ основаніяхъ:

1) что самое существованіе ст. 186 объясняется заботами законодателя о предупрежденіи дѣтоубійства и трудностью раскрытія состава этого преступленія;

[13]) См. G. A. I, стр. 396; см. также über den strafrechtlichen Begriff des Leichnahms G. A. IX, стр. 447; Abegg. G. A., стр. 636; Skrzeczka, G. A., XIV, стр. 513.

2) что къ этому приводитъ и самое понятіе трупа, Leichnam, такъ какъ ему надо дать значеніе, придаваемое въ обще-житейскомъ языкѣ, т е. принять, что для признанія тѣла умершаго дитяти трупомъ, необходимо, чтобы онъ былъ не только способенъ къ развитію, но и способенъ къ жизни, подразумѣвая подъ этимъ способность къ внѣутробному существованію, но при этомъ въ позднѣйшихъ своихъ рѣшеніяхъ [14]), онъ пояснялъ, что для понятія трупа необходимо только, чтобы младенецъ, о которомъ идетъ рѣчь былъ способенъ къ внѣ-утробной жизни, и что затѣмъ безразлично: былъ ли онъ рожденъ мертвымъ или умеръ при самыхъ родахъ, или не былъ жизнеспособенъ по какимъ либо инымъ причинамъ; поэтому, напр., остатки младенца, получившаго уже на 7-мъ мѣсяцѣ уродливость, уничтожившую его жизнеспособность [15]), онъ призналъ трупомъ.

Въ нашемъ правѣ этотъ вопросъ былъ возбужденъ по дѣлу Марфы Косяковой [16]), обвиняемой въ скрытіи трупа ея младенца, рожденнаго на 5-мъ мѣсяцѣ, товарищъ прокурора по-

[14]) См. также рѣшенія: 21 сент. 1853, 3 мая 1861, 23 мая 1862, 1 янв. 1867. Oppenhof. в. с., § 186, пр. 5, такъ резюмируетъ опредѣленіе Ober tribunal'a; «Leichnam означаетъ тѣло мертваго человѣка, недозрѣлый плодъ, который недоразвился до возможности существованія внѣ утробы матери, не можетъ почитаться такимъ; поэтому скрытіе выкида до этого періода не составляетъ проступка. Если же плодъ прошелъ этотъ періодъ, но родился мертвымъ, или нежизнеспособнымъ, по какимъ либо инымъ причинамъ, то его тѣло все-таки есть трупъ».

[15]) Теоретики, стоявшіе за это рѣшеніе, опирались на самое различіе выраженій Frucht und Kind; находя, что поэтому трупомъ могутъ быть названы только остатки дитяти, а не остатки плода, такъ какъ законъ говоритъ о Kindesleichnam. Такое различіе предлагаетъ напр., Hofman, онъ различаетъ Frucht еще неродившійся плодъ, Foetus, преждевременно рожденный плодъ, и Kind, рожденный на 9-мъ мѣсяцѣ; а общее родовое названіе—Wesen menschlicher Gestaltung. Иного мнѣнія держится въ этомъ отношеніи Касперъ, который находитъ, что Leichnam ist ein Todtes menschliches Wesen, а потому остатки зародыша есть трупъ.

[16]) С. В. 1868, № 76.

ложительно утверждалъ, что скрытіе выкидыша вполнѣ подходитъ подъ эти постановленія, такъ какъ законъ говоритъ только общимъ образомъ о скрытіи ребенка, напротивъ того защитникъ изъ соотношенія 2-й части 1460 ст. съ первою выводилъ, что она имѣетъ въ виду скрытіе эмбріона, который развился уже на столько, что можетъ существовать и внѣ утробы матери. С.-Петербургскій же окружный судъ согласился съ мнѣніемъ прокурора и положительно призналъ, что трупъ 5-ти мѣсячнаго выкидыша есть трупъ младенца [17]).

Это разнообразіе толкованій 2–й части ст. 1460 заставляетъ, разумѣется, разсмотрѣть этотъ вопросъ подробнѣе. Мнѣ кажется, что при его разрѣшеніи мы должны различать матеріальную и формальную точку зрѣнія.

Разсматривая вопросъ съ матеріальной стороны, т. е. по его существу и обращаясь къ той исходной точкѣ, съ которой законъ смотритъ на данное преступленіе, мы придемъ къ такому выводу. Причина, въ силу которой законъ преслѣдуетъ скрытіе трупа мертворожденнаго ребенка и обязываетъ мать доводить объ этихъ случаяхъ до свѣдѣнія начальства, имѣетъ чисто полицейскій характеръ; если женщина, бывшая беременною, родитъ, а ребенка не будетъ, то, разумѣется, невольно возникаетъ подозрѣніе въ убійствѣ его, возбуждается уголовное преслѣдованіе, но въ силу трудности возстановленія объективнаго состава дѣтоубійства эти розыски по большей части остаются безплодными и такимъ образомъ подобное не заявленіе повлечетъ безполезную трату силъ и времени со стороны судебно–полицейскихъ органовъ. Но рядомъ съ дѣтоубійствомъ законъ воспрещаетъ и преслѣдуетъ и истребленіе плода, у котораго при томъ раскрытіе состава составляетъ такіе же, если не большіе трудности. Поэтому если женщина была беременна, а потомъ эта беременность исчезла и слѣдовъ выкида нѣтъ, то весьма естественно можетъ возникнуть сомнѣніе не было ли тутъ преступленія и

[17]) См. напр. А. Гасманъ, по вопросу о сокрытіи женщинами мертворожденныхъ младенцевъ. С. В., 1868, № 102.

можетъ возбудиться уголовное преслѣдованіе, такъ что и здѣсь скрытіе выкидыша можетъ повлечь напрасную затрату силъ и заботъ правительства, причинить безпокойство частнымъ лицамъ. Поэтому если законъ требуетъ заявленія о всякомъ младенцѣ, хотя бы о мертворожденномъ и преслѣдуетъ его скрытіе, то на томъ же основаніи онъ можетъ требовать заявленія о всякомъ выкидышѣ и наказывать за его скрытіе.

Съ этой стороны мы и видимъ, что ст. 918, т. XIII, въ пунктѣ ж., запрещаетъ придавать землѣ остатки выкидыша, какъ скоро есть подозрѣніе въ умышленномъ умерщвленіи изгнаннаго плода. Слѣдовательно скрытіе выкидыша при этихъ условіяхъ, есть дѣяніе, наказуемое и весь вопросъ только въ томъ, что должна ли быть здѣсь примѣняема ст. 860 или 1460.

Слѣдовательно ratio juris даетъ намъ право подвести подъ 1460 ст. и скрытіе выкида. Разсмотримъ теперь этотъ вопросъ съ точки зрѣнія формальной.

Съ этой стороны указываютъ:

А. На противорѣчіе подобнаго толкованія съ буквальнымъ текстомъ статьи 1460 и даже отчасти съ ст. 860, такъ какъ въ нихъ говорится о скрытіи трупа, а трупомъ нельзя назвать остатки выкидыша, такъ какъ понятіе трупа предполагаетъ самостоятельное бытіе умершаго; но это возраженіе не имѣетъ дѣйствительной силы, потому что не давая понятію «трупъ» научной точности, оно совершенно отступаетъ отъ обыкновеннаго языка. Представимъ себѣ, что родился младенецъ на 9-мъ мѣсяцѣ, вполнѣ доношенный, но по какимъ либо причинамъ умершій въ моментъ родовъ, какъ назовемъ мы его остатки—трупомъ, и сама ст. 1460 говоритъ о скрытіи тѣла младенца, рожденнаго мертвымъ, а между тѣмъ онъ не жилъ самостоятельною жизнью; но если мы въ этомъ случаѣ даемъ остаткамъ младенца названіе трупа, то мы не имѣемъ основанія не придавать того же значенія остаткамъ младенца 8, 7 мѣсяцевъ и т. д. Также несостоятельно кажется мнѣ въ этомъ отношеніи и толкованіе прусскаго Ober-Tribunal'a, признавшаго трупомъ только остатки младенца

созрѣвшаго настолько, что онъ дѣлается способнымъ къ внѣутробной жизни, по неопредѣленности основнаго начала дѣленія. Что нужно принять въ этихъ случаяхъ за основаніе дѣленія—при невозможности по большей части опираться на изслѣдованіе трупа—числовыя данныя? но судебная медицина указываетъ въ постепенномъ развитіи зародыша три періода: періодъ, въ которомъ онъ безусловно нежизнеспособенъ, періодъ, въ которомъ въ рѣдкихъ случаяхъ онъ бываетъ неспособенъ къ внѣутробной жизни и наконецъ періодъ, гдѣ, наоборотъ, онъ въ рѣдкихъ случаяхъ бываетъ нежизнеспособенъ — гдѣ же должна быть поставлена грань? Кромѣ того, легко увидѣть на практическихъ примѣрахъ, какъ несостоятельно будетъ подобное толкованіе: зародышъ, вполнѣ правильно формирующійся былъ выкинутъ, вслѣдствіе случайно полученнаго удара, и мать скрыла его тѣло — данное дѣяніе не можетъ быть подведено подъ 2 ю часть 1460 ст., такъ какъ ребенокъ въ этотъ срокъ не способенъ къ внѣутробной жизни, а если ребенокъ родился на 8-мъ мѣсяцѣ, но съ уродливымъ образованіемъ какой либо части организма, прекратившимъ въ это время его существованіе въ утробѣ—и мать скрыла его тѣло — дѣяніе можетъ быть подведено подъ 2-ю часть ст. 1460, такъ какъ въ этотъ срокъ ребенокъ считается способнымъ къ внѣутробной жизни; а между тѣмъ ихъ форма, ихъ органическое строеніе тожественны и мы не имѣемъ никакого основанія называть остатки одного трупомъ, а другаго—нѣтъ, такъ что это первое возраженіе не имѣетъ дѣйствительно силы [18]).

Б. Несравненно важнѣе, повидимому, другое возраженіе, опирающееся на разсмотрѣніе отношенія ст. 860 къ 1460 и 2-ю части послѣдней статьи къ первой. Хотя сводъ законовъ, говоря въ 918 статьи т. XIII о наказуемомъ скрытіи трупа, имѣетъ въ виду и скрытіе остатковъ выкидыша, но и тамъ

[18]) На это же основаніе опирается Эли, в. с., т. IV, № 1588. Онъ также думаетъ, что постановленія ст. 359 не могутъ быть примѣнены къ скрытію выкинутаго зародыша, такъ какъ при avortement нѣтъ дитяти, а потому нѣтъ и трупа, о которомъ говорится въ ст. 359.

мы видимъ, что онъ говоритъ отдѣльно о скрытіи трупа младенца и о скрытіи выкидыша, прибавляя по отношенію къ послѣднему, что для его наказуемости необходимо, чтобы было возбуждено подозрѣніе въ существованіи преступленія. Далѣе—это скрытіе трупа, о которомъ говоритъ 918 ст., наказывается на основаніи 960 ст. Уложенія, а ст. 1460 составляетъ исключеніе изъ общаго правила, а потому не можетъ допускать распространительнаго толкованія; а между тѣмъ, если мы сравнимъ ея текстъ съ 1 ч. 1460 ст., то мы, повидимому, должны согласиться, что подъ ея постановленія никакъ не можетъ быть подведено скрытіе выкидыша. Въ этомъ отношеніи замѣчаетъ г. Гасманъ:

«2-я часть ст. 1460 составляетъ только дополненіе къ 1-й, которая и опредѣляетъ ея дѣйствительный смыслъ, какъ это видно изъ формы самой статьи и изъ союзовъ ихъ соединяющихъ, а именно союзы «однакожъ, лишь» показываютъ, что 2-я часть есть только противоположеніе первой; это же подтверждается и указаніемъ проекта «для полноты постановленій» [19]), а между тѣмъ это первая часть, съ которой она органически сочленена говоритъ только о скрытіи младенца, а въ статьяхъ 1461 — 1463, гдѣ говорится объ истребленіи плода подобнаго добавленія не существуетъ, но и эти выраженія теряютъ свое значеніе, если мы обратимъ, во первыхъ, вниманіе на то, что законъ, говоря о младенцѣ, далеко не всегда обозначаетъ этимъ именемъ ребенка доношеннаго и родившагося своевременно, хотя почему либо и умершаго до или во время родовъ, для этого стоитъ только обратить вни-

[19]) См. Гасманъ, вышеприведенную статью въ С. В., 1868, № 102. Онъ вообще возражаетъ противъ мнѣнія, принятаго С.-петербургскимъ судомъ и опирается кромѣ текста ст. 1460 на различіе между понятіемъ выкидыша и преждевременными родами, допускаемомъ будто бы нашимъ сводомъ и Уложеніемъ, но ссылка его на ст. 1491 Уложенія лишена всякаго основанія. По его мнѣнію ст. 1460 требуетъ родовъ, хотя бы и преждевременныхъ, а не выкидыша; на этомъ же основаніи онъ исключаетъ изъ дѣйствія ст. 1460 и скрытіе остатковъ заноса.

маніе на ст. 1491, трактующую о нанесеніи беременной женщинѣ побоевъ, когда послѣдствіемъ сего будутъ преждевременные роды и смерть младенца, а во 2-хъ на то, что какъ скоро мы примемъ, что ст. 1460 относится только къ скрытію трупа младенца доношеннаго, то мы придемъ къ неразрѣшимому практическому затрудненію, а именно, какъ смотрѣть на скрытіе трупа ребенка, рожденнаго на 8 или 9 мѣсяцѣ беременности, и по какой статьѣ опредѣлять въ этомъ случаѣ отвѣтственность виновной.

Такимъ образомъ, соображая доводы, приводимые по отношенію къ данному вопросу, какъ съ формальной, такъ и съ матеріальной стороны, я прихожу къ такому выводу, который, нельзя не сознаться, далеко не безспоренъ и имѣетъ противъ себя весьма серьезныя возраженія:

2-я часть ст. 1460 *должна быть примѣняема какъ къ скрытію трупа младенца вполнѣ доношеннаго, такъ и къ скрытію трупа младенца рожденнаго преждевременно даже и къ скрытію остатковъ выкидыша.*

Указаніе же на то, что такое толкованіе противорѣчитъ отношенію 2-й части 1460 къ 1-й ея части и ея исключительному положенію соотвѣтственно съ ст. 860, снова подтверждаетъ высказанное мною мнѣніе о ея ненужности или по крайней мѣрѣ о неправильности мѣста ей отведеннаго.

231. Но разбирая до сихъ поръ вопросъ о скрытіи трупа, я не касался еще одной его стороны. Въ преступленіи, къ которому, такъ сказать, присоединено данное дѣяніе, законъ требуетъ необходимымъ условіемъ незаконнорожденность объекта, поэтому спрашивается: необходимъ ли этотъ признакъ и для примѣненія 2-й части 1460 ст.? Разрѣшеніе этого вопроса должно быть дѣлаемо, какъ мнѣ кажется, въ положительномъ смыслѣ, на это именно указываетъ отношеніе даннаго постановленія къ 1-й части 1460 ст., говорящей объ оставленіи безъ помощи незаконнорожденнаго ребенка, такъ какъ вторая часть говоритъ въ основной своей фразѣ: «если однакожъ», и во вторыхъ указаніе на мотивы стыда и страха,

заставляющіе принять указанное выше рѣшеніе, даже и тогда, когда мы будемъ считать ихъ только примѣрами. При этомъ скрытіе трупа законнорожденнаго ребенка должно быть подводимо подъ ст. 107 м. у. и 860 ст. Уложенія, а самое понятіе законнорожденности опредѣляется также, какъ и при дѣтоубійствѣ (см. выше № 207—211) [20]).

232. Наконецъ, что касается до *остальныхъ элементовъ* преступленія, а именно преступной воли и дѣйствія, *то они не представляютъ какихъ либо особенностей.*

Воля или умыселъ лица заключается, по указанію самаго закона, въ намѣреніи скрыть трупъ мертворожденнаго младенца, на этомъ основаніи данное преступленіе относится къ той категоріи, въ которой для наказуемости безусловно необходимъ умыселъ, а неосторожность не подлежитъ преслѣдованію. Поэтому одно констатированіе того факта, что трупъ новорожденнаго остался по винѣ матери скрытымъ, недостаточно для ея наказанія, необходимо кромѣ того доказать, что она дѣйствовала съ умысломъ скрыть этотъ трупъ [21]), въ особенности же тамъ, гдѣ ея дѣйствія носятъ отрицательный, а не положительный характеръ. Притомъ этотъ умыселъ долженъ исключительно быть направленъ на скрытіе трупа; достиженіе этимъ путемъ другой какой либо цѣли, напр. скрытіе слѣдовъ преступленія уже устраняетъ возможность примѣненія данной статьи.

Преступное дѣйствіе—скрытіе трупа, означая такое помѣщеніе трупа, въ силу котораго его существованіе дѣлается

[20]) См. интересное въ этомъ отношеніи рѣшеніе прусскаго Obertribunal'a 19 мая 1852, G. n. 1857; 3 n. 1865. Ср. G. A. V. стр. 745; Оппенговъ, в. с. пр. 10 къ § 186.

[21]) См. по этому поводу интересное рѣшеніе Obertribunal'a 28 мая 1853 года G. A. I, стр. 571, гдѣ онъ нашелъ, что одного факта, что подсудимая скрыла трупъ подъ тюфякъ ея постели недостаточно для наказуемости, необходимо доказать, что она дѣйствовала съ сознаніемъ, что чрезъ это будетъ скрытъ трупъ отъ глазъ другихъ, именно надлежащихъ властей.

неизвѣстнымъ, или уничтожается или по крайней мѣрѣ затрудняется возможность его осмотра, можетъ быть выполнено различными способами, а именно положительнымъ—какъ зарытіемъ въ землю, брошеніемъ въ рѣку и т. п. [22]), или отрицательнымъ—оставленіемъ трупа въ такомъ положеніи, въ которомъ онъ былъ при родахъ, если роды были въ такомъ мѣстѣ и при такихъ условіяхъ, что трупъ не могъ быть открытъ. По нашему праву это указывается дальнѣйшими словами 1460 статьи: «вмѣсто того, чтобы объяснить о семъ кому слѣдуетъ», поэтому дѣйствіе можетъ заключаться въ простомъ недонесеніи, незаявленіи.

Такъ какъ дѣйствіе должно быть предпринимаемо съ цѣлью скрыть трупъ, то справедливо замѣчаетъ Гасманъ, что понятіе скрытія должно быть отличаемо отъ сохраненія. Поэтому, если трупъ будетъ на время положенъ въ сундукъ, комодъ, то это не можетъ быть признано безусловно за скрытіе трупа [23]). Причемъ разумѣется самыя понятія сокрытія, сбереженія и храненія могутъ быть различаемы только сообразно съ обстоятельствами каждаго отдѣльнаго случая.

Далѣе, хотя заявленіе о найденныхъ мертвыхъ трупахъ, о лицахъ, смерть которыхъ произошла внезапно и т. д. и должны быть дѣлаемы полиціи, но отсюда ни какимъ образомъ нельзя вывести того положенія, что для примѣненія 2 ч. 1460 ст. достаточно одного не заявленія полиціи. Законъ наказываетъ только за то, что въ силу скрытія трупа могло произойти напрасное полицейское разслѣдованіе, поэтому какъ скоро виновная не скрыла трупа младенца отъ окружающихъ и слѣдовательно давала полиціи возможность узнать о происшед-

[22]) При этомъ совершенно безразлично, гдѣ былъ скрытъ младенецъ, какъ напр. зарытъ на общественномъ кладбищѣ, но тайно. Ср. рѣшеніе прусскаго Ober-tribunal'a 15 апрѣля 1853 года и 9-я 1863, ср. G. A. I, стр. 585; XI, 209.

[23]) Конечно въ большей части случаевъ это скрытіе трупа предполагаетъ предшествующее скрытіе беременности и родовъ, но мнѣніе Гасмана, в. статья, что подобное скрытіе *безусловно* необходимо, лишено основаній.

шей смерти рожденнаго ребенка посредственно, то она не можетъ подлежать и уголовной отвѣтственности. Такъ смотритъ на это и наша практика. По дѣлу Юліи Баронъ (С. В. 1868 № 13, 14), обвинявшейся въ скрытіи трупа мертворожденнаго младенца, прокурорскій надзоръ высказалъ то мнѣніе, что законъ вовсе не требуетъ, чтобы заявленіе о родахъ было сдѣлано полицейской власти, но довольствуется заявленіемъ всякому кто съ своей стороны можетъ довести до свѣдѣнія администраціи. Точно также и судъ въ своей резолюціи объяснилъ, что принимая во вниманіе, что въ дѣйствіяхъ подсудимой Юліи Баронъ, хотя и положившей тѣло ребенка въ комодъ, но объявившей о томъ хозяину дома не заключалось признаковъ преступленія, предусмотрѣннаго во 2-й части 1460 ст., онъ признаетъ ее по суду оправданною [24]).

По буквальному смыслу закона, говорящаго: «только скрыла его тѣло, вмѣсто того, чтобы объявить о семъ какъ слѣдовало», объявленіе должно предшествовать скрытію, а потому преступленіе должно считаться оконченнымъ или съ того момента когда прошелъ срокъ, въ теченіе котораго она имѣла возможность объявить подлежащей власти, или какъ скоро она совершила такое дѣйствіе, которое сдѣлало затруднительнымъ открытіе трупа въ теченіи извѣстнаго времени съ момента родовъ; такъ что если напр. виновная, скрывъ тѣло, затѣмъ увѣдомила полицію, то по буквѣ закона пришлось бы признавать здѣсь преступленіе оконченное. Между тѣмъ наша практика, какъ старая, такъ и новая, обращая вниманіе на духъ, а не на букву закона, не признавала здѣсь полнаго преступленія, такъ какъ этимъ, хотя и позднимъ заявленіемъ давалась возможность полиціи произвести надлежащее разслѣдованіе. На этомъ же основаніи практика, какъ бы считая данное дѣяніе однимъ изъ видовъ преступныхъ опущеній, не признавала возможности наказуемаго покушенія на скрытіе трупа младенца. Такимъ образомъ изъ старой нашей практики можно указать на дѣло Борткевича, въ Сборникѣ рѣшеній Прав. Сената № 1260, гдѣ Сенатъ нашелъ, что хотя Борткевичъ, случайно убивъ свою дочь, похоронилъ ее, но затѣмъ тотчасъ же далъ знать полиціи, которая и сдѣлала надлежащій медицинскій осмотръ, то онъ и не долженъ подлежать отвѣтственности. Въ новой практикѣ такое мнѣніе было высказано судомъ по приведенному выше дѣлу Юліи Баронъ, которая оказалась виновною только въ старанiи скрыть тѣло, а не въ скрытіи. Но по дѣлу Аграфены Козловой С. В. 1867 № 274, гдѣ былъ возбужденъ также этотъ вопросъ, прокурорскій надзоръ защищалъ то мнѣніе, что для безнаказанности виновной необходимо донесеніе о рожденіи прежде погребенія, а что показаніе ея даже полиціи или судебному слѣдователю, сдѣланное послѣ погребенія, не измѣняетъ существа дѣла. Судъ повидимому призналъ то же начало, такъ какъ призналъ подсудимую, которая вскорѣ послѣ зарытія трупа разсказала объ этомъ и указала на самое мѣсто, подлежащею отвѣтственности.

Наконецъ самое наказаніе—тюрьма отъ 4—8 мѣсяцевъ, назначаемое за это преступленіе не представляетъ никакой необходимости дальнѣйшаго болѣе подробнаго анализа.

[24]) Такое же мнѣніе высказываетъ Темме; Lehrbuch des preussichen Strafrechts, стр. 819 Contra, Oppenhof, в. с. § 186 пр. 3.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Объ истребленіи плода.

233. Истребленіе плода является одинаково распространеннымъ какъ въ древнемъ, такъ и въ новомъ мірѣ.
234. Римское право и средневѣковыя законодательства разсматривали данное преступленіе съ точки зрѣнія вреда, причиняемаго матери.
235. Каноническое право и подъ его вліяніемъ новые кодексы выставили на первый планъ вредъ, причиняемый зародышу.
236. Но нельзя отрицать, что преступленія этой категоріи, уничтожая плодъ, причиняютъ и существенный вредъ его матери.
237. Изъ этихъ двухъ послѣдствій существенное значеніе имѣетъ гибель плода, такъ какъ на него направляется преступная воля.
238. Этого взгляда держится большинство западныхъ кодексовъ и наше Уложеніе.
239. Но во всякомъ случаѣ истребленіе плода является привилегированнымъ видомъ лишенія жизни.
240. Ученіе о субъектѣ въ данномъ преступленіи не имѣетъ никакихъ особенностей.
241. Объектомъ преступленія является плодъ зачатый, но еще не рожденный.
242. Степень развитія зародыша не можетъ имѣть вліянія на составъ даннаго преступленія.
243. Для наказуемости истребленія или попытки на него необходима беременность женщины, на которую направляется данное дѣяніе.
244. Изгнаніе заноса не можетъ считаться истребленіемъ плода, такъ какъ объектомъ даннаго преступленія долженъ быть плодъ живой, хотя бы и не жизнеспособный.

245. Преступное дѣйствіе при истребленіи плода. Различныя категоріи средствъ и ихъ юридическое значеніе.
246. Вопросъ о наказуемости неосторожнаго истребленія плода въ теоріи и по западнымъ кодексамъ.
247. Неосторожное истребленіе плода по нашему праву не наказуемо.
248. Вопросъ о правѣ врача на произведеніе перфораціи въ теоріи и въ практикѣ запада. Пренія французской академіи по данному вопросу.
249. Право, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и обязанность врача на производство перфораціи, съ юридической точки зрѣнія не подлежитъ сомнѣнію.
250. Въ томъ же смыслѣ долженъ быть рѣшенъ этотъ вопросъ и по нашему праву.
251. Истребленіе плода должно считаться оконченнымъ съ того момента, когда послѣдовала смерть плода.
252. Иначе разрѣшается этотъ вопросъ въ западныхъ кодексахъ, и въ особенности въ нашемъ Уложеніи.
253. Теоретическія попытки доказать ненаказуемость покушенія на истребленіе плода несостоятельны.
254. Постановленія по этому вопросу западныхъ кодексовъ, въ особенности французскаго, и нашего Уложенія.
255. Приготовленіе къ истребленію плода не наказуемо.
256. Наказуемость истребленія плода, произведеннаго съ согласія самой беременной по взглядамъ теоріи и въ западныхъ кодексахъ.
257. Постановленія объ этомъ нашего Уложенія.
258. Наказуемость истребленія плода, произведеннаго съ согласія беременной.
259. Квалифицированные виды этого преступленія.

---

233. Въ прошлой главѣ я разбиралъ преступленіе, представляющее плачевное явленіе въ современной жизни, преступленіе относительно котораго статистика уголовная констатируетъ фактъ постояннаго увеличенія, теперь я перехожу къ другому дѣянію, такъ же имѣющему цѣлью уничтоженіе органической жизни, и не только тѣсно связанному и примыкающему къ дѣтоубійству, но даже и по своему общественному значенію, занимающему такое же мѣсто,—а именно, къ истребленію плода. Правда, что въ отчетахъ уголовной

татистики процентное число преступленій этой категоріи представляется несравненно менѣе значительнымъ, чѣмъ число дѣтоубійствъ, но эта незначительность есть явленіе чисто кажущееся, въ дѣйствительности оно составляетъ такую же язву современнаго общественнаго строя, какъ и первое, хотя нельзя не прибавить при этомъ, что не современной Европѣ принадлежитъ возникновеніе этого преступленія.

Въ древнемъ мірѣ, у народовъ классической эпохи, мы встрѣчаемъ его въ размѣрахъ, невольно поражающихъ даже умы, привыкшіе къ разврату окружающей жизни. Стоитъ только развернуть annales Тацита, творенія Ювенала, Овидія, Светонія, Марціала, Авла Гелія и др., чтобы убѣдиться въ глубинѣ распущенности, въ необузданности животной жизни, заражавшей весь этотъ отживающій римскій міръ, ими описываемый. Отъ высшихъ слоевъ общества, по лѣни и праздности, посвятившихъ себя исключительно служенію самаго извращеннаго чувства сладострастія, и до рабовъ, угнетенныхъ и задавленныхъ, мы встрѣчаемъ тѣже явленія; на ступеняхъ трона стояли образцы, пріобрѣтшіе себѣ этимъ путемъ міровое имя. Но подобный развратъ невольно проникаетъ всѣ явленія общественной жизни, и прежде всего дѣлаетъ немыслимымъ самое существованіе семьи: ребенокъ не плодъ любви, служащій соединительнымъ звеномъ семейства, а помѣха чувственнымъ пожеланіямъ. Оттого-то сатира, раскрывающая предъ нами во всей безпощадной наготѣ язвы общественной жизни, указываетъ намъ и на необходимое послѣдствіе разврата—неномѣрное распространеніе преступнаго истребленія плода [1]).

Женщины Рима, жалуется Овидій, вы жесточе тигровъ и львовъ, посягая на жизнь дѣтей, еще не рожденныхъ вами. Открыто, чуть не на площадяхъ, отправлялъ свое ремесло классъ, сдѣлавшій это преступленіе средствомъ своего существованія, оказывая помощь всѣмъ желающимъ освободиться

[1]) Brillaud, De l'avortement provoqué 1862, стр. 230 и Fabrice, Die Lehre von der Kindsabtreibung und vom Kindsmord. 1868, стр. 5.

отъ тягостнаго бремени и притомъ не ради одного избѣжанія общественнаго суда и позора, не ради опасеній за будущность малютки, а несравненно проще: «Ut, говоритъ тотъ же Овидій, careat rugarum crimine venter» [2]).

Но не одинъ Римъ въ эпоху полнаго развитія своего нравственнаго растлѣнія являлъ подобный примѣръ распространенности этого преступленія. По разсказамъ путешественниковъ, мы встрѣчаемъ его и у народовъ, стоящихъ на низшей ступени цивилизаціи, и въ дѣвственныхъ лѣсахъ Америки и на островахъ Австраліи [3]). Въ VII-мъ вѣкѣ жаловался король Хиндасвинтъ на распространенность его у того народа, о нравахъ предковъ котораго съ такимъ уваженіемъ разсказывалъ Тацитъ [4]).

Понятно, что тоже явленіе повторилось и въ жизни современныхъ государствъ Европы. Рядомъ съ развитіемъ пролетаріата, рядомъ съ плохимъ экономическимъ положеніемъ рабочаго класса, развивается, какъ необходимое послѣдствіе его, проституція и распаденіе семейной жизни. И подобно тому, какъ и въ Римѣ, видимъ мы, что повсюду, рука объ руку съ дѣтоубійствомъ, возрастаетъ съ каждымъ годомъ и преступное истребленіе плода. Подобно Риму, видимъ мы во всѣхъ центрахъ европейской жизни, отъ Парижа и Лондона до Петербурга и Москвы включительно, цѣлые разряды людей, обратившихъ преступную дѣятельность въ средство ихъ существованія, устраивающихъ свою профессію на правильномъ коммерческомъ основаніи [5]). Только въ одномъ замѣтно глубокое различіе между древнимъ и новымъ міромъ. Между

[2]) Ту же причину указываетъ Авлъ-Гелій; см. Brillaud в. с., стр. 231.

[3]) См. Шашковъ, о дѣтоубійствѣ. Дѣло 1868. №№ 3, 4, 5.

[4]) Spangenberg, Ueber das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht in N. A. d. cr. R. 1818. Стр. 16. См. также Миттермайеръ въ примѣчаніяхъ къ учеби. Фейербаха по изд. 1848, § 392 пр. 1 и 2.

[5]) См. Tardieu, Etude medico-legale sur l'avortement 1862, стр. 25 Дювержи и Тэйлоръ положительно свидѣтельствуютъ, что въ Лондонѣ существовали и существуютъ спеціальныя учрежденія для подоб-

тѣмъ, какъ тамъ подобная профессія отправлялась почти открыто, теперь она, болѣе или менѣе тщательно, старается скрыться отъ лица закона. Оттого и понятно, что цифры оффиціальной уголовной статистики далеко не вполнѣ соотвѣтствуютъ дѣйствительности, такъ какъ, по вѣрному замѣчанію Тэйлора, число обнаруженныхъ преступленій этого рода относится къ числу дѣйствительно совершившихся, какъ 1: 12, и чѣмъ преступнѣе дѣяніе, чѣмъ опытнѣе рука, его выполнившая, тѣмъ менѣе слѣдовъ оставляетъ оно по себѣ, тѣмъ неуловимѣе становится его существованіе и труднѣе его констатированіе. Потому-то и въ тѣхъ немногихъ случаяхъ, въ которыхъ дѣянія этого рода достигаютъ до свѣдѣнія правосудія, количество осужденій составляетъ процентъ слишкомъ назначительный [6]).

234. Но само собою разумѣется, что каковы бы ни были причины, вызывающія преступленія этого рода, общество не можетъ относиться къ нимъ безразлично. Оттого даже въ эпоху наибольшей классической распущенности Рима дѣяніе этого рода разсматривалось въ глазахъ закона, какъ res mali exempli, а при извѣстныхъ условіяхъ, даже какъ дѣйствіе преступное, хотя объемъ и самый составъ этого преступленія далеко не соотвѣтствовалъ понятіямъ современнаго права.

Причины этого различія коренились въ двухъ условіяхъ:

ной цѣли, гдѣ даже для разныхъ операцій и средствъ есть особая такса.

[6]) Въ особенности трудно доказать въ подобныхъ случаяхъ, что выкидъ произошелъ отъ дѣйствій виновнаго, а не отъ какихъ либо естественныхъ причинъ. Оттого-то Касперъ въ своемъ «Руководствѣ къ судебной медицинѣ» даетъ свидѣтельство такого рода, что между случаями истребленія плода, которые онъ имѣлъ въ виду, онъ не знаетъ ни одного факта, окончившагося осужденіемъ. Миттермайеръ (Der Versuch des Verbrechens der Abtreibung der Leibesfrucht, Gerichtssaal 1855, стр. 22) свидѣтельствуетъ, что въ Англіи съ 1847 — 1852 гг. было среднимъ числомъ только 5 осужденій. Во Франціи въ 1852 г. изъ 126 обвиненій 71 оставлено безъ послѣдствій; тоже нужно сказать и о нашей практикѣ.

во 1-хъ, въ особенномъ понятіи власти родительской, такъ какъ jus vitae ac necis, дѣлавшее безнаказаннымъ посягательство на жизнь дѣтей со стороны родителей [7]), распространялось и на плодъ, находящійся въ утробѣ, а во 2-хъ, въ особенномъ взглядѣ закона на плодъ. Римскіе юристы никогда не разсматривали partus in utero, какъ infans, а только какъ spem animantis. Плодъ, какъ учила стоическая философія и какъ за нею повторялъ законъ, пока не отдѣлился отъ матери долженъ считаться ея частью, какъ плодъ дерева считается его частью, пока онъ не отдѣлился отъ сучка (partus mulieris portio est vel viscerum). Дитя получало жизнь только по рожденіи въ свѣтъ, когда оно чрезъ дыханіе воспринимало міровую душу [8]). Оттого преступленіе преслѣдовалось только тогда, когда оно было совершено не самою беременною женщиною и не отцомъ плода, а какимъ либо третьимъ лицомъ и притомъ настолько, насколько оно посягало на здоровье самой беременной. Зародышъ самъ по себѣ въ сферѣ римскаго уголовнаго права не имѣлъ никакого самостоятельнаго значенія. Законъ говорилъ о немъ только или по вопросу объ опредѣленіи его состоянія (status, относительно плода, зачатаго въ одномъ и рожденнаго въ другомъ состояніи матери) или для опредѣленія его имущественныхъ правъ (bonorum possessio ventis causa, curatores Ventris).

Только въ видѣ исключенія позднѣйшіе законы наказывали и саму мать, когда истребленіемъ плода осуществлялась какая либо спеціальная преступная цѣль, когда она напр. совершила это съ цѣлью лишить отца зародыша выгодъ отъ потомства, или изъ ненависти къ мужу, изъ подкупа другими наслѣдниками (L. XXXIX Dig. de poenis. 49, 19) и вообще только мало по малу дѣйствія этого рода были возведены въ разрядъ crimina extraordinaria.

[7]) См. главу 3-ью № 190.

[8]) См. Шпангенбергъ, в. с., стр. 22.—См. вообще также объ истребленіи плода по римскому праву Boehmer Diss de coede infantum in utero 1732.

«Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigerit constituerit, eam in exilium praeses provinciae exiget».

Потому что, какъ объясняетъ L. 4 Dig. de extr. crim. (47, 11), «indignum enim videri potest, impune eam maritum liberis fraudasse».

Точно также какъ экстраординарное преступленіе начинаетъ преслѣдоваться изгнаніе плода, совершенное не самою матерью, а посторонними лицами, хотя бы оно даже и не сопровождалось вредомъ для матери.

Qui abortionis aut amotorium poculum dant, et si dolo non faciant: tamen, quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam. Наказаніе возвышается до смертной казни, если сопровождалось смертью матери.

Также смотрѣло на плодъ и древне-нѣмецкое право. Оттого leges barbarorum говорятъ только объ истребленіи плода, когда оно совершено не самою беременною женщиною, а третьимъ лицомъ [9]). Даже нѣсколько позднѣе фрисландскіе законы (Frisischer Rechtsbuch) прямо причисляютъ къ лицамъ безправымъ, которыя могутъ быть безнаказанно лишены жизни (sine compositione occidi possunt), новорожденное дитя и зародышъ—infantem ab utero sublatum et enecatum a matre [10]).

235. Коренную реформу въ ученіи объ истребленіи плода внесло право каноническое [11]), придавшее совершенно иное значеніе понятію зародыша и выставившее сообразно съ этимъ основное положеніе:

«homo est, et qui est futurus».

Оттого уже въ постановленіяхъ отцовъ церкви истребленіе плода разсматривается какъ преступленіе противъ самаго зародыша, считается однимъ изъ видовъ убійства и даже убійствомъ родственнымъ, какъ скоро оно совершено самою беременною женщиною или отцомъ зародыша: qui conceptum in utero per abortum deleverit, homicida est; хотя, впрочемъ, какъ мы увидимъ далѣе, оно допускало нѣкоторыя ограниченія относительно возраста зародыша [12]).

Этотъ взглядъ на понятіе плода и на характеръ преступныхъ посягательствъ, на него направленныхъ, сохранило и новѣйшее право, «хотя, какъ справедливо указываетъ Гельшнеръ [13]), въ правѣ гражданскомъ человѣкъ является субъектомъ правъ только съ момента окончанія акта родовъ, но уже и тамъ весьма нерѣдко законъ признаетъ лицомъ и зародышъ въ утробѣ. Когда наприм. идетъ рѣчь о правахъ, пріобрѣтаемыхъ имъ рожденіемъ. Въ сферѣ права уголовнаго человѣкъ является личностью съ момента зачатія, такъ какъ съ этого момента за нимъ признается неприкосновенное право на существованіе и на дальнѣйшее безпрепятственное развитіе. Уничтоженіе его существа будетъ не только безнравственное дѣяніе (res mali exempli), не только посягательство на права родителей, но уничтоженіе самостоятельной правомѣрной жизни—оно будетъ противозаконное убійство. Государство охраняетъ существованіе этого плода до воспринятія имъ самостоятельнаго бытія внѣ утробы матери, также какъ охраняетъ оно его и послѣ родовъ.»

---

[9]) Исключеніе представляютъ Leges Visigatorum, сложившіеся уже подъ вліяніемъ каноническаго права, а потому карающіе и случаи истребленія, совершеннаго самою матерью. — Brillaud, в. с., 250 и слѣд.

[10]) Шпангенбергъ, в. с., стр. 10. Chindaswind, король Вестготскій, первый назначаетъ за истребленіе плода публичное наказаніе.

[11]) München. Das canonische Gerichtsverfahren und Strafrecht. 1865—6, т. II, стр. 415.

[12]) Подъ вліяніемъ каноническаго права сложились постановленія объ истребленіи плода и въ нашемъ правѣ. Новоуказныя ст. 1669 г., № 111 распространили на это преступленіе постановленія Уложенія 1649 г. объ убійствѣ новорожденнаго незаконноприжитаго младенца, при чемъ была сдѣлана ссылка на законы градскіе. А въ законахъ градскихъ гл. XXXIX, ст. 72, говорится: Аще жена во чревѣ имуща и зло помыслитъ на свою утробу, яко да изженетъ младенца, біема, отъ прѣдѣлъ да изженется.

[13]) Hälschner, System des preussischen Strafrechts, т. II, 1868 года, стр. 120.

236. Такимъ образомъ, *посягательство за зародышъ является первымъ элементомъ, опредѣляющимъ характеръ даннаго преступленія.* Но если мы разсмотримъ подробнѣе его составъ, то мы увидимъ, что къ этому первому признаку присоединяется второй, имѣющій весьма часто равное, а иногда даже и большее значеніе—это именно тотъ *вредъ, который наносится при истребленіи плода самой беременной женщинѣ.*

Само собою разумѣется, что вредъ этотъ можетъ быть весьма разнообразенъ: онъ можетъ имѣть какъ нравственный, такъ и матеріальный характеръ. Что касается перваго, то очевидно онъ не имѣетъ какого либо спеціальнаго значенія. Если мать лишается долго ожидаемаго малютки, котораго такъ радостно лелѣяла она въ своемъ воображеніи, если отецъ утрачиваетъ надежду на потомство, если семья, наконецъ, теряетъ возможность получить имущество, завѣщанное ожидаемому ребенку,—все это дѣйствительно является результатомъ истребленія плода, но результатомъ косвеннымъ, второстепеннымъ. Эти послѣдствія точно также могутъ появиться и тогда, когда преступленіе совершено надъ ребенкомъ уже рожденнымъ, даже можетъ быть, взрослымъ; но очевидно, что какъ здѣсь, такъ и тамъ какого либо существеннаго значенія для состава преступленія они имѣть не могутъ. Совершенно иной характеръ имѣетъ вредъ матеріальный, физическій, то разстройство здоровья, а нерѣдко и самая смерть, которыя угрожаютъ матери при посягательствѣ на ея плодъ.

Судебная медицина [14]) указываетъ намъ, что причины подобнаго гибельнаго вліянія весьма разнообразны. Во 1-хъ, въ первые мѣсяцы беременности, вслѣдствіе распространенія кровеносныхъ сосудовъ по всей поверхности яйца, всякій выкидъ влечетъ за собою страшное кровотеченіе, увеличивающееся кромѣ того малымъ развитіемъ мышечныхъ волоконъ матки, а потому влекущее весьма нерѣдко не только истощеніе силъ

[14]) См. Тардье, в. с. стр. 55; Шауенштейнъ, Руководство къ изученію судебной медицины. 1865, стр. 135 и сл.

и разстройство здоровья, но и самую смерть беременной. Далѣе, подобные роды, вслѣдствіе неподготовленности нижняго отрѣза матки, совершаются слишкомъ продолжительно и мучительно, самый послѣдъ бываетъ прикрѣпленъ такъ плотно, что иногда сокращенія матки не въ силахъ изгнать оболочки яица, а это все вмѣстѣ взятое, въ свою очередь, легко можетъ произвести или сильное воспаленіе въ маткѣ и брюшной полости, хроническую болѣзнь половыхъ органовъ, или также самую смерть беременной—немедленно, или по прошествіи извѣстнаго времени. Эти губительные результаты встрѣчаются нерѣдко даже и при искуственныхъ родахъ, въ силу какой либо необходимости произведенныхъ опытною рукою врача, дѣйствовавшаго со всею осмотрительностью, когда притомъ больная окружена надлежащимъ уходомъ и попеченіемъ. Но, разумѣется, вредное вліяніе всѣхъ этихъ условій еще болѣе осложняется, когда дѣло идетъ о преступномъ изгнаніи плода, когда самыя средства и способъ ихъ примѣненія въ громадныхъ размѣрахъ увеличиваютъ опасность. Какъ часто указываетъ намъ практика, что напитки, даваемые во внутрь, оказываются ядами, что механическія средства, примѣненныя неопытною рукою, наскоро, сопровождаются поколами, поврежденіями, доходя иногда до полнаго вырыванія матки, и разумѣется моментальной смерти беременной. Оттого и понятны вполнѣ цифры, даваемыя медицинскою статистикою, что при преступленіяхъ этого рода отъ 50—65% оканчиваются смертью беременной, не говоря уже о массѣ случаевъ болѣе или менѣе полнаго разстройства ея организма.

237. Такимъ образомъ, истребленіе плода непосредственно производитъ двоякія матеріально-вредныя послѣдствія, могущія вызвать общественную реакцію: умерщвленіе зародыша, принимаемаго государствомъ подъ свою охрану, и поврежденіе здоровья его матери или даже самую ея смерть.

Но если мы обратимъ вниманіе на этотъ двоякій характеръ преступленія съ юридической точки зрѣнія, то для насъ

получитъ важное значеніе вопросъ о томъ, которому же изъ этихъ послѣдствій мы отдадимъ преимущество. Въ самомъ дѣлѣ, если мы напр. будемъ отрицать, какъ это дѣлало римское право или leges barbarorum, за зародышемъ какое либо самостоятельное право, и будемъ разсматривать данное преступленіе съ точки зрѣнія посягательства на права матери, то мы найдемъ напр. прежде всего, что для его состава существенное значеніе будетъ имѣть вопросъ о томъ, кѣмъ было оно произведено, т. е. самою ли беременною женщиною или какимъ либо другимъ лицомъ. Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ дѣяніе, причиняющее вредъ самому дѣятелю, направленное противъ собственныхъ благъ въ формѣ самоизувѣченія, самоубійства, слѣдовательно, дѣяніе, по основнымъ началамъ уголовнаго права, не заключающее въ себѣ элемента преступности, а потому и не наказуемое. Самое соучастіе въ подобномъ дѣяніи должно разсматриваться на тѣхъ же началахъ, которыхъ держится то или другое законодательство относительно соучастія въ самоубійствѣ, или относительно убійства и изувѣченія по волѣ и желанію самого пострадавшаго. Только въ томъ случаѣ, когда истребленіе произведено помимо воли матери, будетъ существовать полная отвѣтственность виновнаго, при чемъ и тогда отвѣтственность будетъ, во-1-хъ, обусловливаться наличностью дѣйствительнаго вреда или ущерба здоровью матери, за отсутствіемъ котораго дѣяніе опять таки будетъ безразлично съ уголовной точки зрѣнія, и во-2-хъ, самое дѣйствіе будетъ являться однимъ изъ видовъ преступленій противъ здоровья, такъ что и самая степень отвѣтственности будетъ зависѣть отъ степени поврежденія, и чѣмъ, слѣдовательно, искуснѣе будетъ лицо виновное, тѣмъ менѣе шансовъ опасности для матери и тѣмъ снисходительнѣе долженъ относиться къ нему законъ.

Но подобный взглядъ находился бы въ противорѣчіи не только со всѣми положительными законодательствами, признавшими, подъ вліяніемъ каноническаго права, за зародышемъ права самостоятельнаго бытія, но онъ не соотвѣтствовалъ бы и теоретическому понятію даннаго преступленія [15]).

Истребленіе плода, какъ и всякое преступленіе, заключаетъ въ себѣ два элемента: преступное дѣйствіе, т. е. произведеніе извѣстнаго видоизмѣненія во внѣшнемъ мірѣ, и одушевляющій это дѣйствіе преступный умыселъ. Дѣйствіе, какъ мы видѣли, можетъ быть въ его послѣдствіяхъ весьма различно, но самое намѣреніе, animus, воплощенное въ эту форму, остается неизмѣннымъ, *оно заключается въ желаніи уничтожить плодъ*, прекратить, ради какихъ бы то ни было цѣлей, существованіе зародыша. Около этого центральнаго пункта группируется все преступленіе, поврежденіе здоровья самой беременной и даже ея смерть суть послѣдствія второстепенныя, причиненіе которыхъ не входитъ въ разсчетъ дѣйствующаго. Въ самомъ дѣлѣ, эти послѣдствія возникаютъ или случайно, или по неосторожности преступника, или наконецъ, по его самонадѣянности, когда онъ напр., хотя и предвидѣлъ возможность подобныхъ послѣдствій, но надѣялся избѣжать ихъ или въ силу своего умѣнья и ловкости, или просто при помощи счастливой случайности; напротивъ того, какъ скоро

---

[15]) Этотъ средневѣковой взглядъ на плодъ нашелъ себѣ и нынѣ ревностнаго защитника въ псевдо-криминалистѣ Тиссо: Le droit pénal étudié dans ses principes, 1860, т. II, p. 79. «Многіе изъ новыхъ кодексовъ, говоритъ онъ, дѣлаютъ большую ошибку, разсматривая произведеніе выкида исключительно съ точки зрѣнія дитяти, между тѣмъ какъ это преступленіе есть главнымъ образомъ преступленіе противъ матери. Эта ошибка влечетъ за собою, какъ послѣдствіе, наказуемость самой беременной женщины, виновной въ произведеніи выкидыша. Въ подобномъ случаѣ мы имѣемъ *только безнравственное дѣяніе*, если, разумѣется, притомъ не были нарушены права какого либо третьяго лица». — Еще Фейербахъ (Lehrbuch, § 394) разсматривалъ преступленіе двояко: какъ посягательство на будущаго человѣка, когда оно совершено самою матерью или съ ея согласія, и какъ посягательство на личность матери и будущаго человѣка, если совершались помимо ея воли. Но, впрочемъ, онъ все-таки разсматривалъ его не въ раздѣлѣ преступленій противъ жизни, а отнесъ къ отдѣлу такъ называемыхъ materielle vagen Verbrechen.

мы находимъ, что намѣреніе преступника было совершенно иное, что, задумавъ лишить жизни беременную женщину, или повредить ея здоровью, онъ *выбралъ для этого средствомъ* истребленіе ея плода, или если онъ условно, рядомъ съ умышленнымъ произведеніемъ плодоистребленія, не только предвидѣлъ, *но и допускалъ* (dolus eventualis) поврежденіе и смерть беременной, то мы переходимъ уже въ сферу другихъ преступленій и имѣемъ дѣло или съ однимъ изъ видовъ убійства, или съ идеальнымъ стеченіемъ преступленій, караемыхъ напримѣръ, въ нашемъ Уложеніи на основаніи ст. 1458.

Такимъ образомъ, *главнымъ элементомъ, опредѣляющимъ составъ и значеніе даннаго преступленія, является прекращеніе существованія зародыша.* Съ этой стороны нельзя не согласиться съ Озенбрюггеномъ [16]), что хотя жизнь плода въ утробѣ и младенца внѣ утробы существенно различаются другъ отъ друга, но первая все-таки есть жизнь, а слѣдовательно, и посягательство на нее есть одинъ изъ видовъ убійства.

238. Этотъ взглядъ, какъ я уже замѣтилъ, проводитъ большинство новѣйшихъ кодексовъ, его же держится и наше право [17]). Такимъ образомъ, Сводъ законовъ 1832 г. въ ст. 341, перечисляя виды родственнаго убійства, опредѣлилъ одинъ изъ его видовъ—дѣтоубійство, какъ убійство дѣтей въ утробѣ матери, а потомъ въ ст. 343 прибавлялъ, что къ особеннымъ же видамъ убійства должно быть отнесено: умышленное въ чревѣ умерщвленіе и изгнаніе плода; очевидно, подразумѣвая здѣсь тѣ случаи, когда преступленіе совершается не самою матерью, а постороннимъ лицами и когда, слѣдовательно, нѣтъ основанія признавать его за родственное убій-

[16]) Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1858, стр. 117.

[17]) Лохвицкій, Курсъ русскаго уголовнаго права, стр. 501, держится инаго взгляда и не считаетъ возможнымъ включить истребленіе плода въ предѣлы убійства, но доказательствъ своего мнѣнія не представляетъ. Вообще его замѣтки по поводу истребленія плода не имѣютъ и подобія комментарія.

ство. Позднѣе Уложеніе 1845 г., хотя въ корень измѣнило систему Свода, но удержало принятое имъ основное начало и также говоритъ объ истребленіи плода въ раздѣлѣ преступленій противъ жизни (ст. 1461, 1462 и 1463) [18]).

На основаніи этого, какъ съ теоретической точки зрѣнія, такъ и по нашему праву, данное преступленіе можетъ быть опредѣлено, какъ *противозаконное, сознательное и волимое умерщвленіе плода, находящагося еще въ утробѣ матери* (foeticidium) [19]).

При этомъ нельзя не замѣтить, что такъ какъ основнымъ, существеннымъ элементомъ преступленія является уничтоженіе жизни зародыша, а не фактъ преждевременнаго разрѣшенія отъ бремени, то и названіе, обыкновенно даваемое этому преступленію—изгнаніе плода (abactio partus, avortement, Abtreibung des Leibesfruchts) нельзя признать точнымъ и полнымъ, а потому также никакимъ образомъ нельзя согласиться съ опредѣленіемъ, которое даютъ понятію «avortement» Тардье и нѣкоторые другіе французскіе писатели, а именно, что оно есть преждевременное насильственное произведеніе изгнанія продукта зачатія, независимо отъ всѣхъ

[18]) Это мѣсто отводила ему еще Каролина, говоря о немъ въ раздѣлѣ; von den bösen Tödtungen. Изъ западныхъ кодексовъ тоже мѣсто отводятъ ему: прусскій—§§ 181, 182, ольденбургскій—163, 164, саксонскій—160, 161, вюртембергскій—253, баварскій—1861 года § 243 и наконецъ сѣверо-германское уложеніе 1870, § 218—220. Code pénal, article 317 выдѣляетъ его изъ разряда преступленій противъ жизни, какъ meurtre, assasinat и относитъ его ко 2 отдѣленію 1 главы, гдѣ онъ говоритъ о преступленіяхъ противъ здоровья et autres crimes et délits volontaires. Баденское уложеніе §§ 251 — 255 и австрійское §§ 144—148 отводятъ для него особый отдѣлъ. Ново-бельгійское уложеніе 1867 относитъ истребленіе плода къ разряду преступленій противъ семейнаго порядка и общественной нравственности.

[19]) См. краткую, но чрезвычайно точную характеристику этого преступленія у Темме, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, 1855, стр. 540.—Также Гельшнеръ, System. стр. 121. Меркель въ Rextslexicon. v. Holtzendorf. p. 8.

условій возраста, жизнеспособности и даже правильнаго строенія плода [20]).

239. Но если мы и признаемъ, такимъ образомъ, что истребленіе плода есть одинъ изъ видовъ убійства, то мы не можемъ, тѣмъ не менѣе, не согласиться, что въ данномъ преступленіи есть черты, рѣзко выдѣляющія его изъ общаго роднаго типа. Отчасти эти особенности заключаются въ субъектѣ преступленія, отчасти же въ объектѣ, на который направляется посягательство.

Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ плодоистребленіе совершается самою беременною женщиною, уголовная статистика указываетъ намъ, что мотивы, опредѣляющіе это преступленіе, совершенно аналогичны съ мотивами дѣтоубійства—это стыдъ за свой позоръ, страхъ общественнаго суда, тѣхъ матеріальныхъ лишеній, которыя ожидаютъ въ будущемъ и саму преступницу и ея будущаго ребенка, однимъ словомъ, тѣ мотивы, которые, вызывая снисхожденіе законодателя при дѣтоубійствѣ, должны имѣть тотъ же результатъ и въ данномъ случаѣ [21]). Но кромѣ этого элемента, заставляющаго законъ снисходительнѣе отнестись къ данному преступленію, чѣмъ къ родовому типу лишенія жизни, несравненно большее значеніе получаютъ особенности, заключающіяся въ качествахъ объекта. Хотя я не разъ указывалъ, что существованіе зародыша въ утробѣ есть также жизнь, но тѣмъ не менѣе, приравнять ее вполнѣ къ жизни взрослаго лица невозможно: пребываніе малютки въ утробѣ матери, самый актъ рожденія, первые часы его новой внѣутробной жизни — все это пред-

[20]) В. с., стр. 4. — Того же опредѣленія держатся Бріанъ и Шоде въ ихъ «Курсѣ судебной медицины», Fabrice, в. с. 199, но онъ отступаетъ отъ этого опредѣленія далѣе, считая преступленіе совершившимся, когда послѣдовала смерть младенца.

[21]) Любопытно, что французскій кодексъ, не придающій никакого значенія этимъ мотивамъ при дѣтоубійствѣ, придаетъ имъ важное значеніе при истребленіи плода и значительно смягчаетъ наказаніе. См. Brillaud, в. с. стр. 258.

ставляетъ такую массу опасностей для его существованія, что невольно заставляетъ и народное чувство и положительное право иначе смотрѣть на посягательство на жизнь взрослаго человѣка, чѣмъ на жизнь зародыша.

Этого начала держится и наше нынѣ дѣйствующее законодательство. Между тѣмъ какъ Сводъ законовъ 1832 года относилъ, какъ мы видѣли, истребленіе плода къ разряду квалифицированныхъ видовъ убійства, Уложеніе значительно смягчаетъ наказаніе сравнительно съ отвѣтственностью, опредѣленною за обыкновенное убійство. Въ объясненіи своемъ на ст. 1461 редакторы Уложенія указывали на слѣдующіе мотивы смягченія: «по законамъ, нынѣ дѣйствующимъ, изгнаніе плода наказывается наравнѣ съ умышленнымъ убійствомъ и даже отнесено къ особымъ онаго видамъ. Въ точномъ, строгомъ смыслѣ словъ и понятій сіе мнѣніе совершенно справедливо, ибо черезъ то, что мы именуемъ изгнаніемъ плода, пресѣклась жизнь, хотя еще не вполнѣ развитая, существа, принадлежащаго къ человѣческому роду, но однако вообще между всѣми народами и даже во всѣхъ законодательствахъ преступленіе сіе считается менѣе важнымъ, оттого, что младенецъ, находящійся въ утробѣ матери, какъ будто не существуетъ, что онъ не могъ ни самъ имѣть привязанности къ жизни, ни быть предметомъ привязанности и нѣжности другихъ, что не желать его рожденія кажется многимъ, хотя и неосновательно, почти тѣмъ же, что не желать вообще имѣть дѣтей, и что о выкинутомъ случайно ребенкѣ самые нѣжные родители жалѣютъ не столько, какъ объ умершемъ послѣ рожденія. Сверхъ того, къ изгнанію плода побуждаются обыкновенно желаніемъ скрыть слабость незаконно зачавшей его женщины, спасти ее отъ безчестья и всеобщаго презрѣнія, что, конечно, не измѣняетъ свойства преступленія, но можетъ быть поводомъ къ нѣкоторому снисхожденію. По симъ соображеніямъ всѣ законы иностранные опредѣляютъ за изгнаніе плода наказанія не столь строгія, какъ за другія умышленныя смертоубійства».

Но, какъ мы увидимъ далѣе, и въ нашемъ Уложеніи, какъ

и въ западныхъ кодексахъ, изъ этихъ двухъ элементовъ, уменьшающихъ преступность виновнаго, имѣетъ преобладающее значеніе характеръ объекта, такъ какъ мотивы, обусловливающіе снисхожденіе закона, могутъ встрѣтиться не во всѣхъ случаяхъ этого рода. Поэтому мы можемъ сказать, что *истребленіе плода, будучи преступленіемъ противъ жизни, выдѣляется изъ родоваго понятія, какъ самостоятельный видъ, въ силу особенныхъ качествъ объекта*, на существованіе котораго посягаютъ въ данномъ случаѣ. Эти особенности вліяютъ какъ на степень уголовной отвѣтственности, такъ и на самый составъ преступленія, къ анализу котораго мы и переходимъ.

240. Въ противоположность преступленію, тѣсно примыкающему къ истребленію плода, а именно дѣтоубійству, ни законъ, ни теорія не ставятъ никакихъ спеціальныхъ условій для *субъекта* преступленія, такъ какъ *имъ можетъ быть всякое лицо*. Извѣстныя спеціальныя качества, заключающіяся въ виновномъ могутъ имѣть вліяніе только на размѣръ наказанія, или уменьшая его, когда напр. истребленіе плода произведено было самою беременною женщиною, особенно ради побужденія стыда и страха, или же усиливая, когда виновными являются спеціалисты-медики, акушеры, повивальныя бабки и т. п.

241. Несравненно болѣе сложнымъ является вопросъ объ *объектѣ* даннаго преступленія, отъ котораго и теорія и законъ требуютъ слѣдующихъ условій.

Объектомъ является зародышъ (foetus, embryon), то есть *плодъ зачатый, но еще не рожденный*, живущій не дыхательною жизнью, но путемъ кровообращенія, тѣсно связанный съ организмомъ матери, но въ тоже время имѣющій и самостоятельное бытіе [22]). Съ этой точки зрѣнія данное преступленіе тѣсно примыкаетъ къ преступному истребленію дѣторо-

[22]) И ни въ какомъ случаѣ не сама беременная, какъ это справедливо замѣчаетъ Темме, в. с. стр. 542, такъ какъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ преступленіе совершено помимо ея воли, она можетъ быть объектомъ *привходящаго* сюда тѣлеснаго поврежденія.

дныхъ способностей съ одной и къ дѣтоубійству съ другой стороны, но въ тоже время и рѣзко различается отъ нихъ.

Что касается до перваго, то еще Каролина ставила истребленіе плода рядомъ съ лишеніемъ дѣторадныхъ способностей и подвергала ихъ одинаковой отвѣтственности. Тоже начало проводила и старая французская практика [23]), хотя, очевидно, ошибочно. При уничтоженіи дѣторадныхъ способностей виновный посягаетъ только на здоровье лица, причиняя ему увѣчье; тамъ нѣтъ, а иногда и не можетъ быть посягательства на существованіе вновь начинающагося, самостоятельнаго организма, что составляетъ существенное условіе плодоистребленія, о которомъ можетъ быть, слѣдовательно, рѣчь только тогда, когда яичко оплодотворено, новое существованіе возникло.

Точно также, какъ ни тѣсно примыкаетъ къ плодоистребленію дѣтоубійство, но и они существенно различаются другъ отъ друга. Пока зародышъ существуетъ утробною жизнью, онъ можетъ быть объектомъ перваго преступленія, какъ скоро получилъ онъ внѣутробное самостоятельное бытіе, посягательство на него является или дѣтоубійствомъ или даже просто убійствомъ, смотря потому кѣмъ и когда оно совершается. Среднюю ступень между этими двумя видами занимаютъ тѣ случаи, когда подобное посягательство совершено надъ младенцемъ, еще не вполнѣ отдѣлившимся отъ матери, когда убійство совершается при самомъ рожденіи. Но и эти случаи наше Уложеніе, подобно большинству западныхъ кодексовъ, относитъ не къ плодоистребленію, а къ дѣтоубійству, ставя, слѣдовательно, гранью между двумя этими пре-

[23]) Jousse, Traité de la justice criminelle, 1771, т. IV, p. 20—23, Каролина наказывала за оскопленіе мечемъ, она повторяла воззрѣніе канонической права, что лишеніе дѣторадныхъ способностей у мужчины или женщины есть убійство могущихъ родиться дѣтей, Бернеръ учебникъ, т. II, стр. 111.

ступленіями моментъ нанесенія поврежденій [24]). Такъ что, какъ скоро поврежденіе, причинившее смерть младенцу, нанесено еще въ утробѣ, то данный фактъ будетъ плодоистребленіе; напротивъ, какъ скоро оно нанесено внѣ утробы—мы имѣемъ дѣтоубійство или простое убійство.

Такимъ образомъ государство, преслѣдуя данное преступленіемъ, считаетъ его *объектомъ оплодотворенное яичко съ момента его оплодотворенія и до того момента, когда насилія, прекратившія его существованіе, были нанесены ему уже внѣ утробы.*

242. Очевидно, что поэтому большая или меньшая степень развитія зародыша, срокъ, въ который произведенъ выкидъ не можетъ имѣть существеннаго значенія. Но нельзя также не замѣтить, что это положеніе, какъ не очевидно оно по своему существу, не всегда признавалось въ сферѣ права уголовнаго.

Каноническое право [25]), внося разсматриваемое нами преступленіе въ разрядъ преступленій противъ жизни, распространяло, однако, это положеніе не на всѣ случаи этого рода. Сообразно физіологическимъ взглядамъ Аристотеля, оно принимало, что по оплодотвореніи существуетъ извѣстный періодъ времени, въ теченіе котораго зародышъ признается недостаточно развитымъ для воспринятія души, а пока онъ не сдѣлался жилищемъ души, до тѣхъ поръ онъ не можетъ считаться человѣкомъ и посягательство на его существованіе убійствомъ. Такимъ образомъ и создалось ученіе о foetus animatus и non animatus, опиравшееся, между прочимъ, на библейское изрѣченіе «исхода» главы XXI стихъ 22—25, и то

[24]) См. подробнѣе объ этомъ вопросѣ главу 3-ью № 206.

[25]) См. Шпангенбергъ, в. с., стр. 32. См. у него въ примѣчаніи 23 подлинный текстъ. Въ дѣйствительности тамъ этого различія не существовало, а говорилось только, что за производство выкидыша, когда оттого не будетъ вреда, виновный долженъ заплатить пеню, какую назначитъ мужъ, а если будетъ вредъ, то тальонъ.—München, в. с. стр. 416.

въ невѣрномъ переводѣ 70-ти толковниковъ. Это ученіе о различныхъ ступеняхъ развитія зародыша было особенно подробно развито въ твореніяхъ учителей и отцовъ церкви: у Іосифа, Филона и по преимуществу у св. Августина. Но разумѣется, для подобнаго разграниченія нужно было отыскать какой либо внѣшній осязательный признакъ, и такъ какъ по библейскому сказанію Адамъ получилъ душу живу уже по созданіи тѣла, то это представленіе было перенесено и на ученіе объ одухотвореніи зародыша, такъ что моментомъ одухотворенія былъ признанъ моментъ сформированія и понятіе foetus animatus было отождествлено съ понятіемъ foetus formatus, и по декрету Инокентія III смертная казнь за истребленіе плода назначалось только въ случаѣ истребленія сформировавшагося зародыша, а во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ назначался только денежный штрафъ. Правда, что Сикстъ V спеціальною буллою 1588 г. старался раскрыть несостоятельность этого заблужденія, но его преемникъ Григорій XIV въ 1591 г. снова возстановилъ это различіе. Еще далѣе въ этомъ отношеніи пошла глосса. Глосса гражданская (Accursius), не довольствуясь указаніями довольно неопредѣленнаго термина сформированія плода, признала строго опредѣленный числовой терминъ—40 дней, и разъясняя случаи, въ которыхъ по римскому праву назначалась смертная казнь, и въ которыхъ только изгнаніе, она указывала, что exilium можетъ быть ante quadraginta dies, quia ante non erat homö, postea de homicidio tenetur, secundum legem Moysis vel legem Pompejam. А глосса каноническая (Johan Teutonicus) даже пыталась съ этой стороны провести различіе между полами, признавая, что anima maribus citius infunditur quam hominis, и опираясь при этомъ на авторитеты Аристотеля и Плинія, равно какъ на указанія книги Левитовъ (глава 12 ст. 2—5), что періодъ послѣродоваго очищенія матери, т. е. срокъ, во время котораго она не допускается въ храмъ, долженъ продолжаться 40 дней, если былъ рожденъ ребенокъ мужскаго пола, и 80, если была рождена дѣвочка, она признала, что эти числа со-

отвѣтствуютъ срокамъ, въ теченіе которыхъ зародышъ остается не одухотвореннымъ [26]).

Эти постановленія каноническаго права перешли и въ свѣтскія законодательства; такъ мы встрѣчаемъ тоже различеніе въ правѣ Визиготскомъ, въ капитуляріяхъ, позднѣе у итальянскихъ и голландскихъ криминалистовъ XV, XVI и XVII вѣковъ, какъ напр. у Фаринаціуса и Дамгудера и, наконецъ, въ самой Каролинѣ, положившей различіе между lebendiges и non lebendiges Frucht именно въ этомъ смыслѣ, какъ, по крайней мѣрѣ, понимали это выраженіе современные ей юристы, и какъ было оно передано въ переводахъ Гоблера и Ремуса [27]). Только мало по малу уголовная доктрина признала основное начало, выработанное физіологіей, что съ момента оплодотворенія и до момента полнаго развитія зародыша всѣ видоизмѣненія, въ немъ совершающіяся, различаются не качественно, а количественно, такъ что, разумѣется, всякая попытка отыскать и опредѣлить моментъ одухотворенія по меньшей мѣрѣ безполезна. Но отказавшись отъ этой первой попытки различенія зародыша по моменту одухотворенія, и теорія, и положительные кодексы пытались, тѣмъ не менѣе, отыскать другіе признаки, годные для дѣленія. Такимъ образомъ, напр. саксонскія конституціи различали убійство плода, показавшаго движеніе и не показавшаго; точно также и Фейербахъ въ своемъ учебникѣ, § 396, различаетъ по степени наказуемости—Abtreibung der belebten und unbelebten Frucht, понимая подъ первымъ только тотъ плодъ, который развился уже настолько, что движеніемъ мускуловъ далъ внѣшніе знаки животной жизни [28]). Еще долѣе сохранялось, а отчасти сохраняется и понынѣ, различіе между изгнаніемъ изъ

[26]) Глоса къ декр. 5 in causa V—quadraginto—quia tot diebus mortuus est partus ante infusionem animæ, sed foetus femineus LXXX.

[27]) Шпангенбергъ, в. с. стр. 42.

[28]) Миттермайеръ, Zu Feuerbach § 393 № 8 и § 395 № 1, тоже находитъ справедливымъ различать по наказуемости истребленіе плода въ первой половинѣ беременности и во второй. Того же мнѣнія Квистормъ, Титманнъ.

утробы матери плода незрѣлаго, неспособнаго еще существовать внѣ утробы матери (до 7 мѣсяцевъ), то что технически носитъ обыкновенно названіе crimen abortus, и изгнаніемъ плода зрѣлаго, способнаго къ внѣматочному существованію [29]) —foeticidium, — различіе, вполнѣ соотвѣтствующее дѣленію даннаго преступленія въ судебной медицинѣ на причиненіе выкидыша и на произведеніе преждевременныхъ родовъ.

Но очевидно, что и это дѣленіе съ точки зрѣнія уголовнаго права не имѣетъ существеннаго значенія, такъ какъ для состава преступленія совершенно безразлично, былъ ли произведенъ выкидышъ, т. е. плодъ былъ истребленъ въ то время, когда онъ не достигъ еще зрѣлости и не способенъ къ внѣматочному существованію, или же истребленіе произошло послѣ этого періода. Съ этой стороны совершенно вѣрна исходная точка, установленная еще Шпангенбергомъ, что *истребленіе плода есть убійство нерожденнаго дитяти въ утробѣ, каковъ бы ни былъ періодъ его развитія.* И только въ практическомъ отношеніи это дѣленіе представляетъ нѣкоторый интересъ и для насъ и притомъ по двумъ причинамъ: во-первыхъ потому, что въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ былъ уже произведенъ выкидышъ, самый фактъ изгнанія изъ утробы заставляетъ предполагать смерть зародыша, такъ какъ внѣ утробы въ этотъ періодъ онъ еще существовать не можетъ, а если, напротивъ, произведены преждевременные роды, то мы должны еще представить доказательства смерти младенца,

[29]) Блосфельдъ, о правахъ утробныхъ и новорожденныхъ младенцевъ, 1856, стр. 18, также считаетъ embryocidium менѣе наказуемымъ чѣмъ foeticidium, но по отсутствію у него какой либо научной терминологіи нельзя понять съ точностью, что подразумѣваетъ онъ подъ тѣмъ и другимъ терминомъ. На стр. 15 онъ опредѣляетъ foeticidium какъ убійство плода, неспособнаго къ внѣутробной жизни, а embryocidium какъ умерщвленіе зародыша, не обнаружившаго своего существованія движеніемъ; но держится-ли онъ далѣе этого безполезнаго дѣленія и куда должно отнести убійство плода, способнаго въ внѣматочной жизни—неизвѣстно. Изъ современныхъ нѣмецкихъ кодексовъ дѣлаетъ различіе указанное въ текстѣ Саксонскій кодексъ 1855 года.

такъ какъ легко можетъ случиться, что младенецъ, изгнанный такимъ образомъ изъ утробы матери, сохранитъ свое существованіе, и мы будемъ имѣть дѣло только съ покушеніемъ. Во-вторыхъ, это различіе важно еще и потому, что, какъ указываетъ уголовная статистика, изъ числа преступленій этого рода большая часть относится къ выкидышу, а потому его характеристическія особенности и отличія могутъ имѣть значеніе въ процесуальномъ отношеніи. Тардье свидѣтельствуетъ напр., что въ теченіе 26 лѣтъ, съ 1836—1862 г., въ парижскую Morgue (мѣсто, гдѣ выставляются найденные трупы) было предъявлено 1098 зародышей выкинутыхъ, и изъ нихъ 825, т. е. болѣе $^4/_5$ не имѣло пяти мѣсяцевъ [30]); та же пропорція существуетъ и для другихъ европейскихъ государствъ, гдѣ также maximum истребленія плода падаетъ на 3—5 мѣсяцы беременности. Судебная медицина указываетъ даже и весьма естественное объясненіе этого факта въ томъ, что до третьяго мѣсяца женщина рѣдко можетъ замѣтить и убѣдиться въ своей беременности, а послѣ пятаго мѣсяца беременность дѣлается большею частью замѣтна и для другихъ лицъ и, слѣдовательно, скрывать ее становится труднѣе, а открытіе беременности, въ свою очередь, уничтожаетъ одинъ изъ весьма сильныхъ поводовъ къ совершенію преступленія — чувство стыда.

243. Но каковъ бы ни былъ возрастъ и развитіе зародыша, *его существованіе составляетъ необходимое условіе преступленія, безъ котораго, само собою разумѣется, не только немыслимо совершеніе этого преступленія, но даже и покушеніе на него дѣлается фактомъ не наказуемымъ.* Попытка произвести истребленіе плода у женщины, не оказавшейся беремен-

[30]) В. с., стр. 14—20. У него же см. указанія на мнѣнія другихъ писателей —Шауенштейнъ полагаетъ maximum выкидыша на 3-мъ и 4-мъ мѣсяцѣ.—Лей, посвятившій спеціальныя изслѣдованія этому вопросу, считаетъ $24^0/_0$ на 5.мъ, $21^0/_0$ на 4-мъ, $14^0/_0$ на 6-мъ, $11^0/_0$ на 3-мъ, $5^1/_{20}$ на 7-мъ, $3^0/_0$ на 1-мъ, $1^1/_2$ на 9-мъ мѣсяцѣ беременности.—См Fabrice, в. с., стр. 212

ною, совершенно равносильна выстрѣлу въ пень, въ куклу, принятую за человѣка; оно должно быть разсматриваемо на общемъ основаніи ученія о покушеніи на негодный объектъ, т. е. признано ненаказуемымъ, такъ какъ въ данномъ случаѣ мы имѣли бы дѣло съ преступнымъ умысломъ, который не только не осуществился, но и не могъ осуществиться. Разумѣется, если при подобной попыткѣ было произведено поврежденіе здоровья или смерть самой мнимо-беременной или вообще какое либо преступное дѣйствіе, то мы можемъ разсматривать и преслѣдовать послѣднее, какъ самостоятельное преступленіе.

Большинство кодексовъ не содержатъ прямаго указанія для разрѣшенія этого вопроса, но отвѣтъ на него вытекаетъ изъ существа другихъ, ставимыхъ ими условій. Всѣ они, какъ напримѣръ прусскій, вюртембергскій, ново-баварскій кодексъ 1861 года, сѣверо-германскій, французскій и др. [31]), говорятъ о вытравленіи плода у *беременной* женщины, и французскій кассаціонный судъ въ своемъ рѣшеніи отъ 6 января 1859 г., разъясняя составъ 317 ст. кодекса, совершенно справедливо указалъ, «что присяжнымъ непремѣнно долженъ быть предложенъ вопросъ о беременности женщины, надъ которою было оперировано преступленіе, потому что это условіе есть составной элементъ преступнаго изгнанія плода. Въ случаѣ выполненія этого преступленія это условіе предполагается

[31]) Въ Англіи, по статуту Георга, если женщина не оказалась беременною въ то время, когда надъ нею были произведены какія либо абортивныя дѣйствія, виновный подвергался транспортаціи вмѣсто смертной казни. Но въ статутѣ Викторіи, преобразовавшемъ постановленія закона объ этомъ преступленіи, вовсе не упоминается о только что приведенномъ случаѣ. — См. Stephen, Handbuch des Englisches Strafrechts, перев. Mühry. 1843. стр. 233—237. Миттермайеръ, Gerichtssaal, стр. 37, приводитъ свидѣтельство Тэйлора, что нынѣ англійскій судья, въ своемъ заключительномъ словѣ, всегда предостерегаетъ присяжныхъ, чтобы они не объявляли подсудимаго виновнымъ, если не найдутъ доказаннымъ, что женщина была беременна. См. вообще объ этомъ вопросѣ у Девержи въ его курсѣ судебной медицины, т. I стр. 156.

само собою, но въ случаѣ покушенія оно должно быть непремѣнно констатировано». Тѣ же указанія даетъ и наше Уложеніе, постоянно говоря въ ст. 1461, 1462 объ изгнаніи плода у беременной женщины, и точно также какъ при дѣтоубійствѣ на обязанности судебнаго слѣдствія лежитъ разъясненіе вопроса о томъ, былъ ли младенецъ живъ во время посягательства матери на его существованіе, и я думаю, что *разрѣшеніе этого обстоятельства, какъ составляющаго существенное условіе даннаго преступленія, принадлежитъ присяжнымъ* и должно быть включено въ предлагаемый имъ вопросъ.

244. Но если мы признаемъ ненаказуемой попытку на истребленіе плода у женщины, оказавшейся не беременной, то на тѣхъ же основаніяхъ *должны мы распространить это начало и на тѣ случаи*, вполнѣ аналогичные предшествующимъ, *когда попытка была произведена надъ женщиною, имѣвшею мнимую беременность*, когда изгнанный предметъ былъ заносъ (Mohle). Большинство авторитетовъ акушерства, Сканцони, Шмидтъ, Зибольдъ [32]), признаютъ два вида заноса: ложный заносъ, возникающій безъ зачатія, иногда даже у дѣвушки, вслѣдствіе какихъ либо болѣзней матки (напр. фиброиды въ маткѣ), и дѣйствительный заносъ, результатъ дѣйствительнаго зачатія, оплодотворенное яйцо, выродившееся въ силу какихъ либо болѣзненныхъ процессовъ. Такъ какъ и тотъ и другой изъ этихъ заносовъ, оставаясь въ маткѣ, можетъ вызвать тѣже симптомы, какъ и дѣйствительная беременность, напр. увеличеніе объема матки, разстройство въ отправленіи другихъ органовъ, то, разумѣется, онъ можетъ весьма нерѣдко вызвать преступное желаніе избавиться отъ предполагаемой беременности, затѣмъ попытку осуществить это желаніе и иногда попытку удачную, т. е. сопровождавшуюся изгнаніемъ заноса. Но можно ли назвать подобную

[32]) См: Bemerkungen zu Kasper's Handbuch der Gerichtlichen Medizin in Gol. Archiv, V, стр. 634.

операцію преступнымъ изгнаніемъ плода? Если мы даже исключимъ изъ области даннаго вопроса изгнаніе заноса ложнаго, такъ какъ въ этомъ случаѣ очевидно, что женщина, надъ которой произведена была операція, не можетъ быть названа беременною (въ противномъ случаѣ мы пришли бы къ такому выводу, что беременною можетъ быть дѣвушка, никогда не имѣвшая совокупленія), если мы ограничимся только изгнаніемъ заноса дѣйствительнаго, то и здѣсь, по моему убѣжденію, долженъ быть данъ отрицательный отвѣтъ. Я не буду спорить о томъ, можно ли дать заносу названіе плода, какъ думаетъ Касперъ [33]), или онъ долженъ считаться только результатомъ оплодотворяющаго соитія, какъ утверждаютъ справедливо другіе; но я думаю, что ни въ какомъ случаѣ его уничтоженіе не можетъ называться умерщвленіемъ, и изгнаніе заноса разсматриваться, какъ изгнаніе плода. Истребленіе плода, какъ мы видѣли, есть одинъ изъ видовъ лишенія жизни, слѣдовательно, предполагаетъ органическое бытіе истребляемаго, а здѣсь дѣло идетъ о безформенной массѣ, не содержащей въ себѣ и зерна жизненнаго развитія, такъ какъ сама же судебная медицина указываетъ намъ, что какую бы форму дѣйствительнаго заноса мы не взяли: заносъ мясистый, пузырчатый и т. д., въ большей части случаевъ отъ зародыша не остается въ немъ никакого слѣда или остаются едва замѣтные зачатки. Этой исходной точки и держится большинство современныхъ криминалистовъ [34]), равно какъ и практика западныхъ государствъ, и

[33]) Касперъ въ своемъ Handbuch опредѣляетъ плодъ, какъ предметъ, который можетъ развиться изъ другаго организма и достигнуть самостоятельнаго существованія по законамъ органической природы; слѣдовательно, плодомъ будетъ всякій зародышъ, который при своемъ возникновеніи носилъ въ себѣ зачатки жизни, хотя бы впослѣдствіи эта жизнь была разрушена и зародышъ умеръ. Поэтому и заносъ есть плодъ—плодъ соитія.

[34]) Темме, в. с. стр. 541, категорически говоритъ, что если объектомъ былъ заносъ или если зародышъ во время преступныхъ дѣйствій былъ мертвъ, то мы не можемъ и говорить о покушеніи на его

любопытно, что наибольшее количество противниковъ этого взгляда встрѣчается не между юристами, а между медиками. Но разсмотрѣніе аргументовъ, приводимыхъ ими можетъ еще болѣе, какъ мнѣ кажется, подтвердить правильность сдѣланнаго выше вывода. Такъ Касперъ, а за нимъ Шауенштейнъ, Fabrice, опираются главнымъ образомъ на тотъ аргументъ, что такъ какъ въ первые мѣсяцы беременности распознать заносъ трудно, даже почти невозможно, то поэтому виновный не можетъ приводить въ свое оправданіе отсутствіе злаго умысла и дѣяніе его должно подлежать полной отвѣтственности. Но противъ этого и спора нѣтъ: очевидно, что и тотъ, кто принялъ отсутствіе мѣсячныхъ очищеній, полипы или опухоли (фибромы) матки, опухоли яичника и т. д. за дѣйствительную беременность, и пытался произвести истребленіе предполагаемаго плода, также вполнѣ выказалъ наличность злаго умысла, но фактъ этого рода остается не преступнымъ, потому что этотъ умыселъ не нашелъ и не могъ найдти надлежащаго осуществленія [35]), и аргументъ, приведенный выше, доказывая болѣе чѣмъ надо, теряетъ свою доказательность. Французскіе медики Тардье, Бріанъ, Шоде и др., опираются на самое опредѣленіе, даваемое ими avortement. Такъ какъ, говоритъ Тардье [36]), это преступленіе не есть foeticidium, а только *преждевременное* изгнаніе продукта зачатія, то для его состава совершенно безразлично, былъ ли живъ зародышъ или нѣтъ. Но несостоятельность и этого аргумента слишкомъ очевидна: если мы даже и согласимся съ его опредѣленіемъ даннаго преступленія, то и тогда нельзя подвести подъ него изгнаніе заноса, потому что оно не можетъ быть *преждевременно*; судебная медицина не даетъ и не можетъ дать нормальнаго срока выхода заноса изъ матки.

Такимъ образомъ, резюмируя все сказанное выше по данному вопросу, я прихожу къ тому выводу, что такъ какъ истребленіе плода есть одинъ изъ видовъ преступленія противъ жизни, то *общій родовой признакъ—жизненность объекта въ моментъ посягательства на него—долженъ существовать и въ данномъ случаѣ.*

Что поэтому, какъ скоро будетъ обнаружено, что преступная попытка была сдѣлана надъ женщиною мнимобеременною, или когда откроется, что изгнанный предметъ есть или вещество не органическое, или заносъ, то данное дѣйствіе не можетъ быть разсматриваемо какъ покушеніе на истребленіе плода.

При этомъ совершенно безразлично, исчезъ ли зародышъ безслѣдно и превратился въ безформенную массу заноса, если болѣзнь поразила его въ началѣ беременности, или онъ сохранился въ маткѣ, но подвергся изсушенію (мумификація), когда его смерть послѣдовала между вторымъ и пятымъ мѣсяцомъ, или, наконецъ, онъ подвергся размачиванію (мацерація), если смерть послѣдовала въ концѣ беременности.

Что касается до положительныхъ законодательствъ, то и по данному вопросу, какъ и относительно наличности беременности, въ нихъ нѣтъ никакихъ прямыхъ указаній; но какъ тамъ разрѣшеніе даетъ буквальный текстъ закона, такъ здѣсь—мѣсто, занимаемое преступленіемъ въ общей системѣ кодекса. Какъ скоро законъ ставитъ, какъ напр. наше Уложеніе, данное дѣяніе въ разрядъ преступленій противъ жизни, то онъ долженъ требовать и наличности основнаго условія этого преступленія—жизненности (vitalitas) объекта. Въ

истребленіе.—Тоже Бернеръ, русск. переводъ стр. 115.—Гельшнеръ, System 121. Меркель въ Rechtslexicon.

[35]) Или нужно было послѣдовательно распространить его на всѣ случаи. Но Шауенштейнъ, в. с. стр. 142, говоритъ: такъ какъ настоящій заносъ представляетъ несомнѣнный плодъ, т. е. продуктъ плодотворнаго совокупленія, то и умышленное удаленіе его изъ матки есть дѣйствительное изгнаніе плода и должно считаться такимъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ *не будетъ положительнымъ образомъ извѣстно, что находящійся въ маткѣ продуктъ есть не живой плодъ, а заносъ*, котораго слѣдуетъ удалить. Очевидно, что подобная система представляетъ полное противорѣчіе. — См. Fabrice, в. с. стр. 135.

[36]) В. с. стр. 9.

этомъ смыслѣ и разрѣшила его практика французская и большинство нѣмецкихъ государствъ [37]).

Но разумѣется, какъ и при всѣхъ другихъ преступленіяхъ противъ жизни [38]), это понятіе жизненности не должно быть смѣшиваемо съ жизнеспособностью (viabilitas), такъ что преступное истребленіе плода будетъ существовать и тогда, когда по анатомическому строенію зародыша или по какимъ либо патологическимъ явленіямъ, въ немъ замѣченнымъ, можно съ достовѣрностью предположить, что онъ окончилъ бы свое существованіе прежде эпохи естественныхъ родовъ, или когда анатомическое и патологическое состояніе матери устраняли возможность правильныхъ родовъ, — разумѣется предполагая въ послѣднемъ случаѣ, что истребленіе было сдѣлано съ преступною цѣлью.

245. Что касается до третьяго элемента преступленія — преступнаго дѣйствія, то очевидно, что *какъ многоразличны средства, при помощи которыхъ можетъ быть совершено лишеніе жизни вообще, также разнообразны могутъ быть средства, употребляемыя для произведенія истребленія плода или выкидыша.* Большинство положительныхъ законодательствъ отказывается отъ всякаго перечисленія этихъ средствъ и означаетъ ихъ общимъ образомъ, какъ дѣлаетъ это напр. наше Уложеніе, говоря: «какимъ бы то ни было средствомъ» [39]).

---

[37]) См. Oppenhof, в. с. § 181, пр. 1.—Темме, Glossen zum Srafgesetzbuch, 1852, ср. G. A. V, стр. 638. Гельшнеръ, в. с. т. II, стр. 121. Бернеръ, учебникъ, стр. 115, положительно говоритъ, что новѣйшіе кодексы требуютъ для состава преступленія живаго зародыша: зародыша, потому что противъ одного заноса преступленіе невозможно; живаго, потому что преступленіе противъ мертваго плода немыслимо.

[38]) См. глава I, № 15—18.

[39]) Французское право, art. 317, говоритъ слѣдующее: «Кто посредствомъ пищи, напитковъ, лекарствъ, насилій или инымъ какимъ либо образомъ», но изъ самой редакціи закона видно, что онъ дѣлаетъ эт оперечисленіе только въ видѣ примѣровъ. Тоже дѣлаетъ новобельгійское уложеніе § 348.

Въ силу этого, какъ и при убійствѣ, эти средства могутъ быть раздѣлены на двѣ группы: средства психическія и физическія. Что касается первыхъ, то очевидно, наприм., что сильный испугъ, вообще сильное нервное потрясеніе, весьма легко могутъ произвести выкидъ и какъ только мы будемъ въ состояніи доказать въ этихъ случаяхъ, что дѣйствительно эти именно средства произвели выкидъ, что они съ умысломъ были употреблены виновнымъ, то мы будемъ имѣть полный составъ преступленія, и виновный, какъ и принимаетъ большинство западныхъ кодексовъ [40]), долженъ подлежать отвѣтственности. Что касается средствъ физическихъ, то опять таки съ точки зрѣнія уголовнаго права совершенно безразлично, къ какому роду абортивныхъ средствъ принадлежитъ употребленное въ данномъ случаѣ, и уже дѣло судебнаго слѣдствія, а въ частности судебно-медицинской экспертизы дать указанія о томъ, имѣло ли это средство абортивный характеръ. Поэтому и самое описаніе этихъ средствъ, ихъ классификація, опредѣленіе ихъ значенія и т. п., входятъ въ область судебной медицины. Здѣсь я коснусь только общимъ образомъ этихъ группъ и по преимуществу остановлюсь на тѣхъ юридическихъ вопросахъ, которые они возбуждаютъ [41]).

Далеко не всегда, замѣчаетъ Тардье, женщина, замѣтившая въ себѣ беременность и рѣшившаяся покончить съ нею, прибѣгаетъ сразу къ крайнимъ оперативнымъ средствамъ; обыкновенно сначала употребляются, такъ сказать, второстепенныя средства, которыя считаются способными произвести выкидъ. Таковы именно всѣ средства, раздражающія и возбуждающія

---

[40]) См. для прусскаго права Оппенгофъ, в. с. § 181, пр. 8; для австрійскаго Herbst, Handbuch des österreichischen Strafrechts, 1865, стр. 312; для французскаго Blanche, Etudes pratiques sur le code pénal, 1861—68, т. IV стр. 701.

[41]) См. поэтому вопросу Тардье, в. с. стр. 26—52—Фабрице, в. с. 213—226.—Mittermaier, zu Feurbachs Lehrbuch, § 393, прим. I.

организмъ вообще и въ особенности половую систему, какъ-то: излишнее употребленіе спиртныхъ напитковъ, чрезъ мѣру частое совокупленіе, непосильная ходьба и работа, искуственныя паденія, побои, ванны, кровопусканія, приставленіе піявокъ къ половымъ органамъ и т. п. Правда, что судебно-медицинская практика указываетъ, что въ большей части случаевъ эти средства вовсе не даютъ ожидаемыхъ результатовъ и преступникъ бываетъ вынужденъ прибѣгнуть къ средствамъ высшаго порядка, болѣе гарантирующимъ успѣхъ; но несомнѣнно, что иногда, при удачномъ сгруппированіи обстоятельствъ, и эти средства сами по себѣ могутъ оказать надлежащее дѣйствіе. Само собою разумѣется, какъ скоро плодъ истребленъ, намѣреніе преступника осуществилось—данное дѣяніе будетъ представлять полный составъ преступленія, если только судебное слѣдствіе представитъ доказательства причинныхъ отношеній между дѣйствіями виновнаго и послѣдовавшими результатами, и наличности преступнаго умысла. Несравненно труднѣе становится обсужденіе даннаго вопроса въ томъ случаѣ, когда дѣяніе результатовъ не достигло, и дѣйствіе виновнаго носитъ характеръ покушенія. Это затрудненіе возникаетъ именно отъ трудности разграничить средства годныя отъ негодныхъ и въ особенности отъ такихъ, которыя, какъ говоритъ наше Уложеніе, могли быть употребляемы только по невѣжеству и суевѣрію [42]). Причемъ по нашему праву, по смыслу примѣчанія къ 115 ст. Уложенія, а въ частности по существу даннаго дѣянія, вопросъ о томъ, были ли данныя средства вполнѣ и *очевидно* недѣйствительны, такъ что могли быть употреблены лицомъ только по его крайнему невѣжеству и суевѣрію, составляетъ вопросъ фактическій и долженъ подлежать обсужденію присяжныхъ.

Впрочемъ, тотъ же вопросъ и возникаетъ при употребленіи второй группы веществъ, а именно такъ называемыхъ абортивныхъ средствъ, даваемыхъ и принимаемыхъ внутрь орга-

[42]) См. главу 1-ую № 115—116.

низма беременной женщины съ цѣлью произвести истребленіе зародыша.

Число такихъ веществъ, которымъ приписывается абортивное свойство въ народѣ, весьма велико, но въ большей части случаевъ, какъ указываетъ судебная медицина, эта репутація не соотвѣтствуетъ ихъ дѣйствительному значенію. Мало того, судебная медицина приняла еще болѣе важное начало, отказалась даже вовсе теперь отъ теоріи безусловно абортивныхъ средствъ, признавъ, что таковыхъ въ дѣйствительности не существуетъ, или что, по крайней мѣрѣ, мы не можемъ указать опредѣленныхъ размѣровъ, извѣстной дозы, при которой бы они безусловно пріобрѣтали это качество. Въ этомъ отношеніи есть большое сходство въ понятіи абортивныхъ веществъ и въ понятіи яда въ противоположность лекарству, какъ тутъ одно и тоже вещество, въ данномъ случаѣ употребляемое какъ лекарство, данное въ томъ же количествѣ, но при другихъ обстоятельствахъ, а главное другому индивидууму—можетъ обратиться въ ядъ, такъ и абортивное средство, какъ справедливо замѣчаетъ Фабриціе, у одной и той же беременной, но въ разное время и при различныхъ обстоятельствахъ, можетъ или пройти безслѣдно, или произвести выкидъ. Точно также далѣе отрицаетъ судебная медицина существованіе такихъ веществъ, которыя, будучи введены въ организмъ, могутъ дѣйствовать непосредственно на плодъ и выбросить его изъ утробы; но она признаетъ, что существуютъ нѣкоторыя вещества, которыя при извѣстныхъ обстоятельствахъ производятъ такое патологическое состояніе въ организмѣ матери, при которомъ уничтожается связь между ею и зародышемъ, и послѣдній выдѣляется изъ ея организма. Такими средствами могутъ быть напр. вещества слабительныя и даже мочегонныя, или напр. дѣйствующія спеціально на нервную систему, на половые органы, не говоря уже о ядовитыхъ веществахъ, разстраивающихъ организмъ беременной, и, такимъ образомъ, за смертью матери, влекущихъ и смерть зародыша. Обыкновенно абортивными средствами являются: казачій можжевельникъ (juniperus Sabina), въ особенности же извлекаемое изъ

него эфирное масло; рута (ruta graveolens), спорынья (secale cornutum) и др.; за ними, но ужъ съ несравненно меньшимъ успѣхомъ, слѣдуютъ листья тиса (taxus baccata), шафранъ (crocus sativa), развѣ только въ рѣдкихъ случаяхъ могущіе произвести истребленіе плода, а еще далѣе можетъ быть названа цѣлая масса лекарственныхъ растеній, какъ напр. морской лукъ, маточникъ, полынь, чернобыль и т. п., пользующихся въ народѣ репутаціею, хотя и незаслуженною, абортивныхъ средствъ.

Наконецъ, послѣднюю группу составляютъ механическія средства разныхъ видовъ и родовъ, къ которымъ всего чаще и успѣшнѣе прибѣгаютъ виновные. Всѣ эти средства сводятся къ одному общему типу—введенію въ матку беременной женщины какого либо посторонняго тѣла и разрушенію оболочекъ, окружающихъ плодъ, причемъ для подобнаго разрушенія оказываются равно пригодны, какъ самыя простѣйшія средства въ родѣ вязальныхъ иголъ, палочекъ отъ занавѣсей, кройльныхъ ножницъ, такъ и наиболѣе сложныя, даже спеціально назначаемыя для подобнаго употребленія, какъ эмбріосфактъ у римлянъ, введеніе маточнаго зонда, вспрыскиваніе въ матку при помощи маточнаго клистира и т. п., и чѣмъ съ большимъ знаніемъ дѣла и опытностью произведено истребленіе, тѣмъ вѣрнѣе успѣхъ, тѣмъ рѣже и слабѣе поврежденія беременной женщины и тѣмъ менѣе шансовъ раскрытія преступленія.

Но, разумѣется, какъ бы ни были разнообразны средства, употребляемыя для истребленія плода, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ это истребленіе дѣйствительно воспослѣдовало, на судѣ лежитъ обязанность представить доказательства, что эти послѣдствія были вызваны дѣйствіями виновнаго, или, другими словами, доказать наличность причинной связи. Разумѣется, для опредѣленія понятія причинной связи и здѣсь должны быть приняты тѣже основанія, какъ и при лишеніи жизни вообще, т. е. причинная связь должна быть признаваема существующею, какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда извѣстное средство непосредственно вызвало истребленіе плода или его выкидъ, напр. при поврежденіи оболочекъ (membranes) зародыша какими либо механическими средствами, такъ и тогда, когда дѣйствія виновнаго вызвали какія либо патологическія измѣненія въ организмѣ матери, а эти измѣненія были причиною истребленія зародыша или его выкида, когда, слѣдовательно, преступныя дѣйствія были *посредственною причиною* совершившагося факта истребленія [43]).

Приэтомъ, врачъ-экспертъ, при помощи показанія котораго можетъ опредѣлить судъ фактъ причинной связи, неминуемо долженъ имѣть въ виду всю ту массу естественныхъ причинъ, которыя, вызывая болѣзненныя состоянія въ организмѣ матери или зародыша, могутъ и помимо всякихъ преступныхъ воздѣйствій вызвать выкидъ или истребленіе плода. Эта масса многоразличныхъ причинъ и трудность возстановить причинное отношеніе между дѣйствіями виновнаго и происшедшимъ истребленіемъ, заставили многіе кодексы, вопреки общему правилу, допустить презумпцію причинной связи, опиравшуюся на извѣстное положеніе: post hoc—ergo propter hoc. Такимъ образомъ, напр. баварское Уложеніе 1813 г. опредѣляло въ 172 ст.: «если мать, разрѣшившаяся незрѣлымъ или мертвымъ дитятею, *предъ тѣмъ* злоумышленно *употребляла* внутреннія или внѣшнія *средства*, *которыя могли* произвести преждевременные роды или смерть младенца въ утробѣ, то она подлежитъ» и пр. Вюртембергскій кодексъ, ст. 253, повторяя это положеніе даже прибавляетъ: «если *съ достовѣрностью* будетъ доказано, что преждевременные роды или умерщвленіе плода произошли *не отъ этихъ средствъ*, то виновный подлежитъ отвѣтственности какъ за покушеніе». Тоже повторяетъ и баденскій кодексъ, ст. 251, хотя и не проводитъ послѣдовательно это начало [44]). Но во всякомъ случаѣ, ра-

---

[43]) См. главу 1-ую № 83 и сл.

[44]) См. Osenbrüggen, Abhandl. стр. 119. Вообще по вопросу о причинной связи.—Fridreich, Gerichtsärztliche Bemerkungen auf dem Gebiete des Criminalrechts N. Ar. d. cr. R. 1843 стр. 494.—Fabrice в. с., 199. Трудностью доказать причинную связь объясняется какъ малое число обвиненій, такъ и большой процентъ оправданій въ данномъ пре-

зумѣется, эта презумпція причинной связи въ свою очередь предполагаетъ наличность преступной воли, къ разбору которой мы и переходимъ.

246. Опредѣляя данное преступленіе, какъ одинъ изъ видовъ лишенія жизни, я указалъ, что умыселъ, которымъ опредѣляется его существо, заключается въ намѣреніи прекратить дальнѣйшее бытіе зародыша, что приэтомъ законъ безразлично относится къ тому, какую цѣль преслѣдовалъ виновный, какіе мотивы опредѣлили его дѣятельность, если только эта цѣль удовлетворяетъ одному условію именно—если она противозаконна.

Поэтому и при разборѣ вопроса объ умыслѣ мы должны сосредоточить наше вниманіе на двухъ пунктахъ: на вопросѣ о наказуемости неосторожнаго истребленія плода, и на вопросѣ объ отвѣтственности врача за произведенную имъ перфорацію.

Какъ я замѣтилъ выше, существованіе и развитіе зародыша зависитъ отъ такого множества условій, что прекращеніе его жизни безъ прямаго на то умысла есть явленіе слишкомъ обыкновенное: Мать, совершающая рядъ упущеній и погрѣшностей противъ правилъ діэтетики, необходимыхъ для беременной женщины, постороннее лицо, нанесшее побои беременной женщинѣ или вообще позволившее себѣ какія-либо неосторожныя дѣйствія надъ нею, наконецъ врачъ, не подвергшій паціентку внимательному осмотру и прописавшій сильно дѣйствующее лекарство и т. д.,—всѣ они легко могутъ произвести, хотя не желаемымъ, можетъ быть даже и непредвидѣннымъ образомъ, истребленіе младенца; но другой вопросъ: подлежатъ-ли отвѣтственности они за подобный фактъ и въ какой мѣрѣ?

Для наказуемости преступной неосторожности, какъ я не разъ указывалъ, необходима какъ съ теоретической точки

ступленіи.—См. John, Entwurf zu einem Strafgesetzbuche für den norddeutschen Bund. 1868, стр. 446.

зрѣнія, такъ спеціально и по нашему праву (по буквальному смыслу 110 ст.), наличность двухъ элементовъ, а именно, чтобы данное дѣяніе могло быть совершено неосторожнымъ образомъ, т. е. чтобы умыселъ не входилъ въ составъ преступленія, какъ существенно-необходимое его условіе, безъ котораго самое дѣйствіе становится безразличнымъ или дозволеннымъ (кража, мошенничество), и во-2-хъ, чтобы данное неосторожное дѣйствіе, сопровождающееся какими-либо вредными послѣдствіями, было бы спеціально запрещено законами подъ страхомъ наказанія.

Что касается до перваго условія, то, разумѣется, считая истребленіе плода видовымъ понятіемъ убійства, мы должны признать, что какъ послѣднее, такъ и первое могутъ быть совершены умышленнымъ и неосторожнымъ путемъ; мы должны признать, что если государство требуетъ осмотрительности и осторожности при совершеніи такихъ дѣйствій, отъ которыхъ можетъ возникнуть вредъ для другихъ лицъ, то это требованіе можетъ быть распространено и на тѣ случаи, когда опасность угрожаетъ существованію зародыша, особенно, если подобная опасность причинена лицомъ, которое по своему званію и положенію было обязано дѣйствовать съ особенною осмотрительностью. Такимъ образомъ и истребленіе плода, какъ и убійство, не только можетъ быть совершено по неосторожности, но государство даже имѣетъ полное основаніе подвергнуть эту неосторожность отвѣтственности. Тѣмъ не менѣе, неосторожное совершеніе подобнаго факта, какъ по западнымъ кодексамъ, такъ и по нашему Уложенію, остается, какъ мы увидимъ далѣе, не наказуемымъ. Причина этого заключается главнымъ образомъ въ томъ, что если и при умышленномъ совершеніи дѣяній этого рода, возстановить и доказать объективный составъ преступленія—причинную связь, есть дѣло весьма не легкое, то при преступной неосторожности къ этому присоединяется новое затрудненіе: необходимость доказать, что виновный зналъ или могъ знать самый фактъ беременности. Поэтому законодательства и признаютъ, что вредъ, который можетъ произойти отъ вчинанія обвине-

ній, оставшихся недоказанными, трата силъ и средствъ, которыя влечетъ всякое слѣдствіе, вовсе не пропорціональны тому прибытку, который получило бы общество отъ наказуемости неосторожнаго истребленія плода [45]).

Такими соображеніями, по крайней мѣрѣ, можетъ быть объясненъ отрицательный отвѣтъ, который даютъ на данный вопросъ практика и доктрина запада. Въ этомъ смыслѣ разрѣшаетъ напр. его французскій кассаціонный судъ, который даже положительно требуетъ постановки присяжнымъ вопроса о *намѣренномъ* причиненіи выкидыша и при отсутствіи этого вопроса считаетъ даже утвердительный отвѣтъ присяжныхъ о виновности лица неполнымъ [46]). Также смотритъ на это прусская практика, признавая, что истребленіе плода, какъ таковое, ни въ какомъ случаѣ не наказуемо и что оно можетъ быть подведено только подъ неосторожное поврежденіе родильницы. Юридическія основанія, на которыя опирается подобное толкованіе, были подробно изложены въ рѣшеніи берлинскаго оберъ-трибунала отъ 15 дек. 1854 [47]), гдѣ онъ призналъ, «что постановленія § 184, опредѣляющаго отвѣтственность за неосторожное лишеніе жизни, не относятся къ данному случаю; что хотя уложеніе и говоритъ объ истребленіи плода въ отдѣлѣ преступленій противъ жизни, но, тѣмъ не менѣе, жизнь плода и жизнь самостоятельнаго человѣка вполнѣ различны; что только убійство дитяти или взрослаго человѣка можетъ быть названо разрушеніемъ самостоятельной жизни и что поэтому неосторожное истребленіе плода въ законѣ не предвидѣно и виновный можетъ быть караемъ только

[45]) Skrzeczka въ Algem. Strafrechts-Zeitung v. Holtzendorf., 1866 стр. 256.

[46]) См. Hélie, Théorie du code pénal, 1862—63, т. IV № 1216. Прежде кассаціонный судъ былъ иного мнѣнія, но его рѣшеніе отъ 8 октября 1812 справедливо порицается французскими комментаторами. — См. Blanche, в. с. p. 702. Brillaud, в. с. p. 262.

[47]) См. Goltdammer Archiv des preuss. Strafrechts. т. III стр. 262; Cass. gegen Reusche.—См. также Oppenhof, в. с. прим. 2 къ § 182.—Гельшнеръ, в. с. стр. 121.

на основаніи § 187, т. е. какъ за умышленное или неосторожное поврежденіе родильницы» [48]).

247. Въ томъ же смыслѣ, какъ мнѣ кажется, долженъ быть разрѣшенъ этотъ вопросъ и по нашему праву. Законъ дѣйствительно предвидитъ возможность неосторожнаго истребленія плода и въ виду предупрежденія подобныхъ фактовъ содержитъ рядъ постановленій. Такимъ образомъ, напр. п. 2 ст. 959 Уст. Угол. Суд. (повторяющій и пополняющій ст. 539, 552 ч. 2 XV т. изд. 1857) предписываетъ останавливаться исполненіемъ наказанія надъ беременными женщинами до истеченія 40 дней послѣ родовъ, [49]) а по указу 23 августа 1840 даже было предписано, чтобы воизбѣжаніе ошибокъ и злоупотребленій свидѣтельствовать всѣхъ женщинъ, наказанію подлежащихъ, а въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ свидѣтельствомъ нельзя удостовѣриться въ небеременности, отбирать отъ нихъ показанія (тоже повторяютъ т. XIV Уст. о сод. подъ стр. ст. 105 и 385 Уст. о ссыльн.). Далѣе законъ положительно предписываетъ въ Уставѣ судебно-медицинскомъ производить надъ всѣми умершими беременными женщинами, такъ называемое цесарское сѣченіе, post mortem [50]), а статья 880 Уложенія прибавляетъ къ этому, что если будетъ доказано, что посредствомъ приличной операціи младенецъ могъ быть вынутъ жи-

[48]) Этого же взгляда держится большинство другихъ нѣмецкихъ кодексовъ. См. Миттермайеръ, zu Feuerbach § 393 пр. VI. Многіе изъ нихъ обращаютъ особое вниманіе только на тѣ случаи, когда выкидъ былъ результатомъ жестокаго обращенія съ беременной, видя въ этомъ причину усиленія отвѣтственности за *жестокое обращеніе*.—Вюртембергъ § 272, Баденъ § 230. Брауншвейгъ § 164.

[49]) Уже въ указѣ отъ 1 февраля 1718 (П. С. З. № 3154) было указано отложить смертную казнь до разрѣшенія отъ бремени. См. также ст. 15 ул. 1649.

[50]) При цесарскомъ сѣченіи, post mortem, необходимо имѣть въ виду, съ одной стороны, трудность констатировать фактъ смерти беременной, а съ другой—необходимость скорѣйшаго произведенія операціи. См. любопытныя указанія по этому вопросу у Brillaud, в. с. стр. 345.

вымъ, а бабка не приняла надлежащихъ для сего мѣръ, то она приговаривается къ заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 2—4 мѣсяцевъ. Очевидно, что во всѣхъ этихъ случаяхъ законодатель руководится однимъ стремленіемъ оградить существованіе зародыша отъ неосторожнаго его уничтоженія; но эта забота не разрѣшаетъ еще другаго, поставленнаго выше вопроса. Положимъ, что эти постановленія нарушены и результатомъ нарушенія было истребленіе младенца, или это истребленіе было произведено какимъ либо другимъ, явно неосторожнымъ дѣйствіемъ, — можемъ-ли мы тогда признать подобный фактъ за неосторожное убійство и подвергнуть отвѣтственности на основаніи 1468, 1466 и 1459 ст. Уложенія, такъ какъ особыхъ постановленій о неосторожномъ истребленіи плода въ раздѣлѣ объ убійствѣ не существуетъ?

Въ нашей старой практикѣ этотъ вопросъ былъ, кажется, рѣшаемъ утвердительно. По крайней мѣрѣ, въ сборникѣ рѣшеній правительствующаго сената мы находимъ по дѣлу Скибневскаго (№ 1222) слѣдующія указанія: Скибневскій былъ обвиненъ, между прочимъ въ чрезмѣрномъ наказаніи розгами крѣпостныхъ женщинъ, изъ которыхъ одна въ силу этого наказанія выкинула зародышъ на третьемъ мѣсяцѣ... Общее собраніе сената нашло: «что хотя по закону помѣщикамъ или управляющимъ дозволено подвергать крестьянъ легкому тѣлесному наказанію, но таковое дозволеніе не можетъ быть распространено на беременныхъ женщинъ, которыя, по силѣ ст. 539 2 ч. XV тома, изд. 1857 г., освобождены отъ тѣлесныхъ наказаній даже и по судебнымъ приговорамъ. Изъ сего оказывается, что Скибневскій, наказавъ беременную женщину, поступилъ въ нарушеніе упомянутыхъ узаконеній, постановленныхъ въ огражденіи личной безопасности и общественнаго порядка и послѣдствіемъ такого его дѣянія были преждевременные роды. По силѣ 1466 ст. (изд. 1866 г.) кто дозволитъ себѣ какое либо дѣйствіе, противное правиламъ, ограждающимъ личную безопасность и порядокъ, и послѣдствіемъ онаго, хотя и неожиданнымъ, причинится смерть, тотъ подвергается тюремному заключенію. Посему и Скибневскій долженъ бы былъ подлежать опредѣленному въ сихъ законахъ наказанію...» Но съ этимъ толкованіемъ сената нельзя согласиться. Во-1-хъ, хотя наше Уложеніе и ставитъ истребленіе плода въ разрядъ преступленій противъ жизни, но, тѣмъ не менѣе, создаетъ изъ него отдѣльный самостоятельный видъ и причина этого выдѣленія заключается именно въ особенномъ характерѣ объекта, на который направлено преступленіе, въ различіи, которое дѣлаетъ и наше Уложеніе, по примѣру западныхъ кодексовъ, между жизнью зародыша и жизнью дитяти или лица взрослаго. Поэтому, распространяя постановленія закона, относящіяся къ убійству вообще, на данный его видъ, судъ долженъ былъ указать и основанія для подобнаго распространенія, чего правительствующій сенатъ не сдѣлалъ. Во-2-хъ, если мы примемъ толкованіе сената, то мы придемъ къ выводамъ такого рода, что при *умышленномъ* истребленіи жизни зародыша законъ, хотя и считаетъ это дѣяніе убійствомъ, но подвергаетъ, однако, виновныхъ только каторжной работѣ отъ 4—6 лѣтъ или даже ссылкѣ на поселеніе, вмѣсто каторги отъ 10—12 или отъ 12—15, а если истребленіе произошло *по неосторожности*, то наказываетъ наравнѣ съ неосторожнымъ умерщвленіемъ взрослаго лица, а потому, проводя послѣдовательно это начало, мы должны признать напр. что истребленіе плода, хотя и безъ прямаго намѣренія, однако съ предвидѣніемъ послѣдствій (случай, предвидѣнный ст. 1458 и соотвѣтствующій теоретическому понятію о dolus eventualis и luxuria), влекло бы каторжную работу отъ 8—10 лѣтъ, слѣдовательно, наказывалось бы строже, чѣмъ истребленіе плода съ прямымъ умысломъ.

Эти, если можно выразиться, отрицательные доводы подкрѣпляются нѣкоторыми положительными указаніями закона. Такимъ образомъ, на основаніи ст. 1491, за нанесеніе беременной женщинѣ завѣдомо и съ умысломъ увѣчья, раны или важнаго въ здоровьѣ вреда, или же побоевъ, или истязаній, или иныхъ мученій, если послѣдствіемъ *сего будутъ преждевременные роды и смерть ея младенца*, хотя и будетъ дока-

зано, что онъ не имѣлъ прямаго намѣренія причинить сіе несчастіе, виновный приговаривается за сіе:

къ строжайшимъ изъ наказаній, опредѣленныхъ выше сего статьями 1477—1484 и 1486—1490, за умышленное нанесеніе увѣчья, ранъ, поврежденія здоровья или истязаній или мученій и побоевъ, и всегда въ высшей оныхъ мѣрѣ;

а не наказывается на основаніи 1459 за неосторожное убійство, что должно бы было быть, еслибы Уложеніе держалось взгляда, вызказаннаго сенатомъ.

Еще нагляднѣе подтверждается это мнѣніе постановленіями ст. 878 (Уставъ врачебный 174), по которой повивальная бабка, изобличенная въ произведеніи, хотя и безъ умысла, преждевременнаго отъ беременности разрѣшенія подвергается:

заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 2-хъ до 4-хъ мѣсяцевъ.

Статья эта, заключающая въ себѣ и случаи неосторожнаго истребленія плода, очевидно вполнѣ соотвѣтствуетъ постановленіямъ статей 1466 и 1468, а потому еслибы послѣднія обнимали собою и неосторожное истребленіе плода, то самое существованіе ст. 878 было бы безполезно; кромѣ того, назначая въ этомъ случаѣ наказаніе, равное наказанію статьи 1466 и высшей степени наказанія по ст. 1468, Уложеніе нарушило бы другое свое начало, по которому произведеніе истребленія плода медиками или повивальными бабками всегда служитъ обстоятельствомъ, усиливающимъ отвѣтственность. Такимъ образомъ, самое существованіе статьи и отнесеніе ея въ спеціальный отдѣлъ, трактующій о неисполненіи обязанностей врачами, акушерами, повивальными бабками, какъ бы указываетъ, что во всѣхъ остальныхъ случаяхъ виновный уголовной отвѣтственности не подлежитъ.

Такимъ образомъ, сводя все сказанное выше, я прихожу къ такому выводу:

что истребленіе плода по неосторожности, какъ таковое, не наказуемо;

что только въ тѣхъ случаяхъ, когда неосторожное истребленіе было результатомъ умышленнаго посягательства на

здоровье самой беременной, оно служитъ, на основаніи 1491 ст., обстоятельствомъ, усиливающимъ виновность;

что, наконецъ, въ видѣ исключенія, отвѣтственность за неосторожное истребленіе плода существуетъ только для повивальной бабки.

Само собою разумѣется при этомъ, что если подобная неосторожность сопровождалась или была послѣдствіемъ умышленнаго или неосторожнаго посягательства на самою беременную женщину, то виновный подвергается отвѣтственности за эти преступленія.

248. Другой вопросъ, какъ я уже замѣтилъ, на который слѣдуетъ обратить вниманіе, состоитъ въ опредѣленіи отвѣтственности врача за произведенное имъ истребленіе плода, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ этого требовала акушерская наука. Такъ какъ хотя, по справедливому замѣчанію Озенбрюггена [51]), на 100 случаевъ акушерскаго истребленія плода 99 остаются внѣ всякаго судебнаго преслѣдованія, но, тѣмъ не менѣе, случаи этого рода могутъ встрѣтиться въ судебной практикѣ, а неопредѣлительность законодательныхъ постановленій, а отчасти и теорій по этому предмету, дѣлаютъ необходимымъ обстоятельной разборъ его.

Медицина представляетъ намъ цѣлый рядъ примѣровъ, въ которыхъ или неправильное строеніе матки, узкость ро-

---

[51]) Casuistik des Criminalrechts 1860. Vorrede p. VI, у него же въ примѣчаніи къ случаю 10-му смотри указанія на литературу даннаго вопроса. Старѣйшими сочиненіями по этому предмету считаются диссертаціи Camerarius'a (1679) и Slevogt (1710). См. также Mittermaier, Ueber die Gränzen und Bedingungen der Straflosigkeit der Perforation. N. A. d. Cr. B. VIII (1825) стр. 596—609. Schaffrath, De jure vitae et necis quod competere dicunt medico 1840.—Düntzer, Die Competenz des Geburtshelfehrs über Leben und Tod, послѣдній допускаетъ истребленіе плода, когда ребенокъ былъ уже мертвъ, а въ противномъ случаѣ разсматриваетъ дѣйствія врача какъ убійство.—Этому же вопросу посвящена главнымъ образомъ вышеуказанная монографія Brilland. См. также въ Архивѣ Судебной медицины за 1869 № 2 Зейдлера: разборъ показаній къ искусственному законному выкидышу (?).

дильныхъ путей и таза или разнаго рода болѣзни, поразившія беременную, какъ напр. апоплексія матки или брюшной полости или холера и т. д. [52]) дѣлаютъ невозможнымъ не только своевременные роды, но иногда даже и произведенія выкидыша въ тотъ періодъ, когда младенецъ получилъ уже возможность самостоятельнаго внѣматочнаго существованія, угрожая въ противномъ случаѣ смертью, какъ самой беременной, такъ и зародышу.

Исходъ изъ подобнаго положенія можетъ быть двоякій: или врачъ можетъ допустить дальнѣйшее развитіе зародыша и по достиженіи имъ эпохи надлежащей зрѣлости вынуть его изъ утробы при помощи цесарскаго сѣченія, или же произвести искусственно преждевременные роды, если это еще возможно, или же, наконецъ, истребить младенца въ утробѣ и вынуть его по частямъ (perforatio въ тѣсномъ смыслѣ).

Давно уже сдѣлалась извѣстною операція перваго рода—цесарское сѣченіе, преданіе указываетъ еще въ исторіи Рима на цѣлый рядъ именъ, получившихъ существованіе подобнымъ образомъ, каковы напр. были, по разсказамъ Плинія, Сципіонъ африканскій, первый Цесарь (отъ него получила названіе и самая операція), Манлій карфагенскій, и т. д.; объ этой операціи говоритъ и римское право. Но во всѣхъ этихъ случаяхъ существовало одно ограниченіе—эта операція могла быть допустима только по смерти самой матери. Точно также и въ средніе вѣка цесарское сѣченіе считалось безусловно смертельнымъ для матери, а потому не допускалось надъ живыми субъектами. Только съ XVI вѣка начинаютъ появляться отдѣльные случаи примѣненія его и во время жизни матери, но въ громадномъ большинствѣ случаевъ безъ всякаго успѣха [53]). Тѣ же результаты дали

[52]) См. Tardieu, в. с. стр. 160.

[53]) См. Brillaud. стр. 17. У него же любопытныя свѣдѣнія объ исторіи этого вопроса въ XVI, XVII и XVIII столѣтіяхъ. Въ XVIII столѣтіи докторъ Lacombe, сдѣлавшійся основателемъ цѣлой школы (l'école anti cesarienne), написалъ даже поэму, la Incisiade, имѣвшую

опыты позднѣйшихъ столѣтій, точно также и нынѣ судебно медицинская статистика указываетъ, что, несмотря на всѣ успѣхи акушерства, несмотря на всю осторожность, съ которой приступаютъ къ подобнаго рода операціямъ, около 75% оканчиваются смертью матери, что почти также гибельны ея результаты и для малютки. По свидѣтельству Ланге [54]) на 141 операцію—124 младенца были вынуты мертвыми, 11 умерло тотчасъ послѣ операціи, 3 спустя нѣсколько времени и только трое остались въ живыхъ. Причина этой неудачи заключается въ томъ, что только при самыхъ рѣдкихъ счастливыхъ случаяхъ можетъ встрѣтиться наличность тѣхъ условій, которыя считаютъ существенно необходимыми для удачнаго исхода операціи даже наиболѣе рьяные ея защитники [55]). Эти-то печальные результаты и были причиною, что и нынѣ лучшіе авторитеты акушерства допускаютъ цесарское сѣченіе только post mortem, а кромѣ того развѣ въ исключительныхъ случаяхъ, когда никакая уже операція не можетъ спасти родильницу и плодъ живыми.

Мѣсто цесарскаго сѣченія, въ случаяхъ, нами разсматриваемыхъ, заняло произведеніе искусственныхъ родовъ или перфорированіе зародыша.

Давно уже акушерская практика ввела въ употребленіе по-

нѣсколько изданій, въ которой подробно диспутировался этотъ вопросъ.

[54]) Въ Caspers Wochenschrift 1847.—См. у Fabrice, стр. 236, подробное перечисленіе случаевъ, сдѣланное Сканцони, въ которыхъ цесарское сѣченіе невозможно.—См. Pihan Dufeuillay, Etudes sur le statistique de l'operation césarienne 1861. См. перечисленіе доводовъ за и противъ кесарскаго сѣченія, равно какъ и перечень его защитниковъ и противниковъ у Зейдлера, в. с., стр. 16. Выводы другихъ лицъ, кромѣ Ланге, относительно смертности дѣтей, вынутыхъ при помощи кесарскаго сѣченія, нѣсколько болѣе благопріятны.

[55]) Какъ напр. д-ръ Rouxeau см. Brillaud, в. с. стр. 64. Онъ считаетъ необходимымъ полное нравственное спокойствіе родильницы, обладаніе надлежащимъ физическимъ здоровьемъ и цѣлый рядъ условій относительно самаго времени произведенія сѣченія.

добные искуственные роды или даже истребленіе младенца, какъ на западѣ, такъ и у насъ, но только въ послѣднее время, мало по малу признается оффиціально эта операція правомъ акушера, и это признаніе утвердилось или путемъ закона или путемъ судебной практики. Еще въ 1827 г. парижская медицинская академія отвѣтила отрицательно на предложеніе Costa о признаніи искуственнаго произведенія преждевременныхъ родовъ (accouchement prématuré, т. е. когда младенецъ былъ уже способенъ существовать внѣ утробы) дозволенною хирургическою операціею, несмотря даже на то, что подобная операція была уже въ полномъ ходу въ Германіи, Голландіи, Италіи и что даже въ самой Франціи, она употреблялась, по крайней мѣрѣ, лучшими акушерами. Только въ 1852 г., когда по предложенію Caseaux въ ней снова былъ возбужденъ этотъ вопросъ, она вотировала его въ противоположномъ смыслѣ, т. е. признала за медикомъ право не только на произведеніе родовъ преждевременныхъ, но и вообще на истребленіе плода при невозможности родовъ [56]). Но даже и послѣ того, въ 1854 г., Letenneur [57]) поднялъ вопросъ о томъ, что это признаніе академіи должно быть принимаемо въ ограниченномъ смыслѣ, а именно, что право истребленія плода медикомъ можетъ относиться только къ плоду, прижитому въ законномъ бракѣ, и не можетъ распространяться на результатъ преступной связи, въ особенности же на дѣтей, прижитыхъ женщинами проституированными. «Въ силу подобной доктрины, какъ справедливо замѣчаетъ Brillaud, медикъ, призванный къ постели больной, долженъ бы былъ сначала опредѣлить степень добродѣтели паціентки и затѣмъ дѣйствовать тѣмъ или другимъ способомъ, смотря потому, признаетъ-ли онъ ее падшею женщиною или нѣтъ. Тогда пришлось бы основать двѣ медицины: одну—для честныхъ людей, а другую — для тѣхъ, которые потеряли общественное уваженіе». Любопытно, что во всѣхъ этихъ спорахъ,

[56]) См. Brillaud, в. с. вся первая глава.

[57]) См. Brillaud, в. с. стр. 107.

даже и среди медицинской академіи, главными мотивами противниковъ этой операціи были религіозныя соображенія. Краеугольнымъ камнемъ, на который опиралось это мнѣніе, служила та идея, что, умерщвляя младенца въ утробѣ, мы лишаемъ его благодати крещенія и такимъ образомъ совершаемъ не только физическое, но и духовное убійство, несравненно болѣе тяжкое, нежели убійство матери; а потому мать, умирающая подъ ножомъ хирурга, во всякомъ случаѣ должна находить утѣшеніе въ томъ, что, жертвуя собою, она содѣйствуетъ тѣмъ духовному возрожденію дитяти [58]). Разумѣется, и со стороны защитниковъ этого права приходилось стать на ту же почву и вся борьба принимала видъ теологическаго диспута; въ твореніяхъ отцовъ церкви находили они цѣлый рядъ доказательствъ pro и contra и напр. защитники этого права врача опирались на точно опредѣленное положеніе св. Фомы Аквинскаго.

non debet homo occidere matrem, ut baptizet puerum.

Но, само собою разумѣется, что эта точка зрѣнія лежитъ внѣ моей задачи; для насъ это вопросъ юридическій, прежде всего, и только съ этой стороны я и буду разбирать его далѣе [59]).

[58]) Парижскій богословскій факультетъ далъ даже заключеніе такого рода, что священникъ, дающій разрѣшеніе или совѣтъ вытравить плодъ, какъ средство спасти жизнь матери, совершаетъ большой грѣхъ и подлежитъ церковному наказанію (irregularité). Болѣе подробныя доказательства за и противъ этой операціи, съ богословской точки зрѣнія, можно найдти у Brillaud, который посвятилъ этому 2-ю часть своего труда.

[59]) Нельзя не замѣтить, что и у насъ въ 1860 г. докторъ Разсказовъ, защищавшій въ казанскомъ университетѣ дисертацію на степень доктора, поставилъ тезисомъ: «что акушеръ, при невозможности родоразрѣшенія естественнымъ путемъ, не имѣетъ права жертвовать жизнью плода для спасенія матери», и что этотъ тезисъ возбудилъ продолжительный споръ на диспутѣ между представителями юридическаго и медицинскаго факультетовъ. См. Мулловъ, вопросъ изъ судебно-медицинской практики. Журн. Мин. Юст. 1861. Также отрицаетъ право врача пр. Флоринскій: въ статьѣ о «такъ называемомъ искуст-

249. Приэтомъ, говоря о правѣ врача на подобную операцію, мы должны раздѣлить данный вопросъ на нѣсколько отдѣловъ.

Если врачъ видитъ, что, по устройству родильныхъ органовъ, или по какой либо иной причинѣ, родоразрѣшеніе при полной зрѣлости и нормальной величинѣ младенца не можетъ произойти, т. е. должно повлечь за собою и смерть младенца и самой беременной, а между тѣмъ зародышъ достигъ уже такого развитія, что для него возможно и внѣутробное существованіе, то само собою разумѣется, что вмѣсто пожертвованія двумя жизнями или, по крайней мѣрѣ, одною—матери, врачъ не только можетъ, но даже и долженъ произвести искуственно преждевременные роды и спасти жизнь обоихъ. Очевидно, дѣяніе его не представляетъ и не можетъ представлять ничего противозаконнаго, такъ какъ въ данномъ случаѣ—есть спасеніе двухъ жизней, вмѣсто утраты ихъ.

Но мы можемъ идти и далѣе, если мы возьмемъ случай другаго рода, когда узкость родовыхъ путей такъ велика, что ребенокъ не можетъ выйти изъ утробы, даже и полузрѣлымъ, или, если акушеръ призванъ слишкомъ поздно, когда младенецъ уже созрѣлъ настолько, что не можетъ быть извлеченъ изъ утробы безъ поврежденія, то и здѣсь права и обязанности врача не измѣняются.

Во-1-хъ, сама беременная женщина, жизни которой угрожаетъ въ данномъ случаѣ опасность, можетъ не только просить, но даже и требовать отъ государства произведенія перфораціи, т. е. истребленія плода, ради спасенія собственной жизни. Приэтомъ вовсе нѣтъ необходимости прибѣгать къ помощи какихъ либо фикцій, мнимыхъ договоровъ, которые, будто бы, заключаетъ каждая женщина съ государствомъ при вступленіи въ бракъ, какъ это дѣлаетъ напр. Ianulli [60]), такъ какъ это право опредѣляется общими началами уголовнаго права. Если мы даже представимъ себѣ зародышъ, какъ существо равноправное съ лицами, живущими самостоятельною жизнью, то и тогда мы найдемъ здѣсь одинъ изъ видовъ коллизіи правъ, равныхъ качественно и количественно, и въ которыхъ вторженіе одного лица въ сферу правъ другаго, хотя и ни въ чемъ неповиннаго, считается не преступнымъ. Мы найдемъ здѣсь одинъ изъ случаевъ примѣненія ученіе о крайней необходимости, вполнѣ подходящій подъ тѣ начала, на основаніи которыхъ напр. при кораблекрушеніи лицо, спасающееся на какомъ либо обломкѣ, можетъ безнаказанно столкнуть съ него своего сотоварища по несчастію, если только это было необходимо для спасенія жизни перваго. По справедливому замѣчанію Миттермайера, противъ таковаго требованія матери не можетъ возражать врачъ, изъ какихъ бы теологическихъ соображеній онъ не выходилъ, или хотя бы онъ даже считалъ возможнымъ произведеніе цесарскаго сѣченія. Точно также не можетъ оспоривать это требованіе ни мужъ, ни родные беременной, хотя бы они желали и въ ихъ интересѣ было бы сохранить жизнь не матери, а младенца, такъ какъ въ противномъ случаѣ пришлось бы признать за ними право

венномъ законномъ выкидышѣ». Проток. общ. русск. врачей въ Петерб. за 1863—64 г. Но онъ разсматриваетъ вопросъ почти исключительно съ медицинской точки зрѣнія, т. е. доказываетъ, что нѣтъ такихъ положеній въ акушерской практикѣ, при которыхъ бы перфорація могла разсматриваться, какъ необходимое хирургическое средство, съ этой стороны ему можно противопоставить мнѣнія европейскихъ авторитетовъ, какъ Сканцони, Зибольдъ. См. Зейдлеръ, в. с., но эта сторона вопроса лежитъ внѣ моей компетентности и внѣ цѣли моего изслѣдованія, повторяю, что я отношусь къ вопросу исключительно какъ юристъ.

[60]) Ueber Kaiserschnitt und Perforation in gerichtlich medicinische Beziehung, 1834. Онъ дѣлаетъ такого рода построеніе, что женщина, допуская совершить надъ нею актъ оплодотворенія, какъ бы заключаетъ съ государствомъ договоръ, по которому она обязуется государству поставлять гражданъ, даже съ опасностью собственной жизни, но съ однимъ ограниченіемъ—на сколько эта опасность не отвратима.—Ср. Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1861—2 т. II стр. 223.—Подробно разработанъ этотъ вопросъ у Naegele, De jure vitae ac necis, quod medico competit in partu 1827. Подробныя извлеченія изъ его труда сдѣланы у Brillaud, в. с. стр. 33. См. Abegg, Revision der Lehre über straflose Tödungen стр. 117.

жизни и смерти надъ беременною. Мало того, даже самое молчаніе закона не можетъ служить оправданіемъ бездѣйствія врача, такъ какъ здѣсь примѣняется, говоря словами Цицерона:

«Lex non scripta, sed nata, lex quam non didicimus, accepimus, legimus, sed ex natura ipsa arripuimus».

Но, строго говоря, въ данномъ случаѣ нельзя признать даже и полнаго равенства сталкивающихся правъ въ виду огромнаго количества шансовъ на смерть, которые существуютъ даже для новорожденнаго ребенка, не только для зародыша, сравнительно съ жизнью взрослаго человѣка, почему, какъ замѣчаетъ Кестлинъ, жизнь перваго можетъ быть названа только жизнью возможною, а втораго — дѣйствительною [61]); въ виду, наконецъ, того, что нельзя сопоставить жизнь зародыша, не имѣющаго еще никакой связи съ внѣшнимъ міромъ, и жизнь взрослой женщины, члена семьи, сохраненія существованія которой требуютъ тысячи общественныхъ связей. Поэтому мы можемъ примѣнить въ данномъ случаѣ не только ученіе о крайней необходимости въ тѣсномъ смыслѣ, Nothstand, но и выдѣляемое изъ него ученіе о правѣ нужды, Nothrecht, провести параллель между случаемъ нами разсматриваемымъ, и кражею или насильственнымъ от-

[61]) Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, стр. 602. Martin въ своемъ Lehrbuch des Criminalrechts, § 115, одинъ изъ первыхъ подвелъ это ученіе подъ понятіе крайней необходимости. Его ученіе было разобрано подробно Вехтерокъ въ его Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1826 § 120. Самъ Вехтеръ разсматриваетъ зародышъ какъ pars ventris и истребленіе его въ подобныхъ случаяхъ сравниваетъ съ ампутаціею больной руки. Пр. Флоринскій говоритъ: что для общества имѣетъ мало цѣны такой уродъ, какъ рахетическая женщина, такъ какъ она не имѣетъ возможности выполнять своего перваго назначенія, но очевидно, что эти соображенія, напоминающія воззрѣнія спартанцевъ, юридической силы не имѣютъ и кромѣ того онъ забываетъ, что не одно только рахетическое сложеніе можетъ вынудить перфорацію и что rachitis (англійская болѣзнь) можетъ быть передаваема и ребенку, спасенію существованія котораго онъ придаетъ такое значеніе.

нятіемъ лицомъ, умирающимъ съ голода, чего либо необходимаго для спасенія жизни. Но какъ скоро признаемъ мы подобное, безусловное, неоспоримое право за матерью требовать произведенія перфораціи, то мы должны признать неоспоримымъ и право врача оказать ей надлежащее содѣйствіе въ подобномъ случаѣ; оно вытекаетъ изъ права всякаго лица оказать помощь кому либо, находящемуся въ состояніи крайней необходимости. Какъ безнаказанно будетъ дѣйствіе лица, помогшаго отразить нападеніе бѣшенаго, умалишеннаго, такъ же безотвѣтственно и истребленіе плода, произведенное врачемъ по требованію матери. Въ противномъ случаѣ самое признаніе за ней права нужды, было бы злою насмѣшкою закона.

Но, разумѣется, тотъ же выводъ и на томъ же основаніи долженъ быть допущенъ и тогда, когда мать, въ силу своего ненормальнаго душевнаго и физическаго состоянія, не дѣлаетъ или даже не можетъ сдѣлать никакого выбора. Мало того, я даже думаю, что къ этому выводу нужно придти и въ самомъ спорномъ изъ всѣхъ, относящихся сюда случаевъ, когда мать не только не требуетъ, но даже и не даетъ согласія на произведеніе преждевременныхъ родовъ или на истребленіе младенца.

Жизнь, дѣйствительно, представляетъ намъ нерѣдко любопытныя съ психологической стороны явленія. Мать обрекаетъ себя на вѣрную смерть, не позволяя сдѣлать операціи, губительной для ея младенца; и вникая въ подобные факты, мы найдемъ достаточное объясненіе имъ въ томъ чувствѣ всемогущей материнской любви къ своему будущему ребенку, котораго она, можетъ быть, такъ долго лелѣяла въ своихъ мечтахъ, о чьей участи она строила столько разнообразныхъ плановъ, — въ чувствѣ, подкрѣпляемомъ нерѣдко незнаніемъ законовъ анатоміи и физіологіи, и образовавшемся, въ силу этого, предположеніи, что, вѣроятно, опасенія медика преувеличены и что, можетъ быть, въ данномъ случаѣ все кончится благополучно.

Но можетъ-ли врачъ, не имѣющій ни возможности, ни

права сомнѣваться въ гибельномъ результатѣ, какъ для матери, *такъ и для младенца*, родоразрѣшенія естественнымъ путемъ, допустить подобное самоотверженіе и оправдать этимъ свою недѣятельность? Я думаю, что нѣтъ. Не говоря уже о томъ, что женщина, какъ и всякое лицо, не вполнѣ принадлежитъ себѣ, что сохраненіе ея жизни можетъ имѣть драгоцѣнный интересъ для окружающихъ лицъ, но даже и помимо этихъ соображеній врачъ обязанъ подать ей помощь, спасти ея жизнь, вопреки ея волѣ, на томъ же основаніи, на какомъ государство обязываетъ его оказать помощь лицу, покушающемуся на собственную жизнь. Мало того, основанія для этой обязанности существуютъ даже и въ тѣхъ законодательствахъ, которыя, не признавая самоубійства преступленіемъ, освобождаютъ отъ отвѣтственности и пособниковъ, такъ какъ и они привлекаютъ къ суду лицъ, бывшихъ орудіями преступленія, прекратившихъ жизнь другаго, хотя бы и по его просьбѣ. А въ данномъ случаѣ врачъ именно является подобнымъ орудіемъ, такъ какъ лишеніе жизни можетъ быть совершено не только положительнымъ способомъ—содѣяніемъ, но и отрицательнымъ — бездѣйствіемъ. И развѣ только въ томъ случаѣ можетъ быть обязательна для врача воля беременной, когда, по обстоятельствамъ дѣла, онъ можетъ, хотя съ нѣкоторою вѣроятностью, предположить успѣхъ цесарскаго сѣченія [62]). Поэтому-то мнѣ кажется нельзя не согласиться съ тѣмъ выводомъ, который дѣлаетъ Brillaud изъ своего спеціальнаго изслѣдованія этого вопроса, а именно, что *истребленіе плода акушеромъ составляетъ нынѣ операцію*

[62]) Миттермайеръ, Ueber die Gränzen et. стр. 602, отрицаетъ право врача совершить перфорацію безъ согласія матери, точно также и Гейбъ. Lehrbuch II 225, признаетъ безусловную волю матери выбирать между своею жизнью и жизнью зародыша; но они забываютъ, что въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ по соображеніямъ врача цесарское сѣченіе невозможно или весьма сомнительно, исполненіе воли матери даетъ только двѣ жертвы вмѣсто одной. См. у Зейдлера стр. 26, перечисленіе всѣхъ болѣзней беременной женщины, при которомъ должна быть допущена перфорація.

вполнѣ дозволенную и что поэтому врачъ-акушеръ, по тщательномъ разсмотрѣніи обстоятельствъ даннаго дѣла, по надлежащемъ, по возможности, совѣщаніи съ другими врачами, можетъ (и, какъ я думаю, даже долженъ) прибѣгнуть къ этому единственному средству спасти жизнь матери.

250. Таково рѣшеніе даннаго вопроса съ научной точки зрѣнія; какъ я уже замѣтилъ, также рѣшаетъ его и судебная практика западныхъ государствъ въ тѣхъ немногихъ случаяхъ, гдѣ дѣла этого рода восходятъ на судебное разсмотрѣніе, хотя нельзя не прибавить, что большинство нынѣ дѣйствующихъ кодексовъ, какъ напр. прусскій, австрійскій, вюртембергскій и французскій, по неопредѣленности своихъ постановленій, даютъ полную возможность подвести подъ общее понятіе истребленія плода и случаи, нами разсматриваемые [63]). Съ этой стороны несравненно точнѣе выражался старо-баварскій кодексъ 1813 г., или баденскій, требующій наличности rechtswidriges Absicht.

Также далеко не вполнѣ опредѣленны постановленія и нашего права. Статья 1462, ставя только условіемъ, чтобы истребленіе плода было произведено умышленно, т. е. по общей системѣ Уложенія, съ предвидѣніемъ послѣдствій и съ желаніемъ ихъ, даетъ возможность подвести подъ это понятіе и разсмотрѣнныя выше дѣйствія врача, такъ какъ въ нихъ, очевидно, существуетъ полная наличность этихъ двухъ элементовъ. Далѣе, т. XIII въ ст. 184 опредѣляетъ общимъ образомъ, «что повивальная бабка не должна употреблять никакихъ средствъ для произведенія преждевременнаго отъ беременности разрѣшенія, но должна при выкидѣ и преждевременныхъ родахъ подавать возможное пособіе. Въ случаѣ же если кто либо будетъ просить ее о произведеніи прежде-

[63]) См. Osenbrüggen Abhandlungen 117.—Особенно неудачна редакція австрійскаго кодекса: «aus was immer für einer Absicht». Но за то это признаетъ австрійская практика. См. Herbst zu § 147 пр. 4; онъ даже считаетъ перфорацію обязанностью врача и тогда, когда онъ дѣйствуетъ противъ воли и согласія матери.

временнаго отъ беременности разрѣшенія, она должна немедленно доносить о томъ надлежащему начальству» [64]), и этою общностью выраженій, какъ бы указываетъ на воспрещеніе закономъ операцій этого рода. Но, тѣмъ не менѣе, наша практика давно и постоянно приходила къ тому же разрѣшенію, какъ и практика нѣмецкая, и, какъ я постараюсь доказать, вполнѣ основательно.

Если мы только примемъ, что съ медицинской точки зрѣнія произведеніе операціи въ случаяхъ этого рода составляетъ прямую обязанность врача, то, разумѣется, нельзя не согласиться съ тѣмъ, что хотя Уложеніе и ни слова не говоритъ о подобныхъ фактахъ, но, тѣмъ не менѣе, здѣсь должны быть примѣнены общія начала, проводимыя имъ относительно вліянія на отвѣтственность лица исполненія закона или обязанностей своего званія, если только обвиняемый не приступилъ предѣлы предоставленной ему власти. Законъ, напр., перечисляя въ ст. 1471 тѣ случаи, когда убійство не вмѣняется въ вину, вовсе не упоминаетъ о тѣхъ случахъ, когда лишеніе жизни произведено палачемъ, исполнявшимъ повелѣніе закона, говоря о наказуемости ранъ, увѣчья и т. п., не упоминаетъ, какъ объ исключеніи изъ общаго правила, напр. объ ампутаціи руки или ноги, или о какихъ либо иныхъ операціяхъ, дѣлаемыхъ врачемъ для излеченія болѣзни; говоря объ обидѣ и клеветѣ, умалчиваетъ напр. о докладѣ членомъ суда какого либо дѣла, въ которомъ приходится помѣстить выраженія, оскорбительныя для кого либо и т. д. Очевидно, что во всѣхъ этихъ случаяхъ это неупоминаніе закона не даетъ права подвести ихъ подъ общія правила и признать преступленіемъ, а напротивъ того, совершившіе подобныя дѣйствія не подлежатъ отвѣтственности, потому что они выполняли свои обязанности и не выходятъ изъ предѣловъ ихъ власти. Случай, разсматриваемый нами теперь, очевидно вполнѣ аналогиченъ съ только что указанными и долженъ быть разрѣшенъ на томъ же основаніи. Что касается до указаній т. XIII, то и они не противорѣчатъ толкованію, мною даваемому, такъ какъ ст. 184 имѣетъ чисто спеціальное значеніе по отношенію къ повивальной бабкѣ, не довѣряя ея назначеніямъ и опытности и требуя отъ нея, чтобы во всѣхъ затруднительныхъ случаяхъ она призывала на совѣтъ врача-спеціалиста, законъ неминуемо долженъ былъ постановить ст. 184, которая подвергаетъ *ее* отвѣтственности за самовольное произведеніе искуственнаго родоразрѣшенія [65]).

Такимъ образомъ и по нашему праву законъ, ставя необходимымъ условіемъ даннаго преступленія наличность умысла, предполагаетъ его противозаконность или злонамѣренность, но затѣмъ, разумѣется, самый характеръ умысла можетъ быть весьма различенъ. Подобный умыселъ можетъ быть и строго опредѣленный и условный, исключительный или совмѣстный съ намѣреніемъ повредить здоровью или даже лишить жизни беременную женщину, можетъ быть составленъ заранѣе или возникнуть внезапно, но при вполнѣ спокойномъ состояніи лица, или же, наконецъ, сформироваться подъ вліяніемъ запальчивости и раздраженія. Впрочемъ, съ этой стороны наше Уложеніе представляетъ нѣкоторую особенность: въ противоположность основному своему взгляду оно не различаетъ при преступленіяхъ этого рода предумышленность и непредумышленность, а ставитъ одно только общее условіе, чтобы дѣяніе было умышленно. Причемъ само собою разумѣется, что подобная форма редакціи не исключаетъ примѣненія общихъ положеній ст. 105, т. е. что за предумышленное преступленіе этого рода всегда можетъ быть назначена высшая мѣра наказанія; что же касается до раздраженія и

[64]) Ссылка же, дѣлаемая иногда на ст. 878 Уложенія, лишена всякаго основанія, такъ какъ эта статья говоритъ о неосторожномъ истребленіи плода.

[65]) Мулловъ, в. с. думаетъ, что по буквальному смыслу Уложенія врачъ не имѣетъ права сдѣлать операціи, но что, тѣмъ немѣе, судъ отступилъ-бы отъ буквы закона и освободилъ-бы отъ отвѣтственности, какъ скоро подобный случай поступилъ-бы къ его разсмотрѣнію. Но доказательствъ своего мнѣнія онъ, впрочемъ, не представляетъ.

запальчивости, то она можетъ имѣть вліяніе на степень отвѣтственности только въ предѣлахъ 5 п. ст. 134.

257. Но существомъ и понятіемъ умысла опредѣляется и наиболѣе спорный въ положительныхъ законодательствахъ вопросъ о разграниченіи различныхъ ступеней проявленія воли въ данномъ преступленіи и въ особенности опредѣленіе момента его окончанія.

Преступленіе считается совершившимся, какъ скоро намѣреніе осуществилось, какъ скоро правоотношеніе, составляющее объектъ даннаго преступленія, дѣйствительно нарушено. Поэтому, опредѣляя разсматриваемое нами преступленіе, какъ умышленное истребленіе плода у беременной женщины и, имѣя въ виду, что на первомъ планѣ стоитъ вредъ, причиняемый зародышу, а не его матери, мы можемъ сказать, что преступленіе окончено, какъ скоро плодъ истребленъ [66]).

Такъ какъ въ данномъ случаѣ дѣло идетъ объ уничтоженіи жизни зародыша, жизни не самостоятельной, утробной, то и ея уничтоженіе можетъ быть общимъ образомъ опредѣлено, какъ прекращеніе въ оплодотворенномъ яйцѣ, не достигшемъ еще эпохи зрѣлости, способности къ дальнѣйшему развитію, причемъ безразлично, въ какую эпоху его развитія произошло это прекращеніе и въ силу чего оно произошло, т. е. произошло-ли оно въ силу разрушенія зародыша (Embryoktonie, умерщвленіе плода въ утробѣ матери въ тѣсномъ смыслѣ) или же въ силу постановленія зародыша въ такія условія, при которыхъ онъ не можетъ имѣть дальнѣйшаго органическаго развитія, напр. чрезъ преждевременное удаленіе его изъ матки (Kindesabtreibung въ тѣсномъ смыслѣ). При этомъ я снова повторяю, что и въ томъ и въ другомъ случаѣ существеннымъ условіемъ является истребленіе плода, прекращеніе въ немъ способности къ дальнѣйшему органическому развитію, а не изгнаніе, которое никакъ не можетъ быть отождествлено съ понятіемъ истребленія на слѣдующихъ основаніяхъ: во-1-хъ, могутъ быть случаи, при которыхъ истребленіе плода вовсе и не сопровождается изгнаніемъ, когда зародышъ остается въ маткѣ и растворяется въ околоплодныхъ водахъ, когда напр. истребленіе произведено въ первые мѣсяцы беременности; во-2-хъ, обратно, могутъ встрѣтиться случаи, когда плодъ былъ изгнанъ изъ утробы, а истребленія не послѣдовало. Если изгнаніе произведено въ тотъ періодъ, когда зародышъ не получилъ еще возможности самостоятельнаго внѣутробнаго существованія, то актъ изгнанія дѣйствительно будетъ и актомъ истребленія, прекращенія возможности развитія [67]), но если изгнаніе произведено послѣ этого періода, то это отношеніе измѣняется. Разумѣется, и здѣсь весьма нерѣдко искуственно вызванное преждевременное родоразрѣшеніе влечетъ за собою смерть плода или немедленно послѣ родовъ или спустя нѣкоторое время, но *въ силу* родовъ, но точно также, иногда вслѣдствіе стеченія особенно счастливыхъ обстоятельствъ или въ силу достиженія зародышемъ значительной степени развитія, онъ можетъ родиться не только живымъ, но и здоровымъ, и продолжать свое существованіе, или же хотя и умереть вскорѣ послѣ родовъ, но въ силу какихъ либо совершенно постороннихъ причинъ, не вызванныхъ актомъ изгнанія плода. Очевидно, что въ данномъ случаѣ, мы не можемъ сказать, чтобы злое намѣреніе виновнаго истребить плодъ осуществилось, или, какъ говоритъ наше Уложеніе, чтобы зло, преднамѣренное виновнымъ, воспослѣдовало. Мы имѣемъ дѣло съ неудавшимся преступленіемъ или оконченнымъ покушеніемъ [68]) и

[66]) Справедливо замѣчаетъ Гельшнеръ, в. с. стр. 120 пр. 7, что вслѣдствіе неправильнаго термина Kindsabtreibung стали требовать для состава преступленія не истребленія, а изгнанія (Abtreibung); оттого напр. Heffter, Lehrbuch § 264, различаетъ отъ Kindesabtreibung, какъ самостоятельное преступленіе, умерщвленіе дѣтей въ утробѣ.

[67]) Приэтомъ нельзя не замѣтить, что выкидъ обыкновенно не наступаетъ немедленно послѣ употребленія средствъ, а иногда только послѣ значительнаго промежутка, всего чаще на 3 и 4 день.—Тардье, в. с. стр. 54, полагаетъ minimum 5, maximum 11 дней.

[68]) Osenbrüggen Abhand. стр. 118. Гельшнеръ, в. с., стр. 121. Темме, в. с., стр. 541.

виновный для полнаго осуществленія своего плана долженъ начать новую преступную дѣятельность. Оттого-то практика и представляетъ намъ неоднократные примѣры соединенія истребленія плода съ дѣтоубійствомъ или простымъ убійствомъ, смотря потому кѣмъ произведено это новое посягательство на жизнь недоноска, продолжающаго свое существованіе и послѣ родовъ: матерью или постороннимъ лицомъ [69]). Такимъ образомъ, слѣдовательно, *для совершенія необходима смерть плода, все равно: произошла-ли она въ утробѣ или послѣ выдѣленія изъ утробы, но вслѣдствіе этого выдѣленія* [70]).

252. Но какъ, повидимому, не естественно подобное опредѣленіе момента совершенія, большинство кодексовъ строитъ совершенно иную систему, что объясняется отчасти и тѣмъ, что не всѣ законодательства видятъ въ разсматриваемыхъ нами дѣяніяхъ одинъ изъ видовъ преступленій противъ жизни, а потому многія изъ нихъ ставятъ моментомъ совершенія не истребленіе, а изгнаніе зародыша (imperfecti fœtus emissio): такъ поступаетъ напр. французское и ново-бельгійское уложенія. Другія идутъ еще далѣе. Англійское право, I. Victoria cap. 85, опредѣляя данное преступленіе, говоритъ: «кто съ намѣреніемъ произвести преждевременные роды, беззаконно *будетъ давать* ей ядовитыя или вредныя вещества или *будетъ побуждать* къ принятію такихъ веществъ, или *употребитъ* съ тою же цѣлью орудіе или какое иное средство [71]). Пруссія и сѣверо-германскій кодексы ставятъ для понятія совершенія два условія: умышленное изгнаніе или умерщвленіе въ утробѣ матери [72]). Тоже дѣлаютъ саксонское уложеніе, австрійское. Всѣхъ точнѣе въ этомъ отношеніи постановленія баденскаго кодекса, который считаетъ преступленіе совершившимся, какъ скоро беременная женщина разрѣшилась недозрѣлымъ, нежизнеспособнымъ или мертвымъ ребенкомъ, или когда ребенокъ вслѣдствіе истребленія немедленно послѣ родовъ умеръ [73]), или брауншвейгскій § 155, который говоритъ: «кто умертвитъ плодъ беременной женщины въ ея утробѣ или чрезъ преждевременныя роды».

Но особенно недостаточны въ этомъ отношеніи постановленія Уложенія. Оно различаетъ, съ этой стороны, было ли произведено преступленіе съ согласія беременной женщины или же безъ него. Въ первомъ случаѣ оно считаетъ преступнымъ того, «кто *употребитъ* какія либо средства для изгнанія плода», такъ что, по буквальному смыслу ст. 1461, вовсе не различаетъ, истребленъ ли этими средствами зародышъ, или по крайней мѣрѣ, произошелъ ли выкидъ или преждевременныя роды, или же, напротивъ того, употребленныя средства остались безъ всякаго успѣха, если, разумѣется, причина неуспѣха не заключалась въ ихъ очевидной и явной недѣйствительности, такъ что они могли быть употреблены только по невѣжеству и суевѣрію. Если же преступленіе совершено безъ согласія матери, то, по ст. 1462, виновный подлежитъ отвѣтственности, когда онъ «*произведетъ изгнаніе плода*». Такъ что, съ одной стороны, преступленіе не можетъ считаться оконченнымъ когда плодъ истребленъ, но изгнанія не послѣдовало, а онъ остался въ маткѣ и растворился въ околоплодныхъ водахъ, а съ другой—преступленіе будетъ окончено, какъ скоро произошло изгнаніе, хотя бы изгнанный плодъ остался невредимъ и продолжалъ бы свое существованіе. Строго опредѣленный буквальный смыслъ этихъ поста-

---

[69]) См. напр. у Тардье, в. с. стр. 3, примѣры изъ его практики.

[70]) Совершенно невѣрно опредѣляетъ моментъ совершенія Миттермайеръ zu Feuerbach § 393 № 3., что преступленіе окончено, какъ скоро послѣдовали преждевременные роды, хотя бы дитя и осталось въ живыхъ. Въ позднѣйшихъ статьяхъ онъ, впрочемъ, самъ отступаетъ отъ этого положенія. Равно какъ и Herbst, в. с. стр. 311, пр. 1 къ § 185, который опредѣляетъ его моментомъ отдѣленія плода отъ тѣла еще *живой* матери.

[71]) См. Stephen въ переводѣ Mühry, в. с., стр. 237.

[72]) Oppenhof, пр. 2 § 181; Миттермайеръ Gerichtssaal 1855; стр. 33.

[73]) Бернеръ, учебникъ стр. 115 говоритъ общимъ образомъ: новые кодексы считаютъ смерть дитяти условіемъ совершенія, при этомъ дитя или можетъ быть умерщвлено въ утробѣ матери, или умереть вслѣдствіе преждевременныхъ родовъ.

новленій не даетъ права дать имъ какое либо отклоняющееся толкованіе, а между тѣмъ они страдаютъ двумя коренными недостатками: во 1-хъ, различіе въ опредѣленіи момента окончанія даннаго преступленія, которое законъ ставитъ въ зависимость отъ согласія матери, лишено всякаго теоретическаго и практическаго основанія, а во 2-хъ, консеквентное проведеніе взгляда Уложенія приведетъ насъ къ выводамъ совершенно абсурднымъ, а именно, что при изгнаніи плода безъ согласія матери надъ однимъ и тѣмъ же объектомъ могутъ быть *выполнены* два преступленія, оба заключающіяся въ уничтоженіи его существованія, а именно: истребленіе или изгнаніе зародыша и убійство его по выходѣ изъ утробы; а въ случаѣ согласія матери законъ даетъ уже возможность признать, что надъ однимъ и тѣмъ же зародышемъ можетъ быть совершено нѣсколько преступленій, носящихъ характеръ истребленія плода, изъ которыхъ каждое должно считаться оконченнымъ [74]).

[74]) Это толкованіе, какъ я повторяю, вытекаетъ изъ буквальнаго текста статьи 1461, 1462, по своей опредѣленности, не допускающаго какого-либо отклоненія. Но тѣмъ не менѣе кассаціонный департаментъ допустилъ возможность подобнаго отклоненія по вопросу въ высшей степени аналогичному съ разсматриваемымъ выше. По закону разбоемъ ст. 1627 признается всякое *нападеніе* для похищенія имущества, такъ что для полноты состава этого преступленія законъ не требуетъ, чтобы имущество было отнято, а только чтобы нападеніе было совершено. Хотя разумѣется очевидно, что подобное опредѣленіе оконченнаго разбоя совершенно не вѣрно теоретически, но тѣмъ не менѣе оно несомнѣнно вытекаетъ изъ текста ст. 1627, изъ аналогичнаго построенія другихъ статей этого рода, какъ напр. ст. 1601 и наконецъ находитъ даже и объясненіе въ томъ, что разбой разсматривался какъ посягательство на личность, а не на собственность. Между тѣмъ кассаціонный департаментъ 1869 № 569 по дѣлу Кузьмина призналъ, «что покушеніе, какъ самый близкій къ осуществленію преступной воли моментъ присущъ каждому преступному дѣянію и что, такъ какъ преступленіе можетъ быть признано совершившимся только тогда, когда цѣль злаго умысла вполнѣ достигается (? напр, при убійствѣ съ цѣлью ограбленія и т. п.), то отрицать возможность покушенія при какомъ бы то ни было преступномъ дѣйствіи значитъ утверждать невозможность его неудачи, т. е. доходить до явно несостоятельнаго заключенія; что наше законодательство въ отношеніи разбоя не допускаетъ такого изъ общаго правила исключенія; что оно признаетъ разбой однимъ изъ видовъ похищенія чужаго имущества и различаетъ его отъ грабежа только важностью или опасностью причиненныхъ или угрожавшихъ жертвамъ преступленія насильственныхъ дѣйствій; что хотя разбоемъ и признается всякое на кого либо, для похищенія принадлежащаго ему имущества, нападеніе, а грабежемъ считается всякое насильственное отнятіе принадлежащаго ему имущества, *но такая разница въ редакціи не измѣняетъ сущности вещей* (!), а ведетъ лишь къ заключенію, что законъ нашъ каждое изъ сихъ преступленій характеризуетъ важнѣйшимъ его моментомъ (!), каковымъ при разбоѣ безспорно представляется угрожающее жизни и доходящее даже до убійства нападеніе, а при грабежѣ открытое похищеніе собственности». Такъ что принявъ эти начала къ истребленію плода, можно бы было сказать: что такъ какъ истребленіе плода стоитъ въ раздѣлѣ преступленій противъ жизни и отличается отъ другихъ дѣяній этой категоріи характеромъ объекта; такъ какъ убійство считается оконченнымъ съ момента смерти жертвы, то это же положеніе должно быть примѣнено и къ истребленію плода, а выраженія, допускаемыя ст. 1461, 1462: «употребитъ какія либо средства», «произведетъ изгнаніе плода» указываютъ только на важнѣйшіе моменты, характеризующія эти преступленія. Но это толкованіе будетъ слишкомъ смѣло и юридической почвы подъ собой не имѣетъ.

253. Опредѣливъ, такимъ образомъ, моментъ совершенія преступленія актомъ прекращенія органическаго развитія зародыша, намъ не предстоитъ какихъ либо спеціальныхъ затрудненій для опредѣленія понятія покушенія и приготовленія къ этому преступленію. Какъ скоро данное дѣйствіе, хотя и составляющее, можетъ быть, необходимое условіе совершенія преступленія, тѣмъ не менѣе не заключаетъ въ себѣ осуществленія плана, намѣренія, а является только заявленіемъ обнаруженіемъ его, то оно не можетъ быть названо покушеніемъ, а входитъ въ область приготовленія или заявленія умысла. Такъ, напримѣръ, если преступникъ только добылъ или приготовилъ напитки или механическія средства, необходимыя для совершенія преступленія, если онъ привелъ или поставилъ себя въ положеніе, при которомъ онъ могъ

совершать задуманное дѣйствіе, и такъ далѣе. Но какъ скоро онъ началъ дѣйствовать, какъ скоро абортивныя средства даны, механическія пущены въ дѣло—попытка истребленія началась, и данное дѣйствіе будетъ покушеніе. Причемъ, разумѣется, всѣ общія правила о покушеніи и его наказуемости имѣютъ полное примѣненіе и здѣсь.

Впрочемъ, нельзя не замѣтить, что относительно самаго вопроса о наказуемости покушенія на истребленіе плода существуетъ взглядъ отрицательный, защищаемый большинствомъ французскихъ криминалистовъ и изъ нѣмецкихъ—Миттермайеромъ. Представитель первыхъ—Эли [75]), слѣдующимъ образомъ мотивируетъ свое положеніе: «Какимъ образомъ, говоритъ онъ, можетъ быть охарактеризовано данное преступленіе, когда попытка осталась безъ результатовъ; какъ опредѣлить, за отсутствіемъ матеріальнаго факта, были ли употребленныя средства годны для произведенія выкида или нѣтъ? Не могутъ ли виновная и ея соучастники утверждать, и утверждать весьма основательно, что изгнаніе плода не удалось по ихъ собственной волѣ, потому что отъ нихъ зависѣло увеличить силу и количество употребленныхъ средствъ... Допустить наказуемость покушенія, продолжаетъ онъ далѣе, это значило бы подвергать женщину разслѣдованіямъ самымъ постыднымъ, ставить въ зависимость честь семейства отъ уликъ самыхъ невѣрныхъ, а это противорѣчило бы той осторожности, съ которой вообще дѣйствуетъ законодатель въ преступленіяхъ этого рода». На тѣхъ же основаніяхъ отрицаетъ наказуемость покушенія при истребленіи плода и Миттермайеръ [76]). Ставя общимъ условіемъ наказуемости покушенія на какое либо преступленіе, или прямое признаніе на-

[75]) Théorie № 1220, того же мнѣнія держатся: Лагравераиъ, Карно, Раутеръ, Гаусъ, Буатаръ, Бургиньонъ, Даллозъ. Дѣйствительную причину этого единодушія нужно искать въ общей системѣ французскаго кодекса, сравнивающаго по наказуемости покушеніе съ совершеніемъ и заставляющаго поэтому часто искать средствъ для обхода закона.

[76]) Der Versuch des Verbrechens der Abtreibung der Leibesfrucht, Gerichtssaal 1855, стр. 20.

казуемости его въ законѣ, или запрещеніе дѣйствій, въ которыхъ оно выразилось, какъ отдѣльнаго самостоятельнаго преступленія, онъ продолжаетъ: «что при истребленіи плода прочиною ненаказуемости покушенія должны быть признаны неосновательность и безплодность судебнаго разслѣдованія, и что причина этой безплодности въ свою очередь заключается въ трудности провести въ подобныхъ случаяхъ границы между покушеніемъ и приготовленіемъ, въ рѣдкой возможности сдѣлать вѣрное заключеніе объ умыслѣ, въ затруднительности возстановленія причинной связи, а между тѣмъ чрезъ преслѣдованіе покушенія весьма нерѣдко можетъ быть нарушено спокойствіе семьи, и т. д.». Но очевидно, что всѣ эти доводы слишкомъ шатки и не имѣютъ юридическаго характера. Трудность возстановить объективный составъ преступленія, какъ мы видѣли, существуетъ и при оконченныхъ преступленіяхъ этого рода и отрицать на этомъ основаніи наказуемость покушенія значило бы отрицать наказуемость истребленія плода вообще, и притомъ, это возстановленіе есть вопросъ чисто процессуальный и, слѣдовательно, не можетъ быть основнымъ аргументомъ при разрѣшеніи вопросовъ матеріальнаго уголовнаго права. Далѣе, указаніе на ту опасность которую можетъ имѣть наказуемость покушенія для репутаціи лица, бездоказательно привлеченнаго къ отвѣтственности, или для спокойствія семьи, также не можетъ имѣть убѣдительной силы, такъ какъ совершенно ясно, что тѣ же самыя возраженія и на тѣхъ же основаніяхъ могутъ быть сдѣланы и при покушеніи на дѣтоубійство, на убійство, и вообще при всякомъ покушеніи, и, слѣдовательно, на этомъ основаніи пришлось бы отрицать наказуемость покушенія вообще, что противорѣчило бы и господствующимъ нынѣ теоретическимъ убѣжденіямъ и положительнымъ законодательствамъ. Съ другой стороны, нельзя не замѣтить, что, приводя подобныя соображенія, защитники этой теоріи или вовсе забываютъ, какъ напримѣръ Эли, что данное преступленіе можетъ быть совершено не только самою беременною, но и постороннимъ лицами, обратившимися, напримѣръ, это занятіе въ промыселъ,

или даже можетъ быть учинено и безъ согласія беременной, или же допускаютъ въ этомъ случаѣ исключеніе изъ приня-таго начала, какъ Миттермайеръ [77]), очевидно уже въ ущербъ послѣдовательности. Въ силу этихъ соображеній я и нахожу, что такъ какъ истребленіе плода, подобно убійству, поврежденію здоровья и т. п., относится къ разряду тѣхъ преступленій, въ которыхъ преступный умыселъ выполняется не моментально, а требуетъ извѣстнаго, болѣе или менѣе продолжительнаго періода времени, то и покушеніе на него не только возможно, но и должно быть наказуемо на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и покушеніе на всякое другое преступленіе.

254. На этомъ основаніи, напримѣръ, большинство нѣмецкихъ кодексовъ или содержатъ спеціальныя постановленія о наказуемости покушенія на данное преступленіе, какъ дѣлаютъ напримѣръ это Австрія [78]), Баденъ, баварскій кодексъ 1861 года, бельгійскій 1867 или же хотя и не упоминаютъ о немъ спеціально, но принимаютъ здѣсь общія родовыя постановленія о покушеніи, какъ дѣлаетъ это напримѣръ Пруссія [79]).

---

[77]) ib. стр. 24.

[78]) При этомъ австрійское уложеніе, въ случаѣ покушенія на истребленіе плода съ согласія беременной, наказываетъ его ниже самаго совершенія, а при отсутствіи согласія—наравнѣ. Ср. Herbst пр. 2 къ § 147.

[79]) Хотя прусскій кодексъ, опредѣляя данное преступленіе, говоритъ: Wer vorsätzlich abtreibt, oder im Mutterleibe tödtet, но Ober-tribunal въ своихъ рѣшеніяхъ 28 января 1852 и 7 января 1853 призналъ, что здѣсь вполнѣ примѣняются общія правила о покушеніи. См. Оппенгофъ в. с. zu § 181 пр. 3. Особенно любопытно рѣшеніе по дѣлу Schmiedecke 1853 года. См. Goltd Arch. 1853 s. 243.—Osenbrüggen, Kasuistik № 48. Эти рѣшенія особенно важны въ томъ отношеніи, что прусскій кодексъ, подобно французскому, наказываетъ покушеніе наравнѣ съ совершеніемъ, такъ что въ данномъ случаѣ попытка на истребленіе плода, оставшаяся безъ успѣха, влечетъ Zuchthaus отъ 2—5 лѣтъ.— См. Kräwel. Goltd. Arch. B. XVI стр. 246.— За ненаказуемость покушенія на истребленіе плода и по прусскому праву Безелеръ, Миттермайеръ въ Gerichtssaal, опирающійся, впрочемъ, на рѣшенія французскихъ судовъ.

Но особенно спорнымъ является этотъ вопросъ во французской практикѣ. Article 317 [80]), code pènal ставитъ условіемъ преступленія «aura procuré l'avortement», т. е., другими словами, считаетъ преступленіе совершившимся, когда послѣдовало изгнаніе плода, и ничего не упоминаетъ о покушеніи. Кассаціонный судъ въ цѣломъ рядѣ своихъ рѣшеній [81]) совершенно справедливо придалъ этимъ постановленіямъ толкованіе такого рода: «что эта форма редакціи статьи вовсе не исключаетъ примѣненія спеціальныхъ постановленій о покушеніи, указанныхъ въ статьѣ 2-й, такъ какъ для этого необходимо, чтобы законъ или положительно запрещалъ подобное распространеніе ст. 2-й, или содержалъ бы такія постановленія, которыя бы отрицали возможность ея примѣненія, но ни того, ни другаго нѣтъ въ данномъ случаѣ; что только 2-я часть ст. 317 содержитъ исключеніе изъ этого правила въ пользу самой беременной женщины, какъ виновницы преступленія, потому что она подлежитъ réclusion, какъ спеціально добавляетъ статья, только въ томъ случаѣ, если выкидъ послѣдовалъ, «si l'avortément s'en est suivi»; что это исключеніе объясняется важностью мотивовъ, которые заставили законъ снисходительно относиться къ самой беременной женщинѣ [82]); кромѣ того продолжаетъ да-

---

[80]) Статья 317 постонавляе ь: «Кто посредствомъ пищи, напитковъ, лекарствъ, насилій или инымъ какимъ либо образомъ произведетъ изгнаніе плода у беременной женщины, съ согласія ея или безъ онаго, тотъ подвергается тяжкому тюремному заключенію съ принудительными работами (réclusion). Тому же наказанію подлежитъ и женщина, которая сама изгонитъ у себя плодъ, или которая согласится употребить средства, указанныя ей или данныя для этого, если изгнаніе дѣйствительно воспослѣдовало. Медики, хирурги, равно какъ и другіе члены врачебнаго персонала, равно какъ и аптекаря, виновные въ указаніи или дачѣ средствъ, подвергаются, если изгнаніе воспослѣдовало, каторжной работѣ на срокъ»,

[81]) См. касс. рѣшенія: 16 окт. 1817, 17 янв. 1827, 15 апр. 1830, 29 янв. 1852, 20 янв. 1853, гдѣ особенно подробно мотивировано его мнѣніе. 27 ноября, 4 декабря 1856, 24 іюня 1859, 6 янв. 1859, 26 іюня 1860, 30 марта 1864.

[82]) На этомъ основаніи въ рѣшеніи своемъ отъ 3 марта 1864 г

лѣе кассаціонный судъ, подобное же исключеніе отчасти нужно допустить, по смыслу 3-й ч. ст. 317, относительно врачей, фармацевтовъ и т. д. т. е. признать, что наказаніе имъ усиливается только тогда, когда послѣдовалъ выкидъ, а что при покушеніи они подлежатъ отвѣтственности по общимъ правиламъ». Это толкованіе [83]), тотораго такъ упорно держится кассаціонный судъ до настоящаго времени встрѣтило, за немногими исключеніями, такое же единодушное порицаніе комментаторовъ, впрочемъ опирающихся на такія основанія, которыя, по моему мнѣнію, не имѣютъ надлежащей юридической цѣны. Всѣ ихъ возраженія сводятся къ двумъ пунктамъ: во-1-хъ, подобное толкованіе, какъ говорятъ они [84]), ведетъ къ ничѣмъ необъяснимымъ противорѣчіямъ, въ силу которыхъ, напр. женщина при покушеніи на изгнаніе плода не наказуется, когда она дѣйствуетъ вмѣстѣ съ кѣмъ либо, но должна быть наказана, если дѣйствовала одна (такъ какъ 2-я ч. ст. 317 говоритъ только о первомъ случаѣ), или въ силу которыхъ качество медика служитъ причиною усиленія отвѣственности при преступленіи оконченномъ и не имѣетъ этого вліянія при покушеніи. Но очевидно, что это возраженіе направляется противъ редакціи самаго закона, или даже противъ не вполнѣ послѣдовательнаго проведенія кассаціоннымъ судомъ выставленнаго имъ принципа, но ни въ какомъ случаѣ не противъ правильности самаго начала о наказуемости покушенія на изгнаніе плода [85]); между тѣмъ, какъ иначе, какъ справедливо

кассаціонный судъ призналъ, что такъ какъ покушеніе, сдѣланное самою беременною женщиною, не составляетъ преступленія, то и соучастіе въ немъ не наказуемо.

[83]) Или, какъ называетъ его Trebutien, Cours du droit penal et d'instruction criminelle, p. 102 пр. 3 «application judaique du texte».

[84]) См. въ особенности Эли. в. с., № 1220.

[85]) Любопытно, что того же взгляда на ненаказуемость покушенія держалась судебная практика государствъ, принявшихъ code pénal, а именно Бельгіи и Голландіи. Ново Бельгійское уложеніе сочло даже необходимымъ положительно высказать въ § 348, что если употребленныя средства не произведутъ надлежащаго дѣйствія, то примѣ-

замѣчаетъ Бланшъ [86]), пришлось бы признать ненаказуемымъ и покушеніе на убійство всѣхъ видовъ, на поджогъ, изнасилованіе, такъ какъ и тамъ законъ имѣетъ въ виду только совершеніе, и ничего не говоритъ о покушеніи. Второе основаніе, на которое опирается разбираемое нами мнѣніе, заключается въ исторіи этой статьи, въ тѣхъ преніяхъ, которыя велись по поводу ея въ законодательномъ корпусѣ и въ особенности въ заявленіяхъ правительственнаго докладчика закона. Но противъ этого можно возразить, во-1-хъ, что каково бы ни было мнѣніе законодательнаго корпуса или докладчика, какъ скоро оно не нашло надлежащаго выраженія въ текстѣ закона, оно не можетъ имѣть и никакого обязательнаго значенія; а во-2-хъ, и самый смыслъ этихъ разсужденій, какъ указываетъ Бланшъ въ своемъ чрезвычайно подробномъ разборѣ этого вопроса, вовсе не даетъ права дѣлать подобные безусловные выводы [87]).

Что касается до нашего права, то, сообразно съ приведеннымъ выше опредѣленіемъ момента окончанія, вопросъ о покушеніи рѣшается различно, смотря по тому было ли преступленіе совершено съ согласія матери или безъ него. Что касается перваго случая, то такъ какъ тамъ преступленіе для полнаго своего состава требуетъ только, чтобы абортивныя средства были даны или примѣнены, а съ другой стороны, такъ какъ самое пріисканіе или пріобрѣтеніе средствъ, равно какъ и ихъ приспособленіе, входитъ въ область приготовленія, то очевидно, что самая область покушенія сво-

няются общія правила о покушеніи.—См. Миттермайеръ, Gerichtssaal. стр. 7. Но кассаціонный баварскій судъ, по отношенію къ практикѣ судовъ прирейнской Баваріи, держится тѣхъ же взглядовъ, какъ и французскій кассаціонный судъ. См. прекрасно мотивированное его рѣшеніе у Миттермайера, ibid. стр., 8 и сл.

[86]) В. с., т. IV, p. 703—712. Онъ главнымъ образомъ основывается на томъ, что буквальный текстъ закона ни въ какомъ случаѣ не устраняетъ примѣненія ст. 2.

[87]) Къ такимъ же выводамъ, какъ и Бланшъ, относительно исторіи данной статьи пришелъ мюнхенскій кассаціонный судъ. Mittermaier, Gerichtssaal, стр. 8 и сл.

дится къ самымъ ничтожнымъ размѣрамъ. Что же касается до втораго вида, то такъ какъ здѣсь преступленіе считается оконченнымъ съ момента изгнанія плода, то самое введеніе или примѣненіе абортивныхъ средствъ и будетъ составлять покушеніе. При этомъ и въ томъ и другомъ случаѣ виновный подлежитъ отвѣтственности и за покушеніе, такъ какъ постановленія 113—116 ст. Уложенія примѣняются безусловно ко всѣмъ преступленіямъ, предвидѣннымъ Уложеніемъ и допускающимъ это примѣненіе по своему составу.

255. Иначе разрѣшается въ данномъ случаѣ вопросъ о наказуемости приготовленія. Такъ какъ, на основаніи ст. 192 Уложенія, наказаніе за одно приготовленіе къ преступленію опредѣляется лишь въ особыхъ, *именно означенныхъ* въ законѣ случаяхъ, а при истребленіи плода такого означенія не существуетъ, то необходимо признать, что приготовленіе къ этому преступленію ненаказуемо, если только самыя средства не были противозаконны или пріобрѣтеніе ихъ не сопровождалось опасностью для частныхъ лицъ или общества. А постановленія ст. 1457 о наказуемости приготовленія къ убійству не могутъ быть распространены на данный видовой случай на тѣхъ же основаніяхъ, по которымъ не допускается подобное распространеніе при неосторожномъ произведеніи истребленія плода.

256. Таковы основныя условія даннаго преступленія. Намъ остается еще разсмотрѣть вопросъ о наказаніи, назначаемомъ закономъ за преступленія этого рода, и о его степеняхъ.

Въ началѣ моей статьи я указалъ уже на причины, въ силу которыхъ преступное истребленіе плода относится, какъ теоріей, такъ и большинствомъ положительныхъ кодексовъ, къ разряду преступленій противъ жизни; точно также указалъ я далѣе тѣ основанія, по которымъ оно, тѣмъ не менѣе, выдѣляется изъ общаго родоваго понятія и влечетъ гораздо меньшую уголовную отвѣтственность: вмѣсто смертной казни и каторжной работы въ высшихъ ея степеняхъ, назначаемыхъ за обыкновенное убійство,—низшія степени каторги или даже вмѣсто уголовныхъ наказаній исправительныя.

Но это преступленіе, какъ мы видѣли, кромѣ главнаго непосредственнаго результата—истребленія зародыша, на который направляется умыселъ преступника и которымъ опредѣляется самый составъ его, заключаетъ еще и другой весьма важный элементъ—это тотъ матеріальный и нравственный вредъ, который оно причиняетъ самой беременной женщинѣ, вредъ, имѣющій вліяніе на опредѣленіе размѣровъ значенія даннаго преступленія и на степень уголовной отвѣтственности. Но очевидно, что этотъ второй элементъ находится въ тѣсной зависимости отъ согласія или несогласія беременной на совершеніе даннаго факта, потому что только въ послѣднемъ случаѣ мы можемъ сказать, какъ замѣчаетъ Эли, что данное преступленіе поражаетъ не только зародышъ, но и его мать, и поражаетъ притомъ не только въ ея физическомъ здоровьѣ, но и въ самыхъ священныхъ ея правахъ.

На этомъ основаніи, какъ въ западныхъ кодексахъ, такъ и въ нашемъ Уложеніи, истребленіе плода раздѣляется на два вида: истребленіе плода съ согласія самой беременной (ст. 1462) и безъ ея согласія (ст. 1461). Мы разсмотримъ особо каждый изъ этихъ видовъ.

Что касается до перваго вида, то, какъ легко можно видѣть изъ существа даннаго преступленія, и что подтверждаетъ уголовная статистика, оно рѣдко выполняется однимъ лицомъ,—самою беременною, но предполагаетъ цѣлый рядъ соучастниковъ; такъ напр. французская статистика считаетъ, что на 100 обвиненій въ этомъ преступленіи приходится 285 обвиненныхъ, слѣдовательно, около 3-хъ лицъ на каждое преступленіе. Въ силу этого, говоря объ отвѣтственности виновныхъ въ истребленіи плода, по согласію беременной, нельзя не обратить вниманіе, во-1-хъ, на то, кѣмъ совершено данное преступленіе—самою ли беременною женщиною, нерѣдко полнымъ разстройствомъ собственнаго здоровья или даже смертью, выкупающею свое преступное намѣреніе, или же постороннимъ лицомъ, дѣйствовавшимъ съ ея согласія, а

во-2-хъ, на самую степень злостности воли дѣйствующихъ лицъ. Съ этой послѣдней точки зрѣнія возможны также два случая: или главнымъ, активнымъ лицомъ является сама беременная и постороннее лицо только по ея приказанію, требованію, просьбѣ, подкупу и т. п., становится соучастникомъ, доставляетъ ей необходимыя средства, выполняетъ операцію, даетъ надлежащіе совѣты, или же наоборотъ, сама мать играетъ только пассивную роль и даетъ согласіе на истребленіе, вынужденное желаніемъ другаго лица: ея любовника, желающаго напр. снять съ себя обязанности, налагаемыя рожденіемъ ребенка, родственника—изъ какихъ либо корыстныхъ цѣлей, напр. ради полученія наслѣдства, не желающаго допустить появленія на свѣтъ младенца и т. п. Разумѣется, эти оттѣнки могутъ и должны найдти признаніе въ законѣ и вліять на степень отвѣтственности, хотя нельзя не сказать, что постановленія большинства кодексовъ по этому вопросу далеко не вполнѣ удовлетворительны.

Code pénal хотя и различаетъ изгнаніе плода съ согласія беременной постороннимъ лицомъ и ею самою и въ послѣднемъ случаѣ обращаетъ даже вниманіе на то: произвела ли она выкидъ по собственной иниціативѣ или только согласилась употребить средства, ей указанныя или приготовленныя, но затѣмъ не придаетъ этому различію никакого значенія, такъ какъ ставитъ ихъ наравнѣ по степени уголовной отвѣтственности. Иначе смотрятъ на это нѣмецкіе кодексы. Прусское уложеніе въ § 181 указываетъ на два случая: произведеніе вытравленія самою беременною (1-я часть) и произведеніе его кѣмъ либо другимъ умышленно и съ согласія самой беременной (2-я часть). При этомъ и доктрина и практика, разъясняя 2-ю часть § 181, принимаютъ, что здѣсь разсматривается не соучастіе въ преступленіи, предвидѣнное въ 1-й части, а самостоятельное преступленіе, т. е. что подъ 1-ю подводятся тѣ случаи, когда главнымъ дѣйствующимъ лицомъ является сама беременная, когда пособники и соучастники являются какъ второстепенные дѣятели, исполняющіе ея волю; ко 2-й же наоборотъ, тѣ случаи, когда вся

дѣятельность выпадаетъ на долю постороннихъ, участвующихъ лицъ, а беременная играетъ роль пассивную. Причемъ это различіе можетъ имѣть значеніе, какъ для исчисленія сроковъ давности, такъ и для опредѣленія степени вліянія квалифицирующихъ обстоятельствъ [88]). Въ томъ же смыслѣ говорятъ баденскій кодексъ, ново-баварское уложеніе 1861 года.

257. Наше Уложеніе, говоря объ истребленіи плода по согласію матери, также, повидимому, дѣлаетъ это различіе. Такимъ образомъ, въ 1-й части 1462 ст. оно постановляетъ: «Кто съ вѣдома и по согласію самой беременной женщины, употребитъ съ умысломъ какое либо средство для изгнанія плода ея, тотъ за сіе подвергается лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ на поселеніе въ отдаленнѣйшихъ мѣстахъ Сибири». А затѣмъ, во 2-й части той же статьи указываетъ, что сама беременная женщина, которая, по собственному произволу или по согласію съ другимъ, употребитъ какое либо средство для изгнанія плода своего, подвергается: лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ Сибирь на поселеніе, и такимъ образомъ даже видоизмѣняетъ здѣсь степень уголовной отвѣтственности [89]).

---

[88]) См. въ Goltd. Archiv. V s. 201, Ueber dem Thatbestand der Abtreibung des Leibesfrucht durch Dritte. См. рѣшеніе оберъ-трибунала 9 м. 1857.—Oppenhof, в. с. zu § 181, прим. 7 и 8.—Mittermaier, Gerichtssaal, стр. 37.—Osenbrüggen, Abhandlungen, стр. 120. Гельшнеръ, в. с. стр. 121 пр. 5.—Contra Temme, Glossen zum preuss. Strafgesetzb. стр. 243, онъ видитъ во 2-й части простое пособничество.

[89]) Въ западныхъ кодексахъ размѣры отвѣтственности таковы: по французскому праву для всѣхъ безъ различія réclusion. По прусскому—Zuchthaus отъ 2—5; австрійскому—Schwerer Kerker 1—5 лѣтъ, а при покушеніи отъ 6 м.—1 года, причемъ допускаются усиленія, если преступленіе совершено отцомъ зародыша. Саксонія—Zuchthaus 2—4 лѣтъ; Баденъ—Arbeitshaus отъ 6 мѣс.—6 л.; Вюртембергъ Arbeitshaus 2—4 л.; Ольденбургъ—Gefängniss до 2 л. Англійское право ничего не говоритъ о наказаніи самой беременной, а для постороннихъ лицъ безразлично—дѣйствовали ли они съ согласія матери или безъ него,

Но, вдумываясь въ эти постановленія, нельзя, какъ мнѣ кажется, не согласиться, что они не могутъ быть разсматриваемы, какъ два отдѣльныя, самостоятельныя преступленія, а напротивъ того, составляютъ одно общее цѣлое, въ которомъ наказуемость различается не по характеру и степени участія дѣйствующихъ лицъ, какъ дѣлаетъ напр. Уложеніе при убійствѣ въ дракѣ, различая зачинщиковъ и участниковъ, а по самому качеству этихъ лицъ. Для подтвержденія правильности подобнаго предположенія представимъ себѣ, что болѣе справедливъ противоположный выводъ, т. е. предположимъ, что каждая изъ частей ст. 1462 представляетъ самостоятельное цѣлое, и что разграниченіе между ними, какъ можно вывести изъ 2-й части этой статьи, заключается въ непосредственномъ личномъ характерѣ дѣятельности самой беременной; но съ принятіемъ подобнаго положенія мы невольно придемъ къ выводамъ, совершенно абсурднымъ. Если напр. постороннее лицо, съ согласія и желанія беременной женщины, употребитъ механическія средства, гдѣ, слѣдовательно, оно необходимо является физическимъ непосредственнымъ исполнителемъ, то отвѣтственность, какъ его, такъ и всѣхъ сообщниковъ и пособниковъ, а въ томъ числѣ и самой беременной, какова бы ни была ея роль, опредѣляется сообразно съ постановленіями 1-й части 1462 и 118 и сл. ст. Уложенія; напротивъ того, какъ скоро вмѣсто механическихъ средствъ оно даетъ ей какіе либо абортивные напитки, такъ что физическимъ непосредственнымъ исполнителемъ преступленія является сама беременная, то степень его отвѣтственности, равно какъ и всѣхъ другихъ лицъ, опредѣляется сообразно съ 2-ю частью ст. 1462, слѣдовательно, одною степенью ниже. Но очевидно, что подобный, чисто случайный признакъ различенія отвѣтственности не могъ быть принятъ законодателемъ, и дѣйствительно, самое противорѣчіе можетъ

назначаетъ транспортацію пожизненно или не менѣе 12 лѣтъ, или тюрьму не свыше 3 лѣтъ.

быть легко устранено, какъ скоро мы откажемся отъ принятаго выше взгляда и примемъ другое толкованіе, а именно допустимъ, что ст. 1462 должна быть понимаема въ томъ смыслѣ, что какъ скоро истребленіе плода совершено съ согласія беременной, то наказаніе опредѣляется по 1-й части 1462 ст.; причемъ размѣры отвѣтственности зависятъ отъ характера соучастія, сообразно постановленіямъ 118, 119 и сл. ст. Уложенія. Изъ этого основнаго правила законъ допускаетъ одно исключеніе въ пользу самой беременной женщины, для которой наказаніе во всякомъ случаѣ смягчается на одну степень, какова бы ни была форма ея участія, т. е. является ли она подстрекательницею, зачинщицею или сообщницею 1-го рода (такъ какъ только эти три формы соучастія и возможны для нея въ данномъ случаѣ).

Но при этомъ нельзя не обратить вниманія на то, что наше Уложеніе не придаетъ никакого значенія тѣмъ отношеніямъ, въ которыхъ находилась виновная къ истребляемому ею плоду. Оно не обращаетъ вниманія на то, былъ-ли зачатъ этотъ плодъ въ бракѣ или внѣ его, и каковы, слѣдовательно, были мотивы, побудившіе на подобное посягательство, какъ дѣлаетъ онъ это напр. при дѣтоубійствѣ. А между тѣмъ никакъ нельзя сказать, чтобы страхъ и стыдъ суда общественнаго мнѣнія, опасенія за будущность малютки не играли иногда весьма важной роли въ побудительныхъ причинахъ къ совершенію преступленій этого рода и не заставляли законъ снисходительнѣе относиться къ преступникамъ [90]). Также, между прочимъ, смотрѣла иногда и наша практика, и въ числѣ тѣхъ дѣлъ, по которымъ государственный совѣтъ ходатайствовалъ предъ Государемъ Императоромъ о смягченіи участи подсудимыхъ, находится весьма интересное въ этомъ отношеніи дѣло Тути-Керимъ-Кизы, въ которомъ поводомъ смягченія были именно приведенныя выше соображенія,

[90]) Тардье, в. с. стр. 19, разсматривая персоналъ этого преступленія, положительно свидѣтельствуетъ, что большинство подсудимыхъ были молодыя дѣвушки, приводимыя къ преступленію стыдомъ.

а именно обольщеніе молодой преступницы лицами, имѣвшими на нее вліяніе, стыдъ и страхъ и т. п. [91]).

258. Что касается до втораго вида, т. е. до истребленія плода безъ согласія беременной, то и здѣсь прежде всего также нужно различать два подраздѣленія: во-1-хъ, сама беременная женщина можетъ не только не желать, но даже и не сознавать до самаго момента выполненія того, что надъ ея плодомъ совершается преступная попытка; или же, во-2-хъ, она можетъ и сознавать преступленіе, совершаемое надъ нею, но допускать его, вопреки собственной воли, когда она напр. была силою принуждена претерпѣть совершаемую надъ нею операцію. Очевидно, что оба эти случая совершенно однородны, и что главный признакъ, который служитъ, между прочимъ, и причиною усиленія уголовной отвѣтственности, заключается не въ невѣдѣніи беременной совершаемаго надъ нею факта, а въ отсутствіи согласія съ ея стороны. Въ этомъ смыслѣ разрѣшаютъ этотъ вопросъ и большинство западныхъ кодексовъ. Такъ напр. французское уложеніе выражается: «soit qu'elle est consenti ou non». Пруссія: «ohne deren Wissen oder Willen». Саксонія: «ohne oder wider den Willen» и т. д., но къ сожалѣнію наше Уложеніе приняло систему австрійскаго права [92]) и, противополагая статью 1461—1462-ой, говоритъ въ первомъ случаѣ: «кто *безъ* вѣдома *и* согласія», а во второмъ: «кто *съ* вѣдома *и* согласія», и очевидно пропуская такимъ образомъ третій случай, когда преступленіе совершено, хотя и *съ* вѣдома беременной, но *безъ* ея согласія. Подобный пропускъ, впрочемъ, дѣло весьма частое въ нашемъ Уложеніи, благодаря казуистичности его опредѣленій и слишкомъ поверхностной обработки самыхъ статей. Совершенно аналогичную оплошность видимъ мы напр. въ 573 и въ 576 ст. Уложенія и, примѣняясь къ толкованію, данному кассаціоннымъ департаментомъ первой статьѣ по дѣлу Шомбергъ-Колонтая (1867 № 406) и второй по дѣлу Маурина (1867 № 325), мы можемъ подвести данный случай подъ постановленія ст. 1461, такъ какъ главный элементъ послѣдней заключается не въ невѣдѣніи беременной, а въ ея несогласіи.

[91]) Сборникъ стр. 177. Любопытно, что самое дѣло озаглавлено: «объ убійствѣ незаконнаго ребенка», хотя изъ обстоятельствъ дѣла совершенно очевидно, что рѣчь идетъ объ изгнаніи плода.

[92]) Но и въ Австріи практика также подвела подъ понятіе невѣдѣнія и нежеланія и тѣ случаи, въ которыхъ оказывалась наличность дного послѣдняго условія. См. Herbst, r. c. стр. 312, пр. 1 къ § 147.

Приэтомъ самая степень отвѣтственности будетъ зависѣть отъ тѣхъ послѣдствій, которыми сопровождалось истребленіе для самой беременной.

Такимъ образомъ, низшую ступень занимаютъ тѣ случаи, когда преступное изгнаніе не имѣло никакихъ вредныхъ послѣдствій для беременной женщины; въ этомъ случаѣ назначается лишеніе всѣхъ правъ состоянія и ссылка въ каторжныя работы на заводы на срокъ 4—6.

Если же вслѣдствіе сего преступленія причинится самой беременной женщинѣ, сверхъ изгнанія плода ея, какое либо тяжкое въ здоровьи поврежденіе, то каторга назначается на срокъ 6—8 л.

Если же отъ сего послѣдовала самая смерть беременной, то каторга 8—10 л. [93]).

[93]) Франція назначаетъ въ этомъ случаѣ также réclusion до 5 лѣтъ, но въ тѣхъ случаяхъ, когда изгнаніе сопровождалось смертью матери, видитъ совокупность преступленій, которыя могутъ быть преслѣдуемы или одновременно или послѣдовательно. Cass 3 сент. 1840, 24 іюня 1856, 2 іюля 1863. См. Blanche в. с. т. IV стр. 713. Бельгія-reclusion, а если послѣдовала смерть, каторжная работа отъ 10—15 лѣтъ. Пруссіи Zuchthaus 5—20, а если сопровождалось смертью—пожизненно; Саксонія Zuchthaus отъ 2—6, а сопров. смертью до 12 лѣтъ. Баденъ Zuchthaus отъ 3—12, а если сопр. смертью отъ 8—20 лѣтъ; Вюртембергъ, если сопровождалось опасностью для жизни Zuchthaus отъ 4—15; если произвело разстройство умственное или тѣлесное отъ 10—20, а если смерть отъ 15—20; ново-баварское уложеніе Zucthaus отъ 4—15, а если сопровождалось смертью отъ 15—20. Австрія Schwerer Kerker отъ 1—5, а если опасность для жизни или вредъ для здоровья отъ 5—10. Новый сѣверо-германскій кодексъ Zuchthaus отъ 2—15, а если причинится смерть, то отъ 10—15 или пожизненно.

Но при этомъ нужно обратить вниманіе на слѣдующія соображенія. Во-1-хъ, говоря объ этихъ послѣдствіяхъ, законъ во всѣхъ случаяхъ предполагаетъ, что это разстройство здоровья или даже самая смерть была случайнымъ или неосторожнымъ послѣдствіемъ истребленія плода, но ни въ какомъ случаѣ не было спеціально желаемо виновнымъ. Какъ скоро же является самостоятельное, опредѣленное (dolus determinatus) или даже условное (dolus alternativus) намѣреніе на лишеніе здоровья или даже на убійство матери, то мы имѣемъ или совокупность преступленій, опредѣляемую на общихъ основаніяхъ Уложенія, или же, когда истребленіе есть только средство—обыкновенный видъ убійства. Во-2-хъ, такъ какъ говоря напр. объ убійствѣ, законъ имѣетъ въ виду не только умышленное, но и неосторожное лишеніе жизни, то истребленіе плода, сопровождавшееся *смертью матери*, является только однимъ изъ видовъ неосторожнаго лишенія жизни, когда при томъ эта неосторожность была вызвана преступленіемъ, такъ что наприм. въ нашемъ Уложеніи этотъ случай является однимъ изъ дѣяній, упоминаемыхъ въ ст. 1459. Этимъ, между прочимъ, объясняется и то обстоятельство, что законъ, говоря объ истребленіи плода по согласію съ беременною не упоминаетъ о тѣхъ случаяхъ, когда эта операція сопровождалась однако или разстройствомъ здоровья или смертью. Очевидно, что эти послѣдствія вполнѣ носятъ характеръ неосторожности, и, несмотря на согласіе пострадавшей (по общему правилу, котораго держится наше Уложеніе), виновный долженъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за совокупность преступленій [94]).

---

[94]) Въ единственномъ дѣлѣ объ истребленіи плода изъ старой нашей практики, напечатанномъ въ Ж. М. Ю. 1865. Аграфены Сыченковой, встрѣтился именно подобный случай. Подсудимая Сыченкова обвинялась въ дачѣ острой водки съ ртутью крестьянкѣ Андрюшенковой, отъ чего произошелъ не только выкидъ, но и смерть этой крестьянки. Бахмутскій уѣздный судъ призналъ подсудимую виновною въ истребленіи плода съ согласія самой беременной (ст. 1462) и въ виду

259. Рядомъ съ этими, такъ сказать, ординарными преступленіями, наше Уложеніе, подобно западнымъ, кодексамъ, знаетъ нѣсколько квалифицированныхъ случаевъ этого рода.

Причины этой квалификаціи заключаются:

Во 1-хъ, въ качествѣ лицъ, совершающихъ преступленіе; по вычисленію Тардье, въ теченіе 11 лѣтъ съ 1851 — 1861 во Франціи на 480 осужденныхъ приходилось 83 медика; подобное же грустное явленіе представляетъ статистика Англіи, Германіи,—вѣроятно этотъ фактъ существуетъ и у насъ въ Россіи. Спеціальное знаніе акушерской науки, знаніе средствъ, годныхъ для истребленія, и способовъ пользоваться ими слишкомъ нерѣдко обращаются въ профессію, весьма выгодную для лицъ, ею занимающихся, и въ то же время чрезвычайно опасную для общества, а потому вызывающую особенное вниманіе закона. Попытка истребленія плода, произведенная не спеціалистомъ, весьма нерѣдко остается безплодною за негодностью выбранныхъ средствъ; самое примѣненіе ихъ неопытною рукою, въ особенности средствъ механическихъ, при самомъ началѣ преступнаго покушенія, сопровождается такими физическими мученіями, что невольно заставляютъ мать отказаться отъ преступнаго плана; наконецъ, и при выполненіи задуманнаго, преступленіе въ этомъ случаѣ оставляетъ такъ много слѣдовъ, что, по крайней мѣрѣ, даетъ возможность подвергнуть виновнаго заслуженному наказанію. Совершенно иначе представляется дѣло, когда преступникомъ является спеціалистъ: чѣмъ опытнѣе рука виновнаго, тѣмъ болѣе вѣроятій на успѣхъ преступленія и тѣмъ менѣе шансовъ на его раскрытіе.

послѣдовавшей отъ того смерти беременной приговорилъ ее, согласно 9 и 129 ст., къ высшей мѣрѣ наказанія, назначеннаго въ 1462 ст. Екатеринославская уголовная палата нашла, что такъ какъ изъ дѣла оказывается, что подсудимая, давая абортивныя средства, предвидѣла возможность смерти беременной, то и слѣдуетъ подвергнуть ее отвѣтственности на основаніи 108, 109 и 1448 Улож.; а такъ какъ въ данномъ случаѣ законъ назначаетъ наказаніе по 4 и 5 степени 19 ст., то примѣняясь къ послѣдней части 1461 статьи, назначаетъ это наказаніе именно по 5 степени 19 статьи.

Поэтому то и наше Уложеніе постановляетъ въ 1463 статьѣ, что наказанія, опредѣляемыя въ ст. 1461 и 1462, возвышаются одною степенью, если въ употребленіи средствъ для изгнанія плода беременной женщины изобличаются врачъ, акушеръ, повивальная бабка или аптекарь [95]). Причемъ само собою разумѣется, что такъ какъ здѣсь причина усиленія заключается въ личныхъ качествахъ преступника, то это усиленіе ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть распространено на его соучастниковъ [96]).

Во-2-хъ, такое же усиленіе на одну степень влечетъ фактъ повторенія, или, какъ выражается наше Уложеніе, когда будетъ дознано, что подсудимый былъ уже и прежде виноватъ въ семъ преступленіи. Причемъ также какъ и при дѣтоубійствѣ, Уложеніе отступаетъ отъ основныхъ положеній 131 ст. и вовсе не требуетъ, чтобы подсудимый былъ наказанъ за первое преступленіе, а довольствуется только констатированіемъ виновности.

---

[95]) Того же начала держится французское право. Многіе изъ нѣмецкихъ кодексовъ считаютъ квалифицирующимъ обстоятельствомъ занятіе даннымъ преступленіемъ какъ ремесломъ, какъ напр. Брауншвейгъ, Вюртембергъ, Баденъ, Баварія, причемъ послѣдній признаетъ ремесломъ, если виновный болѣе двухъ разъ совершитъ тоже преступленіе. Особенно интересны въ этомъ отношеніи постановленія сѣверо-германскаго Уложенія § 219 «подлежитъ заключенію въ Zuchthaus отъ 10—15 лѣтъ тотъ, кто беременной женщинѣ изгнавшей или убившей свой плодъ, за какое либо матеріальное вознагражденіе, приготовилъ, доставилъ или примѣнилъ необходимыя средства».

[96]) Иного взгляда держится французскій кассаціонный судъ, который въ рѣшеніи отъ 10 дек. 1835 и 16 іюня 1855 призналъ, что во-1-хъ, это качество лица, какъ вопросъ фактическій, должно быть спеціально обсужено присяжными, и, во-2-хъ, что усиленіе растространяется въ этомъ случаѣ и на соучастниковъ. См. Blanche, в. с., т. IV стр. 702, т. II, № 18.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Убійство на дуэли.

260. Поединокъ или поле встрѣчаются у всѣхъ народовъ въ первичныя времена ихъ юридическаго быта, какъ одна изъ формъ суда Божія.
261. Въ средніе вѣка дуэль появляется въ формѣ самовольной расправы феодальныхъ владѣльцевъ за посягательство на какія либо ихъ личныя права.
262. Репрессивныя мѣры противъ дуэли, признаваемой въ эту эпоху однимъ изъ государственныхъ преступленій.
263. Безсиліе репрессивныхъ мѣръ противъ дуэли.
264. Постановленія о дуэли французскаго права послѣ эпохи великой революціи.
265. Постановленія по этому вопросу нѣмецкихъ кодексовъ.
266. Въ наше право постановленія о дуэли были внесены воинскимъ уставомъ 1716 года и окончательно развились подъ вліяніемъ манифеста 1767 г.
267. Дуэль можетъ быть разсматриваема или на основаніи особеннаго характера самого дѣйствія или, сообразно съ ея послѣдствіями.
268. Лишеніе жизни на дуэли заключаетъ въ себѣ всѣ условія, требуемыя теоріею и закономъ для убійства.
269. Возраженія, дѣлаемыя противъ подобнаго подведенія, не имѣютъ достаточныхъ основаній.
270. Мотивы, опредѣляющіе преступниковъ при поединкѣ, не могутъ уничтожать преступности и наказуемости поединка.
271. Эти мотивы не могутъ даже служить основаніемъ для выдѣленія умерщвленія на дуэли, изъ общаго родоваго понятія убійства.

272. Поводы къ дуэли могутъ вліять только на степень отвѣтственности виновныхъ, и то не въ особенно значительныхъ размѣрахъ.
273. Ученіе о поединкѣ и его видахъ, какъ объ одномъ изъ преступленій противъ жизни и здоровья.
274. Мѣры, клонящіяся къ предупрежденію поединка въ Сводѣ Законовъ.
275. Отвѣтственность за вызовъ и выходъ на поединокъ по нашему дѣйствующему праву.
276. Наказуемость дуэли состоявшейся, но окончившейся безъ кровопролитія.
277. Наказуемость дуэли, сопровождавшейся какимъ либо поврежденіемъ здоровья или смертью.
278. Отвѣтственность другихъ лицъ, участвующихъ въ дуэли.
279. Наказуемость дуэли по воинскому уставу о наказаніяхъ.
280. Опредѣленіе самаго понятія дуэли и ея условій.
281. Особенности системы наказаній, назначаемой за дуэль по нашему Уложенію.
282. Юридическое значеніе, такъ называемой, американской дуэли.

---

260. Если въ исторіи преступленій, разсмотрѣнныхъ мною въ предшествующихъ главахъ, мы видѣли постоянное измѣненіе во взглядахъ, измѣненіе вліявшее и на самый составъ преступленія, то еще болѣе сильныя колебанія и перемѣны находимъ мы въ исторіи дуэли.

Древности вовсе не былъ извѣстенъ этотъ способъ разрѣшенія спора, возникшаго между двумя лицами, разрѣшенія, кончавшагося смертью или поврежденіемъ здоровья одного или обоихъ противниковъ. Не только въ эпохи болѣе отдаленны, но даже и въ Римѣ мы не встрѣчаемъ слѣдовъ поединка, ни въ значеніи судебнаго доказательства, ни въ смыслѣ отмщенія за обиду: такъ какъ этому противорѣчило и самое понятіе ихъ о чести, какъ о политическомъ значеніи лица; и тотъ и другой видъ поединка являются продуктомъ средневѣковой жизни [1]). Правда, что въ римскомъ правѣ мы

[1]) См. болѣе подробныя историческія указанія у E. Cauchy, du duel conrodére dans ses origines et dans l'Etat actuel des moeurs 1846; Fougeroux, de Campigneulles, Histoire des duels, 2 тома, 1836 г. Статьи Миттермайера: Bemerkungen über Duellgesetze und den Zusammenhang derselben mit den Gesetzen über Ehrenverletzungen A. d. Cr. R. III, стр. 336 и сл. Его же. Über den Zweikampf A. d. C. R. VIII, стр. 345 и сл.: Его же Beiträge zur Lehre vom Duell nach dem gemeinen deutschen Strafrechte und den neueren Gesetzgebungen N. A. d. Cr. R. 1834 и сл.; Его же der Gegenwärtige Zustand der Gesetzgebung nnd Rechtsanwendung in Bezug auf den Zweikampf A. d. Cr. R. 1845 Gneist, der Zweikampf und die Germanische Ehre 1848; Abegg Untersuchungen 1840. Бернеръ. Учебникъ. стр. 248. Rosshirt über den Zweikampf N. A. d. Cr. R. III, стр. 453. Указанія на французскую литературу у Tissot. в. с., стр. 44. пр. 2. Вообще же о литературѣ вопроса у Миттермайера въ примѣчаніяхъ къ учебнику Фейербаха § 189.

находимъ терминъ duellum, но онъ былъ равносиленъ понятію bellum, единоборства, о которыхъ намъ говорятъ историческіе памятники, являлись только особою формою войны, когда воюющія стороны предоставляли разрѣшеніе ихъ спора немногимъ воинамъ, выбраннымъ изъ ихъ среды: таковъ напр. извѣстный разсказъ о Гораціяхъ и Куріаціяхъ. Общественный, а не частный интересъ опредѣлялъ подобныя дѣйствія.

Только у народовъ новаго времени, хотя и въ самую отдаленную эпоху ихъ существованія встрѣчаемъ мы понятіе о дуэли, боѣ, поединкѣ, полѣ, подъ различными именами и какъ объ одномъ изъ видовъ судебныхъ доказательствъ и какъ о средствѣ, служащемъ для осуществленія частныхъ интересовъ.

Рѣшая споръ гражданскій, опредѣляя виновность лица, нарушившаго законъ уголовный, общество всегда и вездѣ старалось раскрыть истину, выяснить для себя совершившійся фактъ, убѣдиться возможно полнымъ образомъ въ виновности лица. Но истина всегда бываетъ съ трудомъ распознаваема, раскрытіе ее на основаніи уликъ, отдѣльныхъ указаній, оставленныхъ событіемъ, требуетъ уже значительно развитой способности наблюдать и отвлекать отъ наблюдаемаго, а этой-то способности и не достаетъ первобытному обществу. Для пополненія этого недостатка, оно прибѣгаетъ къ средствамъ

болѣе грубымъ, болѣе наивнымъ, но за то болѣе соотвѣтствующимъ его пониманію, и прежде всего къ помощи и вмѣшательству силъ сверхъестественныхъ. Вѣря въ то, что божество невидимо присутствуетъ при всѣхъ человѣческихъ дѣйствіяхъ, что оно всеблагой источникъ справедливости, каратель кривды и награда правоты, что оно не допуститъ торжествовать лжи и обличитъ истину, оно передаетъ на его судъ, тѣ сокровенныя тайны человѣческихъ дѣйствій, которыхъ оно само постигнуть не можетъ. Оно вѣритъ, что для невиннаго, доказывающаго свою правоту, возможно сдѣлать и вынести все, потому что божество на его сторонѣ, потому что онъ невидимо прикроетъ его своимъ щитомъ, что онъ невредимо пройдетъ сквозь огонь, что на немъ не оставитъ слѣда ни кипящая вода, ни раскаленный металлъ, на которомъ оно стоитъ или въ которую погрузитъ свои руки. Вотъ происхожденіе ордалій или судовъ Божіихъ, явленія общаго всѣмъ народамъ въ первичную эпоху ихъ бытія. Мы найдемъ ихъ у грековъ и римлянъ, у славянъ и германцевъ. Даже христіанство, принятое новыми народами еще въ эпоху ихъ младенчества измѣнило въ этомъ отношеніи форму, а не сущность: мѣсто испытанія огнемъ, желѣзомъ, водою, заняло испытаніе таинствами (въ особенности причащеніемъ) присяга, но и тамъ и тутъ было тоже обращеніе къ всевѣдающему суду Божію Къ числу этихъ ордалій долженъ быть отнесенъ и поединокъ или поле, появляющійся у германцевъ въ VI и VII столѣтіи (Loi Gombette), у насъ въ XII и XII. Присяга въ особенности очистительная, даваемая въ дѣлахъ гражданскихъ истцемъ и отвѣтчикомъ, въ уголовныхъ обвинителемъ и обвиняемымъ, исходящая изъ того предположенія, что Богъ на мѣстѣ покараетъ нечестиваго, осмѣлившагося опираться въ своемъ ложномъ показаніи на его имя, въ скоромъ времени потеряло свою силу; учрежденія соприсяжниковъ, conjuratores, соротниковъ, удостовѣрявшихъ въ добросовѣстности присягавшаго, появившееся также почти повсюду, оказалось несостоятельнымъ, нужно было пріискать новую гарантію справедливости показаній тяжущихся—и этою

гарантіею явилась сила личная показывавшаго, подкрѣпляемаго божествомъ, стоявшимъ за невиннаго, побѣда въ борьбѣ между противниками—была доказательствомъ справедливости.

Такимъ образомъ *судебный поединокъ*, judicium per pugnam, combat judicere, preuve par gages de bataille *является по существу своему ордаліею или судомъ Божіимъ*, и по своей формѣ соотвѣтствовалъ средневѣковому понятію о личности, выходящему изъ положенія: Ein Mann ein Wort, по которому за справедливость своихъ словъ, каждый долженъ былъ жертвовать и своею жизнью.

Но подобно другимъ ордаліямъ и судебный поединокъ не могъ существовать долгое время. Напрасно законъ старался по возможности регламентировать поединокъ, опредѣляя подробно его условія, оружіе, случаи въ которыхъ онъ допускался, лицъ, которыя имѣли право уклониться отъ него, замѣняя себя наймитами и т. д. Съ утратою вѣры въ вмѣшательство божества въ судебные споры, онъ долженъ былъ утратить свое значеніе и духовенство первое, какъ на западѣ, такъ и у насъ подняло свой голосъ противъ этой системы доказательствъ. Уже въ IX столѣтіи третій соборъ въ Валенціи протестовалъ во имя евангелія противъ этой формы доказательствъ, напоминающей собою эпоху варварства, затѣмъ мало по малу исчезаетъ судебный поединокъ въ судахъ духовныхъ, а наконецъ въ ордонансѣ Людовика святаго 1260 (Etablissement de Lois Saint) появляется первое запрещеніе употребленія его въ судахъ свѣтскихъ, такъ что въ западной Европѣ онъ исчезаетъ почти повсюду къ концу XV [2]) и началу XVI столѣтія [3]).

---

[2]) Во французскомъ правѣ мы имѣемъ отъ XIV вѣка уже цѣлый рядъ грамотъ, освободившихъ, въ видѣ *привилегій*, городскія общины и корпораціи, отъ обязанности доказывать на судѣ свои права поединкомъ. Ср. Cauchy, в. с., стр. 84 и сл. Точно также и въ Германіи получаютъ подобныя привилегіи при Фридрихѣ II Нюренбергъ, Франкфуртъ и др.

[3]) Только въ видѣ курьезнаго анахронизма указываютъ на вызовъ сдѣланный Freiherr'омъ von Lisèngen въ 1804—Курфирсту-Гессенскому

Но между тѣмъ самое понятіе о поединкѣ не уничтожается, мы встрѣчаемъ его, какъ я уже замѣтилъ, и въ современныхъ уголовныхъ кодексахъ, но уже совершенно въ иномъ значеніи и смыслѣ, такъ что весьма естественно рождается вопросъ о томъ: существуетъ ли какая либо преемственная связь между поединкомъ какъ судебнымъ доказательствомъ и дуэлью нашего времени?

Въ поединкѣ какъ судебномъ доказательствѣ шла рѣчь о виновности сомнительной, которую нужно было доказывать, мало того, гдѣ доказательства были такъ темны, что приходилось предоставить ихъ оцѣнку всевѣдующему суду божію; въ дуэли, нашего времени по справедливому замѣчанію Коши, нѣтъ и рѣчи о какомъ либо сомнѣніи, неизвѣстности, и обидчикъ и обиженный знаютъ весьма хорошо кто совершилъ фактъ, кто виновникъ оскорбленія. Тамъ поединокъ есть доказательство, на основаніи котораго поставляется рѣшеніе, здѣсь поединокъ есть само рѣшеніе, тамъ поединокъ есть актъ правомѣрный, входящій въ составъ судебнаго разслѣдованія спора, здѣсь актъ самовольнаго захвата судебной власти, частная месть.

Въ силу этого различія и нельзя признать непосредственную связь между поединкомъ, какъ судомъ Божіимъ, и дуелью новаго времени, а для объясненія ея происхожденія приходится обратится къ другой формѣ поединка, также появляющейся въ средніе вѣка, въ эпоху феодализма.

261. Еще Тацитъ, описывая нравы первобытныхъ Германцевъ указывалъ на то, что по ихъ представленію понятіе чести и свободы неразрывно связано съ идеею о правѣ и возможности самому отмщать за всякое нанесенное оскорбленіе. Эта идея осталась въ своей силѣ и въ то время, когда уже бытъ Германцевъ принялъ государственный характеръ, когда сложились феодальныя государства Франціи и Германіи.

въ доказательство его правъ на Инсбергъ, или на случай съ Торнтономъ, бывшій въ Англіи въ 1817. Ср. Gneist, в. с., стр. 16, Коши, т. II, стр. 117.

Однимъ изъ отличительныхъ правъ Сюзрена, въ противоположность вассаламъ, служившихъ признакомъ его самостоятельности, являлась особенная форма судебной расправы за какія либо посягательства, направленныя на его личность и права. Вассалъ шелъ въ подобномъ случаѣ къ Сюзрену и тотъ давалъ ему управу; Сюзренъ шелъ войной на своего обидчика. Испрашивать правосудія у короля — было равносильно признанію полной зависимости отъ него, самовольное отмщеніе за свои обиды—напротивъ того служило признакомъ независимости, суверенности. Здѣсь крылся источникъ bella privata Fehderecht'a, составлявшаго такую яркую особенность среднихъ вѣковъ. Иногда это отмщеніе носило полный характеръ войны, иногда оно велось одинъ, на одинъ въ формѣ боя, поединка, обставленнаго цѣлымъ рядомъ торжественныхъ формъ, выработанныхъ рыцарствомъ.

И такимъ образомъ въ то время, какъ свѣтская и духовная власть начинаютъ возставать противъ поединка, какъ особой формы судебныхъ доказательствъ, *поединокъ появляется и занимаетъ видное мѣсто въ общественной жизни, какъ одна изъ формъ частной мести*, какъ проявленіе Fehderecht.

Но между этими двумя формами поединка, хотя и соединенными во времени, часто смѣшиваемыми въ законодательныхъ памятникахъ, существуетъ и различіе весьма существенное. Судебный поединокъ былъ формою судопроизводства, которою имѣлъ право воспользоваться всякій тяжущійся, всякій обвиненный, дуэль, какъ видъ частной мести, составляла удѣлъ привилегированнаго сословія. Такъ какъ въ этомъ правѣ выражался актъ самостоятельности, то понятно, что это право сдѣлалось удѣломъ лицъ, стоящихъ на верхней ступени общественной іерархіи, да и впослѣдствіи, когда районъ лицъ считавшихъ себя въ правѣ лично мстить обидчику, значительно расширился, оно все таки оставалось удѣломъ привилегированнаго класса, исключительно имѣвшаго право носить оружіе, такъ какъ для него выработалось представленіе о чести, какъ о высшемъ благѣ человѣка, высшемъ нежели сама жизнь, такъ что нападеніе на нее дѣйствительное или даже

только кажущееся — было такимъ зломъ, устранить которое обязанъ былъ всякій всѣми зависящими отъ него средствами.

Далѣе, судебный поединокъ регламентировался закономъ; до того момента, когда его признали не достаточнымъ для разпознанія истины, онъ не только дозволялся, но иногда былъ обязателенъ для тяжущихся, дуэль же съ самаго момента ея появленія являлась актомъ возмущенія противъ королевской власти, преслѣдуемымъ закономъ и потому во Франціи, почти съ момента появленія этой формы поединка, появляются и попытки уничтоженія или по крайней мѣрѣ уменьшенія его [4]); такимъ образомъ напр. запрещаются поединки въ теченіи извѣстнаго срока времени напр. 40 дней (Treve de Dieu), или во время общаго міра, или, чаще, на время войны съ сосѣдними державами.

И изъ этого понятія о правѣ отмщенія за обиду, изъ понятія частной войны и выработалось понятіе о современной дуэли, какъ о боѣ между двумя лицами, по поводу какаго либо оскорбленія одного изъ нихъ, на смертельномъ оружіи, о боѣ, заранѣе условленномъ по отношенію къ мѣсту, времени и способу его выполненія.

262. *Вмѣстѣ съ рыцарскими идеями*, съ турнирами и праздненствами разнаго рода *распространялось по всей Европѣ и это право личнаго отмщенія за обиду*, за всякое уязвленіе чести дѣйствительное или только кажущееся, обхватывая собою все большую и большую массу лицъ и угрожая сдѣлаться страшною язвою для общества или по крайней мѣрѣ для высшихъ его слоевъ. Въ XVI и XVII столѣтіи жертвы предразсудка считались не десятками или сотнями, а тысячами Pierre d'Estoile считаетъ, что въ одной Франціи, въ эпоху царствованія Генриха IV съ 1589 по 1608 погибло на дуэли отъ

[4]) Какъ на переходную форму отъ поля къ дуэли можно указать на Kampfgerichte нѣмецкихъ городовъ, гдѣ судомъ разрѣшалось рыцарямъ—въ случахъ нанесеннаго кому либо оскорбленія, прибѣгать къ защитѣ своей чести оружіемъ.

семи до восьми тысячъ человѣкъ! [5]); въ теченіи первыхъ восьми лѣтъ царствованія Людовика XIV до 4000. А между тѣмъ церковь грозила проклятіемъ, отлученіемъ отъ церкви, лишеніемъ христіанскаго погребенія этимъ нарушителямъ Божіихъ заповѣдей; свѣтская власть карала самыми тяжкими изъ своихъ уголовныхъ наказаній этихъ, какъ выражались французскіе эдикты, transgresseurs des commendaments de Dieu, rebelles au roi, infracteurs des ordonanes, violateurs de la justice, perturbateurs du repos et tranquillité publique, и наконецъ нерѣдко само общество чрезъ представителей своихъ сословій, высказывало свое негодованіе противъ этого варварскаго обычая [6]).

Первая возстала противъ дуэли церковь, примѣняя къ ней постановленія, направленныя нѣкогда противъ судебнаго поединка. Тридентинскій соборъ 1563, предалъ анафемѣ это изобрѣтеніе діавола и приравнялъ дуэлянтовъ убійцамъ. Примѣру церкви послѣдовала прежде всего Франція, а за ней и Германія. Ордонансъ Карла IX, данный въ Moulin въ 1566 г., назначилъ за дуэль смертную казнь; затѣмъ Edit de Blois 1575, призналъ дуэль за crime de lèze majesté, подвергая виновныхъ, какъ было разъяснено подробнѣе ордонансомъ 1599 года, confiscation de corps et de bien, при чемъ это наказаніе назначалось какъ оставшимся въ живыхъ, такъ и мертвымъ, какъ, главнымъ виновникамъ, такъ и другимъ участникамъ дуэли. Наказаніе нерѣдко распространялось (ордонансъ 1609) и на дѣтей виновныхъ, лишавшихся на опредѣленное время дворянскаго званія и права поступать на королевскую службу. Присутствіе при дуэли въ качествѣ простаго зрителя влекло лишеніе должностей и чина, а переносъ вызова на дуэль—конфискацію половины имущества и пожизненное лишеніе свободы, соединенное съ лишеніемъ дворянства. Дуэль не погашалась никакою давностью, даже смерть виновнаго не оста-

[5]) См. Cauchy, в. с., стр. 142, 191.

[6]) Какъ напр. états généraux въ Орлеанѣ, въ 1560; см. Cauchy в. с. стр. 126.

навливала уголовнаго преслѣдованія, такъ какъ здѣсь допускались процессы памяти умершаго; и тѣже постановленія съ небольшими измѣненіями и все болѣе и болѣе увеличивающеюся жестокостью повторяются и въ позднѣйшія царствованія Людовика XIII (ордонансъ 1623), а въ особенности Людовика XIV, гдѣ они достигаютъ, такъ сказать, своего кульминаціоннаго пункта [7]), въ его знаменитомъ эдиктѣ о дуэляхъ 1679 (édit des duelles). Въ Германіи подобныя же кровавыя постановленія противъ дуэли появились немного позднѣе, въ эпоху тридцатилѣтней войны, во время которой обычай дуэли получилъ огромные распространеніе во всей странѣ. Имперскимъ постановленіемъ 1668 г. дуэль была объявлена тяжкимъ преступленіемъ, а въ цѣломъ рядѣ указовъ, Duellmandate, которыми переполненъ конецъ XVII и XVIII столѣтія, для виновныхъ назначалось то же наказаніе, какъ и въ эдиктахъ королей французскихъ. Смертная казнь, конфискація имущества, лишеніе христіанскаго погребенія, исполненіе обряда смертной казни надъ трупами, были обыкновенными наказаніями за дуэль, кончившеюся смертью одного изъ противниковъ. За простой вызовъ на дуэль или за выходъ на поединокъ, хотя бы онъ и не сопровождался никакими послѣдствіями, виновный подлежалъ лишенію чести, изгнанію изъ страны, а иногда тѣлесному наказанію и даже смертной казни, причемъ равному наказанію подлежали и секунданты и картельтрегеры [8]).

263. Но *эта возрастающая жестокость правосудія* и еще съ большею прогрессіею увеличивающееся число дуэлей *невольно указывали на несостоятельность самого основнаго поло-*

[7]) Любопытно, что однимъ изъ обыкновенныхъ наказаній за дуэль было не только лишеніе правъ, но и чести, въ особенности для секундантовъ (édit 1626). Государство забывало, что честь создается обществомъ, а оно напротивъ считало безчестнымъ того, кто отказывался отъ дуэли.

[8]) Ср. Бернеръ, Учебникъ, 252, Gneist, в. с., стр. 2—4, а въ особенности Миттермайеръ въ вышеуказанныхъ статьяхъ.

женія, принятаго въ кодексахъ. Законъ, назначая чрезмѣрно строгія наказанія, вызывалъ на практикѣ послѣдствія наиболѣе вредныя съ точки зрѣнія уголовной политики, его постановленія слишкомъ часто замѣнялись королевскимъ помилованіемъ, возмущавшимъ народное чувство справедливости и поселявшимъ пагубную надежду на прощенія и безнаказанность [9]). Законъ объявляетъ дуэлянтовъ врагами государства и общества, религія признаетъ ихъ поступокъ грѣхомъ смертнымъ и въ тоже время Jacque de Quélus въ 1578, бывшій зачинщикомъ ссоры и погибшій на дуэли, получаетъ погребальныя почести, надлежащія принцамъ крови, потому только, что онъ былъ любимцемъ короля; Карлъ V самъ вызываетъ Франциска I-го, Карлъ IX шведскій — Христіана IV короля Даніи; принцы крови, государственные сановники и т. п., однимъ словомъ, тѣ, которые должны бы были подавать примѣръ уваженія къ закону, всего чаще фигурируетъ въ качествѣ участниковъ дуэли, и даже нерѣдко простаго убійства изъ-за угла, скрывавшагося подъ именемъ rencontre, гарантируя своимъ именемъ и положеніемъ свою безнаказанность. И вотъ мы видимъ то поражающее явленіе, что въ Германіи дуэльмандаты въ XVII и XVIII столѣтіи считаются буквально сотнями, во Франціи эдикты слѣдуютъ чуть ли не черезъ годъ, самою своею многочисленностью громко заявляя о своей несостоятельности, заявляя о томъ, что источникъ, этого обычая коренится глубже, нежели можетъ дѣйствовать угроза закона уголовнаго, коренится во-1-хъ, въ развитомъ до болѣзненности чувствѣ самолюбія point d'honneur), заставлявшемъ считать всякій намекъ, колкое слово, неприличное дѣйствіе, оставшееся не смытымъ кровью обидчика, такимъ неизгладимымъ позоромъ, пятномъ,

[9]) Въ царствованіе одного Генриха IV состоялось около семи тысячъ указовъ о помилованіи (lettres de grâces). Не смотря на то, что въ каждомъ эдиктѣ обыкновенно прибавлялось, что король ни въ какомъ случаѣ не помилуетъ ослушниковъ его воли. Только при Людовикѣ XIV дѣйствительно примѣненіе королевскаго прощенія къ участникамъ дуэли сдѣлалось болѣе рѣдкимъ явленіемъ.

распространявшимся и на всю семью, сравнительно съ которымъ никакое наказаніе не могло быть достаточно сильно; а во-2-хъ, въ недостаточности постановленій о преступленіяхъ противъ чести. Эту тѣсную связь между дуэлью и постановленіями объ обидахъ понимали и законодатели того времени и обыкновенно рядомъ съ дуэлью трактовали и объ оскорбленіяхъ, но они ошибались только въ томъ, что источникомъ недостаточности этихъ постановленій считали незначительность наказаній, за нихъ назначенныхъ, и напрасно усиливали эту отвѣтственность. Источникъ недовольства заключался главнымъ образомъ въ недостаткахъ самого процесса письменнаго, обремененнаго безчисленными формальностями, длящагося иногда въ теченіи слишкомъ долгаго времени, когда уже прошла горечь обиды, или когда слишкомъ долгая безнаказанность обидчика сдѣлала обиду невыносимою; онъ заключался, далѣе, въ противоположности воззрѣній на честь между легистами (hommes des lois) и дворянствомъ (hommes d'épée), въ особенности въ трудности для лицъ, взросшихъ въ преданіяхъ римскаго права, привыкшихъ къ постоянному повиновенію закону, оцѣнить щепетильность и чрезмѣрное самолюбіе аристократіи, такъ какъ и вообще возстановленіе объективнаго состава обиды представляется весьма затруднительнымъ [10]).

Такимъ образомъ сложилось и упорно держалось основное положеніе, высказываемое защитниками дуэли и такимъ образомъ формулированное Гнейстомъ: [11]).

«Существуетъ мое право, обладаніе которымъ не защищаетъ и не можетъ защищать государство, а между тѣмъ его нарушеніе не можетъ быть побѣждено одними только

[10]) Этому думали помочь устройствомъ судовъ чести еще въ 1602 г., эдиктомъ Генриха IV, но безуспѣшно. Также несостоятельно оказалось и учрежденіе le Tribunal des mareschaux, окончательно регулированное эдиктомъ 1679. Въ этомъ эдиктѣ было сдѣлано весьма любопытное дѣленіе обидъ на шесть классовъ, смотря по ихъ важности. См. Cauchy, в. с., стр. 212.

[11]) В. с., стр. 20.

нравственными средствами или страданіемъ и терпѣніемъ. И подобно тому, какъ государство поражаетъ неправду силою, имѣю и я право дѣйствовать въ моей сферѣ, въ области моей частной чести. Здѣсь заключается мое старое, унаслѣдованное право, несравненно болѣе древнее, чѣмъ новый государственный организмъ: отказаться отъ этого права было бы низостью. Кто терпитъ обиду, не воздавая обидчику, тотъ или долженъ чувствовать себя виновнымъ, или притупилось у него чувство чести, или нѣтъ у него сердца въ тѣлѣ, или боится онъ смерти и увѣчья. Что же остается мнѣ? Съ шпагой въ рукѣ принудить похитителя моей чести снова возвратить мнѣ ее, биться со мною и побѣдить или умереть. Если я побѣдилъ, то моя честь свободна отъ всякаго пятна, а палъ я побѣжденнымъ—я омылъ мою честь моей кровью, потому что лучше разстанусь я съ жизнью, чѣмъ съ честью».

Въ такомъ положеніи оставался вопросъ до конца XVIII в., съ котораго ведутъ свое начало современные кодексы. Съ одной стороны драконовскіе законы противъ дуэли, съ другой—безпрерывный рядъ ихъ нарушеній и безнаказанность большинства нарушителей, имѣвшихъ почему либо возможность воспользоваться королевскою милостью, или еще проще пользующихся благодѣяніями лицъ, окружающихъ тронъ, королевскихъ фаворитовъ.

264. Казалось, что великая революція, измѣняя не только внѣшнюю организацію общественнаго строя, но и самые основы его существованія, должна была отразиться и на дуэли; казалось, что съ уничтоженіемъ сословнаго различія, съ паденіемъ дворянства и его отжившихъ преданій и привилегій долженъ былъ уничтожиться и этотъ остатокъ феодальныхъ временъ. Такъ думали дѣйствительно и современники великаго переворота. При избраніи депутатовъ въ общее собраніе трехъ сословій (états generaux) 1789 года, въ наказахъ, данныхъ ими избирателямъ, дворянство совершенно умалчивало о дуэли; духовенство повсемѣстно (19 baillages) требовало удержанія прежнихъ законовъ, но изъ третьяго сосло-

вія только 56 baillages пристало къ мнѣнію духовенства, а 98 высказали желаніе уничтожить существующую репрессивную систему противъ дуэли, выражая свою надежду, что съ успѣхами просвѣщенія и съ распространеніемъ истиннаго народнаго образованія, народы сами придутъ къ тому убѣжденію, что убійство себѣ подобнаго есть преступленіе, а не требованіе чести. Тотъ же взглядъ господствовалъ и въ національномъ собраніи, не смотря на многіе адресы, полученные имъ отъ Парижа и провинцій, не смотря даже на дуэль, бывшую въ средѣ самаго собранія между Ламетомъ и Кастри. Поэтому, хотя въ проектѣ Уложенія 1791 года и была назначена за выходъ на дуэль выставка у позорнаго столба въ теченіе двухъ часовъ въ полномъ рыцарскомъ одѣяніи, а затѣмъ заключеніе въ домѣ умалишенныхъ [12]) на два года, а въ случаѣ лишенія одного изъ противниковъ жизни, peine de cachot на 12 лѣтъ, но эти постановленія были совершенно опущены какъ въ окончательномъ проектѣ, представленномъ собранію, такъ и въ самомъ кодексѣ. Мало того, при обсужденіи въ собраніи и въ при разсматриваніи его постановленій объ убійствѣ наказуемомъ и не наказуемомъ, всего ближе соприкасающихся съ даннымъ вопросомъ, о дуэли не было упомянуто. И это умолчаніе закона, въ виду того, что кодексами 1791 года были уничтожены всѣ спеціальныя постановленія о дуэли, въ виду декрета собранія отъ 17 сентября 1792, прекращавшаго всякія преслѣдованія по процессамъ этого рода, было понято большинствомъ французскихъ криминалистовъ въ томъ смыслѣ, что дуэль не считается болѣе дѣяніемъ, запрещеннымъ закономъ [13]). Точно также полное молчаніе по вопросу о дуэли царствовало, какъ въ кодексѣ 1810, такъ и въ его мотивахъ, представленныхъ законода-

[12]) Это же начало проводилось въ законодательствахъ Сѣверо-Американскихъ Штатовъ. Ср. Гнейстъ, в. с., стр. 9.

[13]) См. Cauck, Эли, Merlin; таково же было и мнѣніе магистратуры въ эпоху директоріи и консульства. Противнаго мнѣнія, а именно, что кодексъ 1791 г. смотритъ на дуэль, какъ на убійство — Dupin, Blanche, Etudes pratiques, t IV, № 720.

тельному корпусу, комиссіею его составлявшею; только докладчикъ Monseignat въ самомъ засѣданіи объяснилъ, что этотъ пропускъ сдѣланъ на томъ основаніи, что подобные случаи обнимаются общими постановленіями объ убійствѣ, такъ какъ и убійство на дуэли можетъ быть, смотря по обстоятельствамъ дѣла, разсматриваемо или какъ homicide excusable ou legitime, или какъ meurtre или даже какъ assassinat. Причемъ онъ выразилъ надежду, что улучшеніе нравовъ будетъ содѣйствовать искорененію подобнаго гибельнаго предразсудка. Это заявленіе докладчика не встрѣтило возраженій среди собранія и, слѣдовательно, было какъ бы принято ими единогласно; и дѣйствительно, во всю эпоху имперіи магистратура считала убійство на дуэли однимъ изъ видовъ лишенія жизни, хотя нельзя не прибавить, что обыкновенно обвиненіе этого рода влекло за собою оправдательный приговоръ присяжныхъ [14]). Но, начиная съ эпохи реставраціи въ рѣшеніяхъ верховнаго кассаціоннаго суда появляется иная система толкованія закона. Судъ рѣшеніемъ отъ 8 апрѣля 1819, призналъ, что такъ какъ дуэль не заключаетъ въ себѣ ни вѣроломства, ни даже беззаконности (déloyauté), которыя предполагаются при assassinat, то постановленія ст. 304 code pénal не могутъ быть распространяемы на случаи этого рода, и что пропускъ, являющійся такимъ образомъ въ законѣ, можетъ быть пополненъ путемъ законодательнымъ, а не судебною практикою. Этого воззрѣнія кассаціонный судъ держится въ теченіи 19 лѣтъ, подтверждая его неоднократно въ своихъ рѣшеніяхъ [15]). Только 1837 годъ представляетъ

[14]) См. Cauchy, в. с., стр. 280 и сл.

[15]) Эли в. с., т. III, № 1115 цитируетъ до 11 рѣшеній; см. также Бланшъ, в. с., т. IV, № 572, Cauchy, в. с., стр. 307. Онъ совершенно вѣрно объясняетъ эту практику не столько юридическими соображеніями, сколько требованіями гуманности, не допускавшей назначенія за убійство смертной казни или пожизненной каторги. Соотвѣтственно этому рѣшенію законодательнымъ палатамъ былъ въ это время представленъ рядъ проектовъ законовъ о дуэли, какъ то Pasquier въ 1819; comte Portalis 1829, Courvoisier въ 1830 г.

поворотный пунктъ [16]). 22 іюня 1837 г. въ уголовномъ департаментѣ кассаціоннаго суда слушалось дѣло Пессана, обвинявшагося въ убійствѣ на дуэли г. Барона и оправданнаго окружнымъ судомъ за неимѣніемъ закона, запрещающаго дѣянія этого рода. Заключеніе давалъ оберъ-прокуроръ Dupin, и это заключеніе было однимъ изъ наиболѣе краснорѣчивыхъ и замѣчательныхъ его произведеній; онъ пошелъ въ разрѣзъ со всею предшествовавшею практикою и съ неумолимою юридическою логикою доказалъ всю шаткость и несостоятельность доводовъ, на которые опиралось рѣшеніе суда 1819 года, доказалъ, что въ дуэли нужно имѣть въ виду только ея послѣдствія, а потому законодательству вовсе и не нужно было дѣлать какія либо спеціальныя постановленія объ этомъ преступленіи, такъ какъ оно вполнѣ подходитъ подъ понятіе убійства или поврежденія здоровья и что таково было дѣйствительно намѣреніе законодателя въ 1810. Это толкованіе было принято департаментомъ, затѣмъ повторено въ рѣшеніи общаго собранія департаментовъ 15 декабря 1837 и удержалось до настоящаго времени [17]), хотя и вызывало

[16]) Но уже въ 1827 году кассаціонный судъ призналъ, что убійство на дуэли создаетъ обязанность къ уплатѣ dommages-interêts семьѣ убитаго. Интересно, что въ Бельгіи уже въ 1835 г. кассаціонный судъ далъ такое же толкованіе постановленіямъ объ убійствѣ, какъ французскій въ 1837 г. Это толкованіе продержалось, впрочемъ, въ силѣ только до закона 8 января 1841 года., сохранившагося и въ нынѣшнемъ кодексѣ 1867 года, art 423—434. Законъ даже въ томъ случаѣ, гдѣ дуэль окончилась смертью одного изъ противниковъ, назначаетъ для виновнаго тюремное заключеніе отъ 1 года до 5 лѣтъ и штрафъ отъ 2 тысячъ франковъ до 10,000.

[17]) См. у Эли в. с., т. III № 1125 пр. 2 и 1130 пр. 1 цѣлый рядъ подобныхъ рѣшеній. Самъ Эли обращаетъ главное вниманіе на самое дѣйствіе, а не на его послѣдствія и съ этой стороны сильно критикуетъ новую практику кассаціоннаго суда. См. также Миттермайеръ в. с., A. d. Cr. R B VIII стр. 455, пр. 15. Защитники толкованія 1837 года указываютъ между прочимъ на число обвиненій въ убійствѣ на дуэли до 1837 г. и послѣ него: 1827—19; 1828—29; 1829—13; 1830—20; 1831—25; 1832—28; 1833—32; 1834—23; 1839—6; 1840—3; 1841—6; 1842—7; 1843—6.

постоянно противъ себя возраженія почти всѣхъ лучшихъ французскихъ криминалистовъ, указывающихъ, впрочемъ, главнымъ образомъ не на то, что дуэль нельзя подвести подъ постановленія закона объ убійствѣ, а на то, что ее нельзя приравнять по наказуемости ни къ assassinat, ни къ meurtre. Во всякомъ случаѣ нельзя не сказать, что теорія Дюпена совершенно согласна съ кодексомъ 1810 года, въ особенности въ виду приведеннаго выше заявленія Monseignat, а на сколько этотъ взглядъ правиленъ съ теоретической стороны, я постараюсь разобрать далѣе [18]).

265. Иной путь выбрали большинство новѣйшихъ нѣмецкихъ кодексовъ. Еще Algemeines preussisches Landrecht смотрѣло на дуэль въ смыслѣ дуель мандатовъ прошлаго столѣтія и назначало колесованіе, если поединокъ окончился смертью и пожизненное или десятилѣтнее заключеніе въ крѣпость, если этого послѣдствія не было. Но съ начала нынѣшняго столѣтія взглядъ на это преступленіе круто измѣняется: на первый планъ выдвигаются не послѣдствія, а самое дѣяніе. Фейербахъ въ своемъ учебникѣ (§ 189 по изданію 1848) внесъ его въ число самоуправствъ, какъ особый квалифицированный видъ. Баварское Уложеніе 1813 г. вовсе умалчиваетъ о дуэли; кодексы Вюртембергскій, § 201—205, Брауншвейгскій § 119—122 и Ново-Баварскій 1861 § 162—168, относятъ ее къ числу самоуправныхъ дѣйствій, къ преступленіямъ, направленнымъ противъ судебной власти государства. Кодексы Пруссіи § 164—174, Бадена, § 326 — 334 Саксоніи § 248—258 и Сѣверо-Германскій кодексъ § 201—210, хотя и оставляютъ дуэль въ числѣ преступленій, направленныхъ на

[18]) Англія также не знаетъ особыхъ постановленій о дуэли и подводитъ эти случаи подъ общее понятіе объ убійствѣ, но при этомъ не надо забывать, что законъ даетъ судьѣ право выбора между долго срочнымъ лишеніемъ свободы и денежнымъ штрафомъ. Ср. также Caschy II стр. 117 и сл.. Также смотритъ и большинство Сѣверо-Американскихъ Штатовъ за исключеніемъ кодекса Луизіана, который содержитъ особыя спеціальныя постановленія о дуэли.

права частныхъ лицъ, но относятъ ее уже не къ преступленіямъ противъ жизни, а ставятъ, какъ отдѣльный видъ, непосредственно послѣ обидъ [19]), и только Австрія, также выдѣляя данное дѣяніе въ особую главу, ставитъ его рядомъ съ преступленіями противъ жизни и здоровья.

266. Что касается до нашего права, то также какъ и на западѣ видимъ мы въ средніе вѣка возникновеніе поединка, какъ особаго, позднѣйшаго вида суда Божія [20]). Въ четырнадцатомъ и пятнадцатомъ столѣтіи этотъ видъ судебныхъ доказательствъ достигаетъ своего апогея, за тѣмъ, не смотря на постоянное противодѣйствіе церкви держится до конца XVI вѣка, получая только строгую регламентацію закона, и наконецъ исчезаетъ безслѣдно, исчезаетъ по тѣмъ же причинамъ, какъ и на западѣ. Но если съ этой стороны исторія нашего права сходна съ исторіею права западныхъ народовъ, за то она отличается въ томъ, что у насъ не находимъ мы другой формы поединка, какъ особаго вида частной войны, какъ акта самоуправнаго мщенія. Не создала древняя Русь феодальныхъ отношеній, не выработала она идеи личности, всѣмъ жертвующей за свою неприкосновеность; служилая честь, счетъ мѣстомъ и родомъ, единственно извѣстная нашей древней аристократіи, не имѣла въ себѣ достаточно элементовъ, что бы выработать понятіе о самосудѣ, какъ признакѣ самостоятельности; не было у насъ ни феодализма, ни рыцарства, не знало наше право и дуэли.

Только подъ вліяніемъ иноземнаго законодательства вносятся къ намъ и постановленія о поединкѣ. Издавая саксонскія права, подъ именемъ Воинскаго устава, Петръ Великій переносилъ къ намъ вмѣстѣ съ ними и постановленія о поединкахъ (duell mandaten). Въ этомъ отношеніи наше уголов-

[19]) Почему нѣкоторые изъ нихъ и считаютъ поединокъ оконченнымъ, какъ скоро противники употребили въ дѣло оружіе. Баденъ § 327.

[20]) Относительно эпохи возникновленія у насъ поединка см. Пахманъ, о судебныхъ доказательствахъ, 1851 стр. 111 и сл. и прим. 1 на стр. 111. Дмитріевъ, исторія судебныхъ инстанцій 1859 стр. 243.

ное право представило любопытное явленіе. Прежде чемъ появилось въ обществѣ извѣстное дѣяніе, вредящее общественному порядку, законъ уже запрещаетъ его подъ страхомъ уголовной отвѣтственности; создаются правовыя нормы прежде чѣмъ являются самыя отношенія, которыя должны быть ими нормируемы. Въ обществѣ, если и встрѣчались случаи самовольной расправы, то совершались они при помощи кулака, если и была рѣчь о бояхъ и побойщахъ, то о бояхъ кулачныхъ, стѣной на стѣну, съ дубинами и ослопами, а въ законѣ говорилось и о картель-трегерахъ и о секундантахъ и т. п. Развѣ только между иноземцами, появлявшимися въ рядахъ нашего войска, можно было встрѣтить попытки расправы въ западномъ смыслѣ, но это были явленія слишкомъ исключительныя, разрозненныя, а между тѣмъ Воинскій Артикулъ придалъ дуэли, даже и то значеніе которое оно имѣло въ XVII вѣкѣ на западѣ, также смотрѣлъ на ее какъ на величайшее общественное зло, какъ на возстаніе противъ правъ и власти державнаго монарха.

При этомъ, подобно саксонскимъ правамъ, воинскій артикулъ обращалъ вниманіе не только на дуэль, но и на ея источники—преступленія противъ чести; и рядомъ съ жестокими репресивными мѣрами противъ поединка, ставитъ такія же относительно обидъ, проводя въ этомъ отношеніи начало возмездія и подвергая обидчика позорящимъ наказаніямъ разнаго рода, лишая его чиновъ, почетныхъ званій и т. п.. «Ежели кто кого ударитъ по щекѣ, онаго предъ всею ротою профосъ имѣетъ такожь ударить и къ тому еще по разсмотрѣнію наказанъ быть имѣетъ» (арт. 145), если кто ножемъ ударитъ того рука прибивается къ висилицѣ тѣмъ ножемъ или гвоздемъ, на одинъ часъ; кто обнажитъ шпагу, подыметъ пистолетъ или ударитъ палкою, тотъ приговаривается къ отсѣченію руки; получившій обиду долженъ принести командиру жалобу, а если этимъ пренебрежетъ, то самъ долженъ быть наказанъ (147), если бы одинъ выбранилъ другаго поносными словами, съ намѣреніемъ повредить его честному имени, то обязанъ предъ обиженнымъ и предъ судомъ объявить, что

солгалъ и подвергнуться тюремному заключенію на полгода, а если не объявитъ что солгалъ, то подвергается строжайшему взысканію.

«Но если, говоритъ Воинскій Артикулъ, кто, наше попеченіе сіе презритъ, наше учрежденіе нарушитъ, и на дуэль кого вызоветъ, равно какъ и тотъ кто цидулку и письменный вызовъ отъ вызывателя принимаетъ, будетъ лишенъ чиновъ и достоинствъ, будетъ объявленъ негодяемъ (untüchtig) и подлежитъ не полной конфискаціи. Это наказаніе распространяется и на лицъ, обѣщавшихъ быть секундантами и на тѣхъ, которые увѣдали и надлежащимъ образомъ извѣстились, но не донесли.

Если же вышли и обнажили шпаги, но были розняты другими, то смертная казнь и конфискація, а если они разошлись по добровольному раскаянію, то жестокое наказаніе по усмотрѣнію суда. (Arbitrer Strafen).

Если же начнутъ биться и будетъ кто убитъ или раненъ, то безъ милости повѣшены будутъ.

Но предвидя, что въ нашемъ обществѣ, которому были совершенно чужды эти иностранные порядки, этотъ бой съ строго регламентированными правилами, создавшимися подъ вліяніемъ издавна идущихъ обычаевъ, постановленія устава легко могли быть обойдены, такъ что многіе будутъ исполнять поединокъ подъ видомъ драки, будто немедленно послѣ обиды учинившейся или выполнятъ его съ нарушеніемъ правилъ, напр. безъ равнаго числа секундантовъ, или на неровномъ оружіи, Петръ добавилъ, что и таковая драка будетъ почитаться за поединокъ» [21]).

Еще энергичнѣе въ этомъ отношеніи постановленія 2 раздѣла воинскаго артикула, гдѣ въ главѣ XVII, арт. 139 сказано, что какъ вызыватель, такъ кто и выдетъ имѣетъ быть казненъ, а именно—повѣшенъ, хотя кто изъ нихъ будетъ раненъ или умерщвленъ, или хотя оба не ранены отъ того отойдутъ. И ежели случится, что оба или одинъ изъ нихъ

[21]) Тоже повторено и въ морскомъ уставѣ.

въ такомъ поединкѣ останется, то ихъ и по смерти за ноги повѣсить.

Совершенно иную систему находимъ мы въ манифестѣ о поединкахъ 1787 года и въ сводѣ законовъ 1832 года, ст. 381 и сл., въ который цѣликомъ вошли постановленія этого манифеста. Манифестъ, объявляя также, что поединки не могутъ быть допущены ни въ одномъ благоустроенномъ обществѣ, а тѣмъ болѣе у насъ, такъ какъ они не суть отъ предковъ полученные, но перенятые, нанесенные, чуждые, обращаетъ главное вниманіе прежде всего на необходимость введенія правильной системы законоположеній о преступленіяхъ противъ чести. Въ этомъ отношеніи манифестъ въ противоположность воинскому уставу возлагаетъ надежды не на жестокость наказаній, но на правильное устройство судопроизводства по дѣламъ этого рода, на единство понятій о чести въ лицахъ рѣшающихъ и ссорящихся, такъ какъ дѣло объ обидахъ подчинялось вѣдѣнію общихъ сословныхъ судовъ, отдѣльно для каждаго сословія учрежденныхъ, и на предполагаемомъ имъ учрежденіи надежныхъ и посредниковъ по каждому дѣлу. Но такъ какъ эти постановленія, перейдя въ т. XIV Свода Законовъ, остались дѣйствующими и понынѣ, то я и разсмотрю ихъ впослѣдствіи. Что касается до мѣръ репресивныхъ, относящихся къ дуэли, то они, хотя также перешли въ сводъ законовъ 1832 года, но просуществовали только до Уложенія 1845 года [22]).

За вызовъ и выходъ на поединокъ назначалось неопредѣленное наказаніе: «яко ослушнику законовъ и долженъ уплатить судебное безчестье судьѣ, котораго судъ онъ презрѣлъ.»

Обидчикъ, начавшій поединокъ и обнажившій оружіе, судится яко нарушитель міра и спокойствія и подвергается лишенію всѣхъ правъ и ссылкѣ въ Сибирь на вѣчное житье.

А если вызвавшій нанесетъ раны, увѣчья и убійство, то

[22]) Проектъ 1813 г. ст. 340 также помѣщалъ убійство на дуэли въ число смертоубійствъ. Также поступалъ и Сводъ, ставя дуэль между постановленіями объ убійствѣ и поврежденіи здоровья.

судится какъ за умышленное произведеніе этихъ послѣдствій.

Примирители, посредники или секунданты, не успѣвшіе въ примиреніи и допустившіе до поединка, не объявивъ начальству, судятся какъ участники поединка, и наказываются по мѣрѣ учиненнаго вреда, т. е. какъ соучастники убійства, поврежденія здоровья и т. п.

Приэтомъ эти постановленія, хотя и говорили только объ оскорбителѣ или вызвавшемъ, не упоминая о вызванномъ, но очевидно подразумѣвали и послѣднихъ, что вытекаетъ какъ изъ существа дѣла, такъ и изъ постановленій ст. 387, назначающей наказаніе для посредниковъ равное съ учинившими поединокъ.

Уложеніе нынѣ дѣйствующее, хотя существенно измѣнило систему Свода, но однако сохранило для дуэли то же мѣсто, которое оно занимало въ Сводѣ, и помѣстило его въ раздѣлѣ X, трактующемъ о преступленіяхъ противъ жизни, здоровья и т. п. частныхъ лицъ, отведя ему особую главу четвертую, между преступленіями противъ здоровья и преступнымъ оставленіемъ въ опасности.

При этомъ редакторы Уложенія высказали въ объясненіяхъ къ проекту.

Что постановленія о поединкѣ взяты изъ старыхъ законовъ съ слѣдующими видоизмѣненіями: 1) точно опредѣлены наказанія, 2) взяты наказанія близкія къ употребляющимся въ военной службѣ, потому что участвуютъ въ немъ по большей части люди военные; 3) при опредѣленіи мѣры различены вызвавшій отъ вызваннаго; 4) опредѣлены особыя наказанія за нѣкоторые роды поединка, какъ напр. за поединокъ на смерть, поединокъ безъ свидѣтелей и тѣмъ болѣе за убійство или нанесеніе ранъ въ поединкѣ измѣнническимъ образомъ.

267. Такимъ образомъ наше Уложеніе занимаетъ какъ бы среднее мѣсто между кодексомъ французскимъ, сообразно съ новымъ толкованіемъ его кассаціоннымъ департаментомъ и большинствомъ нѣмецкихъ законодательствъ. Но прежде чѣмъ я перейду къ анализу постановленій Уложенія, я считаю необходимымъ разобрать самую исходную точку, съ которой можетъ быть разсматриваемъ поединокъ, такъ какъ этимъ путемъ мы можемъ получить основанія для оцѣнки условій самого состава этого преступленія.

Дуэль разсматривается какъ въ правѣ положительномъ такъ и въ теоріи двояко: или на основаніи характера самаго дѣйствія или сообразно съ послѣдствіями проистекающими отъ этого дѣйствія.

Эту вторую точку зрѣнія выставило еще каноническое право, оно обратило вниманіе на то, что человѣкъ желающій омыть кровью нанесенное ему оскорбленіе дѣйствительное или мнимое, имѣетъ въ виду нанести, примѣняясь къ юридическимъ понятіямъ, или увѣчье или смерть, и что поэтому дуэль можетъ быть приравнимаема или убійству или поврежденію здоровья, а тѣ особенныя условія, которыми обставляется этотъ видъ посягательства на жизнь и здоровье, могутъ вліять только на мѣру отвѣтственности, и это возрѣніе раздѣлялось большинствомъ средневѣковыхъ кодексовъ и сохранилось хотя и въ немногихъ законахъ еще и по нынѣ. При чемъ дуэль разсматривается или какъ привилегированный видъ убійства, напр. въ нашемъ дѣйствующемъ Уложеніи, когда обращается вниманіе на особенный характеръ побужденій и мотивовъ ее вызвавшихъ или просто приравнивается къ убійству, какъ дѣлаетъ это современная французская практика.

Но это рѣшеніе французскаго кассаціоннаго суда вызвало противъ себя цѣлую бурю между криминалистами, находившими подобное толкованіе не только слишкомъ не гуманнымъ, но и не вѣрнымъ теоретически; точно также и даже еще болѣе возстаетъ противъ этого взгляда и нѣмецкая доктрина. Бернеръ въ своемъ учебникѣ говоритъ по поводу проекта 1668, приравнивавшаго дуэль къ убійству: «безсмысленный проектъ, ибо нѣтъ ничего глупѣе, какъ ставить дуэль на одну доску съ убійствомъ предумышленнымъ, или совершеннымъ въ запальчивости и раздраженіи.» Идя послѣдовательно, доктрина не придаетъ значенія и самому характеру послѣдствій. Бернеръ, разбирая далѣе систему новѣйшихъ законодательствъ,

степенящихъ наказаніе сообразно съ кровавыми послѣдствіями поединка, прибавляетъ: «ежели мы не будетъ упускать изъ вида особенный характеръ дуэли, то раны и даже смерть, происшедшая отъ поединка, какъ болѣе или менѣе случайное его послѣдствіе, не могутъ имѣть такого значительнаго вліянія на усиленіе наказанія.» И то же начало проводятъ и другіе теоретики, какъ Гнейстъ, Гельшнеръ. На первый планъ выдвигается такимъ образомъ доктриною самое дѣйствіе, т. е. самовольная расправа за обиду, нанесенную дѣйствующему, расправа, устраняющая всякую помощь и вмѣшательство государства [23]). Правда, что и этотъ взглядъ также не новъ, средневѣковые законодательства Франціи и Германіи, нашъ войнскій уставъ 1716 года, также придавали главное значеніе самому дѣйствію, а не его послѣдствіямъ, такъ какъ дуэль разсматривалась какъ проявленіе частной мести, какъ актъ самоуправства, но тогда это обстоятельство отягощало участь преступника, потому что въ немъ видѣли посягательство на одно изъ правъ власти верховной, возводящее дуэль въ разрядъ преступленій государственныхъ, а теперь низводятъ ее въ разрядъ низшихъ преступленій, противъ порядка управленія, а именно противъ власти судебной, ставя ее наравнѣ съ самоуправствомъ, лжесвидѣтельствомъ и т. д.

Можно ли такимъ образомъ смотрѣть на лишеніе жизни на дуэли, какъ на одинъ изъ видовъ убійства, можно ли трактовать объ этомъ преступленіи рядомъ съ убійствомъ, лишеніемъ здоровья и т. п., какъ дѣлаетъ это наше Уложеніе, или нужно перенести его въ раздѣлъ, трактующій о нарушеніяхъ порядка управленія, какъ требуетъ новѣйшая доктрина?

268. Несмотря на авторитетъ цѣлаго ряда ученыхъ, защищающихъ второе мнѣніе, *я считаю болѣе правильнымъ взглядъ нашего Уложенія*, взглядъ высказанный еще въ манифестѣ 1787 г. и общій въ то время большинству кодексовъ; доказательства же моего мнѣнія я постараюсь вывести

[23]) См. также Миттермайеръ zu Feuerbach § 190 пр. IV.

изъсамаго анализа состава убійства, сопоставляя его съ понятіемъ дуэли, а затѣмъ подробно разберу тѣ возраженія, которыя приводятъ противъ подобнаго подведенія защитники противнаго мнѣнія.

Законъ и теорія опредѣляютъ убійство, какъ сознаваемое, волимое и противозаконное лишеніе кого либо жизни, такъ что для его состава необходимо, чтобы виновный составилъ планъ лишенія кого либо жизни, чтобы ради выполненія этого плана онъ совершилъ какое либо дѣйствіе, чрезъ которое дѣйствительно его намѣреніе и осуществилось и, чтобы притомъ, совершая это дѣйствіе, онъ не находился въ своемъ правѣ. Существуютъ ли эти условія при убійствѣ въ дуэли?

А вызываетъ Б на дуэль (или принимаетъ вызовъ, это безразлично), отыскиваетъ секундантовъ, приготовляетъ пистолеты, является на барьеръ, стрѣляетъ въ Б, сознавая что этимъ выстрѣломъ можетъ лишить его жизни и желая этихъ послѣдствій и Б дѣйствительно убитъ. Очевидно, что онъ совершаетъ рядъ такихъ поступковъ, въ которыхъ есть всѣ элементы убійства: умыселъ лишить жизни и дѣйствіе, въ которомъ этотъ умыселъ обнаруживается, при этомъ виновный можетъ дѣйствовать, или съ прямымъ и исключительнымъ намѣреніемъ лишить жизни, когда дуэль была съ условіемъ биться на смерть, или съ намѣреніемъ условнымъ, такъ что виновный видѣлъ возможность причинить смерть противнику и безразлично относился къ этому, допуская ее, когда напр. дуэль была на смертоносномъ оружіи, хотя и безъ уговору биться на смерть, или же наконецъ виновный имѣлъ умыселъ на поврежденіе здоровья, когда дуэль была не на смертоносномъ оружіи, съ принятіемъ всѣхъ возможныхъ предосторожностей противъ нанесенія тяжкихъ поврежденій или смерти, когда слѣдовательно смерть была неожиданнымъ послѣдствіемъ умышленно нанесеныхъ поврежденій, какъ напр. при студенческихъ дуэляхъ Германіи [24])

[24]) Миттермайеръ, прежде (Archiv, VIII, стр. 452) даже въ виду этой формы дуэли требовалъ выдѣленія этого преступленія изъ общей

однимъ словомъ несомнѣнно, что при дуэли существуетъ тотъ же умыселъ и въ тѣхъ же формахъ какъ при убійствѣ и при поврежденіи здоровья. Также разумѣется несомнѣнно, что этотъ умыселъ имѣетъ характеръ противузаконный, нарушающій правовый порядокъ, какъ въ глазахъ всякаго мыслящаго человѣка, такъ въ особенности въ глазахъ закона, съ этимъ согласятся даже и защитники противнаго мнѣнія. Дуэль не можетъ быть оправдана, ни какъ наказаніе за преступное дѣяніе, совершенное однимъ изъ противниковъ по отношенію къ другому, такъ какъ всякое самоуправство, всякая частная месть запрещены закономъ, ни какъ необходимая оборона, такъ какъ я постараюсь показать далѣе, это ученіе не приложимо къ дуэли.

Однимъ словомъ, какъ бы мы не разсматривали составные элементы лишенія жизни на дуэли, *мы всегда найдемъ, что она составляетъ сознательное, волимое и противузаконное умерщвленіе*, такъ что существуетъ прямое соотношеніе между нимъ и обыкновеннымъ убійствомъ.

269. Но какія же возраженія выставляетъ противъ подобнаго подведенія противная партія и на сколько эти возраженія состоятельны [25]).

Эти возраженія могутъ быть сведены къ двумъ категоріямъ: въ нихъ, или указываютъ на сходство или тождество дуэли съ другими преступленіями; или выставляютъ болѣе или менѣе существенныя черты, отличающія убійство на дуэли отъ обыкновеннаго убійства.

А. Дуэль есть ничто иное, какъ актъ осуществленія собственнаго права—отмщеніе обидчику помимо суда, а подоб-

---

категоріи лишенія жизни, но эта дѣтская потѣха, доставшаяся германскому буршеншафту, въ видѣ остатка среднихъ вѣковъ, къ счастію не привилась къ нашему студенческому быту, а потому и не имѣетъ для насъ практическаго значенія.

[25]) См. въ особенности Тиссо, в. с., стр. 46 и сл. а также Cauchy, т. II, стр. I и сл. Блистательныя опроверженія этихъ доводовъ были сдѣланы Дюпеномъ въ его рѣчи.

ное осуществленіе права-самоуправство-разсматривается, какъ преступленіе противъ судебной власти, куда слѣдовательно должна быть отнесена и дуэль. Но это возраженіе имѣетъ чисто формальное значеніе; лица его дѣлающія забываютъ, что насильственное, помимосудебное осуществленіе своего права до тѣхъ поръ только разсматривается какъ самостоятельное преступленіе, пока оно не переходитъ въ какое либо другое преступленіе, пока къ намѣренію удовлетворить своимъ законнымъ требованіямъ не присоединяется какой либо иной умыселъ, соотвѣтствующій понятію другаго самостоятельнаго преступленія. Подтвердить это весьма не трудно примѣрами взятыми изъ любой практики западной или нашей.

Небогатый помѣщикъ, у котораго сосѣдъ-самодуръ отнялъ все достояніе, доведенный до крайности нескончаемымъ тасканьемъ по судамъ, воруетъ у сосѣда имущество равноцѣнное по его мнѣнію съ тѣмъ, которое у него беззаконно и повидимому безвозвратно отняли. Развѣ это не актъ самоуправства?

Арестантъ, всячески преслѣдуемый начальникомъ губерніи, въ эпоху ихъ всесильнаго могущества, даже содержащійся въ острогѣ, только въ угоду личнаго желанія власти, напрасно пытался жаловаться и подвергнуть законному преслѣдованію его распоряженія, безпрекословно исполняемыя мѣстными властями; всѣ его заявленія прошли безслѣдно, и наконецъ, выведенный изъ предѣловъ самообладанія, онъ пырнулъ губернатора ножемъ въ бокъ, во время посѣщенія имъ арестантской камеры.—Развѣ нѣтъ здѣсь помимосудебнаго осуществленія своего права, самоуправства?

Количество страданій, вызвавшихъ этотъ самосудъ, конечно не много сильнѣе, чѣмъ отбитіе дамы въ кадрили или названіе благороднорожденнаго-мужикомъ, а между тѣмъ никто изъ защитниковъ дуэли не рѣшится признать эти дѣйствія самоуправствомъ, а не кражею или убійствомъ. Если возразятъ на это, что здѣсь мѣра частной мести не соотвѣтствовала тому наказанію, которому бы подвергся виновный въ случаѣ преслѣдованія его закономъ, то я полагаю, что тоже замѣ-

чаніе и еще съ большимъ правомъ можетъ быть сдѣлано и при дуэли.

Наконецъ, если мы и допустимъ, что дуэль можетъ быть подведена подъ самоуправство, то и при этомъ, мы можемъ, хотя и съ сильною натяжкою распространить это только на дѣйствія одного изъ дуэлянтовъ, обиженнаго, отмщающаго помимо суда своему обидчику, но спрашивается, какое же право дѣйствительное или даже кажущееся осуществлялъ обидчикъ, убившій на дуэли своего противника? [26]),

Б. Дуэль не можетъ быть приравнена къ убійству, на томъ основаніи, что *претерпѣвшій на дуэли предварительно согласился на всѣ ея послѣдствія*, что между дуэлянтами былъ заключенъ договоръ—и что лишеніе жизни есть только неизбѣжное послѣдствіе этого договора. Но ставя подобное положеніе забываютъ о томъ, что законы запрещаютъ договоры противные добрымъ нравамъ и общественному порядку, которые такимъ образомъ и не имѣютъ силы, забываютъ о томъ значеніи, которое вообще имѣетъ согласіе лица убитаго при убійствѣ; а между тѣмъ это согласіе, какъ я старался показать въ первой главѣ (№ 130-134) не можетъ уничтожить ни въ какомъ случаѣ самый составъ преступленія, а если и вліяетъ, то только на степень уголовной отвѣтственности [27]). Въ особенности не можетъ имѣть оно значеніе въ нашемъ правѣ, такъ какъ Уложеніе не признаетъ согласіе лица убитаго даже причиною снисхожденія.

В. Дуэль не наказуема на томъ основаніи, что каждый изъ дуэлянтовъ, причиняя вредъ своему противнику, защищаетъ свое собственное право и слѣдовательно находится въ состояніи необходимой обороны. Несостоятельность этого

[26]) Любопытно, что Миттермайеръ, Archiv VIII, стр. 460 отрицая значеніе послѣдствій при дуэли, признаетъ справедливость вышеприведенныхъ соображеній; а потому и является совершенно не рѣшительнымъ по вопросу о томъ, куда слѣдуетъ отнести это преступленіе.

[27]) Взаимное согласіе дуэлянтовъ, являлось главнымъ аргументомъ въ рѣшеніяхъ французскаго кассаціоннаго суда съ 1819—1837.

положенія совершенно очевидна. Не можетъ быть признанъ обороняющимся тотъ, кто первый совершаетъ нападеніе на противника; не можетъ быть признанъ таковымъ даже и тотъ, кто только отражаетъ нападеніе, такъ какъ отъ него зависѣло примириться съ обиженнымъ и тѣмъ покончить распрю. Отсутствіе одного изъ существенныхъ условій ученія о необходимой оборонѣ—неотвратимости опасности какимъ либо другимъ непреступнымъ способомъ, уничтожаетъ возможность видѣть въ дуэли проявленіе право обороны [28]).

Г. Дуэль не можетъ быть приравниваема къ убійству на томъ основаніи, что *виновникъ смерти или страданій противника точно также отдавалъ въ его руки свою собственную жизнь*, что онъ подвергалъ себя риску; но легко можно видѣть что этотъ рискъ, удальство не только не могутъ измѣнять состава преступленія, но даже не должны вліять и на степень уголовной отвѣтственности. Представимъ себѣ, что шайка разбойниковъ нападаетъ на хорошо вооруженный, но малочисленный поѣздъ, отъ котораго она ожидаетъ болѣе или менѣе упорнаго сопротивленія и дѣствительно нѣсколько человѣкъ изъ шайки осталось на мѣстѣ, но разбой оконченъ и ограбленные убиты. Развѣ не существуетъ здѣсь такой же полный рискъ, какъ и при дуэли, развѣ не рискуетъ всякій желающій произвести убійство кого-либо съ цѣлью, положимъ, ограбленія и предполагающій встрѣтить сопротивленіе, но не можемъ же мы считать подобные факты не подходящими подъ общее понятіе объ убійствѣ. Было бы слишкомъ наивно предполагать, что выходящій на дуэль также не расчитываетъ, что авось пуля противника минуетъ его, какъ предполагаетъ это и любой разбойникъ; что дуэлянтъ не имѣетъ главнымъ образомъ въ виду нанесенія вреда своему противнику. Однимъ словомъ, шансъ опасности для самаго преступника легко можетъ встрѣтиться и при другихъ видахъ

[28]) Это возраженіе подробно разбираетъ и опровергаетъ Эли, в. с. т. III, № 1119.

убійства и разумѣется не можетъ имѣть вліянія на измѣненіе состава преступленія.

Д. Дуэль не можетъ быть приравнена къ убійству на томъ основаніи, что *пришлось бы наказывать и виновника страданія и пострадавшаго*, такъ что раненый отъ дуэли, получившій весьма тяжкую, опасную рану, все таки подвергся бы наказанію, что однимъ словомъ, объектъ преступленія былъ бы въ тоже время и его субъектомъ [29]). Но здѣсь очевидно существуетъ весьма сильное недоразумѣніе; въ данномъ случаѣ мы имѣетъ два отдѣльныя преступленія, изъ которыхъ каждое имѣетъ свой самостоятельный, отдѣльный субъектъ и объектъ. А съ намѣреніемъ убить Б. стрѣлялъ въ него, но промахнулся — онъ отвѣчаетъ за покушеніе на убійство; Б. обратно стрѣлялъ въ А также съ цѣлью убить его и нанесъ ему увѣчье, очевидно, что и онъ также отвѣчаетъ за покушеніе на убійство, но это вовсе не означаетъ, что они отвѣчаютъ какъ участники въ одномъ и томъ же преступленіи, напротивъ того каждый изъ нихъ является виновникомъ отдѣльнаго самостоятельнаго преступленія. Подобное сліяніе во времени возможно и въ другихъ преступленіяхъ и не можетъ измѣнять ихъ составъ, также какъ страданія претерпѣнныя виновникомъ преступленія отъ своего поступка далеко не всегда могутъ имѣть вліяніе на степень его отвѣтственности. Представимъ себѣ нѣсколько подобныхъ случаевъ: А стрѣляетъ въ Б съ цѣлью его убить, но заряжаетъ ружье слишкомъ сильно, ружье разорвало и изуродовало физіономію А, но какъ бы не были сильны его страданія, онъ тѣмъ не менѣе будетъ привлеченъ къ отвѣтственности за покушеніе на убійство и развѣ только одна смерть освободитъ его отъ наказанія и то потому, что онъ перейдетъ тогда въ вѣдѣніе иного форума. Или далѣе представимъ себѣ, что А изнасиловалъ жену Б, а тотъ въ отмщеніе изнасиловалъ жену А; А укралъ вещь

[29]) Такъ напр. Эли, в. с. т. III № 1125 считаетъ, что одного этого обстоятельства вполнѣ достаточно, чтобы выдѣлить дуэль изъ общаго понятія убійства.

у Б, въ то самое время какъ Б воруетъ какую либо другую вещь у него; А вышелъ на большую дорогу съ намѣреніемъ ограбить перваго встрѣчнаго, видитъ приближающагося Б и нападаетъ на него, а Б, вышедшій съ тою же благотворительною цѣлью, принимаетъ А за поживу и въ свою очередь нападаетъ на него, разумѣется эта взаимность услугъ никакъ не исключаетъ отвѣтственности виновныхъ за изнасилованіе, кражу, разбой.

Е. Наконецъ *еще менѣе значенія имѣютъ доводы почерпнутые изъ уголовной политики* приводимые защитниками оспориваемаго мною взгляда, а именно, что приравненіе дуэли къ убійству и назначеніе за нее жестокихъ наказаній не имѣетъ ни какого дѣйствительно репресивнаго значенія, такъ какъ время наибольшаго распространенія дуэли совпадало съ эпохою ея самаго жестокаго преслѣдованія [30]). Но, говоря это, очевидно забываютъ, что на основаніи подобнаго аргумента можно требовать только смягченія наказанія за дуэль, а вовсе не выдѣленія ея изъ категоріи убійства и что, консеквентно проводя эту теорію, пришлось бы отмѣнить наказаніе или низвести его до minimum'а и во всѣхъ другихъ преступленіяхъ, такъ какъ и тамъ мы видимъ, что существующія строгія наказанія, даже смертная казнь не содѣйствуютъ ихъ уменьшенію.

270. Такимъ образомъ *всѣ эти соображенія*, какъ я думаю, *не даютъ намъ права выдѣлить дуэль изъ убійства* и перевести ее въ отдѣлъ самоуправства; такъ что мы въ концѣ концевъ приходимъ къ послѣднему, наиболѣе вѣскому аргументу, выставляемому защитниками оспориваемаго мною мнѣнія, хотя они и пользуются имъ съ большою осторожностью. Это именно къ мотивамъ, руководившимъ виновными и ихъ

[30]) На этотъ аргументъ обращаетъ особенное вниманіе Merlin, въ его Questions de droit, art. duel. На это-же указываетъ и Миттермайеръ в. ст., который на этомъ основаніи предполагаетъ поставить особнякомъ дуэль офицеровъ и студентовъ.

вліянію на преступную рѣшимость. Бернеръ формулируетъ это такимъ образомъ: «ежели теорія будетъ примѣнять къ ранамъ и лишенію жизни въ поединкѣ обыкновенныя уголовныя наказанія, налагаемыя за убійство и нанесеніе ранъ, то она выкажетъ непониманіе особеннаго характера дуэли, ибо *мотивы дуэли совершенно отличны отъ поводовъ къ обыкновенному убійству*» [31]).

Но притомъ защитники дуэли придаютъ этимъ мотивамъ различное значеніе; они или признаютъ на этомъ основаніи поединокъ дѣяніемъ не преступнымъ или переводятъ его изъ отдѣла преступленій противъ частныхъ лицъ въ другой, или требуютъ только смягченія наказанія.

Что касается до перваго взгляда, имѣющаго, по крайней мѣрѣ между криминалистами, весьма немного защитниковъ, то онъ выходитъ изъ соображеній такого рода: право и законъ нормируетъ и опредѣляетъ или долженъ опредѣлять только такія отношенія, которыя возникаютъ, проявляются и существуютъ въ данномъ обществѣ, а всякая норма произвольно созданная законодателемъ и противорѣчащая конкретнымъ отношеніямъ, не можетъ имѣть дѣйствительно правоваго характера, такъ какъ она не будетъ естественнымъ продуктомъ общественной жизни. Какъ скоро въ данномъ обществѣ сложились и существуетъ такія убѣжденія, что въ случаѣ нападенія на честь—обиженный вправѣ самъ расправиться съ обидчикомъ, то это отношеніе должно быть признаваемо закономъ и имѣть правомѣрный характеръ; что кромѣ того, подобное развитіе чувства чести, заставляющаго жер

[31]) Учебникъ, стр. 253. На этомъ основаніи построенъ блестящій разборъ рѣшеній кассаціоннаго суда, дѣлаемый Эли, в. с., т. IV, № 1121, онъ самъ видитъ здѣсь двоякое преступленіе: посягательство на общественный порядокъ и на частное лицо, но получающее особенный характеръ по обстоятельствамъ его сопровождающимъ; по предварительному уговору дѣйствующихъ, по способу совершенія, по присутствію свидѣтелей. Но въ окончательномъ выводѣ (№ 1133) онъ находитъ, что здѣсь наказывается неповиновеніе закону; что убійство или раны не измѣняютъ характера преступленія, но только отягощаютъ виновность, указывая на наличность болѣе рѣшительнаго намѣренія.

твовать жизнью за неприкосновенность личности, составляетъ надежный оплотъ и охрану государства, а вовсе не такое качество, которое необходимо бы было преслѣдовать, что бываетъ иногда такое стеченіе обстоятельствъ, при которомъ отказъ отъ поединка является только доказательствомъ трусости, а трусость никогда не считалась добродѣтелью. Какъ ни убѣдительны повидимому эти доводы, но они въ сущности представляетъ софизмъ, съ которымъ не можетъ согласиться ни юристъ, ни моралистъ. Эти доводы сложились подъ вліяніемъ логики той среды, въ которой родилась, выросла и живетъ донынѣ дуэль, среды получившей силою обстоятельствъ возможность имѣть избытокъ празднаго времени, среды привыкшей быть матеріально обезпеченной на счетъ труда другихъ, въ которой и теперь можно встрѣтить еще ходячія убѣжденія, что война есть дѣло, а не печальная необходимость, что военная дѣятельность одна только должна бы быть назначеніемъ благороднаго, а не представляется безполезною затратою силъ, вызываемою тѣмъ же не нормальнымъ устройствомъ международныхъ отношеній, и что наконецъ военныя доблести и составляютъ тѣ элементы, изъ которыхъ слагается представленіе о нравственной личности. Но несостоятельность этихъ доводовъ будетъ ясна, если мы оцѣнимъ ихъ сообразно съ общечеловѣческою логикою. Конечно право не можетъ идти въ разрѣзъ съ отношеніями существующими въ обществѣ, оно опредѣляется ими, но съ однимъ только условіемъ, чтобы эти отношенія дѣйствительно существовали въ обществѣ, а не въ одномъ только его кружкѣ, а дуэль всегда была и есть барская затѣя. Убѣжденіе, лежащее въ ея основѣ свойственно только одному привилегированному классу—но въ такомъ случаѣ не можетъ быть и рѣчи о томъ, что законъ долженъ признавать это отношеніе, считать его правомѣрнымъ. Государство можетъ двояко отнестись къ этимъ убѣжденіямъ среды: или, признавъ ихъ полезными, пропагандировать, или, считая вредными, подавлять. Вотъ это-то положеніе и имѣетъ въ виду вторая часть вышеприведенной аргументаціи; защитники дуэли говорятъ, что если это убѣж-

деніе и присуще только извѣстной части общества, то оно должно быть покровительствуемо и проводимо государствомъ. Но нечего и говорить и о парадоксальности этого положенія прикрывающаго вредный предразсудокъ именемъ храбрости, высокоразвитаго понятія личнаго достоинства [32]).

Меня оскорбили, сказавъ мнѣ въ лице дерзость, распустивъ обо мнѣ клевету, подрывающую мое доброе имя, и я вызываю на дуэль обидчика, я рискую моею жизнью, чтобы имѣть возможность жестоко наказать виновнаго. Какое полное отсутствіе логики въ моемъ поступкѣ. Положимъ со мной обошлись съ пренебреженіемъ. Здѣсь могутъ быть такія комбинаціи: или я заслужилъ это обхожденіе или нѣтъ, или заслуживаетъ вниманія то лицо, которое сдѣлалось оскорбителемъ или нѣтъ; но во всѣхъ этихъ случаяхъ нѣтъ никакихъ раціональныхъ основаній для дуэли. Если виновенъ я, то какое же право имѣю я мстить за то, что мнѣ воздали по дѣламъ моимъ—здѣсь прямой урокъ, который долженъ послужить мнѣ на пользу; если же нѣтъ вины съ моей стороны, а оскорбитель лицо, отзывъ котораго для меня имѣетъ вѣсъ — то между нами недоразумѣніе, которое должно быть разъяснено, а дуэль не можетъ быть комментаторомъ. Наконецъ, обидчикъ лицо пустое, котораго мнѣніе обо мнѣ для меня безразлично—и я рискую потерять мою жизнь, мое здоровье за такое дѣло, которое для меня ничего не составляетъ; какое презрѣніе къ самому себѣ, какое жалкое мнѣніе о своей общественной пользѣ и дѣятельности. Но говорятъ, что выходя на дуэль, мы вовсе не заботимся о томъ, кто нашъ противникъ, мы имѣемъ въ виду общество, насъ окружающее, особенно тогда, когда виновникъ пытался подорвать мое доброе имя, отнять уваженіе всѣхъ окружающихъ, распустивъ гнусную сплетню на счетъ меня или лицъ мнѣ

[32]) Ср. въ особенности Nahlowsky, das Duell 1864. У него самый подробный разборъ несостоятельности дуэли какъ по отношенію къ идеи нравственности и справедливости, такъ и по отношенію къ здравому смыслу. Schramm, Ein pereat den Duellen 1869. См. также Бернеръ, в. с. стр. 250.

дорогихъ и близкихъ. Но разумно уважать мнѣніе и требованіе среды, когда само это требованіе разумно, а клевета парализируется только ея обличеніемъ; выходя на дуэль, умеревъ или убивъ моего противника, я докажу, что я храбръ, что я не боюсь смерти, но не докажу же я этимъ, что я не совершилъ кражи, что я не обольстилъ неопытную отдавшуюся мнѣ дѣвушку, что жена моя не живетъ развратомъ и т. п. Если бы еще было живо въ обществѣ убѣжденіе, что побѣда равносильна правотѣ, что за невиннаго Богъ, то тутъ было бы какое нибудь основаніе, но мы уже считаемъ подобныя убѣжденія дѣтскими. Но если не раціональна дуэль съ точки зрѣнія обиженнаго, то нечего и говорить объ обидчикѣ: оскорбить да еще и вызвать на дуэль оскорбленнаго, подвергнуть опасности его жизнь—тутъ не подъищетъ оправданія никакая логика.

Но положимъ, что вызываю не я, а меня вызвали,—и здѣсь отказъ отъ вызова будетъ вполнѣ понятенъ. Если я дѣйствительно виновенъ, то на мнѣ лежитъ нравственная обязанность загладить слѣды моего оскорбленія, а не прибавлять новое преступленіе къ моей винѣ—посягательство на жизнь оскорбленнаго; если же вины не было, если высказанные мною факты, мое сужденіе, хотя и справедливое, но нѣсколько рѣзкое задѣло чье нибудь самолюбіе, то кто же можетъ говорить о какой нибудь моей обязанности дать ему удовлетвореніе. Согласіе на вызовъ было бы съ моей стороны положительнымъ нравственнымъ паденіемъ, это значило бы отказаться отъ права говорить правду о томъ, кто этого заслуживаетъ—это означало бы поставить свое существованіе на равнѣ съ существованіемъ перваго встрѣчнаго праздношатающагося, вскуе бременящаго землю.

Однимъ словомъ, я вовсе не хочу сказать, чтобы убѣжденіе о необходимости дуэли не существовало въ извѣстныхъ слояхъ общества, чтобы оно не имѣло значенія, но хочу только сказать, что это убѣжденіе во всякомъ случаѣ нераціонально и есть предразсудокъ и притомъ предразсудокъ вредный, который долженъ быть, слѣдовательно, преслѣдуемъ

а не поощряемъ закономъ, а потому и *самое мнѣніе о томъ, что особенность мотивовъ дуэли уничтожаетъ ее преступность, не состоятельно.*

271. *Также не вѣрно и второе положеніе, что эти мотивы настолько важны, что требуютъ выдѣленія дуэли изъ общаго понятія убійства.* Мотивы могутъ вліять на степень отвѣтственности, но не измѣняютъ самаго состава преступленія и не даютъ права выдѣлить данное преступленіе изъ общаго родоваго понятія [33]), съ этой стороны дуэль не представляетъ ничего особеннаго, мотивы, опредѣлявшіе преступника, конечно въ большей части случаевъ рѣзко отличаютъ ее отъ обыкновеннаго убійства, но не рѣдко туже особенность побудительныхъ причинъ можно отыскать и въ другихъ видахъ убійства и даже еще съ большею силою.

Въ доказательство я представлю нѣсколько примѣровъ изъ нашей старой судебной практики, взявъ одинъ изъ нихъ изъ цѣлой массы дѣлъ которыми изобиловало наше еще весьма недавнее прошлое, и эти примѣры, какъ я думаю, представятъ новое доказательство неосновательности выдѣленія убійства на дуэли изъ общаго понятія убійства.

Крестьяне села «Разореннаго», непроникаясь, по грубости нрава своего, любовію къ заботливости и вниманію оказываемому ихъ помѣщикомъ къ ихъ женамъ и дочерямъ, изъ которыхъ *ни одна* молодица не осталась не поруганною, жаловались неоднократно на неистовства и насилія подлежащему начальству. Начальство наѣзжало для производства слѣдствія, жило по недѣлямъ, наказывая помѣщика пирушками и другою благостынею въ томъ же родѣ, а недовольныхъ крестьянъ, отцовъ, мужей и братьевъ поруганныхъ, для вразумленія объ истинныхъ отношеніяхъ къ отцу и благодѣтелю—подвергая порки до полусмерти, то чрезъ помѣщика, то въ административномъ порядкѣ. Много лѣтъ тянулось это искорененіе недовольнаго духа, переполнилась чаша терпѣнія и снесли крестьяне съ лица земли ихъ отца и благодѣтеля и жестока была ихъ кара притѣснителю. Они совершили убійство—въ томъ и спора нѣтъ; убійство было обдумано заранѣе и какъ совершенное противъ господина—подходитъ вполнѣ подъ постановленія ст. 1451 и влечетъ каторгу безъ срока; но это убійство было результатомъ самосуда, оно было местью угнетенныхъ и задавленныхъ, для которыхъ не существовало другаго исхода, а между тѣмъ не одинъ изъ защитниковъ благородной дуэли не найдетъ здѣсь самоуправства, преступленія противъ судебной власти.

[33]) Въ особенности странно встрѣтить подобное мнѣніе у такого писателя какъ Бернеръ, который вовсе не придаетъ значенія мотивамъ и считаетъ преступленіе совершившимся съ момента выполненія плана.

Возьмемъ другой примѣръ: заѣзжій гусарскій корнетъ ремонтеръ, блестящій и ловкій, выбралъ на балу предметомъ своего вниманія мѣстную красавицу, но готовясь повести рѣшительную аттаку въ мазуркѣ на непобѣдимое сердце, онъ былъ предупрежденъ мѣстнымъ гарнизоннымъ офицеромъ, отбившимъ у него подъ носомъ даму и бросившимъ на него *вызывающій* взглядъ; не стерпѣло гусарское сердце, нужно было отмстить честь оскорбленнаго мундира, вызовъ сдѣланъ гарнизонный офицеръ убитъ, но виновный не можетъ считаться убійцею, потому что мотивы, имъ руководившіе, совершенно отличны отъ обыкновенныхъ поводовъ.

Полагаю, что подобное сопоставленіе вполнѣ достаточно для того, что бы поставить въ необходимость или исключить изъ понятія убійства всю массу случаевъ подобныхъ первому примѣру, или напротивъ того признать умерщвленіе на дуэли однимъ изъ видовъ убійства. Но если мы примемъ первое мнѣніе, то такимъ образомъ уничтожимъ всю систему дѣленія преступленій, существующую въ уголовномъ правѣ, и притомъ безъ всякой пользы и необходимости; такъ какъ мы не въ состояніи будемъ рѣшать при какихъ мотивахъ и при какой степени ихъ интенсивности данное лишеніе жизни должно быть исключено изъ понятія убійства, и переведено въ разрядъ самоуправства или какого либо инаго преступленія и слѣдо-

вательно волею или неволею, но логика принуждаетъ признать второе мнѣніе. Конечно на это можетъ быть возразятъ, что я взялъ примѣры слишкомъ крайніе; но во 1-хъ, достаточно возможности подобныхъ примѣровъ, что бы признать подобное выдѣленіе не состоятельнымъ, потому что исключая дуэль изъ убійства, мы исключаемъ и случаи подобные вышеприведеннымъ, а во 2-хъ, эти примѣры вовсе не могутъ быть названы крайними, для этого стоитъ только взять процессы о дуэляхъ, напечатанные въ сборникѣ Любавскаго, въ журналѣ министерства Юстиціи, въ Судебномъ Вѣстникѣ и сравнить ихъ съ обнародованными другими случаями убійства: какъ часто найдемъ мы между послѣдними такіе, гдѣ поводомъ къ убійству была раздирающая драма, заставляющая нерѣдко удивляться тому, какъ не произошелъ этотъ взрывъ раньше и какъ мало достаточныхъ оправданій для первыхъ. Поручикъ Михаилъ Юрьевичъ Лермонтовъ вызываетъ на дуэль на шпагахъ и пистолетахъ барона де Баранта (первая дуэль Лермонтова) за то, что де Барантъ потребовалъ отъ него объясненія: почему Лермонтовъ невыгодно отозвался объ немъ одной особѣ, и когда Лермонтовъ объявилъ, что это несправедливо, то назвалъ его поступокъ сплетнею и наконецъ усомнился въ возможности въ Россіи дуэли, и генералъ аудиторіатъ даже особенно указывалъ, какъ на причину снисхожденія на то, что Лермонтовъ вышелъ на дуэль не столько изъ личнаго неудовольствія, сколько изъ желанія поддержать честь русскаго офицера. Поручикъ Адамовичъ и прапорщикъ Лишкевичъ заспорили о значеніи графскаго достоинства, одинъ изъ нихъ (Адамовичъ) употребилъ выраженія «безсмыслица» и «ребячество», на что Лишкевичъ отвѣтилъ, что не позволитъ говорить дерзости и на сдѣланную отвѣтитъ таковою же—дуэль и Адамовичъ убитъ на позалъ, Лишкевичъ тяжело раненъ; причемъ секунданты бросили Адамовича на мѣстѣ дуэли умирающимъ и спустя довольно долгое время затѣмъ штабъ лекарь Цингеръ, *подавъ уже помощь Лишкевичу* и отправившись къ Адамовичу, нашелъ его *стонущимъ, ползающимъ по землѣ и отъ сильнаго истеченія* крови, не могшимъ уже произнести ни одного слова. Баронъ Унгернъ-Штернбергъ на обѣдѣ, послѣ ревельскихъ дворянскихъ выборовъ, когда былъ предложенъ тостъ за ихъ политическихъ соперниковъ, возразилъ что это «слишкомъ много для нихъ чести»; штабсъ капитанъ фонъ Бревернъ, принадлежавшій къ противной партіи и сидѣвшій не подалеку, потребовалъ объясненія и найдя ихъ неудовлетворительными, счелъ себя оскорбленнымъ. Вызовъ сдѣланъ, фонъ Бревернъ раненъ въ ногу, Унтернъ Штернбергъ убитъ. Подпоручикъ Грицко и прапорщикъ Шелухинъ заспорили о томъ,—достанетъ ли у нихъ на фрегатѣ угля; споръ кончился тѣмъ, что Шелухинъ сказалъ: «Ну послѣ этого Вы свинья», на что получилъ въ отвѣтъ: «а послѣ всего этого Вы мужикъ» — дуэль и Шелухинъ убитъ. Въ лагерѣ подъ Краснымъ селомъ за обѣдомъ офицеры, шутя упрекали штабъ ротмистра князя Яшвиля въ томъ, что онъ волочится за актрисами, а присутствующій при этомъ штабъ ротмистръ князь Долгорукій сказалъ: «что князь Яшвиль смѣшонъ въ этомъ случаѣ», на что тотъ отвѣтилъ: «смѣшонъ или нѣтъ, но не позволитъ ни кому надъ собою смѣяться»,—дуэль даже безъ секундантовъ и князь Долгорукій убитъ на повалъ. Поручикъ Пожидаевъ вызываетъ на дуэль поручика Станишевскаго только на томъ основаніи, что онъ предположилъ, что послѣдній невѣрно передалъ его слова о третьемъ лицѣ, поручикѣ Косичѣ, но къ счастью эта дуэль окончилась промахами [34]).

И въ виду вотъ всѣхъ этихъ примѣровъ и приходится снова повторить, что *лишеніе жизни на дуэли есть одинъ изъ видовъ обыкновеннаго убійства.*

272. Но придя къ такому выводу я перехожу къ разсмот-

[34]) Считаю нужнымъ прибавить, что эти шесть случаевъ взяты мною изъ тринадцати процессовъ о поединкахъ, напечатанныхъ въ сборникѣ Любавскаго, что изъ остальныхъ 7: въ двухъ причины остались неизвѣстны, а въ трехъ—2-я дуэль Лермонтова, дуэль Римскаго-Корсакова съ Козловымъ, майора Щедро съ Артемовскимъ-Гулакомъ поводы были также ничтожны.

рѣнію третьяго мнѣнія, указаннаго мною выше, что мотивы дуэли, если и не могутъ вліять на измѣненіе самаго состава преступленія, то могутъ вліять на мѣру отвѣтственности. Дѣйствительно, говоря что лишеніе жизни на дуэли есть одинъ изъ видовъ убійства, я вовсе не хотѣлъ сказать, чтобы оно могло бы быть приравниваемо убійству предумышленному или хотя бы возникшему по внезапному умыслу, въ запальчивости и раздраженіи, какъ это дѣлаетъ французская практика, что бы дуэль всегда подлежала каторги или смертной казни. Мы имѣемъ здѣсь одинъ изъ тѣхъ случаевъ, о которыхъ я говорилъ въ 1-й главѣ (№ 147), гдѣ законодатель долженъ обратить вниманіе на побудительныя причины и съ ними согласовать отвѣтственность. Если разъ государство признаетъ, что ея уголовная кара должна согласоваться съ характеромъ и степенью преступной воли, то, слѣдовательно, обязанность судьи и законодателя, насколько это возможно, раскрыть тѣ побудительныя причины, которыя поставили виновнаго на преступную дорогу и чѣмъ тяжелѣе и исключительнѣе гнетъ побудившихъ къ тому обстоятельствъ, тѣмъ слабѣе должно быть и наказаніе. И эти соображенія примѣняются вполнѣ и къ дуэли. А такъ какъ конечно нельзя отрицать, что существуетъ среда, въ которой еще держится убѣжденіе, что дуэль необходима, что отказъ отъ нея, какъ признакъ трусости, влечетъ за собою презрѣніе этой среды, а иногда и изверженіе изъ нее и что не всякій же обладаетъ достаточнымъ мужествомъ, достаточнымъ убѣжденіемъ о нелѣпости предразсудка, чтобы пренебречь этимъ мнѣніемъ. Такимъ образомъ я и ставлю второе положеніе, что *признавая лишеніе жизни на дуэли однимъ изъ видовъ убійства, я считаю его преступленіемъ привилегированнымъ*, подобно дѣтоубійству или истребленію плода, и слѣдовательно *подлежащимъ меньшему наказанію сравнительно съ обыкновеннымъ убійствомъ*. Причемъ разумѣется, самые размѣры смягченія будутъ зависѣть отъ взгляда той или другой страны на значеніе дуэли, отъ силы гнета общественнаго мнѣнія, отъ тѣхъ общественныхъ условій, въ которыхъ находился виновный, отъ той среды къ которой онъ принадлежалъ [35]). Но при этомъ ни законодатель, ни судья не долженъ забывать, что такіе же и даже нерѣдко еще болѣе извинительныя причины могутъ встрѣчаться и при другихъ случаяхъ; что мотивъ, о которомъ идетъ здѣсь рѣчь, есть по существу своему предразсудокъ, и предразсудокъ вредный, который по возможности государство обязывается искоренять, такъ что излишняя снисходительность, признаніе какъ бы законности этого предразсудка можетъ имѣть положительно вредное вліяніе. Особенно выразительное явленіе представляетъ въ этомъ отношеніи наша судебная практика, въ которой такъ рѣзко выдается изъ всей массы преступленій противъ жизни, это, если можно такъ выразиться, дворянское преступленіе. Пересмотрите даже ту небольшую крупицу опубликованныхъ судебныхъ дѣлъ; возьмите цѣлый рядъ убійствъ, бывшихъ результатомъ такъ еще недавно исчезнувшей нашей язвы—крѣпостнаго права, рядъ убійствъ помѣщиковъ, управляющихъ, затѣмъ рядъ преступленій, вызванныхъ нашею администраціею, гнетомъ сильныхъ надъ слабыми, властей надъ подчиненными, особенно въ той средѣ, гдѣ дисциплина, понимаемая въ одномъ только смыслѣ «не разсуждать», довела эти отношенія подчиненности до ужасающихъ размѣровъ, или наконецъ процессы, выросшіе на почвѣ семейныхъ отношеній, результаты деспотической власти мужа, отца, слѣдствія любви, ревности и т. п., и что же—во всѣхъ этихъ случаяхъ строгое примѣненіе закона: каторга, ссылка; рѣдко, рѣдко встрѣчаемъ мы, что судъ рѣшается представить на усмотрѣніе верховной власти исключительность даннаго случая и просить о снисхожденіи. Сравните съ этимъ

---

[35]) Лохвицкій въ своемъ курсѣ, хотя и находитъ необходимымъ сдѣлать дуэль особымъ преступленіемъ, но, одобряя систему Уложенія, онъ слѣдовательно все-таки признаетъ ее преступленіемъ противъ частныхъ лицъ. Для доказательства необходимости подобнаго выдѣленія онъ ссылается кромѣ значенія мотивовъ и гнета предразсудка и на важное значеніе чувства храбрости и даже на что-то неуловимое, но тѣмъ не менѣе понятное для насъ, отдѣляющее дуэль отъ убійства.

дуэль и вы наоборотъ не найдете ни одного почти дѣла, въ которымъ бы судъ не находилъ нужнымъ просить Его Императорское Величество смягчить и безъ того снисходительные наши законы о дуэли [36]), и наказанія дѣйствительно смягчились до minimum'а. Лермонтовъ за дуэль съ де Барантомъ переведенъ въ пѣхотный полкъ тѣмъ же чиномъ, его секундантамъ объявленъ выговоръ; Гекернъ убійца Пушкина высланъ за границу, а секундантъ Пушкина Данзасъ посаженъ на гауптвахту на два мѣсяца; Фонъ Бревернъ, убившій на дуэли Унгернъ-Штернберга, приговоренъ къ 3-хъ лѣтнему заключенію въ крѣпость, замѣненному чрезъ 6 мѣсяцевъ полнымъ прощеніемъ; Мартыновъ (убійца Лермонтова) приговоренъ къ гауптвахтѣ на 3 мѣсяца, а секунданты прощены, и т. д. И нельзя не прибавить, что самые поводы, на которые указывалъ судъ при подобныхъ ходатайствахъ или еще чаще могли встрѣчаться при другихъ преступленіяхъ или не имѣли никакой дѣйствительной силы. Почти напр. всегда ставилъ въ число чрезвычайныхъ смягчающихъ обстоятельствъ Генералъ Аудиторіатъ или Сенатъ—содержаніе подсудимыхъ подъ арестомъ во время слѣдствія, (рѣдко болѣе 3, 4-хъ мѣсяцевъ), какъ бы забывая, что по другимъ преступленіямъ подсудимые сидятъ обыкновенно цѣлые годы, затѣмъ шла молодость и неопытность подсудимыхъ, ихъ чистосердечное раскаяніе (иногда даже заявленное долго спустя послѣ начала слѣдствія), примѣрно-усердная прежняя служба, засвидѣтельствованная начальствомъ, а еще того чаще то, что виновный подчинялся условнымъ понятіямъ о чести, руководился боязнью уронить себя въ общественномъ мнѣніи, что поединокъ произошелъ подъ вліяніемъ, хотя ложныхъ, но вкоренившихся въ нравы наши убѣжденій о необходимости омывать кровью частныя оскорбленія, что виновные слѣдовали предразсудку почти общему, стараясь добиться того способа удовлетворенія чести обиженнаго, который, по общему понятію, представляется единственно возможнымъ; причемъ судъ какъ бы забывалъ, что у насъ именно поединокъ есть явленіе случайное, особенное, далеко не распространенное къ счастью даже и въ дворянскомъ классѣ, и исключительно создавшееся въ подражаніе западу, и что формулируя такимъ образомъ причины снисхожденія или даже иногда безнаказанности дуэли, онъ дѣлалъ еще болѣе труднымъ нарушенія предразсудка, отказъ отъ дуэли [37]),

[36]) Даже и въ такихъ случаяхъ дуэли, какъ напр: дуэль Адамовича съ Лишкевичемъ, Беклемишева съ Неклюдовымъ, Конужева съ Медвѣдевымъ.

273 Такимъ образомъ, принявъ то начало, что въ дуэли главное значеніе имѣютъ ея послѣдствія, и что она должна занимать въ числѣ преступленій противъ жизни и здоровья хотя и особенное, но все-таки видовое мѣсто, самое ученіе о ней представится въ слѣдующемъ видѣ:

A. Если смерть послѣдовала и

а) Если виновный дѣйствовалъ съ прямымъ намѣреніемъ лишить жизни противника, когда напр. дуэль была съ условіемъ биться на смерть, то лишеніе жизни является однимъ изъ видовъ предумышленнаго убійства—если дуэли предшествуетъ вызовъ, принятый противникомъ, и если дуэль происходитъ по правиламъ, установленнымъ для дуэлей, напр. на разстояніи 10 шаговъ, съ заряженными пистолетами, и т. д.

б) Если виновный дѣйствовалъ безъ прямого намѣренія лишить жизни противника, напр. если онъ стрѣлялъ на воздухъ, или если онъ стрѣлялъ въ противника, но не имѣлъ намѣренія лишить его жизни, напр. если онъ стрѣлялъ въ ногу, то лишеніе жизни является однимъ изъ видовъ неосторожнаго убійства.

[37]) Конечно я не хочу утверждать, чтобы жестокія наказанія могли служить непремѣнно къ уменьшенію дуэли, но я думаю только, что излишнее и при этомъ ничѣмъ не оправдываемое послабленіе со стороны судовъ можетъ имѣть положительно вредное дѣйствіе. Такія же странныя отношенія встрѣчаемъ мы въ тѣхъ государствахъ, гдѣ рядомъ съ запрещеніемъ поединка существуютъ суды чести, могущіе въ извѣстныхъ случаяхъ разрѣшить дуэль, или гдѣ, считая поединокъ преступленіемъ, въ тоже время отрѣшаютъ отъ должности лицъ, отказывающихся принять вызовъ на поединокъ, какъ противный ихъ убѣжденіямъ и религіознымъ взглядамъ, какъ было напр. въ Пруссіи въ 1863 году. Какимъ образомъ, говоритъ Бернеръ стр. 249, можно образовать серьезную увѣренность въ неодобреніи поединка государствомъ, когда оно учреждаетъ суды чести, разрѣшающіе поединокъ, какъ послѣднее исходное средство, когда отправляютъ въ крѣпость такимъ образомъ, что заключеніе имѣетъ только наружный видъ дѣйствительнаго наказанія.

ствовалъ вызовъ, приготовленія, или убійства внезапнаго, въ запальчивости и раздраженіи при такъ называемомъ rencontre;

б) Если же виновный дѣйствовалъ не съ исключительнымъ, а только условнымъ умысломъ, когда дуэль была хотя и безъ условія биться на смерть, но на смертоносномъ оружіи и виновный, предвидя возможность смерти противника, хотя и не желалъ, но допускалъ ее—дуэль будетъ однимъ изъ видовъ убійства безъ прямаго умысла.

в) Если же смерть была непредвидѣннымъ результатомъ, когда дуэль была напримѣръ, на холодномъ оружіи и съ всѣми предосторожностями или когда напримѣръ, условіемъ дуэли было только пролитіе крови, то данный случай вполнѣ соотвѣтствуетъ умышленному поврежденію здоровья, сопровождавшемуся смертью.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ законъ, разумѣется, можетъ обращать вниманіе на то: былъ ли виновный обиженный или обидчикъ, вызванный или вызвавшій, и сообразно съ этимъ степенить наказуемость.

Б) Если смерть не произошла:

а) Но были нанесены раны или увѣчья или вообще пролита кровь;

б) Или было оружіе только обнажено, начался бой, то въ данномъ случаѣ мы должны также различать характеръ умысла виновнаго. Если онъ дѣйствовалъ въ намѣреніи лишить жизни исключительномъ или условномъ, то данное дѣйствіе будетъ покушеніемъ на убійство, остановленнымъ или по собственной воли дуэлянтовъ, или же по обстоятельствамъ отъ нихъ не зависящимъ. Въ первомъ случаѣ виновные отвѣчаютъ только за то, что ими уже было совершенно, т. е. за увѣчья или раны, если таковые были нанесены, а во 2-мъ наказаніе будетъ сообразоваться съ общими правилами о наказуемости покушенія и его различныхъ видовъ. Если же виновный дѣйствовалъ только съ намѣреніемъ пролить кровь, повредить здоровью, то въ такомъ случаѣ только обнаженіе оружія, начало боя будетъ покушеніемъ, а самое нанесеніе раны или увѣчья преступленіемъ оконченнымъ.

Наконецъ *В*., если еще даже не было не только нанесенія ранъ или увѣчья, но даже и обнаженія оружія, — виновные ограничились только вызовомъ на поединокъ или согласіемъ, но вызовъ, или же только явкою на мѣсто поединка и выполненіемъ необходимыхъ къ нему приготовленій, то въ такомъ случаѣ мы имѣли бы приготовленіе къ убійству или поврежденію здоровья, смотря по характеру предполагаемой дуэли. Подобное приготовленіе, по общему правилу, считались бы не наказуемымъ, если бы законодатель не счелъ необходимымъ сдѣлать какія-либо спеціальныя постановленія по этому предмету.

При чемъ, разумѣется, сообразно съ этою отвѣтственностью главныхъ виновниковъ, опредѣлилась бы отвѣтственность лицъ участвующихъ, какъ-то секундантовъ, картельтрегеровъ и т. п.

Я даже думаю, что при подобномъ взглядѣ на дуэль, нѣтъ необходимости создавать не только особый отдѣлъ для преступленій этого рода, но даже и какія-либо спеціальныя постановленія; дуэль и ея разнообразныя формы, могли бы быть подведены подъ общія правила о тѣхъ случаяхъ убійства, гдѣ особенность побужденій и мотивовъ, служа причиною оправдывающею виновныхъ, давала бы суду право смяг, чить наказанія, назначаемыя за обыкновенное убійство на одну, двѣ или три степени, или даже измѣнить самый родъ наказанія. А постановленія о вызовѣ на дуэль и вообще о приготовленіяхъ къ дуэли, или могли бы быть соединены съ общими статьями о приготовленіи къ убійству, или же помѣщены въ отдѣлъ о правонарушеніяхъ, направленныхъ противъ тишины и спокойствія, рядомъ съ дракою или еще ближе — съ кулачными боями.

274. Таковъ бы могъ быть, по моему убѣжденію, простѣйшій взглядъ на данное преступленіе, но наше Уложеніе хотя и ближе стоитъ къ нему, чѣмъ напримѣръ многіе нѣмецкіе кодексы, но тѣмъ не менѣе создаетъ для него цѣлую систему отдѣльныхъ постановленій, къ разсмотрѣнію которыхъ я и перейду.

При этомъ я остановлюсь только на репресивныхъ постановленіяхъ о дуэли. Такъ какъ самый вопросъ о предупрежденіи поединка лежитъ внѣ моей задачи [38]). Замѣчу только что предупредительныя мѣры, помѣщенныя въ т. XIV, цѣликомъ взятыя изъ манифеста 1787 почти совершенно устарѣли; одни изъ нихъ оказываются совершенно безполезными, не нужными, такъ какъ содержатъ въ себѣ или простыя указанія на то, что поединокъ и всякое участіе въ немъ запрещается (см. 354—357) или только нравственныя сентенціи въ родѣ статьи 353: «Всѣмъ и каждому вмѣняется въ обязанность жить въ незозорной любви, въ мірѣ и согласіи, другъ другу по достоинству воздавать почтеніе, послушными быть кому подлежитъ по установленному порядку и стараться предупреждать недоразумѣнія, ссоры, споры и пренія, кои могутъ довести до огорченія и обидъ». Другія же хотя и имѣющія теретическую основу отличаются не практичностью, Таковы учрежденія посредниковъ, избираемыхъ обиженными или лицами находящимися при ссорѣ, посредниковъ, которые обязаны при разборѣ ссоры соблюдать слѣдующія правила: 1) доставить обѣимъ сторонамъ законную, честную, безопасную и безтяжебную жизнь; 2) злобы, распри и ссоры прекратить; 3) доставить каждому ему принадлежащее; 4) окончить примиреніе въ одинъ день, буде можно, и долѣе трехъ дней отнюдь не продолжать. Посредники могутъ воспретить поединокъ именемъ закона и если будутъ опасаться не исполненія запрета, донести начальству или полиціи, которая обязана развести ссорящихся и отдать ихъ подъ присмотръ, доколѣ помирятся. Точно также предоставляется полицейскимъ властямъ право призывать ссорящихся къ себѣ, запретить имъ самовольное мщеніе, и если окажется не послушаніе, то отдавать подъ присмотръ. Эти посредники и примирители въ извѣстной степени напоминаютъ собою учрежденіе судовъ чести, снова появившееся за послѣднее время въ Германіи, которые впрочемъ могутъ имѣть значеніе только тамъ, гдѣ дуэли не запрещены, а въ противномъ случаѣ ихъ дѣятельность не имѣетъ основанія и будетъ безполезна. Только возможно полная свобода печати, гласный и скорый судъ по преступленіямъ чести, а главное—распространеніе въ самомъ обществѣ убѣжденія въ томъ, что самоуправство, кулачная расправа и дуэль суть средства одинаково не допустимыя ни нравственностью, ни здравымъ смысломъ: вотъ истинныя средства предупредить поединокъ [39]); не даромъ же Англія за послѣднія 40 лѣтъ почти вовсе не знаетъ случаевъ дуэли. Въ этомъ отношеніи и мы стоимъ также въ сранительно выгодномъ положеніи, чѣмъ напр. Франція или Пруссія, такъ какъ и у насъ расправу этого рода вовсе нельзя назвать укоренившимся обычаемъ.

[38]) См. Моль. Präventiw-Justiz т. III изд. 1866 стр. 261 Cauchy de duel, m. II p. 1 и сл Андреевскій полицейское право 1870 г. выпускъ 2 стр. 101

275. Что касается до мѣръ репресивныхъ, то Уложеніе о наказаніяхъ строитъ здѣсь цѣлую систему постановленій, начиная отъ вызова или выхода на дуэль и оканчивая причиненіемъ смерти одному изъ дуэлянтовъ.

I. Вызовъ на поединокъ и принятіе вызова, если сей вызовъ и принятіе онаго осталось безъ послѣдствій, хотя и по обстоятельствамъ отъ вызвавшаго не зависѣвшимъ, ст. 1497, 1498, 1499.

Въ этомъ случаѣ законъ различаетъ: вызвавшаго отъ вызваннаго, обидчика отъ обиженнаго и наконецъ самую степень обиды и создаетъ такую постепенность [40]).

[39]) Я не касаюсь здѣсь предупредительныхъ мѣръ противъ даннаго отдѣльнаго поединка, какъ напр. занятіе полиціею мѣста поединка, ареста предпринимающихъ поединокъ, и т. п. см. Андреевскій стр. 103 Нельзя не указать также на успѣшную дѣятельность въ этомъ отношеніи «общества противодѣйствія дуэли», образовавшагося въ Англіи, и принесшаго въ этомъ отношеніи весьма значительную услугу.

[40]) Это различіе, проводимое и при всѣхъ другихъ видахъ дуэли, проводится и въ западныхъ кодексахъ. Такъ Саксонскій ст. 258 постановляетъ, что при опредѣленіи отвѣтственности нужно имѣть въ

A. Для вызвавшаго:

а) если вызвавшій былъ обиженъ тѣмъ лицемъ, котораго онъ вызывалъ и при томъ:

α) вызовъ на поединокъ былъ учиненъ вслѣдствіе нанесеннаго вызывающему тяжкаго личнаго оскорбленія, или же вслѣдствіе оскорбленія отца его, матери или другаго родственника въ восходящей линіи, или жены, или невѣсты, или родной сестры, или дочери или невѣстки, свояченицы или ввѣренныхъ опекѣ его лицъ,

то или вовсе освобождается отъ отвѣтственности, или арестъ отъ 1 до 3 дней (ст. 1499).

При этомъ я думаю, что понятіе оскорбленія должно быть здѣсь понимаемо въ обширномъ смыслѣ, т. е. оно обнимаетъ собою не только обиду словесную, реальную и символическую, но и клевету и диффамацію, однимъ словомъ всѣ преступленія противъ чести, которыя знаетъ наше Уложеніе.

β) Вызовъ былъ сдѣланъ по какимъ либо инымъ причинамъ, кромѣ перечисленныхъ выше въ ст. 1499, арестъ на время отъ 3—7 дней.

б) Вызвавшій былъ самъ тѣмъ лицемъ, которымъ былъ данъ и первый поводъ къ ссорѣ, арестъ отъ 7 дней до 3 недѣль или отъ 3 недѣль до 3 мѣсяцевъ.

Но при этомъ законъ указываетъ что эти постановленія имѣютъ силу, какъ скоро самый поединокъ не состоялся по обстоятельствамъ отъ воли вызвавшаго не зависѣвшимъ, но возможны и другіе случаи, когда сдѣлавъ вызовъ, вызвавшій потомъ добровольно отъ него отказался. Самый текстъ ст. 1497, по своей условности, могъ бы возбудить сомнѣнія, но они устраняются отчасти совершенно ясными общими постановленіями нашего закона, ст. 1135, а отчасти и статьею 1506, которая прямо говоритъ, что если уговорившіеся выйти

виду не столько то, кто былъ вызвавшимъ или кто былъ виновникомъ поврежденій, сколько то, кто своимъ поведеніемъ далъ поводъ къ вызову, или къ принятію болѣе тяжкихъ условій поединка». Также Вюртембергъ § 202, отчасти Австрія § 162.

на поединокъ примирятся добровольно, то они не подлежатъ отвѣтственности. Вызовъ на дуэль во всякомъ случаѣ есть приготовленіе къ дуэли, а приготовленіе добровольно оставленное, на основаніи 113 статьи Уложенія, подвергаетъ виновнаго отвѣтственности только тогда, когда содѣянное имъ само по себѣ уже есть преступленіе. Поэтому въ данномъ случаѣ напр. если вызвавшій былъ и обидчикомъ, то онъ можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за обиду на общемъ основаніи.

Съ другой стороны этотъ вызовъ, о которомъ говорятъ ст. 1497, 1498 и 1499 наказывается помимо того, былъ ли онъ принятъ вызваннымъ или нѣтъ; слѣдовательно, эти статьи могутъ быть примѣняемы и въ томъ случаѣ, когда дуэль не состоялась именно потому, что вызванный не принялъ вызова, а довелъ до свѣдѣнія надлежащихъ властей.

Далѣе нельзя не прибавить, что вслѣдствіе неточной редакціи закона самому понятію вызова необходимо придать болѣе широкое значеніе, т. е. необходимо понимать подъ нимъ не только заявленіе о желаніи лица выйти на поединокъ, но и всѣ послѣдующія приготовительныя дѣйствія: выборъ секундантовъ, явку на мѣсто и т. п. до самаго момента начала поединка, также какъ это дѣлаетъ ст. 1502 по отношенію къ лицу принявшему вызовъ, тѣмъ болѣе, что никакихъ другихъ статей, запрещающихъ подобные факты не существуетъ. Самый же вызовъ можетъ быть устный или письменный, сдѣланный непосредственно или чрезъ постороннее лице. Письменный вызовъ носитъ названіе картели [41]).

Кромѣ этихъ спеціальныхъ постановленій о вызовѣ законъ знаетъ и квалифицированный случай этого рода.

Ст. 365 1-я часть постановляетъ:

« Подчиненный, осмѣлившійся вызвать начальника сво-

---

[41]) Средневѣковые юристы, опредѣляя подробно обряды поединка, указывали, что при непосредственномъ вызовѣ обыкновенно бросается перчатка въ лице; при вызовѣ чрезъ картельтрегеровъ, картель подается на концѣ шпаги и т. п.

его на поединокъ, подвергается за сіе, смотря по обстоятельствамъ дѣла: или заключенію въ крѣпости на время отъ 4—8 мѣсяцевъ, или же лишенію нѣкоторыхъ, по ст. 50 сего Уложенія, особенныхъ правъ и преимуществъ и заключенію въ смирительномъ домѣ на время отъ 8 мѣсяцевъ до 1 года и 4 мѣсяцевъ.

При чемъ эта статья, какъ спеціальная, исключаетъ примѣненіе всѣхъ общихъ статей, касающихся того же предмета, слѣдовательно она распространяется, какъ на тѣ случаи, гдѣ вызвавшій былъ виновникомъ ссоры, такъ и на тѣ, гдѣ начальникъ былъ обидчикомъ, хотя бы даже обида имъ нанесенная была одна изъ тѣхъ, о которыхъ говоритъ ст. 1499. Это толкованіе положительно вытекаетъ изъ текста закона, хотя съ подобною системою согласиться нельзя, потому что одно нарушеніе долга подчиненности отнюдь не даетъ права перейти отъ полной безнаказанности къ смирительному дому, отъ 8 м. до 1 г. 4 м. (ст. 1499 и 396).

Наказаніе за вызовъ еще болѣе усиливается въ случаѣ предвидѣнномъ во 2 части 396 статьи:

«Если однакожъ вызовъ начальника на поединокъ былъ послѣдствіемъ касающагося службы дѣла, или же мщеніемъ за взысканіе по настоящей или прежней службѣ, то виновный въ ономъ подвергается:

Заключенію въ крѣпости на время отъ одного года и четырехъ мѣсяцевъ до четырехъ лѣтъ, съ потерею нѣкоторыхъ, по ст. 50, особенныхъ правъ и преимуществъ или разлагая это наказаніе по общему правилу на степени, мы находимъ, что законъ назначаетъ здѣсь или заключеніе въ крѣпость отъ 2 л. и 8 м., до 4 л., или заключеніе отъ 1 года 4 мѣсяцевъ до 2 л. 8 мѣсяцевъ, и въ обоихъ случаяхъ съ ограниченіемъ правъ.

Б. Для вызваннаго.

Вызову соотвѣтствуетъ принятіе вызова другимъ противникомъ, но въ этомъ отношеніи Уложеніе даетъ только одно постановленіе, а именно II часть ст. 1502:

«Кто, принявъ сдѣланный ему вызовъ, выйдетъ на поединокъ, тотъ за сіе, когда поединка и затѣмъ, хотя и по обстоятельствамъ отъ него не зависѣвшимъ, не было, подвергается: аресту на время отъ 3-хъ до 7 дней».

Несмотря на не совсѣмъ удачную редакцію закона, легко можно видѣть, что данная статья обнимаетъ собою нѣсколько дѣяній, а именно самый фактъ принятія вызова и затѣмъ рядъ другихъ приготовительныхъ дѣйствій, напр. выборъ секундантовъ, пріобрѣтеніе оружія, явка на мѣсто боя и т. п. Но любопытно, что при этомъ законъ не обращаетъ вниманія: былъ ли принявшій вызовъ обидчикомъ или же онъ самъ былъ обиженъ и въ послѣднемъ случаѣ, была ли обида тяжкая или легкая. Хотя весьма понятно, что если законъ освобождаетъ отъ отвѣтственности вызвавшаго, если онъ былъ жестоко оскорбленъ противникомъ, то еще съ большимъ правомъ можетъ быть примѣнено это къ тѣмъ случаямъ, гдѣ вызванный на дуэль былъ притомъ обиженъ вызвавшимъ.

При этомъ и здѣсь законъ имѣетъ въ виду только тѣ случаи, гдѣ дуэль не состоялась по обстоятельствамъ независѣвшимъ отъ воли виновнаго, напротивъ того, какъ скоро согласившійся выйти на дуэль, самъ примирится, то на основаніи 113 и 1506 ст. онъ не подлежитъ отвѣтственности, если не будетъ привлеченъ къ суду своимъ противникомъ какъ обидчикъ, тѣмъ болѣе, что даже и самый фактъ вызова со стороны обиженнаго не можетъ уничтожать отвѣтственности на основаніи ученія о взаимности обидъ, такъ какъ вызовъ не составляетъ обиды [42]).

---

[42]) Вызовъ на дуэль разсматривается какъ самостоятельное преступленіе также по кодексамъ Австрійскому § 158—159, который даже говоритъ: что кто вызываетъ другаго на бой на смертоносномъ оружіи, и кто принимаетъ вызовъ, тотъ *совершаетъ* преступный поединокъ (begeht das Verbrechen des Zweikampfes). Также брауншвейгскій § 121, Ново-баварскій § 162. При чемъ послѣдній особо выдѣляетъ тѣ случаи, гдѣ вызовъ былъ сдѣланъ съ прямымъ условіемъ биться на смерть, или гдѣ это можно заключить изъ способа, выбраннаго дуэлянтами. Тоже дѣлаетъ и Прусскій § 164—165, Саксонскій § 248 и Сѣверо-Германскій § 201—202. Причемъ Австрія, Пруссія, Саксо-

276. Съ того момента когда всѣ приготовительныя дѣйствія кончены, противники стали на барьеръ начинается самый актъ поединка, который въ свою очередь состоитъ изъ двухъ моментовъ: обнаженія и скрещенія оружія, когда дуэль идетъ на холодномъ оружіи, или въ размѣнѣ выстрѣловъ, когда дуэль на огнестрѣльномъ оружіи и въ причиненіи извѣстныхъ послѣдствій. Это раздѣленіе признаетъ и наше право, поэтому второй видъ наказуемаго поединка составляютъ тѣ случаи:

«Когда виновнымъ было обнажено оружіе и даже употреблено противъ его противника, но бой окончился безъ кровопролитія».

Притомъ это прекращеніе или не возобновленіе боя можетъ быть сдѣлано или по собственной воли дуэлянтовъ или по постороннимъ обстоятельствамъ.

Въ 1-мъ случаѣ ст. 1506 постановляетъ:

«Если вышедшіе или уговорившіеся выйти на поединокъ примирятся или прекратятъ его, хотя и по обнаженіи или приготовленіи къ бою оружія, но безъ кровопролитія по собственному побужденію или слѣдуя совѣтамъ и убѣжденіямъ свидѣтелей, а не по обстоятельствамъ, отъ нихъ независѣвшимъ, то они освобождаются отъ всякаго наказанія и преслѣдованія».

Причемъ разумѣется это правило примѣняется и къ тѣмъ случаямъ, гдѣ дуэль была на огнестрѣльномъ оружіе и противники, размѣнявшись выстрѣлами, но не произведя кровопролитія, добровольно прекратили поединокъ, такъ какъ основанія для ненаказуемости подобныхъ дѣяній остаются тѣже самыя [43]).

Если же поединокъ состоялся, но прекратился безъ кровопролитія, по обстоятельствамъ не зависѣвшимъ отъ виновныхъ, то законъ назначаетъ.

нія и Сѣверо-Германскій кодексъ, говорятъ именно о вызовѣ на смертоносномъ оружіи. Также бельгійское Уложеніе § 423.

[43]) Подобныя спеціальныя правила имѣютъ также кодексы: Брауншвейгскій § 121, Прусскій § 167, Саксонскій § 249, Австрійскій 165, Сѣверо-Германскій § 204, Ново-баварскій. § 166.

Для лица вызывавшаго:

А. Если онъ былъ обиженъ—арестъ отъ 3 недѣль—3 мѣсяцевъ, а если онъ изобличается въ семъ противозаконномъ дѣяніи во 2-й разъ, то крѣпость на время отъ 2 до 4 мѣсяцевъ (2 и 3 часть 1497 ст.).

Причемъ для примѣненія этихъ наказаній безразлично, какова была обида легкая или тяжкая, такъ какъ ст. 1479 можетъ быть примѣняема только тамъ, гдѣ вызовъ не имѣлъ послѣдствій. А что касается до 3 части ст. 1497, то ея редакція вызываетъ весьма сильныя недоразумѣнія. Для примѣненія ея законъ не требуетъ, чтобы виновный былъ наказанъ, а только изобличенъ, и не говоритъ, чтобы это изобличеніе состоялось прежде второй дуэли, т. е. дѣлаетъ туже ошибку, какъ при дѣтоубійствѣ и истребленіи плода. Если такимъ образомъ во время производства слѣдствія о дуэли откроется, что виновный прежде того совершилъ такое же преступленіе, оставшееся неизвѣстнымъ, то онъ все таки будетъ наказанъ по 3, а не по 2 части 1497 ст., такъ что законъ имѣетъ здѣсь въ виду не только повтореніе, но и совокупность преступныхъ дѣяній этого рода. Далѣе законъ говоритъ: изобличенный *въ семъ* противозаконномъ дѣяніи во 2-й разъ, но что понимать подъ словомъ «*семъ*» вообще ли изобличеніе въ участіи въ дуэли, т. е. въ вызовѣ, выходѣ на поединокъ, окончившійся съ кровопролитіемъ или безъ онаго или только участіе въ поединкѣ, окончившимся безъ кровопролитія, о которомъ говоритъ 2-я часть 1497 ст.? Буквальное толкованіе привело бы ко второму выводу, но тогда самое постановленіе было бы крайне странно. А. стрѣлялся съ Б. и дуэль окончилась безъ кровопролитія, затѣмъ А. стрѣлялся съ В.— и дуэль также окончилась безъ кровопролитія—А. подлежитъ крѣпости отъ 2—4 мѣсяцевъ; А. стрѣлялся съ Б. и убилъ его; а затѣмъ А. стрѣлялся съ В. и дуэль окончилась безъ кровопролитія, А. наказывается только арестомъ отъ 3 недѣль до 3 мѣсяцевъ. Такъ что по моему мнѣнію постановленія 3 ч. ст. 1497 должны быть примѣняемы во всякомъ случаѣ,

если только виновный былъ уже изобличенъ въ дуэли, какой бы ни былъ ея характеръ и послѣдствія.

Б. Если вызвавшій былъ самъ же виновникомъ ссоры, то тюрьма отъ 2—4 мѣсяцевъ или отъ 4—8, а если виновный изобличается въ семъ противозаконномъ дѣяніи во 2-й разъ, то крѣпость отъ 4—8 мѣсяцевъ или отъ 8 мѣсяцевъ до 1 года 4 мѣсяцевъ.

При этомъ нельзя не замѣтить, что при опредѣленіи отвѣтственности за послѣдній случай необходимо допустить нѣкоторую натяжку, такъ какъ ст. 1498 говоритъ, что наказанія, назначаемыя въ ст. 1497, возвышаются одною или двумя степенями, въ ст. же 1497 назначена крѣпость отъ 2—4 мѣсяцевъ, а такой степени по ст. 35 крѣпость не имѣетъ. Но сравнивая эти наказанія съ различными степенями 35 статьи, мы найдемъ, что она ближе всего подходитъ къ 3 степени,— крѣпость отъ 4 недѣль до 4 мѣсяцевъ, и отъ этой степени я и высчиталъ усиленіе наказанія.

Но за то Уложеніе ничего не говоритъ о тѣхъ квалифицирующихъ вину обстоятельствахъ, на которыя оно указываетъ при вызовѣ, именно на особенныя отношенія между участвующими. И такъ какъ, разумѣется, юридически не мыслимо преслѣдовать лицо, обвиняющееся въ дуэли состоявшейся въ тоже время и за вызовъ на дуэль, то отсюда выходитъ, что какъ скоро подчиненный сдѣлалъ вызовъ начальнику, тотъ принялъ ее, и дуэль состоялась, то уже не можетъ быть примѣняема ст. 396, какъ постановленіе сингулярное, ни въ какомъ случаѣ не допускающее распространительнаго толкованія, а *только* ст. 1497, такъ что вызовъ начальника наказывается гораздо сильнѣе, чѣмъ самая дуэль съ нимъ. Уложеніе, какъ бы проводитъ такой взглядъ, что какъ скоро начальникъ согласился на вызовъ и дуэль состоялась, то уничтожается основаніе для усиленія наказанія для подчиненнаго.

Что касается до лица вызваннаго, когда поединокъ состоялся, но окончился безъ кровопролитія, то для него законъ назначаетъ, 2 часть ст. 1502, одно наказаніе, а именно: арестъ на время отъ 3 до 7 дней, не различая того, былъ ли онъ зачинщикомъ ссоры или нѣтъ и какъ велика была въ послѣднемъ случаѣ нанесенная ему обида.

Вообще же сравнивая отвѣтственность лицъ, участвовавшихъ въ дуэли, окончившейся безъ кровопролитія, мы необходимо приходимъ къ такому заключенію. По общему своему правилу, Уложеніе обращаетъ вниманіе при опредѣленіи степени наказанія на то, кто былъ виновникъ ссоры, кѣмъ была нанесена обида, и только когда этого опредѣлить нельзя, то различаетъ вызывавшаго и вызваннаго, а между тѣмъ здѣсь оно поступаетъ совершенно иначе. Если кому нибудь нанесли тяжкую обиду, одну изъ перечисленныхъ въ ст. 1499, и онъ вызвалъ на поединокъ, то онъ можетъ быть освобожденъ отъ наказанія, и обидчикъ подлежитъ отвѣтственности; но если дуэль состоялась и кончилась безъ кровопролитія, то вызвавшій во всякомъ случаѣ (2 ч. 1497) наказывается сильнѣе вызваннаго (2 ч. 1502), хотя бы послѣдній и былъ истинною причиною ссоры.

277. Наконецъ третью категорію составятъ тѣ случаи, гдѣ дуэль не только состоялась, но и окончилась кровопролитіемъ Въ этомъ случаѣ Уложеніе обращаетъ главное вниманіе на послѣдствія и различаетъ слѣдующіе три вида:

А. (ст. 1509) когда поединокъ окончился, хотя не безъ кровопролитія, но лишь съ нанесеніемъ легкихъ ранъ не подвергающихъ жизнь получившаго ихъ опасности и не грозящихъ ему ни увѣчьемъ, ни важнымъ въ здоровьѣ поврежденіемъ, то виновные подвергаются заключенію въ тюрьмѣ или крѣпости, а именно:

а) тотъ кто нанесъ обиду, а если этого съ достовѣрностію узнать нельзя, то тотъ кто сдѣлалъ вызовъ: тюрьмѣ на время отъ 8 м. до 1 года и 4 м. или крѣпости на время отъ 8 м. до 1 г. и 4 м.

б) тотъ кто былъ обиженъ, или если этого узнать нельзя, кто былъ вызванъ:

тюрьмѣ отъ 2 мѣсяцевъ до 4-хъ, или крѣпости отъ 2 мѣсяцевъ до 4.

Причемъ эти наказанія распространяются по смыслу и буквѣ закона какъ на того кто былъ виновникомъ раны, такъ и на самаго раненаго.

Б. (ст. 1503) когда поединокъ окончился увѣчьемъ (тяжкимъ или легкимъ законъ не указываетъ, а потому нужно принять и то и другое) или тяжкими, но не смертельными ранами (или вообще, согласно ст. 1505, важнымъ въ здоровьи разстройствомъ), то виновный въ томъ:

а) если онъ нанесъ обиду, давшую поводъ къ поединку, или когда съ достовѣрностью этого узнать нельзя, если онъ сдѣлалъ вызовъ на поединокъ подлежитъ: заключенію въ крѣпость отъ 2—4 лѣтъ, но безъ лишенія нѣкоторыхъ правъ по ст. 50 Уложенія.

б) если онъ былъ обиженъ, или за непзвѣстностью этого обстоятельства, былъ вызванъ: заключенію въ крѣпость отъ 8 мѣсяцевъ до двухъ лѣтъ, также безъ ограниченія правъ.

Причемъ по буквальному тексту закона этимъ наказаніямъ подвергается только тотъ изъ дуэлянтовъ, кто нанесъ тяжкія раны или увѣчья, «виновный въ томъ» [44]). Но какому же наказанію подлежитъ другой? Если и онъ съ своей стороны нанесъ увѣчья или тяжкія раны, то разумѣется и онъ подлежитъ тому же наказанію, но если этого не было, то онъ отвѣчаетъ, по моему мнѣнію, за поединокъ, окончившійся кровопролитіемъ, но безъ нанесенія тяжкихъ поврежденій, если имѣть въ виду, что при этомъ видѣ дуэли отвѣчаютъ оба дуэлянта, т. е. и тотъ, кто кровопролитія не производилъ; а разумѣется дуэль, окончившаяся увѣчьемъ однаго изъ противниковъ, есть во всякомъ случаѣ дуэль окончившаяся кровопролитіемъ. Если же основаніемъ для отвѣтственности каждаго изъ дуэлянтовъ ставить характеръ дѣйствій, ими совершенныхъ, то тогда виновный будетъ отвѣчать, какъ за дуэль безъ кровопролитія [45]).

В. Когда дуэль окончилась смертью одного изъ противниковъ, то виновный въ ея причиненіи:

а) если онъ нанесъ обиду, или если этого узнать съ достовѣрностью нельзя, сдѣлалъ вызовъ, подлежитъ заключенію въ крѣпость отъ 4 лѣтъ до 6 лѣтъ и 8 мѣсяцевъ, но безъ ограниченія правъ;

б) если же ему была нанесена обида, или когда это неизвѣстно, ему былъ сдѣланъ вызовъ, заключенію въ крѣпость отъ 2—4 лѣтъ, безъ ограниченія правъ.

При чемъ, такъ какъ текстъ 2-й части 1503 ст.: «когда же не онъ былъ причиною поединка и вызовъ сдѣланъ его противникомъ», возбуждалъ значительныя сомнѣнія, то еще 9-го іюля 1849 Государственный Совѣтъ, по дѣлу Фонъ-Бреверна и Унгернъ-Штернберга, далъ ему толкованіе въ вышеуказанномъ смыслѣ, помѣщенное въ видѣ примѣчанія подъ ст. 1503.

Въ этомъ мнѣніи между прочимъ изъяснено: «что Государственный Совѣтъ, при рѣшеніи частнаго дѣла о поединкѣ, остановился на главномъ, возникшемъ изъ обстоятельствъ дѣла, вопросѣ: какому наказанію на основаніи ст. 1503 Уложенія, долженъ подвергаться за поединокъ, коего послѣдствіемъ будетъ смерть, или нанесеніе увѣчья или тяжкія раны, тотъ, *кто на дуэли не былъ причиною поединка, но кѣмъ однакожъ былъ сдѣланъ вызовъ* убитаго или раненнаго имъ противника. Главнѣйшею мыслью въ постановленіи наказаній за поединки въ Уложеніи было, чтобы при опредѣленіи мѣры оныхъ различать тѣхъ, которые дали поводъ къ поединку, отъ тѣхъ, которые считали себя въ необходимости слѣдовать обычаю или предразсудку почти общему и тѣсно связанному съ понятіемъ о чести. Разбирая въ семъ смыслѣ заключающіяся въ статьи 1503 постановленія, опредѣляющія

[44]) См. также Лохвицкій курсъ, стр. 564

[45]) Это послѣднее толкованіе придала Московская Судебная Палата по дѣлу Туганова и Щербова С. В. 1867 № 123.

степень виновности того, кто убьетъ на поединкѣ своего противника или нанесетъ ему увѣчья или тяжкія раны, Государственный Совѣтъ усмотрѣлъ, что въ 1-й части приводимой статьи указано, чѣмъ именно увеличивается вина, т. е. тѣмъ, когда обида, давшая поводъ къ поединку, сдѣлана убійцею, или нанесшимъ увѣчья, или тяжкія раны, или же, въ случаѣ, если не возможно узнать достовѣрно, онъ ли нанесъ обиду, когда вызовъ сдѣланъ имъ; во второй же части упомянутой статьи говорится, что вина почитается меньшею, когда не убійца, или нанесшій увѣчья, или тяжкія раны, былъ причиною поединка (разумѣется, если о нанесеніи обиды узнать съ достовѣрностью нельзя) и когда вызовъ на поединокъ сдѣланъ не имъ, а убитымъ, или подвергшимся увѣчью или тяжкой ранѣ противникомъ. Изъ сего явствуетъ само собою, что оба условія 1-й части ст. 1503 не могутъ быть примѣнены къ изложенному выше вопросу, первое же, напротивъ того, условіе второй части относится прямо къ такому случаю, когда вызовъ на поединокъ былъ сдѣланъ убившимъ, или причинившимъ увѣчья, но притомъ достовѣрно извѣстно, что причиною поединка былъ убитый или раненый». Сіе заключеніе Государственнаго Совѣта предоставлено Правительствующему Сенату сдѣлать извѣстнымъ всѣмъ судебнымъ мѣстамъ и лицамъ, разсматривающимъ уголовныя дѣла, для надлежащаго руководства на будущее время.

Кромѣ этихъ трехъ видовъ дуэли, окончившейся кровопролитіемъ, законъ особо ставитъ два, такъ сказать, квалифицированныхъ случая.

Г. Когда при вызовѣ на поединокъ положено будетъ условіемъ, чтобы онъ окончился непремѣнно смертью одного изъ сражающихся и послѣдствіемъ сего будетъ дѣйствительно смерть или нанесеніе смертельной раны, то

а) тотъ кто предложилъ эти условія подлежитъ лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ Сибирь на поселеніе (по 2 степени 20 статьи)

б) тотъ кто только принялъ это условіе, къ заключенію въ крѣпость отъ 6 лѣтъ 8 мѣсяцевъ до 10 лѣтъ.

Причемъ Уложеніе уже не различаетъ, кто былъ зачинщикомъ поединка или кто вызывалъ на него, а обращаетъ вниманіе только на фактъ предложенія условія и самое это условіе можетъ быть или выражено въ картели прямо или о его существованіи можетъ быть выведено изъ принятаго противникомъ способа дуэли: стрѣльба въ упоръ, промахи не въ счетъ. А съ другой стороны примѣняетъ эти постановленія только тамъ, гдѣ послѣдовала смерть или смертельная рана, иначе наказаніе будетъ какъ за обыкновенную дуэль, такъ какъ тогда можно предположить что дуэлянты добровольно отказались отъ условія ими принятаго [46])

Другой случай (ст. 1509).

Д. Когда поединокъ былъ безъ свидѣтелей (секундантовъ) и послѣдствіемъ онаго была смерть или тяжкія раны, то виновный подлежитъ:

а) тотъ кто предложилъ условія—лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ на поселеніе;

б) тотъ кто принялъ—крѣпости отъ 6 лѣтъ 8 мѣсяцевъ до 10 лѣтъ [47]).

Причемъ законъ обращаетъ вниманіе и на тѣ случаи, когда послѣдствіемъ такого поединка безъ секундантовъ не будутъ

---

[46]) Это положеніе принимается и западными кодексами. Такъ по саксонскому праву § 250 за убійство на дуэли назначается тюрьма отъ 3—6 лѣтъ, а если было условіе биться на смерть отъ 4—20 лѣтъ; Брауншвейгъ § 119 вмѣсто тюрьмы отъ 1 года до 5 въ тюрьму отъ 5 до 15 л. Баварія вмѣсто тюрьмы отъ 1 г. до 3 л. въ тюрьму отъ 3 до 10; Вюртембергъ вмѣсто заключенія въ крѣпость отъ 2 до 6 лѣтъ заключеніе отъ 5 до 6; новый сѣверо-Германскій кодексъ § 206 вмѣсто крѣпости отъ 2—15, въ крѣпость отъ 3—15 лѣтъ.

[47]) Также напр. и по прусскому праву наказаніе можетъ быть усилено на половину. но не свыше 20 лѣтъ; по сѣверо-Германскому также на половину, но не свыше 10 лѣтъ § 206; также возвышается наказаніе на половину въ Саксоніи § 251; ново-Баварскій кодексъ § 168 приравниваетъ эти случаи обыкновенному убійству; Баденъ § 329 выставляетъ кромѣ этихъ двухъ случаевъ еще одинъ квалифицированный видъ дуэли, когда виновный искалъ поединка или отказывался отъ примиренія изъ недостойныхъ (nichtwürdigen) поводовъ, тогда назначается Zuchthaus отъ 2—5 лѣтъ.

ни смерть, ни тяжкія раны, тогда виновные подвергаются заключенію въ крѣпость на время отъ 1 года 4 мѣсяцевъ до 2 лѣтъ безъ ограниченія правъ;

При этомъ сему наказанію подлежитъ только тотъ изъ дуэлянтовъ, кто былъ виновникомъ смерти или тяжкой раны и тотъ кто получилъ тяжкую рану можетъ слѣдовательно отвѣчать только вообще за поединокъ безъ свидѣтелей, по 2-й части 1509 статьи.

278. Но кромѣ главныхъ лицъ участвующихъ въ дуэли, дуэлянтовъ въ ней обыкновенно является цѣлая масса второстепенныхъ дѣятелей, которыхъ отвѣтственность мы и должны разсмотрѣть.

Конечно, если бы мы разсматривали дуэль какъ одно изъ преступленій, направленныхъ противъ жизни и здоровья частныхъ лицъ, то тогда всѣ участники подвергались бы отвѣтственности на общихъ основаніяхъ, съ тѣмъ, разумѣется условіемъ, что особенность побудительныхъ поводовъ, требующихъ снисхожденія къ дуэли, будучи элементомъ присущимъ не дѣятелю, а дѣянію, должны имѣть вліяніе на отвѣтственность всѣхъ участниковъ. Но наше Уложеніе сообразно своему взгляду на дуэль даетъ особыя постановленія и относительно соучастниковъ.

I. *Подстрекатели къ поединку.*

Между тѣмъ какъ по общему правилу ст. 120 подстрекатели всегда подлежатъ высшей мѣрѣ отвѣтственности за то преступленіе положенной, при дуэли, наоборотъ, наказуемость ихъ гораздо ниже наказуемости главныхъ виновниковъ.

При этомъ Уложеніе считаетъ подстрекателемъ:

а) лице уговорившее или побудившее умышленно кого либо къ нанесенію тяжкаго другому лицу оскорбленія, съ цѣлью дать поводъ къ поединку (2 ч. 1500).

б) того, кто невышедшаго, по сдѣланному вызову, на поединокъ или прекратившаго оный преступленіемъ будетъ въ томъ упрекать или же и оскорбитъ словами или дѣломъ (1 ч. 1512 ст.).

в) и того, кто будетъ изобличенъ въ умышленномъ кого либо возбужденіи къ поединку (1 ч. ст. 1501).

При чемъ въ двухъ послѣднихъ случаяхъ законъ требуетъ только извѣстнаго объективнаго характера дѣянія: упрекъ въ невыходѣ на поединокъ, оскорбленіе по поводу отказа отъ поединка (напр. если кто нибудь ударитъ отказавшагося отъ поединка въ лицо, заявитъ что такого труса можетъ всякій бить безнаказанно, или обругаетъ въ этомъ смыслѣ) или же прямое возбужденіе къ поединку. Въ первомъ же случаѣ требуется непремѣнно наличность извѣстнаго спеціальнаго намѣренія,—а именно побужденія къ нанесенію обиды *съ цѣлью возбудить этимъ путемъ поединокъ.*

Но при этомъ во всѣхъ этихъ случаяхъ законъ ставитъ еще одно условіе, чтобы отъ того дѣйствительно послѣдовалъ поединокъ. Но если поединка не было? очевидно, что по смыслу этихъ статей виновный отвѣчаетъ только за то, что было преступнаго въ его дѣйствіяхъ. Такимъ образомъ, напр., 2 часть ст. 1512 прямо говоритъ, что если поединка не произошло, то виновный подлежитъ только наказаніямъ за обиды болѣе или менѣе тяжкія положеннымъ; а въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ эти дѣйствія не могутъ быть подведены подъ понятіе обиды и его дѣйствія не подлежатъ никакой отвѣтственности.

Далѣе законъ требуетъ, чтобы поединокъ дѣйствительно послѣдовалъ, но что означаетъ это выраженіе? достаточно ли для примѣненія его постановленій, чтобы подстрекнутый вызвалъ или вышелъ на поединокъ, или необходимо, чтобы поединокъ состоялся, хотя бы окончился безъ кровопролитія, очевидно, что необходимо принять послѣднее толкованіе, какъ въ виду буквальнаго текста закона, такъ и на основаніи сравненія отвѣтственности, полагаемой за подстрекательство къ поединку съ наказуемостью вызова или выхода на поединокъ.

За подстрекательство къ поединку, смотря по обстоятельствамъ дѣла полагается именно:

или заключеніе въ крѣпости отъ 1 года 4 мѣсяцевъ до четырехъ лѣтъ, но безъ ограниченія правъ, или

въ тюрьмѣ на время отъ 4 мѣсяцевъ до 1 года и четырехъ мѣсяцевъ [48]).

или разлагая каждое изъ этихъ наказаній на соотвѣтствующія степени, мы получимъ:

крѣпость отъ 2 л. 8 м. до 4 л.
крѣпость отъ 1 г. 4 м. до 2 л. 8 мѣс. или
тюрьма отъ 8 мѣсяцевъ до 1 г. 4 мѣсяцевъ или
тюрьма отъ 4 мѣс. до 8 м., такъ какъ очевидно, что каждое изъ наказаній, указанныхъ въ ст. 1500, состоитъ изъ двухъ степеней, что будетъ еще яснѣе, если мы сравнимъ размѣры наказанія по Уложенію 1857 года съ нынѣ дѣйствующимъ, размѣры, измѣненные сообразно указу 17 апр. 1863 г.

II. *Передатчикъ вызова*, (картельтрегеръ).

Это то лицо, которое, какъ говоритъ ст. 1501, завѣдомо перенесетъ другому вызовъ на поединокъ; онъ подлежатъ наказаніямъ въ ст. 1497 за самый вызовъ опредѣленнымъ, т. е. аресту отъ 3—7 дней.

Но это наказаніе примѣнимо при двухъ условіяхъ: во-1-хъ чтобы, перенося словесный или письменный вызовъ, онъ зналъ объ его содержаніи и во-2-хъ, если онъ «при семъ не употребилъ всѣхъ возможныхъ средствъ для прекращенія давшей поводъ къ вызову ссоры примиреніемъ», или же какимъ либо инымъ способомъ не предупредилъ послѣдствій вызова, какъ скоро же съ его стороны были сдѣланы всѣ попытки къ примиренію, то онъ освобождается отъ наказанія [49]).

---

[48]) Спеціальныя постановленія о наказуемости подстрекателей къ поединку имѣются и въ западныхъ кодексахъ: бельгійскій § 431; австрійскій § 163; брауншвейгскій § 122; вюртембергскій § 203. 205, баварскій § 167; прусскій § 174; сѣверо-германскій § 260; саксонскій § 255, 256; баденскій § 332.

[49]) Одни западные кодексы освобождаютъ также отъ отвѣтственности картельтрегеровъ, какъ скоро они старались примирить дуэлянтовъ: ново-баварскій § 165; прусскій — § 173; напротивъ, другіе изъ нихъ, признавая безнаказанность секундантовъ вообще, полагаютъ

III. *Свидѣтели поединка* (секунданты).

Секунданты являются тѣми участниками, которые составляютъ по общепринятому обычаю необходимое условіе поединка, и по большей части соединяютъ въ себѣ и обязанности картельтрегеровъ. Отвѣтственность секундантовъ, по нашему Уложенію сообразуется отчасти съ характеромъ самаго поединка, а всего болѣе съ характеромъ ихъ дѣятельности. Такимъ образомъ создается слѣдующая постепенность:

а) Если секунданты предъ поединкомъ или при самомъ поединкѣ употребили всѣ возможныя средства убѣжденія для предупрежденія онаго, то они освобождаются отъ всякой отвѣтственности.

Это положеніе, хотя и не высказано прямо въ Уложеніи, но можетъ быть выведено во-1-хъ изъ того, что во всемъ Уложеніи нѣтъ ни одной статьи назначающей наказаніе для секундантовъ, употребившихъ всѣ усилія къ примиренію дуэлянтовъ, а во-2-хъ, изъ указаній исторіи этихъ статей. Въ проектѣ Уложенія 1846 года существовали дѣйствительно особыя постановленія, назначавшія за этотъ видъ участія нисшія исправительныя наказанія, но Государственный Совѣтъ выпустилъ эти постановленія и тѣмъ самымъ призналъ слѣдовательно безнаказанность секундантовъ въ подобныхъ случаяхъ.

б) Если же секунданты не употребили надлежащихъ усилій къ прекращенію поединка то:
   α) если послѣдствіемъ поединка будетъ смерть котораго либо изъ сражавшихся или обоихъ, или же нанесеніе смертельной раны, то они подлежатъ:
   заключенію въ крѣпости на время отъ 4 до 8 мѣс.;
   β) во всѣхъ же прочихъ случаяхъ—
   заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 2 до 4 мѣсяц.

в) Если же свидѣтели поединка будутъ изобличены не только въ неупотребленіи всѣхъ возможныхъ средствъ

ее для картельтрегеровъ во всякомъ случаѣ, какъ скоро дуэль состоялась—саксонскій § 251.

убѣжденія для предупрежденія или прекращенія того поединка, но и въ побужденію къ начатію, продолженію или возобновленію онаго, то они приговариваются къ заключенію въ крѣпость на время отъ 2 лѣтъ и 8 мѣсяцевъ до 4 лѣтъ, но безъ ограниченія правъ (ст. 1508).

При чемъ Уложеніе уже не обращаетъ вниманіе на то, кончился ли поединокъ съ кровопролитіемъ или безъ него, наказаніе ихъ во всѣхъ случаяхъ будетъ одинаково, но необходимо только, чтобы поединокъ состоялся, а иначе эти лица будутъ или картельтрегерами или подстрекателями.

г) Точно также, если секунданты допустили поединокъ съ условіемъ, чтобы онъ окончился непремѣнно смертью одного изъ дуэлянтовъ, если эта смерть послѣдовала или была нанесена смертельная рана, то они подлежатъ:

заключенію въ крѣпость отъ 2 до 4 лѣтъ.

Если же смертельнаго послѣдствія не было, то ихъ отвѣтственность сообразуется съ характеромъ ихъ дѣятельности и опредѣляется сообразно съ случаями, разсмотрѣнными выше подъ литерами а, б и в [50]).

IV. *Медики.*

Уложеніе въ примѣчаніи къ 1507 статьѣ указываетъ, что

[50]) Изъ западныхъ кодексовъ признаютъ безнаказанность секундантовъ: баденскій § 333; прусскій § 172; сѣверо-германскій § 209; саксонскій § 253; ново-баварскій § 164. Но они отвѣчаютъ какъ скоро были подстрекателями. Пруссія даже освобождаетъ ихъ отъ обязанности быть доносителями о готовящейся дуэли. Французская кассаціонная практика, проводя послѣдовательно принятое ею начало, признаетъ секундантовъ участниками убійства, какъ скоро ихъ дѣйствія заключаютъ въ себѣ общія условія сообщничества. Брауншвейгъ § 120 освобождаетъ отъ отвѣтственности только въ томъ случаѣ, когда они старались предотвратить поединокъ или его послѣдствія; тоже Вюртембергъ § 204; Австрія не только подвергаетъ отвѣтственности секундантовъ, § 164, но распространяетъ это и на присутствующихъ врачей, если они не старались о примиреніи, Herbst, в. с., § 164, пр. 2.

врачи, призываемые для помощи раненымъ, не почитаются свидѣтелями поединка, и такъ какъ, сверхъ того, въ Уложеніи нѣтъ ни одной спеціальной статьи, трактующей объ ихъ отвѣтственности, то отсюда необходимо нужно прійти къ тому выводу, что медики, присутствующіе при поединкѣ, отвѣтственности не подлежатъ. Это толкованіе положительно подтверждается и тѣмъ, что въ проэктѣ Уложенія, въ ст. 1419 было постановлено:

«Тѣмъ же наказаніямъ и на томъ же основаніи подвергаются и приглашенные къ поединку медики или хирурги, если они также не будутъ употреблять всевозможныя средства убѣжденія къ примиренію или, когда употребивъ средства, они не объявятъ полиціи. Развѣ окажется, что они не сдѣлали сего по недостатку времени или затѣмъ, чтобы не лишить себя возможности подать нужную помощь».

Но Государственный Совѣтъ выпустилъ это постановленіе и замѣнилъ его вышеприведеннымъ примѣчаніемъ, опираясь на соображенія уголовной политики, что подобною безнаказанностью этихъ лицъ, можно весьма нерѣдко предупредить тѣ печальныя послѣдствія, которыя можетъ имѣть поединокъ.

V. *Случайные свидѣтели поединка.*

«Кто, постановляетъ ст. 1511, находясь при поединкѣ случайно, не воспользуется симъ для убѣжденія вышедшихъ на поединокъ къ примиренію, тотъ подвергается за сіе, когда слѣдствіемъ поединка была смерть или нанесеніе тяжкой раны:

Наказаніямъ, опредѣленнымъ въ статьѣ 1521, за оставленіе безъ помощи человѣка въ опасности, т. е. предается церковному покаянію.

Такъ что здѣсь также мы встрѣчаемъ остатки прежней теоріи о наказуемости преступнаго бездѣйствія.

279. Такова система нашего Уложенія относительно дуэли. Но такъ какъ весьма нерѣдко и даже большею частью виновниками или участниками поединка являются лица военнаго

званія, то я вкратцѣ изложу постановленія по этому вопросу воинскаго устава о наказаніяхъ.

Сводъ военныхъ постановленій даже въ изданіи 1859 года сохранялъ относительно поединка постановленія воинскаго артикула и манифеста о поединкахъ.

За вызовъ или выходъ на поединокъ назначалось лишеніе чиновъ и правъ состоянія (ст. 400 и 401).

«Если же на поединкѣ были причинены раны, увѣчья или смерть, то наказывается какъ о ранахъ, увѣчьи и убійствѣ умышленномъ постановлено» (403) [51]).

«Переносители вызова, не успѣвшіе примирить тяжущихся, или объявить начальству, примирители и посредники или секунданты, не успѣвшіе примирить и допустившіе до поединка, не объявивъ о томъ въ надлежащемъ мѣстѣ, судятся какъ участники и наказываются по мѣрѣ вреда, т. е. если учинится убійство, какъ сообщники или участники убійства; если раны или увѣчья, какъ сообщники и участники въ нанесеніи ранъ и увѣчья; если же убійства, увѣчья и ранъ не учинено, какъ участники самовольнаго суда и беззаконнаго мщенія, въ нарушеніи мира, тишины, любви и согласія» (ст. 405).

Тѣ, кто случайно при поединкѣ находиться будутъ и не приложатъ старанія къ примиренію ссорящихся и заблаговременно о томъ не донесутъ, тѣ почитаются сообщниками поединка.

Нынѣ дѣйствующій воинскій уставъ содержитъ въ себѣ только постановленія о вызовѣ на поединокъ, и то тогда, когда онъ сопровождался нарушеніемъ долга подчиненности.

Ст. 109 постановляетъ:

«За вызовъ начальника на поединокъ, виновный подвергается исключенію изъ службы безъ лишенія чиновъ или заключенію въ крѣпость отъ 2-хъ мѣсяцевъ до 1 года 4-хъ мѣсяцевъ,

а когда вызовъ на поединокъ былъ послѣдствіемъ дѣла, касающагося службы, то виновный подвергается:

исключенію изъ службы съ лишеніемъ чиновъ, или разжалованію въ рядовые, или заключенію въ крѣпости отъ одного года и четырехъ мѣсяцевъ до четырехъ лѣтъ;

начальникъ, принявшій вызовъ, подлежитъ тому же наказанію, какъ и сдѣлавшій ему вызовъ.

Буде вслѣдствіе вызова поединокъ состоялся, то наказаніе опредѣляется на основаніи правилъ о совокупности преступленій».

Но такъ какъ другихъ постановленій въ воинскомъ уставѣ о наказаніяхъ не находится, то согласно ст. 120, отвѣтственность за вызовъ на поединокъ другими лицами, хотя бы и находящимися на военной службѣ, равно какъ и за самый поединокъ въ его разнообразныхъ видахъ, виновные подвергаются наказанію на основаніи Уложенія, хотя при этомъ нельзя не замѣтить, что здѣсь возникаетъ затрудненіе совершенно неразрѣшимое.

На основаніи 282 статьи воинскаго устава при опредѣленіи военно-служащимъ наказаній за убійство, увѣчья и другія насильственныя дѣйствія, наказаніе возвышается на двѣ степени, что должно бы было быть примѣняемо и къ дуэли, а между тѣмъ, наказанія, назначаемыя за дуэль, устраняютъ, по ихъ исключительному характеру, всякую возможность подобнаго усиленія.

280. Но разбирая эти постановленія о дуэли, равно какъ и теорію даннаго преступленія, находя, что даже и тогда, когда мы признаемъ дуэль однимъ изъ видовъ убійствъ, она должна быть отличаема отъ обыкновеннаго понятія убійства, я не останавливался подробно на томъ, что такое дуэль. Поэтому я считаю необходимымъ подробнѣе разобрать тѣ признаки, въ силу которыхъ извѣстные случаи лишенія жизни или по-

[51]) Такимъ образомъ, за лишеніе жизни на дуэли полагалась каторжная работа, но обыкновенно она замѣнялась крѣпостью. См. дѣло Мартынова и Лермонтова, Остенъ-Сакена и Клейста, Адамовича и Лисекевича.

врежденія здоровья признаются дуэлью и выдѣляются изъ общей категоріи преступленій этого рода.

Доктрина опредѣляетъ дуэль или поединокъ, какъ бой между двумя лицами, заранѣе условленный, съ соблюденіемъ извѣстныхъ, принятыхъ для того правилъ, относительно мѣста, времени и способа выполненія и въ видѣ удовлетворенія за оскорбленіе чести [52]).

Разсмотримъ главные изъ этихъ условій.

1) Бой долженъ быть между двумя лицами. Это условіе признается почти всѣми теоретиками и практиками, хотя и нельзя не прибавить, что его нельзя поставить необходимымъ условіемъ дуэли, такъ какъ еще въ началѣ XIX столѣтія встрѣчались дуэли, въ которыхъ принимали непосредственное участіе и секунданты и вообще тьерсы.

2) Бой долженъ быть заранѣе условленный между обѣими сторонами, такъ какъ взаимная опасность, которой подвергаются виновные и согласіе пострадавшаго, имѣютъ вліяніе на степень отвѣтственности. Но это понятіе заранѣе условленнаго боя вовсе не тождественно съ понятіемъ заранѣе обдуманнаго умысла. Дуэль, дѣйствительно, является въ двухъ формахъ: или дуэли въ тѣсномъ смыслѣ, когда условія боя были дѣйствительно заранѣе опредѣлены, и такъ называемый rencontre, т. е. поединокъ безъ перерыва задуманный и выполненный, когда обѣ стороны немедленно взялись за оружіе. Но подъ понятіе дуэли не можетъ быть подведена, такъ называемая, attaque, т. е. одностороннее нападеніе съ вызовомъ къ защитѣ, такъ какъ здѣсь нѣтъ взаимнаго согласія. Въ такомъ случаѣ дѣяніе нападающаго, если оно сопровождалось смертью, будетъ обыкновеннымъ убійствомъ, а дѣйствія защищающагося будутъ однимъ изъ проявленій самообороны [53]).

---

[52]) Ср. Бернеръ, Учебникъ, стр. 254; Эли, в. с. № 1120; Темме, Lehrbuch, § 823; Oppenhof, в. с. § 164.

[53]) Противное мнѣніе высказываетъ Эли, который думаетъ, что если подводить дуэль подъ понятіе убійства, то ее придется принять за assassinat.

3) Условія боя заключаются въ опредѣленіи правилъ относительно времени, способа и мѣста его выполненія.

Сюда относится, во-первыхъ, опредѣленіе самаго оружія. Обычай установилъ, въ этомъ случаѣ, какъ правило, чтобы дуэль была на смертоносномъ и благородномъ оружіи, таковы обыкновенно изъ холодныхъ оружій—шпага или сабля, рѣдко кинжалъ, а изъ огнестрѣльныхъ — пистолетъ [54]). Но, разумѣется, трудно пріискать какія либо раціональныя основанія, въ силу которыхъ ставится подобное требованіе, также какъ трудно рѣшить какія именно оружія могутъ быть употребляемы при дуэли, тѣ ли только, которыя спеціально назначены для умерщвленія людей, или тѣ, которыя употребляются и для другихъ цѣлей, какъ, напримѣръ, для домашняго обихода? Естественно можетъ возникнуть вопросъ: почему бой на кинжалахъ—будетъ дуэль, а на кухонныхъ ножахъ—нѣтъ, на пистолетахъ—дуэль, на саблякъ—дуэль, а на ружьяхъ, дубинахъ или ослопахъ—нѣтъ. Какъ мнѣ кажется, несравненно правильнѣе и сообразнѣе съ исходною точкою, съ которой разсматривается дуэль, принять что относительно оружія, необходимо только предварительное соглашеніе о выборѣ оружія по взаимному условію.

Точно также разнообразны и другія обыкновенныя условія поединка: относительно порядка вызова и его передачи, относительно устройства барьера, порядка дѣятельности секундан-

---

[54]) См. напр. Эли, в. с. № 1120, Herbst., в. с. § 158 пр. 3 Бернеръ, учебникъ. Лохвицкій курсъ, стр. 562, «относительно оружія надо замѣтить, что вѣковой обычай и даже законъ предполагаютъ всегда оружіе *благородное*: шпагу, саблю или пистолетъ. Это видно изъ разныхъ мѣстъ Уложенія: оно говоритъ «объ обнаженіи оружія» слѣдовательно о шпагѣ и саблѣ; (почему же не кинжалъ?) говоритъ о ранахъ, а не о переломахъ и побояхъ, которые могутъ быть нанесены палкою, «о пролитіи крови». Палка — оружіе простолюдина; въ средніе вѣка только дворяне носили мечь или шпагу; оттого дуэли были только на этомъ оружіи, а впослѣдствіи присоединились пистолеты». Нѣкоторые кодексы, какъ напр. Брауншвейгскій, сами опредѣляютъ понятіе Waffen, § 80: «Waffen sind Werkzeuge, deren gewönliche Wirkung bei gewaltthägem Gebrauche lebensgefährlich ist».

товъ, числа и качества ихъ и т. п. Всѣ эти формы создались еще отчасти въ эпоху среднихъ вѣковъ, а подробнѣе разработались въ XVII ст., но очевидно, что самая ихъ условность не даетъ имъ особенно существеннаго значенія, такъ что отсутствіе одного изъ этихъ условій не можетъ измѣнить понятіе дуэли въ понятіе обыкновеннаго убійства. Такъ смотритъ на это и наше право, и напр., даже при отсутствіи наиболѣе важнаго изъ условій—секундантовъ, бой все-таки остается поединкомъ, хотя отвѣтственность за его послѣдствія значительно усиливается.

Только одно предполагаетъ дуэль—это равноправность обоихъ противниковъ, точное соблюденіе тѣхъ условій, которыя были положены. Какъ скоро эти условія нарушены, дуэль становится обыкновеннымъ убійствомъ и даже въ силу своей вѣроломности особенно преступнымъ его видомъ.

Положимъ, что А подсунулъ своему противнику пистолетъ незаряженный, или плохо заряженный, или перезаряженный и пользуясь этимъ убилъ его, очевидно, что онъ виновникъ обыкновеннаго убійства.

Или положимъ, что было условлено, что противники должны стрѣлять по подходѣ къ барьеру, или по условленному знаку секундантовъ, или по отходѣ извѣстнаго числа шаговъ отъ исходной черты и, разумѣется, всякій изъ дуэлянтовъ умышленно выстрѣлившій ранѣе того времени, является обыкновеннымъ убійцею.

Еще съ большимъ правомъ дуэль разсматривается какъ убійство, когда умерщвленіе было сдѣлано измѣннически образомъ, когда выстрѣлъ былъ сдѣланъ въ противника еще не приготовившагося къ дуэли, изъ засады и т. п.

Это выражаетъ, между прочимъ, и наше Уложеніе въ 1510 ст.:

«Кто на поединкѣ убьетъ своего противника или нанесетъ ему тяжкую рану какимъ либо измѣнническимъ образомъ, тотъ въ первомъ случаѣ подвергается за сіе:

самой высшей мѣрѣ наказанія, опредѣленнаго въ 1454 статьѣ, за убійство съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ или умысломъ;

а буде сей поединокъ былъ безъ свидѣтелей, то

къ наказанію, положенному за умышленное убійство съ увеличивающими, означенными въ статьѣ 1453 сего Уложенія обстоятельствами;

въ случаѣ-жь нанесенія тяжкой раны:

высшей мѣрѣ наказаній, опредѣленныхъ въ ст. 1477 за тяжкія увѣчья, съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ или умысломъ.

Тѣмъ же наказаніямъ и на томъ же основаніи подвергаются и свидѣтели (секунданты), способствовавшіе причиненію смерти или нанесенію раны измѣннические способомъ» [55]).

4) Бой долженъ быть для удовлетворенія за оскорбленіе чести [56]). Это условіе есть также историческое наслѣдіе, дошедшее отъ того времени, когда самосудъ былъ признакомъ независимости, а подчиненіе суду было актомъ умаленія чести, оставшееся и теперь на томъ основаніи, что изъ всѣхъ преступленій именно обида является въ такой разнообразной формѣ, что часто уловить ее для суда нѣтъ возможности, что мало того, иногда огласка въ судѣ обиды можетъ составить новое опороченіе. При этомъ нельзя не замѣтить, что здѣсь слово обида, оскорбленіе чести принимается въ его старомъ, болѣе широкомъ значеніи, т. е. какъ всякое посягательство на тѣлесную неприкосновенность, если кто нибудь отрѣжетъ другому уши съ намѣреніемъ изувѣчить его, а не оскорбить, и изувѣченный вызоветъ его на бой, то разумѣется мы должны признать этотъ бой за поединокъ.

---

[55]) Нельзя не замѣтить, что даже и здѣсь существуетъ полное основаніе для примѣненія 3 п. 1453 статьи. Подобное же положеніе содержатъ и всѣ западные кодексы, причемъ они указываютъ на нарушенія правилъ взаимно условленныхъ, или обыкновенно соблюдаемыхъ, саксонскій, § 252, 257; прусскій, § 171; брауншвейгскій, § 119; новобаварскій, § 168; баденскій, § 330, 331; новый сѣверо-германскій, § 207.

[56]) См. другое мнѣніе, что дуэль можетъ означать и всякій вообще бой для разрѣшенія какого либо спора или для доказательства въ превосходствѣ оружія у Goltdammer'a Materialien II, стр. 353, пр. I; Oppenhof, в. с. § 164, пр. 4.

281. Наконецъ намъ остается разсмотрѣть послѣдній вопросъ въ ученіи о дуэли – ея наказуемость. Давно уже исчезло то убѣжденіе, что жестокость наказаній можетъ служить предупредительнымъ средствомъ противъ распространенія какого либо зла или бѣдствія, вмѣстѣ съ тѣмъ исчезла и та система суровыхъ казней, которыми облагалась дуэль, напротивъ, какъ я указывалъ, современная доктрина и положительное право – выказываютъ, списходя къ побудительнымъ поводамъ дуэли, относительную мягкость. Точно также исчезли вмѣстѣ съ системою возмездія назначеніе за дуэль обезчещивающихъ наказаній. Государство сознало то начало, что такъ какъ понятіе чести создается самимъ обществомъ, состоитъ въ признаніи имъ въ данномъ человѣкѣ нравственной личности, то поэтому немыслимо объявлять безчестнымъ того, кто повиновался мнѣнію о чести окружающей его среды. Поэтому большинство современныхъ кодексовъ или подвергаютъ дуэль общимъ наказаніямъ, или создаютъ для нея особую самостоятельную систему.

Къ числу послѣднихъ относится и наше Уложеніе, которое создаетъ особенную, исключительную систему наказаній, не только не находящуюся въ общей лѣстницѣ, но даже и противорѣчащую ей. И нельзя не сознаться, что эта система не только не имѣетъ за себя какихъ-либо раціональныхъ основаній, но и крайне несостоятельна въ юридическомъ отношеніи, такъ какъ она находится въ полномъ противорѣчіи, въ особенности съ началами реформы 1864 года.

Эта система представляетъ особенности въ двухъ отношеніяхъ:

Во 1-хъ, законъ не соединяетъ съ этими наказаніями ни лишенія, ни ограниченія правъ и притомъ даже и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ по общему правилу всегда слѣдуетъ подобное ограниченіе. Изъ этого правила исключаются только: вызовъ подчиненнымъ начальника и причиненіе смерти на дуэли, состоявшейся съ условіемъ биться на смерть.

Во 2-хъ, сроки заключенія въ крѣпость здѣсь совершенно иные, чѣмъ въ общей части Уложенія, такъ что они не находятся ни въ какомъ отношеніи къ такъ называемымъ степенямъ исправительныхъ наказаній.

Обыкновенное наказаніе, назначаемое за дуэль по Уложенію, составляетъ заключеніе въ крѣпость, такъ какъ низшія — арестъ и тюрьма и высшее — ссылка на поселеніе, назначаются только въ рѣдкихъ исключительныхъ случаяхъ. Сроки же заключенія въ крѣпость по статьямъ 34 и 35 Уложенія идутъ въ такомъ порядкѣ: отъ 4 недѣль до 4 мѣсяцевъ; отъ 4 мѣс. до 8; отъ 8 мѣс. до 1 года 4 мѣс.; отъ 1 г. 4 мѣс. до 2 л. 8 мѣсяцевъ и отъ 2 лѣтъ 8 мѣсяц. до 4 лѣтъ; причемъ двѣ послѣднія степени сопровождаются лишеніемъ нѣкоторыхъ правъ.

Напротивъ того въ данномъ раздѣлѣ мы встрѣчаемъ сроки такого рода: 1) отъ 2 мѣс.—4; 2) отъ 4—8; 3) 8 м.—1 г. 4 м.; 4) 8 мѣс. до 2 лѣтъ; 5) отъ 1 года 4 мѣс. до 2 л. 8 м.; 6) отъ 2 лѣтъ до 4 лѣтъ; 7) отъ 2 лѣтъ 8 мѣсяц. до 4 лѣтъ; 8) отъ 4 л. до 6 лѣтъ 8 мѣс.; 9) отъ 6 л. 8 мѣсяц. до 10 лѣтъ.

Одни изъ этихъ сроковъ совпадаютъ съ общими сроками и примѣненіе ихъ не можетъ представить никакихъ затрудненій, но какъ поступать съ другими сроками?

Мы увидимъ какія трудности представляетъ разрѣшеніе этого вопроса, какъ скоро представимъ себѣ, что судъ при разсмотрѣніи дѣла призналъ, что подсудимый заслуживаетъ снисхожденія, а потому и считаетъ необходимымъ смягчить наказаніе на 1 или 2 степени [57])? Примѣнить здѣсь общія правила нѣтъ никакой возможности. Куда и какимъ образомъ нужно перейти отъ заключенія въ крѣпость на время отъ 6 лѣтъ 8 мѣсяцевъ до 10 лѣтъ, къ какой изъ степеней ст. 34 или 35 необходимо приравнять его, въ особенности имѣя въ виду, что при дуэли это наказаніе не влечетъ

[57]) Лохвицкій, курсъ стр. 565 также задаетъ этотъ вопросъ, но по обыкновенію оставляетъ его безъ отвѣта.

за собою пораженія правъ, такъ что смягчая наказаніе, пришлось бы въ дѣйствительности, въ виду этого придатка, усилить его.

Поэтому практика предлагаетъ въ этомъ случаѣ другую систему: признать наказанія, назначаемыя за дуэль, совершенно особенными, но создать самостоятельную постепенность между ними въ такомъ порядкѣ:

1)	крѣпость	отъ	6	лѣтъ	8	мѣс.	до	10	лѣтъ			
2)	»	»	4	»			»	6	»	8	мѣс.	
3)	»	»	2	»	8	»	»	4	»			
4)	»	»	1	»	4	»	»	2	»	8	»	
5)	»	»			8	»	»	1	»	4	»	
6)	»	»			4	»	»			8	»	
7)	»	»			2	»	»			4	»	

Причемъ придется тамъ гдѣ законъ назначаетъ напр. заключеніе въ крѣпость отъ 1 г. 4 мѣс. до 4 лѣтъ (ст. 1500) предполагать соединенными двѣ степени 3-ю и 4-ю, и сверхъ того приравнять наказанію отъ 8 мѣс. до 2 лѣтъ къ 5-й степени; отъ 2 лѣтъ до 4 къ 3 и 4 степени. Нечего и говорить, что эта система во 1-хъ весьма произвольна, такъ какъ для ея оправданія нѣтъ никакого юридическаго основанія, а во 2-хъ далеко не послѣдовательно, такъ какъ ее нельзя примѣнять тамъ, гдѣ законъ назначаетъ заключеніе въ крѣпость съ ограниченіемъ правъ и на сроки, соотвѣтствующіе 34-й статьѣ.

Наконецъ эта система наказанія за дуэль по Уложенію имѣетъ еще одинъ существенный недостатокъ: такъ какъ наказанія здѣсь назначаемыя не соединены, за немногими исключеніями, не только съ потерею, но и съ ограниченіемъ правъ, то и дѣла этого рода судятся безъ участія присяжныхъ, что прежде всего не раціонально, потому что болѣе чѣмъ во всякомъ другомъ преступленіи здѣсь суду необходимо слышать голосъ народа о виновности дуэлянтовъ и ея степени. Только этими путями можно узнать на сколько считаетъ народъ необходимымъ снисхожденіе къ дѣяніемъ этого рода, въ особенности сравнительно съ другими видами лишенія жизни, какъ относится онъ къ этому предразсудку, а во 2-хъ это ведетъ къ такимъ страннымъ фактамъ, что вызовъ на дуэль начальника судится судомъ съ присяжными, а болѣе тяжкое преступленіе дѣйствительный поединокъ съ нимъ судится безъ присяжныхъ.

282. Въ заключеніе нельзя не обратить вниманія на одну форму дуэли, такъ называемую, дуэль американскую, представляющую въ юридическомъ отношеніи нѣкоторый интересъ [58]).

Жребій весьма нерѣдко играетъ при дуэли важную роль, опредѣляя иногда самую форму поединка, когда, напримѣръ, жребій рѣшаетъ, кому стрѣлять первому, когда изъ пистолетовъ одинъ только заряженъ и противники выбираютъ или тотъ или другой, но нигдѣ не достигаетъ онъ такой ужасной силы, какъ при дуэли по американскому способу. Жребій рѣшаетъ здѣсь, кто изъ двухъ противниковъ, условившихся биться на смерть, самъ лишитъ себя жизни.

Нечего и говорить о томъ, что изъ всѣхъ проявленій варварскаго предразсудка — эта форма является и наиболѣе безнравственною и безчеловѣчною и наиболѣе опасною для государства. Въ дуэли обыкновенной, на какихъ бы смертельныхъ условіяхъ она не состоялась, всегда есть шансъ вѣроятности выйти изъ нея невредимымъ даже и тому, кому не посчастливилось вынуть хорошій жребій. Положимъ, что противникъ имѣетъ первый выстрѣлъ, онъ взялъ заряженный пистолетъ, но онъ тѣмъ не менѣе можетъ промахнуться, рана можетъ получить счастливый исходъ и т. п., но если этому лицу вынулся жребій самоубійства, подобные шансы

---

[58]) См. über die Strafbarkeit des sogenanten amerikanischen Duells, G. A. XIII, стр. 95; Lueder, die juristische Beurtheilung des sogenanten amerikanischen Duells. G. A. XVIII, стр. 540; Frühwald въ algemeine österreichische Straprechtszeitung, 1864, № 96, Neuebauer ibid, 1865, № 5.

болѣе не существуютъ, обязанность лишить себя жизни не имѣетъ шансовъ спасенія, всякая неудачная попытка есть только отсрочка исполненія. Далѣе, погибнуть отъ руки другого лица, храбро и хладнокровно выстоять подъ выстрѣломъ противника, въ присутствіи другихъ лицъ, хотя и требуетъ нѣкотораго самообладанія, хотя и доставляетъ каждому извѣстнаго рода нравственную пытку, но можетъ ли она сравниться съ тѣмъ мученьемъ, которое приноситъ американскій способъ дуэли. Самому наложить на себя руки, самому, безъ свидѣтелей, сдѣлать всѣ необходимыя приготовленія, и при томъ, сознавая, что нѣтъ иного выхода, что или гибель неминуемая, или позоръ невыполненія слова, позоръ трусости, презрѣніе среды, въ которой дуэль считается неизбѣжною и отъ убѣжденій которой не могло отрѣшиться и данное лице; посягнуть на свое существованіе, когда любовь къ жизни, не подавляемая никакими внѣшними обстоятельствами, какъ напримѣръ, присутствіемъ свидѣтелей при поединкѣ, проявляется съ наибольшею силою; не увеличиваетъ ли все это, и при томъ въ громадныхъ размѣрахъ, безнравственность и жестокость дуэли этого рода.

Также очевидна и ея большая опасность для государства, преступное дѣйствіе скрыто подъ формою дѣянія непреступнаго—самоубійства, и рѣдко правосудіе можетъ открыть истинную причину смерти и подвергнуть надлежащей отвѣтственности ея виновника, и эта то безнаказанность и объясняетъ главнымъ образомъ весьма печальный фактъ сильной распространяемости ее за послѣднее время.

Но какое же значеніе имѣетъ эта форма дуэли съ юридической точки зрѣнія.

Понятно, что какъ бы безнравственна не была эта форма дуэли, одно это условіе само по себѣ не даетъ намъ права выдѣлить ее изъ общаго понятія, оно можетъ вліять только на степень отвѣтственности [59]). Между этою формою дуэли

[59]) На этомъ основаніи выдѣляетъ эту форму поединка изъ общаго понятія дуэли авторъ Abhandl. въ G. A. B.. XIII. См. contra Lueder, в. с.; самъ онъ, стр. 541, вполнѣ подводитъ ее подъ дуэль.

и дуэлью вообще существуетъ одна и весьма важная связующая черта—они суть результатъ отмщенія за обиду: и тамъ и здѣсь виновный дѣйствуетъ подъ вліяніемъ тѣхъ же идей и предразсудковъ, тамъ и здѣсь есть взаимный уговоръ, условія, но за то здѣсь нѣтъ боя, нѣтъ того нападенія на противника, и какъ *результата* этого нападенія—поврежденіе здоровья или смерти, и это различіе въ формѣ, въ характерѣ дѣйствій, устраняетъ возможность буквальнаго примѣненія здѣсь общихъ постановленій о дуэли и развѣ только съ большими натяжками можно подвести ее подъ дуэль съ условіемъ биться на смерть.

Но если подобное затрудненіе существуетъ и въ томъ случаѣ, когда мы будемъ смотрѣть на дуэль, какъ на самовольную расправу, то такое толкованіе становится вовсе невозможнымъ, какъ скоро мы будемъ видѣть въ умерщвленіи на дуэли одинъ изъ видовъ убійства или поврежденія здоровья. Даже принимая теорію психическихъ средствъ лишенія жизни, даже признавая отвѣтственность виновнаго и тамъ, гдѣ къ дѣйствію лица присоединилась посторонняя сила имъ вызванная, мы все-таки не можемъ признать при американской дуэли оставшагося въ живыхъ противника — убійцею, такъ какъ прямою причиною смерти была собственная воля умершаго, опредѣлившаяся не столько желаніемъ противника, сколько гнетомъ общественнаго мнѣнія.

Остается, слѣдовательно, или признать этотъ видъ дуэли самостоятельнымъ преступленіемъ, или разсматривать ее какъ участіе въ самоубійствѣ, и именно, какъ подстрекательство къ нему. Первое мнѣніе болѣе правильное теоретически, непремѣнно предполагаетъ новую законодательную дѣятельность, такъ какъ ни въ одномъ уголовномъ кодексѣ нѣтъ спеціальныхъ постановленій объ американской дуэли, а второе даетъ возможность подвергнуть виновныхъ отвѣтственности и при существующихъ законахъ.

Въ такомъ же положеніи находится вопросъ и въ нашемъ правѣ, также и у насъ, какъ мнѣ кажется, случаи этого рода не могутъ быть подведены подъ понятіе дуэли, и какъ главный виновникъ, такъ и участники, секунданты могутъ быть наказаны по статьѣ 1475, какъ подстрекатели и участники самоубійства.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Самоубійство.

283. Самоубійство въ древнемъ мірѣ не считалось преступленіемъ.
284. Христіанство преслѣдуетъ самоубійство какъ преступленіе и этотъ взглядъ переходитъ въ свѣтскія законодательства, гдѣ и остается до конца XVIII вѣка.
285. Постановленія о самоубійствѣ нашего права до Петра Великаго и послѣ него.
286. Самоубійство можетъ быть разсматриваемо въ настоящемъ изслѣдованіи только съ юридической, а не съ религіозной или нравственной точки зрѣнія.
287. Съ этой стороны самоубійство не можетъ считаться преступленіемъ.
288. Постановленія нашего права о самоубійствѣ оконченномъ.
289. Основные элементы состава этого преступленія.
290. Для наказуемости самоубійства необходима наличность умысла. Вліяніе мотивовъ на наказуемость самоубійства.
291. Лишеніе христіанскаго погребенія, назначаемое за самоубійство, не состоятельно съ точки зрѣнія уголовнаго права.
292. Недѣйствительность посмертныхъ распоряженій самоубійцы, составляетъ особенный видъ наказанія, а не гражданскія послѣдствія наказанія.
293. Эта мѣра, разсматриваемая какъ наказаніе, не выдерживаетъ критики.
294. Отвѣтственность, назначаемая Уложеніемъ за покушеніе на самоубійство.
295. Вопросъ объ отвѣтственности соучастниковъ самоубійства зависитъ отъ принятаго закономъ взгляда на самоубійство.

296. Соучастіе въ самоубійствѣ разсматривается и нашимъ правомъ, какъ самостоятельное преступленіе.
297. Вліяніе мотивовъ, указанныхъ въ ст. 1474-й на отвѣтственность соучастниковъ самоубійства.
298. Неумышленное вовлеченіе въ самоубійство жестокимъ обращеніемъ и т. п. Анализъ статьи 1476-й.

---

283. Какъ и при другихъ видахъ лишенія жизни, встрѣчаемся мы и здѣсь съ такимъ преступленіемъ, котораго историческія судьбы представляютъ много интереснаго и служатъ, между прочимъ, любопытнымъ подтвержденіемъ того, что исторія права уголовнаго не знаетъ дѣяній абсолютно преступныхъ, mala in se, что не только степень отвѣтственности, но иногда даже самая запрещенность и не запрещенность извѣстнаго факта зависитъ отъ взглядовъ данной эпохи [1]).

Греческая и римская философія, а вмѣстѣ съ нею и право признавало самоубійство не только дѣяніемъ не преступнымъ, но даже похвальнымъ, считая его послѣднимъ прибѣжищемъ для всякаго свободнаго и храбраго мужа, почему либо поставленнаго въ такія условія, изъ которыхъ другаго выхода не существуетъ. Особенно развивала это начало школа стоическая, одинъ изъ важнѣйшихъ представителей которой — Сенека, оставившій цѣлую апологію самоубійства (de providentia), запечатлѣлъ своею смертью свое ученіе. И исторія жизни этихъ обществъ представляетъ намъ цѣлую массу доказательствъ, что взгляды теоріи раздѣлялись и дѣйствительною жизнью. Въ законахъ римскихъ мы встрѣчаемъ рядъ примѣровъ самоубійства ради избѣжанія плѣна, для спасенія своей чести, и до конца республики не только въ случаяхъ этого рода, но даже и тогда, когда къ самоубійству прибѣгали ради избѣжанія позора наказанія, оно не подвергало виновныхъ никакой уголовной отвѣтственности—mori licet cui vivere non placet.

Въ такомъ же положеніи оставался вопросъ и во времена императоровъ до самаго Юстиніана. Замѣчательные государственные люди, юристы [2]), полководцы прибѣгали къ этому средству и не тайно, а завѣдомо для своей семьи и друзей, часто въ ихъ присутствіи. Только въ одномъ произошло измѣненіе: самоубійство не могло болѣе служить средствомъ избѣжанія наказанія [3]). Поэтому, если извѣстное лице пойманное in flagranti или обвиненное въ такомъ преступленіи, за которое назначалась конфискація или наказаніе, соединенное съ конфискаціей, futurae poenae metu, наложило на себя руки, то оно все-таки подлежало полному наказанію, причемъ въ случаѣ самоубійства оконченнаго, всѣ его распоряженія посмертныя признавались недѣйствительными. Самоубійство разсматривалось въ этихъ случаяхъ, какъ сознаніе въ взведенномъ преступленіи, такъ что даже и при покушеніи на самоубійство виновный могъ быть наказанъ за то преступленіе, въ которомъ онъ обвинялся [4]), но какъ скоро онъ сдѣлалъ это изъ другихъ мотивовъ, хотя бы просто отъ taedium vitae, то конфискація не допускалась.

Такимъ образомъ, самоубійство само по себѣ не считалось преступленіемъ, только въ послѣднія времена импера-

---

[1]) См. по исторіи самоубійства важнѣйшій трудъ Вехтера Revision der Lehre von dem Selbstmord. N. A. d. Cr. R. B. X. (1828), стр. 72, 216, 634, у него и подробныя указанія на предшествующую литературу, изъ которой имѣютъ еще значеніе. Winkler, Comm. de mortis voluntariae prohibitione ac poenis 1775. Ständein. Geschichte der Vorstellungen und Lehren vom Selbstmorde 1824. См. также Lisle, du suicide 1856, стр. 311 и сл. Briere de Boismont, Du suicide по изд. 1856 глава 1.

[2]) Какъ напр. Coccejus Nerva, о которомъ Тацитъ говоритъ: omnis divini, humani que juris sciens, другъ Тиберія.

[3]) Но даже еще въ эпоху такихъ императоровъ, какъ Тиберій, Неронъ, этимъ путемъ осужденные даже за crimeneaese majestatis humani спасали свое имущество для своего семейства.

[4]) Только въ видѣ исключенія предоставлялось иногда родственникамъ самоубійцы доказывать, что онъ не совершалъ преступленія, на него взведеннаго.

торовъ появилась, какъ исключеніе, наказуемость самоубійства солдатъ, такъ какъ ихъ жизнь разсматривалась какъ собственность государства. Если солдатъ покушался на свою жизнь не отъ тягостей служебныхъ, а изъ какихъ-либо другихъ причинъ: impatientia doloris, vel morbi, то онъ подлежалъ только позорной отставкѣ, а если онъ покушался ради избѣжанія служебныхъ тягостей, то и смертной казни.

284. То, что встрѣчаемъ мы въ жизни Греціи и Рима по отношенію къ самоубійству, можемъ мы найти и у не цивилизованныхъ народовъ среднихъ вѣковъ, у германцевъ и славянъ, мы найдемъ его и въ эпохи болѣе отдаленныя — древняго востока. Только христіанство принесло и привило въ жизнь иное воззрѣніе. Оно вооружилось противъ этого посягательства на собственную жизнь, потому что видѣло въ этомъ стремленіи освободиться отъ тяготы ниспосланной Богомъ, посягательство на всемогущее Божеское предопредѣленіе, отсутствіе вѣры въ его неисповѣдимыя заповѣди. Разсматривая самоубійство, какъ одинъ изъ видовъ лишенія жизни, оно подводило его подъ нарушеніе пятой заповѣди, такъ какъ въ ней заключался простой запретъ: „не убей“, но не было прибавлено ближняго твоего.

Впрочемъ, при этомъ многіе отцы церкви допускали нѣкоторыя исключенія. Одни, напр., полагали, что эти наказанія не примѣняются къ тѣмъ случаямъ, когда дѣвушка посягнетъ на собственную жизнь для спасенія ея цѣломудрія, такъ какъ она дѣйствуетъ въ этомъ случаѣ сообразно съ христіанскою вѣрою и добродѣтелью, тѣмъ болѣе, что случаи самоубійствъ этого рода встрѣчались между такими лицами, которыхъ память чтится церковью. Другіе же, какъ напр. св. Августинъ, относясь еще строже къ самоубійству, не придавали значенія и фактамъ вышеуказаннымъ, допуская наказуемость только тамъ, гдѣ самоубійство было совершено по божьему велѣнію (напр. самоубійство Самсона).

Эти постановленія были окончательно формулированы на

помѣстныхъ соборахъ въ Орлеанѣ (533), въ Брагѣ (563) и въ Оксеррѣ (613), гдѣ за самоубійство опредѣлено лишеніе церковнаго погребенія и excommunicatio [5]).

Это начало проникаетъ и въ свѣтскія законодательства среднихъ вѣковъ и въ доктрину. Такъ капитуляріи Карла Великаго запрещаютъ самоубійство чисто изъ религіозныхъ мотивовъ.

„quia incomprehensibilia sunt judicia Dei et profunditatem consilii ejus nemo potest investigare“.

А глосса гражданская и итальянскіе криминалисты XV и XVI столѣтія, согласно съ взглядами практики того времени, признаютъ, что въ случаѣ оконченнаго самоубійства, трупъ виновнаго или долженъ быть повѣшенъ, или въ извѣстныхъ случаяхъ лишенъ христіанскаго погребенія. При покушеніи же необходимо наказывать или какъ за нанесеніе ранъ и увѣчья или подвергать произвольнымъ наказаніямъ.

Правда, Каролина ничего не говоритъ о наказуемости самоубійства, за исключеніемъ только тѣхъ фактовъ, когда самоубійство было употреблено какъ средство избѣжать наказанія, а именно конфискаціи, тогда, подобно римскому праву, наказанія примѣнялись и къ умершему. Но эти постановленія закона вовсе не соотвѣтствовали современнымъ ему юридическимъ воззрѣніямъ. Карпцовъ, гораздо позднѣе въ своей practica nova считаетъ самоубійство даже преступнѣе обыкновеннаго убійства, такъ какъ въ первомъ случаѣ посягаютъ не только на тѣло, но и на собственную душу, а во второмъ только умерщвляютъ тѣло другаго [6]); а покушеніе на

---

[5]) Placuit ut, qui aut per ferrum, aut per venenum, aut per praecepitium, aut supendium, aut quolibet modo violentum sibi ipsis inferun mortem, nulla prorsus pro illis in oblatione commemoratio fiat, neque cum psalmis ad sepulturam eorum cadavera deducatur. На позднѣйшихъ соборахъ, перечисляя обыкновенно различные виды самоубійства, прибавляли: aut quolibet occasione voluntariae morti se tradiderit. Такъ что на этомъ основаніи лишались церковнаго погребенія и погибшіе на дуели. См. также декреталіи Граціана и Григорія IX.

[6]) См. Вехтеръ, l. c. § 11, пр. 13.

самоубійство приравниваетъ покушенію на обыкновенное убійство. Еще далѣе шла въ этомъ отношеніи практика. Она не только сохранила для самобійцъ постановленія каноническаго права о лишеніи ихъ церковнаго погребенія, но изобрѣла для нихъ особый видъ позорнаго преданія землѣ Esels oder Hundebegräbniss (sepultura arinina, seu canina). Трупъ самоубійцы отвозился палачемъ на той тѣлегѣ, на которой возили околѣвшій скотъ и зарывался или на мѣстѣ казни, или тамъ куда скидывали падаль, причемъ трупъ самоубійцы выносился обыкновенно не въ двери, а въ проломъ, сдѣланный въ стѣнѣ или подъ порогомъ, или выбрасывался въ окно; даже если самоубійца былъ не въ своемъ умѣ, то и его хоронили ночью и безъ религіозныхъ церемоній; если самоубійца совершилъ прежде того преступленіе, влекущее смертную казнь, то наказаніе исполнялось на его трупѣ. Покушеніе на самоубійство наказывалось какъ преступленіе противъ жизни и влекло за собою тюрьму или временное изгнаніе [7]). И эта система продержалась долгое время и еще въ XVIII столѣтіи можно встрѣтить сторонниковъ позорнаго погребенія, а защитники лишенія церковнаго погребенія встрѣчаются еще и нынѣ, въ той фалангѣ криминалистовъ, которые еще живутъ въ умственной атмосферѣ XVI и XVII столѣтій.

Изъ положительныхъ законодательствъ уже algemeines preussisches Landrecht и oesterreichisches Gesetzbuch 1787 года относятся къ самоубійству снисходительно, назначая уголовное наказаніе только тамъ, гдѣ самоубійство было сдѣлано для избѣжанія отвѣтственности за совершенное преступленіе, тогда экзекуція исполнялась на трупѣ, а въ случаѣ покушенія преступникъ отправлялся въ тюрьму, гдѣ и оставался неопредѣленное время, пока онъ не убѣдится, что самоподдержаніе есть его обязанность по отношенію къ Богу, государю и самому себѣ и не покажетъ полнаго раскаянія и возможности ожидать исправленія. Но уже австрійскій кодексъ 1803 г. предлагалъ только погребеніе внѣ церковнаго кладбища, а баварское уложеніе 1813 г. устранило самоубійство изъ числа преступленій и постановленія о немъ не встрѣчаются болѣе въ современныхъ западныхъ кодексахъ [8]).

[7]) Еще Quistorp, Grundsätze des peinlichen Rechts находилъ это наказаніе слабымъ.

Во Франціи отвѣтственность за самоубійство появляется въ свѣтскомъ законодательствѣ со временъ Людовика IX. Ордонансомъ 1670 года была подробно опредѣлена процедура по дѣламъ этого рода. Процессъ могъ быть веденъ противъ мертвыхъ и виновные вѣшались за ноги и лишались погребенія. Покушеніе на самоубійство наказывалось смертью.

285. Что касается до нашего права, то долгое время до Петра Великаго постановленія о самоубійствѣ, находились только въ законахъ церковныхъ, и дѣла этого рода вѣдались въ судахъ духовныхъ, а не свѣтскихъ. Такъ напримѣръ, въ окружномъ посланіи митрополита Фотія къ псковскому духовенству говорится: „А который отъ своихъ рукъ погубится, удавится или ножемъ убодется, или въ воду себе ввержетъ, ино по святымъ правиламъ тѣхъ не повелѣно у церквей хоронити, ни надъ ними пѣти, ни поминати". Въ заказной памяти 1658 г. къ самоубійцамъ причислены и тѣ, кто причинитъ себѣ смерть опившись [9]). Но всего подробнѣе говорится объ этомъ въ инструкціи старостамъ поповскимъ или благочиннымъ смотрителямъ отъ св. патріарха московскаго Адріана 1697 года, 26 Декабря (П. С. З. т. III. № 1612), въ статьѣ 21-й.

[8]) Только англійское законодательство сохраняетъ суровыя постановленія о самоубійствѣ, Stephen. übers. v. Mühry, стр. 228, но за то присяжные коронеры по большей части признаютъ, что самоубійца находился въ состояніи умственнаго разстройства. См. Стифенъ въ пер. Спасовича, стр. 156.

[9]) См. Чебышевъ-Дмитріевъ о преступномъ дѣйствіи по русскому допетровскому праву 1862 г., стр. 231.

„А который человѣкъ обѣсится или зарѣжется, или купаясь и похваляся и играя утонетъ, или вина опьется или съ качели убьется, или *иную какую смерть самъ надъ собою, своими руками учинитъ* или на разбоѣ и на воровствѣ какомъ убитъ будетъ: и тѣхъ умершихъ тѣлъ у церкви Божіи не погребать, и надъ ними отпѣвать не велѣть, а велѣть ихъ класть въ лѣсу или на полѣ, кромѣ кладбища и убогихъ домовъ".

А ст. 22 и 23 прибавляютъ, что тѣ разбойники и воры, которые будутъ на воровствѣ поранены или которые осуждены на смертную казнь, исповѣдывать и причащать, а какъ онъ умретъ и его положить безъ отпѣванія въ городѣ, въ убогомъ дому, гдѣ такіе же воры и разбойники кладутся. Основаніемъ для этихъ постановленій служили, разумѣется, церковныя правила, и по преимуществу правила, высказанные св. Тимофѣемъ Александрійскимъ еще во 2-й половинѣ IV вѣка, въ вопросѣ 14-мъ:

„Аще кто, будучи внѣ себя, подиметъ на себя руки, или повержетъ себя съ высоты: за таковаго должно ли быти приношеніе, или нѣтъ?"

Отвѣтъ:

„О таковомъ священнослужитель долженъ разсудити, подлинно ли, будучи внѣ ума, содѣлалъ сіе. Ибо часто близкіе къ пострадавшему отъ самаго себя, желая достигнути, да будетъ приношеніе и молиться за него, неправдуютъ и глаголатъ, яко былъ внѣ себя. Можетъ же быти, яко содѣлалъ сіе отъ обиды человѣческія, или по иному какому случаю отъ малодушія и о таковомъ не подобаетъ быти приношенія, ибо есть самоубійца. Посему священнослужитель непремѣнно долженъ со всякимъ тщаніемъ испытывати, да не подпадаетъ осужденію".

Это правило перешло въ Іосифскую кормчую по редакціи толкователя Аристина [10]), и затѣмъ отразившись на постановленіяхъ выше приведенныхъ, дошло и до дѣйствующаго въ нашей церкви требника, гдѣ между нужнѣйшими изъ Номоканона правилами, помѣщено подъ ст. 108: „Аще убіетъ самъ себя человѣкъ, не поютъ надъ нимъ, ниже поминаютъ его, развѣ аще бяще изъумененъ (сирѣчь внѣ ума своего)".

[10]) Въ требникѣ Петра Могилы, между лицами не подлежащими христіанскому погребенію указываются: «сами себѣ убивающіе отъ отчаянія и гнѣва, развѣ аще прежде смерти знаменія покаянія показаша», а вмѣстѣ съ ними опійцы и на поединкахъ умирающіе.

Но во всѣхъ этихъ постановленіяхъ говорилось и говорится только о мѣрахъ духовныхъ; система же свѣтскихъ уголовныхъ наказаній въ чистомъ смыслѣ появляется только съ Петра Великаго.

Воинскій уставъ 1716 года глава XIX, артик. 164, постановляетъ:

„Ежели кто самъ себя убьетъ, то подлежитъ тѣло его палачу въ безчестное мѣсто отволочь и закопать, волоча прежде по улицамъ или обозу".

Въ толкованіи же прибавлено къ этому артикулу.

„А ежели кто учинитъ въ безпамятствѣ, болѣзни, въ меланхоліи, то оное тѣло въ особливомъ, но не безчестномъ мѣстѣ похоронить. И того ради должно, что пока такой самоубійца погребенъ будетъ, чтобы судьи напередъ объ обстоятельствѣ и причинахъ подлинно увѣдомились и чрезъ приговоръ опредѣлили бы какимъ образомъ его погребсти.

„Ежели солдатъ пойманъ будетъ въ самомъ дѣлѣ, что хотѣлъ самъ себя убить и въ томъ ему помѣшали и того исполнить не могъ, а учинитъ то отъ мученія, досады, чтобы долѣе не жить (aus Pein, Verdrüss um länger zu leben) или въ безпамятствѣ и за стыдомъ, оный, по мнѣнію учителей правъ, съ безчестемъ отъ полку отогнанъ быть имѣетъ: а ежилижъ кромѣ вышеупомянутыхъ причинъ сіе учинилъ, онаго казнить смертью".

Еще далѣе идетъ въ этомъ отношеніи морской уставъ ст. 117: „кто захочетъ самъ себя убить и его въ томъ застанутъ: того повѣсить на райнѣ, а ежели кто самъ себя

ужь убьетъ, тотъ и мертвый за ноги повѣшенъ быти имѣетъ. Толкованіе:

Ежели сіе убивство не намѣрено было или учинено отъ какого ибо мученія или несносной налоги или въ безпамятствѣ, какъ то случится въ огневыхъ и меланхолическихъ болѣзняхъ: то тѣ, которые въ томъ найдутся, вышеписанной казни не подлежатъ".

Такимъ образомъ путемъ саксонской практики перешли къ намъ постановленія римскаго права о наказуемости самоубійства между солдатами. Эти постановленія были предназначены, какъ это видно и изъ самаго ихъ текста, для лицъ военнаго званія, но согласно съ указомъ того же 1716 года, они, какъ и весь воинскій артикулъ, были распространены и на лицъ гражданскаго вѣдомства, причемъ отогнаніе отъ полка по общему правилу должно было быть замѣнено соотвѣтствующимъ наказаніемъ, исключеніемъ изъ службы и т. п.

И эти узаконенія продержались, по крайней мѣрѣ въ законѣ, и во всѣ позднѣйшія царствованія: даже философія XVIII вѣка, такъ рѣзко возставшая противъ наказуемости самоубійства, не произвела въ этомъ отношеніи никакого замѣтнаго вліянія на наше право [11]). Сводъ законовъ 1832 года относился къ самоубійству также какъ и воинскій артикулъ, дополненный постановленіями морскаго устава.

По Своду ст. 347, 348 и 349 самоубійство оконченное влекло за собою только лишеніе христіанскаго погребенія, если притомъ не будетъ доказано, что самоубійца лишилъ себя жизни въ безуміи или безпамятствѣ.

Другихъ послѣдствій оно, по законамъ уголовнымъ не

[11]) Впрочемъ въ проектѣ 1813 года были приняты слѣдующія постановленія о самоубійцахъ, § 392: «кто, вознамѣрясь лишить себя жизни, недовершилъ сего предпріятія или былъ въ томъ воспрепятствованъ, таковаго, какъ помѣшавшагося въ разумѣ, по излеченіи въ больницѣ, предавать церковному покаянію. § 395: въ разсужденіи тѣла самоубійцы надлежитъ поступать по церковнымъ правиламъ и полицейскимъ постановленіямъ.

имѣло, но въ законахъ гражданскихъ существовала ст. 610, содержащая постановленіе о недѣйствительности духовныхъ завѣщаній самоубійцъ, постановленіе буквально повторенное и въ Сводѣ Законовъ послѣдняго изданія, ст. 1016. Источникомъ этого постановленія было положеніе Государственнаго Совѣта отъ 1-го декабря 1831 года (№ 4844), но какъ въ Сводѣ, такъ и въ этихъ положеніяхъ не было ни мотивовъ, ни опредѣленія объема этого постановленія. Хотя въ Полномъ Собраніи мы и встрѣчаемъ по данному вопросу весьма важный сенатскій указъ, отъ 10-го ноября 1766 года, по дѣлу Шаховскихъ (т. XV. № 12779), гдѣ было сказано:

«Что ежели самоубійство учиненное не въ безуміи и не въ безпамятствѣ, есть злодѣяніе и преступленіе законовъ, какъ духовныя и гражданскія права утверждаютъ, такъ что за то самоубійца и христіанскаго погребенія лишается, что изъ воинскаго устава 19 главы 164 артикула довольно видно, то посему отъ таковаго и никакой завѣтъ принятъ быть не можетъ. Когда же самоубійство произведено въ безпамятствѣ и безуміи, то и такое завѣщаніе, *если оное въ то время писано будетъ* недѣйствительно».

Но такъ какъ въ мнѣніи Государственнаго Совѣта, отъ 1 октября 1831 года, нѣтъ никакихъ ссылокъ на этотъ указъ, то мы не можемъ считать его источникомъ нынѣ дѣйствующихъ постановленій и разъяснять при помощи его ихъ смыслъ и объемъ. Что касается до покушенія, то Сводъ говорилъ:

„Кто на самомъ дѣлѣ изобличенъ въ намѣреніи лишить себя жизни и въ томъ воспрепятствованъ былъ токмо внѣшнимъ обстоятельствомъ, того наказывать, если сіе намѣреніе было предпринято не отъ мученія несносной налоги, досады, стыда, или въ безпамятствѣ огневыхъ и меланхолическихъ болѣзней, какъ за покушеніе къ смертоубійству".

Но покушеніе добровольно оставленное никакому наказанію не подвергалось.

Эта система была совершенно измѣнена уложеніемъ 1845 года, но прежде чѣмъ я перейду къ разсмотрѣнію состава даннаго преступленія по нашему дѣйствующему праву, я

считаю необходимымъ коснуться самого вопроса о томъ: составляетъ ли вообще самоубійство преступленіе.

286. При этомъ само собою разумѣется, что разрѣшая этотъ вопросъ, я буду оставаться только въ сферѣ чисто юридической, оставляя въ сторонѣ его нравственные и религіозные элементы, такъ какъ смѣшеніе этихъ идей влекло за собою цѣлый рядъ неурядицъ въ разрѣшеніи даннаго вопроса, на что уже указывали и Монтескье и Беккаріа [12]).

Положимъ дѣйствительно, что мы признаемъ, что самоубійство есть дѣяніе грѣховное, что оно есть вторженіе въ неисповѣдимый промыслъ Провидѣнія, что даже тамъ, гдѣ это посягательство было результатомъ невыносимыхъ страданій и нравственныхъ и физическихъ, обратившихъ жизнь въ нескончаемую, адскую муку и тамъ оно является возмущеніемъ противъ воли промыслителя и создателя, ниспославшаго эти страданія какъ испытаніе, какъ чашу искупленія, что увѣнчаніе этихъ страданій будетъ въ жизни загробной, даже и тогда мы можемъ сказать, что самоубійство не есть преступленіе. Съ XVIII столѣтія рушилось ученіе о томъ, что все грѣховное — преступно и подлежитъ карѣ закона уголовнаго, ученіе, унижавшее прежде всего самою религію, обращавшее ее изъ закона любви и міра въ источникъ вражды и ненависти, и въ то же время излишне возносившее человѣческое самомнѣніе, давая ему возможность думать, что его правосудіе, пристрастное, ограниченное можетъ замѣнить собою судъ Божій, который есть сама истина.

[12]) Какъ я уже сказалъ, я совершенно устраню изслѣдованіе о самоубійствѣ, какъ общественномъ явленіи, такъ какъ этотъ вопросъ, не смотря на всю его важность, особенно въ виду постоянно увеличивающагося числа случаевъ этого рода, лежитъ внѣ моей задачи, также какъ и разсмотрѣніе его судебно-медицинской и психологической стороны. См. въ этомъ отношеніи Lisle, du Suicide 1856, Brierre de Boimont, Du suicide et de la folie suicide (я имѣлъ изданіе 1856 г.) Ольхинъ послѣдніе дни самоубійцъ 1863, но въ особенности труды статистиковъ: Кетле, Герри, а по преимуществу Вагнера über die Gesetzmässigkeit, 1863, ч. 2-я.

Положимъ далѣе, что мы признаемъ, что подобное согбеніе предъ непосильными бѣдствіями, предъ тяготами жизни, согбеніе, единственнымъ выходомъ изъ котораго является прекращеніе своего существованія, не есть актъ геройства и мужества, какъ учила стоическая философія, а проявленіе малодушія и безсилія, что подобное дѣяніе есть актъ безнравственный и тогда мы не можемъ ipso facto сказать, что оно есть преступленіе. Не все, что безнравственно караетъ законъ, нравственность стоитъ въ томъ же отношеніи къ праву какъ и религія, они соприкасаются другъ съ другомъ, вліяютъ другъ на друга, но не поглощаются взаимно, не отождествляются, да и самое понятіе о нравственномъ въ дѣйствительности есть представленіе далеко не безусловное, а относительное. Можемъ ли мы въ самомъ дѣлѣ назвать безнравственнымъ Ликурга, посягнувшаго на свою жизнь, чтобы заставить спартанцевъ исполнять законы, въ которыхъ онъ видѣлъ залогъ ихъ благоденствія, Кодра, доставившаго своею смертью побѣду отечеству, Зенона, Эпиктета, Сенеку и т. п.

Однимъ словомъ, какъ бы не смотрѣли мы на самоубійство съ точки зрѣнія религіи и нравственности, мы тѣмъ не менѣе можемъ не признавать его преступленіемъ, какъ это и дѣлаютъ юристы-теоретики, начиная съ XVIII столѣтія [13]). Но нельзя не прибавить, что самые доводы, на которые они опираются, чрезвычайно разнообразны.

287. Въ защиту ненаказуемости самоубійства приводятъ слѣдующія соображенія:

1) Самоубійство ненаказуемо, потому что къ лишившему себя жизни не можетъ быть примѣняемо большинство наказаній, допускаемыхъ тѣмъ или другимъ уголовнымъ кодексомъ, такъ какъ всякое наказаніе предполагаетъ наличность воли, противъ которой оно направляется, а разумѣется этого

[13]) Какъ, напримѣръ, Титманъ, Грольманъ, Россгиртъ, Абеглъ, Бауеръ.

условія при самоубійствѣ не существуетъ, и что такъ какъ оконченное преступленіе ненаказуемо, то не можетъ быть назначаемо наказаніе и за покушеніе на него. Такъ что по этой теоріи самоубійство хотя и считается преступнымъ, но ненаказуемымъ [14]).

Но это мнѣніе не выдерживаетъ критики. Во-первыхъ, хотя дѣйствительно большинство такъ называемыхъ личныхъ наказаній не можетъ быть примѣняемо къ виновному, но онъ можетъ подлежать денежнымъ взысканіямъ, мало того, даже самое лишеніе христіанскаго погребенія, встрѣчающееся въ нѣкоторыхъ кодексахъ, есть по существу мѣра репрессивная, заключающая въ себѣ, если и не всѣ, то по крайней мѣрѣ нѣкоторые элементы наказанія; во-вторыхъ, заключеніе отъ ненаказуемости оконченнаго преступленія, къ безнаказанности покушенія несостоятельно, потому что для этого нѣтъ никакихъ юридическихъ основаній; наконецъ, въ-третьихъ, выходя съ этой точки зрѣнія, мы вносимъ сильныя затрудненія въ разрѣшеніе вопроса объ отвѣтственности соучастниковъ самоубійства.

2) Оконченное самоубійство ненаказуемо, потому что противъ самоубійцы немыслимо веденіе уголовнаго процесса и постановленіе приговора. Покушеніе же на самоубійство ненаказуемо, потому что ненаказуемо оконченное преступленіе этого рода.

Съ первою половиною этой аргументаціи дѣйствительно нельзя не согласиться, она имѣетъ чисто юридическія основанія, но вторая половина совершенно произвольна, такъ какъ и противъ нея могутъ быть сдѣланы приведенныя выше возраженія, а потому и эта теорія не можетъ имѣть дѣйствительнаго значенія.

3) Самоубійство ненаказуемо, потому что въ большей части случаевъ оно совершается въ ненормальномъ состояніи

[14]) См. Эли, в. с., т. III, № 1092. Но онъ говоритъ только объ оконченномъ преступленіи, а не о покушеніи. Также Фейербахъ въ своемъ учебникѣ, § 241.

умственныхъ способностей, такъ что оно есть дѣяніе, совершенное въ состояніи невмѣняемости, а потому и ненаказуемое.

Эти доказательства были въ большомъ ходу въ XVIII столѣтіи, часто встрѣчаются еще и нынѣ. Эскироль ставитъ, напр., такое положеніе, что человѣкъ можетъ тогда только пожелать сократить свои дни, когда онъ сумашедшій; Штюбель предлагалъ ввести это предположеніе даже въ самый текстъ закона, предоставляя впрочемъ возможность доказывать противное [15]), но тѣмъ не менѣе это мнѣніе парадоксально и вводитъ презумпцію, отрицаемую уголовнымъ правомъ. Статистика говоритъ намъ, что дѣйствительно около $^1/_3$ самоубійцъ—помѣшаны, что изъ остальныхъ $^2/_3$ для половины, по крайней мѣрѣ, умственное ихъ состояніе остается нераскрытымъ, но какъ поступить съ тѣми, у которыхъ сумашествія нѣтъ, въ какихъ размѣрахъ и на какомъ юридическомъ основаніи должна быть опредѣлена ихъ отвѣтственность или безнаказанность.

4) Такимъ образомъ, остается одно только основаніе ненаказуемости самоубійства, основаніе, имѣющее чисто юридическій характеръ и принимаемое почти всѣми важнѣйшими современными криминалистами. Это начало, выставленное еще Абеггомъ, въ его Untersuchungen и подробно развитое Вехтеромъ въ его изслѣдованіи о самоубійствѣ [16]), опирается на слѣдующія положенія:

Самоубійство есть дѣяніе не только ненаказуемое, но и не

[15]) Изъ новѣйшихъ криминалистовъ эту теорію особенно горячо защищаетъ Lion, G. A. VI.

[16]) Фейербахъ и нѣкоторые другіе криминалисты кантовской школы указывали на то, что человѣкъ, вступившій въ государство, какъ бы обязывается ему служить всѣми своими силами, и при самоубійствѣ слѣдовательно нарушаетъ свою обязанность. На это справедливо возражаетъ Вехтеръ, что кромѣ неправильности исходной точки—ученія о договорѣ—это мнѣніе грѣшитъ и тѣмъ, что признаетъ за индивидуумомъ въ государствѣ какія либо иныя обязанности, кромѣ обязанности не нарушать государственные законы, защищающіе возможное спокойствіе и безопасность лицъ, живущихъ въ немъ.

преступное, такъ какъ въ немъ нѣтъ существеннаго элемента преступленія—правонарушенія. Всякое преступное посягательство направляется на правовой порядокъ, на юридическія отношенія, охраняемыя государствомъ и порываемыя преступленіемъ. Слѣдовательно, только тамъ существуетъ преступленіе, гдѣ дѣйствія лица направляются на какія либо правоотношенія и наоборотъ, гдѣ нѣтъ этого элемента, тамъ нѣтъ и преступленія. Оттого-то ни теорія, ни положительное право не знаютъ болѣе ни преступленій противъ верховнаго существа, ни преступленій противъ религіи и нравственности, взятыхъ въ значеніи отвлеченныхъ принциповъ, а знаютъ только нарушенія постановленій, ограждающихъ религіозныя и нравственныя условія общежитія. Въ такомъ же положеніи стоитъ и вопросъ о посягательствѣ на собственныя права. Справедливо говоритъ Гельшнеръ [17]): „Область права обнимаетъ собою и опредѣляетъ только соціальную жизнь людей; человѣкъ никогда не находится по отношенію къ самому себѣ въ правоотношеніяхъ, а потому всякое самоповрежденіе, будучи хотя и дѣяніемъ безнравственнымъ, безразлично съ правовой точки зрѣнія". Однимъ словомъ, при посягательствѣ на самого себя и свои права нѣтъ нарушенія правовыхъ нормъ, и слѣдовательно нѣтъ объекта преступленія.

Вотъ это-то положеніе и служитъ, по моему мнѣнію, главнымъ доказательствомъ того, что самоубійство не есть преступленіе и должно быть вычеркнуто изъ законовъ уголовныхъ.

288. Но иначе относится къ самоубійству наше Уложеніе, создающее для него даже особенную главу въ X раздѣлѣ, къ разбору которой я и перейду.

Эти постановленія Уложенія распадаются на три вида: о самоубійствѣ оконченномъ, о покушеніи на него и о пособничествѣ къ самоубійству, я начну съ перваго.

[17]) System, т. I, стр. 65; т. II, стр. 241; Geib Lehrbuch, т. II, стр. 204.

Ст. 1472 постановляетъ:

„Лишившій себя жизни съ намѣреніемъ и не въ безуміи, сумасшествіи или временномъ отъ какихъ-либо болѣзненныхъ припадковъ безпамятствѣ, признается неимѣвшимъ право дѣлать предсмертныя распоряженія, и потому какъ духовное завѣщаніе его, такъ и вообще всякая какимъ бы то ни было образомъ, въ отношеніи къ дѣтямъ, воспитанникамъ, служителямъ, имуществу или къ чему-либо иному, изъявленная имъ воля, не приводится въ исполненіе и считаются ничтожными. Если самоубійца принадлежалъ къ одному изъ христіанскихъ вѣроисповѣданій, то онъ

лишается христіанскаго погребенія".

При этомъ редакторы Уложенія объясняли:

„Въ Сводѣ за самоубійство опредѣляется лишеніе христіанскаго погребенія. Сіе постановленіе, по мнѣнію нашему, едва ли должно быть примѣнимо ко всѣмъ безъ исключенія случаямъ, напримѣръ, когда извѣстно, что самоубійца былъ не только честный, не развратный человѣкъ, но покорный ученію церкви и вѣры, отличавшійся христіанскими добродѣтелями и можетъ быть лишь въ мгновенномъ, хотя юридически и не доказанномъ изступленіи ума, лишившій себя жизни. Кажется удобнѣе и приличнѣе представить усмотрѣнію духовнаго начальства разрѣшать въ каждомъ особомъ случаѣ, долженъ ли самоубійца быть лишенъ христіанскаго погребенія или нѣтъ. Что касается гражданскихъ, опредѣленныхъ нашими законами послѣдствій самоубійства, то есть уничтоженія сдѣланнаго самоубійцемъ завѣщанія, то хотя сему нѣтъ примѣровъ ни въ какомъ другомъ законодательствѣ, ни въ новѣйшемъ, ни въ древнемъ, но кажется нельзя не признать сего постановленія мудрымъ и полезнымъ, ибо опнымъ, т. е. страхомъ лишить любезныхъ ему людей предполагаемыхъ имъ способовъ существованія, человѣкъ даже и въ самомъ меланхолическомъ расположеніи можетъ быть удержанъ отъ самоубійства".

Сообразно съ этимъ мнѣніемъ редакторовъ и 2-я часть 1472 статьи была изложена такъ:

„То отъ усмотрѣнія духовнаго начальства будетъ зависѣть постановить: не долженъ ли онъ быть лишенъ христіанскаго погребенія".

289. Разбирая составные элементы этого преступленія, мы найдемъ здѣсь весьма мало особенностей, какъ, напримѣръ, совпаденіе субъекта и объекта, совпаденіе дѣйствительное, а не мнимое, какъ при дуэли, а потому и противорѣчащее, какъ я указалъ выше, основнымъ началамъ уголовнаго права.

Далѣе, по отношенію къ преступному дѣйствію можетъ быть вполнѣ примѣнимо все сказанное мною въ главѣ 1-й № 70 и сл. И здѣсь Уложеніе не пересчитываетъ способовъ, которыми можетъ быть выполнено самоубійство, такъ что мы должны допустить, что подъ понятіе самоубійства подойдетъ всякое насильственное разстройство организма, произведшее непосредственно или въ соединеніи съ другими силами имъ вызванными, смерть дѣйствовавшаго, какъ скоро разумѣется, эта смерть относится къ дѣйствію лица, какъ послѣдствіе къ причинѣ.

Какъ ни парадоксально кажется съ перваго взгляда это положеніе, но оно вытекаетъ изъ существа даннаго дѣянія и самая эта парадоксальность объясняется главнымъ образомъ неправильнымъ основнымъ взглядомъ Уложенія на самоубійство.

Юноша, потерявшій страстно любимую имъ дѣвушку, подъ вліяніемъ безумнаго отчаянія отправляется въ пронзительно скверную погоду по Невскому, въ разгоряченномъ состояніи, съ открытою грудью — схватываетъ тифъ и умираетъ.

Разорившійся игрокъ, промотавшій состояніе жены и дѣтей, въ минуту отчаянія пускаетъ себѣ пулю въ лобъ.

Послѣдняго никто не усомнится назвать самоубійцею, но относительно перваго непремѣнно будутъ сдѣланы возраженія. Но въ чемъ же заключается дѣйствительное различіе между этими фактами. И тотъ и другой для осуществленія своего намѣренія вызвали и направили силы природы, которыя безъ ихъ дѣйствія не могли бы дѣйствовать въ этомъ направленіи, и тотъ и другой при этомъ дѣйствовали положительно. Мы можемъ сказать только, что первый выбралъ средства, представляющія весьма мало вѣроятности успѣха сравнительно со вторымъ, но однако такія, которыя не могутъ быть названы абсолютно не годными; такъ какъ можно положительно сказать, что извѣстный процентъ лицъ, совершившихъ подобное дѣйствіе, подвергнется болѣе или менѣе полному разстройству здоровья или даже смерти. Если же мы поставимъ критеріумомъ преступности большую или меньшую вѣроятность наступленія послѣдствій, то мы потеряемъ всякую почву подъ ногами. *А* для самоотравленія беретъ въ надлежащей дозѣ стрихнинъ, мышьякъ, однимъ словомъ ядъ, дѣйствующій скоро и безусловно и умираетъ; *Б* беретъ съ тою же цѣлью вещество, которое хотя и дѣйствуетъ ядовито, но при извѣстныхъ условіяхъ пріема и принимающаго организма можетъ и утратить ядовитое свойство и также умираетъ; наконецъ *В* беретъ за неимѣніемъ другаго, такое средство, которое только въ исключительномъ случаѣ могло быть смертельнымъ и также достигаетъ желаемаго. Спрашивается, на какомъ основаніи назовемъ мы одни изъ этихъ случаевъ самоотравленіемъ, а другіе признаемъ дѣяніемъ безразличнымъ?

На это могутъ замѣтить конечно, что эти всѣ случаи будутъ дѣйствительнымъ самоубійствомъ, но что это не даетъ права признать таковымъ примѣръ вышеприведенный, потому что введеніе въ организмъ какого-либо вещества, причиняющаго смерть, есть способъ преступный, а искуственное разстройство здоровья, произведенное какимъ-либо другимъ нарушеніемъ правилъ діэтики—закономъ таковымъ не считается, но я уже не разъ указывалъ прежде (глава I № 82) и повторяю теперь, что ни законъ, ни теорія не допускаютъ и

не могутъ допустить дѣленія средствъ на преступныя и не преступныя.

Далѣе эти средства, какъ и при убійствѣ, могутъ быть какъ положительныя, такъ и отрицательныя.

А бросился въ воду и утонулъ—самоубійство.

А сѣлъ на такомъ мѣстѣ, которое покрывается приливомъ, дождался сго наступленія и былъ затопленъ — самоубійство.

А получилъ рану вполнѣ излечимую, съ умысломъ оставилъ ее неперевязанною и истекъ кровью—самоубійство и т. д.

По крайней мѣрѣ я не нахожу логическихъ основаній допустить здѣсь какое либо различіе, а потому и повторяю, что какъ скоро извѣстное лицо, имѣя намѣреніе лишить себя жизни, выбрало для осуществленія этого намѣренія какія либо средства, сознавая возможность достигнуть ими желаемаго результата, и планъ дѣйствительно осуществился, то оно должно почитаться самоубійцею.

Но разумѣется, чѣмъ менѣе шансовъ представляетъ данное средство для достиженія задуманной цѣли, чѣмъ неуловимѣе является связь между задуманнымъ планомъ и дѣйствительно совершившимся фактомъ, въ особенности потому, что его виновникъ, единственное лицо которое могло бы дать въ подобномъ случаѣ надлежащія объясненія, болѣе не существуетъ, тѣмъ труднѣе доказать самую преступность дѣянія, труднѣе сказать, что смерть произошла отъ такого-то дѣйствія, предпринятаго именно съ противозаконною цѣлью лишить себя жизни, а не была результатомъ простаго случая, такого совпаденія условій, которыхъ воспроизведеніе не зависѣло отъ воли дѣйствовавшаго.

Поэтому и понятно, что дѣянія перваго рода не вызываютъ и почти не могутъ вызывать уголовнаго преслѣдованія, причина этого заключается не въ томъ, что законъ смотритъ на подобный фактъ не какъ на самоубійство, а въ томъ, что судъ человѣческій лишенъ здѣсь возможности доказать наличность причинной связи между воспослѣдовавшимъ фактомъ и

намѣреніемъ виновника, слѣдовательно въ чисто фактическихъ и процессуальныхъ основаніяхъ.

290. Но и при этихъ условіяхъ, когда судъ можетъ возстановить, что смерть лица произошла отъ собственныхъ дѣйствій умершаго, для отвѣтственности виновнаго необходимо доказать наличность преступной связи, т. е. доказать, что смерть была намѣренная.

Конечно, нѣтъ никакого сомнѣнія, что лишеніе себя жизни, какъ и всякое умерщвленіе, можетъ быть произведено не только умышленно, но еще того чаще по неосторожности или просто — случайно, но дѣянія этого рода не подлежатъ никакой отвѣтственности, въ противоположность убійству вообще. Теоретически это доказывается тѣмъ, что если умышленное самоубійство не считается преступленіемъ, то не можетъ быть и рѣчи о наказуемости неосторожности въ дѣлахъ этого рода, а практически, по нашему праву тѣмъ, что по 110 статьѣ Уложенія для наказуемости какого либо неосторожнаго дѣянія необходимо спеціальное указаніе на то закона, а таковаго во всей главѣ, трактующей о самоубійствѣ, не находится; а общія же постановленія закона о наказаніи неосторожнаго лишенія жизни здѣсь не могутъ быть примѣнены не только въ силу фактической невозможности назначить здѣсь тюрьму или каторгу (1459, 1466, 1468), но и на чисто юридическихъ основаніяхъ, такъ какъ всѣ эти статьи говорятъ о лишеніи жизни *другаго* лица, слѣдовательно предполагаютъ раздѣльность субъекта и объекта, которой при самоубійствѣ не существуетъ.

Но затѣмъ Уложеніе уже не различаетъ, было ли самоубійство обдумано заранѣе или совершено подъ вліяніемъ внезапнаго настроенія, оно требуетъ только умышленности; за то оно обращаетъ большое вниманіе на побудительные поводы и мотивы самоубійства и знаетъ цѣлый рядъ случаевъ, въ которыхъ и умышленное лишеніе себя жизни или покушеніе на него, не влечетъ никакой отвѣтственности.

Ст. 1474 говоритъ:

«Постановленія, въ предшедшихъ 1472 и 1473 статьяхъ означенныя, не относятся къ случаямъ, когда кто-либо, 1) по великодушному патріотизму, подвергнетъ себя очевидной опасности или прямо вѣрной смерти для сохраненія государственной тайны и въ другихъ подобныхъ случаяхъ, а равно 2) если женщина лишитъ или покусится лишить себя жизни для спасенія цѣломудрія и чести своей отъ грозившаго ей и никакими другими средствами не отвратимаго насилія».

Причемъ редакторы Уложенія замѣчали слѣдующее:

«Въ Сводѣ означены причины, по которымъ покушеніе на самоубійство не почитается преступленіемъ, одни изъ нихъ, какъ то безпамятство отъ болѣзни, упомянуты нами въ предшедшихъ статьяхъ; другіе, каковы суть: мученія, несносная налога, досада, стыдъ, до того неопредѣленны, что мы не рѣшились упоминать объ нихъ въ нашемъ проектѣ, особливо когда за покушеніе на самоубійство полагается наказаніе не весьма тяжкое. Вмѣсто сего мы указываемъ на другіе, хотя безъ сомнѣнія весьма рѣдкіе случаи, когда человѣкъ подвергнетъ себя не только опасности, но и прямо-вѣрной смерти для сохраненія государственной тайны и т. п., или когда женщина для спасенія чести своей рѣшается на самоубійство».

Такъ что въ этихъ случаяхъ самоубійцы не только не лишаются церковнаго погребенія, но и всѣ посмертныя распоряженія ихъ признаются дѣйствительными; если разумѣется не будетъ какихъ либо другихъ чисто гражданскихъ основаній для уничтоженія ихъ силы.

291. Но полное вниманіе въ ученіи о самоубійствѣ оконченномъ, заслуживаютъ наказанія, назначаемыя за самоубійство. Они являются въ двухъ видахъ: взысканія религіозныя и гражданскія.

Что касается первыхъ, то они заключаются въ лишеніи христіанскаго погребенія [18]). Въ Уложеніи весьма нерѣдко го-

[18]) Въ уставѣ медицинской полиціи, ст. 923 и до сихъ поръ не только назначается для самоубійцъ лишеніе христіанскаго погребенія, но осталось и то добавленіе, что тѣло самоубійцы палачъ долженъ въ безчестное мѣсто отволочь и тамъ закопать.

ворится о дѣяніяхъ грѣховныхъ, поставляемыхъ имъ наравнѣ съ преступленіями, они являются остатками той эпохи, когда церковь и государство тѣсно сливались между собою и послѣднее брало на себя защиту религіозныхъ интересовъ, къ этой же категоріи относится и самоубійство. Съ 1845 года наше право смотритъ на него преимущественно съ религіозной точки зрѣнія, хотя и проводитъ свой взглядъ далеко не послѣдовательно. Каноническое право, считая посягательство на собственную жизнь, какъ на высшее благо дарованное Творцемъ, за смертный грѣхъ, не знало и не дѣлало затѣмъ уже никакихъ компромиссъ, допуская ненаказуемость самоубійства только тамъ, гдѣ лишеніе жизни было предписано тѣмъ, кѣмъ она дана, а Уложеніе знаетъ рядъ изъятій при наличности извѣстныхъ мотивовъ вышеуказанныхъ. Но и помимо этого, самое назначеніе подобной мѣры взысканія съ точки зрѣнія уголовнаго права не состоятельно.

Разумѣется если церковь признаетъ необходимымъ лишать, сообразно съ своими завѣтами и правилами, самоубійцъ церковнаго погребенія, то не дѣло юриста рѣшать, правильно или неправильно подобное постановленіе. Правда что, какъ кажется, трудно согласить подобное положеніе съ ученіемъ о возможности искупить грѣхъ посмертнымъ приношеніемъ съ тѣмъ значеніемъ, которое придаетъ церковь, молитвѣ по усопшемъ. Убійца, загубившій нѣсколько человѣческихъ жертвъ, ради пустаго удовлетворенія своихъ животныхъ страстей, обремененный всевозможными грѣхами и пороками, богохулитель, не только словами, но и дѣйствіемъ надругавшійся надъ самыми священными предметами культа, совершившій дѣйствія, вызывающія невольное омерзѣніе не только глубоко вѣрующаго христіанина, но и всякаго человѣка, привыкшаго уважать, хотя бы и чуждыя ему вѣрованія другихъ, не лишаются возможности посмертнаго искупленія своихъ прегрѣшеній, или по крайней мѣрѣ молитвы за нихъ, а самоубійца,

котораго жизнь была однимъ страданіемъ не только для него, но и для всѣхъ его окружающихъ, и который наконецъ рѣшился прекратить эти страданія — считается хуже убійцы, лишается погребенія и поминовенія.

Но какъ бы то ни было, я опять повторяю, что рѣшеніе этого религіозно-догматическаго вопроса принадлежитъ не намъ, а богословамъ, но такъ какъ наше законодательство внесло эту мѣру въ Уложеніе, смотритъ на нее какъ на наказаніе, то въ этомъ отношеніи она несомнѣнно подлежитъ нашей оцѣнкѣ, юристъ долженъ рѣшить: на сколько соотвѣтствуетъ подобная *репрессивная* мѣра тѣмъ требованіямъ, которыя могутъ быть поставлены по отношенію къ наказанію?

Съ этой стороны и теорія и большинство положительныхъ законодательствъ признали, и вполнѣ справедливо, несостоятельность взысканій этого рода [19]).

[19]) Лишеніе христіанскаго погребенія защищаютъ изъ криминалистовъ нынѣшняго столѣтія: Штюбель, Falk, Beitrag zur Lehre vom Selbstmorde, N. A. d., Cr. R. XI, 143, а въ особенности Hepp, Versuche über einzeln. Lehren des Strafrechtswissenschaft, 1827, № VII, Trummer, zur Philosophie des Rechts und insbesondere Strafrechts, 1827. Разборъ ихъ мнѣній см. у Вехтера, в. с. Геппъ, ссылающійся еще на авторитетъ Мозера (patriotische Phantasien), опирается на два аргумента 1) что этимъ достигается цѣль устрашенія и слѣдовательно предупрежденіе преступленій и 2) что такъ какъ кладбище принадлежитъ христіанской общинѣ, то тамъ можетъ быть похороненъ только умершій христіанскою смертью. Противъ перваго Вехтеръ весьма справедливо указываетъ, что здѣсь устрашающимъ элементомъ является самый характеръ того блага, на которое посягаетъ самоубійца; что боязнь огорчить семью лишеніемъ права молиться, не можетъ же быть поставлено наравнѣ съ боязнью, огорчить семью самымъ актомъ самоубійства. Что же касается до втораго положенія, то съ одной стороны оно не имѣетъ юридическаго характера, а съ другой — консеквентно проведенное, приведетъ слишкомъ далеко; одному будетъ казаться оскорбительнымъ лежать на кладбищѣ вмѣстѣ съ самоубійцею, а для другаго съ нераскаяннымъ убійцею, или даже съ ханжею, лицемѣромъ, подъ личиною святошества скрывающимъ цѣлую сумму всякихъ мерзостей. Любопытно, что еще и самъ Вехтеръ, такъ блистательно опровергшій доводы предшествующихъ защитниковъ наказанія самоубійства въ концѣ концовъ однако приходитъ къ тому, что такъ какъ государство должно хотя не наказывать, но и не одобрять самоубійства, то для нихъ не можетъ быть торжественныхъ похоронныхъ церемоній, а при покушеніи виновные должны быть рекомендованы попеченію ихъ семьи, а служащій лишенъ должностей, не въ наказаніе, а потому что этимъ поступкомъ онъ наложилъ на себя пятно, которое не соединимо съ значеніемъ государственной должности.

Во 1-хъ, назначая подобныя наказанія, законы гражданскіе вторгаются въ сферу совершенно независимую отъ права, на мѣсто правосудія божескаго ставятъ судъ человѣческій, разрѣшающій такимъ образомъ не вопросъ о томъ—преступно или не преступно данное дѣяніе, а грѣховно оно или нѣтъ. Редакторы Уложенія и сами сознавали это, а потому и ставили вопросъ о лишеніи христіанскаго погребенія въ зависимость отъ усмотрѣнія духовнаго начальства, но тогда самое существованіе въ кодексѣ этихъ постановленій было излишне, такъ какъ наложеніе взысканій, указанныхъ въ кодексѣ, зависѣло бы отъ усмотрѣнія духовнаго, а не свѣтскаго суда.

Во 2-хъ, это наказаніе, разсматриваемое исключительно съ юридической точки зрѣнія, падаетъ главнымъ образомъ не на самаго виновнаго, а на его семью и родственниковъ, лишенныхъ весьма дорогаго для многихъ права молиться о душѣ погибшаго ихъ родственника.

292. Другая мѣра взысканій, назначаемая за самоубійство, имѣетъ, какъ я сказалъ, чисто гражданскій характеръ: это признаніе самоубійцы, не имѣвшимъ права дѣлать предсмертныя распоряженія и недѣйствительность его завѣщанія или какихъ либо иныхъ изъявленій его воли.

Постановленія этого рода встрѣчаются и въ законахъ гражданскихъ, гдѣ, при изложеніи постановленій о наслѣдствѣ по завѣщанію, ставятся два условія по отношенію къ субъекту завѣщательнаго права: его дѣеспособность и правоспособность.

По отношенію къ первому ст. 1016 говоритъ, «что всѣ духовныя завѣщанія, какъ крѣпостныя такъ и домашнія,

должны быть составляемы въ здравомъ умѣ и твердой памяти.

Посему (ст. 1017) недѣйствительны завѣщанія: 1) безумныхъ, сумасшедшихъ и умалишенныхъ, когда они составлены ими во время помѣшательства; 2) самоубійцъ, т. XV, ч. I, ст. 1472».

По отношенію ко второму указываетъ ст. 1018:

«Всѣ духовныя завѣщанія тогда только могутъ быть дѣйствительны, когда они составляются лицами, имѣющими по закону право отчуждать свое имущество.

Посему недѣйствительны завѣщанія: 1) несовершеннолѣтнихъ, недостигшихъ двадцати лѣтъ съ годомъ; 2) людей лишенныхъ по суду всѣхъ правъ состоянія, когда приговоръ имъ объявленъ».

Не касаясь въ настоящемъ случаѣ далеко непослѣдовательнаго построенія этой классификаціи, я остановлюсь только на сравненіи постановленій законовъ гражданскихъ и уголовныхъ о недѣйствительности посмертныхъ распоряженій самоубійцъ, чтобы этимъ путемъ опредѣлить принципъ, объемъ и значеніе этой мѣры.

При этомъ я разсмотрю: во 1-хъ, тождественны ли или нѣтъ тѣ основанія, изъ которыхъ выходятъ въ этомъ случаѣ законы гражданскіе и уголовные, т. е. можно ли подвести постановленія ст. 1472 Уложенія подъ одну изъ причинъ недѣйствительности завѣщаній, о которыхъ говорятъ ст. 1016 и 1018 т. X, и во 2-хъ, если эти основанія не тождественны, то какъ должны быть понимаемы ст. 1472 Уложенія и 1016—1018 т. X въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ.

I. Законы гражданскіе, говоря о самоубійцахъ въ ст. 1017 вмѣстѣ съ другими лицами не дѣеспособными, признаютъ по видимому, какъ ratio настоящихъ постановленій, то, что завѣщатель самоубійца находится не въ здравомъ умѣ, но этотъ ли принципъ проводится въ Уложеніи? Очевидно нѣтъ—это можно вывести даже изъ поверхностнаго обзора его статей. Въ самомъ дѣлѣ, исходя изъ вышеприведеннаго взгляда пришлось бы: а) не *примѣнять* этихъ постановленій тамъ, гдѣ самоубійца признается находящимся въ состояніи вмѣняемости; б) относить эти положенія только къ распоряженіямъ на случай смерти, сдѣланнымъ непосредственно предъ самоубійствомъ, какъ совершеннымъ во время фиктированнаго помѣшательства, а не распространять его на дѣйствія предшествовавшія, безъ ограниченія времени; в) наконецъ, распространять недѣйствительность на всѣ другія юридическія дѣйствія, совершенныя ими непосредственно предъ самоубійствомъ, а не на одни посмертныя распоряженія. Между тѣмъ мы видимъ въ законахъ уголовныхъ совершенно противоположное: эти постановленія примѣняются по ст. 1472 Улож. только къ самоубійцамъ, *находящимся въ состояніи вмѣняемости*, они относятся ко *всякимъ* распоряженіямъ на случай смерти *безотносительно* ко времени ихъ составленія, и наконецъ они относятся *только* къ распоряженіямъ на случай смерти, а не къ какимъ либо инымъ юридическимъ прижизненнымъ дѣйствіямъ. Слѣдовательно, принципъ отсутствія дѣеспособности у самоубійцъ не признается Уложеніемъ при назначеніи вышеприведенныхъ послѣдствій этого дѣянія и это подтверждается еще и тѣмъ, что завѣщанія самоубійцъ, дѣйствовавшихъ по поводамъ, означеннымъ въ ст. 1474, сохраняютъ свою силу, равно какъ и распоряженія лицъ покусившихся на самоубійство, но умершихъ естественною смертію, хотя бы эти распоряженія были сдѣланы непосредственно предъ покушеніемъ на самоубійство.

Въ виду этого дѣлаютъ другіе попытку согласовать эти положенія гражданскаго и уголовнаго права, указываютъ на то, что при самоубійствѣ дѣйствительно отсутствуетъ одинъ изъ элементовъ необходимыхъ для понятія субъекта завѣщательнаго права, но отсутствуетъ не дѣеспособность (кромѣ тѣхъ случаевъ, гдѣ самоубійство было результатомъ умственнаго разстройства, но которые и не входятъ въ 1472 ст. Уложенія), а правоспособность, что Уложеніе потому не признаетъ дѣйствительными посмертныя распоряженія самоубійцъ, что считаетъ ихъ не правоспособными въ тотъ моментъ, въ которой эти распоряженія получаютъ силу, такъ какъ переходъ имущества, или распоряженіе имъ возможны только

тогда, когда передающій или распоряжающійся имѣлъ въ этотъ моментъ законное право передачи или отчужденія; и что поэтому недѣйствительность завѣщанія самоубійцъ покоится на томъ же основаніи, какъ и недѣйствительность распоряженій лицъ, лишенныхъ правъ состоянія. Это положеніе имѣетъ дѣйствительно болѣе основаній, но и оно не можетъ быть признано вѣрнымъ. Неспособность къ распоряженію или отчужденію имущества въ моментъ совершенія акта можетъ быть или фактическая или юридическая, въ послѣднемъ случаѣ эта неспособность можетъ зависѣть или отъ качества имущества подлежащаго распоряженію или отъ качества лица распоряжающагося и очевидно только послѣдній пунктъ имѣютъ въ виду, когда говорятъ о самоубійцахъ. Но такъ какъ эта юридическая неспособность къ распоряженію опредѣляется: или а) нахожденіемъ въ монашествѣ, или б) состояніемъ подъ опекою за долги, или в) лишеніемъ правъ состоянія, то понятно, что попытка доказать неспособность самоубійцъ къ распоряженію отсутствіемъ въ нихъ правоспособности можетъ быть сдѣлана *только* чрезъ приравненіе ихъ къ лицамъ третьей группы, а подобное приравненіе не состоятельно. Отсутствіе права отчужденія у лицъ лишенныхъ правъ предполагаетъ во 1-хъ, юридическое *изобличеніе* ихъ въ преступленіи, т. е. постановленіе по дѣлу обвинительнаго приговора и вступленіе этого приговора въ окончательную силу, а между тѣмъ смерть преступника до этого момента дѣлаетъ подобное изобличеніе не возможнымъ. Завѣщаніе убійцы, присужденнаго окружнымъ судомъ къ лишенію всѣхъ правъ состоянія, но умершаго до истеченія срока для вступленія приговора въ окончательную силу, вполнѣ дѣйствительно, а потому и самоубійца, не могущій за смертью быть изобличеннымъ въ преступленіи, въ которомъ онъ обвиняется, также не можетъ быть признаваемъ не правоспособнымъ. Во 2-хъ, отсутствіе правоспособности, о которой говорятъ разсматриваемые мною законы гражданскіе, предполагаетъ совершеніе преступленій особенной важности, такъ какъ лишеніе всѣхъ правъ сопровождаетъ только наказанія уголовныя, а нѣтъ никакого юри

дическаго основанія отнести, даже и въ нашемъ правѣ, само убійство къ этой категоріи, напротивъ того размѣры отвѣтственности, назначенной за покушеніе на самоубійство даютъ намъ полное право принять совершенно противный выводъ.

Такимъ образомъ, постановленія ст. 1472 Уложенія не могутъ быть подведены ни подъ одну изъ категорій, указанныхъ въ ст. 1016 и 1018 т. X; законъ уголовный не имѣетъ въ виду ни отсутствіе дѣеспособности, ни отсутствіе правоспособности и остается слѣдовательно признать, что постановленія ст. 1472 имѣютъ свое особое основаніе, отличное отъ ratio законовъ гражданскихъ.

И дѣйствительно, эти отрицательныя соображенія объ отличіи законовъ уголовныхъ и гражданскихъ подтверждаются положительно приведенными выше мотивами редакторовъ. Они прямо говорятъ, что вводя *эту мѣру*, неизвѣстную другимъ законодательствамъ, они надѣются достигнуть *этимъ предупрежденія преступленія*.

Но если мы такимъ образомъ примемъ, что законы уголовные, признавая не дѣйствительными посмертныя распоряженія самоубійцъ, не имѣютъ въ виду ни одного изъ основаній законовъ гражданскихъ, то тогда естественно рождается вопросъ: какъ же понимать 2-й пунктъ 1017 ст. т. X и въ какомъ отношеніи находится онъ къ ст. 1472 Уложенія?

Здѣсь могутъ быть два толкованія: одно буквальное, другое сообразное съ смысломъ закона, хотя нѣсколько и отклоняющееся отъ его текста.

По первому толкованію, законъ, говоря во 2-мъ пунктѣ 1017 ст., что недѣйствительны завѣщанія самоубійцъ, имѣетъ въ виду всѣхъ лицъ насильственно прекратившихъ свое существованіе, безразлично находились ли они при этомъ въ здравомъ умѣ или нѣтъ. Но невѣрность этого взгляда видна изъ того, что а) тогда объемъ статьи 1017 не соотвѣтствовалъ бы мѣсту ею занимаемому; нарѣчіе «посему», съ котораго начинается ст. 1017 — тѣсно связываетъ ее съ ст. 1016, а эта послѣдняя имѣетъ въ виду только лицъ, находящихся не въ здравомъ умѣ; б) и кромѣ того, согласно ст. 1472 Уложенія

недѣйствительность посмертныхъ распоряженій не имѣла бы какихъ либо границъ во времени, такъ что чье либо завѣщаніе, составленное завѣщателемъ въ здравомъ умѣ и твердой памяти, считалось бы не дѣйствительнымъ, какъ скоро завѣщатель, сойдя съ ума, лишилъ себя жизни, а это противорѣчило бы не только основнымъ началамъ права гражданскаго, но и ст. 1472 Уложенія, и объясненіямъ ея редакторовъ, говорящихъ о томъ, что они ввели подобную абсолютную недѣйствительность посмертныхъ распоряженій, какъ репресивную мѣру и наконецъ в) оно подводило бы подъ этотъ 2-й пунтъ 1017 ст. т. X всѣ случаи самоубійства безъ исключенія, а слѣдовательно и предусмотрѣнные въ 1474 ст. Уложенія, что положительно противорѣчило бы ясному тексту послѣдней статьи.

По второму толкованію, посмертныя распоряженія лицъ, лишившихъ себя жизни, могутъ быть недѣйствительны по *двумъ* основаніямъ: или 1) потому что данное лицо находилось въ сумасшествіи, какъ въ моментъ самоубійства, такъ и во время составленія завѣщанія, или 2) потому, что государство этою мѣрою наказываетъ виновнаго, вмѣняя ему его поступокъ. Первый случай *подходитъ* подъ 1 п. 1017 ст. т. X и совершенно *противорѣчитъ* ст. 1472 Уложенія, требующей вмѣняемости; при этомъ, по общему правилу недѣйствительны *только* распоряженія, составленныя послѣ умственнаго разстройства завѣщателя, второй же предвидѣнъ въ 1472 статьѣ Уложенія и во 2-мъ пунктѣ 1017 ст., т. X, ч. I, гдѣ сдѣлана прямая ссылка на ст' 1472. Такъ что въ этомъ случаѣ придется придать слову «самоубійство», употребленному во 2 ч. 1017 ст., ограниченное значеніе *сознательнаго* и умышленнаго, а потому преступнаго лишенія себя жизни. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ недѣйствительны уже всѣ посмертныя распоряженія, безъ относительно времени ихъ составленія.

Такимъ образомъ я прихожу къ слѣдующему выводу, несомнѣнно спорному, но кажущемуся мнѣ единственно правильнымъ: *признаніе недѣйствительнымъ распоряженія самоубійцъ на случай смерти есть наказаніе, имѣющее гражданскій характеръ* [20]), *а не гражданское послѣдствіе наказанія.*

Поэтому подобная мѣра, будучи наказаніемъ, можетъ быть примѣнима только судомъ уголовнымъ по возстановленіи надлежащимъ образомъ виновности лица, т. е. дѣйствительнаго совершенія имъ приписываемаго ему акта и нахожденія въ моментъ совершенія въ состояніи вмѣняемости;

Поэтому судъ гражданскій не компетентенъ въ признаніи недѣйствительными распоряженій самоубійцы бывшаго въ здравомъ умѣ [21]);

Постановленія 2 п. ст. 1017 ч. I т. X, содержатъ только указанія на постановленія ст. 1472 Уложенія, примѣняемыя судами уголовными; недѣйствительность духовныхъ завѣщаній самоубійцъ, бывшихъ въ моментъ посягательства не въ своемъ умѣ объемлется на 2, а 1 пунктомъ 1017 ст. т. X ч. 1;

И наконецъ по общему правилу, въ этихъ случахъ недѣйствительность можетъ быть распространена только на акты, совершенные въ состояніи помѣшательства, а не на предшествовавшія дѣйствія.

Это толкованіе будетъ соотвѣтствовать, какъ мнѣ кажется, дѣйствительному смыслу 1472 ст. Уложенія и 1016 свода законовъ гражданскихъ, хотя и будетъ въ нѣкоторомъ кажущемся противорѣчіи съ буквальнымъ текстомъ ст. 1017 ч. I

---

[20]) Въ этомъ отношеніи оно напр. сходно съ обязанностью отца по ст. 994 обезпечить содержаніе его незаконнорожденнаго ребенка.

[21]) Совершенно иное мнѣніе высказано было с.-петербургскою судебною палатою по дѣлу Абазы (С. В., 1866, № 86) «что постановленія о недѣйствительности завѣщательныхъ распоряженій самоубійцъ, заключаетъ въ себѣ ограниченіе имущественныхъ правъ, которое по силѣ 1017 ст., т. X, ч. 1-й, относясь въ равной мѣрѣ и къ самоубійцамъ, лишившимъ себя жизни въ припадкѣ безумія, составляетъ гражданскія послѣдствія дѣянія, принадлежащія къ предметамъ вѣдомства суда гражданскаго». Но это мнѣніе палаты, впрочемъ господствующее въ нашей практикѣ, ничѣмъ не мотивировано. См. такое же толкованіе московской судебной палаты по дѣлу Матвѣева, С. В. 1868, № 123; того же мнѣнія г. Макалинскій, С. В., 1870 г., № 146. Contra—Лебедевъ въ С. В., 1870, № 177.

т. X и кромѣ того этимъ путемъ устранится цѣлый рядъ несообразностей въ такомъ родѣ.

А. сошелъ съ ума и умеръ, оставивъ завѣщаніе: для признанія его недѣйствительнымъ нужно доказать, что оно составлено послѣ начала сумасшествія.

А сошелъ съ ума и въ бѣшенствѣ разбилъ себѣ голову—его завѣщаніе *безусловно* не дѣйствительно?

По толкованію же мною принятому—дѣло представится въ такомъ видѣ: А лишилъ себя жизни и оставилъ послѣ себя завѣщаніе или вообще посмертныя распоряженія, законные наслѣдники или вообще лица, заинтересованные въ уничтоженіи духовнаго завѣщанія, объявляя о томъ подлежащимъ уголовнымъ властямъ, возбуждаютъ уголовное преслѣдованіе, а за тѣмъ судъ, констатируя дѣйствительную виновность лица, и вмѣняемость ему совершеннаго факта, полагаетъ *въ видѣ наказанія*, уничтоженіе всѣхъ актовъ его воли или, находя, что самоубійца находился не въ здравомъ умѣ, прекращаетъ самое производство. Или же эти наслѣдники предъявляютъ споръ къ завѣщанію самоубійцы въ гражданскомъ порядкѣ, но судъ отмѣняетъ его только въ томъ случаѣ, когда признаетъ, что самоубійство совершено въ припадкѣ умственнаго разстройства и, что въ тоже время было написано и самое завѣщаніе; при этомъ даже самый актъ самоубійства не можетъ приниматься какъ несомнѣнное доказательство или вполнѣ достовѣрное предположеніе объ умственномъ разстройствѣ лица, а должно быть доказываемо на общихъ основаніяхъ. При чемъ это положеніе имѣетъ мѣсто даже и тамъ, гдѣ самоубійство было совершено изъ мотивовъ, перечисленныхъ въ ст. 1474, т. е. и тогда заинтересованныя лица, хотя не могутъ требовать примѣненія 1472 ст. Улож. и 2 п. 1017 ст. но могутъ требовать примѣненія 1 п. 1017 ст. т. X, ч. I.

293. Но если мы будемъ смотрѣть на эту недѣйствительность посмертныхъ распоряженій самоубійцы, какъ на наказаніе, то тогда и оцѣнка его значенія должна быть дѣлаема на общихъ основаніяхъ теоріи уголовнаго права и съ этой стороны эту мѣру не только нельзя признать мудрою и полезною, какъ находили сами редакторы Уложенія, но нельзя не сознаться, что она противорѣчитъ кореннымъ началамъ уголовнаго права, раздѣляемымъ и нашимъ Уложеніемъ, на слѣдующихъ основаніяхъ.

А. Теорія, на которой покоилась эта мѣра, и которая имѣла вообще сильное вліяніе на наше Уложеніе—теорія психической угрозы Фейербаха, давно уже потеряла свой кредитъ какъ въ наукѣ, такъ и въ законодательной практикѣ. Наказаніе, являясь по этой теоріи простымъ подтвержденіемъ сдѣланной угрозы, не имѣетъ никакого разумнаго основанія для своего существованія и, совершенно произвольно по своимъ размѣрамъ. Но даже какъ мѣра предупредительная она имѣетъ только мнимую силу: можетъ ли остановить человѣка опасеніе лишить близкихъ ему лицъ средствъ существованія, когда онъ имѣетъ возможность обойти законъ напр. путемъ даренія при жизни и т. п.

Б. Какъ угроза закона, эта мѣра дѣйствительно имѣетъ въ виду самаго преступника, но какъ практически-примѣнимое взысканіе, она падаетъ *исключительно*, на лицъ неповинныхъ, на тѣхъ въ пользу кого завѣщаніе составлено. Этимъ нарушается основное требованіе теоріи, что всякое наказаніе должно быть по возможности лично, т. е. падать на того, кто совершилъ преступленіе.

В. По основному принципу нашего Уложенія къ лицу умершему не только послѣ совершенія преступленія, но даже послѣ вступленія приговора въ окончательную силу (ст. 156) не примѣняются не только личныя наказанія, но и всякія денежныя взысканія и штрафы, а между тѣмъ мѣра, о которой здѣсь идетъ рѣчь, есть ничто иное какъ одинъ изъ видовъ наказаній лишеніемъ имущественныхъ правъ.

Г. Наконецъ, всякое наказаніе на основаніи I ст., у. у. с. можетъ быть наложено не иначе, какъ въ порядкѣ въ уставѣ опредѣленномъ, а въ числѣ основныхъ положеній этого порядка поставлено—нахожденіе подсудимаго на самомъ судѣ, или вручение ему копіи съ заочнаго приговора по тѣмъ дѣ-

ламъ, гдѣ подобный приговоръ допускается (ст. 138, у. у. с.), а между тѣмъ ни то ни другое изъ этихъ положеній не можетъ быть соблюдаемо при процессахъ о самоубійствѣ, и какъ мнѣ кажется, трудно юридически рѣшить въ какомъ порядкѣ и съ соблюденіемъ какихъ правилъ долженъ примѣнить судъ уголовный, единственно компетентный, статью 1472, имѣя опять таки въ виду, что это лишеніе права распоряжаться имуществомъ есть наказаніе, а не гражданское послѣдствіе наказанія.

Такимъ образомъ въ заключеніе этого анализа постановленій Уложенія о самоубійствѣ оконченномъ нельзя не сказать, что оно не только отступаетъ отъ теоріи въ томъ, что считаетъ преступнымъ дѣяніе не заключающее въ себѣ необходимыхъ для того элементовъ, но что и самыя мѣры карательныя, имъ выбранныя, совершенно не состоятельны.

294. Что касается до покушенія на самоубійство, то о немъ говоритъ статья 1473:

«Изобличенный въ покушеніи лишить себя жизни, также не въ безуміи, сумашествіи или временномъ отъ какой либо болѣзни припадкѣ безпамятства, когда исполненіе его намѣренія остановлено посторонними, не зависящими отъ него обстоятельствами,

предается, если онъ христіанинъ, церковному покаянію по распоряженію своего духовнаго начальства».

Въ этихъ постановленіяхъ всего болѣе выразилось различіе Свода и Уложенія. Сводъ считалъ это дѣяніе покушеніемъ на убійство и облагалъ каторгою, а Уложеніе не только отвергло это наказаніе, но измѣнило и самый взглядъ на него, такъ какъ дѣйствительно самоубійство и убійство отличаются друга отъ друга не только по ихъ внутреннему значенію, но даже и по юридическому составу. Въ этомъ отношеніи совершенно справедливо замѣчали редакторы Уложенія:

«На основаніи Свода покушеніе на самоубійство наказывалось какъ покушеніе на убійство. Мы смѣемъ думать, что сіе постановленіе равно не справедливо и не удобно въ исполненіи. Смертоубійство имѣетъ многіе виды и мѣра и степень наказанія за оное должны и по роду преступленій и по обстоятельствамъ оное сопровождавшимъ, быть весьма различны. Но съ которымъ видомъ смертоубійства можетъ быть сравнено самоубійство или покушеніе на оное? И въ семъ случаѣ страхъ наказанія вмѣсто обыкновеннаго желательнаго дѣйствія—удержанія отъ преступленія, не производилъ-ли совершенно противное, ибо многіе безъ сомнѣнія рѣшались вновь прибѣгнуть къ самоубійству, дабы избѣжать каторжной работы, прибавимъ, что сей законъ, какъ съ достовѣрностью извѣстно, никогда не исполнялся. По сему мы рѣшились за покушеніе предложить лишь наказанія исправительныя (по проекту полагалось заключеніе въ тюрьму на время отъ 6 мѣсяцъ до 1 года; но это наказаніе было отмѣнено при разсмотрѣніи проекта въ Государственномъ Совѣтѣ) и не тяжкія по роду и степени, но съ тѣмъ, чтобы виновный, если онъ христіанинъ, былъ сверхъ того предаваемъ церковному покаянію, которое будетъ случаемъ и для вразумленія, и можетъ быть и для утѣшенія его святымъ ученіемъ религіи».

По поводу этихъ постановленій необходимо замѣтить слѣдующее.

А. Законъ, говоря о покушеніи, имѣетъ въ виду только одинъ его родъ, а именно остановленное по обстоятельствамъ отъ преступника независѣвшимъ, какъ скоро же самоубійца остановился по собственному усмотрѣнію, то онъ никакой отвѣтственности не подлежитъ. Но за то съ другой стороны законъ не различаетъ, было ли это покушеніе оконченное или неоконченное [22]).

Б. Для назначенія отвѣтственности—церковнаго покаянія не только необходимо, чтобы покушавшійся на собственную жизнь находился въ состояніи вмѣняемости, но чтобы онъ

[22]) Lion, ist Beihülfe zum Selbstmord strafbar? G. A., VI, стр. 458; Mittermaier, die Beihülfe zum Selbstmord und die Tödtung eienes Einwilligenden nach dem gegenwärtigen Standpunkte des Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft geprüft. G. A. IX, стр. 433, также Osenbrüggen, Kasuistik особенно № 2-й.

дѣйствовалъ не подъ вліяніемъ мотивовъ, указанныхъ въ 1474 ст. Уложенія.

B. Самый родъ наказанія, сохранившійся только въ Уложеніи, не допускается теоріею права уголовнаго, съ одной стороны потому, что покаяніе, будучи дѣломъ совѣсти, не можетъ быть принудительно назначаемо подобно другимъ уголовнымъ карамъ, что его мѣсто въ правилахъ церковныхъ, а не въ Уложеніи, а съ другой стороны потому, что самое понятіе покаянія является въ высшей степени неопредѣленнымъ и заключаетъ въ себѣ взысканія весьма разнобразныя, какъ отдача въ монастырь, эпитимія и. т. п.

Г. Самое наказаніе въ этихъ случаяхъ, сообразно 1002 у. у, с. назначается не свѣтскими, а духовными судами.

295. Несравненно болѣе интереса представляетъ вопросъ о соучастіи -въ самоубійствѣ, такъ какъ здѣсь отражаются вполнѣ тѣ различные взгляды, которые существуютъ по отношенію къ самому преступленію [23]).

Если признаютъ самоубійство однимъ изъ видовъ убійства, то соучастіе въ немъ опредѣляется по общимъ правиламъ о соучастіи въ убійствѣ.

Если, признавая самоубійство преступленіемъ, считаютъ его не наказуемымъ на основаніи непримѣнимости къ нему никакихъ наказаній, существующихъ въ уголовномъ кодексѣ, то отвѣтственность соучастниковъ опредѣлится сообразно съ разрѣшеніемъ вопроса о томъ: какому преступленію соотвѣтствуетъ самоубійство, такъ какъ понятно, что причина безнаказанности главнаго виновника не имѣетъ силы по отношенію къ участникамъ.

Такой же точно выводъ долженъ быть сдѣланъ и въ томъ случаѣ, когда причиною безнаказанности самоубійцы признаютъ *не вмѣняемость* ему этого дѣянія, въ силу предположеннаго у него ненормальнаго умственнаго состоянія, такъ какъ разумѣется и эта причина не существуетъ для соучастниковъ,

[23]) См. между прочимъ дѣло Добрынина въ Ж. М. Ю.

и по общему правилу соучастіе наказуемо, какъ скоро самое дѣяніе содержитъ въ себѣ моментъ преступности, хотя бы законъ по какимъ либо инымъ причинамъ и не подвергалъ главныхъ виновниковъ наказанію.

Совершенно иначе представится вопросъ, если мы признаемъ самоубійство не только не наказуемымъ, но и не преступнымъ. Понятно, что въ такомъ случаѣ и соучастіе въ подобномъ, съ юридической точки зрѣнія, безразличномъ дѣяніи, не можетъ быть преступно, въ этомъ согласны, какъ теорія, такъ и положительные кодексы, такъ какъ всѣ они говорятъ о соучастіи въ преступленіи.

А такъ какъ и я признаю этотъ взглядъ на самоубійство единственно правильнымъ, то и прихожу къ такому же положенію: что *соучастіе въ самоубійствѣ, въ какой бы формѣ оно не выражалось, какъ таковое, не можетъ считаться преступнымъ.*

Но само собою разумѣется, что признавая подобные факты не наказуемыми, какъ *соучастіе* въ самоубійствѣ, законъ можетъ преслѣдовать ихъ, какъ самостоятельное преступленіе, какъ delictum sui generis; разсматривая тогда простое пособничество лицу, уже имѣющему болѣе или менѣе твердое намѣреніе лишить себя жизни, какъ полицейскій проступокъ, какъ высшій видъ неоказаніе помощи погибающему, а въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ виновный не удовольствовался пассивнымъ соучастіемъ, а игралъ роль активную, гдѣ онъ разжигалъ намѣреніе едва зарождавшееся, подстрекалъ къ самоубійству, довелъ своими дѣйствіями, своими преслѣдованіями до подобнаго факта, законъ можетъ приравнивать его преступленіямъ, направленнымъ противъ жизни и здоровья частныхъ лицъ, ставя его въ одинъ раздѣлъ съ убійствомъ. Въ самомъ дѣлѣ, если А, имѣя намѣреніе лишить Б жизни, воспользовался помѣшательствомъ послѣдняго, отворилъ передъ нимъ окно, далъ ему въ руки пистолетъ и понудилъ такимъ образомъ лишить себя жизни, то мы считаемъ это дѣяніе убійствомъ, такъ какъ самодѣятельность Б была не дѣйствительная, а мнимая, и онъ былъ простымъ орудіемъ

въ рукахъ А. Но если А, имѣя въ виду то же намѣреніе, довелъ истязаніями и мученіями физическими и нравственными Б до самоубійства, то на какомъ основаніи признаемъ мы подобный фактъ безнаказаннымъ? Или положимъ, любовникъ, чтобы избавиться отъ надоѣвшей ему, обольщенной имъ дѣвушки, уговорилъ ее умереть вмѣстѣ, доставилъ ей яду, та отравилась, а онъ принялъ вмѣсто яду сахаръ, — развѣ не будетъ здѣсь полный составъ преступленія? Такимъ образомъ соучастіе въ самоубійствѣ распадется на два вида, совершенно различные по своей важности и преступности. Мало того, законъ можетъ преслѣдовать только случаи послѣдней категоріи, оставляя первые безнаказанными и смягчая самое наказаніе главнымъ образомъ по мотивамъ и побудительнымъ поводамъ, руководившимъ виновными [24]), при чемъ особенное вниманіе должно быть обращено на тѣ случаи, гдѣ самоубійца былъ сумасшедшимъ, а виновный являлся пособникомъ ему.

Въ этомъ смыслѣ рѣшаютъ вопросъ и западные кодексы. Всѣ тѣ изъ нихъ, которые не признаютъ самоубійства пре-

[24]) Миттермайеръ, в. с., стр. 435, указываетъ на общую ошибку законодателей, обращающихъ вниманіе только на болѣе тяжкіе случаи и съ ними соображающихъ отвѣтственность. Онъ приводитъ нѣсколько примѣровъ изъ практики, указывающихъ на необходимость болѣе снисходительнаго отношенія къ фактамъ этого рода. Чиновникъ растратилъ легкомысленно казенныя деньги и когда увидѣлъ, что растрата скоро откроется, а пополнить нѣтъ возможности—рѣшился на самоубійство, старый его пріятель, узнавъ объ этомъ, старался его отклонить, но, убѣдясь въ безполезности своихъ стараній и въ невозможности помочь, оказалъ ему послѣднюю услугу, доставилъ быстро дѣйствующій ядъ; въ Неаполѣ одинъ, весьма почтенный человѣкъ, имѣлъ очень порочнаго сына, вліяніе отца неоднократно спасало его отъ отвѣтственности, наконецъ тотъ совершилъ убійство и былъ приговоренъ къ смертной казни, тогда отецъ, чтобы спасти семейную честь отъ позора публичнаго наказанія, испросилъ позволеніе провести съ нимъ послѣдній вечеръ, уговорилъ его отравиться и доставилъ ему яду. Легко можно, впрочемъ, представить себѣ цѣлый рядъ другихъ случаевъ, въ которыхъ будетъ еще болѣе поводовъ къ снисхожденію.

ступленіемъ или вовсе не наказываютъ и соучастіе въ немъ' какъ, напримѣръ, Франція [25]), Бельгія, Австрія, Пруссія; или же содержатъ спеціальныя постановленія о пособничествѣ и подстрекательствѣ къ самоубійству, какъ кодексы брауншвейгскій § 148, баденскій § 208, саксонскій, § 158 [26]). Этой же системы держится и наше право.

296. Переходя къ нашему Уложенію, мы находимъ здѣсь двѣ статьи: 1475 и 1476, относительно которыхъ редакторы говорили:

«Для полноты постановленій сей главы надлежитъ упомянуть и о лицахъ, которые склоняли или инымъ какимъ-либо образомъ побуждали другихъ къ самоубійству или помогали имъ. Сіи дѣйствія подходятъ подъ общія постановленія о пособничествѣ, но здѣсь та разница, что пособникъ въ самоубійствѣ виновнѣе самого покушающагося на сіе преступленіе. Онъ безъ сомнѣнія есть участникъ въ смертоубійствѣ, хотя убійца и жертва соединены въ одномъ лицѣ и даже участникъ въ убійствѣ предъумышленномъ, тѣмъ болѣе что ни несчастье, ни раздраженіе страсти не могутъ служить для него извиненіемъ.

Мы говоримъ также и о тѣхъ, которые, чрезъ злоупотребленіе власти, побудятъ несчастныхъ или подчиненныхъ или имъ ввѣренныхъ, лишить себя жизни».

Такъ что здѣсь соединены постановленія двухъ родовъ: объ умышленномъ соучастіи въ самоубійствѣ и о неумышленномъ вовлеченіи въ самоубійство.

Что касается перваго, то ст. 1475 говоритъ:

[25]) Доктрина и практика Франціи относятъ это только къ соучастію въ самоубійствѣ, но не распространяютъ на соучастіе въ убійствѣ по согласію. Бланшъ, в. с., т. II, № 46.

[26]) Въ Англіи въ биллѣ, предложенномъ парламенту въ 1860 году, было назначено всякому, кто подвигнетъ, ободритъ или уговоритъ другого къ самоубійству или къ покушенію на самоубійство, или каторга (pénal servitude) пожизненно или не менѣе 2-хъ лѣтъ или тюрьма не ниже 3-хъ лѣтъ. Миттермайеръ, в. с. стр. 434, пр. 2.

«кто склонитъ другого къ самоубійству, или же чрезъ доставленіе средствъ къ тому, или инымъ какимъ-либо образомъ будетъ участвовать въ совершеніи имъ сего преступленія, тотъ за сіе подвергается:

наказаніямъ, опредѣленнымъ за пособіе въ убійствѣ, учиненномъ съ обдуманнымъ намѣреніемъ или умысломъ, на основаніи постановленныхъ въ статьѣ 121 сего Уложенія правилъ о пособникахъ въ преступленіи».

Такимъ образомъ, оно предвидитъ: 1) склоненіе къ самоубійству, или, другими словами, подстрекательство къ нему; и 2) участіе въ немъ доставленіемъ средствъ или инымъ какимъ-либо образомъ, т. е. пособничество.

Но не смотря на эти опредѣленія, какъ я постараюсь сейчасъ доказать, и наше Уложеніе смотритъ на факты этого рода, какъ на самостоятельное преступленіе.

Я не говорю уже о томъ, что если разсматривать самоубійство, какъ совершенно отдѣльное, самостоятельное преступленіе, какъ оно и постановлено въ нашемъ Уложеніи (особая глава—вторая, десятаго раздѣла), то тогда примѣненіе къ соучастникамъ этого дѣянія общихъ правилъ о соучастіи, привело бы къ нелѣпостямъ, потому что пришлось бы смягчать наказаніе сообщникамъ на одну или на двѣ степени, принимая за базисъ отвѣтственность главныхъ виновниковъ, т. е. церковное покаяніе или лишеніе христіанскаго погребенія.

Слѣдовательно, нужно принять, какъ это дѣлали и редакторы Уложенія, что самоубійство разсматривается, какъ одинъ изъ видовъ предумышленнаго убійства, но что при этомъ для главнаго виновнаго назначается совершенно особое наказаніе, а остальные соучастники отвѣчаютъ по общимъ правиламъ.

Въ такомъ случаѣ мы придемъ къ слѣдующимъ выводамъ: за предъумышленное убійство назначается каторга отъ 12 до 15 лѣтъ, слѣдовательно, сообразно постановленіямъ 120 и 121 статей, подстрекатели подлежали бы пятнадцатилѣтней каторги, пособники, существенно важные, каторги отъ 12—15, а не существенные отъ 10—12 лѣтъ. Но однако, этого

дѣленія Уложеніе не знаетъ, а приравниваетъ всѣхъ дѣятелей, слѣдовательно и подстрекателей пособникамъ и назначаетъ только двѣ степени наказанія: каторгу отъ 10 до 12 и отъ 12—15 лѣтъ.

Далѣе, Уложеніе приравниваетъ всѣхъ соучастниковъ самоубійства къ пособникамъ, а послѣдній терминъ прилагается только къ извѣстной категоріи лицъ, дѣйствовавшихъ по предварительному соглашенію, такъ что приходится предполагать, что оно имѣетъ въ виду только лицъ, предварительно согласившихся съ самоубійцею, а между тѣмъ это не вытекаетъ ни изъ существа дѣла, ни изъ текста ст. 1475. А нашелъ Б подтянувшимъ себя на перекладину веревкою, но не могущимъ оттолкнуть стулъ, на который онъ сталъ, чтобы достать до петли, А оказываетъ ему эту услугу, разумѣется, онъ помогалъ самоубійцѣ, но въ его дѣйствіяхъ не было предварительнаго соглашенія. Это тѣмъ болѣе возможно, что нѣтъ необходимости предполагать, чтобы всякое самоубійство было совершено преднамѣренно, мы легко можемъ себѣ представить и такіе случаи, гдѣ оно было результатомъ плана, появившагося внезапно.

Наконецъ предумышленное убійство, о которомъ говоритъ ст. 1454, можетъ быть нерѣдко совершаемо съ обстоятельствами усиливающими вину, и это усиленіе распространяется весьма нерѣдко и на соучастниковъ, слѣдовательно должно бы было быть предвидѣно и въ ст. 1475, что въ самомъ дѣлѣ не существуетъ.

По всѣмъ этимъ доводамъ я и считаю возможнымъ сказать, что по нашему праву тѣ дѣянія, которыя носятъ названіе соучастія въ самоубійствѣ являются самостоятельнымъ преступленіемъ, совершенно отдѣльнымъ отъ самоубійства и наказываемымъ каторгою отъ 12—15 или отъ 10—12 лѣтъ, смотря по характеру ихъ дѣятельности и что всѣ сомнѣнія происходятъ отъ неточной и неудачной редакціи 1475 статьи.

Но въ такомъ случаѣ нельзя не сознаться, что эти размѣры отвѣтственности являются излишне суровыми, что легко могутъ встрѣтиться случаи, гдѣ должны бы быть назначаемы

не только нисшія изъ уголовныхъ, но даже исправительныя наказанія.

297. Но особенный интересъ представляетъ въ этомъ случаѣ вопросъ о томъ: имѣютъ ли вліяніе на отвѣтственность соучастниковъ самоубійства тѣ мотивы, по которымъ оно было совершено, и именно мотивы, указанные въ ст. 1474-й Уложенія.

По буквальному тексту ст. 1475 законъ преслѣдуетъ соучастіе во всякомъ самоубійствѣ, слѣдовательно эти постановленія могли бы быть примѣнимы и къ тѣмъ случаямъ, когда лишеніе жизни было вызвано мотивами, указанными въ 1474 ст, но это привело бы къ ужаснѣйшему абсурду. А лишилъ себя жизни, какъ говоритъ законъ, изъ великодушнаго патріотизма, его дѣяніе не считается преступнымъ; Б доставилъ ему средства къ самоубійству и идетъ на каторгу,—очевидно что такое толкованіе допущено быть не можетъ. Дѣйствительно самоубійство, совершенное по мотивамъ, указаннымъ въ ст. 1474 *не считается по закону преступленіемъ*, а ст. 1475 говоритъ о склоненіи къ самоубійству или какомъ либо участіи *въ семъ преступленіи*, потому то мнѣ и кажется совершенно возможнымъ допустить иное толкованіе, а именно, что соучастіе въ самоубійствѣ, совершенномъ по мотивамъ, указаннымъ въ 1474 статьѣ, не составляетъ преступленія.

298. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, по общимъ правиламъ о соучастіи законъ предполагаетъ, что всѣ эти лица дѣйствовали умышленно, т. е. что они сознавали что подстрекаютъ или помогаютъ самоубійству и желали этого [27]).

[27]) Подобныя этому постановленія можно встрѣтить и въ нѣкоторыхъ нѣмецкихъ кодексахъ, такъ напр. любопытны постановленія брауншвейгскаго закона, § 158. «Мужъ, родители, опекуны или другія лица, которые побудятъ чрезъ истязанія, угрозы или чрезъ оставленіе въ безъисходномъ положеніи, находящееся подъ ихъ надзоромъ (Obhut) лице къ самоубійству, дѣтоубійству, истребленію плода, подкиду, или къ утайкѣ родовъ, подлежатъ отвѣтственности какъ пособники этихъ преступленій».

Но возможны и другіе случаи, когда этотъ результатъ не входилъ прямо въ разсчетъ и желанія дѣйствовавшаго, но тѣмъ не менѣе вытекъ изъ него, когда слѣдовательно данное лицо можетъ быть обвинено въ неосторожномъ вовлеченіи въ самоубійство.

Законъ предвидитъ только одинъ изъ видовъ подобнаго вовлеченія, когда именно оно было результатомъ злоупотребленія власти, соединеннаго съ жестокостью. Ст. 1476 постановляетъ:

«Родители, опекуны и другіе облеченные какою либо властью лица, которые чрезъ явное, соединенное съ жестокостью, злоупотребленіе власти, (въ проектѣ здѣсь было добавлено— или чрезъ оставленіе безъ средствъ къ жизни, но это добавленіе опущено Государственнымъ Совѣтомъ) побудятъ подчиненное имъ, или ввѣренное ихъ попеченію лицо къ самоубійству, подвергаются за сіе:

Лишенію нѣкоторыхъ особенныхъ, на основаніи ст. 50 сего Уложенія, правъ и преимуществъ и заключенію въ смирительномъ домѣ на время отъ 8 мѣсяцевъ до 1 года и 4 мѣсяцевъ, сверхъ того, если они христіане

предаются церковному покаянію по усмотрѣнію своего духовнаго начальства».

Причемъ, какъ объяснилъ кассаціонный департаментъ по дѣлу Умецкихъ 1868 № 160. «Этотъ законъ опредѣляетъ виновному наказаніе не за умышленное побужденіе одного лица другимъ къ самоубійству, что соотвѣтствуетъ особенному, болѣе тяжкому преступленію, предвидѣнному въ 1475 ст Уложенія и подвергающему отвѣтственности за пособничество въ убійствѣ, а лишь караетъ виновнаго за такое жестокое обращеніе съ ввѣренными ихъ попеченію лицами, которое довело ихъ до отчаянія, выразившагося въ посягательствѣ на собственную свою жизнь».

Относительно этихъ постановленій я считаю необходимымъ замѣтить слѣдующее:

А. Такъ какъ посягательство на собственную жизнь не было цѣлью виновнаго, а явилось непредвидѣннымъ результатомъ его дѣйствій, то дѣйствительно нельзя не сказать, что главное значеніе имѣетъ въ этомъ случаѣ не результатъ, болѣе или менѣе случайный, а самое дѣйствіе—жестокое обращеніе. Поэтому понятно, что мѣсто, отведенное этому дѣянію въ Уложеніи, не вполнѣ удачно, что и вызвало весьма извѣстное толкованіе ст. 1476 кассаціоннымъ департаментомъ по дѣлу Умецкихъ, которое впрочемъ нельзя признать правильнымъ [28]).

Б. для примѣненія ст. 1476 необходимо не только кон-

[28]) Умецкіе обвинялись въ томъ, что жестокимъ обращеніемъ съ ихъ дочерью Ольгою, довели послѣднюю до того, что она подожгла ихъ домъ, т. е. совершила въ силу жестокаго обращенія съ нею преступленіе. Судъ, не смотря на признаніе присяжными ихъ виновности, освободилъ отъ наказанія по I п. 771 ст., но кассаціонный департаментъ нашелъ, что въ данномъ случаѣ съ полнымъ основаніемъ могла быть примѣнена ст. 1476. Сенатъ прибѣгъ при этомъ къ слѣдующему толкованію: законъ не наказываетъ вообще жестокаго обращенія родителей съ дѣтьми, но онъ допускаетъ отсюда одно исключеніе — и наказываетъ жестокое обращеніе въ томъ случаѣ, когда оно довело дѣтей до совершенія какого либо преступленія. Это имѣлъ въ виду законодатель, вводя ст. 1476 и только редактировалъ ее неудачно, замѣнивъ родовое понятіе преступленія видовымъ—самоубійствомъ. Въ этомъ видѣ это толкованіе кассаціоннаго департамента было бы распространительнымъ толкованіемъ, вполнѣ допустимымъ и правильнымъ, но такъ какъ кассаціонный департаментъ не представилъ никакихъ доказательствъ того, что законодатель имѣлъ въ виду запрещеніе жестокаго обращенія, сопровождавшагося преступленіемъ, и такъ какъ систематическое толкованіе ст. 1476, не допускаетъ возможности подобнаго распространенія, то приходится признать это рѣшеніе примѣненіемъ аналогіи къ признанію преступленіемъ дѣянія закономъ не запрещеннаго, примѣненіемъ безусловно отвергаемымъ и теорію и положительнымъ правомъ. (См. мое изслѣдованіе о повтореніи преступленія 1866, Буцковскій, о постановкѣ приговоровъ 1866). Ссылка же сената не предшествующее, еще болѣе широкое толкованіе ст. 1476 государственнымъ совѣтомъ по дѣлу вдовы штабсъ-капитана гвардіи Леонтьевой, также не состоятельна, такъ какъ это рѣшеніе не имѣетъ за собою никакихъ юридическихъ мотивовъ.

статировать фактъ жестокаго обращенія лица власть имѣющаго и самоубійство подчиненнаго, но необходимо констатировать причинное соотношеніе между ними, что въ свою очередь можетъ быть опредѣлено только въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ [29]).

В. Самое понятіе жестокаго обращенія не опредѣляется закономъ и должно обнимать собою какъ физическія такъ и нравственныя истязанія и мученія, ускользающія отъ мертвыхъ опредѣленій закона, и констатируемыя только присяжными, могущими обнять данные конкретные факты во всей ихъ полнотѣ и цѣлостности.

Г. Наконецъ, нельзя не обратить вниманія на самую отвѣтственность, назначаемую по ст. 1476, особенно въ сравненіи съ разобранною мною ст. 1475. Между тѣмъ какъ тамъ одинаково-тяжкому уголовному наказанію подлежитъ какъ тотъ, кто, дѣйствуя изъ корыстныхъ цѣлей, выбралъ орудіемъ задуманнаго имъ убійства саму жертву, такъ и тотъ, кто подвинуясь чувству состраданія внушеннаго нравственными или физическими мученіями другаго, доставляетъ ему необходимыя для самоубійства средства, гдѣ такимъ образомъ степень злостности воли и опасность ея для общества слишкомъ часто не соотвѣтствуютъ размѣрамъ назначеннаго наказанія, здѣсь же совершенно наоборотъ—наказаніе является часто излишне снисходительнымъ. Родители ежечасно и ежеминутно тиранившіе свою дочь и физически и морально, сдѣлавшіе изъ ея жизни цѣлый рядъ непрерывныхъ страданій, изъ которыхъ единственнымъ исходомъ для нея представлялось самоубійство, начальникъ, весь проникнутый, такъ долго господствовавшей у насъ теоріей «не разсуждать», «въ гробъ

[29]) См. процессъ крестьянина Озерскаго, обвинявшагося въ доведеніи жестокимъ обращеніемъ жены своей до самоубійства, С. В. 1868, № 143. Въ данномъ случаѣ было доказано, что подсудимый неоднократно бивалъ повѣсившуюся, что онъ билъ ее въ самый день смерти, но осталась невыясненною причинная связь между истязаніями и смертью, а потому и оправдательный приговоръ присяжныхъ является совершенно правильнымъ.

заколочу Демосфена», и замѣтившій излишнюю независимость въ подчиненномъ или просто по капризу не взлюбившій его, доводитъ его до того, что тотъ закладываетъ душу черту, чтобы избавиться отъ начальства, какъ рядовой Федоровъ, или вѣшается на первой перекладинѣ—они подлежатъ только смирительному дому, т. е. относительно легкому исправительному наказанію [30]).

[30]) Я не касаюсь вопроса о подсудности дѣлъ о самоубійцахъ, такъ какъ онъ относится къ области уголовнаго процесса. См. С. В., 1866, № 41 и 86; 1868, № 123: Макалинскій, въ С. В., 1870, № 146 Лебедевъ, въ С. В., 1870, № 177.

ГЛАВА СЕДЬМАЯ.

Объ оставленіи безъ помощи.

299. Оставленіе безъ помощи съ теоретической точки зрѣнія не можетъ составить особаго вида преступленій противъ жизни.
300. Историческое развитіе ученія объ этомъ преступленіи.
301. Различные виды преступныхъ дѣяній, относимые сюда Уложеніемъ. Основные элементы ихъ состава.
302. Оставленіе безъ помощи ребенка до 7 лѣтъ по Уложенію.
303. Оставленіе въ опасномъ положеніи малолѣтнихъ, но старѣе 7 лѣтъ, больныхъ и тому подобныхъ лицъ.
304. Оставленіе проводникомъ провожаемаго и попутчикомъ попутчика.
305. Неоказаніе помощи погибающему.

299. Послѣдній разрядъ преступленій, который мнѣ осталось разсмотрѣть, составляетъ оставленіе безъ помощи, категорія такихъ дѣяній, которыхъ правильное опредѣленіе и даже правильное помѣщеніе въ общей системѣ, представляется весьма затруднительнымъ.

Въ самомъ дѣлѣ, это мѣсто можетъ быть опредѣляемо двоякимъ образомъ: въ нѣкоторыхъ, рѣдкихъ случаяхъ по послѣдствіямъ, въ другихъ болѣе обыкновенныхъ по характеру намѣренія. Что касается до перваго, то оставленіе безъ помощи можетъ причинить или смерть, или разстройство здоровья, или же пройти безслѣдно; слѣдовательно съ этой

стороны—мы можемъ только сказать, что данное дѣйствіе является однимъ изъ преступленій, направленныхъ противу правъ частнаго лица, не болѣе. Что касается до намѣренія, то оно можетъ опредѣляться или желаніемъ лишить жизни оставленнаго, или по крайней мѣрѣ повредить его здоровью, или наконецъ достичь какой либо иной противозаконной или даже и непротивозаконной цѣли. Но во всѣхъ этихъ случаяхъ мы съ трудомъ найдемъ въ *данномъ дѣяніи, что либо особенное, заставляющее выдѣлить его въ особую группу.*

А., имѣя намѣреніе лишить жизни Б, пользуется его безпомощнымъ положеніемъ и оставляетъ его въ опасномъ для его жизни мѣстѣ—и тотъ дѣйствительно умираетъ. А. совершаетъ обыкновенное убійство, какъ это между прочимъ и выражено прямо въ ст. 1519.

А. съ тою же цѣлью оставилъ Б. въ опасномъ мѣстѣ, но это оставленіе прошло для Б. безъ всякаго вреда или только повредило его здоровье—А. долженъ отвѣчать за покушеніе на убійство.

А. дѣйствовалъ безъ прямаго намѣренія лишить жизни Б., но однако предвидя возможность наступленія этихъ послѣдствій, и смерть послѣдовала—онъ вполнѣ можетъ быть обвиненъ въ убійствѣ безъ прямаго на то намѣренія (ст. 1458 и 1520), а если смерти не было—въ покушеніи на него.

Наконецъ, А. дѣйствовалъ, хотя и съ намѣреніемъ повредить здоровью Б. или вообще съ какою либо противозаконною цѣлью, но не предвидя, что отъ этого можетъ произойти смерть, которая тѣмъ не менѣе произошла, А. отвѣчаетъ за неосторожное убійство, а если смерти не было, то эта отвѣтственность опредѣлится сообразно съ умысломъ, который имѣлъ виновный.

Однимъ словомъ, какъ скоро мы примемъ два положенія: что существо и значеніе преступленія опредѣляется сообразно съ характеромъ преступнаго умысла и что этотъ умыселъ можетъ быть осуществленъ какъ положительнымъ, такъ и отрицательнымъ способомъ, то оставленіе безъ помощи, какими бы послѣдствіями оно не сопровождалось и какимъ бы

умысломъ оно не опредѣлялось всегда можетъ быть подведено подъ другія дѣянія относящіяся къ категоріи преступленій противъ жизни, здоровья или другихъ правъ частныхъ лицъ такъ что только ради нѣкотораго практическаго удобства [1]) большинство новѣйшихъ западныхъ кодексовъ соединяетъ въ одно цѣлое и ставитъ какъ особое преступленіе тѣ случаи, гдѣ оставленіе безъ помощи, хотя и не было послѣдствіемъ прямаго намѣренія на убійство, но однако было совершено при такихъ условіяхъ, чрезъ которыя жизнь оставленнаго подвергалась болѣе или менѣе очевидной опасности, причемъ самый объемъ этой группы опредѣляется исторіею этого преступленія [2]).

300. Исторія оставленія безъ помощи представляетъ много аналогіи съ исторіею дѣтоубійства и истребленія плода, въ особенности съ первою, такъ какъ это преступленіе нерѣдко сливалось съ дѣтоубійствомъ. Въ самомъ дѣлѣ, оставленіе безъ помощи, угрожавшее опасностью жизни могло быть совершаемо всего легче и всего чаще надъ новорожденными младенцами и въ высшей степени тѣсно примыкало къ самому умышленному умерщвленію ихъ бездѣйствіемъ, отличаясь только характеромъ умысла, который подмѣтить и рельефно указать долго не могла средневѣковая доктрина.

По этому у всѣхъ народовъ, признававшихъ право родителей надъ жизнью и смертью ихъ дѣтей, оставленіе безъ помощи не составляло никакого преступленія, такъ что напр. въ римскомъ правѣ постановленія о дѣяніяхъ этого рода встрѣ-

---

[1]) Совершенно вѣрно проводитъ Temme, Lehrbuch des preussischen Strafrechts,' то начало, что оставленіе безъ помощи должно быть называемо, какъ одинъ изъ видовъ умышленнаго или неосторожнаго убійства.

[2]) См. Bopp. Einiges über das Verbrechen der gefährliches Verlassung und Aussetzung eines Menschen, N. A. d. Cr. R., XIII, стр. 442, Burchardi über den Umfang des Verbrechens des Kindesaussetzung. A. d. Cr. R., 1837, ст. 409. Исторія же этого преступленія, см. въ особенности Гельшнеръ, т. II, стр. 123 и сл.

чаются только въ эпоху христіанскихъ императоровъ, въ декретахъ—Валентиніана, Валенса и Граціана. Эти постановленія развились подъ прямымъ вліяніямъ воззрѣній канонического права, которое также ставило и преслѣдовало данное дѣяніе наравнѣ съ дѣтоубійствомъ, и этотъ взглядъ продержался и въ позднѣйшихъ законодательныхъ памятникахъ, вплоть до Каролины, содержавшей особыя и весьма подробныя постановленія объ оставленіи безъ помощи или подкидѣ незаконнорожденнаго младенца его матерью съ цѣлью освободиться отъ заботъ и попеченія о немъ.

Но затѣмъ объемъ этого преступленія измѣняется, и сначала путемъ доктрины, а позднѣе путемъ положительнаго права получаетъ значительное распространеніе.

Уже Карпцовъ [3]), анализируя данное преступленіе, указывалъ на то, что его субъектомъ можетъ быть не только мать, но и отецъ, какъ скоро онъ дѣйствовалъ или съ намѣреніемъ уничтожить существованіе малютки или затѣмъ, чтобы избавиться отъ обязанности заботиться о немъ. Затѣмъ, мало по малу, эта отвѣтственность распространяется на всѣхъ восходящихъ, обязанныхъ заботиться о ребенкѣ [4]), а наконецъ и на всѣхъ лицъ, которымъ было ввѣрено попеченіе о немъ [5]).

Разумѣется параллельно съ этимъ расширялось и понятіе объекта. Сюда кромѣ новорожденныхъ были отнесены и другія дѣти, которыя не могли еще заботиться о себѣ (Грольманъ, Фейрбахъ, баварское уложеніе 1813) или вообще лица, лишенные почему либо этой возможности въ данное время, какъ напр. больные, глухонѣмые, сумасшедшіе (Мартинъ) или наконецъ вообще почему либо находящіеся въ состояніи безпомощности (Титманъ, Гефтеръ). А самое дѣйствіе обняло собою, какъ понятіе подкида въ тѣсномъ смыслѣ, такъ и оставленіе безъ помощи въ опасномъ положеніи.

[3]) См. развитіе этого ученія у Карпцова и позднѣйшихъ криминалистовъ у Бурхарди, в. с. стр. 413.

[4]) Грольманъ, § 286; Фейербахъ; § 389; Мартинъ, § 182.

[5]) Титманъ, § 202, 203; Абеггъ, § 330.

Въ этомъ распространенномъ смыслѣ является это преступленіе и въ новыхъ кодексахъ [6]). Одни изъ нихъ, какъ напр. Ново-Баварскій § 246, 247, Баденскій § 260—266, Прусскій § 187; Сѣверо-Германскій § 221 различаютъ оставленіе въ безпомощномъ состояніи или подкидъ дѣтей родителями съ намѣреніемъ отъ нихъ освободиться и оставленіе безъ помощи дѣтей или вообще безпомощныхъ лицъ—тѣми, которыхъ попеченію и надзору они ввѣрены, (Obhut oder Pflege), а въ каждомъ изъ нихъ особо выдѣляютъ тѣ, гдѣ оставившіе могли видѣть опасность своего поступка, а самое оставленіе причинило смерть или поврежденіе здоровья оставленному; въ этомъ случаѣ назначается Zuchthaus до 16 лѣтъ (Н. Баварское) [7]). Другіе же принимаютъ при этомъ даже три вида преступленія: оставленіе при такихъ обстоятельствахъ, что нельзя было опасаться за жизнь оставленнаго, оставленіе тамъ, гдѣ была вѣроятность спасенія и наконецъ оставленіе въ такомъ мѣстѣ, гдѣ спасенія ожидать было нельзя, и затѣмъ въ каждомъ изъ этихъ случаевъ степенятъ наказаніе сообразно съ послѣдствіями дѣйствительно происшедшими (Вюртембергъ § 256—259. Саксонія § 163; Брауншвейгъ § 157). Только Австрія ограничиваетъ понятіе этого преступленія оставленіемъ дѣтей, тоже дѣлаетъ французское право [8]) и ново-бельгійскій кодексъ. Code pénal говоритъ только объ exposition d'enfant и ставитъ отвѣтственность виновнаго въ зависимость отъ опасности, которой подвергался малютка и отъ намѣренія руководившаго виновнымъ. Поэтому здѣсь главное значеніе имѣетъ характеръ мѣста, гдѣ былъ оставленъ ребенокъ и самыя обстоятельства подкида. Законъ прибавляетъ только при этомъ, что какъ скоро это дѣяніе сопровождалось смертью, то оно разсматривается какъ meurtre.

[6]) См. Бернеръ, учебникъ, т. II, стр. 117, пр. 2.

[7]) Баденское уложеніе признаетъ здѣсь неосторожное убійство черезъ умышленное оставленіе безъ помощи; оно также говоритъ объ оставленіи незаконныхъ дѣтей ихъ матерью, но разсматриваетъ на тѣхъ же началахъ.

[8]) Эли, в. с., т. IV, № 1553.

301. Подобно нѣмецкимъ кодексамъ и наше *Уложеніе придаетъ этому понятію весьма широкое значеніе*, что можно даже видѣть изъ самаго заглавія этой главы: о произвольномъ оставленіи человѣка въ опасности и неоказаніи помощи погибающимъ.

Сюда относитъ наше Уложеніе слѣдующіе случаи:

1) Подкидъ или оставленіе гдѣ либо малолѣтняго до 7 лѣтъ, соединенное съ опасностью для его жизни;

2) Оставленіе безъ помощи такого лица, которое по его возрасту (хотя и превышающему 7 лѣтъ) или по особенностямъ тѣлеснаго состоянія не можетъ заботиться само о себѣ;

3) Оставленіе безъ помощи лицъ, нуждающихся въ ней по какимъ либо особымъ обстоятельствамъ;

4) Неоказаніе помощи погибающимъ.

Причемъ три первые вида составляютъ одну группу, связанную двумя условіями: сходствомъ намѣренія и дѣйствія, которыя мы и разсмотримъ прежде чѣмъ мы перейдемъ къ анализу отдѣльныхъ видовъ.

Какъ я указывалъ уже прежде, оставленіе человѣка безъ помощи близко граничитъ, если не сливается съ убійствомъ, такъ что законодатель самъ нашелся вынужденнымъ опредѣлить границы, отдѣляющія ихъ другъ отъ друга, и именно положилъ эти границы въ характерѣ умысла. Оставленіе человѣка въ такомъ положеніи, въ которомъ жизнь его могла бы подвергнуться опасности, можетъ быть прежде всего результатомъ прямаго намѣренія лишить жизни и тогда самое дѣяніе перейдетъ въ общій видъ убійства отрицательнымъ способомъ. Это указываетъ и наше Уложеніе, постановляя въ 1519 статьѣ:

«Когда самовольное оставленіе человѣка въ такомъ мѣстѣ или положеніи, гдѣ жизнь его подвергалась опасности, было послѣдствіемъ намѣренія лишить его жизни, то виновный въ ономъ приговаривается:

къ наказаніямъ, опредѣленнымъ въ ст. 1454».

Предполагая, разумѣется, что если въ данномъ случаѣ окажется въ наличности одно изъ обстоятельствъ указанныхъ въ статьяхъ 1449—1453, то наказаніе будетъ назначено не по

1454, а по одной изъ предшествующихъ статей; такъ что если сынъ поставитъ съ намѣреніемъ лишить жизни въ опасное положеніе своего отца и тотъ отъ того умретъ, то виновный подлежитъ безсрочной каторгѣ по 1449 статьѣ. Причемъ для полной отвѣтственности очевидно предполагается, что смерть послѣдовала, а иначе должны быть примѣнены общія положенія о покушеніи на убійство.

Но если подобнаго намѣренія не было, и виновный дѣйствовалъ изъ какихъ либо иныхъ видовъ, но сознавая возможность смерти оставляемаго лица и тѣмъ не менѣе рѣшившись на совершеніе задуманнаго, то и тогда съ теоретической точки зрѣнія онъ можетъ отвѣчать, какъ за убійство съ непрямымъ умысломъ (dolus eventualis), какъ это и указываетъ ст. 1520 (см. главу 1-ую, № 67), которая говоритъ:

«Если кто либо изъ какихъ бы то ни было видовъ, хотя и безъ рѣшительнаго намѣренія на смертоубійство, но завѣдомо и съ умысломъ, заведетъ или поставитъ другаго въ такое положеніе, въ коемъ, по всей вѣроятности, жизнь его должна была подвергнуться опасности, то виновный въ семъ приговаривается:

къ наказаніямъ, опредѣленнымъ выше сего, въ ст. 1458, за смертоубійство безъ прямаго намѣренія».

Но это постановленіе не имѣетъ уже того общаго значенія какъ ст. 1519.

Ст. 1519 примѣняется во всѣхъ случаяхъ, каковы бы ни были отношенія между виновными и жертвою, слѣдовательно и въ случаяхъ, указанныхъ въ ст. 1513—1518. Въ самомъ дѣлѣ, если отецъ или мать оставляютъ своего незаконнаго новорожденнаго ребенка безъ помощи въ лѣсу, съ тѣмъ что бы лишить его жизни, они отвѣчаютъ не по 1513 ст., а по 1451; если надзиратель оставляетъ съ тою же цѣлью ввѣреннаго ему больнаго безъ призора, то онъ отвѣчаетъ по 1454, а не по 1516 и т. д. [9]).

[9]) См. рѣш. кас. деп. 1870 г. по дѣлу крестьянина Филиппова. Ср. также Osenbrüggen. Abhandlungen, стр. 111; Фейербахъ Lehrbuch, § 390

Напротивъ того, ст. 1520 имѣетъ въ виду только тѣ случаи, гдѣ между оставленнымъ и оставляющимъ не существуетъ никакихъ особенныхъ отношеній, о которыхъ говорятъ предыдущія статьи, такъ что ст. 1513—1518 обнимаютъ собою и тѣ случаи, гдѣ виновный предвидѣлъ возможность смерти и допускалъ, хотя и прямо не желалъ, тогда конечно можетъ возбудиться только вопросъ о разграниченіи этихъ статей отъ ст. 1458.

А. не желая убить Б., а желая отвлечь его вниманіе отъ какого нибудь задуманнаго А. дѣйствія, отводитъ Б. во время пожара или наводненія въ такое мѣсто, гдѣ онъ знаетъ, что тотъ можетъ подвергнуться опасности, и Б. дѣйствительно погибаетъ. А. подлежитъ на основаніи 1520, 1458 ст. каторгѣ отъ 8 до 12 лѣтъ.

Отецъ, желая освободиться отъ своего двухлѣтняго сына, завозитъ его въ лѣсъ, мало посѣщаемый людьми, бросаетъ тамъ и сынъ умираетъ, онъ подлежалъ бы на основаніи 1513—maximum—ссылкѣ на поселенія.

Проводникъ изъ мести, или изъ какихъ либо видовъ оставляетъ провожаемаго, зная, что онъ можетъ отъ этого погибнуть и допуская, хотя прямо и не желая этой погибели и тотъ дѣйствительно погибаетъ.—Онъ подлежалъ бы по ст. 1517 только ссылкѣ на житье или арестанскимъ ротамъ.

Очевидно, что это наказаніе въ двухъ послѣднихъ случаяхъ было бы весьма непропорціонально и по отношенію къ дѣйствительной виновности подсудимаго, и сравнительно съ другими фактами этого рода, особенно, если мы обратимъ вниманіе на то, что въ первомъ изъ этихъ двухъ примѣровъ въ высшей степени трудно отдѣлить не прямой и прямой умыселъ на убійство малютки.

Но это противорѣчіе устранится или по крайней мѣрѣ значительно ослабѣетъ, если мы сравнимъ текстъ ст. 1458 и ст. 1513—1518 и будемъ примѣнять ихъ буквально. Ст. 1458 говоритъ *о причиненіи смерти* съ непрямымъ на то умысломъ, слѣдовательно и объ оставленіи въ опасности, сопровождавшемся смертью оставленнаго, а статьи 1513—1518 имѣютъ въ виду только самый фактъ оставленія безъ помощи, такъ что въ этомъ отношеніи границы между ними опредѣляются характеромъ ихъ послѣдствій.

Возвращаясь же къ главному вопросу, насъ занимающему, къ намѣренію виновнаго при преступленіяхъ этой категоріи, мы можемъ опредѣлить его: какъ *желаніе лишить нуждающееся въ помощи лице необходимыхъ заботъ и попеченій, съ цѣлью получить отъ того какой либо прибытокъ, отмстить и т. п., но безъ намѣренія лишить его жизни.* Причемъ возможность смерти оставляемаго лица можетъ быть или не предвидима, или предвидима и даже допускаема.

Преступное дѣйствіе во всѣхъ этихъ случаяхъ является въ двухъ формахъ: или въ умышленномъ и завѣдомомъ отведеніи въ такое мѣсто, гдѣ жизнь даннаго лица можетъ и должна подвергнуться опасности (подкидъ, Aussetzen) или въ оставленіи въ такомъ мѣстѣ, въ которое данное лицо попало или случайно или по собственной волѣ, но во всякомъ случаѣ не было заведено самимъ виновнымъ (Verlassen), если, разумѣется, при этомъ находятся въ наличности всѣ другія условія этого преступленія [10]).

Поэтому самое преступленіе считается оконченнымъ, какъ скоро изъ обстоятельства дѣла будетъ обнаружено, что данное лицо оставило другаго въ подобномъ опасномъ положеніи, безразлично къ тому, какого рода послѣдствія имѣло это оставленіе, и самое причиненіе смерти, измѣняетъ отвѣтственность только тогда, когда виновный допускалъ возможность ея наступленія, такъ какъ тогда примѣняется ст. 1458, а въ остальныхъ случаяхъ обусловливаетъ необходимость совмѣстнаго примѣненія данныхъ статей и ст. 1459, 1466 или 1468 Уложенія [11]).

---

[10]) Ср. Бернеръ учебникъ, стр. 118, пр. 7; Hälschner, т. II, стр. 126.

[11]) При этомъ, такъ какъ преступный планъ выполняется отрицательнымъ путемъ, то данныя преступленія не допускаютъ покушенія.

302. Что касается до отдѣльныхъ видовъ преступленія, то сюда относится, какъ я сказалъ:

1) Оставленіе безъ помощи ребенка моложе 7 лѣтъ. О немъ говорятъ 3 статьи: 1513, 1514 и 1515.

Ст. 1513:

«За подкинутіе или оставленіе ребенка, имѣющаго менѣе трехъ лѣтъ отъ рожденія, съ намѣреніемъ въ такихъ мѣстахъ, гдѣ нельзя было ожидать, что онъ будетъ найденъ другими, виновные въ томъ родители и вообще лица, обязанные имѣть попеченіе о ребенкѣ, подвергаются:

или лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ Сибирь на поселеніе, или же лишенію всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ и ссылкѣ на житье въ Сибирь или отдачѣ въ исправительныя арестантскія роты по первой степени 31-й статьи сего Уложенія».

Ст. 1514. «За подкинутіе или оставленіе такимъ образомъ ребенка, имѣющаго болѣе трехъ, но менѣе 7 лѣтъ отъ роду, виновные подвергаются:

лишенію всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ и ссылкѣ на житье въ Сибирь, или отдачѣ въ исправительныя арестантскія роты по второй или третьей степени 31-й статьи сего Уложенія».

Ст. 1515. «Наказаніямъ, въ предшедшихъ 1513 и 1514 статьяхъ опредѣленнымъ, и на томъ же основаніи, подвергаются тѣ, которые подкинутъ или оставятъ съ намѣреніемъ, или велятъ подкинуть или оставить въ большей или меньшей опасности чужаго ребенка, хотя бы то было и съ согласія и по желанію родителей его».

Анализируя эти постановленія, мы находимъ:

А. Виновниками, какъ пересчитываетъ Уложеніе, могутъ быть: во-первыхъ, родители или лица, обязанные имѣть попеченіе о младенцѣ, во-вторыхъ, всѣ постороннія лица. При этомъ, эти качества субъекта не имѣютъ никакого вліянія, какую бы роль виновные не играли, т. е. являются ли они главными виновниками или пособниками, физическими дѣятелями или интеллектуальными, такъ что все это перечисленіе, какъ и самая ст. 1515, оказываются совершенно излишними, и мы можемъ сказать, что субъектомъ преступнаго подкинутія или оставленія малютки моложе 7 лѣтъ, можетъ быть всякое лице. Родственныя отношенія къ виновному не вліяютъ въ этихъ случаяхъ даже на степень наказанія.

Б. Объектомъ является ребенокъ моложе 7 лѣтъ, при чемъ законъ, сообразно съ возрастомъ его, подраздѣляетъ данный случай на 2 вида: оставленіе ребенка до 3-хъ лѣтъ и отъ 3-хъ до 7. Уложеніе изданія 1857, рядомъ съ ребенкомъ моложе 3-хъ лѣтъ, говоритъ о малюткѣ грудномъ, но въ изданіи 1866 это добавленіе отброшено, такъ какъ оно само собою подразумѣвается въ выраженіи: «ребенокъ моложе 3-хъ лѣтъ».

В. Для примѣненія ст. 1513 и сл., законъ, какъ я указывалъ, требуетъ съ одной стороны, чтобы виновный не имѣлъ прямаго намѣренія лишить его жизни, а съ другой, чтобы онъ дѣйствовалъ съ сознаніемъ опасности для жизни малютки, чтобы онъ «съ намѣреніемъ оставилъ его въ такихъ мѣстахъ, гдѣ нельзя было ожидать, что онъ будетъ найденъ другими», или какъ говорило гораздо полнѣе и правильнѣе Уложеніе 1857 года: «въ такомъ мѣстѣ и въ *такихъ обстоятельствахъ*, въ коихъ, по всей вѣроятности, нельзя было ожидать, чтобы онъ былъ найденъ или усмотрѣнъ другими».

Если же наоборотъ (ст. 144 уст. о нак. нал. мир. суд.) ребенокъ былъ оставленъ не въ такихъ мѣстахъ, гдѣ нельзя ожидать, что онъ будетъ найденъ другими, то виновные въ томъ родители и вообще лица, обязанные имѣть попеченіе о ребенкѣ, подвергаются:

аресту не свыше 3-хъ мѣсяцевъ [12]).

Ср. Цахаріэ Versuch, стр. 70; Bar, ст. 32 Mittermaier, Gerichtssaal 1859 г.

[12]) Нельзя не прибавить, что ст. 144 м. у. представляется невполнѣ

Причемъ уставъ мировой совершенно правильно перенесъ эти постановленія изъ раздѣла проступковъ, направленныхъ противъ правъ частнаго лица, въ раздѣлъ проступковъ противъ правъ семейственныхъ.

Г. Оставленіе ребенка должно быть сдѣлано умышленно, совершеніе же подобнаго факта ненамѣренно по неосторожности, не можетъ подвергнуть виновнаго никакой отвѣтственности на точномъ основаніи 110 и 1513 ст. (см. выше главу 1-ю № 27). Если же послѣдствіемъ неосторожнаго оставленія ребенка безъ помощи, напр. вслѣдствіе потери ребенка въ лѣсу, причинится ему смерть, то мы будемъ имѣть одинъ изъ видовъ случайнаго убійства, или фактъ неосторожнаго лишенія жизни, бывшаго послѣдствіемъ дѣянія закономъ не запрещеннаго (ст. 1468).

точною, такъ что для ея пониманія необходимо имѣть въ виду статьи Уложенія 1857 г. Тамъ, во первыхъ, указывалось, что субъектомъ могутъ быть не только родители или лица, обязанные имѣть попеченіе, но лица постороннія, оставившіе или подкинувшіе ребенка сами или приказавшіе сдѣлать это другимъ; во вторыхъ, что объектомъ преступленія можетъ быть только ребенокъ до 7 лѣтъ; въ третьихъ, что само дѣйствіе будетъ состоять въ оставленіи въ такомъ случаѣ и въ такихъ обстоятельствахъ, въ какихъ по всѣмъ вѣроятностямъ можно будетъ ожидать, что онъ будетъ найденъ или усмотрѣнъ другими, и что ему дана будетъ нужная помощь». Изъ этихъ условій два послѣднія могутъ служить и для разъясненія ст. 144, м. у., такъ какъ они, находясь въ ея источникахъ, не противорѣчатъ ея тексту; но первое условіе относительно субъекта не имѣетъ силы, такъ какъ по ясному тексту ст. 144 субъектомъ могутъ быть только родители или лица, обязанные имѣть попеченіе, а постороннее лице, виновное въ такомъ фактѣ не можетъ подлежать никакому наказанію, хотя нельзя не прибавить, что подобное измѣненіе произошло очевидно отъ того, что редакторы Уложенія 1866 года просмотрѣли, что ст. 2068 (1515 по изд. 1866) относилась и къ статьямъ 2064, 2065, замѣненнымъ ст. 144. См. Неклюдовъ, руководство, т. II, стр. 591. Самая отвѣтственность за подкидъ была по Уложенію 1857 несравненно болѣе тяжкая. За подкинутіе ребенка до 3-хъ лѣтъ назначался смирительный домъ отъ 1 года до 3-хъ лѣтъ; а ребенка отъ 3—7— смирительный домъ отъ 6 мѣс. до 1 года или тюрьма на время отъ 3-хъ до 6 мѣсяцевъ.

Д. Назначая нѣсколько родовъ наказанія за оставленіе малютки, Уложеніе, изданія 1866, не даетъ никакихъ указаній судьѣ относительно ихъ выбора. Уложеніе же 1857 года указывало, что отвѣтственность опредѣляется: «смотря по важности обязанностей ими чрезъ сіе нарушенныхъ, и особеннымъ, побудившимъ къ сему преступному дѣянію причинамъ, а равно и по большей или меньшей опасности, коей видимо отъ стужи, вліянія воздуха или другихъ обстоятельствъ подвергался оставленный».

Е. Наконецъ нельзя не замѣтить, что одинъ спеціальный видъ оставленія безъ помощи, новорожденнаго младенца его матерью, поставленъ Уложеніемъ особо въ ст. 1460 и былъ разобранъ мною въ главѣ 3-й № 215.

303. 2) Оставленіе въ опасномъ положеніи лицъ, находящихся въ безпомощномъ состояніи, хотя и не малолѣтнихъ.

Собственно говоря исходная точка, опредѣляющая данный видъ преступленія, совершенно сходна съ предшествовавшимъ видомъ, потому что и тамъ и тутъ имѣется въ виду безпомощное состояніе оставляемаго, зависящее или отъ его возраста или отъ болѣзней его организма; но Уложеніе раздѣлило ихъ между собою и не только по степени наказуемости, но отчасти и по самому составу.

Ст. 1516 постановляетъ:

«къ наказаніямъ, въ предшедшей 1514 статьѣ, опредѣленнымъ, и на томъ же основаніи, приговариваются тѣ, которые, будучи обязаны по званію или долгу природы или данному обѣщанію имѣть попеченіе о малолѣтнемъ, хотя имѣющемъ болѣе семи лѣтъ отъ роду, но не достигшемъ еще того возраста, въ коемъ онъ можетъ собственными силами снискивать себѣ пропитаніе, или же о больномъ, или по иной причинѣ лишенномъ силъ, или умственныхъ способностей человѣкѣ, съ намѣреніемъ оставятъ его безъ всякой помощи и чрезъ то подвергнутъ жизнь его большей или меньшей опасности» [13]).

---

[13]) Этотъ видъ знаютъ и большинство нѣмецкихъ кодексовъ и

Главное отличіе этихъ постановленій заключается въ слѣдующемъ:

А. Субъектомъ могутъ быть только тѣ, которые обязаны по званію или долгу природы имѣть попеченіе, такъ что сюда, какъ мнѣ кажется, могутъ быть отнесены три категоріи лицъ: 1) родители или близкіе родственники, какъ лица по естественному ихъ положенію обязанные имѣть попеченіе за ихъ больными или малолѣтними родственниками; 2) тѣ, которымъ этотъ надзоръ переданъ по особому договору съ родителями или родственниками, какъ напр. няньки, гувернеры, сидѣлки и т. п.; и 3) тѣ, на которыхъ обязанность надзора возложена правительствомъ — сторожа въ лазаретахъ, полицейскія служителя и т. п. Затѣмъ всѣ остальныя лица, которые въ такихъ особенныхъ отношеніяхъ не состоятъ, не могутъ быть и отвѣтственными за подобное оставленіе, если только они не дѣйствовали съ прямымъ умысломъ на убійство, ст. 1519, или съ намѣреніемъ не прямымъ, предвидя и допуская возможность смерти оставленнаго.

Но если такимъ образомъ эти лица не отвѣчаютъ, будучи главными дѣятелями, то они не могутъ отвѣчать и какъ соучастники или пособники. Мы имѣемъ здѣсь дѣло съ такимъ дѣяніемъ, которое становится преступнымъ только въ силу особенныхъ качествъ субъекта, поэтому если въ его совершеніи участвовало нѣсколько лицъ, то могутъ отвѣчать за него только тѣ, которые заключаютъ въ себѣ качества, закономъ указанныя; причемъ этимъ разумѣется не уничтожается возможность подведенія дѣйствія этихъ лицъ подъ какое либо другое преступленіе.

Б. Объектомъ можетъ быть:

1) малолѣтній старѣе 7 лѣтъ, но не достигшій еще такого возраста, въ которомъ могъ бы снискивать себѣ пропитаніе;

также не ставятъ никакого Alters-termine. Прусскій кодексъ, § 183 говоритъ. oder andere wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit hülfose Personen.

2) больной;

3) или по инымъ причинамъ лишенный силъ или умственныхъ способностей [14]).

Конечно законъ не можетъ дать болѣе точныхъ опредѣленій этихъ понятій, предоставляя это также, какъ и опредѣленіе понятія субъекта, лицамъ, разсматривающимъ каждый отдѣльный фактъ—т. е. присяжнымъ, но во всякомъ случаѣ нельзя не замѣтить, что самыя выраженія, употребляемыя закономъ, въ высшей степени не точны: что понимать въ самомъ дѣлѣ подъ малолѣтнимъ, о которомъ говоритъ ст. 1516? Это названіе, какъ справедливо замѣчаетъ Лохвицкій, можетъ быть прилагаемо только къ лицамъ не достигшимъ 14 лѣтъ, такъ какъ ихъ Уложеніе называетъ малолѣтними, но затѣмъ другое его добавленіе, «которые не могутъ снискивать себѣ пропитанія», не поддается никакому опредѣленію, такъ какъ нельзя признавать это выраженіе равносильнымъ съ незнаніемъ какихъ либо ремеслъ, неспособностью жить самостоятельнымъ трудомъ и т. п.

В. Оставленіе безъ помощи должно быть сдѣлано при такихъ обстоятельствахъ, чтобы чрезъ то подверглась опасности жизнь оставленнаго, хотя опять таки и это условіе можетъ быть выяснено только въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, мы можемъ только сказать что напр. оставленіе больнаго, хотя бы и не могущаго двигаться въ городѣ, на многолюдной улицѣ, не можетъ быть названо оставленіемъ въ положеніи, подвергающемъ опасности его жизнь.

304. Оставленіе въ опасности человѣка безпомощнаго только въ этотъ моментъ [15]),

Сюда относятся Уложеніемъ слѣдующіе два случая:

1) Оставленіе проводникомъ провожаемаго.

Ст. 1517:

[14]) Къ этой категоріи можетъ быть подведено лицо, безчувственно пьяное, по отношенію къ лицамъ, обязаннымъ его охранять.

[15]) См. практическую замѣтку К. А. по вопросу о примѣненіи ст. 1517 и 1518, въ С. В., 1868 г. № 39.

«Кто будучи проводникомъ, хотя не малолѣтняго и не больнаго, также съ намѣреніемъ оставитъ его въ такомъ мѣстѣ или въ такомъ положеніи, въ коемъ жизнь его должна была непремѣнно, и именно отъ сего оставленія его подвергнуться опасности, тотъ за сіе приговаривается:

къ лишенію всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ и къ ссыкѣ на житье въ Сибирь или отдачѣ въ исправительныя арестантскія роты по 2 или 4-й степени 31 статьи сего Уложенія.

2) Оставленіе попутчикомъ попутчика ст. 1518 говоритъ: «За самовольное оставленіе попутчика въ такомъ мѣстѣ или въ такомъ положеніи, въ коемъ жизнь его также могла или же и должна была отъ сего оставленія подвергнуться опасности, виновный подвергается:

или заключенію въ смирительномъ домѣ на время отъ одного года и четырехъ мѣсяцевъ до двухъ лѣтъ съ лишеніемъ нѣкоторыхъ особенныхъ, по ст. 50 сего Уложенія правъ и преимуществъ, или же безъ сего ограниченія въ правахъ и преимуществахъ на время отъ 4-хъ до 8 мѣсяцевъ».

Причемъ въ проектѣ Уложенія было сказано:

«Въ законахъ Великаго Княжества Финляндскаго означенъ случай покинутія проводникомъ человѣка въ пустыняхъ Лапландіи. Какъ въ Россіи много мѣстъ, въ коихъ такое оставленіе человѣка безъ проводника можетъ имѣть для него пагубныя послѣдствія, то мы признали нужнымъ сіе правило помѣстить въ нашъ проектъ Уложенія».

Относительно этихъ постановленій необходимо замѣтить слѣдующее:

А. Виновниками даннаго преступленія могутъ быть только лица, въ законѣ указанные, а именно проводникъ и попутчикъ, всѣ же остальныя лица могутъ отвѣчать только въ томъ случаѣ, когда ихъ дѣйствія подходятъ подъ постановленія ст. 1519 или 1520.

Б. Оставленіе должно быть сдѣлано именно при такихъ обстоятельствахъ, что жизнь оставленнаго могла или же и должна была непремѣнно и именно отъ сего подвергнуться опасности, хотя бы прямого умысла на убійство у него и не существовало. Такъ что эта опасность обусловливается двумя моментами: опасностью мѣста или опасностью условій. Напр. А. оставилъ Б., котораго онъ провожалъ, въ непроходимомъ лѣсу, въ далекомъ разстояніи отъ жилья; Б. оставилъ своего попутчика В., зимою въ полѣ въ вьюгу, безчувственно пьянаго на берегу рѣки, больнаго на дорогѣ и т. п. Причемъ констатированіе степени опасности, обусловливающей примѣненіе ст. 1517, 1518, можетъ быть даваемо только присяжными [16]).

В. Наказаніе попутчика ниже, нежели наказаніе проводника, во-первыхъ потому, что въ послѣднемъ случаѣ законъ какъ бы считаетъ, что проводникъ былъ единственною или главною причиною, въ силу которой оставленному пришлось находиться въ опасномъ положеніи; и во-вторыхъ, въ силу условій оставленія, о которыхъ говоритъ законъ; такъ какъ, говоря о проводникѣ, онъ имѣетъ въ виду оставленіе тамъ, гдѣ жизнь оставленнаго *должна* была подвергнуться опасности, а въ ст. 1518 и тамъ, гдѣ она только *могла*.

Г. Если данный случай заключаетъ въ себѣ, какъ условія, указанныя выше подъ № 303, такъ и разсматриваемыя мною теперь, то вопросъ рѣшается по общимъ правиламъ о стеченіи обстоятельствъ, увеличивающихъ отвѣтственность.

Д. Въ обоихъ случаяхъ наказаніе смягчается, когда «сіе учинено виновнымъ вслѣдствіе какихъ либо самоуправныхъ дѣйствій оставленнаго и когда симъ послѣднимъ самимъ данъ къ возникшей между ними ссорѣ поводъ», тогда назначается для проводника:

заключеніе въ смирительномъ домѣ на время отъ 4-хъ до 8 мѣсяцевъ, или въ тюрьмѣ на время отъ 2-хъ до 4-хъ мѣсяцевъ;

для попутчика:

заключеніе въ тюрьмѣ на время отъ 2-хъ до 4-хъ

---

[16]) См. рѣшеніе кассаціоннаго департамента по дѣлу Филиппова 1870 года.

мѣсяцевъ, или же арестъ на время отъ 3-хъ недѣль до 3-хъ мѣсяцевъ.

305. Наконецъ послѣдній случай составляетъ неоказаніе помощи погибающему, о которомъ я уже говорилъ въ главѣ 1-й № 20.

Ст. 1521 говоритъ:

«Кто видя человѣка погибающаго и имѣя возможность подать ему помощь безъ явной для себя опасности, или же призвать къ нему на помощь другихъ или мѣстную полицію, не приметъ никакихъ для спасенія его мѣръ, тотъ за сіе, если онъ христіанинъ, и отъ сей нечувствительности и небреженія его оставленному безъ помощи послѣдуетъ смерть предается церковному покаянію по распоряженію своего духовнаго начальства».

Причемъ:

А. Эти постановленія повторяются безъ всякой впрочемъ нужды въ ст. 1208, гдѣ говорится о неоказаніи помощи погибающему отъ кораблекрушенія и въ ст. 1511, имѣющей въ виду не примиреніе вышедшихъ на поединокъ лицами, сдѣлавшимися его случайными свидѣтелями.

Б. Для отвѣтственности виновнаго необходимъ рядъ условій, а именно, чтобы помощь могла быть оказана 1) безъ всякой опасности для собственной жизни лица оказывающаго, при чемъ, разумѣется, вопросъ объ опасности можетъ быть обсуждаемъ съ точки зрѣнія обвиненнаго лица; 2) чтобы смерть послѣдовала именно отъ сей нечувствительности, поэтому отвѣтственности нѣтъ, какъ скоро виновный былъ только однимъ изъ зрителей и слѣдовательно не можетъ быть названъ исключительною причиною погибели.

В. Какъ особо отягчающее обстоятельство являются въ этомъ случаѣ извѣстныя качества виновнаго. Ст. 1522 говоритъ:

«Не оставившіе практики врачи, акушеры, фельдшера и повивальныя бабки, которые по приглашенію не явятся, безъ особыхъ законныхъ къ тому причинъ, къ больнымъ

или родильницамъ, требующимъ ихъ помощи, подвергаются за сіе:

наказаніямъ, въ статьѣ 872 сего Уложенія опредѣленнымъ, т. е. въ первый разъ денежному взысканію не свыше 10 рублей, во второй не свыше 50, а въ третій не свыше ста рублей, если кто либо изъ нихъ состоитъ на службѣ, тотъ, сверхъ постановленныхъ денежныхъ взысканій, можетъ, за таковую неоднократно оказываемую неисправность и неуваженіе къ страждущему человѣчеству, быть отрѣшенъ отъ должности.»

Но если притомъ они знали объ опаспости больнаго, родильницы или новорожденнаго младенца, то,

сверхъ сего, приговариваются къ аресту на время отъ 7 дней до 3-хъ мѣсяцевъ.

Причемъ, разумѣется, предполагается, что они не только не имѣли прямого умысла на убійство, но даже и не дѣйствовали съ умысломъ непрямымъ и что кромѣ того отъ этой ихъ невнимательности къ своимъ обязанностямъ не произошла смерть ихъ паціента, такъ какъ въ этихъ случаяхъ должны быть примѣняемы общія правила о неосторожномъ лишеніи жизни.

ЗАКЛЮЧЕНІЕ.

Въ предисловіи къ первому тому моего сочиненія я сказалъ, что въ заключеніе, какъ бы въ формѣ окончательнаго вывода изъ всего моего труда, я попытаюсь представить проектъ законоположеній о преступномъ лишеніи жизни; этотъ проектъ и составитъ содержаніе настоящаго отдѣла.

Но прежде чѣмъ я приступлю къ его изложенію, я считаю необходимымъ выяснить, что понимаю я подъ этимъ окончательнымъ выводомъ, какое значеніе придаю я моему проекту и какія, слѣдовательно, требованія могутъ быть сдѣланы по отношенію къ нему, тѣмъ болѣе что это мое обѣщаніе вызвало неожиданныя недоразумѣнія и рядъ упрековъ въ томъ, что я хочу сдѣлать такой выводъ, содержанія для котораго не находится въ моемъ изслѣдованіи; мои весьма скромныя желанія были заподозрѣны въ ничѣмъ не оправдываемой самонадѣянности.

Мое дѣйствительное намѣреніе было таково:

Изучая постановленія нашего законодательства о преступленіяхъ противъ жизни, я нашелъ, что они, отчасти по устарѣлости исходнаго взгляда, отчасти по неудачной ихъ редакціи, несостоятельны, и старался въ моемъ трудѣ представить посильныя доказательства справедливости этого мнѣнія. Далѣе, разсматривая параллельно съ нашимъ правомъ постановленія западныхъ кодексовъ, ученія и требованія доктрины, я пришелъ къ извѣстнымъ выводамъ о томъ, гдѣ

именно кроются причины этихъ недостатковъ и какимъ образомъ они могутъ быть устранены, о чемъ также постоянно заявлялъ въ моемъ изслѣдованіи. И вотъ въ концѣ всего труда я хочу сдѣлать сводъ этого критическаго анализа, этихъ указаній и выводовъ, я хочу представить проектъ законоположеній о преступленіяхъ противъ жизни, который бы, опираясь на данныя, даваемыя нашимъ Уложеніемъ, по возможности удовлетворялъ бы требованіямъ и теоріи и практики.

Вотъ что понимаю я подъ тѣмъ выводомъ, которому даю названіе проекта. Но затѣмъ является другой вопросъ: какое же значеніе будетъ имѣть подобный проектъ?

Во всякомъ случаѣ онъ будетъ относиться къ весьма небольшему отдѣлу нашего Уложенія и слѣдовательно до пересмотра всего кодекса не можетъ имѣть дѣйствительно серьезнаго практическаго значенія. Въ самомъ дѣлѣ, какъ бы не мало было системы въ данномъ кодексѣ, хотя бы онъ всего ближе подходилъ къ своду (какъ наше Уложеніе), а не къ уложенію въ техническомъ значеніи этого слова, все таки между его отдѣльными частями будетъ существовать извѣстное соотношеніе и связь. Въ особенности сильна будетъ эта связь тамъ, гдѣ, какъ въ сводѣ законовъ уголовныхъ, существуетъ отдѣльная общая часть, содержащія постановленія общія всѣмъ отдѣламъ Уложенія. Реформа одной главы какого либо отдѣла въ законодательствѣ, признанномъ вообще не состоятельнымъ, уподоблялась бы наложенію заплаты на продырявленное всюду платье, была бы работою совершенно безполезною. Какой смыслъ былъ бы въ увеличеніи или уменьшеніи сроковъ каторги или тюрьмы, когда самая система наказаній, въ корень не состоятельная, оставалась бы не тронутою. Подобная частная реформа возможна только тамъ, гдѣ кодексъ уголовный, вполнѣ удовлетворяющій требованіямъ науки и жизни и по своимъ принципамъ и по своей системѣ, оказался бы несостоятельнымъ въ данной, реформируемой части, но не наоборотъ. Странно было бы въ никуда не годномъ строеніи поправлять часть еще наиболѣе крѣпкую,—исправлять напр. въ нашемъ Уложеніи законы объ

убійствѣ, болѣе удовлетворительные сравнительно съ другими его частями.

Поэтому, я повторяю, что если даже и предположить, что моя цѣль будетъ достигнута, что проектъ мой будетъ до извѣстной степени удовлетворителенъ, онъ все-таки можетъ имѣть дѣйствительное значеніе только при реформѣ всего Уложенія.

Но въ чемъ же можетъ состоять предлагаемая мною реформа нашихъ законовъ о преступленіяхъ противъ жизни?

Каждый уголовный законъ состоитъ изъ двухъ элементовъ: изъ части диспозитивной—самаго приказа или запрета и изъ уголовной санкціи, а потому и реформа какого либо отдѣла Уложенія можетъ относиться или къ измѣненію самаго текста статей, ихъ содержанія и редакціи, или къ измѣненію наказаній за нихъ назначенныхъ или по ихъ существу, или въ ихъ мѣрѣ.

Что касается до реформы санкціи уголовной, то здѣсь частная реформа въ особенности затруднительна.

Измѣнить наказанія по ихъ существу возможно только при переработкѣ всего кодекса. Нельзя же ввести пенитенціарную систему, или ссылку совершенно въ новомъ видѣ для виновныхъ въ убійствѣ, не распространяя ее на другія преступленія.

Остается слѣдовательно измѣненіе мѣры наказанія, но оно не можетъ имѣть важнаго значенія. Бываютъ, разумѣется, случаи, когда отвѣтственность за данное преступленіе является чрезмѣрно жестокою, не соотвѣтствующею гуманнымъ требованіямъ времени, когда даже примѣнители закона-судьи, стараются обойти его постановленія окольными путями, назначая наказанія болѣе мягкія, но этого упрека нельзя вообще сдѣлать разбираемому мною отдѣлу Уложенія: сроки лишенія свободы, назначаемые имъ за убійство, отнюдь не чрезмѣрны, кромѣ нѣкоторыхъ, весьма не многихъ случаевъ, на которыя я указывалъ въ своемъ изслѣдованіи. Съ другой стороны, также нѣтъ основаній дѣлать упрекъ нашему Уложенію въ излишней снисходительности къ преступникамъ этой категоріи,

упрекъ, который нерѣдко раздавался въ нашемъ обществѣ за послѣднее время, который вызвалъ даже, какъ извѣстно, образованіе особой комиссіи для пересмотра Уложенія съ прямою цѣлью усиленія наказаній за него назначенныхъ. Но въ чемъ же видна эта излишняя снисходительность, есть ли основанія для подобныхъ жалобъ?

Правда, что Уложеніе не знаетъ смертной казни за преступленія этого рода, хотя мы встрѣчаемъ ее во всѣхъ почти западныхъ кодексахъ, но въ этомъ его заслуга, а не недостатокъ. Это наказаніе безповоротно осуждено голосомъ науки, какъ мѣра противорѣчащая и началамъ религіи и чувству справедливости, и не удовлетворяющая тѣмъ требованіямъ, которыя ставитъ теорія права уголовнаго по отношенію къ наказанію. Одною только сильною инерціи, чрезмѣрною привязанностью къ тому, что существовало издавна, можно объяснить фактъ существованія ея въ новѣйшихъ кодексахъ запада, но и тамъ число ея защитниковъ убываетъ ежегодно въ такомъ огромномъ размѣрѣ, что можно навѣрно сказать, что недалеко то время, когда и она псчезнетъ изъ уголовной практики вмѣстѣ съ другими остатками среднихъ вѣковъ.

Ну а затѣмъ мы найдемъ въ Уложеніи всѣ тѣ мѣры взысканій, которыя существуютъ и на западѣ и въ размѣрахъ отнюдь не меньшихъ, но даже и большихъ. Безсрочная каторга или каторга отъ 15—20, отъ 12—15, отъ 10—12—вотъ наказанія, назначаемыя въ Уложеніи за убійство умышленное, кромѣ привилегированныхъ его видовъ: убійства на дуэли, дѣтоубійства и истребленія плода; ихъ minimum 10 лѣтъ и только при наличности смягчающихъ обстоятельствъ, этотъ minimum можетъ дойти до 6 лѣтъ каторги, а между тѣмъ на западѣ этотъ minimum составляютъ 2, 4 или 5 лѣтъ заключія въ Zuchthaus, а при наличности обстоятельствъ, смягчающихъ вину—Zuchthaus, travaux forcés, даже смертная казнь могутъ быть замѣнены тюрьмою. Въ этомъ отношеніи мы скорѣе можемъ говорить о смягченіи, а не объ усиленіи наказанія.

Да и есть ли основанія для подобныхъ жалобъ на гуманность нашихъ законовъ? Вмѣсто отвѣта указываютъ обыкновенно на убійство фонъ Зона, князя Аренберга, гусевское дѣло, на увеличивающееся будто бы число убійствъ по всей странѣ [1]). Но что же особеннаго въ этихъ дѣлахъ, что могло бы такъ взволновать общественное спокойствіе? Да уголовная хроника Парижа и Лондона, Вѣны и Берлина даетъ ежегодно цѣлый рядъ дѣлъ, выказывающихъ несравненно большую смѣлость и злостность воли, а вѣдь тамъ существуетъ смертная казнь за убійство. И неужели недостаточно 7, 8 лѣтъ каторги для тѣхъ полулюдей, которые неистовствовали надъ трупомъ стараго развратника, которые повидимому и не понимали всей важности совершеннаго ими. Пятнадцать, двадцать лѣтъ каторги, неустаннаго труда и работы, безъ права располагать собою и своими дѣйствіями; пятнадцать, двадцать лучшихъ годовъ жизни, будто такъ незначительно, ничтожно это наказаніе? Говорятъ, что число убійствъ во всей Россіи увеличилось въ огромныхъ размѣрахъ, но гдѣ же доказательства этого мнѣнія? Потрудился ли кто нибудь представить несомнѣнныя статистическія данныя, выведенныя изъ сравненія нашей новой и старой уголовной статистики.

Если и можно жаловаться въ этомъ отношеніи, то развѣ на дурное устройство каторжныхъ работъ, которыя дѣйствительно никакого репресивнаго дѣйствія не имѣютъ, такъ что нерѣдко, какъ указываетъ практика, считаются преступниками легче арестантскихъ ротъ, но вовсе не на ихъ краткосрочность. Въ мотивахъ къ новому сѣверо-германскому уложенію, уложенію, въ обработкѣ котораго принимали участіе отличные юристы Германіи и которое уже вовсе нельзя упрек-

[1]) Удивительно въ этомъ отношеніи то, что къ фалангѣ этихъ лицъ, пѣвшихъ іеріміаду о снисходительности нашихъ законовъ, присоединился и единственный нашъ юридическій органъ «Судебный Вѣстникъ» № 133, онъ даже употребилъ для подтвержденія своихъ доводовъ способъ далеко не юридическій—искаженіе фактовъ, увѣряя что во всѣхъ западныхъ кодексахъ даже за убійство не предумышленное полагается смертная казнь или вѣчная (!) каторжная работа,

нуть въ излишнемъ либерализмѣ или чрезмѣрной гуманности, высказано между прочимъ слѣдующее весьма вѣрное замѣчаніе по поводу уменьшенія maximum'а временнаго заключенія въ Zuchthaus (15 лѣтъ вмѣсто 20). «Въ наукѣ уголовнаго права принято нынѣ безспорное положеніе, что большая величина наказаній ни какимъ образомъ не можетъ считаться наибольшею гарантіею противъ будущихъ правонарушеній; что напротивъ того излишняя жестокость наказаній, принятая въ какомъ либо кодексѣ, производитъ нерѣдко обратное дѣйствіе и вмѣсто укрѣпленія ненарушимости правоваго порядка, ослабляетъ ее» [2]).

Поэтому помѣщая въ моемъ проектѣ подъ каждою статьею и извѣстную мѣру отвѣтственности, я придавалъ этой санкціи болѣе относительное, чѣмъ абсолютное значеніе, т. е. я хотѣлъ этимъ путемъ выяснить только взаимное отношеніе различныхъ видовъ преступленія, ихъ сравнительную важность [3]).

При этомъ для лучшаго выясненія этого соотношенія я считаю необходимымъ указать тѣ главнѣйшія основанія, которыя я имѣлъ въ виду, назначая, хотя и предположительно, различныя степени наказанія за различные виды убійства. Говоря о каторжныхъ работахъ, я предполагаю при этомъ

[2]) Нельзя кромѣ того не прибавить, что при обсужденіи этого уложенія было высказано людьми весьма опытными, опиравшимися на долговременную тюремную практику, такое мнѣніе, «что собственно говоря, всякое свыше 10 лѣтъ назначенное заключеніе въ Zuchthaus, скорѣе вредитъ, чѣмъ способствуетъ цѣли наказанія, такъ какъ съ назначеніемъ большаго срока является опасность того, что все доброе, пріобрѣтенное въ теченіи прежнихъ 10 лѣтъ, (предполагая разумѣется правильное устройство репрессивныхъ мѣръ) будетъ уменьшаться дальнѣйшимъ заключеніемъ и даже можетъ вовсе уничтожиться».

[3]) Поэтому я счелъ излишнимъ привести здѣсь собранныя мною статистическія данныя о размѣрахъ отвѣтственности за различныя виды убійства во французской и нѣмецкой практикѣ, такъ какъ различныя карательныя мѣры, тамъ назначаемыя и наша каторга (при ея настоящей неопредѣленности) являются величинами несоизмѣримыми.

устройство пенитенціаріевъ, но ни въ какомъ случаѣ не въ Европейской Россіи, а въ Сибири и притомъ такимъ образомъ, чтобы этотъ видъ лишенія свободы былъ соединенъ съ колонизаціею, съ возможностью для выпущенныхъ изъ пенитенціарія получить извѣстный участокъ земли въ той или другой общинѣ.

Пенитенціарное заключеніе должно быть смѣшанной системы, т. е. одиночное (сравнительно краткосрочное) въ первой и общее во второй стадіи; причемъ и тамъ и тутъ основаніемъ исправленія должны служить трудъ и порядокъ. При томъ, такъ какъ въ будущемъ каторжные предназначаются сдѣлаться колонистами, то и работы должны быть введены по преимуществу земледѣльческія, или изъ ремеслъ такія, которыя составляютъ необходимое дополненіе земледѣлія, или относятся къ удовлетворенію нуждъ земледѣльца.

При выполненіи этихъ работъ заработная плата должна быть раздѣляема на двѣ части: большая въ пользу государства, меньшая арестанту, составляя его запасной и подвижной капиталы. Для помощи арестантамъ, выходящимъ съ каторги, могутъ быть учреждаемы особыя общества и въ особенности кредитныя учрежденія для снабженія хозяйственнымъ инвентаремъ и даже капиталомъ.

Эту каторжную работу я предполагаю въ двухъ видахъ безсрочную и срочную.

Maximum срочной каторги не долженъ быть болѣе двадцати лѣтъ, а ея minimum 4 года.

Но во всякомъ случаѣ при каждомъ ея видѣ должно быть допущено условное помилованіе, т. е. сокращеніе срока каторжной работы при вполнѣ удовлетворительномъ поведеніи арестанта.

При условномъ помилованіи каторга безсрочная можетъ быть обращена въ срочную, но при этомъ minimum срока не можетъ быть менѣе 15 лѣтъ. При каторгѣ срочной срокъ заключенія можетъ быть сокращенъ не болѣе какъ на $^1/_3$.

Такъ какъ каторга предполагается мною соединенною съ поселеніемъ въ Сибири, то я полагаю, что лица, освобожден-

ные съ каторги не могутъ въ теченіе извѣстнаго времени оставить отведенный имъ для жительства округъ или вообще Сибирь въ теченіе извѣстнаго срока, соотвѣтствующаго сроку пребыванія на каторгѣ, но во всякомъ случаѣ не превышающаго 10 лѣтъ.

Что касается до другихъ наказаній, назначаемыхъ за убійство, то разумѣется, нѣтъ никакого основанія сохранять то разнообразіе видовъ лишенія свободы, которое знаетъ наше Уложеніе, такъ какъ это различіе не имѣетъ никакого раціональнаго теоретическаго основанія.

Поэтому я предполагаю вполнѣ достаточнымъ допустить два вида лишенія свободы, кромѣ каторги: рабочій домъ и тюрьму. Рабочій домъ соотвѣтствовалъ бы такимъ образомъ: ссылкѣ на поселеніе, ссылкѣ на житье въ Сибирь и отдаленныя губерніи и заключенію въ арестантскія роты и рабочій домъ. А заключеніе въ тюрьмѣ замѣняло бы: крѣпость, смирительный домъ, тюрьму и арестъ.

Что касается до рабочаго дома, то онъ долженъ быть также построенъ на пенитенціарныхъ началахъ, въ основаніи которыхъ долженъ быть положенъ трудъ и порядокъ. Система ихъ устройства также какъ и каторги должна быть смѣшанная: одиночная и общая. Работы могутъ быть въ губерніяхъ по преимуществу земледѣльческія, но около большихъ центровъ ремесленныя.

Заключеніе въ рабочемъ домѣ, какъ премущественно направленное на исправленіе преступниковъ посредствомъ пріученія ихъ къ труду, должно быть долгосрочное, поэтому minimum его не можетъ быть менѣе 2-хъ лѣтъ, а maximum 10, съ допущеніемъ условнаго помилованія на $^1/_3$.

Что касается до заключенія въ тюрьмѣ, то оно по существу своему должно быть краткосрочное, такъ что maximum его будетъ 2 года а minimum 1 день. Оно разумѣется не можетъ имѣть въ виду пріученія къ работѣ, а потому его главная задача должна состоять въ томъ, чтобы дать почувствовать преступнику тяжесть наказанія, которому онъ подвергается. Поэтому во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ тюремное

заключеніе не будетъ превышать 1 года, оно должно быть, за весьма немногими исключеніями, построено на одиночномъ заключеніи.

Но разумѣется, уничтожая это многообразіе видовъ лишенія свободы, нельзя не коснуться того дѣленія на степени, которое принято въ Уложеніи, такъ какъ это дробное дѣленіе, весьма вредное на практикѣ, также не имѣетъ и теоретической основы, предполагая полное недовѣріе къ судьямъ, исчезнувшее со времени введенія уставовъ 1864 года.

Въ этомъ отношеніи я предполагаю, что въ Уложеніи будетъ принято слѣдующее дѣленіе наказанія на роды:

1) каторжная работа безъ срока;
2) каторжная работа срочная;
3) рабочій домъ;
4) тюрьма.

Поэтому въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ присяжные признаютъ подсудимаго заслуживающимъ снисхожденія, судъ неможетъ назначить наказаніе свыше половины назначеннаго въ законѣ, и можетъ перейти къ слѣдующему роду.

При этомъ можно вообще имѣть въ виду слѣдующія правила:

Если судъ будетъ переходить отъ каторжныхъ работъ къ рабочему дому, то заключеніе въ послѣднемъ не можетъ быть назначено свыше 5 лѣтъ;

Если за данное преступленіе будетъ назначено два или нѣсколько наказаній, то судъ не можетъ назначить высшаго изъ нихъ;

Если за данное дѣяніе назначено заключеніе въ рабочемъ домѣ, то судъ не можетъ назначить соединеннаго съ нимъ ограниченія правъ.

Если судъ при признаніи подсудимаго присяжными заслуживающимъ снисхожденія, найдетъ въ данномъ дѣлѣ чрезвычайныя обстоятельства для снисхожденія, то онъ можетъ ходатайствовать предъ Императоромъ или о смягченіи наказанія свыше размѣровъ предоставленныхъ суду, или объ от-

мѣнѣ ограниченія въ правахъ, соединенныхъ съ даннымъ наказаніемъ или, наконецъ, о полномъ прощеніи подсудимаго.

Въ тѣхъ же случаяхъ, гдѣ законъ говоритъ объ усиленіи наказанія, можетъ быть допущено такое начало:

Въ случаѣ усиленія наказанія на одну степень maximum и minimum назначеннаго по закону наказанія долженъ быть возвышенъ на 3 года;

Это правило примѣняется и тамъ, гдѣ за данное преступленіе назначенъ высшій временной срокъ даннаго рода заключенія;

Но если за данное преступленіе назначенъ вообще maximum срочной каторги, то при возвышеніи на одну степень увеличивается только minimum, а maximum остается безъ перемѣны.

Если при подобномъ усиленіи наказанія придется назначить тюремное заключеніе свыше 2 лѣтъ, то мѣстомъ отбытія наказанія назначается не тюрьма, а рабочій домъ.

Наконецъ что касается до лишенія всѣхъ правъ, которое нынѣ по закону соединяется съ уголовными наказаніями, то относительно его я предполагаю слѣдующее:

Лишеніе правъ, будучи только послѣдствіемъ извѣстныхъ наказаній, должно быть опредѣлено въ общей части.

Лишеніе правъ сопровождаетъ каторжную работу и заключеніе въ рабочемъ домѣ, но послѣднее на слѣдующихъ основаніяхъ: при назначеніи заключенія въ рабочій домъ свыше 5 лѣтъ назначается и лишеніе правъ; при назначеніи же заключенія менѣе пяти лѣтъ судъ назначаетъ его только въ томъ случаѣ, если онъ признаетъ, что виновный дѣйствовалъ изъ какихъ либо корыстныхъ или иныхъ особенно злостныхъ побужденій.

Лишеніе правъ по скольку оно соединено съ пораженіемъ правоспособности, не можетъ быть не только пожизненнымъ, но даже и безсрочнымъ.

Поэтому я полагаю, что лицо, приговоренное къ каторгѣ, получаетъ возможность вновь пріобрѣсти утраченныя права

по истеченіи maximum 10 лѣтъ и minimum 4 лѣтъ со дня освобожденія съ каторги. Самый срокъ этого лишенія опредѣляется судомъ въ его приговорѣ, онъ можетъ быть по отбытіи виновнымъ наказанія уменьшенъ на ½, также по судебному постановленію, основанному на показаніяхъ администраціи. Причемъ эти сроки пріобрѣтенія правоспособности въ вышеуказанномъ смыслѣ, должны быть поставлены въ надлежащемъ соотношеніи съ сроками, опредѣляющими время безусловнаго пребыванія этихъ лицъ въ Сибири.

Для лицъ, приговоренныхъ къ рабочему дому этотъ срокъ лишенія возможности пріобрѣтать права будетъ maximum 5 лѣтъ и minimum 1 годъ, опредѣляемый на тѣхъ же основаніяхъ.

Это лишеніе правъ, resp. правоспособности, можетъ относиться только къ правамъ политическимъ и сословнымъ, но не къ имущественнымъ и семейнымъ.

Такимъ образомъ сюда могутъ быть отнесены: лишеніе чиновъ, знаковъ отличія, и вообще служебныхъ правъ, равно какъ и лишеніе права поступать въ общественную и государственную службу, исполнять какія либо обязанности, предполагающія общественное довѣріе, и т. п. Лица, лишенныя правъ составляютъ особое состояніе, и только по истеченіи вышеупомянутаго срока получаютъ право записываться въ податныя сословія, брать торговыя свидѣтельства и поступать на службу.

Что касается до вліянія наказаній этого рода на имущественныя и семейныя права, то такъ какъ они относятся къ области частнаго, гражданскаго права, то они и должны быть опредѣляемы въ законахъ гражданскихъ. Нельзя только не прибавить, что допускаемая нашимъ правомъ по отношенію къ имущественнымъ правамъ фикція гражданской смерти признана современною теоріею несправедливою и не гуманною.

Что же касается до диспозитивной части проекта, то я старался о слѣдующемъ:

Уничтожить смѣшеніе постановленій общей и особенной части, допущенное нашимъ Уложеніемъ, такъ какъ въ этомъ

отношеніи всѣ его постановленія объ убійствѣ ненаказуемомъ, объ ошибкѣ въ объектѣ, объ убійствѣ случайномъ, и т. п., совершенно излишни;

Изложить самый текстъ постановленій по возможности такимъ образомъ, чтобы онъ удовлетворялъ требованіямъ практики и доктрины;

Дополнить эти постановленія въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ въ нашемъ Уложеніи оказываются пробѣлы, и

Наконецъ, выкинуть тѣ статьи, которыя являются простымъ повтореніемъ, или которыхъ отдѣльное существованіе оказывается лишеннымъ какихъ либо раціональныхъ основаній.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Объ умышленномъ лишеніи жизни.

§ 1.

Виновный въ умышленномъ лишеніи кого либо жизни подлежитъ:

каторжной работѣ не свыше 12 лѣтъ.

къ § 1.

1. Этотъ первый § соотвѣтсвуетъ 1 ч. 1455 статьи нашего Уложенія, но онъ поставленъ мною въ началѣ отдѣла на томъ основаніи, что въ немъ содержатся родовыя постановленія о преступномъ лишеніи жизни, а всѣ остальныя статьи соотвѣтствуютъ видовымъ понятіямъ. Я принимаю слѣдовательно ту же систему, которой держится французское право, такъ что постаповленія настоящаго параграфа соотвѣтствуютъ понятію meurtre (срав. главу 2-ю № 136, 137, 138).

2. Измѣненія ст. 1455 заключаются въ слѣдующемъ: я положительно указываю въ самомъ текстѣ, что подъ постановленія этого параграфа подойдетъ убійство хотя и по внезапному, но хладнокровно-составленному умыслу (что дѣлала до

сихъ поръ наша практика по отношенію къ ст. 1455. Ср. главу 1-ю № 140 и р. к. д. 1869 г. № 1037) и выдѣляю отсюда тѣ случаи, гдѣ убійство совершено въ запальчивости и раздраженіи. (Ср. главу I № 136).

3. Въ нѣкоторыхъ кодексахъ, какъ напр. въ бельгійскомъ ст. 392 въ дномъ отдѣлѣ дѣлается спеціальное опредѣленіе умысла, см. главу 1-ю стр. 402 пр. 46. Но я нахожу помѣщеніе подобныхъ постановленій совершенно излишнимъ, такъ какъ они должны находиться въ общей части, или даже и вовсе могутъ быть выпущены изъ кодекса [4].

4. Наказаніе предполагаемое мною—не свыше 12 лѣтъ каторжныя работы, соотвѣтствуетъ по своему maximum у наказанію, существующему нынѣ въ ст. 1465. При этомъ, имѣя въ виду несостоятельность дѣленія на степени, принятаго въ нашемъ Уложеніи, я расширилъ предѣлы дѣятельности судьи, допустивъ размѣры отъ 5 до 12 лѣтъ, а въ самой редакціи этого опредѣленія употребляютъ систему, принятую во всѣхъ нѣмецкихъ кодексахъ, а именно указываю только одинъ предѣлъ высшій или нисшій, полагая другими предѣлами общій maximum или minimum даннаго наказанія и это правило соблюдаю и во всѣхъ другихъ статьяхъ.

5. Сравнительно съ размѣрами наказанія, назначеннаго за данное дѣяніе въ западныхъ кодексахъ, предлагаемое мною, повидимому, нѣсколько мягче (см. главу 1-ю № 138). Но при этомъ не надо забывать, что во Франціи и Бельгіи при наличности обстоятельствъ, смягчающихъ вину, это наказаніе замѣняется не только каторжною работою временною, но даже и нисшею формою заключенія — reclusion, соотвѣтствующею предлагаемому мною рабочему дому, во всѣхъ его степеняхъ. Далѣе нельзя не обратить вниманія на то, что самый новѣйшій и отнюдь уже не особенно либеральный кодексъ для сѣ-

---

[4]) То же нужно сказать и о многихъ постановленіяхъ нѣмецкихъ кодексовъ, какъ напр. брауншвейгскаго § 153, объ опредѣленіи отвѣтственности многихъ лицъ виновныхъ въ убійствѣ, § 154— о составѣ убійства, или вюртембергскаго § 235 объ убійствѣ вообще, баденскаго §§ 203, 204 и т. п.

веро-германскаго союза назначаетъ только заключеніе въ Zuchthaus отъ 5—15 лѣтъ. А въ виду указаннаго выше мнѣнія о значеніи излишне долгосрочныхъ наказаній, въ виду предполагаемаго мною устройства каторжныхъ работъ въ соединеніи съ ссылкою, я считаю предлагаемый мною срокъ не только не легче, но, напротивъ, скорѣе тяжелѣе срока, назначеннаго по сѣверо-германскому Уложенію.

§ 2.

Если убійство было совершено съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ, то виновный подвергается:

каторжной работѣ не свыше 15 лѣтъ.

Къ § 2.

1. Этотъ параграфъ замѣнитъ ст. 1454-ю Уложенія, причемъ самый текстъ статьи и размѣры наказанія въ ней назначеннаго оставлены мною по существу почти безъ измѣненій.

2. При этомъ, признавая предумышленность обстоятельствомъ, усиливающимъ отвѣтственность, я считаю совершенно излишнимъ опредѣлять въ самомъ законѣ понятіе предумышленности, какъ дѣлаетъ это французскій кодексъ ст. 297; далѣе я отношу обдуманность не къ выполненію, какъ дѣлаютъ это нѣкоторые нѣмецкіе кодексы и между прочимъ новый сѣверо-германскій, а къ составленію плана, такъ какъ практика представляетъ примѣры, что нерѣдко даже закорѣнѣлый преступникъ, выполняя давно обдуманный планъ убійства, дѣйствуетъ при видѣ крови, страданій жертвы въ возбужденномъ состояніи духа. Вообще же я допускаю при этомъ всѣ тѣ соображенія и выводы, которыя были сдѣланы мною въ главѣ 1-й № 141.

3. Назначая и въ этомъ случаѣ тотъ же maximum наказанія, который принимаетъ и Уложеніе и который значительно меньше наказанія, назначаемаго въ западныхъ кодексахъ (смертная казнь), я имѣю въ виду во-первыхъ то, что обдуманность плана, будучи только однимъ изъ элементовъ, опредѣляющихъ преступность лица, не можетъ имѣть такого огромнаго вліянія на усиленіе наказанія, а во-вторыхъ, тѣ вѣскія и серьезныя возраженія, которыя дѣлаютъ противъ этихъ постановленій весьма авторитетные нѣмецкіе ученые, какъ Миттермайеръ, Шварце и т. п. (см. главу 1-ю № 141 Е).

§ 3.

Если умыселъ на убійство возникъ не только внезапно, но и въ возбужденномъ состояніи духа, подъ вліяніемъ запальчивости, раздраженія и т. п., то виновный подлежитъ:

или каторжной работѣ не свыше 8 лѣтъ,
или заключенію въ рабочій домъ не менѣе 3-хъ лѣтъ.

къ § 3.

1. Настоящее постановленіе замѣняетъ собою ст. 1455 Уложенія, но такъ какъ я выдѣлилъ убійство по внезапному умыслу, хладнокровно выполненное, то я и счелъ необходимымъ смягчить размѣры отвѣтственности въ данномъ случаѣ, такъ какъ принятый въ Уложеніи minimum, десять лѣтъ каторги, является весьма часто чрезъ мѣру высокимъ.

2. Сообразно съ разъясненіемъ, сдѣланнымъ мною къ § 2-му № 2, главнымъ моментомъ и здѣсь я считаю составленіе преступнаго плана, а не его выполненіе.

3. Выраженія: «запальчивость и раздраженіе» употребляю я какъ примѣры возбужденнаго состоянія, но не придаю имъ исчерпывающаго значенія.

4. Раздраженное состояніе, о которомъ идетъ здѣсь рѣчь, можетъ быть вызвано, какъ самою жертвою (кромѣ случаевъ, указанныхъ въ § 7), такъ и посторонними лицами.

§ 4.

Если виновный совершитъ какое либо дѣяніе, хотя и безъ прямаго намѣренія лишить жизни, но однако

не только предвидя, что отъ его дѣйствій можетъ произойти смерть, но и безразлично относясь къ ея наступленію, то онъ подлежитъ:

каторжной работѣ не свыше 6 лѣтъ,

или заключенію въ рабочемъ домѣ.

Но если за самое дѣяніе, коего послѣдствіемъ была смерть, назначается болѣе строгое наказаніе, то виновный подлежитъ этому наказанію, которое судъ можетъ возвысить кромѣ того на одну степень.

къ § 4.

1. Постановленія § 4 замѣняютъ собою статью 1458 Уложенія съ небольшимъ измѣненіемъ, заключающимся въ выдѣленіи отсюда случаевъ преступной самонадѣянности, отнесенной къ § 18.

2. Такъ какъ случаи, указанные въ настоящемъ параграфѣ, занимаютъ средину между умысломъ и неосторожностью, то я и счелъ необходимымъ назначить здѣсь наказаніе, близкое къ принятому въ Уложеніи, расширивъ только его минимумъ.

§ 5.

Наказаніе, назначенное за убійство въ предшествующихъ параграфахъ, можетъ быть возвышено на одну степень:

а) если оно было направлено противъ родственниковъ восходящихъ и нисходящихъ, или боковыхъ до 3-й степени включительно, или супруговъ;

б) или было соединено съ истязаніями или надругательствомъ надъ жертвою, или было выполнено средствами, подвергшими или грозившими опасностью для жизни и здоровья многихъ лицъ;

в) или было совершено съ цѣлью ограбленія, или для полученія наслѣдства, или вообще было выбрано

средствомъ для совершенія какого либо другаго преступленія;

г) или было совершено шайкою;

д) или было направлено противъ нѣсколькихъ лицъ.

§ 6.

Если кто либо съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ совершитъ убійство отца или матери, тотъ подлежитъ:

каторжной работѣ безъ срока

или каторгѣ не ниже 8 лѣтъ.

къ §§ 5 и 6.

1. Настоящія постановленія замѣняютъ собою ст. 1449, 1450, 1 ч. 1451, 1452, 1453 и 2 ч. ст. 1455, и сверхъ того нѣкоторыя статьи Уложенія, разбросанныя въ другихъ отдѣлахъ, какъ напр. ст. 212, 1510 и т. п., такъ какъ подобная разбросанность однородныхъ дѣяній, не имѣя раціональныхъ теоретическихъ основъ, нерѣдко оказывается весьма непригодною на практикѣ.

2. Существенное измѣненіе, предполагаемое мною, заключается въ томъ, что я придаю этимъ условіямъ квалифицирующее значеніе не только при предумышленности, но и при внезапномъ умыслѣ въ обоихъ его видахъ и даже при преступномъ безразличіи. Въ этомъ отношеніи въ нашемъ Уложеніи есть дѣйствительный пропускъ, на который не безъ основанія указываютъ у насъ за послѣднее время.

3. Измѣненія редакціи заключаются по преимуществу въ томъ, что я вмѣсто отдѣльныхъ примѣровъ, которыя принимаетъ наше Уложеніе, выбралъ признаки болѣе общіе.

4. Постановленія объ убійствѣ родителей поставлено мною въ числѣ другихъ квалифицированныхъ убійствъ этого рода, за исключеніемъ только случаевъ убійства заранѣе обдуманнаго, но и здѣсь по причинамъ, указаннымъ мною въ главѣ

2-й, я не счелъ возможнымъ сохранить тотъ особенный характеръ наказанія, на который указываетъ ст. 1449.

5. Также, по причинамъ, указаннымъ въ главѣ 2-й № 175—179, я исключилъ изъ числа квалифицирующихъ условій отравленіе, но за то внесъ сюда, по примѣру западныхъ кодексовъ, а отчасти и нашего права (см. главу II-ю, №№ 185, 186) убійство, совершенное ради выполненія другаго преступленія и убійство нѣсколькихъ лицъ (см. главу 1-ю № 124).

6. Вообще мнѣ могутъ сдѣлать упрекъ въ томъ, что, сравнительно съ новѣйшими западными кодексами, мой проектъ излишне изобилуетъ различными причинами, вліяющими на усиленіе наказанія. Въ самомъ дѣлѣ, тамъ обыкновенно выдѣляется убійство въ видахъ другаго преступленія, да убійство восходящихъ родственниковъ и отравленіе; только Австрія различаетъ еще: Meuchelmord, Raubmord, bestellte Mord и gemeine Mord, но за то ея кодексъ считается уже слишкомъ устарѣлымъ [5]). Это замѣчаніе имѣло бы силу, если только мы не обратимъ вниманія на то, что тамъ даже обыкновенное предумышленное убійство влечетъ смертную казнь, и что затѣмъ, при недопустимости квалифицированной смертной казни, самое перечисленіе этихъ обстоятельствъ дѣлается излишнимъ. Вѣроятно, эта система измѣнилась бы въ корень, какъ скоро за предумышленное убійство было бы назначено временное заключеніе въ Zuchthaus.

§ 7.

Если же убійство, о которомъ говорится въ предшествующихъ параграфахъ:

[5]) Также брауншвейгское Уложенія, § 145 часть 2-я, выдѣляетъ: убійство изъ корыстной цѣли, изъ за награды, совершенное тайнымъ образомъ, отравленіе, убійство чрезъ поджогъ, убійство соединенное съ истязаніемъ, убійство, совершенное нѣсколькими лицами и убійство лицъ, близкихъ убитымъ, но во всѣхъ этихъ случаяхъ только лишаетъ суды права чрезвычайнаго снисхожденія, о которомъ говоритъ § 62.

а) или было вызвано тяжкою обидою, нанесенною убитымъ, или самому виновному, или лицамъ ему близкимъ;

б) или было вообще совершено подъ вліяніемъ побужденій или при наличности условій болѣе или менѣе оправдывающихъ данное дѣяніе, то виновный подлежитъ:

заключенію въ рабочій домъ не свыше 5 лѣтъ,
или тюремному заключенію не менѣе 6 мѣсяцевъ,
или внушенію и выговору со стороны суда.

Но если при этомъ убійство было направлено противъ родителей или вообще родственниковъ по восходящей или нисходящей линіи, то судъ можетъ назначить:

или заключеніе въ рабочій домъ не свыше 8 лѣтъ,
или тюремное заключеніе не менѣе 1 года.

къ § 7.

1. Отсутствіе въ нашемъ Уложеніи постановленій объ убійствѣ вызванномъ (провоцированномъ), являлось весьма существеннымъ пропускомъ, даже сравнительно съ государствами, назначающими суровыя наказанія за убійство вообще. Въ этомъ отношеніи сходятся, какъ французское право, замѣняющее при подобныхъ случаяхъ безсрочную каторгу тюрьмою не свыше 5 лѣтъ, такъ и нѣмецкіе кодексы, изъ которыхъ напр. прусское и баварское назначаютъ здѣсь тюрьму отъ 2 лѣтъ до 5, а сѣверо-германскій даже тюрьму отъ 6 мѣсяцевъ до 5 лѣтъ. Причемъ даже официальные мотивы къ послѣднему кодексу по поводу значительнаго пониженія минимума назначаемаго здѣсь наказанія, замѣчаютъ: что «опытъ различныхъ странъ указываетъ, что въ подобныхъ случаяхъ весьма нерѣдко присяжные считали достаточнымъ наказаніемъ сознa-

б) Убійство, учиненное при превышеніи предѣловъ необходимой обороны, ст. 1467, такъ какъ и здѣсь причиною выдѣленія является особенный характеръ мотивовъ.

в) Убійство при превышеніи правъ, предоставленныхъ какому либо лицу, ст. 819 и 827 (~~глава I, № 143~~).

г) Убійство на дуэли, ст. 1497—1512.

~~Въ главѣ пятой, №№ 268—272, я подробно развилъ тѣ соображенія, по которымъ я~~ признаю убійство на дуэли однимъ изъ видовъ убійства, заслуживающимъ иногда особеннаго снисхожденія по мотивамъ или поводамъ, которыми оно опредѣляется. Сообразно съ этимъ я указалъ въ № 273 и тѣ перемѣны, которыя должны быть сдѣланы въ постановленіяхъ Уложенія и между прочимъ безполезность созданія особой главы для этого преступленія. Случаи, въ которыхъ обиженный вызоветъ на дуэль противника и убьетъ его, подойдутъ подъ 1 п. § 7, а выходъ на дуэль подъ пунктъ 2-й. Предполагая, разумѣется, что данная дуэль по своимъ мотивамъ такова, что дѣйствительно заслуживаетъ снисхожденія. Точно также и отвѣтственность соучастниковъ въ дуэли опредѣляется по общимъ правиламъ о соучастіи въ убійствѣ съ примѣненіемъ и къ нимъ, гдѣ это будетъ возможно, § 7-го.

6. Что касается до новыхъ постановленій, то этотъ § долженъ обнять собою слѣдующіе виды, опущенные въ Уложеніи: во-1-хъ убійство по согласію и во-2-хъ вообще убійство изъ извѣстныхъ мотивовъ, требующихъ снисхожденія. По отношенію къ 1-му (~~см. главу 1-ю, № 130—134~~) мы встрѣчаемъ подобное же правило въ нѣкоторыхъ нѣмецкихъ кодексахъ и между прочимъ въ ново-германскомъ Уложеніи, которое въ § 216 постановляетъ, что если виновный совершитъ убійство вслѣдствіе яснаго и настойчиваго желанія убитаго, то онъ подлежитъ тюремному заключенію не менѣе 3-хъ лѣтъ. Но второе и по отношенію къ западнымъ кодексамъ является нововведеніемъ. Требованіе постановленій такого рода можемъ встрѣтить пока только въ теоріи, но разумѣется это не можетъ быть принято за основаніе для возраженій противъ него. Въ оправданіе его, я сошлюсь на мои замѣчанія, высказанныя

ніе совершеннаго факта и соединенныя съ этимъ угрызенія совѣсти. Но, однако, въ виду объективной тяжести даннаго преступленія, этотъ минимумъ не можетъ быть менѣе шести мѣсяцевъ». Но легко можно видѣть, что вторая часть мотивовъ сильно противорѣчитъ первой: если бываютъ случаи, что присяжные считаютъ достаточнымъ наказаніемъ угрызенія совѣсти, то безусловная угроза тюрьмою, хотя бы и на 6 мѣсяцевъ, все-таки должно повлечь оправданіе подсудимаго, поэтому я и счелъ необходимымъ допустить для подобныхъ случаевъ возможность назначенія простаго выговора.

2. Причиною снисхожденія въ этомъ случаѣ признаю я какъ обиду, нанесенную самому виновному, такъ и лицамъ, ему близкимъ, причемъ я выбралъ этотъ послѣдній терминъ вмѣсто другаго, встрѣчающагося во многихъ нѣмецкихъ кодексахъ «родственникамъ»; такъ какъ этотъ послѣдній носитъ только формальный характеръ. Существуетъ множество отношеній помимо родственныхъ, при которыхъ честь другаго лица много дороже для насъ своей собственной, и наоборотъ, не всегда родственныя отношенія предполагаютъ не только крѣпкую, но даже какую либо нравственную связь.

3. Самое понятіе близкихъ отношеній, какъ и констатированіе дѣйствительной наличности обиды, бывшей поводомъ къ убійству, какъ вопросы фактическіе, должны подлежать рѣшенію присяжныхъ.

4. Что касается до втораго пункта настоящаго параграфа, то онъ отчасти замѣняетъ собою нѣкоторыя статьи, существующія въ Уложеніи, отчасти же является постановленіемъ новымъ, вводимымъ мною сообразно теоретическимъ требованіямъ.

5. Такимъ образомъ этому пункту 7-го параграфа въ Уложеніи соотвѣтствуютъ:

а) Убійство урода, ст. 1469, такъ какъ ~~я старался доказать въ главѣ 1-й № 22~~, что единственнымъ основаніемъ для подобнаго изъятія могутъ быть мотивы, руководившіе виновнымъ, каковы напр. чувство состраданія и остатки суевѣрнаго взгляда на уродовъ, до сихъ поръ живущаго въ народѣ.

въ 147 № первой главы. Развѣ можетъ быть оправдано примѣненіе къ такимъ дѣламъ, какъ убійство Маньковой, Ильмуллина общихъ постановленій объ убійствѣ? Развѣ лучше та система, гдѣ присяжные, въ виду несоотвѣтственности закона съ народными воззрѣніями, объявляютъ подсудимаго невиновнымъ, не смотря даже на его собственное сознаніе. Поэтому я и считаю болѣе правильнымъ допустить въ самомъ законѣ указаніе на то, что наказаніе смягчается, какъ скоро преступникъ дѣйствовалъ подъ гнетомъ такихъ обстоятельствъ, побужденій, для противодѣйствія которымъ необходимо было проявить весьма сильную энергію воли, когда слѣдовательно мотивы указываютъ на меньшую нравственную испорченность или опасность виновнаго для общества.

7. Противъ попытокъ подобнаго возвышенія значенія мотивовъ возражаютъ обыкновенно, что такимъ образомъ смѣшиваютъ двѣ области—морали и права, что оцѣнка внутренней стороны дѣянія, во всей ея полнотѣ, будетъ оцѣнкою нравственною, а не юридическою, относящеюся по преимуществу къ сторонѣ внѣшней. Но съ этимъ возраженіемъ согласиться нельзя. Мы дѣйствительно отличаемъ нравственность отъ права, но только потому, что первая, будучи явленіемъ относительнымъ, индивидуальнымъ, не можетъ быть принудительна въ своихъ предписаніяхъ. Понятіе о нравственныхъ и безнравственныхъ дѣяніяхъ вырабатывается изъ представленій даннаго лица о нормальныхъ отношеніяхъ его, какъ члена общежитія, къ другимъ членамъ. Чѣмъ, такъ сказать, обыкновеннѣе становятся эти понятія, чѣмъ обширнѣе становится кружокъ лицъ, ихъ раздѣляющихъ, тѣмъ ближе подходятъ они къ понятію правовыхъ нормъ или положеній. Поэтому, если лица, выбранные изъ разныхъ слоевъ общества, такъ или иначе служащіе его представителями, признаютъ извѣстное дѣяніе безнравственнымъ или наоборотъ, менѣе безнравственнымъ или даже вполнѣ извиняемымъ, то, очевидно, что эти воззрѣнія должны быть восприняты законодателемъ и внесены въ законъ. Тѣмъ болѣе, что подобная нравственная оцѣнка не вовсе чужда и дѣйствующему праву и только проводится имъ не послѣдовательно; стоитъ только вспомнить процессы о дуэли, убійствѣ мужемъ прелюбодѣйной жены и т. п.

8. При этомъ нечего и говорить, что констатированіе факта наличности этихъ ослабляющихъ отвѣтственность мотивовъ должно принадлежать судьямъ факта—присяжнымъ; самая общность выраженій, мною выбранныхъ, объясняется невозможностью сдѣлать подробное ихъ перечисленіе, а при правильной обстановкѣ процесса равнозначительными представителями защиты и обвиненія и при правильномъ контролѣ ихъ взаимныхъ отношеній со стороны суда, эта обширность власти не представитъ даже и особенной опасности.

9. Наконецъ нельзя не добавить, что говоря объ этихъ причинахъ, я относилъ ихъ какъ къ умышленному убійству въ обоихъ его видахъ, такъ и къ преступному безразличію.

10. Я даже думаю, что и при конкуренціи § 7 съ какими либо условіями, указанными въ § 5, нѣтъ основаній для устраненія снисхожденія, такъ какъ мотивы, опредѣлившіе преступника, должны имѣть преобладающее значеніе. Я сдѣлалъ въ этомъ отношеніи одно исключеніе при посягательствѣ на жизнь родителей или родственниковъ.

§ 8.

Мать, умертвившая своего незаконнорожденнаго младенца во время или немедленно послѣ родовъ, подлежитъ:

а) если убійство было обдумано заранѣе — каторгѣ не свыше 6 лѣтъ,

б) если же умыселъ возникъ внезапно, то заключенію въ рабочемъ домѣ,

в) а при наличности условій, указанныхъ въ § 7 — заключенію въ тюрьмѣ,

или выговору, или внушенію со стороны суда.

§ 9.

НАКАЗАНІЯ, НАЗНАЧЕННЫЯ ВЪ §§ 1, 3 И 4, УМЕНЬШАЮТСЯ НА ОДНУ СТЕПЕНЬ, ЕСЛИ МАТЬ УМЕРТВИТЪ СВОЕГО ЗАКОННАГО РЕБЕНКА ПРИ САМОМЪ ЕГО РОЖДЕНІИ.

къ § 8 и 9.

1. Строго говоря дѣтоубійство, какъ особый привилегированный видъ убійства могло быть указано въ § 7; но такъ какъ одинъ изъ признаковъ, въ силу котораго выдѣляется это понятіе (см. главу 3-ю № 196), а именно ненормальное психическое состояніе виновной, происходящее отъ вліянія родильныхъ мукъ, представляетъ нѣкоторыя особенности, и не подходитъ ни подъ одну изъ категорій, указанныхъ въ этомъ параграфѣ и такъ какъ его вліяніе на наказуемость особенно напр. при дѣтоубійствѣ умышленномъ не можетъ быть поставлено на одну степень съ причинами, указанными въ § 7, то я и счелъ необходимымъ сохранить особыя постановленія о дѣтоубійствѣ.

2. Такимъ образомъ эти параграфы отчасти замѣняютъ 2 ч. ст. 1451 Уложенія, а отчасти дополняютъ ее. Дополняютъ ее они въ томъ отношеніи, что подобно брауншвейгскому, австрійскому и отчасти баварскому кодексу я оттѣняю и тѣ случаи, гдѣ дѣтоубійство было совершено надъ законнымъ ребенкомъ. (См. главу 3-ю № 212). Я не нашелъ возможности допустить смягченіе только при умыслѣ обдуманномъ заранѣе.

3. Наказанія за убійство незаконнаго ребенка совершенное по внезапному умыслу, я нѣсколько уменьшаю сравнительно съ Уложеніемъ, въ особенности тамъ, гдѣ существуютъ мотивы, указанные въ § 7 проекта. Достаточныя основанія для этого смягченія даетъ тотъ фактъ, что во всѣхъ процессахъ о дѣтоубійствѣ, напечатанныхъ изъ новой практики, постоянно присяжные признавали подсудимаго виновнымъ не въ дѣтоубійствѣ, а въ скрытіи трупа, очевидно имѣя въ виду несоотвѣтственность наказанія съ дѣйствительною преступностью.

4. Уложеніе въ ст. 1451 въ громадныхъ размѣрахъ возвышаетъ отвѣтственность тамъ, гдѣ виновная уже прежде совершила таковое же преступленіе; такъ какъ я въ третьей главѣ старался доказать несостоятельность таковаго усиленія, то я и не упоминаю о немъ.

5. Далѣе, Уложеніе признаетъ ненаказуемымъ неосторожное дѣтоубійство; признавая это положеніе вполнѣ справедливымъ, я также не внесъ его и въ свой проектъ (см. главу III №№ 213—214.

6. Въ Уложеніи въ тѣсной связи съ дѣтоубійствомъ помѣщены: неоказаніе помощи новорожденному младенцу его матерью и скрытіе трупа мертворожденнаго младенца. Что касается перваго, то о немъ я упоминаю далѣе въ § 16, а по отношенію ко 2-му, я старался доказать, (глава 3-я № 225), что оно составляетъ одинъ изъ видовъ болѣе общаго проступка скрытія трупа и должно быть разсматриваемо вмѣстѣ съ послѣднимъ.

7. Точно также считаю я излишнимъ и внесеніе въ кодексъ постановленій о наказуемости скрытія беременности, и объ утайкѣ родовъ, какія мы находимъ въ законодательствахъ баденскомъ, брауншвейгскомъ § 157, виртембергскомъ § 262, саксонскомъ § 162, не смотря на нѣкоторыя заявленія о необходимости ихъ, появляющіяся за послѣднее время. Оставшіяся въ законахъ, какъ наслѣдье среднихъ вѣковъ, они не имѣютъ за себя ни теоретическихъ основаній ни практическихъ выгодъ. Наказывать за скрытіе беременности значитъ возвращаться къ эпохѣ Sittenpolizei со всѣми ея атрибутами.

§ 10.

ВИНОВНЫЙ ВЪ УМЫШЛЕННОМЪ УМЕРЩВЛЕНІИ ПЛОДА, СОВЕРШЕННОМЪ БЕЗЪ СОГЛАСІЯ БЕРЕМЕННОЙ ПОДЛЕЖИТЪ:

а) ВЪ СЛУЧАѢ УКАЗАННОМЪ ВЪ § 2—КАТОРГѢ НЕ СВЫШЕ 6 ЛѢТЪ;

б) ВЪ СЛУЧАЯХЪ ЖЕ УКАЗАННЫХЪ ВЪ §§ 1, 3 И 4—ЗАКЛЮЧЕНІЮ ВЪ РАБОЧЕМЪ ДОМѢ;

в) а при наличности условій, указанныхъ въ § 7, примѣняются и наказанія въ немъ назначенныя.

§ 11.

Если умерщвленіе плода было произведено самою беременною женщиною или кѣмъ либо съ ея согласія, то виновный подлежитъ:

въ случаѣ указанномъ въ § 2—каторгѣ не свыше 5 лѣтъ;

а въ случаяхъ, указанныхъ въ §§ 1, 3 и 4 заключенію въ рабочемъ домѣ не свыше 8 лѣтъ.

При наличности же обстоятельствъ, указанныхъ въ § 6, примѣняются и размѣры наказанія, тамъ назначенные.

§ 12.

Наказанія, назначенныя въ §§ 10 и 11 возвышаются на одну степень, если обвиняемымъ будетъ лицо, обратившее преступленіе въ ремесло, или врачъ или акушеръ или повивальная бабка.

къ §§ 10, 11 и 12.

1. Въ главѣ 4-й № 235 и 239 я старался доказать, что убійство зародыша, будучи однимъ изъ видовъ убійства, въ то же время выдѣляется изъ него отчасти по мотивамъ, двигающимъ преступника, отчасти по особенностямъ, заключающимся въ объектѣ; въ виду этихъ соображеній я сохранилъ и въ моемъ проектѣ для этого преступленія особое мѣсто.

2. Такимъ образомъ постановленія этихъ параграфовъ, соотвѣтствуютъ статьямъ 1461, 1462, 1463 нашего Уложенія, но съ слѣдующими измѣненіями:

а) такъ какъ главный элементъ настоящаго преступленія заключается въ лишеніи жизни зародыша, то существеннымъ моментомъ, опредѣляющимъ окончаніе этого дѣянія, я ставлю, (см. главу 4-ю №№ 251, 252) умерщвленіе плода, а не изгнаніе его и не дачу абортивныхъ средствъ, какъ дѣлаетъ наше Уложеніе.

б) наше Уложеніе для разграниченія двухъ видовъ даннаго преступленія выставляетъ два признака: «безъ вѣдома» и «безъ согласія», но какъ я указывалъ (глава IV № 258), что изъ этихъ двухъ признаковъ главное значеніе имѣетъ только одинъ—отсутствіе согласія, то я и оставилъ для разграниченія только этотъ одинъ признакъ.

в) по нашему праву неосторожное истребленіе плода не подлежитъ наказанію, также и я по соображеніямъ, указаннымъ въ главѣ IV №№ 246—247, принялъ то же начало.

г) наше Уложеніе квалифицируетъ это преступленіе когда оно совершено врачемъ, акушеромъ, аптекаремъ, повивальною бабкою, къ этому я счелъ необходимымъ по примѣру нѣмецкихъ кодексовъ прибавить еще лицъ обратившихъ это преступленіе въ ремесло.

д) съ другой стороны я счелъ излишнимъ относить къ числу этихъ особенныхъ причинъ квалификаціи и повтореніе преступленія, какъ дѣлаетъ наше Уложеніе, такъ какъ это обстоятельство можетъ вліять только въ предѣлахъ, указанныхъ въ общей части.

з) за основаніе для мѣры наказанія я взялъ постановленія нашего Уложенія, хотя они и значительно мягче постановленій большинства западныхъ кодексовъ (см. главу IV № 258 пр. 93), я возвысилъ только нѣсколько мѣру отвѣтственности при квалифицированныхъ случаяхъ этого рода, а съ другой стороны я допустилъ смягченіе наказанія при наличности обстоятельствъ, указанныхъ въ § 7, такъ какъ недостатокъ подобныхъ постановленій чувствовался уже и нашею старою практикою.

3. Я не внесъ въ мое опредѣленіе указанія на противозаконность умысла, считая это излишнимъ, такъ какъ ненаказуемость перфораціи вытекаетъ изъ общихъ началъ уголовнаго права (глава IV №№ 248—250).

4. Наше Уложеніе придаетъ при данномъ преступленіи

большое значеніе тѣмъ вреднымъ послѣдствіямъ, которые произошли для самой беременной женщины, какъ напр. разстройство ея здоровья или даже смерть, но нечего и говорить о томъ, что подобное положеніе не вѣрно. Основанія для опредѣленія размѣровъ отвѣтственности заключаются въ характерѣ воли, а не во внѣшнемъ болѣе или менѣе случайномъ вредѣ. Поэтому я не счелъ необходимымъ даже спеціально упоминать объ этомъ, такъ какъ это условія указаны въ § 19.

§ 13.

Если кто склонитъ другаго къ самоубійству или вовлечетъ умышленно своими дѣйствіями въ самоубійство, тотъ подлежитъ отвѣтственности, какъ и за убійство съ примѣненіемъ всѣхъ условій, указанныхъ въ §§ 1—7.

къ § 13.

1. Въ главѣ 6-й я доказывалъ, что соучастіе въ самоубійствѣ, какъ таковое, не составляетъ преступленія и что таковъ и взглядъ нашего права (глава VI №№ 295—297), но я указывалъ также, что законъ въ правѣ считать по крайней мѣрѣ нѣкоторые виды соучастія за самостоятельное преступленіе, въ этомъ смыслѣ постановлена и настоящая статья.

2. Въ Уложеніи постановленія о самоубійствѣ занимаютъ 5 статей: 1472 — 1476, но изъ нихъ статьи 1472, 1473, 1474 опущены мною вовсе, на томъ основаніи, что самоубійство не составляетъ преступленія, а ст. 1476, потому что дѣянія въ ней указанныя—жестокое обращеніе сопровождавшееся самоубійствомъ, должно быть отнесено въ другіе болѣе соотвѣтствующіе раздѣлы (см. главу VI № 298), на что указываетъ между прочимъ и толкованіе, данное этой статьѣ кассаціоннымъ департаментомъ по дѣлу Умецкихъ. Такъ что остается ст. 1475, которая и соотвѣтствуетъ § 12 проекта.

3. Ст. 1475 страдаетъ двумя недостатками: неточностью ея редакціи, а съ другой стороны излишнею суровостью, такъ какъ ея minimum 10 лѣтъ каторги чрезъ мѣру высокъ; въ

виду этого я приравнялъ по отвѣтственности это преступленіе къ убійству, со всѣми его оттѣнками [6]).

4. Какъ я указывалъ въ главѣ V, № 282, американская дуэль можетъ быть наказуема только на основаніи постановленій о подстрекательствѣ къ самоубійству, это толкованіе можетъ быть принято и для постановленій предлагаемыхъ мною.

§ 14.

Если кто либо безъ умысла на убійство оставитъ ребенка, моложе 7 лѣтъ, въ такомъ мѣстѣ, гдѣ жизнь оставленнаго должна подвергнуться опасности, тотъ подлежитъ:

рабочему дому не свыше 6 лѣтъ, или заключенію въ тюрьмѣ.

§ 15.

Тому же наказанію подлежатъ и тѣ лица, которыя также безъ намѣренія лишить жизни, оставятъ находящагося или ввѣреннаго ихъ попеченію больнаго, умалишеннаго или вообще такого человѣка, который по своему положенію въ данное время не могъ заботиться объ охраненіи своей жизни.

§ 16.

Если виновною была мать, а оставленъ безъ помощи былъ младенецъ новорожденный и незаконнорож-

---

[6]) Въ западныхъ кодексахъ, спеціально говорящихъ о наказуемости подстрекательства къ самоубійству, назначаются слѣдующія мѣры наказанія: Брауншвейгъ § 148 за подстрекательство Zwangsarbeit отъ 1 года до 5 лѣтъ, а за пособничество тюрьма отъ 3 мѣсяцевъ до 3 лѣтъ. Саксонскій § 158 и въ томъ и въ другомъ случаѣ назначаетъ тюрьму не свыше 2-хъ лѣтъ; баденскій § 208 — за всякое участіе тюрьма или рабочій домъ.

ДЕННЫЙ, КОТОРЫЙ ОТЪ СЕГО ЛИШИЛСЯ ЖИЗНИ, ТО ВИНОВНАЯ ПОДЛЕЖИТЪ:

ЗАКЛЮЧЕНІЮ ВЪ ТЮРЬМѢ ИЛИ ВЫГОВОРУ.

къ §§ 14, 15 и 16.

1. Въ главѣ VII я указывалъ на то, что самое мѣсто, которое должно занимать настоящее преступленіе, спорно. Въ самомъ дѣлѣ, его основнымъ условіемъ является отсутствіе прямаго умысла на убійство, а потому нѣтъ и основаній говорить о немъ въ томъ же раздѣлѣ, гдѣ помѣщено убійство; оно должно бы составлять особый раздѣлъ дѣяній, подвергающихъ жизнь опасности, опредѣляемыхъ общимъ умысломъ вредить другому лицу. Я помѣстилъ его здѣсь потому, что такъ дѣлаетъ большинство западныхъ кодексовъ, а отчасти потому, что и мнѣ пришлось сдѣлать его разборъ въ настоящемъ сочиненіи, но я считаю вполнѣ возможнымъ и даже пожалуй болѣе правильнымъ перемѣщеніе этихъ постановленій въ другой, особый отдѣлъ, какъ это дѣлаетъ бельгійскій кодексъ.

2. Уложеніе содержитъ цѣлый рядъ постановленій, которыя я предполагаю замѣнить § 14—16 и именно ст. 1513 по 1522. Одни изъ нихъ я считаю необходимымъ выпустить совершенно, какъ напр. ст. 1521, которая говоритъ о дѣяніи противорелигіозномъ, а не о преступленіи; ст. 1519, 1520, такъ какъ они содержатъ въ себѣ общія положенія такого рода, что ихъ мѣсто не въ Уложеніи, а въ комментаріяхъ къ нему. Другія же какъ напр. ст. 1522, я предполагалъ бы перенести въ другой отдѣлъ, такъ какъ она содержитъ постановленія о преступленіяхъ противъ должности, о которыхъ говоритъ и ст. 872.

3. Такимъ образомъ эти параграфы замѣняетъ собою ст. 1513 по 1518 съ слѣдующими измѣненіями: статью 1513 я соединилъ съ ст. 1514 и 1515, такъ какъ они трактуютъ о преступленіяхъ сходныхъ по своему составу, различіе же въ размѣрахъ отвѣтственности вполнѣ можетъ быть достигнута

извѣстнымъ просторомъ предоставленнымъ судьѣ. Точно также счелъ я возможнымъ соединить случаи указанные въ статьяхъ 1516, 1517 и 1518 и изложить ихъ въ болѣе обобщенномъ видѣ въ § 15, такъ какъ форма примѣровъ, которую употребляетъ здѣсь Уложеніе оказывается несостоятельною [7]).

4. Въ случаяхъ предвидѣнныхъ § 14 я подобно Уложенію, распространяю отвѣтственность на всякое лицо, въ какихъ бы отношеніяхъ не стояло оно къ оставленному, но въ § 15 я признаю эту отвѣтственность только для лицъ, имѣвшихъ надзоръ за оставленнымъ, причемъ безразлично, опирается ли эта обязанность надзора на кровныя, родственныя отношенія, возникла ли она изъ договора или въ силу процесуальнаго положенія виновнаго.

5. Послѣдняя часть § 13 соотвѣтствуетъ 1 части 1460 статьи Уложенія; я измѣнилъ въ этомъ случаѣ только размѣры отвѣтственности, сообразно съ системою мною принятою.

§ 17.

ЕСЛИ КТО ЛИБО ПРИЧИНИТЪ СМЕРТЬ ДРУГОМУ ЛИЦУ ПО НЕВНИМАТЕЛЬНОСТИ, НЕБРЕЖНОСТИ И Т. П., НЕ ТОЛЬКО НЕ ИМѢЯ ПРЯМАГО НАМѢРЕНІЯ НА ЛИШЕНІЕ ЖИЗНИ, НО ДАЖЕ И НЕ ПРЕДВИДЯ ВОЗМОЖНОСТИ ЭТОГО ПОСЛѢДСТВІЯ, ТО ВИНОВНЫЙ ПОДЛЕЖИТЪ:

ТЮРЕМНОМУ ЗАКЛЮЧЕНІЮ НЕ СВЫШЕ 1 ГОДА;
ИЛИ ДЕНЕЖНОМУ ШТРАФУ ДО 100 РУБЛЕЙ.

§ 18.

ТОМУ ЖЕ НАКАЗАНІЮ ПОДЛЕЖИТЪ И ТОТЪ, КТО, СОВЕРШАЯ КАКОЕ ЛИБО ДѢЙСТВІЕ, ХОТЯ И ПРЕДВИДѢЛЪ ВОЗ-

[7]) При этомъ я не считалъ необходимымъ обращать особенное вниманіе на большую или меньшую вѣроятность спасенія оставленнаго, какъ дѣлаютъ напр. это кодексы брауншвейгскій § 156, или саксонскій § 163, такъ какъ признакъ этотъ съ одной стороны случаевъ, а съ другой не представляетъ особенной важности.

МОЖНОСТЬ ПРИЧИНЕНІЯ СМЕРТИ, НО НАДѢЯЛСЯ ЭТОГО ИЗБѢГНУТЬ.

къ § § 17 и 18.

1. Указывая въ настоящемъ случаѣ на неосторожное убійство, я нѣсколько измѣняю постановленія ст. 1468. Я отношу именно къ неосторожности и преступную самонадѣянность (см. главу I № 24), такъ какъ примѣненіе въ случаяхъ этого рода ст 1458, было бы весьма нерѣдко слишкомъ сурово.

2. Ставя моментомъ, отдѣляющимъ неосторожность отъ случая, возможность предвидѣнія послѣдствій, я предполагаю болѣе точное разграниченіе ихъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, причемъ необходимо имѣть въ виду, что случайное лишеніе жизни можетъ быть послѣдствіемъ какъ дѣянія запрещеннаго закономъ, такъ и не запрещеннаго.

3. При примѣненіи постановленій о неосторожномъ лишеніи жизни необходимо имѣть въ виду всѣ общія правила, указанныя въ главѣ I, № 27.

4. Говоря о неосторожности я указываю только на общія понятія—невнимательности, небрежности, не дѣлая болѣе подробнаго, а главное *исчерпывающаго* перечисленія, какое дѣлаетъ напр. французское право.

5. Въ силу измѣненія диспозитивной части ст. 1468, я нѣсколько измѣнилъ и санкцію, возвысивъ maximum назначаемаго здѣсь наказанія.

§ 19.

ЕСЛИ ДѢЯНІЕ, КОЕГО ПОСЛѢДСТВІЕМЪ БЫЛО НЕОСТОРОЖНОЕ ПРИЧИНЕНІЕ СМЕРТИ, САМО ПО СЕБѢ ЗАПРЕЩЕНО ЗАКОНОМЪ, ТО ВИНОВНЫЙ ИЛИ ПОДЛЕЖИТЪ НАКАЗАНІЮ, УКАЗАННОМУ ВЪ § 17, ИЛИ, ЕСЛИ ЗА САМОЕ ЭТО ПРЕСТУПЛЕНІЕ НАЗНАЧЕНО НАКАЗАНІЕ БОЛѢЕ СТРОГОЕ, ТО СЕМУ ПОСЛѢДНЕМУ, ПРИЧЕМЪ СУДЪ МОЖЕТЪ ВОЗВЫСИТЬ НАКАЗАНІЕ НА ОДНУ СТЕПЕНЬ.

къ § 19.

1. Постановленія настоящаго § замѣняютъ собою прежде

всего ст. 1466 и 1459 и затѣмъ цѣлую массу постановленій, разбросанныхъ по другимъ раздѣламъ. Главныя измѣненія, вносимыя мною въ этомъ отношеніи таковы:

а) такъ какъ чрезмѣрное разнообразіе относящихся сюда статей Уложенія не находитъ для себя достаточныхъ основаній, а вызываетъ цѣлый рядъ затрудненій на практикѣ, то я и нашелъ необходимымъ замѣнить ихъ однимъ общимъ постановленіемъ.

б) поэтому въ нѣкоторыхъ случаяхъ пришлось усилить мѣру отвѣтственности, сравнительно съ Уложеніемъ, какъ напр. при дѣяніяхъ, указанныхъ въ статьяхъ 865, 869 и т. д.

в) въ другихъ, наоборотъ, пришлось сравнительно понизить мѣру отвѣтственности, такъ какъ опять таки это усиленіе ни чѣмъ не оправдывалось,

г) но особенно сильныя измѣненія необходимо было сдѣлать по отношенію къ ст. 1459 и другимъ ей соотвѣтствующимъ. Я принялъ за основаніе такое правило: что какъ скоро за самое дѣяніе, отъ котораго произошла смерть положено наказаніе свыше годоваго тюремнаго заключенія, то должно примѣняться это наказаніе и судъ, по поводу происшедшей отъ этого дѣянія чьей либо смерти, можетъ только возвысить наказаніе на одну степень; такъ что другими словами неосторожное лишеніе жизни, само по себѣ, будетъ влечь только факультативное усиленіе наказанія на одну степень. Я считаю это положеніе правильнымъ, потому что недостатокъ внимательности, преслѣдуемый въ подобныхъ случаяхъ закономъ, нисколько или по крайней мѣрѣ весьма мало зависитъ отъ характера дѣянія, при коемъ эта не внимательность была обнаружена. Слѣдовательно, размѣры отвѣтственности *за неосторожное лишеніе жизни* должны быть приблизительно одинаковы, какъ въ томъ напр. случаѣ, гдѣ эта смерть произошла отъ чрезмѣрно скорой ѣзды, такъ и тамъ, гдѣ она была послѣдствіемъ изнасилованія и т. п.

2) Впрочемъ, общій характеръ постановленій § 19 не исключаетъ возможности упоминанія о случаяхъ неосторожнаго лишенія жизни при нѣкоторыхъ спеціальныхъ преступленіяхъ,

если почему либо это окажется необходимымъ. Такимъ образомъ можно бы было спеціально упомянуть о тѣхъ случаяхъ, гдѣ смерть произошла отъ незнанія или несоблюденія правилъ какого либо ремесла или вообще занятія, такъ какъ при этомъ характеръ отвѣтственности могъ бы быть иной. См. главу 1-ую №№ 34—39.

3) Наконецъ къ числу постановленій, которыя замѣняются 19 параграфомъ должны быть отнесены и постановленія ст. 1465 объ убійствѣ въ дракѣ. При довольно подробномъ анализѣ этого преступленія (глава 1-я № № 43—48) я старался доказать, что законъ смотритъ на убійство этого рода, какъ на неосторожное, что поэтому нѣтъ особенныхъ причинъ отступать здѣсь отъ общихъ правилъ теоріи о неосторожномъ лишеніи жизни, что система, принятая въ нашемъ законодательствѣ и въ западныхъ, грѣшитъ не только противъ теоріи, но заключаетъ и цѣлый рядъ практическихъ неудобствъ. Въ виду всего этого я и счелъ возможнымъ уничтожить всѣ спеціальныя объ этомъ преступленіи постановленія и подвести его подъ общія правила § 19.

§ 20.

Если виновный причинилъ кому либо съ умысломъ такія поврежденія въ здоровьѣ, отъ которыхъ онъ долженъ былъ ожидать съ вѣроятностью наступленія смерти, и смерть дѣйствительно послѣдовала, то онъ подлежитъ:

заключенію въ рабочемъ домѣ,

или въ тюрьмѣ не менѣе 6 мѣсяцевъ.

Но если за самое поврежденіе здоровья, коего послѣдствіемъ была смерть, назначено болѣе строгое наказаніе, то виновный подлежитъ этому наказанію, которое судъ, кромѣ того, можетъ возвысить на одну степень.

къ § 20

Въ главѣ 1-й № № 49—62 я подробно разсматривалъ не-

осторожное лишеніе жизни, бывшее послѣдствіемъ умышленнаго поврежденія здоровья и нашелъ слѣдующее: что увеличеніе наказанія въ этихъ случаяхъ, доходящее иногда въ нашемъ Уложеніи до возвышенія на 8, 9 и даже 14 степеней и встрѣчающееся почти въ тѣхъ же размѣрахъ и въ западныхъ кодексахъ, кромѣ Брауншвейгскаго, построена на такой аргументаціи: что при сходствѣ объективнаго состава убійства и поврежденія здоровья и при трудности точнаго возстановленія умысла въ дѣлахъ уголовныхъ, подъ видомъ преступленій противъ здоровья, часто скрываются преступленія противъ жизни, что и приводитъ къ необходимости усиленія наказанія въ случаяхъ этого рода; далѣе я старался доказать, что подобная фикція не можетъ быть допущена, а потому и подвелъ въ своемъ проектѣ эти случаи подъ общія постановленія о неосторожномъ убійствѣ.

Изъ этого правила я допустилъ только одно изъятіе, о которомъ и говорится въ настоящемъ параграфѣ. Именно, согласно съ системою, принятою въ кодексахъ баденскомъ и виртембергскомъ я выдвинулъ тѣ случаи, гдѣ виновный долженъ былъ предвидѣть вѣроятность наступленія смерти.

2) Разумѣется при этомъ я предполагаю полное измѣненіе постановленій о преступленіяхъ противъ здоровья, такъ какъ и этотъ раздѣлъ Уложенія крайне не удовлетворителенъ.

Въ заключеніе я считаю не лишнимъ представить сравнительные указатели взаимныхъ отношеній проэкта и дѣйствующаго Уложенія.

I.

Сравненіе статей проекта съ статьями Уложенія.

статьи проекта.

1. — Замѣняетъ 1 ч. ст. 1455 Улож.
2. — Замѣняетъ 1 ч. ст. 1454 и ст. 1519 Улож.
3. — Замѣняетъ 1. ч. ст. 1455 Улож.
4. — Замѣняетъ ст. 1458, 1520, 1608, 1609.
5 и 6. — Отчасти замѣняютъ ст. 203, 212, 268, 308, 309, 310, 311, 3 ч. 633, 2 ч. 688, 2 ч. 756, 3 ч. 824, 864, 1082, 1207, 1449, 1450, 1 ч. 1451, 1452, 1453, 2 ч. 1454, 2 ч. 1455 и 1510 Улож., а отчасти содержатъ новыя постановленія.
7. — Отчасти замѣняютъ ст.: 819, 827, 1467, 1469, 1497, 1498, 1499, 1500, 1501, 1502, 1503, 1504, 1505, 1506, 1507, 1508, 1509, 1511, 1512, а отчасти содержатъ новыя постановленія.
8. — Замѣняетъ 2 ч. 1451 ст. Улож.
9. — Новое постановленіе.
10, 11 и 12. — Замѣняютъ ст. 1461, 1462 и 1463 Улож.
13. — Замѣняетъ ст. 1472, 1473, 1474, 1475 и 1476 Улож.
14 и 15 замѣняютъ 1513, 1514, 1515, 1516, 1517, 1518, 1521, 1622 Улож.
16. — Замѣняетъ 1 ч. 1460.
17. — Замѣняетъ ст. 1468 Улож.
18. — Отчасти новое положеніе, а отчасти замѣняетъ ст. 1458 Улож.
19. — Замѣняетъ ст. 854, 865, 869, 870, 878, 899, 935, 989, 1085, 1139, 1142, 1459, 3 ч. 1461, 1464, 1465, 1466, 1484, 1488, 1490, 1527, 1543 и 1643.
20. — Замѣняетъ ст. 854, 1484, 1488 и 1490.

II.

Сравненіе статей Уложенія со статьями проекта.

Статьи Улож.

1449, 1450 и 1 ч. 1451. — Вошли въ §§ 5 и 6.
2 ч. 1451. — Вошла въ §§ 8 и 9.
1452 и 1453. — Вошли въ §§ 5 и 6.

Статьи Улож.

1 ч. 1454. — Вошла въ § 2.
2 ч. 1454. — Вошла въ §§ 5 и 6.
1 ч. 1455. — Вошла въ §§ 1 и 3.
2 ч. 1455. — Вошла въ §§ 5 и 6.
1456. — Опущена, какъ относящаяся къ общей части.
1457. — Опущена въ силу признанія не наказуемости приготовленія.
1458. — Вошла въ §§ 4 и 18.
1459. — Вошла въ § 19.
1 ч. 1460. — Вошла въ § 16.
2 ч. 1460. — Опущена, какъ не относящаяся къ данному раздѣлу.
1 ч. 1461. — Вошла въ §§ 10, 11 и 12.
2 ч. 1461. — Опущена, какъ не относящаяся къ данному раздѣлу.
3 ч. 1461. — Вошла въ § 19.
1462 и 1463. — Вошли въ §§ 10, 11 и 12.
1464, 1465 и 1466. — Вошли въ § 19.
1467. — Вошла въ § 7.
1468. — Вошла въ § 17.
1469. — Вошла въ § 7.
1470 и 1471. — Опущены, какъ относящіяся къ общей части.
1472, 1473 и 1474. Опущены въ силу непризнанія этихъ дѣяній преступленіемъ.
1475. — Вошла въ § 12.
1476. — Опущена, какъ не относящаяся къ данному раздѣлу уложенія.
1497, 1498 и 1499 Опущены за непризнаніемъ наказуемымъ приготовленія къ убійству.
1500. — Замѣнена §§ 1, 2 и 4.
1501. — Опущена за непризнаніемъ наказуемымъ приготовленія къ убійству.
1502, 1503, 1504, 1505, 1506, 1507, 1508 и 1509. — Замѣнены §§ 1, 2 и 7.
1510. Замѣнена §§ 5 и 6.
1511 и 1512. — Замѣнены §§ 1, 2 и 7.
1513, 1514 и 1515. — Замѣнены § 14.
1516, 1517 и 1518. — Замѣнены § 15.
1519. — Замѣнена §§ 1 и 2.
1520. — Замѣнена § 4.
1521. — Опущена за непризнаніемъ даннаго дѣянія преступленіемъ.
1522. — Опущена, какъ относящаяся къ другому раздѣлу.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ТОМЪ ПЕРВЫЙ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Существенныя условія преступнаго лишенія жизни.

стр.

1. Практическое и теоретическое значеніе преступленій противъ жизни въ уголовномъ правѣ 9
2. Значеніе исторіи этихъ преступленій для исторіи уголовнаго права 11
3. Отношеніе анализа этихъ преступленій къ ученію о теоріи преступленія 12
4. Предметъ настоящаго изслѣдованія 14

§ 1. Виновникъ преступленія.

5. Ученіе о виновникѣ (субъектѣ) преступленія не представляетъ при убійствѣ никакихъ спеціальныхъ условій. 15

§ 2. Предметъ преступнаго посягательства.

6. Предметомъ убійства является только жизнь человѣка. . 17
7. Понятіе убійства не можетъ быть распространяемо на самоубійство 17
8. Существованіе лицъ, не пользующихся государственною охраною, не признается ни теоріею, ни нынѣ дѣйствующими положительными законодательствами 18
9. Жизненность объекта въ моментъ преступнаго посягательства есть необходимое условіе убійства. 21

стр.

10. Констатированіе этого условія представляется затруднительнымъ только при убійствѣ малолѣтнихъ 22
11. Опредѣленіе понятія жизненности. 24
12. Отождествленіе жизни и дыханія не можетъ быть допущено съ точки зрѣнія уголовнаго права 25
13. Вопросъ объ отождествленіи жизни и дыханія получаетъ особенную важность при убійствѣ младенца во время родовъ . 31
14. Общіе выводы по вопросу о жизненности объекта убійства. 34
15. Жизнеспособность ни въ какомъ случаѣ не можетъ считаться однимъ изъ условій понятія убійства 35
16. Самое понятіе жизнеспособности не можетъ быть точно опредѣлено 37
17. Этотъ признакъ не можетъ имѣть какого-либо значенія и при убійствѣ новорожденнаго 39
18. Нежизнеспособность убитаго младенца, не можетъ быть признана причиною смягченія наказанія 43
19. Нѣкоторыя отклоненія отъ этого правила представляетъ убійство урода 44
20. Убійство урода въ нашемъ правѣ до Уложенія разсматривалось съ особой, чисто полицейской точки зрѣнія. . . . 47
21. Только съ Свода Законовъ 1832 года умерщвленіе урода подведено подъ общую категорію убійствъ 50
22. Убійство урода можетъ быть выдѣлено изъ родоваго понятія убійства не на основаніи качествъ объекта, а на основаніи особаго характера воли виновнаго. 51
23. Понятіе урода въ нашемъ Уложеніи обусловливается исключительно его внѣшнимъ видомъ. 54

§ 3. Преступная воля.

24. Различные виды преступной воли при убійствѣ 56
25. Предѣлы, въ которыхъ разсматривается этотъ вопросъ въ настоящемъ изслѣдованіи 59
26. Случайное лишеніе жизни не подвергаетъ виновнаго никакой уголовной отвѣтственности 60
27. Общія положенія Уложенія о неосторожномъ причиненіи вреда 61
28. Условія наказуемости неосторожнаго лишенія жизни, причиненнаго совершеніемъ дѣянія, закономъ не запрещеннаго . . 68
29. Неосторожное лишеніе жизни при совершеніи какихъ-либо дѣйствій, нарушающихъ постановленія, ограждающія личную безопасность 74
30. Ст. 989 Уложенія по своему содержанію представляется

стр.

излишнею, а по своей редакціи не полною 79
31. Общія правила относительно примѣненія 1466 статьи Уложенія 84
32. Разборъ ст. 865 Уложенія. Ея условія и значеніе . . . 85
33. Разборъ ст. 869 Уложенія и 167 мироваго устава . . . 87
34. Отвѣтственность врачей за неосторожное причиненіе смерти по законодательству до Уложенія 1855 разсматривалась какъ неосторожное убійство 88
35. Измѣненіе этого взгляда при изданіи Уложенія 1845 г. Ст. 870 и ея объемъ 90
36. Постановленія иностранныхъ кодексовъ по вопросу объ отвѣтственности врача 92
37. Особенности, представляющіяся при разрѣшеніи вопроса объ отвѣтственности врача за неосторожное причиненіе вреда. 96
38. Неосторожность врача, обнаружившаяся хотя и при леченіи, но не входящая въ понятіе неправильнаго леченія подходитъ подъ общія постановленія о неосторожномъ убійствѣ . . 103
39. Общіе выводы по вопросу объ отвѣтственности врачей . 106
40. Отвѣтственность за нарушенія постановленій аптечнаго устава, сопровождающіеся лишеніемъ кого-либо жизни. . . . 108
41. Нѣкоторыя второстепенныя изъятія изъ пространства дѣйствія ст. 1466 111
42. Общая характеристика изъятій изъ ст. 1466, допускаемыхъ Уложеніемъ 113
43. Лишеніе жизни въ дракѣ. Постановленія по этому вопросу нѣмецкихъ кодексовъ страдаютъ отсутствіемъ системы и нарушеніемъ основныхъ началъ уголовнаго права 114
44. Общія замѣчанія объ этомъ преступленіи 119
45. Постановленія объ убійствѣ въ дракѣ до Уложенія 1845 121
46. Постановленія объ этомъ преступленіи дѣйствующаго права 123
47. Убійство въ дракѣ предполагаетъ отсутствіе умысла на убійство. Недостатки ст. 1465 Уложенія, ея дѣйствительный объемъ 125
48. Понятіе драки и нѣкоторыя другія условія примѣненія ст. 1465. Постановка вопросовъ. 129
49. Неосторожное лишеніе жизни при причиненіи тѣлесныхъ поврежденій занимаетъ и въ западныхъ кодексахъ особое мѣсто. 137
50. Причины этого выдѣленія заключаются въ трудности разграниченія случаевъ этого рода отъ убійства. 139
51. Это особенно замѣтно въ болѣе старыхъ законодательствахъ. 141

стр.
52. Въ Уложеніи данный вопросъ зарудняется нераціональностью его постановленій о преступленіяхъ противъ здоровья. Общая характеристика случаевъ, сюда относящихся 142
53. Нанесеніе ранъ и увѣчья, сопровождавшихся смертью, (ст. 1484) 146
54. Объемъ дѣйствія ст. 1488. Отношеніе этой статьи къ спеціальнымъ случаямъ, указаннымъ въ ст. 854 Улож. и 103 м. у. 152
55. Неосторожное лишеніе жизни, бывшее послѣдствіемъ умышленнаго нанесенія побоевъ 156
56. Разграниченіе статей 1464 и 1490 зависитъ отъ признанія побоевъ опасными для жизни 158
57. Въ этомъ же смыслѣ разъяснено это разграниченіе и нашею практикою. 159
58. Это различіе заключается не въ намѣреніи лица, а въ объективномъ характерѣ побоевъ 160
59. Побои могутъ быть причинены только умышленно. . . 163
60. Постановка вопросовъ присяжнымъ въ случаяхъ этого рода 165
61. Нѣкоторыя спеціальныя особенности статьи 1490 . . . 169
62. Наказаніе, опредѣляемое въ статьѣ 1464 уничтожаетъ въ дѣйствительности право присяжныхъ признавать заслуживающимъ снисхожденія 176
63. Лишеніе жизни, какъ неожиданный результатъ какого-либо другаго преступленія (1459) 179
64. Общія замѣчанія о неосторожномъ лишеніи жизни по Уложенію. 184
65. Лишеніе жизни, совершенное хотя и не умышленно, но съ предвидѣніемъ послѣдствій 185
66. Статья 1458, должна быть распространяема и на тѣ случаи, гдѣ дѣяніе не было запрещено закономъ. 187
67. Статья 1520 и пространство ея дѣйствія 191
68. Нѣкоторыя другіе случаи лишенія жизни съ непрямымъ на то умысломъ 194
69. Умышленное лишеніе жизни. 195

§ 4. Преступное дѣйствіе.

70. Понятіе о дѣйствіи, какъ о причинѣ извѣстнаго явленія. 197
71. Лишеніе жизни можетъ быть выполнено, какъ положительнымъ способомъ — содѣяніемъ, такъ и отрицательнымъ — бездѣйствіемъ 198
72. Къ преступному содѣянію должны быть относимы и тѣ случаи, гдѣ виновный далъ первый толчекъ цѣпи причинъ,

стр.
произведшихъ извѣстное явленіе и гдѣ совершенное имъ, только по своей формѣ можетъ быть названо бездѣйствіемъ 200
73. Преступное бездѣйствіе въ тѣсномъ смыслѣ существуетъ только тамъ, гдѣ совершающееся явленіе не находится ни въ какой прямой зависимости отъ дѣятельности виновнаго . . . 204
74. Бездѣйствіе лица, хотя и подлежитъ уголовной карѣ, но не во всѣхъ случаяхъ 205
75. Теорія, опредѣляющая отвѣтственность лица за его бездѣйствіе на основаніи общей юридической обязанности помогать находящимся въ опасности 207
76. Теоріи, выводящія наказуемость бездѣйствія изъ спеціальныхъ обязанностей, лежащихъ на данномъ лицѣ 212
77. Попытка Людена разрѣшить вопросъ на основаніи ученія о причинной связи 216
78. Отвѣтственность за бездѣйствіе существуетъ только тамъ, гдѣ виновный былъ причиною того опаснаго положенія, которое окончилось смертельнымъ результатомъ 219
79. Это же начало проводится и въ положительныхъ законодательствахъ. 223
80. Разборъ постановленій Уложенія, относящихся къ данному вопросу 225
81. Выводы по вопросу о наказуемости преступнаго бездѣйствія въ примѣненіи къ нашему праву 229
82. Средства преступнаго лишенія жизни не исчисляются и даже не могутъ быть исчислены ни въ законѣ, ни въ теоріи . 233
83. Необходимость причинной связи между дѣйствіями лица и результатами. 234
84. Различныя точки зрѣнія, съ которыхъ можетъ быть разсматриваемъ этотъ вопросъ 236
85. Дѣленіе послѣдствій по степени вѣроятности ихъ наступленія утратило нынѣ свое значеніе 238
86. Дѣленіе послѣдствій на общія и особенныя имѣетъ по преимуществу процессуальное значеніе 242
87. Преступное лишеніе жизни можетъ быть совершено и психическими средствами 245
88. Дѣйствительное значеніе въ теоріи уголовнаго права имѣетъ только дѣленіе послѣдствій на непосредственныя и посредственныя 248
89. Ученіе объ отвѣтственности лица только за непосредственные результаты его дѣятельности совершенно несостоятельно . 249
90. Ученіе, развитое главнымъ образомъ Бури, объ отвѣтственности виновнаго за всякій результатъ его дѣятельности, также не можетъ быть принято 252

91. Отвѣтственность виновнаго существуетъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ онъ вызвалъ или направилъ какія либо силы. . . стр. 257
92. Также опредѣляется отвѣтственность виновнаго за результаты дѣйствія тѣхъ силъ, возможность примѣненія или успѣшность дѣйствія которыхъ зависѣла отъ факта, имъ совершеннаго 259
93. Отвѣтственность виновнаго не измѣняется, когда дѣйствіе привходящихъ силъ имѣетъ отрицательный характеръ. . 261
94. Отвѣтственность виновнаго прекращается, какъ скоро ни привходящая сила, ни ея результаты не находились ни въ какой зависимости отъ его дѣйствій 263
95. Ученіе объ отвѣтственности виновнаго не измѣняется, если приведшія силы въ свою очередь подлежатъ наказанію за результатъ ими вызванный 266
96. Общіе выводы по этому вопросу 268
97. Постановленія по вопросу о причинной связи иностранныхъ законодательствъ 269
98. Ученіе о причинной связи появляется въ нашемъ правѣ только въ воинскомъ уставѣ 1716 года 273
99. Постановленія нашего права по вопросу о большой или меньшей вѣроятности наступленія послѣдствій. 275
100. Вопросъ о поврежденіяхъ обще и особосмертельныхъ по уставу судебно-медицинскому. 277
101. Вліяніе причинъ, привходящихъ къ дѣйствію преступника на отвѣтственность его за происшедшій результатъ. . . 281
102. Общіе выводы по вопросу о причинной связи въ нашемъ правѣ 283
103. Примѣры изъ нашей практики по отношенію къ этому вопросу 286

§ 5. Осуществленіе воли въ дѣйствіи.

104. Предѣлы, въ которыхъ разсматривается ученіе объ осуществленіи воли въ дѣйствіи въ настоящемъ изслѣдованіи . 291
105. Сформированіе умысла не подлежитъ вѣдѣнію уголовнаго правосудія 292
106. Обнаруженіе умысла на убійство, въ какой бы формѣ оно сдѣлано не было, не наказуемо 293
107. Понятіе и объемъ приготовительныхъ дѣйствій при убійствѣ 296
108. Отвѣтственность за приготовленіе къ убійству, добровольно оставленное, можетъ быть выведено только изъ комбинаціи статей 1457 и 113 Уложенія. 302

109. Статья 1457 распространяется и на приготовленіе къ квалифицированнымъ видамъ убійства . . . . . стр. 308
110. Опредѣленіе области покушенія при убійствѣ 308
111. Статья 864 не исключаетъ примѣненія къ случаямъ въ ней предвидѣннымъ общаго ученія о покушеніи на убійство. . 315
112. Тоже толкованіе должно быть допущено и по отношенію къ статьѣ 1082 Уложенія 320
113. Разграниченіе покушенія оконченнаго и неоконченнаго при убійствѣ 324
114. Значеніе добровольнаго отказа при наказуемости покушенія 325
115. Разрѣшеніе вопроса о наказуемости покушенія съ негодными средствами въ нашей практикѣ до закона 1863 года . . 327
116. Постановленія по этому предмету дѣйствующаго права. 334
117. Отвѣтственность виновнаго за покушеніе на убійство негоднаго объема по нашему праву 340
118. Убійство считается оконченнымъ только съ момента смерти жертвы преступленія 344
119. Случаи такъ называемаго общаго умысла должны быть обсуждаемы на основаніи ученія о причинной связи. 345
120. Случаи такъ называемаго отклоненія удара (Aberratio ictus) должны быть разсматриваемы, какъ совпаденіе покушенія и совершенія. 353
121. Ошибка въ лицѣ не уничтожаетъ характера умышленности въ убійствѣ, выполненномъ преступникомъ 356
122. Постановленія по этому вопросу иностранныхъ кодексовъ. 361
123. Система, принятая въ 1456 статьѣ Уложенія 362
124. Случаи одновременнаго посягательства на жизнь нѣсколькихъ лицъ 369

§ 6. Наказуемость убійства.

125. Случаи дозволеннаго лишенія жизни въ западныхъ кодексахъ 368
126. Постановленія по этому вопросу Свода Законовъ . . 371
127. Статья 1471 Уложенія и постановленія, ее дополняющія. 372
128. Условія примѣненія ст. 1471-й 381
129. Постановленія Уложенія о лишеніи жизни при необходимой оборонѣ. 383
130. Согласіе лица убитаго на лишеніе его жизни не уничтожаетъ преступнаго характера дѣянія 386
131. Убійство по согласію не можетъ быть разсматриваемо, какъ соучастіе въ самоубійствѣ. 389

стр.

132. Но убійство по согласію, съ другой стороны, не можетъ быть поставлено наравнѣ съ обыкновеннымъ убійствомъ . . . 391
133. Постановленія по этому вопросу западныхъ кодексовъ . 394
134. Взглядъ на убійство по согласію нашего права . . . 396
135. Различные виды лишенія жизни по ихъ наказуемости . 398
136. Степень отвѣтственности за лишеніе жизни опредѣляется степенью обдуманности плана 398
137. Отвѣтственность за убійство по французскому праву . 401
138. Постановленія по этому вопросу нѣмецкихъ кодексовъ . 408
139. Въ нашемъ законодательствѣ до Уложенія 1845 г. не существовало точнаго разграниченія между убійствомъ предумышленнымъ и убійствомъ по внезапному умыслу 412
140. Ст. 1454 и 1455 должны быть понимаемы въ томъ же смыслѣ, въ какомъ дѣлитъ умыселъ 4-я статья Уложенія. . . 415
141. Признаки, которыми опредѣляется различіе предумышленности и внезапнаго умысла при убійствѣ и вопросъ о доказательствѣ предумышленія. 421
142. Лишеніе жизни при превышеніи предѣловъ необходимой обороны разсматривается какъ причина снисхожденія къ преступнику 433
143. Такое же значеніе имѣетъ и лишеніе жизни, совершенное при превышеніи правъ, дарованныхъ кому-либо 437
144. Лишеніе жизни при превышеніи предѣловъ дисциплинарной власти утратило съ Уложеніемъ 1845 года, то значеніе, которое оно имѣло въ нашемъ старомъ правѣ 441
145. Убійство, учиненное вслѣдствіе обиды, нанесенной виновному убитымъ, заслуживаетъ особаго снисхожденія со стороны закона, сравнительно съ убійствомъ въ раздраженіи вообще. 446
146. Убійство супругомъ другаго супруга, захваченнаго въ прелюбодѣяніи, признававшееся въ нашемъ старомъ правѣ причиною смягченія наказанія, не имѣетъ значенія въ дѣйствующемъ законодательствѣ 447
147. Мотивы, руководившіе преступникомъ при совершеніи преступленія, должны быть признаны однимъ изъ основаній, опредѣляющихъ наказуемость 452

ТОМЪ ВТОРОЙ.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

О квалифицированныхъ видахъ убійства.

стр.

148. Основанія, по которымъ допускаетъ Уложеніе существованіе квалифицированныхъ видовъ убійства. 4

§ 1. Убійство квалифицированное по особеннымъ качествамъ жертвы.

I. Убійство родителей.

149. Отцеубійство признавалось высшею формою убійства у всѣхъ народовъ и во всѣ времена 7
150. Объемъ этого преступленія измѣняется не только въ разныхъ законодательствахъ, но и въ исторіи одного и того же права 8
151. Постановленія нашего права объ этомъ преступленіи . 9
152. Уложеніе ограничиваетъ, въ противоположность западнымъ кодексамъ, понятіе этого преступленія только убійствомъ отца или матери 11
153. При этомъ оно имѣетъ въ виду только родителей законныхъ, и убійство незаконнаго отца или матери подъ ст. 1449-ю подведено быть не можетъ. 13
154. Разрѣшеніе вопроса о наличности родственныхъ отношеній принадлежитъ присяжнымъ 19
155. При соучастіи въ квалифицированныхъ видахъ убійства нѣсколькихъ лицъ безъ предварительнаго на то уговора, наказаніе усиливается только для тѣхъ соучастниковъ, въ дѣйствіяхъ которыхъ встрѣчаются эти обстоятельства 20
156. Также разрѣшается этотъ вопросъ и при соучастіи по предварительному соглашенію и притомъ какъ для физическихъ виновниковъ, такъ и для интеллектуальныхъ 22
157. Тоже начало должно быть примѣняемо и къ пособникамъ и къ лицамъ прикосновеннымъ къ преступленію. . . . 31
158. Это же толкованіе можетъ быть допущено и по нашему праву 32
159. Примѣры изъ нашей практики по данному вопросу . . 36

стр.
160. Для понятія отцеубійства безусловно необходимо знаніе со стороны виновнаго объ отношеніяхъ, соединяющихъ его съ жертвою 38
161. Убійство родителей считается квалифицированнымъ видомъ лишенія жизни только при умышленномъ совершеніи этого преступленія 39
162. При отцеубійствѣ степень обдуманности плана не имѣетъ никакого вліянія на наказуемость 41
163. Отвѣтственность, назначаемая по Уложенію за убійство родителей. 43
164. Условія, при которыхъ можетъ быть оправдываемо усиленіе наказанія за убійство родителей 47

II. Убійство родственниковъ.

165. Объемъ 1-й части ст. 1451 и условія ея примѣненія. . 51

III. Убійство постороннихъ лицъ, находящихся въ особенныхъ отношеніяхъ къ виновному.

166. Случаи этого рода, предусмотрѣнные въ ст. 1451. . . 54
167. Убійство священника, предвидѣнное въ 212 ст. Уложенія 60
168. Нѣкоторые виды убійства, указанные въ воинскомъ уставѣ о наказаніяхъ 61

IV. Убійство беременной женщины.

169. Это изъятія не имѣетъ никакихъ достаточныхъ основаній. 62

V. Убійство, имѣющее политическій характеръ.

170. Посягательство на жизнь Государя Императора и членовъ Царствующаго дома 63

§ 2. Убійство, квалифицированное по способу его совершенія.

171. Общія правила, относящіяся къ различнымъ случаямъ лишенія жизни, входящимъ въ эту группу 66
172. Убійство, совершенное средствами, подвергающими опасности жизнь многихъ лицъ 68
173. Убійство, совершенное средствами, указывающими на особенную злобу и жестокость преступника. 70
174. Убійство, совершенное средствами, указывающими на особенную хитрость преступника 70

стр.
175. Отравленіе всегда считалось квалифицированнымъ видомъ лишенія жизни. Взглядъ на это преступленіе права римскаго и каноническаго и средневѣковыхъ законодательствъ 71
176. Постановленія объ отравленіи новѣйшихъ западныхъ кодексовъ 75
177. Причины, въ силу которыхъ отравленіе занимаетъ исключительное положеніе среди другихъ видовъ убійства, представляются не достаточными 76
178. Опредѣленіе понятія отравленія и въ положительныхъ кодексахъ и въ судебной медицинѣ является весьма шаткимъ . 79
179. Постановленія объ отравленіи нашего права 84
180. Убійство, учиненное по предварительному уговору нѣсколькихъ лицъ 87

§ 3. Убійство квалифицированное по цѣли, съ которою оно совершено.

I. Убійство съ корыстною цѣлью.

181. Признаки, которыми опредѣляется это преступленіе въ нашемъ Уложеніи и его виды. 87
182. Границы, отдѣляющія убійство ради ограбленія отъ разбоя съ корыстною цѣлью 94
183. Примѣры изъ нашей практики по данному вопросу . . 97
184. Основанія по которымъ отличается убійство съ корыстною цѣлью отъ разбоя сохраняютъ свою силу и при квалифицированныхъ видахъ разбоя 100

II. Убійство, совершенное въ видахъ другаго преступленія.

185. Постановленія по этому вопросу французскаго и нѣмецкаго кодексовъ. 101
186. Случаи, относящіеся сюда въ нашемъ правѣ 103

§ 4. Повтореніе убійства.

187. Постановленія ст. 1450 примѣняются только къ ссыльно-каторжнымъ, уже перечисленнымъ въ государственные крестьяне или къ преступникамъ помилованнымъ 107
188. Совершеніе убійства лицами, отбывающими уголовныя наказанія, наказывается или по Уложенію или по Уставу о ссыльныхъ 108
189. Случаи стеченія при убійствѣ нѣсколькихъ, квалифицирующихъ вину обстоятельствъ рѣшаются на основаніи общихъ правилъ о совокупности преступленій. 111

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

О дѣтоубійствѣ и скрытіи трупа мертворожденнаго младенца.

стр.

190. Въ силу власти, принадлежащей главѣ семейства надъ его членами, самое посягательство на жизнь дѣтей со стороны отца не считалось въ древнѣйшемъ правѣ почти всѣхъ народовъ преступленіемъ 118

191. Подъ вліяніемъ христіанства убійство дѣтей дѣлается квалифицированнымъ видомъ лишенія жизни 121

192. Подъ тѣмъ же вліяніемъ выдѣляется изъ дѣтоубійства, какъ особый его видъ, убійство незаконнорожденнаго ребенка его матерью и считается въ началѣ преступленіемъ квалифицированнымъ, а потомъ привилегированнымъ 122

193. Постановленія французскаго кодекса о дѣтоубійствѣ, выставляющаго на первый планъ особенное положеніе новорожденнаго младенца, дающее возможность уничтожить убійствомъ самые слѣды его существованія, совершенно несостоятельно. . . 125

194. Нѣмецкія законодательства по отношенію къ дѣтоубійству распадаются на нѣсколько категорій; наиболѣе удовлетворительную систему принимаютъ кодексы Австрійскій и Брауншвейгскій. 129

195. Въ нашемъ правѣ точное опредѣленіе дѣтоубійства появляется только въ Уложеніи 1845 года 134

196. Основаніемъ для выдѣленія дѣтоубійства изъ родоваго понятія убійства является предположеніе о ненормальномъ психическомъ состояніи виновной въ моментъ совершенія преступленія. 135

197. Дѣтоубійство въ нашемъ правѣ является видовымъ, а не подвидовымъ понятіемъ, по отношенію къ убійству вообще . 137

198. Опредѣленіе дѣтоубійства по нашему праву 141

199. Субъектомъ даннаго преступленія по Уложенію можетъ быть всякая женщина; исключеніе отсюда женщины проституированной не имѣетъ основанія 142

200. При соучастіи нѣсколькихъ лицъ въ убійствѣ незаконнорожденнаго младенца при его рожденіи, постановленія 2 части ст. 1451 могутъ быть примѣняемы только къ его матери, какую-бы роль между соучастниками она не занимала 144

201. Условія, требуемыя закономъ для объекта дѣтоубійства. 147

стр.

202. Способы удостовѣренія въ жизненности ребенка дышавшаго и въ особенности значеніе пробы плаванія легкихъ . . . 148

203. Объектомъ дѣтоубійства можетъ быть младенецъ и не жизнеспособный 154

204. Объектомъ дѣтоубійства можетъ быть только новорожденный младенецъ. Опредѣленіе этого понятія во французскомъ и старонѣмецкомъ правѣ 154

205. Опредѣленіе этого понятія въ новѣйшихъ нѣмецкихъ кодексахъ и въ нашемъ правѣ 157

206. По Уложенію подъ понятіе дѣтоубійства одинаково подводится, какъ убійство ребенка только что рожденнаго, такъ и ребенка рождающагося 160

207. Дѣтоубійство предполагаетъ незаконнорожденность убиваемаго ребенка. Опредѣленіе этого понятія 162

208. Понятіе о незаконнорожденности въ правѣ гражданскомъ и его основанія. 164

209. Убійство матерью младенца новорожденнаго и прижитого въ бракѣ, признаваемомъ по закону недѣйствительнымъ, только тогда можетъ быть подведено подъ 2 ч. ст. 1451, когда мать въ моментъ убійства знала о недѣйствительности брака. . . . 165

210. Дитя, рожденное въ бракѣ, но зачатое не отъ мужа, должно быть признаваемо съ точки зрѣнія уголовнаго права незаконнымъ, хотя-бы его законность и не оспоривалась мужемъ виновной 168

211. Общіе выводы по вопросу о незаконнорожденности объекта при дѣтоубійствѣ 171

212. Наше Уложеніе несправедливо не обращаетъ вниманія на случаи убійства матерью законныхъ дѣтей при самомъ ихъ рожденіи 172

213. Лишеніе жизни матерью ея ребенка при самомъ его рожденіи, причиненное по неосторожности, не подлежитъ, съ точки зрѣнія теоріи, уголовной отвѣтственности 174

214. Общія постановленія Уложенія о неосторожномъ убійствѣ не примѣняются къ дѣтоубійству 178

215. Анализъ 1-й части 1460 статьи Уложенія 179

216. Французское и обще-нѣмецкое право, хотя и выходившія изъ совершенно различныхъ взглядовъ на дѣтоубійство, приходили къ одному, совершенно несправедливому положенію, что данное преступленіе всегда предумышленно 185

217. Скрытіе беременности и родовъ не имѣютъ нынѣ никакого особеннаго значенія при дѣтоубійствѣ 189

218. Ученіе о преступномъ дѣйствіи и о различныхъ степе-

няхъ осуществленія воли въ дѣтоубійствѣ не представляетъ никакихъ особенностей . . . . . стр. 191

219. Программа вопросовъ, подлежащихъ обсужденію и разрѣшенію экспертовъ при дѣтоубійствѣ 194

220. Постановка вопросовъ присяжнымъ при дѣтоубійствѣ . 201

221. Наказуемость дѣтоубійства по французскому и нѣмецкимъ законодательствамъ 204

222. Наказуемость дѣтоубійства по Уложенію 207

§ 2. О скрытіи трупа мертворожденнаго младенца.

223. Случаи, въ которыхъ скрытіе трупа считается проступкомъ и преслѣдуется въ видахъ полицейскихъ 214

224. Случаи, въ которыхъ скрытіе трупа разсматривается какъ соучастіе въ преступленіи или его укрывательство . . . 217

225. Скрытіе трупа мертворожденнаго младенца вполнѣ подходитъ подъ общее понятіе скрытія трупа 220

226. Выдѣленіе его въ самостоятельный видъ объясняется господствовавшею прежде въ уголовномъ процессѣ системою презумпцій 221

227. Основанія, въ силу которыхъ скрытіе трупа мертворожденнаго младенца его матерью наказывается сильнѣе другихъ дѣяній этого рода. 225

228. Субъектомъ даннаго дѣянія можетъ быть только мать умершаго младенца 227

229. Объектомъ даннаго преступленія является младенецъ, рожденный уже мертвымъ и притомъ умершій не отъ преступленія. 228

230. Постановленія статьи 1460 имѣютъ въ виду не только скрытіе трупа мертворожденнаго младенца, но и скрытіе остатковъ выкидыша 235

231. Ст. 1460 говоритъ о скрытіи трупа незаконнорожденнаго младенца 241

232. Ученіе о преступномъ намѣреніи и дѣйствіи при скрытіи трупа младенца 242

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Объ истребленіи плода.

233. Истребленіе плода является одинаково распространеннымъ какъ въ древнемъ, такъ и въ новомъ мірѣ. 247

234. Римское право и средневѣковыя законодательства разсматривали данное преступленіе съ точки зрѣнія вреда, причиняемаго матери . . . . . стр. 250

235. Каноническое право и подъ его вліяніемъ новые кодексы выставили на первый планъ вредъ, причиняемый зародышу 252

236. Но нельзя отрицать, что преступленія этой категоріи, уничтожая плодъ, причиняютъ и существенный вредъ его матери. 254

237. Изъ этихъ двухъ послѣдствій существенное значеніе имѣетъ гибель плода, такъ какъ на него направляется преступная воля 255

238. Этого взгляда держится большинство западныхъ кодексовъ и наше Уложеніе 257

239. Но во всякомъ случаѣ истребленіе плода является привилегированнымъ видомъ лишенія жизни. 260

240. Ученіе о субъектѣ въ данномъ преступленіи не имѣетъ никакихъ особенностей. 262

241. Объектомъ преступленія является плодъ зачатый, но еще не рожденный 262

242. Степень развитія зародыша не можетъ имѣть вліянія на составъ даннаго преступленія. 264

243. Для наказуемости истребленія или попытки на него необходима беременность женщины, на которую направляется данное дѣяніе 268

244. Изгнаніе заноса не можетъ считаться истребленіемъ плода, такъ какъ объектомъ даннаго преступленія долженъ быть плодъ живой, хотя бы и не жизнеспособный 270

245. Преступное дѣйствіе при истребленіи плода. Различныя категоріи средствъ и ихъ юридическое значеніе 274

246. Вопросъ о наказуемости неосторожнаго истребленія плода въ теоріи и по западнымъ кодексамъ 280

247. Неосторожное истребленіе плода по нашему праву не наказуемо 283

248. Вопросъ о правѣ врача на произведеніе перфораціи въ теоріи и въ практикѣ запада. Пренія французской академіи по данному вопросу 287

249. Право, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и обязанность врача на производство перфораціи, съ юридической точки зрѣнія не подлежатъ сомнѣнію. 292

250. Въ томъ же смыслѣ долженъ быть рѣшонъ этотъ вопросъ и по нашему праву. 297

251. Истребленіе плода должно считаться оконченнымъ съ того момента, когда послѣдовала смерть плода 300

269. Возраженія, дѣлаемыя противъ подобнаго подведенія, не имѣютъ достаточныхъ основаній . . . . . стр. 348
270. Мотивы, опредѣляющіе преступниковъ при поединкѣ, не могутъ уничтожить преступности и наказуемости поединка . 353
271. Эти мотивы не могутъ даже служить основаніемъ для выдѣленія умерщвленія на дуэли, изъ общаго родоваго понятія убійства. 358
272. Поводы къ дуэли могутъ вліять только на степень отвѣтственности виновныхъ, и то не въ особенно значительныхъ размѣрахъ 361
273. Ученіе о поединкѣ и его видахъ, какъ объ одномъ изъ преступленій противъ жизни и здоровья 363
274. Мѣры, клонящіяся къ предупрежденію поединка въ Сводѣ Законовъ 367
275. Отвѣтственность за вызовъ и выходъ на поединокъ по нашему дѣйствующему праву. 369
276. Наказуемость дуэли состоявшейся, но окончившейся безъ кровопролитія 374
277. Наказуемость дуэли, сопровождавшейся какимъ либо поврежденіемъ здоровья или смертью 377
278. Отвѣтственность другихъ лицъ, участвующихъ въ дуэли. 382
279. Наказуемость дуэли по воинскому уставу о наказаніяхъ. 387
280. Опредѣленіе самаго понятія дуэли и ея условій . . . 389
281. Особенности системы наказаній, назначаемой за дуэль по нашему Уложенію 394
282. Юридическое значеніе, такъ называемой, американской дуэли 397

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Самоубійство.

283. Самоубійство въ древнемъ мірѣ не считалось преступленіемъ 402
284. Христіанство преслѣдуетъ самоубійство какъ преступленіе и этотъ взглядъ переходитъ въ свѣтскія законодательства, гдѣ и остается до конца XVIII вѣка 404
285. Постановленія о самоубійствѣ нашего права до Петра Великаго и послѣ него 407
286. Самоубійство можетъ быть разсматриваемо въ настоящемъ изслѣдованіи только съ юридической, а не съ религіозной или нравственной точки зрѣнія 412

252. Иначе разрѣшается этотъ вопросъ въ западныхъ кодексахъ, и въ особенности въ нашемъ Уложеніи. 302
253. Теоретическія попытки доказать ненаказуемость покушенія на истребленіе плода несостоятельны 305
254. Постановленія по этому вопросу западныхъ кодексовъ, въ особенности французскаго, и нашего Уложенія 308
255. Приготовленіе къ истребленію плода не наказуемо . . 312
256. Наказуемость истребленія плода, произведеннаго съ согласія самой беременной по взглядамъ теоріи и въ западныхъ кодексахъ 312
257. Постановленія объ этомъ нашего Уложенія. 315
258. Наказуемость истребленія плода, произведеннаго съ согласія беременной. 318
259. Квалифицированные виды этого преступленія 321

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Убійство на дуэли.

260. Поединокъ или поле встрѣчаются у всѣхъ народовъ въ первичныя времена ихъ юридическаго быта, какъ одна изъ формъ суда Божія. 324
261. Въ средніе вѣка дуэль появляется въ формѣ самовольной расправы феодальныхъ владѣльцевъ за посягательство на какія либо ихъ личныя права. 328
262. Репрессивныя мѣры противъ дуэли, признаваемой въ эту эпоху однимъ изъ государственныхъ преступленій 330
263. Безсиліе репрессивныхъ мѣръ противъ дуэли 332
264. Постановленія о дуэли французскаго права послѣ эпохи великой революціи 335
265. Постановленія по этому вопросу нѣмецкихъ кодексовъ. 339
266. Въ наше право постановленія о дуэли были внесены воинскимъ уставомъ 1716 года и окончательно развились подъ вліяніемъ манифеста 1767 года 340
267. Дуэль можетъ быть разсматриваема или на основаніи особеннаго характера самаго дѣйствія или, сообразно съ ея послѣдствіями 344
268. Лишеніе жизни на дуэли заключаетъ въ себѣ всѣ условія, требуемыя теоріею и закономъ для убійства. 346

287. Съ этой стороны самоубійство не можетъ считаться преступленіемъ . . . . . стр. 413
288. Постановленія нашего права о самоубійствѣ оконченномъ. 416
289. Основные элементы состава этого преступленія . . . 418
290. Для наказуемости самоубійства необходима наличность умысла. Вліяніе мотивовъ на наказуемость самоубійства . . . 421
291. Лишеніе христіанскаго погребенія, назначаемое за самоубійство, не состоятельно съ точки зрѣнія уголовнаго права . 422
292. Недѣйствительность посмертныхъ распоряженій самоубійцы составляетъ особенный видъ наказанія, а не гражданскія послѣдствія наказанія 425
293. Эта мѣра, разсматриваемая какъ наказаніе, не выдерживаетъ критики 432
294. Отвѣтственность, назначаемая Уложеніемъ за покушеніе на самоубійство 434
295. Вопросъ объ отвѣтственности соучастниковъ самоубійства зависитъ отъ принятаго закономъ взгляда на самоубійство . . 436
296. Соучастіе въ самоубійствѣ разсматривается и нашимъ правомъ, какъ самостоятельное преступленіе 439
297. Вліяніе мотивовъ, указанныхъ въ ст. 1474-й на отвѣтственность соучастниковъ самоубійства 442
298. Неумышленное вовлеченіе въ самоубійство жестокимъ обращеніемъ и т. п. Анализъ статьи 1476-й 442

ГЛАВА СЕДЬМАЯ.

Объ оставленіи безъ помощи.

299. Оставленіе безъ помощи съ теоретической точки зрѣнія не можетъ составить особаго вида преступленій иротивъ жизни. 447
300. Историческое развитіе ученія объ этомъ преступленіи . 449
301. Различные виды преступныхъ дѣяній, относимые сюда Уложеніемъ. Основные элементы ихъ состава 452
302. Оставленіе безъ помощи ребенка до 7 лѣтъ по Уложенію 456
303. Оставленіе въ опасномъ положеніи малолѣтнихъ, не старѣе 7 лѣтъ, больныхъ и тому подобныхъ лицъ 459
304. Оставленіе проводникомъ провожаемаго и попутчикомъ попутчика 461
305. Неоказаніе помощи погибающему 464
Заключеніе 467