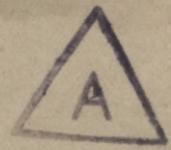


3203/1

524



У/15217

У Ч Е Н І Е
О
ПОКУШЕНІИ на ПРЕСТУПЛЕНІЕ.

А. Н. Круглевекаго.

Профессора Пермскаго университета.

Томъ I.

ПЕТРОГРАДЪ.

Типографія М. П. Фроловой (влад. А. Э. Коллинсъ). Галерная, 6.

1917.

Печатается по распоряженію Юридическаго Факультета Петроградскаго
Университета.

Памяти

моей дорогой сестры

Татьяны Николаевны Круглевской

(† 11 Дек. 1914 г.).

Stamm

aus dem Jahre 1771

Stamm der Familie von ...

1771

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ГЛАВА I.

Юридическая природа предварительной преступной дѣятельности.

| | СТР. |
|---|------|
| § 1. Предварительная преступная дѣятельность и усѣченныя преступленія | 1 |

ГЛАВА II.

Основаніе наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

| | | |
|--|----|---|
| § 2. Ученіе объ основаніяхъ наказуемости покушенія на преступленіе | 15 | ✓ |
| § 3. Ученіе объ основаніяхъ безнаказанности приговорительныхъ къ преступленію дѣйствій | 46 | ✓ |
| § 4. Ученіе объ основаніяхъ безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія | 54 | ✓ |
| § 5. Ученіе объ основаніяхъ нормъ, опредѣляющихъ юридическія послѣдствія негоднаго покушенія | 80 | ✓ |
| § 6. Ученіе объ основаніяхъ нормъ, опредѣляющихъ размѣръ отвѣтственности за покушеніе | 86 | ✓ |

ГЛАВА III.

Историческое развитіе постановленій о наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

| | |
|--|-----|
| § 7. Происхожденіе и историческое развитіе постановленій о наказуемости предварительной преступной дѣятельности | 111 |
| § 8. Отношеніе права раннего средневѣковья къ началу наказуемости предварительной преступной дѣятельности | 131 |
| § 9. Историческое развитіе постановленій итальянскаго права о наказуемости предварительной преступной дѣятельности | 171 |

| | |
|--|-------------|
| ✓ § 10. Историческое развитие постановлений германскаго права о наказуемости предварительной преступной дѣятельности . . . | СТР. 238 |
| § 11. Историческое развитие постановлений французскаго права о наказуемости предварительной преступной дѣятельности . . . | 334 |
| ✓ § 12. Историческое развитие постановлений русскаго права о наказуемости предварительной преступной дѣятельности . . . | 364 |
| § 13. Историческое развитие постановлений римскаго права о наказуемости матеріально неоконченной преступной дѣятельности | 401 |
| § 14. Осложненія въ историческомъ развитіи положеній о наказуемости предварительной преступной дѣятельности. | 413 |

ГЛАВА I

Юридическая природа предварительной преступной дѣятельности

ГЛАВА II

Основаніе наказуемости предварительной преступной дѣятельности

| | |
|--|----|
| § 1. Ученіе объ основаніи наказуемости посяганія на преступленіе | 42 |
| § 2. Ученіе объ основаніи наказуемости преступнаго посяганія на преступленіе | 46 |
| § 3. Ученіе объ основаніи наказуемости преступнаго посяганія на преступленіе | 54 |
| § 4. Ученіе объ основаніи наказуемости преступнаго посяганія на преступленіе | 60 |
| § 5. Ученіе объ основаніи наказуемости преступнаго посяганія на преступленіе | 66 |
| § 6. Ученіе объ основаніи наказуемости преступнаго посяганія на преступленіе | 72 |

ГЛАВА III

Историческое развитіе постановленій о наказуемости предварительной преступной дѣятельности

| | |
|---|-----|
| § 1. Проклѣпаніе въ историческомъ развитіи преступной дѣятельности о наказуемости предварительной преступной дѣятельности | 111 |
| § 2. Основаніе предельнаго срока преступнаго посяганія на преступленіе | 117 |
| § 3. Историческое развитіе постановленій о наказуемости предварительной преступной дѣятельности | 121 |
| § 4. Историческое развитіе постановленій о наказуемости предварительной преступной дѣятельности | 127 |

ГЛАВА I.

Юридическая природа предварительной преступной дѣятельности.

§ 1. Предварительная преступная дѣятельность и усѣченные преступления.

Нормы уголовного права принадлежать къ числу условныхъ или гипотетическихъ правовыхъ нормъ. Опредѣляя существо и объемъ права наказанія, эти нормы ставятъ возникновеніе карательнаго права въ зависимость отъ факта реализаціи людьми извѣстныхъ дѣйствій. Соотвѣтствующія дѣйствія носятъ характеръ условій осуществленія карательныхъ правомочій и извѣстны подъ названіемъ наказуемыхъ дѣяній или преступленій.

Въ виду такого значенія преступленій въ области карательнаго права, опредѣленію существа и видовъ преступныхъ дѣйствій посвящено значительное количество уголовно-юридическихъ нормъ. Опредѣляя содержаніе карательныхъ правомочій, уголовное право даетъ также и точную характеристику тѣхъ дѣйствій, которыя признаются имъ за условія возникновенія карательнаго права. Эти дѣйствія, по своему содержанію, представляются чрезвычайно разнообразными и, въ строеніи отдѣльныхъ признаковъ ихъ, существуетъ цѣлый рядъ различій. Но, въ то время, какъ одни изъ этихъ различій носятъ спеціальныи характеръ и служатъ основаніемъ для отграниченія отдѣльныхъ видовъ преступленій другъ отъ друга, другія имѣютъ общее значеніе, создавая почву для дѣленія преступленій на болѣе общія категоріи. Изученію спеціальныхъ видовъ преступленій посвящена особенная часть науки уголовного права, тогда какъ разсмотрѣніемъ общихъ категорій преступленій занимается общая часть этой науки.

Изученію одного изъ такихъ, имѣющихъ общее значеніе, различій между преступными дѣяніями посвящается и настоящее изслѣдованіе. Его задачу составляетъ изученіе дѣленія преступленій на преступленія оконченныя и преступленія неоконченныя. Для пониманія существа этого дѣленія, необходимо имѣть въ виду слѣдующее.

Уголовное право, опредѣляя область наказуемыхъ дѣяній, даетъ перечисленіе тѣхъ дѣйствій, которыя признаются имъ заслуживающими наказанія. Типы преступленій образуются путемъ выдѣленія извѣстныхъ дѣйствій изъ общей массы правонарушеній и потому, понятіе преступнаго дѣйствія, по содержанію своему, обыкновенно совпадаетъ съ понятіемъ правонарушения. Но, разсмотрѣніе карательныхъ нормъ убѣждаетъ насъ въ томъ, что уголовное право, упоминая о соотвѣтствующей дѣятельности людей, отнюдь не всегда признаетъ осуществленіе всѣхъ признаковъ этой дѣятельности за необходимое условіе отвѣтственности за нее. Анализъ этихъ положеній показываетъ, что уголовное право караетъ преступную дѣятельность не только въ случаѣ успѣшнаго доведенія ея до конца, но иногда и въ случаяхъ неудачной попытки виновнаго выполнить подлежащую дѣятельность. Такъ, уголовное право признаетъ наказуемой дѣятельностью похищеніе чужой и вещи присвоеніе ея. Но, оно подвергаетъ наказанію не только лицо, успѣвшее присвоить похищенную вещь, но и лицо, которое, задумавъ присвоить чужую вещь, успѣло только похитить ее съ этимъ намѣреніемъ. Признавая наказуемымъ дѣяніемъ лишеніе жизни другого человѣка, уголовное право караетъ не только лицо, успѣвшее совершить убійство, но и лицо, сдѣлавшее только попытку реализаціи этой дѣятельности.

Это обстоятельство приводитъ къ появленію различій между составами преступленія и правонарушения. На ряду съ преступными дѣйствіями, совпадающими во всѣхъ своихъ признакахъ съ правонарушениями, возникаетъ категорія преступленій, воплощающихъ въ себѣ только часть признаковъ неправомѣрныхъ дѣйствій. Первую группу дѣйствій—наказуемыя дѣянія, выполняющія всѣ признаки правонарушения—мы будемъ называть материально оконченною преступною дѣятельностью, вторую группу дѣйствій—наказуемыя дѣянія, реализующія только часть призна-

ковъ правонарушенія—матеріально неоконченною преступною дѣятельностью ¹⁾).

Итакъ, условіемъ возникновенія правомочій на примѣненіе наказанія, является не только успѣшная преступная дѣятельность виновнаго, но, иногда, и неуспѣшная преступная дѣятельность его. Но, само собою разумѣется, подобное широкое пониманіе существа условій примѣненія наказанія допустимо не во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда упоминаемая уголовнымъ правомъ дѣятельность можетъ принимать форму какъ удачной, такъ и неудачной дѣятельности. Матеріально неоконченная преступная дѣятельность можетъ быть признана наказуемымъ дѣяніемъ лишь тогда, когда уголовный законъ сдѣлаетъ специальную оговорку, когда законъ признаетъ ее за условіе возникновенія карательныхъ правомочій.

Дѣйствіе человѣка признается за условіе возникновенія карательнаго правомочія въ томъ случаѣ, когда оно отвѣчаетъ признакамъ предусмотрѣннаго закономъ состава преступления. Составъ преступления указываетъ на тѣ признаки, которые почитаются закономъ за необходимые элементы преступления и содержаніе этого состава опредѣляетъ собою юридическую природу дѣйствія, какъ преступления. Дѣйствіе человѣка представляетъ собою особое преступленіе, когда характеристикѣ признаковъ его законъ посвящаетъ особый составъ преступления,—когда законъ считаетъ необходимымъ дать особое опредѣленіе его природы.

¹⁾ Такъ, законъ (уг. ул. 1903, ст. 581) формулируетъ воровство слѣдующимъ образомъ: виновный въ похищеніи, тайно или открыто, чужого движимаго имущества, съ цѣлью присвоенія, за сіе воровство наказуется... Лежащее въ основѣ этого состава правонарушеніе носитъ двуктный характеръ, для выполненія всѣхъ его признаковъ и для усвоенія своему поведенію характера матеріально оконченной дѣятельности, виновный долженъ не только похитить чужую вещь, но и присвоить эту вещь. Однако, законъ признаетъ наказуемымъ не только лицо выполнившее всѣ признаки соотвѣтственной дѣятельности, но и лицо выполнившее только часть ея признаковъ, именно, наказанію подлежитъ по закону и то лицо, которое, задумавъ присвоить чужую вещь, успѣло только похитить ее съ этой цѣлью. Соотвѣтственную дѣятельность, не выполняющую всѣхъ признаковъ предусмотрѣннаго закономъ противоправнаго поведенія, но, тѣмъ не менѣе, признаваемую закономъ за наказуемое дѣяніе, мы будемъ называть матеріально неоконченною преступною дѣятельностью.

Изъ этого видно, что свойства дѣйствія, какъ преступленія, опредѣляются не объективною его природою, а той квалификаціей, которую даетъ ему законъ, возводя его на степень наказуемаго дѣянія. Юридическая природа дѣяній зависитъ отъ свойства предусматривающаго ихъ состава преступленія. Содержание этого состава предрѣшаетъ собою и юридическое значеніе содѣянныхъ виновными актовъ.

Въ виду этого, при разсмотрѣніи юридической природы преступленій представляется необходимымъ указать на тѣ модификаціи, которыя можетъ претерпѣвать составъ преступныхъ дѣяній. Для пониманія существа этого вопроса, необходимо имѣть въ виду, что составъ преступленія представляетъ собою образованное законодателемъ понятіе наказуемаго дѣйствія и, въ качествѣ понятія подобнаго происхожденія, можетъ обладать весьма разнообразнымъ содержаніемъ. Придавая составу преступленія болѣе широкій характеръ, сообщая соотвѣтственному понятію болѣе общее значеніе, законодатель, сокращаетъ число самостоятельныхъ типовъ преступленій; поступая въ обратномъ смыслѣ, онъ расширяетъ число типовъ преступленія.

Принимая во вниманіе эти условія образованія типовъ преступленія, можно заранѣе ожидать, что, сообщая матеріально неоконченной преступной дѣятельности характеръ условія возникновенія карательнаго права, законъ можетъ сдѣлать это въ различныхъ формахъ, т. е. путемъ созданія составовъ преступленія различнаго характера. Такъ, съ одной стороны, законъ можетъ сообщить составу преступленія настолько широкое содержаніе, что онъ обниметъ собою не только матеріально оконченную преступную дѣятельность, но и всю область матеріально неоконченной преступной дѣятельности, начиная съ самыхъ раннихъ стадій ея развитія. Неоконченной преступной дѣятельности въ формально-юридическомъ смыслѣ, въ подобныхъ случаяхъ, вовсе не будетъ на лицо, потому что, въ этихъ случаяхъ, съ уголовно-юридической точки зрѣнія, какъ матеріально оконченная, такъ и матеріально неоконченная дѣятельность явится формально оконченнымъ преступленіемъ одного и того же типа. Съ другой стороны, законъ можетъ разбить матеріально оконченную и матеріально неоконченную преступную дѣятельность на двѣ разныя группы и посвятить каждой изъ нихъ особый составъ преступленія. Неоконченная преступная дѣятельность въ этомъ случаѣ пріобрѣтетъ характеръ само-

стоятельной формы преступления и дѣятельность виновнаго, при выполнении даннаго типа преступлений, въ этомъ случаѣ, будетъ носить различный юридическій характеръ, въ зависимости отъ того, довелъ ли онъ ее до конца или нѣтъ. Только въ первомъ случаѣ, дѣятельность виновнаго будетъ удовлетворять признакамъ формально оконченнаго преступления. Во второмъ случаѣ, она представитъ собою форму особаго преступления—наказуемой неоконченной или предварительной преступной дѣятельности. Наконецъ, право можетъ избрать еще и третью систему наказуемости матеріально неоконченной преступной дѣятельности. Оно можетъ разбить эту дѣятельность на двѣ группы и придать позднимъ стадіямъ развитія матеріально неоконченной дѣятельности одно юридическое значеніе, а раннимъ стадіямъ развитія ея—другое юридическое значеніе. Оно можетъ признать болѣе позднія стадіи развитія матеріально неоконченной дѣятельности за формально оконченное преступленіе и слить ихъ въ одинъ составъ съ матеріально оконченною дѣятельностью, признавъ болѣе раннія стадіи развитія матеріально неоконченной дѣятельности за формально неоконченную дѣятельность и объявивъ ихъ наказуемыми въ качествѣ предварительной преступной дѣятельности.

Изъ этого различія системъ формулировки составовъ наказуемой матеріально неоконченной преступной дѣятельности видно, что, на ряду съ дѣленіемъ преступной дѣятельности на матеріально оконченную и матеріально неоконченную преступную дѣятельность, существуетъ дѣленіе этой дѣятельности на формально оконченную и формально неоконченную преступную дѣятельность. Формально оконченную преступную дѣятельность мы будемъ называть оконченнымъ преступленіемъ или оконченною преступною дѣятельностью, формально неоконченную преступную дѣятельность—неоконченною или предварительною преступною дѣятельностью. Составъ оконченнаго преступления, охватывающій собою, наряду съ матеріально оконченною дѣятельностью и матеріально неоконченную преступную дѣятельность, получилъ въ литературѣ названіе усѣченнаго состава преступления¹⁾. Составъ преступления, охватывающій одну только матеріально оконченную дѣятель-

¹⁾ Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, I. 1902 s. 11 ff.; Круглевскій, Имущественныя преступления, 1913, стр. 43 и сл.; Мокринскій, Медицина въ ея конфликтахъ съ уголовнымъ правомъ, 1914 стр. 45 и сл.

ность, мы будемъ называть матеріальнымъ составомъ преступленія.

Обращаясь къ положительному праву, мы находимъ въ немъ воплощеніе всѣхъ трехъ вышеупомянутыхъ системъ наказуемости матеріально неоконченной преступной дѣятельности. Первая система наказуемости этой дѣятельности, признающая оконченнымъ преступленіемъ не только матеріально оконченную преступную дѣятельность, но такъ же и всѣ стадіи развитія матеріально неоконченной преступной дѣятельности, была въ прежнее время принята правомъ, при опредѣленіи состава государственныхъ преступленій. Въ нашемъ правѣ, эта система еще недавно носила характеръ положенія дѣйствующаго права — ее знало еще уложеніе о наказаніяхъ 1845 г. Согласно ст. 241 ул. оконченнымъ посягательствомъ на особу монарха почиталось всякое злоумышленіе и преступное дѣйствіе противъ жизни, здравія или чести Государя Императора. Вся область матеріально неоконченной преступной дѣятельности квалифицируется здѣсь какъ оконченное преступленіе.

Примѣромъ второй системы наказуемости матеріально неоконченной преступной дѣятельности является система репрессіи этой дѣятельности при убійствѣ. Согласно постановленію современныхъ законодательствъ, оконченнымъ преступленіемъ убійства признается дѣйствіе человѣка, приведшее къ дѣйствительной смерти другого лица. Дѣятельность лица, направленная на лишеніе жизни другого человѣка, но не приведшая къ этому результату, почитается предварительною преступною дѣятельностью. Вся область матеріально неоконченной преступной дѣятельности квалифицируется здѣсь, какъ предварительная преступная дѣятельность.

Наконецъ, положительное право знакомо и съ третьей системою репрессіи матеріально неоконченной преступной дѣятельности, квалифицирующей однѣ стадіи развитія этой дѣятельности какъ оконченное преступленіе, а другія — какъ предварительную преступную дѣятельность. Такъ, уголовное право признаетъ наказуемымъ не только подлинное присвоеніе чужой вещи, но и дѣятельность, направленную на достиженіе этого результата, хотя и не успѣвшую его достигнуть. Но, оконченнымъ преступленіемъ (воровствомъ), законъ признаетъ только такую матеріально неоконченную дѣятельность этого рода, которая выразилась въ формѣ похищенія намѣченной къ присвоенію вещи.

Матеріально неоконченна преступна діяльність, досягнувши якої-либ з стадій розвитку, напр., виразившись тільки в спробі похищення відповідної речі, признається правом за попередню преступну діяльність.

Такимъ образомъ, мы познакомились съ существомъ формъ правовой квалификаціи актовъ матеріально неоконченна преступна діяльності. Съ формально-юридической точки зрѣнія, эта діяльність можетъ представлять собою или оконченное преступленіе или попередню преступную діяльність. Матеріально неоконченна преступна діяльність, в томъ и другомъ случаѣ, обладаетъ совершенно разною юридической природою и, какъ совершенно справедливо было замѣчено, попередняя преступна діяльність обладаетъ совершенно самостоятельнымъ юридическимъ составомъ, принципиально отличнымъ отъ состава оконченна преступленія ¹⁾. Теперь мы должны познакомиться съ юридическимъ значеніемъ различія того и другого типа составовъ преступленія и изслѣдовать различіе уголовно-юридической судьбы неоконченна преступна діяльності в обоихъ случаяхъ.

Изъ предшествующаго изложенія легко заключить, что составы преступленій, приравнивающіе матеріально неоконченную преступную діяльність къ матеріально оконченна преступна

¹⁾ Rosshirt, Geschichte und System des deutschen Strafrechts, III, 1839, s. 315; Cohen, Die Vorbereitung von strafbaren Handlungen nach den Strafgesetzen des Deutschen Reichs, 1894, s. 27; Manzini, Trattato di diritto penale italiano, II, 1908, p. 355, 392. Другого взгляда придерживается Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906. По взгляду этого ученаго, оконченное преступленіе и покушеніе на преступленіе предусматриваются однимъ и тѣмъ же составомъ преступленія, хотя то и другое дѣйствія и осуществляютъ этотъ составъ в различномъ объемѣ. Оконченное преступленіе даетъ болѣе интенсивное осуществленіе состава преступленія, покушеніе—менѣе интенсивное его осуществленіе, но это обстоятельство не можетъ служить основаніемъ для различія типовъ соответствующихъ дѣяній (s. 261, 262). Составъ кражи охватываетъ собою и покушеніе на кражу (s. 287). Отсюда невозможность признанія лица виновнымъ одновременно и в совершеніи кражи известной вещи и в покушеніи на совершеніе этой кражи (s. 289). Но, съ этимъ воззрѣніемъ, невозможно согласиться. Составъ преступленія, какъ было указано выше, опредѣляетъ собою тѣ признаки, которыми должно обладать человѣческое дѣйствіе для того, чтобы играть роль условія возникновенія карательнаго права; онъ указываетъ на совокупность тѣхъ свойствъ, которыя возводятъ дѣйствіе на

дѣтельности и признающіе оба вида преступной дѣтельности за оконченное преступленіе одного и того же типа, обусловливаютъ собою также и тождество юридической судьбы соотвѣтственныхъ видовъ преступной дѣтельности. Признавая матеріально неоконченную преступную дѣтельность за оконченное преступленіе того же типа, что и матеріально оконченная преступная дѣтельность, законъ тѣмъ самымъ предрѣшаетъ и вопросъ объ отвѣтственности виновника соотвѣтствующей неоконченной преступной дѣтельности. Виновный подвергается въ этомъ случаѣ тому же наказанію, что и виновникъ матеріально оконченной преступной дѣтельности и онъ несетъ уголовную отвѣтственность за сдѣланную имъ преступную попытку во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда подвергается наказанію виновникъ матеріально оконченной преступной дѣтельности. Оригинальныя свойства системы репрессіи усѣченныхъ преступленій выражаются не въ тѣхъ ея началахъ, которыя опредѣляютъ собою размѣръ отвѣтственности виновника или неумолимость соотвѣтствующей отвѣтственности, а въ тѣхъ ея положеніяхъ, которыя опредѣляютъ собою содержаніе наказуемой дѣтельности виновнаго.

Какъ было указано выше, усѣченными составами преступленій называются тѣ составы преступленій, которые даютъ понятію оконченнаго преступленія такое широкое опредѣленіе, что

степень преступленія и потому очевидно, что составомъ преступленія охватываются только тѣ дѣйствія, которыя осуществляютъ всѣ предусмотрѣнные имъ признаки. Покушеніе не удовлетворяетъ всѣмъ признакамъ оконченнаго преступленія и поэтому не обнимается составомъ, предусматривающимъ послѣднее дѣяніе и, для установленія наказуемости покушенія, необходимъ особый составъ преступленія. Причина невозможности одновременнаго вмѣненія актовъ оконченной кражи и покушенія на ея совершеніе, заключается не въ единствѣ состава этихъ дѣяній, а въ различіи содержанія ихъ составовъ. Составъ оконченной кражи предполагаетъ, что виновный успѣлъ совершить похищеніе чужой вещи и потому, на основаніи его, не можетъ быть наказано лицо, не успѣвшее совершить этого похищенія. Составъ покушенія на кражу предполагаетъ, что виновный не успѣлъ совершить задуманнаго имъ похищенія чужой вещи и потому на основаніи этого состава, не можетъ быть наказано лицо, уже успѣвшее похитить чужую вещь для присвоенія ея. Ученіе *Beling'a* было бы правильно, если бы онъ отнесъ его не къ составу покушенія на преступленіе, а къ составу усѣченныхъ преступленій. Послѣдній составъ, какъ мы увидимъ, именно и характеризуется тѣмъ, что онъ охватываетъ собою сразу нѣсколько стадій развитія преступной дѣтельности.

оно охватывает собою не только оконченную преступную дѣятельность даннаго вида, но и неоконченную дѣятельность соотвѣтствующей категоріи. И вотъ, обращаясь къ разсмотрѣнію объема той матеріально неоконченной преступной дѣятельности, которая приравнивается къ оконченному преступному дѣянію, мы убѣждаемся въ томъ, что этотъ объемъ является въ разныхъ случаяхъ различнымъ и, что, въ зависимости отъ величины его, подлежащіе составы преступленій могутъ быть раздѣлены на четыре группы. Наиболѣе широко очерчиваетъ область наказуемой неоконченной преступной дѣятельности та форма составовъ усѣченныхъ преступленій, которая объявляетъ наказуемой не только оконченную преступную дѣятельность, но и попытку ея совершенія, приготовленіе къ ея совершенію и даже принятіе рѣшенія совершить ее. Такимъ составомъ въ прежнее время повсемѣстно отличались нѣкоторые виды государственныхъ преступленій, при которыхъ, напр., даже голый умыселъ совершить преступленіе означалъ собою оконченное преступленіе.

Слѣдующая, въ порядкѣ убывающей прогрессіи объема области наказуемаго поведенія, форма усѣченныхъ преступленій находитъ себѣ выраженіе въ составахъ тѣхъ преступленій, которыя считаются оконченными не только въ случаѣ окончанія виновнымъ своей дѣятельности, но и въ случаѣ попытки его совершить ее или приготовленія его къ ея совершенію. Такъ, напр., франц. ул. 1810 г., подъ понятіе посягательства на жизнь императора подводило не только подлинное лишеніе жизни монарха, но и всякое дѣяніе, которое было совершено или предпринято съ намѣреніемъ обезпечить совершеніе подлежащаго преступленія (а. 88).

Третьей формой разсматриваемыхъ преступленій являются тѣ составы, которые относятся къ области оконченнаго преступленія, на ряду съ оконченнымъ дѣяніемъ извѣстнаго типа, и всякую попытку совершенія его. Таковъ, напр., составъ нѣкоторыхъ государственныхъ преступленій по нашему дѣйствующему праву. Относя къ области бунта противъ верховной власти, посягательство на неприкосновенность особы монарха, угол. ул. оговаривается, что посягательствомъ признается какъ совершеніе сего тяжкаго преступленія, такъ и покушеніе на оное (ст. 99).

Наконецъ, четвертымъ типомъ разсматриваемыхъ преступленій являются тѣ преступленія къ составу которыхъ относятся,

кромѣ матеріально оконченной преступной дѣятельности, лишь нѣкоторые особые случаи матеріально неоконченной дѣятельности. Эта форма отличается отъ предшествующей формы преступленій тѣмъ, что охватываетъ собою не всякую попытку совершенія преступнаго дѣйствія, не всякое частичное осуществленіе предусмотрѣннаго закономъ дѣянія, а только квалифицированныя попытки совершенія его. Признаніе преступленія оконченнымъ предполагаетъ, что виновный осуществилъ болѣе или менѣе значительную часть состава преступленія. Составы такого типа встрѣчаются какъ при одноактныхъ, такъ двуактныхъ преступленіяхъ. Усѣченный составъ этого рода, при одноактномъ преступленіи, какъ справедливо замѣчено въ наукѣ, очень часто приближается къ фигурѣ оконченнаго покушенія на наказуемое правонарушеніе ¹⁾ (не придавая этому выраженію технического значенія). Таковъ, напр. составъ преступленія, предусмотрѣннаго § 288 герм. ул., карающимъ сокрытіе должникомъ своего имущества съ цѣлью лишить кредиторовъ удовлетворенія, при произведеніи ими принудительнаго взысканія долга. При двуактныхъ преступленіяхъ, усѣченный составъ этого рода обыкновенно принимаетъ такую форму, что для выполненія его оказывается достаточнымъ совершить одно изъ упоминаемыхъ закономъ дѣйствій съ цѣлью послѣдующей реализаціи второго. Таковъ, напр. современный составъ воровства, предполагающій похищеніе чужого движимаго имущества съ цѣлью присвоенія (угол. ул. ст. 581).

Обращаясь къ рассмотрѣнію тѣхъ приемовъ опредѣленія юридической судьбы матеріально неоконченной преступной дѣятельности, которые усвоены второй системою репрессіи этой дѣятельности, мы замѣчаемъ, что составы предварительной преступной дѣятельности представляются несравненно болѣе оригинальными, нежели усѣченные составы преступленій. Опредѣляя наказуемость этой дѣятельности, эти составы самостоятельно опредѣляютъ не только существо наказуемой неоконченной дѣятельности, но и размѣръ отвѣтственности за эту дѣятельность, равно какъ и степень неумолимости подлежащей отвѣтственности. Юридическая судьба матеріально неоконченной преступной дѣятельности несравненно болѣе отличается отъ судьбы матеріально оконченной преступной дѣятельности въ томъ слу-

¹⁾ Binding, Lehrbuch, I, s. 11.

чаѣ, когда законъ усваиваетъ неоконченной дѣятельности характеръ предварительной преступной дѣятельности, чѣмъ когда онъ приравниваетъ ее къ оконченному преступленію.

Что касается, прежде всего, началъ опредѣленія существа предварительной преступной дѣятельности, то, въ этихъ случаяхъ, право, въ противоположность тому приему формулировки, котораго оно придерживается при образованіи составовъ усѣченныхъ преступленій, рѣзко отличаетъ неоконченную преступную дѣятельность отъ дѣятельности оконченной. Понятіе предварительной преступной дѣятельности предполагаетъ, что виновный не успѣлъ довести свою дѣятельность до конца и предварительная дѣятельность ни въ коемъ случаѣ не можетъ сливаться въ одинъ составъ съ оконченнымъ преступнымъ дѣяніемъ. Но, на ряду съ этимъ отрицательнымъ признакомъ, право указываетъ и на положительные признаки внѣшней стороны предварительной дѣятельности, совокупность которыхъ и опредѣляетъ собою юридическую природу послѣдней.

Юридическая природа предварительной преступной дѣятельности опредѣляется правомъ въ разныя историческія эпохи различнымъ образомъ. Изученіе правовыхъ системъ убѣждаетъ насъ въ томъ, что, обыкновенно, право объявляетъ наказуемою не только ту предварительную дѣятельность, которая представляетъ собою частичное осуществленіе состава оконченнаго преступленія, но и ту предварительную дѣятельность, которая выражается въ приготовленіи къ осуществленію преступленія. Но форма тѣхъ составовъ преступленія, которые создаются правомъ для подлежащихъ видовъ предварительной дѣятельности оказывается въ разныя эпохи исторіи права существенно различною. Установляя наказуемость предварительной дѣятельности, право создавало составы преступленій троякаго рода. Первый и наиболѣе старый приемъ рѣшенія этого вопроса заключается въ томъ, что право объединяетъ всѣ акты предварительной преступной дѣятельности въ одинъ общій составъ преступленія, подъ названіемъ покушенія на преступленіе. Наказуемая предварительная дѣятельность и покушеніе на преступленіе представляются, при этомъ, понятіями тождественными. Если покушеніе въ этомъ смыслѣ и не объемлетъ собою принятія рѣшенія совершить преступленіе, то оно обнимаетъ собою не только неудачную попытку совершить преступленіе, но и приготовленіе къ преступленію.

Второй, болѣе новый приемъ, рѣшенія этого вопроса, состоитъ въ томъ, что право, въ видахъ установленія наказуемости предварительной дѣятельности, разбиваетъ ее на двѣ части, отводя для каждой изъ нихъ особый составъ. Одинъ изъ этихъ составовъ объемлетъ собою ту область предварительной дѣятельности, которая выражается въ формѣ приготовления къ совершенію преступленія. Этотъ видъ предварительной преступной дѣятельности получаетъ значеніе приготовления къ преступленію, какъ особой формы преступности, и признается наказуемымъ лишь въ особыхъ исключительныхъ случаяхъ. Другой составъ обнимаетъ собою ту область предварительной преступной дѣятельности, которая выражается въ видѣ неудачной попытки совершить преступленіе, въ видѣ частичнаго осуществленія состава его. Этотъ видъ предварительной преступной дѣятельности получаетъ значеніе покушенія на преступленіе и признается наказуемымъ въ видѣ общаго правила.

Наконецъ, существуетъ еще и третья система опредѣленія содержанія предварительной преступной дѣятельности. Нѣкоторые законодательства новаго времени (напр. французское право) признаютъ существованіе одной только формы предварительной дѣятельности—покушенія на преступленіе,—опредѣляя его, какъ дѣйствіе, начинающее выполненіе состава преступнаго дѣянія.

Выдѣляя акты неоконченной преступной дѣятельности въ самостоятельный составъ преступленія, разсматриваемая система самостоятельно опредѣляетъ и наказуемость этой дѣятельности. Наказуемость предварительной дѣятельности опредѣляется специальными правовыми положеніями и, хотя эта наказуемость и можетъ иногда быть вполне тождественною съ наказуемостью оконченныхъ преступленій, но она обладаетъ совершенно самостоятельнымъ юридическимъ основаніемъ. Равнымъ образомъ, совершенно самостоятельно опредѣляется правомъ и степень неумолимости наказуемости предварительной дѣятельности. Сохраняя, по отношенію къ этой дѣятельности, дѣйствіе всѣхъ положеній, опредѣляющихъ кругъ случаевъ отпаденія ответственности за оконченныя преступныя дѣянія, право обыкновенно дополняетъ перечень этихъ положеній указаніемъ специальныхъ основаній безнаказанности предварительной дѣятельности (напр., начало безнаказанности покушенія въ случаѣ добровольнаго отказа виновнаго отъ доведенія своего преступленія до конца и др.).

Таково существо юридической природы материально неоконченной преступной дѣятельности въ томъ случаѣ, когда эта дѣятельность признается правомъ за оконченное преступленіе и въ томъ случаѣ, когда она признается за предварительную преступную дѣятельность. Что касается третьей системы квалификаціи этой дѣятельности, системы признанія раннихъ стадій развитія ея за предварительную дѣятельность, а позднихъ стадій развитія ея—за оконченное преступленіе, то прямого выраженія въ правѣ она себѣ не находитъ. Примѣненіе этой системы, со стороны права, находитъ себѣ выраженіе въ допущеніи репрессіи предварительной дѣятельности не только при преступленіяхъ, воплощающихъ въ себѣ одну только материально оконченную преступную дѣятельность, но и при преступленіяхъ съ усѣченнымъ составомъ. При этомъ, наличность соответствующаго приѣма права можетъ быть установлена лишь при помощи спеціальнаго догматическаго изслѣдованія, направленаго на опредѣленіе возможности комбинированнаго дѣйствія подлежащихъ системъ. При этомъ, рѣшеніе соответственнаго вопроса стоитъ въ зависимости отъ объема той материально неоконченной дѣятельности, которая подводится правомъ подъ понятіе оконченнаго преступленія. Если право относить къ составу оконченнаго преступленія всю ту область материально неоконченной дѣятельности, которая признается имъ заслуживающею наказанія, то, конечно, о совмѣстномъ дѣйствіи обѣихъ системъ репрессіи подлежащей дѣятельности не можетъ быть рѣчи. Если же право къ составу оконченнаго преступленія относитъ не всю наказуемую материально неоконченную дѣятельность, а только нѣкоторыя, позднія, стадіи развитія ея, то совмѣстное дѣйствіе соответствующихъ системъ оказывается возможнымъ.

Въ предшествующемъ изложеніи, мы познакомились съ характерными особенностями состава предварительной преступной дѣятельности и состава усѣченныхъ преступленій. Съ этимъ различіемъ въ существѣ наказуемой дѣятельности, въ томъ и другомъ случаѣ, связано и различіе въ объемѣ сферы распространенія соответствующихъ системъ квалификаціи подлежащаго типа дѣятельности. Приѣмъ объединенія материально неоконченной и материально оконченной преступной дѣятельности въ общемъ составѣ оконченнаго преступленія примѣняется правомъ лишь при отдѣльныхъ преступленіяхъ; примѣненіе этого приѣма

предполагаетъ соотвѣтственную правовую переработку состава преступления. Отсюда и изученіе этой формы наказуемости матеріально неоконченной преступной дѣятельности возможно лишь въ связи съ разсмотрѣніемъ составовъ отдѣльныхъ преступленій. Напротивъ, второй приѣмъ установленія наказуемости этихъ дѣйствій отличается болѣе широкою областью своего примѣненія. Право устанавливаетъ наказуемость предварительной преступной дѣятельности по отношенію ко всѣмъ или ко многимъ преступленіямъ и, характеризуя эту дѣятельность, право прибѣгаетъ къ формуламъ, опредѣляющимъ существо ея черезъ посредство указанія общаго отношенія ея къ формально оконченной преступной дѣятельности. Въ силу этого, эта дѣятельность становится юридически возможною не только при преступленіяхъ съ матеріальнымъ составомъ, но и при преступленіяхъ съ усѣченнымъ составомъ. Въ виду такого различія въ области распространенія тѣхъ и другихъ юридическихъ категорій, онѣ разсматриваются различными отдѣлами нашей науки. Изученіе составовъ усѣченныхъ преступленій относится къ особенной части науки уголовного права, а изученіе состава предварительной преступной дѣятельности къ общей части этой науки.

Послѣдующее изложеніе посвящается изслѣдованію существа нормъ, опредѣляющихъ наказуемость предварительной преступной дѣятельности. Выясненіе существа составовъ усѣченныхъ преступленій здѣсь было необходимо лишь для точнаго опредѣленія юридической природы интересующаго насъ вида дѣятельности. Къ этимъ составамъ преступленій, намъ придется неоднократно обращаться и впослѣдствіи, при разрѣшеніи отдѣльныхъ вопросовъ избранной нами темы изслѣдованія.

ГЛАВА II.

Основаніе наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

§ 2. Ученіе объ основаніяхъ наказуемости покушенія на преступленіе.

Существенное значеніе права въ человѣческой жизни состоитъ въ томъ, что нормы права управляютъ человѣческимъ поведеніемъ, побуждаютъ людей къ совершенію однихъ дѣйствій или къ воздержанію отъ другихъ. Опредѣляя свойства и признаки дозволенныхъ и запретныхъ поступковъ, право создаетъ типъ извѣстнаго, соотвѣтствующаго праву, поведенія и прививаетъ обществу привычку почитать подлежащее поведеніе за нѣчто правомѣрное само по себѣ. Обязательность сообразованія съ этимъ поведеніемъ становится въ глазахъ людей самоочевидною и, въ обоснованіи этой обязательности, въ приведеніи въ пользу ея какихъ либо доказательствъ, не имѣется нужды. Но, въ извѣстныхъ случаяхъ, при наличности опредѣленныхъ условий, право отступаетъ отъ обычныхъ своихъ пріемовъ опредѣленія содержанія обязательнаго поведенія. Оно признаетъ иногда обязательнымъ не то поведеніе, которое люди привыкли считать соотвѣтствующимъ праву, а иные, отличные отъ него, поступки. Обязательность подобнаго поведенія, для общественнаго сознанія, уже не представляется самоочевидною и, для установленія этическаго характера соотвѣтствующихъ нормъ, оказываются необходимыми спеціальныя доказательства. Это обстоятельство порождаетъ особую группу правовыхъ ученій, могущихъ быть названными ученіями объ этическихъ основаніяхъ юридическихъ нормъ.

Въ предыдущемъ изложеніи, мы убѣдились въ томъ, что характерною чертою состава предварительной преступной дѣя-

тельности является фактъ отсутствія въ немъ нѣкоторыхъ элементовъ состава оконченнаго преступленія. Уголовное право, опредѣляя область преступныхъ дѣяній, вырабатываетъ типы тѣхъ дѣйствій, которыя почитаются имъ наказуемыми и признаетъ условіемъ наказуемости дѣйствій соотвѣтствіе ихъ установленнымъ имъ типамъ преступленій. Объявляя наказуемой предварительную преступную дѣятельность, право отступаетъ отъ этого своего приѣма и подвергаетъ наказанію дѣйствія, не удовлетворяющія всѣмъ признакамъ установленныхъ имъ типовъ преступленій. Это обстоятельство должно было неизбѣжно возбудить вопросъ объ этическихъ основаніяхъ отступленія права отъ обычныхъ своихъ приѣмовъ опредѣленія области преступленія и породить ученіе объ этическихъ основаніяхъ наказуемости покушенія.

И дѣйствительно, изученіе литературы уголовного права знакомитъ насъ съ многочисленными попытками разрѣшенія вопроса объ этическихъ основаніяхъ наказуемости предварительной преступной дѣятельности. Возникновеніе этихъ ученій относится къ концу XVIII и началу XIX вѣковъ, т. е. къ тому времени, когда составъ преступленія получилъ особенно важное юридическое значеніе, въ виду провозглашенія начала: nullum crimen sine lege, когда была признана недопустимость примѣненія наказаній къ дѣйствіямъ, не отвѣчающимъ предусмотрѣнному закономъ составу преступленія и потому особенно рѣзко стали замѣтны случаи уклоненія права отъ этого начала. Но и въ настоящее время этотъ вопросъ привлекаетъ къ себѣ вниманіе науки уголовного права и оживленно обсуждается криминалистами.

При разрѣшеніи этого вопроса, криминалисты прибѣгаютъ къ доказательствамъ двоякаго рода. По мнѣнію однихъ ученыхъ, наказуемость предварительной преступной дѣятельности носитъ этической характеръ, потому, что эта дѣятельность заключаетъ въ себѣ всѣ тѣ свойства, которыя опредѣляютъ собою наказуемость оконченныхъ преступленій. Установляя наказуемость предварительной преступной дѣятельности, право, по ихъ мнѣнію, совершаетъ только кажущееся отступленіе отъ обычныхъ своихъ принциповъ опредѣленія области преступленій, такъ какъ изслѣдованіе существа соотвѣтственной дѣятельности показываетъ, что она заключаетъ въ себѣ всѣ тѣ элементы, которые обусловливаютъ собою наказуемость оконченныхъ преступленій. Въ

виду того, что эти учения обосновываютъ наказуемость предварительной дѣятельности ссылкой на фактъ обладанія ею тѣми признаками, которые почитаются правомъ за основаніе наказуемости дѣяній, они могутъ быть названы ученіями о правовыхъ основаніяхъ наказуемости предварительной преступной дѣятельности. По мнѣнію другихъ ученыхъ, начало наказуемости предварительной преступной дѣятельности не можетъ быть выведено изъ тѣхъ началъ, которыя оправдываютъ собою наказуемость оконченныхъ преступленій. Устанавливая наказуемость этой дѣятельности, право руководится не тѣми правнополитическими началами, которыя опредѣляютъ собою репрессію оконченныхъ преступленій, а специальными правнополитическими соображеніями. Это ученіе, обосновывающее этическій характеръ начала наказуемости предварительной дѣятельности указаніемъ на то, что это начало является воплощеніемъ самостоятельнаго правнополитическаго принципа, можетъ быть названо ученіемъ о политическихъ основаніяхъ наказуемости предварительной дѣятельности.

Такимъ образомъ, особенности состава предварительной дѣятельности вызвали въ наукѣ уголовного права рядъ попытокъ обоснованія ея наказуемости. Но, въ виду того, что ученія эти появились и развились лишь въ XIX столѣтіи, когда область наказуемой предварительной дѣятельности ограничивалась, по общему правилу, одними случаями частичнаго осуществленія преступнаго умысла и лишь рѣдко захватывала собою приготовительныя къ преступленію дѣйствія, то они ставятъ себѣ задачу не обоснованіе наказуемости всякой вообще предварительной преступной дѣятельности, а обоснованіе наказуемости неоконченной преступной дѣятельности въ современномъ ея видѣ. Большинство криминалистовъ прилагаетъ столько же труда для обоснованія наказуемости покушенія на преступленіе, сколько и для обоснованія безнаказанности приготовительныхъ къ преступленію дѣйствій.

Обращаясь къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ попытокъ обоснованія наказуемости покушенія на правовыхъ началахъ, мы встрѣчаемся здѣсь съ различными ученіями.

Основаніе наказуемости покушенія, по воззрѣнію однихъ представителей этого направленія, состоитъ въ томъ, что покушеніе, хотя и не вполнѣ, но все же объективируетъ преступную волю, и вслѣдствіе этого является преступнымъ дѣй-

ствіемъ ¹⁾). Покушеніе является само по себѣ преступнымъ дѣяніемъ и подлежитъ наказанію, въ качествѣ такового. Нельзя утверждать, что покушенію недостаетъ необходимаго для состава преступления момента. Въ покушеніи недостаетъ полного осуществленія одного изъ подлежащихъ моментовъ, но онъ самъ имѣется на лицо ²⁾). Дѣяніе виновнаго преступно, коль скоро оно воплотило въ себѣ противорѣчіе воли виновнаго правовой нормѣ. Это воплощеніе находитъ себѣ преступная воля, при учиненіи виновнымъ покушенія на преступленіе, хотя въ этомъ случаѣ и нельзя говорить объ ея осуществленіи ³⁾).

Эта попытка обоснованія наказуемости покушенія уже нашла себѣ отрицательную оцѣнку въ наукѣ уголовного права. Такъ, было замѣчено, что авторы ея исходятъ изъ неправильнаго пониманія существа покушенія ⁴⁾, что они исходятъ изъ метафизическаго пониманія существа преступления, не соотвѣтствующаго возрѣніямъ положительнаго права ⁵⁾. И дѣйствительно, тотъ пріемъ, посредствомъ котораго это ученіе стремится установить тождество покушенія съ оконченнымъ преступленіемъ не можетъ быть признанъ правильнымъ. Защитники вышеприведеннаго взгляда утверждаютъ, что покушеніе подлежитъ наказанію, въ силу соотвѣтствія его идеѣ преступнаго дѣянія и наказуемость покушенія оправдывается тѣмъ, что покушеніе удовлетворяетъ признакамъ объективированія преступной воли. Но, подъ объективированіемъ воли можно разумѣть только воплощеніе содержанія воли въ дѣйствіи, которое имѣется налицо только въ случаѣ полного осуществленія виновнымъ своего преступнаго умысла ⁶⁾; оно отсутствуетъ при покушеніи на преступленіе. Съ другой

¹⁾ Köstlin, System des deutschen Strafrechts, I, 1855, s. 246; Bister, Der untaugliche Versuch im allgemeinen und ein besonderer Fall desselben, Betrugsversuch durch Täuschung über eine gesetzwidrige oder unsittliche Leistung, 1909, s. 33; Баршевъ, Общія начала теоріи и законодательства о преступленіяхъ и наказаніяхъ, II, 1841, стр. 137; Ратовскій, О покушеніи на преступленіе, 1842, стр. 18, 19.

²⁾ Hälschner, System des preussischen Strafrechts, I, 1858, s. 208; Орловъ, О покушеніи на преступленіе по началамъ права и современнымъ законодательствамъ, 1868, стр. 79, 80.

³⁾ Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, I, 1881, s. 352, 353.

⁴⁾ Колоколовъ, Къ ученію о покушеніи, 1884, стр. 130.

⁵⁾ Мокринскій, Наказаніе, его цѣли и предположенія, II, 1902, стр. 230.

⁶⁾ Cohn, Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen I, 1880, s. 369, 370.

стороны, представляется совершенно произвольнымъ утверждение, что наказуемость дѣйствій обусловливается фактомъ объективирования въ нихъ преступнаго умысла. Неосторожныя преступления, несомнѣнно, не даютъ намъ картины объективирования преступнаго умысла, но, несмотря на это, они признаются наказуемыми со стороны уголовного права. <

Другіе криминалисты усматриваютъ основаніе наказуемости покушенія не въ томъ, что это дѣяніе обнаруживаетъ определеннымъ способомъ волю виновнаго, а въ томъ, что оно является продуктомъ той же преступной воли, что и оконченное преступленіе. Общее основаніе наказуемости покушенія заключается въ противозаконномъ намѣреніи, которое выражается во внѣшнемъ дѣйствіи, предпринимаемомъ съ цѣлью совершенія преступленія. Предметомъ уголовной кары вообще служить злая воля преступника, проявляющаяся въ томъ или другомъ дѣйствіи ¹⁾ Задачею уголовного права является борьба съ непокорною волею преступниковъ, совершенно безотносительно къ тому успѣли ли они довести предпринятое дѣяніе до конца или нѣтъ ²⁾. Основаніемъ наказуемости дѣяній является наличность преступной воли, которая характеризуетъ собою нравственную виновность и которая создаетъ опасеніе за будущее ³⁾. Основаніе наказуемости покушенія заключается въ необходимости противодѣйствія, породившей это дѣяніе злой волѣ ⁴⁾.

Такимъ образомъ, всѣ эти ученія стремятся обосновать наказуемость покушенія указаніемъ на то, что это дѣйствіе, также какъ и оконченное преступленіе, порождается определенной преступною волею. Если законодатель караетъ оконченное преступленіе, которое является продуктомъ преступной воли, то онъ долженъ наказывать и покушеніе, которое обязано происхожденіемъ тому же психическому явленію. Однако, въ

¹⁾ Рудинскій, О покушеніи съ негодными средствами, Юрид. Вѣстн. 1877, № 7—8, стр. 171, 172.

²⁾ Prins, Science pénale et droit positif, 1899, p. 147.

³⁾ Gallet, La notion de la tentative punissable, 1899, p. 31, 32, 202.

⁴⁾ Calon, Etude sur la tentative des crimes impossibles, 1907, p. 52, 54, 57, 59; Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, 1902, s. 53; E. v. Liszt, Zur Lehre vom Versuch, Z, XXV, 1905, s. 36; Redslob, Versuch und Vorbereitung, 1908, s. 144, 145; Garraud, Dans quelle mesure faut-il attacher plus d'importance aux facteurs psychiques qu'aux effets matériels? Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung, X, 1902 p. 102.

такой общей формѣ это положеніе не можетъ быть подвергнуто правильной оцѣнкѣ и, при критикѣ вышеуказаннаго ученія, необходимо различать три возможныхъ пониманія существа вышеприведенныхъ утвержденій.

Во первыхъ, фактъ реализаціи дѣйствія подъ вліяніемъ преступной воли, можетъ быть признаваемъ за основаніе наказуемости соотвѣтственнаго дѣйствія потому, что наличность подобной воли почитается за факторъ, обусловливающей собою дѣйствіе воздающей карательной дѣятельности государства. Воздавая людямъ за ихъ дѣянія, право караетъ ихъ въ сущности не за внѣшнюю сторону, а за внутреннюю сторону ихъ дѣйствія за одухотворявшую ихъ, при этомъ, преступную волю. Но, подобное пониманіе существа началъ карательной дѣятельности было бы неправильно. Если даже и усматривать смыслъ карательной дѣятельности единственно въ возмездіи, въ причиненіи зла за зло, то нельзя признать, что законъ почитаетъ преступную волю за единственное основаніе примѣненія наказанія. Согласно началамъ современнаго права, для наказуемости чловѣка недостаточно, чтобы онъ принялъ рѣшеніе совершить преступленіе, а необходимо, сверхъ сего, чтобы онъ совершилъ попытку осуществить это рѣшеніе. При этомъ, внѣшняя сторона преступленія не только оказывается необходимымъ условіемъ примѣненія наказанія, но свойства ея иногда даже оказываютъ вліяніе на размѣръ уголовной отвѣтственности, такъ что большая или меньшая отвѣтственность виновнаго зависитъ исключительно отъ случайныхъ различій въ строеніи внѣшней стороны его дѣйствія (квалифицированныя по послѣдствію преступленія) и примѣненіе соотвѣтствующихъ элементовъ наказанія оказывается обязаннымъ однимъ только внѣшнимъ свойствамъ чловѣческаго дѣйствія.

Во-вторыхъ, преступная воля можетъ быть разсматриваема какъ предметъ предупредительно - мотивационныхъ воздѣйствій карательнаго права и наличность ея признаваться за достаточное основаніе примѣненія наказанія потому, что преступная воля, въ качествѣ фактора чловѣческаго поведенія, является одинаковой какъ въ случаѣ удачнаго совершенія виновнымъ преступленія, такъ и въ случаѣ неудачной попытки реализаціи его. Но и это пониманіе юридическаго значенія преступной воли не приводитъ насъ къ познанію основанія наказуемости покушенія. Разсматриваемая, какъ предметъ борьбы и противодѣйствія со сто-

роны уголовного права, преступная воля должна быть принимаема въ тотъ моментъ своего развитія, въ который она является способной поддаваться воздѣйствію исходящихъ отъ уголовного права мотивовъ. Такой стадіей развитія преступной воли является моментъ ея образованія, моментъ существованія ея въ качествѣ, не получившаго еще реализаціи, желанія. Существо борьбы уголовного права съ преступными мотивами заключается въ противодѣйствіи ихъ реализаціи путемъ поставленія виновному на видъ невыгодныхъ послѣдствій соотвѣтствующей реализаціи. Уголовное право, противодѣйствуя влеченіямъ людей, связываетъ наказаніе съ наступленіемъ того результата дѣятельности виновнаго, который вдохновляетъ виновнаго при приступѣ къ соотвѣтственной дѣятельности. Оно старается внушить виновному убѣжденіе, что для него можетъ оказаться чрезвычайно невыгоднымъ исполненіе его желанія.

Изъ этихъ разсужденій видно, что тождество преступной воли при покушеніи и оконченномъ преступленіи никоимъ образомъ не можетъ служить оправданіемъ наказуемости покушенія. Хотя преступныя влеченія виновнаго, въ томъ или другомъ случаѣ, и оказываются одинаковыми, но нормы права, карающія оконченное преступленіе и покушеніе, не могутъ служить выразительницами однихъ и тѣхъ же политическихъ принциповъ. Нормы права, карающія оконченное преступленіе, оказываютъ непосредственное противодѣйствіе преступной волѣ и ставятъ виновному на видъ невыгодныя послѣдствія наступленія желательнаго для него результата, причемъ онѣ оказываютъ это противодѣйствіе преступной волѣ какъ въ томъ случаѣ, когда преступнымъ влеченіямъ виновнаго суждено реализоваться, такъ и въ томъ случаѣ, когда этой реализаціи имъ не суждено получить. Нормы права, карающія покушеніе, прямого противодѣйствія этимъ влеченіямъ оказать не могутъ, такъ какъ онѣ устанавливаютъ наказуемость такихъ дѣяній, совершенія которыхъ виновный вовсе не имѣлъ въ виду. Репрессія покушенія поэтому неизбѣжно должна опредѣляться иными принципами, нежели наказуемость оконченныхъ преступленій.

Наконецъ, тождество преступной воли въ составѣ оконченнаго преступленія и покушенія можетъ быть принимаемо за доказательство равной опасности характера преступника для общественной жизни въ обоихъ случаяхъ. Если законодатель караетъ оконченное преступленіе потому, что это дѣяніе свидѣтельствуетъ

объ соціальной опасности индивида, то по тому же основанію онъ долженъ наказывать и покушеніе, такъ какъ это дѣяніе свидѣтельствуетъ о такой же опасности виновнаго. Это пониманіе основанія наказуемости покушенія, предполагающее справедливость началъ спеціального предупрежденія преступленій, раздѣляетъ всѣ недостатки этого взгляда. Наказуемость виновнаго не можетъ быть основана на опасности его личности, потому что подобная опасность вовсе не признается современнымъ правомъ за основаніе наказуемости преступленій. Сверхъ сего, совершенно неправильно думать, что попытка совершенія преступленія всегда служитъ доказательствомъ опасности личности преступника.

3 Согласно дальнѣйшему взгляду, наказуемость покушенія объясняется тѣмъ, что это дѣяніе включаетъ въ себѣ всѣ тѣ признаки, которые обусловливаютъ собою противоправность оконченныхъ преступленій. Если мы наказываемъ преступленія за то, что они нарушаютъ правовыя нормы, разсуждаютъ представители этого взгляда, то мы должны карать и покушенія, такъ какъ эти дѣянія нарушаютъ тѣ же нормы, что и оконченныя преступленія. Каждый составъ преступленія представляетъ собою нарушеніе запрета или велѣнія. Но подлежащія нормы предусматриваютъ не причиненіе результатовъ, а поведеніе, направленное на ихъ созданіе; норма права запрещаетъ не воспроизведеніе результатовъ, а совершеніе тѣхъ дѣйствій, отъ которыхъ ожидается наступленіе подлежащихъ результатовъ, ибо непосредственно люди не могутъ этихъ результатовъ воспроизводить. Но, если содержаніе нормы состоитъ въ запрещеніи попытокъ выполненія преступленій, то, очевидно, что съ момента совершенія виновнымъ того дѣйствія, отъ котораго онъ ожидаетъ наступленія результата, оканчивается и нарушеніе нормы и съ этого момента становится естественнымъ и примѣненіе наказанія, представляющаго собою санкціи этой нормы ¹⁾.

Итакъ, по этому возрѣнію, покушеніе наказуемо потому, что оно противоправно, а противоправно оно потому, что покушеніе только и представляетъ собою предметъ запрета со стороны юр. нормъ. Но аналогичное основаніе наказуемости покушенія отстаиваютъ также и тѣ изъ криминалистовъ, которые не раздѣляютъ вышеприведеннаго взгляда на существо юр. нормъ.

¹⁾ Herzog, Rücktritt vom Versuch und Thätige Reue, 1889, s. 168—171.

Начало наказуемости покушенія выводится изъ противоправности этого дѣянiя также и тѣми учеными, которые считаютъ покушенiе противоправнымъ не потому, что покушенiе представляетъ собою единственный предметъ запрета правовыхъ нормъ, а потому, что норма, запрещающая совершенiе преступленiй, заключаетъ въ себѣ также и запретъ покушенiя на нихъ ¹⁾.

Разсматривая область неправды, изучая отдѣльные случаи правонарушенiй, по воззрѣнiю изложеннаго ученiя, можно замѣтить, что право связываетъ наказанiе отнюдь не со всѣми случаями нарушенiя права, а только съ нѣкоторыми изъ нихъ. Только нарушенiе нѣкоторыхъ нормъ права признается наказуемымъ со стороны права. Но, разъ нарушенiе извѣстной нормы способно влечь за собою наказанiе, то оно способно влечь его за собою во всѣхъ случаяхъ, безразлично, выразилось ли подлежащее правонарушенiе въ формѣ оконченнаго преступленiя или покушенiя на преступленiе.

Съ этимъ воззрѣнiемъ нельзя согласиться. Наказуемость дѣянiя отнюдь не опредѣляется одними свойствами нарушаемой имъ правовой нормы. Имѣется цѣлый рядъ нормъ, нарушенiе которыхъ наказывается далеко не во всемъ своемъ объемѣ. Такъ, напр., нарушенiе нормъ имущественнаго права карается лишь въ томъ случаѣ, когда оно было совершено особыми способами, если виновный прибѣгнулъ для этого къ извѣстнымъ средствамъ. Къ этому же выводу мы приходимъ и въ разсматриваемомъ случаѣ. Устанавливая наказуемость оконченнаго преступленiя и покушенiя, законъ руководится вовсе не свойствами нарушаемой ими нормы, такъ какъ онъ караетъ покушенiе не на всѣ преступленiя, какъ онъ долженъ былъ бы поступать, если бы свойство нарушаемой нормы имѣло для наказуемости покушенiя рѣшающее значенiе.

До сихъ поръ мы исходили изъ предположенiя справедливости положенiя о тождествѣ нарушаемыхъ оконченнымъ преступленiемъ и покушенiемъ юридическихъ нормъ. Но положенiе это неправильно. Существо запрещаемыхъ нормою дѣйствiй можетъ быть опредѣлено только путемъ анализа подлиннаго содержанiя нормы, а не черезъ посредство признанiя за нею того

¹⁾ Mittermaier, Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen, Neues Archiv des Criminalrechts, I, 1816, s. 168 — 170; Oetker, Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, XVII, 1897, s. 68; Manzini, II, p. 353, 354.

содержанія, которое намъ представляется разумнымъ. Норма «не убій» запрещаетъ оконченное убійство и только его. Покушеніе на убійство не обнимается этою нормою и если оно и носитъ противоправный характеръ, то только потому, что оно нарушаетъ особую норму права, отличную отъ нормы, запрещающей совершеніе оконченныхъ преступленій. Отсюда способность тѣхъ противоправныхъ дѣйствій, которыя лежатъ въ основѣ оконченаго преступленія, служить условіями примѣненія наказанія, вовсе не говорить въ пользу пригодности покушеній къ той же роли. Если нарушеніе одной и той же нормы права далеко не всегда признается наказуемымъ, то, тѣмъ менѣе, можно основывать наказуемость нарушенія одной нормы на началѣ наказуемости нарушенія другой нормы. Наказывая нарушеніе однѣхъ нормъ, законодатель весьма часто оставляетъ безъ наказанія нарушеніе другихъ нормъ. Необходимо указать, почему относительно нарушенія нормъ, запрещающихъ покушеніе, онъ этого не сдѣлалъ.

3) Дальнѣйшею попыткою обоснованія наказуемости покушенія является ученіе, полагающее, что покушеніе должно подлежать репрессіи въ виду представляемой имъ опасности. Наказывая покушеніе, замѣчаютъ нѣкоторые криминалисты, право преслѣдуетъ не нарушеніе правовой нормы, а созданіе опаснаго состоянія. Покушеніе карается правомъ въ качествѣ опаснаго явленія ¹⁾. Основаніе наказуемости покушенія заключается въ опасности этого дѣянія для правовыхъ благъ ²⁾. При покуше-

¹⁾ Lacointa, De la criminalité morale et légale spécialement de la tentative et du méfait manqué, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XXIII 1863, p. 449; Rubo, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln oder an untauglichen Objecten, *Gerichtssaal*, XVII. 1865, s. 8; Schlecht, Zur Lehre vom qualifizierten Versuche, 1899, s. 34; Fuhrmann, Der Rücktritt vom Versuche, 1903, s. 43; Celichowski, Die Bedeutung der Lehre vom adäquaten und vom zufälligen Kausalzusammenhang für die Frage des Versuchs mit untauglichen Mitteln. 1909, s. 72, 73, 111; Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre, 1898, s. 13, 15, 38; Birkmeyer, Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, III, 1910, s. 52.

²⁾ Carrara, Programma del corso di diritto criminale, 1867, p. 247; Baumgarten, Die Lehre vom Versuche am Verbrechen, 1888, s. 388, 419, 420; Tuozzi, Corso di dritto penale, I, 1899, p. 156; Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, 1903, s. 378; M. E. Mayer, Versuch und Teilnahme (Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, I, 1910), 333; Cohn, s. 358 Anm. 36; Hagemann, Der Versuch bei Mangel des Objekts, *Goldammer Archiv für Strafrecht*, XXXII, 1884. s. 232, 233; Zucker, Noch ein Wort zur Lehre vom

ни имѣется на лицо опасность субъекта, выражающаяся въ преступномъ содержаніи его умысла, и опасность дѣйствія, выражающаяся въ возможности наступленія всѣхъ признаковъ состава преступнаго дѣянія. Существо покушенія состоитъ въ опасномъ характерѣ осуществленія воли ¹⁾). Наказанію подлежитъ не только оконченное преступленіе, но и направленная на достиженіе преступнаго результата воля, коль скоро она получила выраженіе въ дѣйствіи. Но подобная воля имѣетъ значеніе для права не сама по себѣ, а лишь въ силу того впечатлѣнія, которое она производитъ на широкіе общественные круги ²⁾). Законодатель признаетъ покушеніе заслуживающимъ наказанія по тѣмъ же соображеніямъ, въ силу коихъ онъ признаетъ вообще наказуемыми дѣянія, вредящія правоохраненнымъ интересамъ или грозящія имъ опасностью ³⁾).

Нетрудно видѣть, что, несмотря на различіе формулировки, всѣ приведенныя ученія высказываютъ одну и же мысль: покушеніе подлежитъ наказанію по тому же основанію, въ силу котораго караются оконченныя преступленія, когда они представляютъ собою опасность для правовыхъ благъ. Ближайшее разсмотрѣніе этихъ ученій показываетъ, что это положеніе составляетъ единственно существенное содержаніе вышеприведен-

untauglichen Versuch, G. A. XXXVI, 1888, s. 374; Horn, Der Versuch, Z. XX, 1900, s. 314; 340, 342, 345. 356; Rosenberg, Ueber die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, Z. XX, 1900, s. 701; Schneider, Zur Lehre vom Versuch, 1896, s. 19; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903, s. 12; Musy, La tentative complexe et le désistement volontaire, 1905, Fribourg, p. 15, 16; Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1907, s. 166 Anm. 2; Rudert, Die subjektive und objektive Seite im Tatbestande des untauglichen Versuches, 1907, s. 63, 64, 66; Schoen, Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs und der Standpunkt der Rechtsprechung, 1908, s. 24, 25, 53, 57; Wein, Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, 1909, s. 13; Жиряевъ, Уголовное право, Юрид. Вѣст. 1863, № 4, стр. 16; Полетаевъ, Граница наказуемости покушенія, Юрид. Вѣстн. 1863, № 11, стр. 39; Неклюдовъ, Общая часть уголовного права, 1875, стр. 65. Бѣлогриць-Котляревскій, Учебникъ русскаго уголовного права, 1903, стр. 177.

¹⁾ Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1911, s. 206, 207.

²⁾ Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, II, 1907, s. 488, 490; Kriegsmann, Wahnverbrechen und untauglicher Versuch, 1904, s. 61.

³⁾ Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I, 1904, s. 301, 302; Finger, Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1911, s. 60, 61; Таганцевъ, Русское уголовное право, Лекціи, I, 1902, стр. 707, 708.

ныхъ ученій и что остальные ихъ положенія имѣютъ лишь второстепенное значеніе. Такъ, напр., требованіе опасности виновника покушенія сводится къ указанію на необходимость преступнаго умысла для состава покушенія и сами авторы подлежащаго ученія, какъ уже было справедливо замѣчено ¹⁾, не возвращаются къ этому признаку при разрѣшеніи нѣкоторыхъ спеціальныхъ вопросовъ о покушеніи (напр., при разсмотрѣннн вопроса о негодномъ покушеніи). Замѣна требованія опасности покушенія требованіемъ произведенія покушеніемъ особаго впечатлѣннн на общественные круги, какъ видно изъ другихъ разсужденій подлежащихъ ученыхъ ²⁾, проистекаетъ изъ несогласія ихъ съ ученіемъ объ опасности, какъ объ объективномъ явленіи и обусловливается тѣмъ, что опасность представляется имъ субъективнымъ явленіемъ, почему они и находятъ болѣе правильнымъ говорить не объ опасности покушенія, а объ особомъ, производимомъ покушеніемъ, впечатлѣннн и т. п.

Приступая къ разбору этого ученія по существу, слѣдуетъ замѣтить, что исходное положеніе его само по себѣ не вызываетъ возраженій. Предупрежденіе опасныхъ дѣяній, на ряду съ предупредженіемъ дѣяній вредныхъ, несомнѣнно, входитъ въ задачу современной карательной дѣятельности. Но, несмотря на это, приведенная попытка обоснованія наказуемости покушенія должна быть признана неправильной. Если бы право признавало опасность покушенія за условіе его наказуемости, если бы именно этотъ признакъ дѣяннн виновнаго возбуждалъ карательную реакцію права, то право, несомнѣнно, оговорило бы необходимость наличности подлежащаго свойства въ составѣ дѣяннн виновнаго. Однако, оно этого не сдѣлало. Мало того, сопоставляя другія положенія права съ его опредѣленіемъ покушенія, мы можемъ съ увѣренностью сказать, что опасность покушенія вовсе не составляетъ необходимаго его признака. Какъ уже было отмѣчено въ литературѣ, покушеніе не носитъ опаснаго характера въ тѣхъ случаяхъ, когда оно выражается въ формѣ дѣяннн, направленнаго на учиненіе нарушающаго безопасность преступленія. Дѣйствіе виновнаго, въ этихъ случаяхъ, становится опаснымъ только тогда, когда оно осуществляетъ всѣ признаки преступленія. Пока оно

¹⁾ Langenbach, Der Versuch am untauglichen Objekt und Mangel am Thatbestand, 1901, s. 46, Schoen, s. 55.

²⁾ Bar, Gesetz, II, s. 491—493.

находится въ стадіи покушенія, оно этого характера не имѣеть ¹⁾. А если опасность не составляетъ необходимаго признака покушенія, то и наказуемость покушенія не можетъ объясняться необходимостью предупрежденія опасныхъ дѣяній.

Согласно другому ученію, наказуемость покушенія основывается не только на принципѣ необходимости борьбы съ опасными дѣяніями, она вызывается, сверхъ сего, и другими соображеніями. Покушеніе на преступленіе, по мнѣнію сторонниковъ этого воззрѣнія, преслѣдуется правомъ, съ одной стороны, въ силу того, что оно представляетъ собою опасное дѣяніе. Оно нарушаетъ чувство безопасности въ гражданахъ и посягаетъ на стоящіе подъ правовою охраною интересы. Покушеніе вызываетъ, съ другой стороны, уголовную реакцію, потому что оно заключаетъ въ себѣ такое враждебное посягательство, которое воплощаетъ въ себѣ презрѣніе къ чужому праву и которое побуждаетъ потерпѣвшихъ къ реакціи. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда существуетъ увѣренность въ томъ, что въ будущемъ эти посягательства могутъ быть предупреждены, подлежащія дѣянія вызываютъ негодованіе и возбужденіе въ широкихъ кругахъ населенія и, при отсутствіи наказуемости покушенія, стремленіе къ саморасправѣ съ преступниками было бы неодолимо и пришлось бы силою удерживать толпу отъ убійства преступника на мѣстѣ совершеннаго имъ преступленія ²⁾.

Первое изъ приводимыхъ этимъ ученіемъ основаній уже было отвергнуто нами выше: мы видѣли, что принципъ предупрежденія опасныхъ дѣяній не можетъ оправдывать собою репрессіи покушенія, потому что покушеніе можетъ и не носить характера опаснаго дѣянія. Но, нельзя признать правильнымъ и второго положенія этого ученія. Нельзя объяснять наказуемость покушенія необходимостью предупрежденія насильственной расправы народа съ виновными, потому что побужденія къ подобной реакціи на покушенія носятъ также правовой характеръ; самосудъ народа надъ виновниками покушенія является также результатомъ требованій правосознанія и потому самъ нуждается въ объясненіи.

¹⁾ Buri, Ueber den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch, GS, XL, 1888, s. 517; Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, I, 1890, s. 375; Zeime, Der Rücktritt vom Versuch insbesondere seine Beziehungen zum Begriff der Gefahr in der Versuchlehre, 1907, s. 34.

²⁾ Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889, s. 133; 134.

Разсмотрѣнное ученіе признавало основаніемъ наказуемости покушенія ту опасность, которую представляетъ собою (по воззрѣнію авторовъ этого ученія) соотвѣтственное дѣяніе для конкретныхъ правовыхъ благъ. Въ иномъ смыслѣ понимается опасность покушенія, какъ основаніе наказуемости его, дальнѣйшею группою криминалистовъ. Покушеніе подлежитъ наказанію не потому, что оно угрожаетъ цѣлости конкретныхъ правовыхъ благъ, а потому, что оно принадлежитъ къ числу общеопасныхъ дѣяній, оказывается направленнымъ на нарушеніе общественной безопасности ¹⁾. Принятіе карательныхъ мѣръ противъ покушенія является вполне основательнымъ, такъ какъ это дѣяніе представляетъ собою опасность для правового порядка. Дѣяніе это вызываетъ общее безпокойство, панику, подаетъ дурной примѣръ, усиливаетъ дурныя привычки и пр. Эти послѣдствія преступленія глубоко проникаютъ въ челоуѣчество и они заглаживаются только наказаніемъ. Можно ли признать нормальнымъ оставленіе покушенія безъ наказанія, можно ли исчислить весь тотъ моральный вредъ, который былъ бы этимъ обществу причиненъ ²⁾.

Вдумываясь въ существо этого ученія, мы убѣждаемся въ томъ, что оно выводитъ наказуемость покушенія изъ необходимости предупрежденія того общественнаго вреда, который возникъ бы въ случаѣ оставленія покушенія безъ наказанія. Существо этого вреда сводится къ усиленію стремленій людей къ совершенію преступленій и къ порожденному этимъ усиленіемъ преступныхъ влеченій общественному безпокойству. Примѣненіе наказанія устраняетъ первый результатъ и устраняетъ поводъ къ проявленію общественнаго безпокойства. Но, слѣдуетъ сказать, врядъ ли это положеніе можетъ быть признано правильнымъ. Оставленіе покушенія безъ наказанія могло бы вызвать усиленіе преступныхъ влеченій въ обществѣ, если бы перспектива совершить покушеніе и остаться безъ наказанія представлялась, сама по себѣ, заманчивою для людей. Но, въ дѣйствительности, дѣло обстоитъ иначе. Энергія преступныхъ влеченій, повторяе-

¹⁾ Zachariae, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, I, 1836, s. 88.

²⁾ Nicolini, De la tentative, Revue crit. de lég. et de jurispr. XIX, 1861, p. 252; Kohler, Der strafbare Versuch, insbesondere der sog untaugliche Versuch, Studien aus dem Strafrecht, I, 1890, s. 20, 21; Champcommunal Etude critique de législation comparée sur la tentative, Rev. crit. de lég. et de jurispr. Nouvelle série XXIV, 1895. p. 99.

мость ихъ появленій и пр., опредѣляются, прежде всего, вѣрою людей въ возможность доведенія преступленія до конца, вѣрою ихъ въ удачу задуманнаго. Подлежащая увѣренность можетъ даже иногда преодолѣвать дѣйствіе боязни вѣрнаго наказанія (ср. напр., психологію: на каторгу пойду, а тебя всетаки убью). Но нѣтъ ничего болѣе ослабляющаго энергію соотвѣтственныхъ влеченій, какъ мысль о возможности неудачи. Поэтому, покушенія на преступленія, неудачныя попытки его реализаціи, даже въ случаѣ оставленія ихъ безъ наказанія не могутъ никого вдохновить на преступленіе. Равнымъ образомъ, нельзя въ этомъ случаѣ говорить и объ опасности субъекта, совершившаго покушеніе, о томъ, что лицо, совершившее покушеніе и не понесшее за то наказанія, окажется особенно способнымъ совершить преступленія. Нужно помнить, что это лицо вовсе не будетъ себя сознавать впредь болѣе свободнымъ совершать преступленія. Вѣдь ему, такъ же, какъ и раньше, будетъ грозить наказаніе за совершеніе преступленія, а только успѣшное совершеніе преступленія и можетъ составить предметъ его будущихъ преступныхъ влеченій.

Дальнѣйшая попытка обоснованія наказуемости покушенія ссылается на опасность личности виновника покушенія, вызывающую необходимость въ примѣненіи къ нему карательныхъ мѣръ. Субъектъ, совершившій покушеніе, замѣчаютъ сторонники этого взгляда, является несомнѣнно способнымъ на нарушеніе извѣстной юридической нормы и представляетъ, слѣдовательно, серьезную опасность для правового порядка. Чтобы оградить общество отъ рецидива со стороны подобнаго субъекта, государство должно попытаться исправить послѣдняго; но при этомъ невозможно обойтись безъ тѣхъ или другихъ принудительныхъ мѣръ, имѣющихъ характеръ уголовной репрессіи ¹⁾.

Противъ этой попытки обоснованія наказуемости покушенія въ литературѣ были выдвинуты весьма серьезныя соображенія, справедливость которыхъ не подлежитъ сомнѣнію. Предполагать, что наказуемость покушенія покоится на соображеніяхъ политики спеціальнаго предупрежденія, замѣчаютъ криминалисты,

¹⁾ Колоколовъ, стр. 189, 190, 227; Познышевъ, Основныя начала уголовного права, 1912, стр. 356. Nicoladoni, Der Einfluss der neuern strafrechtlichen Anschauungen auf die gesetzgeberische Behandlung des Versuches und der Teilnahme, Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, V, 1896, s. 341.

нѣтъ основанія. Покушеніе въ лучшемъ случаѣ можетъ служить доказательствомъ развитія in concreto, въ прошломъ, такъ называемой преступной т. е., направленной на преступленіе воли, но отнюдь не доказываетъ соціальной опасности лица на будущее время. Примирить политику обезвреженія лихого чловѣка съ непремѣнной наказуемостью каждаго покушающагося, требуемой положительнымъ правомъ очевидно, нельзя¹⁾. Вообще, какъ мы говорили уже выше, специальное предупрежденіе не представляетъ собою начала, признаннаго положительнымъ правомъ, и потому ссылаться на него, при обоснованіи этического характера институтовъ этого права, неправильно.

Изъ изложеннаго видно, что, руководствуясь вышеприведеннымъ приѣмомъ изслѣдованія, нельзя обосновать наказуемости покушенія на преступленіе. Подлежащій принципъ не можетъ быть представленъ въ качествѣ вывода изъ тѣхъ началъ, которыя опредѣляютъ собою наказуемость оконченныхъ преступленій. Наказуемость покушенія должна быть, слѣдовательно, основана на иныхъ началахъ, нежели наказуемость оконченныхъ преступленій. Къ отысканію такихъ самостоятельныхъ началъ, опредѣляющихъ собою наказуемость покушенія и обращаются другіе криминалисты. Но, прежде чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію ихъ воззрѣній по существу, необходимо опредѣлить сущность самого процесса обоснованія правовыхъ положеній, раскрыть существо приѣма этического оправданія правовыхъ институтовъ.

Разсматривая различные приѣмы обоснованія правовыхъ положеній, нетрудно замѣтить, что они носятъ троякаго рода характеръ.

Согласно одному взгляду, правовыя положенія представляются этически оправданными, коль скоро доказано, что они преслѣдуютъ соціально-полезную цѣль. При этомъ, подъ цѣлью правовыхъ нормъ разумѣется та цѣль, которую преслѣдовалъ законодатель, вводя соотвѣтственныя нормы. Этическое основаніе правовыхъ институтовъ заключается въ томъ, что законодатель создаетъ ихъ съ цѣлью достиженія полезныхъ для общества результатовъ. Эта точка зрѣнія раздѣляется господствующимъ направленіемъ въ литературѣ уголовного права и вообще наи-

¹⁾ Мокринскій, II, стр. 236.

болѣе распространена въ юридическихъ сочиненіяхъ ¹⁾. Однако, нельзя признать этого приѣма обоснованія правовыхъ положеній убѣдительнымъ. Правосоздатели могли руководиться доброу цѣлью, издавая извѣстное правовое положеніе, но они могли ошибиться въ своихъ надеждахъ и это правовое положеніе оказалось вреднымъ для общественной жизни и, въ качествѣ такового, почитается не имѣющимъ права на существованіе. Съ другой стороны, огромное большинство правовыхъ положеній обязано своимъ происхожденіемъ не сознательному, цѣлевому творчеству, а представляетъ собою продуктъ безсознательнаго, чуждаго соображеній о цѣли, производства, такъ что является даже невозможнымъ указать на ту цѣль, съ которою эти положенія были введены ²⁾ Изъ этого, однако, вовсе не слѣдуетъ, чтобы большинство нормъ права не имѣло этического основанія. Безсознательное происхожденіе нормы вовсе не доказываетъ отсутствія у нея цѣнности для соціальной жизни ³⁾.

Другой приѣмъ обоснованія правовыхъ положеній заключается въ указаніи на соціально-благіе результаты существованія данной

¹⁾ Ср., Thomsen, Untersuchungen über den Begriff des Verbrechensmotivs, 1902, s. 131: Ausser den obengenannten Motiven des Verbrechers zur Begehung des Verbrechens kommen in erster Linie in Betracht die Motive des Gesetzgebers zur Bestrafung des Verbrechens. Diese letzteren haben in der Strafrechtswissenschaft von jeher eine grosse Rolle gespielt, nämlich in den sogenannten Strafrechtstheorien, und ihre Literatur ist eine fast unübersehbare geworden; Жижиленко, Наказаніе, 1914, стр. 197, пр. 2: поскольку извѣстныя «дѣйствія» наказанія, выражающіяся въ тѣхъ или иныхъ психическихъ переживаніяхъ общества и индивида, учитываются законодателемъ въ качествѣ желательныхъ результатовъ карательной дѣятельности государства, постолько они тѣмъ самымъ получаютъ значеніе цѣлей, къ которымъ стремится государство, примѣняя наказаніе.

²⁾ Ср., Thomsen, l. c... die Motive des Gesetzgebers zur Bestrafung des Verbrechens... Von der Praxis dagegen werden sie beinahe völlig ignoriert, und was schliesslich den Gesetzgeber selbst anbetrifft, so haben sie für ihn nur zeitweise im Vordergrund gestanden.

³⁾ Petrazycki. Die Lehre vom Einkommen. II, 1895, s. 452: Der Werth und die innere Berechtigung eines Satzes hängt an sich nicht davon ab, ob er bewussten oder unbewussten Ursprungs ist. Es wäre vielmehr nicht unmöglich, dass Jemand 100 Verhaltensregeln (der Kindererziehung, der Wirtschaft, des Rechtes...) aufstellt, dass er keine von diesen Regeln bewusst und kritisch zu rechtfertigen im Stande wäre und dass trotzdem alle diese Regeln sehr nützliche und richtige Postulate sind. Man kann auch unbewusst das Richtige treffen.

нормы. Правовая норма, при этой постановкѣ вопроса, признается имѣющей право на существованіе не потому, что законодатель, издавая ее, надѣялся достигнуть соціально-полезныхъ результатовъ, а потому, что эта норма дѣйствительно приводитъ къ благимъ соціальнымъ послѣдствіямъ ¹⁾.

Если, согласно предшествующему воззрѣнію, норма права можетъ быть оправдана въ томъ только случаѣ, когда изданію ея предшествовала благая цѣль законодателя, то, по этому воззрѣнію, оправданіе нормы права можетъ быть достигнуто только при условіи установленія извѣстнаго благого послѣдствія существованія данной нормы. Но и этотъ приемъ обоснованія правовыхъ нормъ не можетъ быть признанъ правильнымъ. Оправдывать правовую норму благими реальными, конкретными, послѣдствіями ея невозможно. Въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ, нормы права, какъ и всѣ другія явленія, вызываютъ цѣлый рядъ послѣдствій, но, при разныхъ обстоятельствахъ, эти результаты бываютъ различными. И вотъ, если мы будемъ признавать основаніемъ нормы всю совокупность тѣхъ благихъ результатовъ, которая является возможнымъ послѣдствіемъ существованія данной нормы, то разсужденіе наше не будетъ убѣдительнымъ потому, что эта совокупность послѣдствій нормы далеко не во всѣхъ случаяхъ ея будетъ налицо. Если же мы будемъ признавать основаніемъ нормы только какой либо одинъ изъ обусловливаемыхъ ею результатовъ, то наше разсужденіе не будетъ правильнымъ, потому что нѣтъ ни одной нормы (какъ вообще какого либо явленія), которое бы всегда неизмѣнно приводило къ опредѣленному реальному послѣдствію.

37) Наконецъ, возможенъ еще и третій приемъ обоснованія правовыхъ нормъ. Возможно оправдывать существованіе правовыхъ нормъ, не тѣми цѣлями, которыми руководились, при ихъ изданіи, правосоздатели и не тѣми послѣдствіями, которыя этими

¹⁾ Ср. напр., П. И. Люблинскій, Очерки уголовного суда и наказанія въ современной Англіи, 1911, стр. 510: Правильность или неправильность отдѣльной теоріи можетъ быть рѣшена лишь практически, путемъ разсмотрѣнія характера тѣхъ соціальныхъ послѣдствій, которыя могутъ проистечь отъ практическаго проведенія ея въ жизнь. О дѣйствиіи наказанія (Новыя идеи въ правовѣдѣніи, I, 1914, стр. 14): Научное изученіе выливается не въ форму ученія о цѣляхъ и средствахъ, а о причинахъ и ихъ послѣдствіяхъ. Неправильно приписывать наказанію тѣ или иныя цѣли. Напротивъ того, вполне необходимо выяснитъ дѣйствіе наказанія въ связи съ другими явленіями соціальной жизни.

нормами вызываются, а тѣми причинными свойствами, которыя присущи правовымъ нормамъ, тѣми характерными тенденціями, которыми обладаетъ классъ правовыхъ нормъ вообще или какой либо подклассъ права, въ частности. Этотъ приѣмъ обоснованія правовыхъ нормъ, ссылаясь на полезные результаты правовыхъ нормъ, придаетъ рѣшающее значеніе этимъ результатамъ не потому, что надежда на ихъ наступленіе опредѣлила собою актъ законодательнаго ихъ творчества и не потому, что эти результаты всегда неизмѣнно слѣдуютъ за данными нормами, а потому, что правовыя нормы стремятся къ воспроизведенію этихъ результатовъ, т. е. воспроизводятъ ихъ постолько, поскольку нѣтъ тому противодѣйствующихъ условій.

Этотъ приѣмъ обоснованія правовыхъ нормъ, оправдывающій ихъ дѣйствительно постоянно присущими имъ свойствами, представляется намъ единственно правильнымъ и убѣдительнымъ. Примѣненіе этого приѣма предполагаетъ знакомство съ теоретическимъ ученіемъ о причинныхъ свойствахъ или тенденціяхъ права. Согласно этому ученію, существенное значеніе правовыхъ явленій въ общественной жизни заключается въ томъ, что они 1) дѣйствуютъ въ качествѣ мотивовъ поведенія, побуждаютъ къ совершенію однихъ дѣйствій, къ воздержанію отъ другихъ (мотиваціонное дѣйствіе права); 2) производятъ измѣненія въ самой (диспозитивной) психикѣ индивидовъ и массъ, развиваютъ и усиливаютъ однѣ привычки и склонности, ослабляютъ и искореняютъ другія (воспитательное дѣйствіе права). При этомъ, правовыя нормы имѣютъ, вообще говоря, такое содержаніе, которое соотвѣтствуетъ общественному благу въ мотиваціонномъ и воспитательномъ отношеніи, право дѣйствуетъ вообще въ пользу соціально желательнаго и противъ соціально вреднаго поведенія и воспитываетъ въ направленіи развитія и усиленія соціально желательныхъ привычекъ и склонностей и ослабленія и искорененія соціально вредныхъ привычекъ и склонностей 1).

Эти свойства, присущія всѣмъ правовымъ нормамъ вообще, присущи, въ частности и нормамъ карательнаго права. Карательныя нормы, подобно всѣмъ другимъ нормамъ права, оказываютъ мотиваціонное и воспитательное дѣйствія на психику людей. Карательныя нормы, связывая съ фактомъ совершенія правонарушеній наступленіе наказаній, стремятся вселить въ

1) Петражицкій, Теорія права, I, 1909, стр. 143.

психику людей, задумывающих совершение правонарушений мотивъ къ воздержанію отъ этихъ дѣйствій и, тѣмъ самымъ, побуждаютъ людей къ согласному съ правомъ поведенію. Вызывая примѣненіе наказаній къ лицамъ, совершившимъ преступленія, карательныя нормы стремятся къ обезвреженію преступниковъ физическимъ путемъ (смертная казнь) или психическимъ путемъ (путемъ созданія разнаго рода психическихъ противодѣйствій проявленію таящагося въ преступникѣ зла). Постоянно побуждая людей къ согласному съ правомъ поведенію, карательное право оказываетъ на нихъ и воспитательное вліяніе, усиливая у нихъ соотвѣтствующія склонности и привычки и ослабляя противоположныя черты характера ¹⁾.

Такимъ образомъ, единственно правильнымъ приѣмомъ обоснованія правовыхъ нормъ должна быть признана ссылка на причинныя свойства этихъ нормъ, на социальна-полезныя ихъ тенденціи и, въ послѣдующемъ изложеніи, говоря о социальномъ значеніи нормъ, карающихъ неоконченную преступную дѣятельность, мы будемъ именно имѣть въ виду соотвѣтствующія тенденціи подлежащихъ нормъ. Но, наше несогласіе съ обычными приѣмами обоснованія правовыхъ нормъ, вовсе не исключаетъ для насъ возможности пользоваться тѣми положеніями, которыя приводятся другими юристами въ этомъ направленіи. Дѣло въ томъ, что обоснованіе правовой нормы всегда состоитъ въ ссылкѣ на отношеніе этой нормы къ извѣстному социальна-полезному явленію, хотя разные приѣмы оправданія права и расходятся между собою при характеристикѣ отношенія этого явленія къ нормѣ (одни смотрятъ на него, какъ на представляемый будущій результатъ введенія нормы, какъ на цѣль введенія нормы, другіе,—какъ на конкретный, реальный, результатъ дѣйствія нормы, а третьи—какъ на тотъ результатъ, который вызывается нормами, при отсутствіи къ тому противодѣйствующихъ условій, какъ на тотъ результатъ, который данный классъ нормъ имѣетъ тенденцію вызывать). Но природа явленія, находящагося въ той или иной связи съ нормою и оправдывающаго собою ея существованіе, можетъ быть во всѣхъ трехъ случаяхъ тождественной и потому, несмотря на то, что попытки обоснованія наказуемости покушенія стараются рѣшить эту задачу при помощи

¹⁾ Круглевскій, Ученіе о карательныхъ нормахъ, Вопросы Обществовѣдѣнія, I, 1908, стр. 143—150.

установленія цѣли соотвѣтствующихъ нормъ, приводимыя ими замѣчанія не лишены интереса и при изслѣдованіи функціи этихъ нормъ.

Обращаясь къ разсмотрѣнію существа тѣхъ ученій, которыя утверждаютъ, что наказуемость покушенія основывается на самостоятельномъ политическомъ принципѣ, мы встрѣчаемся съ возрѣніями двоякаго рода, причемъ приводимыя ими соображенія оказываются примѣнимыми какъ къ оправданію наказуемости покушенія на преступленіе, такъ и къ оправданію наказуемости приготовительныхъ къ преступленію дѣйствій.

По возрѣнію одной группы криминалистовъ, оправданіе наказуемости предварительной преступной дѣятельности состоитъ въ необходимости предупрежденія проявленія присущаго этой дѣятельности вреда. Кто разъ вступилъ на путь преступленія, разсуждаютъ защитники этого взгляда, тотъ рѣдко возвращается назадъ, такъ какъ начало исполненія даетъ новый толчокъ его рѣшимости. Люди неохотно оставляютъ начатое дѣло и неохотно признаютъ, что оно было совершенно напраснымъ трудомъ. Тому, кто стоитъ одной ногою на границѣ права, ничего не можетъ быть легче, какъ переступить ее. Поэтому, если государство ставитъ своею задачею предупрежденіе преступленій посредствомъ уголовныхъ законовъ, то оно должно отвращать уголовными угрозами людей и отъ такихъ дѣйствій, которыя, хотя и не составляютъ преступленія, но представляютъ собою приготовленіе къ преступленію или начало исполненія его. Оно стремится этимъ путемъ преградить путь преступнику, задушить зародышъ преступленія въ первой стадіи его развитія ¹⁾).

Приведенное ученіе, основывается на совершенно правильномъ наблюденіи. Энергія преступной рѣшимости, несомнѣнно, растетъ по мѣрѣ приведенія задуманнаго дѣйствія въ исполненіе. Но, тѣмъ не менѣе, это наблюденіе не можетъ служить исходнымъ пунктомъ разсужденій объ основаніи наказуемости покушенія. Установленіе специальныхъ наказаній за предварительную преступную дѣятельность, въ видахъ предупрежденія этой дѣятельности, не имѣетъ смысла, такъ какъ право располагаетъ дру-

¹⁾ Beccaria, Dei delitti e delle pene, 1834, p. 42, 43; Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, II, 1800, s. 249; Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs, I, 1804, s. 101; Kleinschrod, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, I, 1805, s. 78.

гимъ, болѣе энергичнымъ, средствомъ предупрежденія ея. Дѣло въ томъ, что особому наказанію за приготовленіе или за покушеніе виновный можетъ подвергнуться въ томъ лишь случаѣ, когда онъ остановится на совершеніи этихъ дѣйствій. Но лицо, предпринимающее предварительную дѣятельность, не придаетъ ей самостоятельнаго значенія, оно разсматриваетъ ее какъ средство доведенія задуманнаго имъ преступленія до конца. Оно желаетъ совершенія ея лишь постольку, поскольку оно хочетъ реализаціи оконченнаго преступленія и какъ, справедливо замѣчено въ литературѣ, виновный предпринимаетъ эту дѣятельность всегда въ убѣжденіи, что онъ дѣйствительно выполнитъ всѣ признаки преступленія¹⁾.

Вслѣдствіе этого, если лицо, предпринимающее предварительную преступную дѣятельность, и считается съ уголовною карою, то оно считается не съ тою карою, которая грозитъ ему за совершеніе соотвѣтственной дѣятельности, а съ тою карою, которая грозитъ ему за совершеніе оконченнаго преступленія, необходимымъ условіемъ реализаціи котораго предварительная дѣятельность ему представляется. Такимъ образомъ, уже съ момента предпріятія предварительной преступной дѣятельности, виновный находится подъ дѣйствіемъ кары, грозящей за оконченное преступленіе, и нельзя не согласиться съ тѣми криминалистами, которые полагаютъ, что угроза наказанія, опредѣленнаго за осуществленіе преступнаго умысла, разсчитана на отвлеченіе людей не только отъ совершенія преступленія, но и отъ покушенія на него²⁾. Въ силу этого, и установленіе самостоятельныхъ наказаній за покушеніе, съ цѣлью предупрежденія реализаціи его, является излишнимъ.

Наконецъ, въ литературѣ имѣется направленіе, полагающее, что задачей наказаній, угрожающихъ за покушеніе, является не предупрежденіе покушеній, а предупрежденіе совершенія преступленій. Нормы, устанавливающія наказуемость покушенія, играютъ роль средствъ усиленія мотивационнаго воздѣйствія на лицъ, задумывающихъ учиненіе оконченныхъ преступленій. Существованіе этихъ нормъ ухудшаетъ тѣ перспективы, которыя раскрываются посредствомъ, заманивающимъ совершеніе преступленія.

¹⁾ Höpfner, *Reinheit und Mehrheit der Verbrechen*, I, 1901, s. 139; Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, 1903, s. 290; Колоколовъ, стр. 130; Мокринскій, II, стр. 7.

²⁾ Мокринскій, II, стр. 237.

Наказуемость покушенія, по воззрѣнію сторонниковъ этого мнѣнія, создаетъ могущественныя преграды для преступниковъ. Рѣшаясь на преступленіе, на ряду съ учетомъ возможности или невозможности сохраненія своего дѣянія въ тайнѣ, субъектъ оказывается вынужденнымъ принимать въ соображеніе и то, что совершенно независящій отъ его воли случай можетъ воспрепятствовать выполненію его предпріятія, и все же онъ подвергнется почти тому же наказанію, что и въ случаѣ удачи своего предпріятія. Покушеніе приноситъ преступнику всѣ невыгоды преступленія, не доставляя ни одной изъ выгодъ послѣдняго. Наступленіе невыгоды оказывается во всякомъ случаѣ неизбѣжнымъ, тогда какъ приобрѣтеніе выгодъ стоитъ въ зависимости отъ случая. Приступая къ выполненію преступленія, субъектъ подвергается скорѣе опасности претерпѣнія зла, нежели можетъ разсчитывать на полученіе выгоды¹⁾.

Уголовные законы, замѣчаютъ другіе представители этого взгляда, стремятся противодѣйствовать реализаціи преступленій угрозою наказаніемъ. Но примѣненіе наказанія за преступленіе вовсе не является достовѣрнымъ и преступникъ часто разсчитываетъ избѣжать наказуемости. Отсюда, система права, оставляющая покушеніе безъ наказанія, допускаетъ развитіе болѣе сильныхъ мотивовъ въ пользу совершенія преступленія, нежели система права, установляющая наказуемость покушенія. При дѣйствіи первой системы, преступникъ можетъ разсчитывать на безнаказанность въ томъ случаѣ, когда ему не удастся пожать плодовъ своего преступленія. Эта система ставитъ передъ преступникомъ двѣ благопріятныхъ альтернативы: либо его минуютъ какъ выгодныя, такъ и невыгодныя послѣдствія его дѣянія (въ томъ случаѣ, когда дѣйствіе его приметъ форму покушенія); либо онъ получитъ вѣрную выгоду, рискуя только гадательною невыгодою (въ томъ случаѣ, когда дѣйствіе его получитъ харак-

¹⁾ Soden, Geist der peinlichen Gesetzgebung Teutschlands, 1792, s. 58, 59: Welcher mächtige Zaum für den Verbrecher ist es nicht, wenn er neben der Kalkulation der Wahr- oder Unwahrscheinlichkeit des Geheimnisses seiner That, überdenkt: ein ganz von dir unabhängige Zufall kann die Vollstreckung deiner Unternehmung hindern, und deine Strafe bleibt doch beinahe die nemliche. Dich erwartet dann beinah alles Leid der Strafe deines Verbrechen, ohne den Vortheil desselben. Jenes Leid bleibt dir auf jeden Fall gewis, der Vortheil aber hängt noch vom Zufall ab; du hast also mehr Gefahr zu verlieren, als Hofnung zum Gewinn.

теръ оконченнаго преступленія). Напротивъ, при дѣйствіи системы, карающей покушеніе, преступникъ подвергается риску быть наказаннымъ, не успѣвъ пожать плодовъ своего преступленія (въ томъ случаѣ, когда дѣйствіе его приметъ форму покушенія на преступленіе); при наличности подобной перспективы создаются болѣе сильные мотивы къ отказу отъ приведенія преступленія въ исполненіе, нежели при отсутствіи ея¹⁾.

Дѣятельность государства въ направленіи предупрежденія преступленій, говорятъ дальнѣйшіе защитники этого взгляда, можетъ быть успѣшною въ томъ только случаѣ, если подъ угрозу уголовного закона поставлено не только то поведеніе, которое играетъ роль причины подлежащаго пресѣченію со стороны государства результата, но и то поведеніе, которое только казалось виновному обладающимъ подлежащими причинными свойствами, но, въ дѣйствительности, не имѣло таковыхъ. Уголовная угроза должна удерживать людей отъ всякой дѣятельности, черезъ посредство которой они рассчитываютъ достигнуть преступнаго результата, но отъ реализаціи которой они никогда не могутъ съ увѣренностью ожидать наступленія этого результата... Что можетъ имѣть болѣе сильное удерживающее вліяніе, какъ не опасеніе того, что, несмотря на ненаступленіе желательнаго результата, придется всетаки испытать наступленіе нежелательнаго послѣдствія? Что можетъ болѣе замѣтно ослабить силу уголовной угрозы, какъ не то успокаивающее убѣжденіе, что подпасть подъ наказаніе можно только въ случаѣ дѣйствительнаго осуществленія желанной цѣли, такъ что наказаніе вполнѣ окажется платою за преступленіе?²⁾

Лицо, задумывающее совершеніе преступленія, по общему правилу, вовсе не бываетъ вполнѣ увѣреннымъ въ наступленіи результата; прежде чѣмъ человѣкъ окончательно рѣшится на совершеніе преступленія, онъ обыкновенно принимаетъ во вниманіе и возможность безрезультатнаго исхода предположеннаго имъ дѣйствія. И вотъ, человѣкъ легче рѣшится на совершеніе преступленія въ томъ случаѣ, когда онъ можетъ себѣ сказать, что, при безрезультатномъ исходѣ его дѣйствія, поведеніе его вовсе не будетъ носить характера неправды, чѣмъ въ томъ слу-

¹⁾ Giuliani, Istituzioni di diritto criminale, I, 1840, p. 123.

²⁾ Lammasch, Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches, 1879, s. 53; Delaquis, Der untaugliche Versuch, 1904, s. 145.

чаѣ, когда онъ долженъ считаться съ тѣмъ, что дѣяніе его, при всякомъ его исходѣ, является неправдою и что за совершение этой неправды право грозить наказаніемъ¹⁾.

Каждое преступное предпріятіе заключаетъ въ себѣ шансы успѣха и неудачи, и наибольшее воздѣйствіе на преступника мы окажемъ, если заставимъ его считаться съ послѣдствіями одинаково какъ счастливаго, такъ и несчастнаго исхода предпріятія. Успѣхъ, достиженіе цѣли нерѣдко настолько заманчивы, что ради нихъ преступникъ съ охотою рискуетъ наказаніемъ. И если есть соображеніе, которое еще и теперь могло бы остановить его, то это сознание, что онъ будетъ наказанъ даже и тогда, если предпріятіе его не увѣнчается успѣхомъ. Угроза «смерть за смерть» едва ли устраситъ фанатика идеи, покушающагося на политическое убійство,—его вѣрнѣе остановитъ угроза: «ты будешь наказанъ (хотя-бы и не смертью), также въ случаѣ неудачи твоей попытки». Конечно, это крайній примѣръ, но это не можетъ служить въ ущербъ правильности мысли: чѣмъ отчетливѣе сознаетъ индивидъ, что на всѣхъ путяхъ, во всѣхъ возможныхъ фактическихъ комбинаціяхъ государство противопоставляетъ ему угрозу уголовного закона, тѣмъ вѣрнѣе можно разсчитывать, что послѣдняя окажетъ свое дѣйствіе. Цѣль, которую преслѣдуетъ законодатель, когда онъ устанавливаетъ наказаніе за дѣйствіе покушенія,—не усиленіе уголовной угрозы, назначенной за оконченное преступленіе, но ея восполненіе, развитіе не въ интенсивномъ, а въ экстенсивномъ направленіи. Къ страху наказанія, хотя сколько-нибудь окупаемаго получаемымъ наслажденіемъ, присоединяется страхъ наказанія, рѣшительно ничѣмъ не возмѣщаемаго²⁾.

Предпринимая преступную дѣятельность, люди разсчитываютъ достигнуть черезъ посредство ея преступнаго результата, но они никогда не могутъ съ увѣренностью ожидать дѣйствительнаго наступленія этого результата. Но уголовная угроза должна удерживать людей отъ всякой дѣятельности этого рода. Она можетъ надѣяться на достиженіе этой цѣли только тогда, когда наказаніе слѣдуетъ за подлежащую дѣятельностью не только въ случаѣ ея удачнаго исхода, не только въ случаѣ успѣшнаго ея окончанія, но и въ случаѣ пріостановленія ея въ любой стадіи

¹⁾ Höpfner, I, s. 139, 140.

²⁾ Мокринскій, II, стр. 239; III, стр. 467, 468; Пусторослевъ, Русское уголовное право, 1912, стр. 382, 383.

ея развитія. То обстоятельство, что всякое лицо, прежде чѣмъ рѣшиться на преступное дѣяніе, должно себѣ сказать: желательный результатъ наступитъ не навѣрно, а грозящее наказаніе наступитъ навѣрно, представляетъ собою превосходную мѣру превенціи ¹⁾.

По нашему убѣжденію, это ученіе о мотиваціонныхъ функціяхъ нормъ, опредѣляющихъ наказуемость предварительной преступной дѣятельности, является единственно правильнымъ. Наказаніе, грозящее за покушеніе на преступленіе или за приготовленіе къ нему, выполняетъ своеобразную функцію усиленія мотиваціоннаго давленія карательнаго права. Установленіе репрессіи за предварительную преступную дѣятельность порождаетъ въ психикѣ лицъ, задумывающихъ совершеніе преступленій, новый мотивъ, дѣйствующій въ пользу воздержанія отъ нихъ. При реализаціи преступленія, виновный ставитъ себѣ задачи двоякаго рода: онъ желаетъ осуществить преступленіе и избѣжать слѣдующаго за него наказанія. При отсутствіи положеній, карающихъ неудачную преступную дѣятельность, виновный могъ бы всегда разсчитывать, что каковъ бы ни былъ исходъ его поведенія, несмотря на его обнаруженіе и уличеніе, одна изъ намѣченныхъ имъ цѣлей будетъ во всякомъ случаѣ имъ достигнута. Если онъ окончитъ задуманную преступную дѣятельность и подвергнется наказанію, то всетаки тотъ результатъ, къ которому онъ стремился, совершая преступленіе, оказывается достигнутымъ (ср. психологію: на каторгу пойду, а тебя убью!). Если онъ не успѣетъ окончить задуманнаго имъ преступленія, то онъ не достигнетъ того результата, котораго онъ отъ него ожидалъ, но зато онъ не подвергнется и уголовному наказанію. Право стремится устранить подобные разсчеты людей. Оно усваиваетъ юридическое значеніе не только удачной, но и неудачной преступной дѣятельности людей. Дѣятельность, предпринятую съ намѣреніемъ совершить преступленіе, но не достигшую этого результата, оно объявляетъ предварительною преступною дѣятельностью и ставитъ ее такъ же, какъ и оконченное преступленіе, подъ угрозу наказаніемъ. Вслѣдствіе этого, субъектъ, рѣшаясь на преступленіе, уже не можетъ разсчитывать на достиженіе какой-либо изъ двухъ намѣченныхъ имъ цѣлей. Если

¹⁾ Fabian, Abgrenzung von untauglichem Versuch und Putativdelikt, und Erörterung ihrer Strafbarkeit, 1905, s. 45.

дѣтельность его будетъ обнаружена и онъ будетъ уличень то и въ случаѣ неудачи, и въ случаѣ неполученія ожидаемаго имъ отъ преступленія удовлетворенія, онъ будетъ подвергнутъ наказанію. Этимъ право достигаетъ значительнаго усиленія мотиваціоннаго давленія въ пользу воздержанія отъ преступленій. Путь преступленія пріобрѣтаетъ въ глазахъ людей характеръ опасной дороги. Пустившись въ этотъ путь, можно пострадать совершенно напрасно, не получивъ ничего взамѣнъ. Подобная перспектива, конечно, создаетъ дополнительный мотивъ воздержанія отъ совершенія преступленій и вызываетъ существенное усиленіе мотиваціоннаго дѣйствія карательнаго права.

Но нормы права, объявляющія наказуемую предварительную преступную дѣтельность, имѣютъ также и существенное воспитательное вліяніе на психику народа. Установляя наказаніе за неоконченную преступную дѣтельность, онѣ присваиваютъ неудачѣ виновнаго, при осуществленіи преступленія, характеръ грознаго бѣдствія. Крушеніе преступныхъ попытокъ становится вдвойнѣ чувствительнымъ: субъектъ лишается и ожидаемаго имъ удовлетворенія отъ учиненія преступленія и подвергается наказанію. Въ силу этого и преступленіе пріобрѣтаетъ характеръ тяжелаго и труднаго дѣла, предпринимая которое, необходимо тщательно взвѣшивать шансы успѣха. Если у лица нѣтъ достаточнаго умѣнія, опытности и пр., то ему лучше за это дѣло вовсе не браться. Распространяя подобные взгляды на преступленіе, право усиливаетъ противодѣйствующія преступленіямъ склонности и привычки людей, устраняетъ почву для развитія популярности преступленія, какъ легкаго средства достиженія своихъ цѣлей и т. д.

Далѣе, необходимо замѣтить, что указанная свойства, тѣ особыя мотиваціонныя и воспитательныя вліянія, о которыхъ мы здѣсь говоримъ, присущи не только нормамъ, опредѣляющимъ наказуемость предварительной преступной дѣтельности. Эти свойства присущи всѣмъ вообще нормамъ, устанавливающимъ репрессію за реализацію матеріально неоконченной преступной дѣтельности. Подлежащими свойствами отличаются также и нормы, предусматривающія наказуемость преступленій съ усѣченнымъ составомъ. Психологическое дѣйствіе этихъ нормъ такъ же сводится къ созданію у виновнаго перспективы претерпѣнія наказанія безъ достиженія намѣченной имъ цѣли, съ одной стороны, и въ воспитаніи у людей убѣжденія въ неблагодарности преступнаго труда, съ другой. Психическое дѣйствіе этихъ нормъ

отличается отъ психическаго дѣйствія нормъ, карающихъ предварительную преступную дѣятельность, какъ мы покажемъ ниже, не качественно, а количественно.

Познакомившись съ общими свойствами нормъ, опредѣляющихъ наказуемость предварительной преступной дѣятельности и усѣченныхъ преступленій, установивъ мотиваціонное и воспитательное вліяніе этихъ нормъ на народную психику, мы должны обратиться къ изслѣдованію тѣхъ условій, отъ которыхъ зависятъ большая или меньшая энергія проявленія подлежащихъ вліяній и указать критеріи опредѣленія мѣры этихъ вліяній.

Общимъ для обѣихъ системъ репрессіи преступленій условіемъ, вліяющимъ на характеръ дѣйствія этихъ системъ, является большая или меньшая степень отдаленности того момента развитія преступной дѣятельности, съ котораго начинается наказуемость неудачнаго ея исхода. отъ момента выполненія всѣхъ признаковъ правонарушенія. Чѣмъ болѣе усѣченный характеръ носить составъ преступленія, чѣмъ ранѣе безуспѣшная дѣятельность виновнаго, направлявшаяся на осуществленіе преступленія, приобретаетъ характеръ наказуемой предварительной дѣятельности, тѣмъ болѣе энергичными, при прочихъ равныхъ условіяхъ, оказываются мотиваціонное и воспитательное дѣйствія подлежащихъ нормъ права. Если специфическое мотиваціонное вліяніе разсматриваемыхъ системъ репрессіи заключается въ созданіи контръ-мотивовъ преступнымъ влеченіямъ человѣка путемъ поставленія ему на видъ возможности потерпѣть наказаніе, не успѣвъ достигнуть цѣли, то очевидно, что давленіе соотвѣтственныхъ мотивовъ будетъ тѣмъ болѣе сильнымъ. чѣмъ раньше наступитъ для него тотъ роковой моментъ, съ котораго дѣлается возможнымъ претерпѣніе такого бесполезнаго и ничѣмъ не окупаемаго наказанія. Какъ было показано выше, изучаемыя системы основаны на внушеніи человѣку убѣжденія въ роковомъ значеніи для него неудачи его преступной дѣятельности. Онѣ говорятъ ему: если, по достиженіи твоею дѣятельностью извѣстной степени развитія, ты потерпишь неудачу, ты будешь наказанъ. Мотиваціонная сила подобнаго убѣжденія является тѣмъ болѣе значительной, чѣмъ значительнѣе возможность подобной неудачи. А степень возможности потерпѣть наказуемую неудачу опредѣляется объемомъ того поведенія, неудачный исходъ котораго влечетъ за собою наказуемость виновнаго. Осуществленіе всякаго поведенія бываетъ связано съ различными препятствіями и труд-

ностями; всякая дѣятельность предполагаетъ возможность неудачи, и чѣмъ значительнѣе количество подлежащихъ соверше- нію со стороны виновнаго дѣйствій, тѣмъ больше и шансовъ его неудачи. Равнымъ образомъ, въ зависимости отъ сложности и продолжительности поведенія виновнаго, стоитъ и большая или меньшая вѣроятность вмѣшательства въ его дѣятельность треть- ихъ лицъ и т. д. Далѣе, по мѣрѣ движенія дѣятельности винов- наго впередъ, все болѣе увеличиваются шансы его успѣха; осно- вательная подготовка преступленія часто служитъ залогомъ успѣшнаго его выполненія и начальныя стадіи дѣятельности слу- жатъ нерѣдко надежнымъ фундаментомъ для послѣдующаго ея развитія. Понятно отсюда, что, отодвигая начальный моментъ наказуемости виновнаго къ первичнымъ стадіямъ развитія его поведенія, расширяя кругъ тѣхъ дѣйствій, неудачное выполненіе которыхъ стоитъ подъ угрозой наказанія, право увеличиваетъ и число шансовъ виновнаго на неудачу, дѣлаетъ претерпѣніе имъ бесполезнаго, не окупаемаго ничѣмъ наказанія, болѣе вѣроят- нымъ и, тѣмъ самымъ, оказываетъ болѣе сильное давленіе въ пользу воздержанія отъ преступленія. Наоборотъ, сокращая область наказуемой предварительной дѣятельности, оно ослаб- ляетъ и исходящее отъ нормъ, карающихъ эту дѣятельность, мотивационное давленіе.

То же должно быть сказано и о воспитательномъ дѣйствіи изучаемыхъ нормъ. Внушаемое ими людямъ отвращеніе къ пре- ступленію оказывается тѣмъ болѣе глубокимъ, чѣмъ болѣе значи- тельно число опасностей, усѣивающихъ путь преступленія, чѣмъ болѣе шансовъ, идя по этому пути, пострадать и т. д.

Таковое первое условіе, вліяющее на большую или меньшую степень репрессивности интересующихъ насъ нормъ: исходящее отъ этихъ нормъ мотивационное давленіе и воспитательное влія- ніе стоятъ въ зависимости отъ объема наказуемой предвари- тельной дѣятельности и отъ объема усѣченности преступленій. Переходя къ другому условію, вліяющему на энергію дѣйствія этихъ нормъ, нужно замѣтить, что оно заключается въ размѣрѣ тѣхъ наказаній, которыя грозятъ виновному въ случаѣ претер- пѣнія имъ неудачи при реализаціи преступной дѣятельности. За- думывая совершеніе преступленія, приходится принимать во вни- маніе не только количество шансовъ наступленія наказуемой неудачи, но и степень непріятности, связанной съ подобной не- удачею, т. е., размѣръ грозящаго за неоконченную преступную

дѣятельность наказанія. Чѣмъ значительнѣе грозящее за эту дѣятельность наказаніе, тѣмъ сильнѣе ceteris paribus и оказываемое правомъ давленіе въ пользу воздержанія отъ преступленія, тѣмъ энергичнѣе оно прививаетъ убѣжденіе въ неблагодарности преступной дѣятельности и наоборотъ.

Къ этимъ двумъ условіямъ, опредѣляющимъ собою энергію мотивационнаго и воспитательнаго воздѣйствія нормъ, устанавливающихъ наказуемость неудачной преступной дѣятельности виновнаго, нужно прибавить еще третье условіе, вліяющее на энергію проявленія подлежащихъ свойствъ этихъ нормъ: условіе большей или меньшей неизбѣжности наказуемости соотвѣтственной дѣятельности. Мотивационное давленіе карательнаго права и воспитательное его вліяніе, вообще, стоятъ въ зависимости отъ большей или меньшей степени неумолимости этого права, т. е., отъ степени неизбѣжности примѣненія наказаній. Неизбѣжность примѣненія наказаній опредѣляется большимъ или меньшимъ количествомъ условій отпаденія наказуемости преступленій: чѣмъ больше количество условій, могущихъ привести къ отпаденію наказанія, тѣмъ менѣе неумолимымъ характеромъ отличаются всѣ вообще карательныя мѣры; чѣмъ больше число условій, смягчающихъ наказуемость виновнаго, тѣмъ менѣе неумолимымъ характеромъ отличаются болѣе суровыя карательныя мѣры данной системы. Поэтому энергія мотивационнаго давленія изслѣдуемой группы нормъ и глубина ихъ воспитательнаго вліянія, конечно, прежде всего, зависятъ отъ степени неумолимости всей вообще карательной системы. Но, сверхъ сего, воздѣйствіе на психику людей со стороны нормъ, карающихъ неоконченную преступную дѣятельность, опредѣляется еще и специальными условіями. Большинство правовыхъ системъ устанавливаетъ еще цѣлый рядъ спеціальныхъ условій отпаденія наказанія за неудачную преступную дѣятельность. (ср. добровольное оставленіе покушенія, учиненіе покушенія съ негодными средствами или надъ негоднымъ объектомъ и пр.). X

Переходя къ разсмотрѣнію тѣхъ различій, которыя существуютъ между психическимъ дѣйствіемъ системы репрессіи предварительной преступной дѣятельности и системы репрессіи усѣченныхъ преступленій, мы убѣждаемся въ томъ, что последняя система, вообще говоря, оказываетъ болѣе сильное воздѣйствіе на общественную психику, нежели первая система. Такъ, прежде всего, система репрессіи усѣченныхъ преступленій представляетъ

собою болѣе энергичное средство мотиваціоннаго и воспитательнаго воздѣйствія на людей, нежели система репрессіи покушенія, потому что она клеймитъ еще неполную дѣятельность виновнаго именемъ оконченнаго преступленія и ставитъ виновника этой дѣятельности во всѣхъ отношеніяхъ наравнѣ съ людьми, воспользовавшимися плодами своего преступленія. Лицо, успѣвшее только сунуть чужую вещь себѣ въ карманъ, признается правомъ за такого же вора, какъ и лицо, успѣвшее не только похитить вещь, но и продать ее и прокутить вырученныя за нее деньги. Лицо, успѣвшее только отлить фальшивую монету, признается правомъ такимъ же фальшивомонетчикомъ, какъ и лицо, успѣвшее сбыть поддѣланную монету на большую сумму и составившее себѣ этимъ путемъ значительное состояніе. Но, это приравненіе лицъ, виновныхъ въ осуществленіи матеріально неоконченной дѣятельности къ лицамъ, выполнившимъ матеріально оконченную дѣятельность, характерное для системы репрессіи усѣченныхъ преступленій и безусловно чуждое системѣ репрессіи покушенія и составляетъ собою единственное постоянное различіе подлежащихъ системъ. Другія черты различія между этими системами, хотя и имѣютъ болѣе важное общественное значеніе, но за то далеко не всегда оказываются имъ присущими.

Такъ, обыкновенно, система репрессіи предварительной преступной дѣятельности оказывается болѣе мягкой, нежели система репрессіи усѣченныхъ преступленій въ томъ смыслѣ, что, съ одной стороны, наказаніе, слѣдующее за дѣйствіе виновнаго, разсматриваемое какъ предварительная дѣятельность, оказывается менѣе суровымъ, нежели наказаніе, грозящее за дѣйствіе виновнаго, разсматриваемое какъ усѣченное преступленіе и что, съ другой стороны, наказаніе, грозящее въ первомъ случаѣ, обыкновенно оказывается менѣе неизбѣжнымъ, нежели наказаніе, грозящее во второмъ случаѣ: правовыя системы обыкновенно предусматриваютъ цѣлый рядъ особыхъ случаевъ, въ которыхъ отпадаетъ наказаніе за предварительную преступную дѣятельность (добровольно оставленное покушеніе, покушеніе съ негодными средствами, покушеніе надъ негоднымъ объектомъ и пр.), тогда какъ относительно наказанія, слѣдующаго за усѣченное преступленіе, онѣ подобной оговорки, обыкновенно, не дѣлаютъ.

Сверхъ сего, система репрессіи усѣченныхъ преступленій оказывается обыкновенно болѣе суровою формою примѣненія выше-

изложеннаго правнополитическаго приѣма еще и въ другомъ отношеніи. Эта система обыкновенно вовсе не исключаетъ одновременнаго дѣйствія, по отношенію къ одному и тому же поведенію, и второй системы репрессіи, т. е., системы репрессіи предварительной дѣятельности. Создавая преступленіе съ усѣченнымъ составомъ право подвергаетъ наказанію не только ту матеріально неоконченную дѣятельность, которая приравнена къ оконченному преступленію, но, обыкновенно, и предварительную дѣятельность по отношенію къ этому преступленію съ усѣченнымъ составомъ. Производя усѣченіе состава преступления, право признаетъ оконченнымъ преступленіемъ поддѣлку монеты съ цѣлью сбыта ея, но оно, вмѣстѣ съ тѣмъ, признаетъ наказуемымъ и покушеніе на поддѣлку монеты и даже приготовленіе къ ней. Въ результатѣ такого приѣма права получается удвоеніе энергіи мотивационнаго давленія права и значительное усиленіе его воспитательнаго дѣйствія, такъ какъ приѣмъ угрозы виновному бесполезнымъ страданіемъ примѣняется правомъ, въ случаяхъ наказуемости покушенія на усѣченныя преступленія, дважды, а, въ случаѣ наказуемости приготовленія къ нимъ, даже трижды. А такъ какъ содержаніе предварительной преступной дѣятельности зависитъ отъ того содержанія, которое право придаетъ оконченному преступленію, то и подлежащее ожесточеніе дѣйствія права должно быть поставлено на счетъ системѣ репрессіи усѣченныхъ преступленій.

§ 3. Ученіе объ основаніяхъ безнаказанности приготовительныхъ къ преступленію дѣйствій.

Въ предшествующемъ изложеніи, говоря о существѣ проблемы обоснованія наказуемости предварительной преступной дѣятельности, мы уже указывали на то, что время возникновенія этой проблемы оказало существенное вліяніе и на содержаніе попытокъ ея разрѣшенія. Стремленіе къ этическому обоснованію наказуемости предварительной дѣятельности возникло впервые въ концѣ XVIII вѣка и укоренилось въ наукѣ уголовного права лишь въ XIX столѣтіи, т. е., въ ту эпоху, когда область наказуемости предварительной преступной дѣятельности ограничивалась уже одними случаями дѣйствій, выполняющихъ начало состава преступления и когда уже было выработано начало принципиальной безнаказанности приготовительныхъ къ пре-

ступленію дѣйствій. Это обстоятельство должно было неизбежно отразиться и на содержаніи соотвѣтствующихъ ученій криминалистовъ. Большинство ученыхъ, ставя себѣ задачею обоснованіе случаевъ наказуемости покушенія на преступленіе въ новомъ смыслѣ этого слова, не только не приводитъ никакихъ основаній въ пользу наказуемости приготовленія къ преступленію, но, напротивъ, указываетъ на рядъ соображеній, говорящихъ противъ наказуемости этого вида предварительной дѣятельности. Отсюда возникло особое уголовно-юридическое ученіе, направленное на оправданіе начала безнаказанности приготовительныхъ къ преступленію дѣйствій.

Переходя къ разсмотрѣнію ученій современной литературы о приготовленіи къ преступленію по существу, мы убѣждаемся въ томъ, что огромное большинство криминалистовъ, согласно признавая начало безнаказанности этой формы предварительной преступной дѣятельности, приводитъ въ подкрѣпленіе своего взгляда двѣ различныя категоріи доводовъ. Въ силу одной категоріи доводовъ, приготовленіе къ преступленію не можетъ подлежать наказанію въ виду отсутствія въ немъ тѣхъ элементовъ, которые обуславливаютъ собою наказуемость оконченныхъ преступленій, т. е. потому, что начало наказуемости этихъ преступленій не можетъ быть выведено изъ общихъ правовыхъ началъ, опредѣляющихъ собою отвѣтственность за преступленія. Эти доводы указываютъ на наличность правовыхъ основаній начала безнаказанности приготовленія къ преступленію. Въ силу второй категоріи доводовъ, приготовленіе къ преступленію должно быть оставлено безъ наказанія, потому что наказуемость ихъ вызвала бы нежелательныя соціальныя послѣдствія, т. е. потому, что противъ наказуемости приготовленія говорятъ особыя правнополитическія соображенія. Эти доводы мы будемъ называть правнополитическими доводами противъ наказуемости приготовленія къ преступленію. Они доказываютъ существованіе политическихъ основаній начала безнаказанности этого вида предварительной дѣятельности. Обращаясь къ разбору первой группы подлежащихъ доводовъ, мы встрѣчаемся со значительнымъ ихъ разнообразіемъ. Вопросъ объ основаніяхъ безнаказанности приготовительныхъ дѣйствій занимаетъ науку уголовного права уже около ста лѣтъ, и, по этому вопросу, успѣли высказаться уже многіе криминалисты. Но, несмотря на это, еще не достигнуто удовлетворительнаго рѣшенія этой проблемы и,

какъ мы сейчасъ увидимъ, традиціонные приемы разрѣшенія ея не могутъ быть признаны правильными.

Согласно одному взгляду, безнаказанность приготовленія объясняется отсутствіемъ въ составѣ этого дѣянія объективнаго вреда ¹⁾. Неправильность этого довода очевидна: вреда не имѣется налицо, по общему правилу, и въ составѣ покушенія и это не служитъ препятствіемъ къ наказуемости этого дѣянія. Нельзя признать убѣдительною и ссылку на отсутствіе опасности въ составѣ приготовительныхъ дѣйствій ²⁾: подобной опасности, какъ было замѣчено выше, можетъ не быть и въ составѣ покушенія на преступленіе и эта опасность не составляетъ собою непремѣннаго условія наказуемости предварительной преступной дѣятельности ³⁾. Нельзя согласиться и съ указаніемъ на то, что приготовительныя дѣйствія находятся не въ дѣйствительной, а только въ возможной связи съ задуманнымъ виновнымъ преступленіемъ ⁴⁾. И покушеніе на преступленіе не находится въ дѣйствительной связи съ преступленіемъ (преступнымъ результатомъ) и, тѣмъ не менѣе, изъ этого не дѣлаютъ вывода о безнаказанности покушенія.

Дальнѣйшій доводъ въ пользу безнаказанности приготовительныхъ дѣйствій, состоитъ въ указаніи на то, что внѣшняя сторона приготовленія къ преступленію не отражаетъ въ себѣ преступнаго умысла виновнаго. Дѣйствіе виновнаго, по мнѣнію нѣкоторыхъ криминалистовъ, въ этомъ случаѣ не свидѣтельствуетъ о характерѣ и свойствахъ его преступнаго намѣренія. Приготовительныя дѣйствія не могутъ подлежать наказанію потому, что они юридически безразличны, потому что они могутъ быть учинены не только ради достиженія преступной цѣли, но и ради достиженія дозволенной цѣли ⁵⁾; въ случаѣ совершенія этихъ

¹⁾ Сергѣевскій, Русское уголовное право, 1905, стр. 284; Кистяковский, Элементарный учебникъ общаго уголовного права, 1882, стр. 540.

²⁾ Zachariae, I, s. 207; Liszt, s. 207; Пусторослевъ, стр. 368.

³⁾ Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, s. 383; System, I, s. 235.

⁴⁾ Rossi, Traité de droit pénal, II, 1872, p. 120; Bauer, Lehrbuch des Strafrechts, 1833 (2 Aufl.), s. 105; Mittermaier, Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks: Anfang der Ausführung, GS, XI, 1859, s. 213; Berner, Grundsätze des Preussischen Strafrechts, 1861, s. 1; Pessina, Elementi di diritto penale, I, 1882, p. 247; Degois, Traité élémentaire de droit criminel, 1911, p. 146.

⁵⁾ Rauter, Traité théorique et pratique du droit criminel français, I. 1836, p. 198; Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse,

дѣйствій, бываетъ трудно доказать наличность преступнаго умысла виновнаго ¹⁾ и нельзя опредѣлить, какое преступленіе виновный имѣлъ въ виду совершить ²⁾. Но, противъ этого нужно возразить, что и внѣшняя сторона покушенія, сама по себѣ, представляется юридически безразличной и приобрѣтаетъ уголовно-юридическое значеніе только въ виду того, что соотвѣтственное дѣйствіе совершается виновнымъ съ умысломъ выполнить преступленіе. Если покушеніе можетъ заключать въ себѣ нарушеніе правового блага—носить характеръ квалифицированнаго покушенія,—то и приготовленіе можетъ носить такой же характеръ—ср., напр., похищеніе чужого ножа для совершенія убійства. Ссылка на трудность доказательства умысла у лица, совершившаго приготовленіе къ преступленію, не имѣетъ характера принципиальнаго довода и указываетъ только на то, что веденіе процесса противъ виновныхъ въ этихъ дѣяніяхъ связано съ большими затрудненіями, нежели судебное разбирательство дѣлъ о покушеніи на преступленіе. Наконецъ, для признанія поведенія лица за наказуемую предварительную дѣятельность вовсе нѣтъ нужды, чтобы преступный умыселъ виновнаго могъ быть непосредственно распознанъ изъ совершеннаго имъ дѣйствія. Этому условію не удовлетворяютъ даже наиболѣе тяжкіе виды покушенія, взятые сами по себѣ, независимо отъ обстановки ихъ выполненія. Какъ справедливо замѣчено въ наукѣ,

I, 1840, s. 346; Häberlin, Grundsätze des Criminalrechts, I, 1845, s. 46; Berner, Grundsätze, s. 1; Mittermaier, GS, XI, 1859, s. 213; Carrara, p. 231; Pessina, p. 247; Cohen, Die Vorbereitung von strafbaren Handlungen nach den Strafgesetzen des Deutschen Reichs, 1894, s. 30; Pinto, Manuale di diritto penale, 1898, p. 93; Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, I, 1898, p. 374; Garraud, Précis de droit criminel, 1907, p. 140; Bar, Gesetz, II, s. 507; Полетаевъ, Юр. В. 1863, № 11, стр. 42, 44; Калмыковъ, Учебникъ уголовного права, 1866, стр. 125; Будзинскій, Начала уголовного права, 1870, стр. 177; Кистяковский, 1875, стр. 171, 172; Пусто-рослей, стр. 369,

¹⁾ Chauveau-Hélie. Théorie du code penal, I, 1861, p. 369; Laborde, Cours de droit criminel, 1898, p. 66; Bar, Gesetz, II, s. 504; Frank, Vollen- dung und Versuch (Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil., B. V, 1908), s. 187; Бѣлогриць-Котлярев- скій, Учебникъ русскаго уголовного права, 1903, стр. 169.

²⁾ Zachariae, I, s. 210, 211; Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, 1836, s. 461; Mittermaier, GS, XI, 1859, s. 212, 213; Lacointa, Rev. crit. XXIII, 1861, p. 441; Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1857, s. 152.

даже выстрѣлъ, направленный въ человѣка, отнюдь не непременно свидѣтельствуетъ о зломъ умыслѣ лица; напр., въ томъ случаѣ, когда подобное дѣйствіе совершается ночью близорукимъ охотникомъ въ такомъ мѣстѣ, гдѣ онъ легко могъ встрѣтить медвѣдя ¹⁾).

Наконецъ, въ ряду правовыхъ доводовъ въ пользу безнаказанности приготовительныхъ дѣйствій, видное мѣсто занимаетъ еще и указаніе на то, что приготовительныя дѣйствія не свидѣтельствуютъ объ достаточной энергіи преступнаго намѣренія виновнаго. Дѣйствія эти, по мнѣнію многихъ криминалистовъ, обыкновенно бываютъ отдѣлены отъ совершенія преступления извѣстнымъ промежуткомъ времени, въ силу чего всегда оказывается возможнымъ признать, что лицо, совершившее приготовленіе къ преступленію, успѣло бы одуматься и не приступило бы къ выполненію злодѣянія ²⁾. Но особая энергія преступной воли вовсе не составляетъ необходимаго условія наказуемости преступленій; ея не нужно для репрессіи оконченнаго преступленія и покушенія на преступленіе; нельзя основывать на отсутствіи этой энергіи безнаказанности приготовительныхъ дѣйствій. Возможность отказа виновнаго отъ доведенія задуманной имъ преступной дѣятельности до конца существуетъ не только при приготовленіи, но и при покушеніи на преступленіе (добровольно оставленное покушеніе!), но, изъ этого, не слѣдуетъ безнаказанность всякаго покушенія вообще ³⁾.

Такимъ образомъ, разсмотрѣніе существа тѣхъ правовыхъ доводовъ, которые приводятся въ пользу принципа безнаказанности приготовительныхъ дѣйствій убѣждаетъ насъ въ ихъ несостоятельности. Не болѣе правильными слѣдуетъ признать и приводимые въ обоснованіе подлежащаго положенія правополи-

¹⁾ Колоколовъ, стр. 51.

²⁾ Berner, Lehrbuch, s. 152; Grundsätze, s. 1; Mittermaier, GS, XI, 1859, s. 212; Lacointa, Rev. crit. XXIII, 1861, p. 441, Buri, Versuch und Causalität, GS, XXXII, 1880, s. 324; Vidal, Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, 1901, s. 129; Frank, s. 187; Degois, p. 146; Будзинскій, стр. 178; Спасовичъ, Учебникъ уголовного права, 1863, стр. 140; Кистяковскій, 1875, стр. 172; Таганцевъ, Курсъ русскаго уголовного права, II, 1878, стр. 145; Лекціи, I, стр. 687; Владимировъ, Учебникъ русскаго уголовного права, 1889, стр. 100; Сергѣевскій, стр. 284; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 169; Пусторослевъ, стр. 368, 369.

³⁾ Köstlin, Revision, s. 383, 384; System, I, s. 234.

тическіе доводы. Такъ, нельзя согласиться съ мнѣніемъ тѣхъ ученыхъ, которые полагаютъ, что установленіе уголовной отвѣтственности за приготовленіе къ преступленію значительно увеличило бы число неосновательныхъ уголовныхъ процессовъ, привело бы къ учащенію случаевъ привлеченія къ суду невинныхъ людей и, тѣмъ самымъ, сильно стѣснило бы свободу гражданъ ¹⁾. Если и нельзя признать правильнымъ приведеннаго выше указанія на полную юридическую безцвѣтность актовъ приготовленія къ преступленію, то, тѣмъ не менѣе, нужно признать, что, въ видѣ общаго правила, эти дѣянія компрометируютъ виновника ихъ менѣе, нежели другія формы проявленія преступной дѣятельности. А если такъ, то и число возбуждаемыхъ дѣлъ о приготовленіи къ преступленію окажется скорѣе меньшимъ, по сравненію съ числомъ дѣйствительно выполненныхъ дѣйствій этого рода, нежели наоборотъ ²⁾.

Второй правнopolитическій доводъ противъ наказуемости приготовительныхъ дѣйствій заключается въ слѣдующемъ. Признаніе наказуемости приготовленія къ преступленію заставило бы виновныхъ окружать свою дѣятельность съ самаго ея начала глубокою тайною и тѣмъ вѣрнѣе достигали бы они намѣченной цѣли ³⁾. Это соображеніе справедливо указываетъ на то, что тайна приготовленія къ преступленію весьма часто служитъ залогомъ успѣшнаго выполненія послѣдняго. Но, нельзя забывать, что именно необходимость соблюденія тайны приготовительныхъ къ преступленію дѣйствій чрезвычайно затрудняетъ выполненіе послѣднихъ. Необходимость соблюденія этой тайны устраняетъ возможность обращенія за помощью къ третьимъ лицамъ; она не позволяетъ виновному спокойно выполнить необходимую для выполненія преступленія дѣйствія, заставляетъ его остерегаться раскрытія его тайны, работать урывками и т. д. Между тѣмъ, приготовительныя къ преступленію дѣйствія весьма часто

¹⁾ Rossi, II, p. 126; Zachariae, I, s. 209, 210; Bar, Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen, 1859, s. 41; Bar, Gesetz, II, s. 515; Foignet-Dupont, Manuel élémentaire de droit criminel, 1907, p. 55; Спасовичъ, стр. 140; Таганцевъ, Курсъ II, стр. 145; Лекціи, I, стр. 687; Пусторослевъ, стр. 369; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 169.

²⁾ Pfothenauer, Der Einfluss des factischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen, 1838, s. 53, 54.

³⁾ Rossi, II, p. 122; Zachariae, I, s. 210; Lainé, Traité élémentaire de droit criminel, 1879, p. 109; Калмыковъ, стр. 125, 126; Будзинскій, стр. 177; Спасовичъ, стр. 140.

отличаются чрезвычайно сложнымъ характеромъ, совершение ихъ часто требуетъ гораздо большаго времени, нежели совершение преступленія и потому нерѣдко представляется чрезвычайно труднымъ соблюсти тайну ихъ совершенія.

Наконецъ, нѣкоторые криминалисты, отстаивая принципъ безнаказанности приготовительныхъ дѣйствій, указываютъ на то, что установленіе наказуемости этой формы предварительной преступной дѣятельности создало бы для виновнаго побудительный мотивъ для окончанія преступленія: субъектъ, совершившій приготовленіе при означенныхъ условіяхъ, сознавалъ бы, что онъ будетъ во всякомъ случаѣ наказанъ и онъ стремился бы къ доставленію себѣ компенсаціи за это наказаніе—стремился бы къ окончанію преступленія и пожатію его плодовъ ¹⁾. Но это соображеніе упускаетъ изъ виду, что здѣсь идетъ рѣчь о наказуемости приготовленія къ преступленію, не перешедшаго въ покушеніе или совершеніе преступленія, лишь въ силу обстоятельствъ, отъ воли виновнаго не зависѣвшихъ, къ каковому, сказанное конечно совершенно не относится. Приведенный доводъ говоритъ не противъ наказуемости приготовленія, а противъ наказуемости всякой добровольно прерванной предварительной преступной дѣятельности. Къ разбору этого довода по существу мы еще будемъ имѣть случай вернуться въ послѣдующемъ изложеніи.

Такимъ образомъ, ни одинъ изъ приводимыхъ въ современной литературѣ въ пользу безнаказанности приготовительныхъ къ преступленію дѣйствій доводовъ не можетъ быть признанъ убѣдительнымъ. Послѣ сдѣланныхъ нами выше замѣчаній объ основаніи наказуемости предварительной дѣятельности подобный результатъ является совершенно понятнымъ. Господствующее мнѣніе стремится оправдать безнаказанность приготовительныхъ дѣйствій несомѣстимостью репрессіи этихъ дѣяній съ общими правовыми и правнополитическими началами. По этому взгляду, приготовленіе къ преступленію не можетъ подлежать наказанію, потому что противное не мирится ни съ какою вообще системою

¹⁾ Rossi, II, p. 122; Bauer, Abhandlungen, I, s. 346, 347; Trébutien, Cours élémentaire de droit criminel, I, 1854, p. 97; Lainé, p. 109; Bertauld, Cours de code pénal, 1873, p. 195; Tuozzi, p. 159; Garraud, Traité, I, p. 374; Précis p. 140; Пусторослевъ, стр. 369; Кистяковскій, стр. 179; Бѣлогриць—Котляревскій, стр. 169; Полетаевъ. Ю. В. 1863, № 11, стр. 43; Спасовичъ стр., 140.

права и правовой политики,— потому что наказуемость приготовления представляет собою вообще принципиально недопустимое явление. Это совершенно неправильно. Наказуемость приготовления была известна въ весьма широкихъ размѣрахъ уголовному праву вплоть до XIX вѣка и наказуемость отдѣльныхъ случаевъ приготовления известна нѣкоторымъ правамъ и въ настоящее время. Очевидно отсюда, что наказуемость приготовления къ преступленію не можетъ быть признана за институтъ принципиально несомвѣстимый съ началами права и правовой политики. Ключъ къ уразумѣнію причинъ безнаказанности приготовления въ новое время и наказуемости этого дѣянія въ прежнее время скрывается въ другомъ. Къ обнаруженію его мы приходимъ лишь при оцѣнкѣ правового значенія приготовления къ преступленію, какъ формы предварительной преступной дѣятельности.

Въ предшествующемъ изложеніи, говоря объ основаніяхъ наказуемости покушенія, мы указывали на то, что правильное рѣшеніе этого вопроса заключаетъ въ себѣ одновременно и рѣшеніе проблемы о причинахъ наказуемости всякой предварительной дѣятельности вообще, т. е. указываетъ, въ частности, и на основаніе наказуемости приготовительныхъ къ преступленію дѣйствій. Мы указали на то, что смыслъ института репрессіи предварительной дѣятельности, состоитъ въ томъ, что онъ является факторомъ особыхъ мотивационныхъ и воспитательныхъ воздѣйствій на психику людей, именно въ томъ, что соотвѣтственныя нормы ставятъ людямъ на видъ возможность претерпѣнія ничѣмъ не окупаемаго наказанія, при выполненіи преступленія и, тѣмъ самымъ, усиливаютъ дѣйствующіе противъ совершенія преступленія мотивы и воспитываютъ въ психикѣ людей отвращеніе къ преступленію. Затѣмъ, нами было отмѣчено, что большая или меньшая энергія соотвѣтствующихъ воздѣйствій находится въ зависимости отъ различныхъ условій нормировки состава предварительной дѣятельности и, въ частности, отъ объема области той неоконченной преступной дѣятельности, которая признается наказуемой. Большой объемъ этой дѣятельности, увеличивающій число шансовъ виновнаго подвергнуться наказанію за неудачную дѣятельность, усиливаетъ психологическое дѣйствіе изучаемаго института, меньшій объемъ соотвѣтственной дѣятельности, сокращающій число подлежащихъ шансовъ, ослабляетъ его дѣйствіе. И вотъ, принятіе во вниманіе этого условія и раскрываетъ намъ значеніе тѣхъ квалификацій, которыя усваиваются правомъ при-

готовительнымъ къ преступленію дѣйствіямъ. Вдумываясь въ существо различій этихъ квалификацій, мы замѣчаемъ, что система репрессіи предварительной дѣятельности, подвергающая наказанію, на ряду съ актами, начинающими выполненіе преступленія, и приготовительныя дѣйствія, расширяетъ кругъ вызывающихъ уголовную реакцію дѣйствій и, тѣмъ самымъ, усиливаетъ психологическое дѣйствіе разсматриваемаго института, а система репрессіи этой дѣятельности, карающая одну только предварительность перваго типа и оставляющая приготовленіе къ преступленію безъ наказанія, сокращаетъ кругъ случаевъ, связанной съ наказаніемъ, предварительной дѣятельности, и, тѣмъ самымъ, ослабляетъ психическое дѣйствіе разсматриваемаго института.

Изъ сказаннаго видно, что вопросъ о томъ, можетъ ли быть оправдана наказуемость приготовительныхъ къ преступленію дѣйствій, не можетъ быть рѣшенъ абсолютно и что рѣшеніе его должно быть различнымъ, въ зависимости отъ уровня общественной культуры. Если состояніе этой культуры таково, что общественное благо требуетъ примѣненія интенсивныхъ мѣръ правовой мотивациі и педагогики, наказуемость приготовленія къ преступленію должна быть признана основательною. Такое отношеніе къ себѣ это правовое начало и встрѣчало ранѣе, вплоть до XIX вѣка, и, въ эту эпоху, ни съ чьей стороны распространеніе репрессіи на эти дѣянія не встрѣчало нареканій. Если же, напротивъ, состояніе общественной культуры таково, что возможно примѣненіе болѣе мягкихъ средствъ воздѣйствія на психику людей, для побужденія ихъ къ соціальному поведенію, то наказуемость приготовленія не можетъ быть оправдана. Такое отношеніе и встрѣчаетъ къ себѣ это начало, начиная съ первой половины XIX вѣка.

§ 4. Ученіе объ основаніяхъ безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія.

Мы познакомились съ существомъ тѣхъ правовыхъ ученій, которыя были вызваны особенностями внѣшней стороны предварительной преступной дѣятельности. Но, нормы права, опредѣляющія наказуемость этой дѣятельности, заключаютъ въ себѣ еще и другія черты, отличающія ихъ отъ нормъ, карающихъ оконченныя преступленія. Эти нормы заключаютъ въ себѣ не только отступленіе отъ обычныхъ правовыхъ приѣмовъ опредѣленія существа наказуемыхъ дѣяній, онѣ содержатъ въ себѣ

также и отступление отъ обычныхъ пріемовъ опредѣленія степени неумолимости уголовныхъ наказаній. Постановленія о предварительной дѣятельности, обыкновенно, допускаютъ безнаказанность покушенія и въ такихъ случаяхъ, въ которыхъ оставленіе оконченныхъ преступленій безъ наказанія почитается недопустимымъ. Подобное отступление права отъ обычныхъ своихъ принциповъ опредѣленія репрессіи преступленій, по вышеуказаннымъ причинамъ, неизбѣжно должно было вызвать въ наукѣ стремленіе къ отысканію этическихъ основаній подобнаго явленія. И, дѣйствительно, въ наукѣ уголовного права существуетъ цѣлый рядъ попытокъ обоснованія нормъ, устанавливающихъ спеціальныя условія безнаказанности предварительной дѣятельности и допускающихъ оставленіе покушенія безъ наказанія въ такихъ случаяхъ, въ которыхъ оконченное преступленіе безусловно наказуется. При этомъ, главное вниманіе криминалистовъ было, разумѣется, обращено на обоснованіе того условія отпаденія наказуемости покушенія, которое постоянно упоминается уголовными кодексами и значеніе котораго въ настоящее время никѣмъ не оспаривается, — добровольнаго оставленія виновнымъ предпринятой имъ преступной дѣятельности.

Обращаясь къ разсмотрѣнію ученій объ основаніяхъ безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, мы убѣждаемся въ томъ, что они могутъ быть раздѣлены на три категоріи. Одну категорію составляютъ ученія правно-догматическаго характера — авторы ихъ полагаютъ, что дѣяніе виновнаго оставляется, въ подлежащихъ случаяхъ, закономъ безъ наказанія въ силу отсутствія въ немъ какого-либо изъ необходимыхъ признаковъ покушенія. Другую категорію образуютъ ученія правно-политическаго характера — авторы этихъ соображеній исходятъ изъ того взгляда, что, хотя дѣйствіе виновнаго въ случаѣ добровольной остановки его и удовлетворяетъ всѣмъ условіямъ покушенія, но оставленіе его безъ наказанія вызывается извѣстными соображеніями правовой политики. Наконецъ, третью группу образуютъ ученія, приводящія въ пользу института безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, какъ правно-догматическіе доводы, такъ и правно-политическія соображенія. Мы начнемъ съ разсмотрѣнія первой группы ученій.

Наиболѣе ранней попыткою обоснованія безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія является ученіе объ уничтожающемъ вліяніи отказа отъ покушенія на волю преступ-

ника. Необходимость оставленія добровольно оставленнаго покушенія безъ наказанія, по взгляду защитниковъ этого ученія, можетъ быть выведена изъ общихъ принциповъ уголовного права. Если исходить изъ того положенія, что, для наказуемости покушенія, требуется, частью внѣшняя, противорѣчащая закону, дѣятельность, частью же и, главнымъ образомъ, направленная на нарушеніе закона, злая воля, то, очевидно, что наказуемость дѣянія погашается, какъ скоро то или иное изъ подлежащихъ условій подвергается уничтоженію, становится несуществующимъ. Относительно внѣшней дѣятельности, подобное явленіе, конечно, невозможно. Что разъ совершилось, не можетъ быть сдѣлано не бывшимъ. Иное дѣло, если дѣйствующій останавливается на полпути и сообщаетъ волѣ, управлявшей его поведеніемъ до этого момента, новое направленіе или вовсе отказывается отъ своего намѣренія. Въ этихъ случаяхъ, бывшая налицо воля, заднимъ числомъ теряетъ свое значеніе ¹⁾).

Литература уголовного права уже давно отмѣтила неправильность этого разсужденія. Совершенно неправильно думать, что, при отказѣ виновнаго отъ покушенія, преступная воля его можетъ сдѣлаться несуществовавшей, въ качествѣ факта прошлаго времени. Между внѣшнимъ дѣйствіемъ и волею, въ этомъ отношеніи, не можетъ быть проводимо различіе: какъ то, такъ и другая, представляютъ собою факты, составляющіе достояніе прошлаго и сдѣланы не бывшими быть не могутъ ²⁾).

Предшествующее ученіе старалось обосновать безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія путемъ установленія факта послѣдующаго отпаденія необходимыхъ для наказуемаго покушенія признаковъ. Другое ученіе обосновываетъ подлежащее положеніе инымъ путемъ. Безнаказанность добровольно оста-

¹⁾ Zachariae, II, 1839, s. 240; Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, II, 1862, s. 312.

²⁾ Bauer, Abhandlungen, I, s. 356; Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht, I, 1857, s. 38; Schwarze, Versuch und Vollendung (Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts, B. II, 1871), s. 304; Hälschner, I, s. 360; Herzog, s. 149; Hatzig, Über den Rücktritt vom Versuch und die sogenannte thätige Reue, 1897, s. 76; Liszt, s. 215; Bar, Gesetz, II, s. 549; Fuhrmann, s. 39; Schwab, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme, 1904, s. 18; Brandis, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme, 1907, s. 4; Musy, p. 59; Wein, s. 12; Pawelke, Der Rücktritt des Täters vom Versuch in seiner strafrechtlichen Bedeutung für Anstifter und Gehilfen, 1912, s. 18; Колоколовъ, стр. 144.

вленного покушенія, по этому ученію, объясняется тѣмъ, что въ дѣяніи виновнаго въ этомъ случаѣ и съ самаго начала не имѣется на лицо необходимыхъ признаковъ покушенія. Въ наукѣ уголовнаго права неоднократно указывали на то, что внутренняя сторона покушенія представляется болѣе развитою, нежели внѣшняя его сторона, въ томъ смыслѣ, что, согласно замыслу виновнаго, внѣшняя дѣятельность его должна была получить большее развитіе, нежели это произошло на самомъ дѣлѣ. И вотъ, своеобразное пониманіе существа этого положенія привело нѣкоторыхъ ученыхъ къ убѣжденію въ отсутствіи признаковъ покушенія въ добровольно прерванной виновнымъ преступной дѣятельности.

Вдумываясь въ существо нѣкоторыхъ ученій объ уголовно-юридическомъ значеніи добровольнаго отказа отъ покушенія, можно видѣть, что они понимаютъ, характерное для покушенія, преобладаніе внутренней стороны дѣйствія надъ внѣшнею его стороною, не только въ смыслѣ большаго богатства признаковъ содержанія первой по сравненію со второю, но и въ смыслѣ большей продолжительности развитія волевыхъ элементовъ первой, по сравненію съ развитіемъ фактическихъ элементовъ второй. Каждому шагу виновнаго, по пути къ достиженію преступнаго результата, по этому пониманію, сопутствуетъ ходъ развитія желанія его идти все дальше и дальше и покушеніе характеризуется тѣмъ, что, несмотря на остановку развитія внѣшней стороны дѣйствія, внутренняя сторона преступления продолжаетъ развиваться и окончаніе преступнаго дѣянія продолжаетъ казаться виновному желательнымъ.

Характернымъ признакомъ покушенія, замѣчаютъ представители этого взгляда, является преобладаніе воли виновнаго надъ совершеннымъ имъ дѣйствіемъ. Но, добровольный отказъ виновнаго отъ предпринятаго имъ дѣйствія низводитъ его волю на уровень совершеннаго имъ дѣйствія, такъ что дѣйствіе его уже не можетъ быть наказано въ качествѣ покушенія ¹⁾. Отмѣна наказанія въ случаѣ добровольнаго отказа отъ покушенія необходима, потому что преступность покушенія заключается не во внѣшнемъ дѣйствіи, а единственно въ заявленномъ этимъ дѣйствіемъ намѣреніи совершить опредѣленное преступленіе, а это намѣреніе именно и отпадаетъ въ предполагаемомъ случаѣ ²⁾.

¹⁾ Berner, Verhandlungen des XII Deutschen Juristentages, I, 1876, s. 134.

²⁾ Köstlin, Revision, s. 395; System, I, s. 231; Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, 1876, s. 124.

Добровольный отказъ отъ покушенія отнимаетъ у дѣятельности, развившейся до покушенія, значеніе такового, потому что дѣйствіе покушенія наказуемо только въ его отношеніи къ преступному намѣренію и отсюда наказаніе не можетъ имѣть мѣста, какъ скоро виновный самъ, отказавшись отъ своего намѣренія, положилъ конецъ этому отношенію ¹⁾). Добровольно оставленная дѣятельность должна быть освобождена отъ всякихъ наказаній, такъ какъ, за отсутствіемъ дѣйствительнаго нарушенія закона, вреда или опасности вреда, и за прекращеніемъ преступнаго намѣренія, дѣятельность эта не можетъ уже считаться направляющею къ совершенію преступнаго дѣянія: она не является ни вредною, ни опасною для правопорядка ²⁾). Актъ прицѣливанія изъ ружья становится составною частью запрещеннаго дѣйствія только въ силу совершенія его съ намѣреніемъ лишить жизни другого человѣка. Онъ перестаетъ быть частью подобнаго дѣйствія, какъ скоро субъектъ по свободному побужденію отказывается отъ дальнѣйшаго выполненія. Нося противоправный характеръ лишь въ качествѣ части другого дѣйствія, а не въ качествѣ самостоятельнаго дѣйствія, дѣятельность виновнаго утрачиваетъ характеръ покушенія, какъ только отпадаетъ ея связь съ другими дѣйствіями ³⁾).

Неправильность этого ученія вытекаетъ изъ ошибочности его предпосылокъ. Отношеніе воли къ дѣйствію въ покушеніи вовсе не носитъ того характера, который ему приписывается представителями этого взгляда. Умысль совершить оконченное преступленіе бываетъ данъ цѣликомъ до предпріятія виновнымъ внѣшняго дѣйствія, а не развивается параллельно съ ходомъ процесса осуществленія внѣшней его стороны. Этотъ умысль порождаетъ актъ покушенія и обусловливаетъ собою его противоправность и преступность, но онъ вовсе не долженъ переживать его ⁴⁾). Въ частности, намѣреніе совершить преступленіе не переживаетъ покушенія и во многихъ случаяхъ покушенія, остановленнаго по обстоятельствамъ отъ воли виновнаго независѣвшимъ. Препятствіе, остановившее развитіе преступной дѣятельности виновнаго, можетъ носить такой характеръ, что онъ

¹⁾ Hälschner, System, I. s. 200.

²⁾ Сергѣевскій, стр. 327.

³⁾ Oetker, Z, XVII, 1897, s. 68.

⁴⁾ Fuhrmann, s. 39; Schwab, s. 19; Wein, s. 12.

откажется также и отъ своего намѣренія совершить преступленіе.

Такимъ образомъ, разсмотрѣнное ученіе должно быть признано неправильнымъ, въ силу того, что то отпаденіе психическихъ элементовъ покушенія, на которое оно ссылается, происходитъ уже по воплощеніи въ дѣяніи виновнаго всѣхъ признаковъ покушенія и потому не можетъ быть положено въ основу отрицанія наличности покушенія въ соотвѣтственномъ случаѣ. Нѣкоторые изъ защитниковъ вышеприведеннаго взгляда пытаются устранить это возраженіе и, настаивая на фактѣ отпаденія преступной воли, при отказѣ отъ покушенія, прилагаютъ главное стараніе на доказательство того, что это отпаденіе преступной воли происходитъ не послѣ реализаціи виновнымъ внѣшней стороны покушенія, а до реализаціи ея, такъ что и о наличности покушенія въ этомъ случаѣ говорить не приходится. Безнаказанность того, кто прерываетъ покушеніе по собственному побужденію, по мнѣнію этихъ криминалистовъ, вытекаетъ изъ понятія и существа покушенія. Въ юридическомъ смыслѣ, въ этихъ случаяхъ еще нѣтъ дѣянія, которое бы было выполнено съ намѣреніемъ совершенія преступленія. Правда, прежде чѣмъ прервать свою преступную дѣятельность, субъектъ уже дѣйствовалъ съ намѣреніемъ совершенія преступленія, но, на это дѣйствіе нельзя смотрѣть какъ на самостоятельный актъ поведенія, который можно было бы принимать въ расчетъ, независимо отъ перерыва преступнаго поведенія. Вся преступная дѣятельность отъ начала до конца представляетъ собою единое недѣлимое дѣйствіе: она можетъ быть разложена на отдѣльные акты, но, по существу, она составляетъ собою одно только дѣйствіе, — поведеніе, единство котораго основывается на томъ, что всѣ соотвѣтственные акты возникли изъ одной недѣлимой воли совершенія преступленія. Въ силу этого, если воля совершить преступленіе исчезаетъ при одномъ изъ актовъ, составляющихъ дѣятельность лица, то ея недостаетъ и всей этой дѣятельности какъ недѣлимому цѣлому ¹⁾.

Это воззрѣніе упускаетъ изъ виду, что отдѣльные акты чловѣка объединяются между собою не какими-либо физическими

¹⁾ Luden, Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechtes, I, 1847. s. 420.

свойствами, а исключительно тѣмъ, что они представляютъ собою продуктъ одного и того же намѣренія дѣйствующаго лица. Совершаемые человѣкомъ акты составляютъ собою часть одной и той же дѣятельности лишь до тѣхъ поръ, пока они направляются на реализацію одного и того же намѣренія лица. Если человѣкъ, по совершеніи нѣсколькихъ актовъ съ однимъ намѣреніемъ, откажется отъ своего прежняго плана и совершитъ слѣдующій актъ съ новымъ намѣреніемъ, то соотвѣтственное дѣйствіе его будетъ носить характеръ новой дѣятельности, а не продолженія прежней дѣятельности. Поэтому и актъ отказа отъ покушенія никоимъ образомъ не можетъ быть разсматриваемъ, какъ часть предпринятой ранѣ субъектомъ дѣятельности. Этотъ актъ прерываетъ развитіе преступной дѣятельности, останавливаетъ поведеніе виновнаго на стадіи покушенія, но онъ не мѣняетъ характера уже совершеннаго виновнымъ поведенія, не добавляетъ къ нему новыхъ признаковъ, а начинаетъ собою новую дѣятельность лица ¹⁾).

Такимъ образомъ, дѣйствіе виновнаго удовлетворяетъ всѣмъ условіямъ покушенія и въ случаѣ добровольнаго перерыва преступной дѣятельности. Дѣйствіе виновнаго и въ этомъ случаѣ предпринимается имъ съ намѣреніемъ совершить преступленіе. Съ этимъ положеніемъ соглашаются и нѣкоторые представители разсматриваемаго направленія. Покушеніе, замѣчаютъ они, наказывается потому, что преступная воля, начавшая свое осуществленіе, представляетъ собою опасность для общества и требуетъ кары; но, при добровольно оставленномъ покушеніи, злая воля исчезаетъ, прекращается. Конечно, этотъ отказъ не уничтожаетъ бытія покушенія, ибо бывшее нельзя сдѣлать не бывшимъ, но онъ уничтожаетъ основаніе наказуемости покушенія ²⁾. Но, и съ этимъ ученіемъ нельзя согласиться. Если подъ основаніемъ наказуемости дѣяній разумѣть догматическое основаніе ихъ репрессіи, то объ отпаденіи его въ случаѣ добровольнаго отказа отъ покушенія говорить невозможно. Съ догматической точки зрѣнія, основаніемъ репрессіи дѣянія является фактъ воплощенія въ немъ признаковъ состава преступленія и потому, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда дѣйствіе человѣка сохраняетъ характеръ покушенія, остается наличнымъ и основаніе

¹⁾ Herzog, s. 153, 154; Fuhrmann, s. 40; Brandis, s. 5; Wein, s. 11, 12; Pawelke, s. 20.

²⁾ Таганцевъ, Лекціи, I, стр. 717.

его наказуемости. Если же подь основаніемъ наказуемости дѣяній разумѣть мотивъ установленія ихъ репрессіи, то объ отпаденіи основанія наказуемости покушенія, въ случаѣ добровольнаго отказа отъ него виновнаго, говорить возможно, но подь соотвѣтственнымъ основаніемъ наказуемости придется разумѣть уже не юридическое, а политическое основаніе наказуемости покушенія и, сообразно съ этимъ, измѣнится и самый характеръ разсматриваемаго ученія.

Изъ вышеизложеннаго явствуетъ, что въ случаѣ добровольно оставленнаго покушенія, преступная воля, несомнѣнно, налична и прекращеніе ея не можетъ быть признано за отпаденіе юридическаго основанія наказуемости покушенія. Но, если преступная воля въ этомъ случаѣ и имѣется на лицо, то, быть можетъ, она отличается здѣсь какими-либо особенностями, объясняющими безнаказанность дѣйствія виновнаго? Нѣкоторые криминалисты отвѣчаютъ утвердительно на этотъ вопросъ. Безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія, по ихъ мнѣнію, объясняется не одними соображеніями уголовной политики. Отказъ отъ покушенія свидѣтельствуетъ, по общему правилу, о томъ, что воля виновнаго не отличалась достаточной твердостью, что и служитъ главнымъ основаніемъ его безнаказанности¹⁾. Количественный моментъ въ волѣ въ этомъ случаѣ оказывается недостаточнымъ, чтобы обосновать ея объективно-опасный характеръ²⁾. Но, какъ уже было замѣчено въ литературѣ, съ догматической точки зрѣнія, значительная энергія преступной воли не составляетъ необходимаго условія наказуемости преступленій³⁾. Если нѣкоторыя законодательства и придаютъ юридическое значеніе податливости преступной воли виновнаго, то только въ смыслѣ усвоенія ей характера смягчающаго отвѣтственности обстоятельства, а не въ смыслѣ приданія ей значенія условія отпаденія всякой уголовной отвѣтственности⁴⁾.

¹⁾ Lacointa, Rev. crit. XXIII, 1863, p. 450; Schwarze, NH, II, s. 305; Mewes, Die Grundsätze des Reichs-Strafgesetzbuchs über die thätige Reue, GS, XXIV, 1872, s. 163, 164; Buri, Ueber das Wesen des Versuchs, GA, XXV, 1877, s. 267—269; Horn, Z, XX, 1900, s. 353; Berolzheimer, s. 388.

²⁾ E. v. Liszt, Z, XXV, 1905, s. 81.

³⁾ Hatzig, s. 76; Schwab, s. 19; Brandis, s. 5; Zeime, s. 13; Pawelke, s. 21, 22; Мокринскій, II, стр. 250.

⁴⁾ Bauer, Abhandlungen, I, s. 356; Herzog, s. 155; Fuhrmann, s. 41, Schwab, s. 19; Pawelke, s. 21.

Наконецъ, нельзя забывать, что прекращеніе преступной дѣятельности можетъ имѣть мѣсто и въ томъ случаѣ, когда субъектъ имѣлъ весьма твердую преступную волю, напр., когда онъ оставляетъ свою дѣятельность изъ какихъ-либо новыхъ расчетовъ и пр. ¹⁾.

Наконецъ, существуетъ еще одно ученіе, выводящее безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія изъ особенностей внутренней стороны дѣянія виновнаго въ этомъ случаѣ. Опредѣляя область наказуемыхъ дѣяній, говорятъ нѣкоторые ученые, право относить къ ней или такія дѣянія, авторы которыхъ дѣйствительно проявили способность довести преступленіе до конца, или же такія дѣянія, у авторовъ которыхъ можетъ быть предполагаема подобная мощь преступной воли. Въ силу перваго основанія, наказываются оконченное преступленіе и оконченное покушеніе, въ силу втораго—неоконченное покушеніе. Покушеніе добровольно оставленное, не доказывающее подобной мощности преступной воли дѣйствующаго лица и не позволяющее предполагать за ней такого характера, не можетъ поэтому подлежать наказанію.

Это возрѣніе на основаніе наказуемости покушенія легло въ основу разсужденій многихъ криминалистовъ о причинѣ безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія. Характеристичный признакъ покушенія, замѣчаютъ сторонники этого взгляда, состоитъ въ томъ, что оно представляетъ собою актъ выполненія умысла, но, для него, вовсе не характерна фактическая сторона соотвѣтственнаго дѣйствія. Дѣйствіе покушенія, если отрѣшиться отъ проникающей его воли, оказывается совершенно безразличнымъ ²⁾. Осуществленіе умысла въ нѣкоторыхъ случаяхъ представляетъ собою процессъ развитія, который, какъ таковой, имѣетъ свое начало и свой конецъ... Это развитіе умысла, прежде своего завершения, можетъ быть прервано обратнымъ рѣшеніемъ воли, т. е. покушеніе можетъ быть оставлено дѣйствующимъ лицомъ. Обратная воля не можетъ лишиться прежней воли ея качества... Но, для внѣшняго міра, прекращеніе воли, не *integra*, т. е., до образованія полнаго комплекта факторовъ причинной связи, имѣетъ то же значеніе, какъ если-бы этой воли не было вовсе. Увѣренность, что уго-

¹⁾ Cohn, s. 617, 618; Wein, s. 12; Колоколовъ, стр. 144, 145.

²⁾ Lammasch, s. 63.

ловная угроза не оказала дѣйствія, и, слѣдовательно, необходимость подвергнуть индивида наказанію, сообщается фактомъ, что субъектъ прошелъ до конца весь путь покушенія, ибо, пока онъ не дошелъ до этого конца, онъ можетъ всякую минуту, подчиняясь закону, остановиться, и тогда противоправный результатъ совершенно такъ же бы не имѣлъ достаточной причины, какъ если бы субъектъ вовсе не приступалъ къ дѣйствию. До самаго момента окончанія своей дѣятельности, виновный сознаетъ себя хозяиномъ положенія, повелителемъ естественныхъ силъ, онъ можетъ воспользоваться ими или не воспользоваться, и даже, философски разсуждая, до того времени нельзя судить, можетъ ли представленіе, побуждающее лицо къ преступленію, быть признано мотивомъ или нѣтъ, такъ какъ только опытъ можетъ рѣшить, опредѣлило ли это представленіе собою поведеніе человѣка или нѣтъ... Наказуемость неоконченнаго покушенія поэтому основывается на презумпціи, что умыселъ, объективированный въ одномъ или нѣсколькихъ актахъ, продлился бы до крайняго момента въ ряду исчерпывающихъ его актовъ ¹⁾. Нельзя говорить, что покушеніе, которое уже наказуемо, становится ненаказуемымъ вслѣдствіе послѣдующаго добровольнаго отказа. Покушеніе въ этомъ случаѣ, какъ было, такъ и остается ненаказуемымъ. Въ тотъ моментъ, когда покушающійся добровольно прекращаетъ свою дѣятельность, презумпція неотказа отступаетъ передъ фактомъ отказа; не природа дѣйствія мѣняется въ этотъ моментъ, — только въ этотъ моментъ впервые раскрывается настоящій характеръ дѣйствія ²⁾.

Наказуемость покушенія, говорятъ другіе криминалисты, представляется въ особенности умѣстной по отношенію къ преступникамъ ремесла и привычки. При условіи ненаказуемости покушенія, эти преступники легко бы ускользали изъ рукъ правосудія: они доводили бы свое преступленіе до конца, только убѣдившись, что ихъ не изобличатъ. Но, это соображеніе даетъ намъ также и ключъ къ правильному построенію ученія о покушеніи вообще. Очевидно, что, въ приведенномъ случаѣ, юридическимъ оправданіемъ наказанія является наше убѣжденіе въ томъ, что мы имѣемъ дѣло съ такою степенью человѣческой энергіи, которая способна довести преступленіе до момента его

¹⁾ Lammasch, s. 69, 70; Калмыковъ, стр. 127.

²⁾ Lammasch, s. 72.

на вою преступленіи

окончанія. Составъ покушенія способенъ внушить намъ такое убѣжденіе почти въ той же степени, что и составъ оконченнаго преступленія; такую оцѣнку, по крайней мѣрѣ, встрѣчаетъ онъ со стороны общежитейскихъ сужденій. Право усваиваетъ въ этомъ случаѣ послѣдній критерій изъ уголовно-политическихъ соображеній. Сообразно съ этимъ, добровольно оставленное покушеніе, при которомъ энергія преступной воли оказывается недостаточною и субъектъ самъ отступаетъ отъ своего намѣренія, не можетъ подлежать наказанію по чисто юридическимъ соображеніямъ ¹⁾).

Основаніе безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія состоитъ въ томъ, что соотвѣтственный отказъ виновнаго устраняетъ возможность предполагать, что воля его окажется достаточно стойкой и онъ успѣетъ довести преступленіе до конца ²⁾).

Эта попытка обоснованія безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія вызвала въ литературѣ уголовного права цѣлый рядъ возраженій. Криминалисты замѣтили, что уголовное право признаетъ предположеніемъ наказуемости покушенія не одну только преступную волю; оно признаетъ существеннымъ условіемъ ея и опредѣленную форму внѣшней стороны дѣянія виновнаго ³⁾. Далѣе, уголовное право основываетъ наказуемость дѣяній только на дѣйствительныхъ свойствахъ поведенія виновнаго и оно никогда не придаетъ подобнаго значенія предполагаемымъ качествамъ этого поведенія ⁴⁾. Наконецъ, покушеніе наказуется и въ томъ случаѣ, когда воля виновнаго совершенно явно не имѣла достаточно энергіи, чтобы докончить преступленіе, напр., въ тѣхъ случаяхъ, когда виновный въ оконченномъ покушеніи, черезъ нѣсколько времени, раскаивается и желаетъ предупредить наступленіе преступнаго результата, но, прибывъ на мѣсто происшествія, убѣждается въ томъ, что этотъ результатъ уже предупрежденъ третьимъ лицомъ и что моментъ возможности проявленія дѣятельнаго раскаянія имъ безвозвратно упущенъ ⁵⁾).

¹⁾ Herzog, s. 174, 175.

²⁾ Klee, s. 45; Bar, Gesetz, II, s. 549; Платоновъ. О покушеніи на преступленіе, Журн. Юрид. Общества, 1898, кн. 8, стр. 109.

³⁾ Fuhrmann, s. 43; Brandis, s. 7; Мокринскій, II, стр. 255.

⁴⁾ Fuhrmann, s. 43; Brandis, s. 7; Pawelke, s. 24.

⁵⁾ Brandis, s. 7, 8.

Уже въ предшествующемъ изложеніи, при разсмотрѣніи другихъ ученій объ основаніи безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, мы имѣли случай указывать на то, что твердость преступной воли не составляетъ необходимаго условія наказуемости преступныхъ дѣяній. Для примѣненія постановленій права о безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, вовсе нѣтъ необходимости, чтобы преступная дѣятельность виновнаго не получила завершения, именно, вслѣдствіе слабости его преступной воли, и нѣтъ нужды, чтобы она осталась незаконченною вслѣдствіе какихъ-либо измѣненій въ этой волѣ, напр., вслѣдствіе того, что цѣль, казавшаяся субъекту прежде заманчивою, во время исполненія дѣйствія, перестала ему казаться таковою и т. п. Соотвѣтственныя постановленія могутъ быть примѣнены и въ томъ случаѣ, когда прежняя цѣль продолжаетъ виновному казаться заманчивою, но онъ отказывается отъ достиженія ея въ силу какихъ-либо иныхъ соображеній и мотивовъ.

Наконецъ, необходимо замѣтить, что существуютъ криминалисты, которые основываютъ начало безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія на фактъ отсутствія въ личности виновника тѣхъ чертъ, которыя являются предположеніемъ примѣненія уголовныхъ наказаній. По мнѣнію этихъ ученыхъ, безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія можно обосновать, только исходя изъ началъ политики спеціальнаго предупрежденія преступленій. Наказуемость неоконченнаго преступленія, замѣчаютъ они, необходимо предполагаетъ констатированіе въ данномъ субъектѣ способности сдѣлаться дѣйствительнымъ нарушителемъ правовой нормы, составляющей предметъ его посягательства; признаніе же такой способности возможно только тамъ, гдѣ субъектъ доводитъ до конца предпринятую имъ дѣятельность¹⁾. Но, какъ было уже замѣчено выше, система уголовной репрессіи не покоится на началахъ борьбы съ рецидивомъ; она служитъ задачамъ общаго, а не спеціальнаго предупрежденія преступленій. Сверхъ того, оконченное покушеніе не составляетъ собою доказательства опасности субъекта, а неоконченное покушеніе не является порукою его безопасности²⁾. Даже фактъ добровольнаго отказа виновнаго отъ покушенія не

¹⁾ Колоколовъ, стр. 191.

²⁾ Мокринскій, II, стр. 259.

говорить въ пользу безопасности, совершившаго покушеніе, лица. Въдь этотъ отказъ вовсе не всегда обусловливается мотивами соціального свойства, онъ можетъ быть результатомъ мотивовъ антисоціальныхъ и соціально-безразличныхъ ¹⁾).

Разсмотрѣнныя нами до сихъ поръ попытки обоснованія безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія исходили изъ разсмотрѣнія внутренней стороны дѣятельности виновнаго. Но, существуютъ и такія ученія, которыя пытаются вывести безнаказанность подлежащей дѣятельности изъ особенностей внѣшней ея стороны. Такъ, нѣкоторые криминалисты доказываютъ отсутствіе элемента противоправности въ составѣ добровольно прерванной преступной дѣятельности. Право, замѣчаютъ сторонники этого взгляда, запрещаетъ создавать причину наступленія преступнаго результата посредствомъ человѣческой дѣятельности и потому лицо, устраняющее условія, противодѣйствующія этому результату, но затѣмъ, возмѣщающее ихъ созданіемъ новыхъ, подобныхъ имъ условій, дѣйствуетъ въ согласіи съ правомъ. Такое лицо уничтожаетъ, вторымъ своимъ дѣйствіемъ, ту «возможную» причину, которую оно создало первымъ своимъ дѣйствіемъ и препятствуетъ ей сдѣлаться дѣйствительною причиною. На выполненіи этой правовой обязанности покоится безнаказанность добровольнаго отказа отъ покушенія, который долженъ выразиться въ подавленіи внѣшней стороны дѣйствія, такъ какъ иначе вызванныя къ жизни условія продолжили бы свое дѣйствіе вплоть до наступленія противоправнаго результата. Отпаденіе наказуемости, въ этомъ случаѣ, является такимъ образомъ не только требованіемъ мудрости, оно коренится въ фактѣ отпаденія противоправности дѣянія субъекта ²⁾).

По поводу этого ученія было справедливо замѣчено, что если даже и согласиться съ тѣмъ, что покушающійся, добровольно отступая, уничтожаетъ условія благопріятствующія результату, то отсюда слѣдуетъ только, что его нельзя дѣлать отвѣтственнымъ за совершеніе преступленія. Приведенное соображеніе нисколько не касается его наказуемости за покушеніе ³⁾. Въдь въ моментъ устраненія виновнымъ противодѣйствующихъ наступле-

¹⁾ Мокринскій, II, стр. 259, 260; Zeime, s. 56.

²⁾ Binding, Normen, I, s. 117, Anm. 8; Binding, Vier Forderungen an das künftige Reichsstrafgesetzbuch und eine fünfte an die Motive seines Entwurfs, GS, LXVII, s. 23; Schoetensack, Tätige Reue (V. D. A. II), s. 437.

³⁾ Baumgarten, s. 468; Pawelke, s. 27; Мокринскій, II, стр. 251.

нію преступнаго результата условій, его поведеніе обдало уже противоправнымъ характеромъ и, если виновный впоследствии и возвратился къ долгу, создавъ новыя, противодѣйствующія результату, условія, то это не можетъ служить основаніемъ для признанія всего его поведенія за правомѣрную дѣятельность ¹⁾. Кромѣ того, неправильно обсуждать юридическую природу дѣйствій, основываясь на однихъ только свойствахъ объективной ихъ стороны. Не одно и то же—устранить условіе отрицательное (по отношенію къ вредному результату) съ тѣмъ, чтобы замѣнить его другимъ отрицательнымъ, и съ тѣмъ, чтобы вызвать вредный результатъ ²⁾. Юридическая природа обоихъ дѣйствій представляется совершенно различною и потому, даже при допущеніи правильности изложеннаго ученія о совершеніи преступления, нельзя признать правильнымъ сдѣланнаго изъ него вывода о свойствахъ добровольно прерванной преступной дѣятельности.

Другіе криминалисты стараются основать безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія на иныхъ особенностяхъ внѣшней стороны подлежащей дѣятельности. Безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія, по мнѣнію нѣкоторыхъ, находитъ себѣ оправданіе въ томъ, что, посредствомъ своего отказа отъ покушенія, субъектъ устраняетъ нарушеніе правового мира, или вѣрнѣе, не допускаетъ реализаціи этого нарушенія ³⁾. Съ этимъ взглядомъ такъ же нельзя согласиться. Для понятія покушенія вовсе не необходимо, чтобы дѣйствіе виновнаго вызвало нарушеніе правового мира и самое понятіе правового мира лишено всякой опредѣленности.

Разсмотрѣнныя нами выше ученія старались вывести безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія, изъ принциповъ положительнаго права и представить это положеніе какъ выводъ изъ того опредѣленія покушенія, которое усвоено офіціальнымъ правомъ. Но существуетъ воззрѣніе, которое рассматриваетъ льготу безнаказанности покушенія въ соотвѣтственномъ случаѣ, не какъ требованіе положительнаго права, а какъ требованіе справедливости. Безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія, по мнѣнію представителей этого взгляда,

¹⁾ Brandis, s. 9; Zeime, s. 53.

²⁾ Мокринскій, II, стр. 252.

³⁾ H. Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1895, s. 213; Frank, s. 267.

покоится не на правовомъ и не на уголовнополитическомъ основаніи; она основывается исключительно на справедливости, которая, вмѣсто того, чтобы прибѣгать къ помощи чрезвычайнаго средства помилованія, создаетъ въ этомъ случаѣ обычное основаніе отпаденія наказуемости ¹⁾).

Ссылка на справедливость оставленія безъ наказанія лица, добровольно отказавшагося отъ покушенія, не можетъ быть признана за научное разрѣшеніе поставленнаго выше вопроса. Требования справедливости представляютъ собою не что иное, какъ требования права, требования нашего правосознанія, и потому ссылка на содержаніе ихъ не разрѣшаетъ поставленной проблемы, а повторяетъ ее.

Такимъ образомъ, ни одна изъ разсмотрѣнныхъ нами попытокъ обоснованія безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, не можетъ быть признана правильною. Подобный результатъ не представляетъ собою чего либо удивительнаго; онъ обуславливается характеромъ принятой всѣми вышеприведенными ученіями точки зрѣнія. Эти ученія стремятся вывести безнаказанность добровольно прерванной преступной дѣятельности изъ общихъ воззрѣній права на покушеніе и оконченное преступленіе. Но, если бы разрѣшеніе подобной проблемы было возможно, если бы принципъ безнаказанности такого покушенія дѣйствительно вытекалъ изъ общаго понятія о покушеніи, то право и не заключало бы въ себѣ спеціальныхъ постановленій, провозглашающихъ этотъ принципъ. Формулировка этого принципа лежала бы на обязанности доктрины и процессъ выведенія его изъ общаго понятія о покушеніи представлялся бы столь же безспорнымъ, какъ и, напр., процессъ обоснованія безнаказанности покушенія на неосторожное преступленіе. Задаваться вопросомъ о правовыхъ основаніяхъ безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія неправильно уже потому, что подобнымъ основаніемъ ея служить спеціальныи, посвященный ей, уголовный законъ; отыскиваніе ей какого-либо иного догматическаго основанія представляется совершенно излишнимъ. Другое дѣло вопросъ о причинахъ появленія въ правѣ подобнаго спеціальнаго постановленія, вопросъ о тѣхъ основаніяхъ, которыя обусловили провозглашеніе принципа безнаказанности добровольно оставлен-

¹⁾ Schütze, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs, 1871, s. 115; Baumgarten, s. 469.

наго покушенія. Рѣшеніе этого вопроса вполне возможно и можетъ заключаться только въ раскрытіи тѣхъ политическихъ оснований, которыя побудили право установить подобное исключеніе изъ общаго правила о наказуемости покушенія. Къ разрѣшенію этой задачи и стремятся ученія о политическомъ основаніи безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія.

Наиболѣе распространенная изъ попытокъ обоснованія безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія на политическихъ началахъ исходитъ изъ того соображенія, что успешное предупрежденіе совершенія преступленія требуетъ въ извѣстныхъ случаяхъ отмѣны наказуемости покушенія. Добровольный отказъ отъ преступленія предполагаетъ возможность доведенія преступленія до конца и, отказываясь отъ продолженія своей дѣятельности, виновный отказывается отъ окончанія задуманнаго имъ преступленія. Если мы хотимъ предотвратить хотя нѣкоторые случаи совершенія преступленія, мы должны сдѣлать перспективу отказа отъ покушенія заманчивою для виновнаго и обѣщать ему безнаказанность, въ случаѣ добровольнаго перерыва имъ своей преступной дѣятельности. Провозглашеніе принципа безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія представляетъ собою могущественное средство удержанія субъекта отъ доведенія преступленія до конца ¹⁾. Вводя въ законъ подобное постановленіе, право создаетъ виновному, уже навлекшему на себя наказаніе, золотой мостъ къ отступленію ²⁾. Освобожденіе виновнаго отъ наказанія въ этомъ случаѣ имѣетъ характеръ преміи за воздержаніе отъ окончанія преступленія и, слѣдовательно, служить цѣли превенціи ³⁾. Право оперируетъ не только съ наказаніемъ, но также, хотя это отмѣчается лишь крайне рѣдко, и съ наградами. Для того чтобы удержать преступника отъ причиненія вреда чужимъ интересамъ, право

перерыву

¹⁾ Bauer, Abhandlungen, I, s. 346, 358; Hatzig, s. 82, 83; Eisenmann, Die Grenzen des strafbaren Versuchs, 1893, s. 19; Lainé, p. 118; Garraud, Traité, I, p. 383; Précis, p. 145; Prins, Science, p. 133; Vidal, p. 130; Fuhrmann, s. 44, 45; Brandis, s. 29; Manzini, II, p. 379; Giuliani, I, p. 125; Чебышевъ—Дмитріевъ, О покушеніи, 1866, стр. 141; Будзинскій, стр. 195; Мокринскій, II, стр. 264; Познышевъ, в. с. стр. 363.

²⁾ Liszt, s. 215; Meyer—Allfeld, s. 181; Набоковъ, Психическая оцѣнка виновности и объективная мѣра наказуемости покушенія, 1901 (Сборникъ статей, 1904), стр. 80, 81.

³⁾ Merkel, Lrb, s. 135.

объясняетъ ему безнаказанность въ случаѣ дѣятельнаго его раскаянія ¹⁾).

Противъ этого въ литературѣ уголовного права было сдѣлано возраженіе. Нѣкоторые криминалисты подвергли сомнѣнію возможность удержанія субъекта, уже приступившаго къ выполнению преступленія, отъ довершенія преступленія, посредствомъ обѣщанія ему безнаказанности за перерывъ преступной дѣятельности. Сомнительно, говорятъ эти ученые, чтобы мысль о ненаказуемости добровольно оставленнаго покушенія могла повліять на преступника, уже дошедшаго до стадіи покушенія. Развѣ раньше не думалъ онъ о томъ, что не будетъ наказанъ, если вовсе не приступитъ къ дѣйствію? Разсматриваемое постановленіе поэтому лишено практическаго значенія ²⁾. Но, какъ справедливо замѣчено, съ подобнымъ доводомъ нельзя согласиться. У натуръ колеблющихся, а равно въ случаѣ присоединенія къ мотивамъ, существовавшимъ ранѣе, какихъ-либо новыхъ импульсовъ, впервые достигшихъ сознанія субъекта въ моментъ выполнения дѣянія, объявленная безнаказанность можетъ легко измѣнить направленіе воли. Всего нагляднѣе наблюдается это тамъ, гдѣ субъектъ, при отсутствіи закона, можетъ оградить себя единственно выполненіемъ фактическихъ условій безнаказанности, напр., сокрытіемъ трупа при убійствѣ, дѣйствительнымъ ниспроверженіемъ государственнаго порядка при государственной измѣнѣ ³⁾. Ничто не можетъ быть желаннѣе опаснымъ составителямъ заговоровъ, какъ законъ, запирающій выходную дверь за вступившими въ соглашеніе; издавна считалось наилучшимъ средствомъ, для успѣха предпріятія, сожженіе кораблей за участниками ⁴⁾.

228
Согласно другому взгляду, вышеприведенныя правнополитическія соображенія недостаточны для оправданія безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, такъ какъ они примѣнимы къ тому только субъекту, который знакомъ съ уголовно юридическимъ значеніемъ отказа отъ покушенія ⁵⁾, Но это замѣчаніе представляетъ собою очевидное недоразумѣніе. Задаваясь

¹⁾ Hold von Ferneck, I, s. 79.

²⁾ John, Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund, 1868, s. 222, 223.

³⁾ Мокринскій, II, стр. 263; Zeime, s. 45.

⁴⁾ Berner. Die Lehre von der Theilnahme, 1847, s. 476.

⁵⁾ Frank, s. 242.

не надо думать закона - там же соборы - соответствующие
институции и т.д. Сие же суд соборы - духу блага
Когда подданные право - абывшему, следовательно,
В угрозы и т.д. не знаешь, ибо саблюдени морей
— 71 — посреде склибны
сфи.

вопросомъ объ основаніяхъ безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, мы интересуемся тѣми политическими соображеніями, которыя оправдываютъ собою провозглашеніе подлежащаго правового принципа, а вовсе не оставленіе безъ наказанія конкретнаго субъекта, совершившаго покушеніе и прервавшаго свою дѣятельность. Для установленія политической разумности извѣстной правовой мѣры, достаточно выясненія цѣлесообразности, лежащаго въ основѣ ея, принципа и вовсе нѣтъ необходимости доказывать, что она оказывается всегда социалью полезною *in concreto*.

Мы познакомились съ одною попыткою политическаго обоснованія безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія. Но въ наукѣ уголовного права была сдѣлана еще и другая попытка въ этомъ направленіи. Нѣкоторые криминалисты полагаютъ, что политическій смыслъ разсматриваемыхъ постановленій заключается въ томъ парализующемъ вліяніи, которое они оказываютъ на вредныя стороны мотивационнаго вліянія нормъ, карающихъ покушеніе. Недостаточно, замѣчаютъ эти криминалисты, наказывать за покушеніе мягче, чѣмъ за преступленіе оконченое; государству слѣдуетъ при извѣстныхъ условіяхъ отказаться вовсе отъ угрозъ наказаніемъ, если оно не хочетъ, противодействуя покушенію, поощрять къ совершенію оконченаго преступленія. Мы имѣемъ въ виду тѣ случаи, когда преступникъ возвращается добровольно съ пути неправаго на путь справедливости, когда дѣяніе осталось неоконченнымъ не вопреки волѣ преступника, но или вслѣдствіе страха наказанія, или изъ побужденій состраданія, или подъ вліяніемъ проснувшейся совѣсти, или по другимъ внутреннимъ причинамъ. Если государство лишаетъ человѣка возможности безнаказанно раскаяться въ уже предпріятомъ дѣяніи, то оно само до нѣкоторой степени толкаетъ его на преступленіе, ибо тогда несчастный, совершившій покушеніе, знаетъ, что онъ уже подлежитъ наказанію, что своимъ раскаяніемъ онъ ровно ничего не пріобрѣтетъ, и не потеряетъ существенно, если окончитъ свое дѣяніе. Карающая власть стала бы въ противорѣчіе съ собою, если бы она вздумала наказывать тѣхъ, кто, въ страхѣ передъ нею, отказался отъ своего дѣянія ¹⁾. Если изслѣдовать дѣйствіе угрозы наказа-

¹⁾ Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs, I, 1804, s. 102 ff.; Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, 1823, I, s. 257, 258; Mittermaier, NA, I, 1816, s. 201; Rossi, II, p. 177.

ніемъ за оконченное преступленіе на психику лица, уже приступившаго къ выполненію преступленія, замѣчаютъ другіе сторонники этого взгляда, то не трудно будетъ убѣдиться, что оно оказывается значительно менѣе сильнымъ въ тѣхъ случаяхъ, когда покушеніе на данное преступленіе обложено наказаніемъ чѣмъ при противоположныхъ условіяхъ. Предположимъ, что совершеніе извѣстнаго преступленія карается 5 годами тюрьмы, а покушеніе на него—4 годами тюрьмы. До приступа къ выполненію преступленія, субъектъ считается съ грозящимъ ему пятилѣтнимъ тюремнымъ заключеніемъ; съ началомъ исполненія угроза разлагается: 4 года переходятъ въ достовѣрность (т. е. субъектъ долженъ ихъ ожидать съ полной увѣренностью), остается, такимъ образомъ, въ силѣ еще угроза только 1 годомъ заключенія. Если бы угроза наказаніемъ была полною, то виновный и въ стадіи исполненія еще, пожалуй, удержался бы отъ преступленія, но въ виду наказуемости покушенія положеніе мѣняется. Субъектъ уже примирился съ неизбѣжностью отбытія 4-хъ лѣтняго тюремнаго заключенія, а пробыть въ тюрьмѣ годомъ больше или меньше для него почти безразлично, такъ какъ уже четырехлѣтнее тюремное заключеніе губитъ всю его карьеру, лишаетъ его средствъ къ существованію, уваженія другихъ людей и т. д. И вотъ обѣщаніе безнаказанности лицу, добровольно оставляющему покушеніе или проявляющему дѣятельное раскаяніе, возстановляетъ полную силу прежней угрозы ¹⁾.

Сравнивая между собою оба послѣднія ученія объ основаніи безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, можно замѣтить, что между ними существуетъ много общаго. Оба ученія полагаютъ, что смыслъ разсматриваемыхъ постановленій заключается въ мотиваціонномъ воздѣйствіи на людей, во время исполненія ими преступнаго дѣянія. Эти постановленія должны побуждать лицо, уже приступившее къ выполненію преступленія, къ воздержанію отъ доведенія его до конца. Согласно первому взгляду, это побужденіе достигается посредствомъ гарантірованія виновному безнаказанности, въ случаѣ добровольнаго отказа отъ доведенія предпринятаго имъ преступленія до конца, т. е., путемъ раскрытія передъ нимъ положительныхъ перспективъ. Согласно второму взгляду, это побужденіе достигается тѣмъ, что устано-

¹⁾ Thomsen, Criminalpolitische Bekämpfungsmethoden, 1893, s. 55, 56, 65; Musy, p. 57, 58; Wein, s. 15; Pawelke, s. 32, 33.

вление безнаказанности добровольно оставленного покушения общаетъ уголовной угрозѣ за оконченное преступленіе ту же энергію, которою она обладала до приступа виновнаго къ совершенію преступленія и, слѣдовательно, выражается въ ухудшеніи открытыхъ передъ лицомъ, совершившимъ покушеніе, отрицательныхъ перспективъ. Оба воззрѣнія отнюдь не исключаютъ другъ друга, они являются взаимнымъ дополненіемъ. Отмѣчаемые криминалистами положительные и отрицательные мотивы въ тѣхъ случаяхъ, когда они имѣются налицо, дѣйствуютъ въ одномъ и томъ же направленіи. Усиленіе стремленій въ пользу отказа отъ окончанія преступленія и усиленіе мотивовъ, противодѣйствующихъ этому окончанію, представляютъ собою, взаимно поддерживающіе другъ друга, приемы правовой мотивации.

Вдумываясь въ существо приведенныхъ ученій, необходимо замѣтить, что они совершенно справедливо отмѣчаютъ то воздѣйствіе, которое оказываютъ постановленія о безнаказанности добровольно оставленного покушенія на лицъ, уже приступившихъ къ выполненію преступленія. Существованіе подобныхъ постановленій, несомнѣнно, увеличиваетъ вѣроятность отказа этихъ лицъ отъ доведенія преступной дѣятельности до конца и, сообразно съ этимъ, имѣетъ социальное-полезное значеніе, а наказуемость лицъ, совершившихъ покушеніе, но отказавшихся отъ окончанія преступленія, представляется вредною. Но, слѣдуетъ оговориться, это положеніе еще не обозначаетъ собою научнаго рѣшенія вопроса о мотивационномъ дѣйствіи разсматриваемыхъ постановленій. Въ основѣ вышеприведенныхъ разсужденій лежитъ убѣжденіе, что наказуемость покушенія, являясь, вообще говоря, полезнымъ институтомъ, представляется, въ извѣстныхъ случаяхъ, социально вредною и что поэтому необходимо отъ нея въ этихъ случаяхъ отказаться. Но мотивационное дѣйствіе нормъ права представляетъ собою явленіе крайне сложное. Наказуемость покушенія, вредная въ одномъ отношеніи, можетъ оказаться настолько полезною въ другихъ отношеніяхъ, что вредныя стороны ея, съ правнополитической точки зрѣнія, окажутся не заслуживающими вниманія. Для рѣшенія этого вопроса необходимо изслѣдовать отношеніе права къ тому и другому приему мотивационнаго воздѣйствія на психику людей и, въ зависимости отъ результата этого изслѣдованія, отвѣтъ на него можетъ быть двоякимъ.

Изслѣдованіе области примѣненія правомъ вышеприведенныхъ политическихъ пріемовъ можетъ показать, что право примѣняетъ всегда оба способа воздѣйствія на психику людей одновременно, такъ что, установляя принципъ наказуемости неоконченной преступной дѣятельности, оно неизбѣжно признаетъ и принципъ безнаказанности добровольнаго перерыва виновнымъ своей преступной дѣятельности. Подобный результатъ убѣдилъ бы насъ въ томъ, что между вышеприведенными принципами мотивации существуетъ тѣсная связь и что соціально полезные результаты могутъ быть достигнуты лишь путемъ комбинированнаго примѣненія обоихъ пріемовъ мотивации. X

Но это изслѣдованіе отношенія права къ указаннымъ пріемамъ мотивации можетъ привести насъ и къ иному выводу. Въ результатѣ этого изслѣдованія можетъ оказаться, что въ правѣ существуютъ и случаи примѣненія одного только изъ вышеприведенныхъ двухъ пріемовъ мотивации, такъ что, напр., иногда право, установляя принципъ наказуемости неоконченной преступной дѣятельности, не признаетъ безнаказанности лицъ, добровольно прервавшихъ свою преступную дѣятельность. Этотъ результатъ означалъ бы собою неравноправное положеніе обоихъ принциповъ, служилъ бы доказательствомъ того, что главная роль, въ этихъ случаяхъ, принадлежитъ мотивационному дѣйствію принципа наказуемости неоконченной преступной дѣятельности и что мотивационному дѣйствію принципа безнаказанности добровольно прерванной преступной дѣятельности отводится мѣсто лишь постольку, поскольку это не оказываетъ отрицательнаго вліянія на дѣйствіе перваго принципа.

Уже изъ предыдущаго изложенія можно заключить, что, въ дѣйствительности, поставленный выше вопросъ долженъ быть рѣшенъ именно во второмъ смыслѣ. Современному праву извѣстенъ цѣлый рядъ случаевъ наказуемости неоконченной преступной дѣятельности, не допускающихъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, безнаказанности виновнаго, въ случаѣ добровольнаго перерыва принятаго имъ преступленія. Таково положеніе дѣла при такъ наз. усѣченныхъ преступленіяхъ, о юридической природѣ которыхъ намъ уже приходилось говорить выше и при которыхъ неоконченная дѣятельность виновнаго карается также строго, какъ и оконченная. Сверхъ того, существуютъ и такія законодательства, которыя не допускаютъ безнаказаннаго отказа отъ начатой преступной дѣятельности и въ томъ случаѣ, когда эта

дѣятельность выражается въ формѣ покушенія на преступленіе. Таково, напр., современное англійское право. ✕

Такимъ образомъ, выдвигаемый криминалистами политической принципъ удержанія лицъ, приступившихъ къ выполнению преступленія, отъ доведенія его до конца, не можетъ быть признанъ за самостоятельное начало уголовной политики. Право допускаетъ, терпитъ дѣйствіе этого принципа въ тѣхъ случаяхъ, когда это дѣйствіе не подрываетъ дѣйствія другихъ принциповъ политики уголовной репрессіи, но оно нисколько не стремится къ непремѣнному проведению этого принципа въ жизнь. И вдумываясь въ значеніе обоихъ указанныхъ выше началъ репрессіи, нетрудно понять причины такого различнаго отношенія къ нимъ права. Принципъ наказуемости покушенія и вообще неоконченной преступной дѣятельности, какъ мы подробно говорили выше, создаетъ дополнительное мотиваціонное давленіе на человѣческую психику до приступа субъекта къ выполнению преступленія. Принципъ безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія оказываетъ на субъекта это давленіе, послѣ приступа его къ выполнению преступленія. Но эти моменты имѣютъ для карательнаго права существенно различное значеніе. Пока виновный не приступилъ къ выполнению задуманнаго, онъ еще въ значительной мѣрѣ подверженъ мотиваціи карательнаго права. До принятія рѣшенія совершить преступленіе, субъектъ относится чрезвычайно чутко ко всякому мотиву за и противъ совершенія преступленія. Если вообще возможно остановить преступника, то именно въ этотъ моментъ. Право и направляетъ всю свою энергію къ воздѣйствію на преступника въ указанный моментъ. Не довольствуясь угрозою наказаніемъ за успѣшное совершеніе преступленія, оно грозитъ ему наказаніемъ и за неудачную попытку совершить его, какъ бы прилагая всѣ усилія къ тому, чтобы предупредить самое составленіе преступнаго рѣшенія. Напротивъ, послѣ приступа къ выполненію преступленія, виновный все болѣе и болѣе ускользаетъ отъ дѣйствія уголовно-правовой мотиваціи. Какъ уже давно замѣчено, самое выполненіе преступленія вызываетъ усиленіе преступной рѣшимости; далѣе, послѣ приступа къ выполненію, страхъ наказанія, какъ отдаленнаго зла, успѣшно преодолевается заманчивостью результатовъ преступленія, какъ явленій недалекаго будущаго. Эти особенности психологическаго состоянія людей во время выполненія преступленія уже неоднократно отмѣчались въ литературѣ уголовного права. Кто разъ вступилъ на путь

уголовнаго преступленія, замѣчаютъ криминалисты, тотъ рѣдко поворачиваетъ назадъ: начало исполненія даетъ новый толчокъ толчокъ самой рѣшимости. Никто не любитъ тратить своей силы даромъ ¹⁾). Преступленіе покатая плоскость; и кто ударилъ свою жертву разъ, ударить и другой, пока не вышибетъ изъ нея жизнь. Кто разъ запустилъ руку въ чужой карманъ, едва-ли вынетъ ее пустою ²⁾). Для права представляется болѣе желательнымъ и болѣе легкимъ удержать преступника отъ приступа къ выполнению преступленія, нежели отъ продолженія уже начатой преступной дѣятельности. Коль скоро преступникъ приступилъ къ дѣлу, коль скоро его отдѣляетъ лишь незначительное расстояние отъ желанной цѣли, то даже угроза увеличеніемъ размѣровъ уже заслуженнаго имъ наказанія не легко удержать его отъ довершенія начатаго дѣла, тѣмъ болѣе, что полное осуществленіе преступленія оказывается часто способнымъ спасти виновнаго отъ обнаруженія, а слѣдовательно, и отъ наказанія. Относительно большинства преступленій можно сказать, что желаніе виновнаго довести ихъ до конца *crescit eundo*. Напротивъ, когда преступникъ знаетъ, что онъ уже съ перваго своего шага безповоротно погибнетъ, что ему не остается никакой возможности возврата, то часто онъ даже и не подумаетъ совершить преступленіе. Если мы не хотимъ допускать кого-либо въ извѣстное мѣсто, то благоразумнѣе всего воздвигать наиболѣе высокія стѣны на самой границѣ запрещеннаго пространства, вовсе не допуская злоумышленниковъ въ его предѣлы ³⁾. И вотъ, въ виду того, что воздѣйствіе на преступника, уже приступившаго къ выполнению замысла, представляется затруднительнымъ для уголовнаго права, (опасеніе наказанія, какъ отдаленнаго зла, въ этой стадіи, успѣшно преодолевается заманчивостью результатовъ преступленія, какъ явленій недалекаго будущаго), уголовное право можетъ игнорировать психику виновнаго во время выполнения и не принимать мѣръ къ удержанію его отъ довершенія преступленія въ этотъ моментъ, за относительно малою дѣйствительностью мѣръ правовой мотивации въ этомъ случаѣ.

Такимъ образомъ, изслѣдуя политическій смыслъ постановленій о безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія,

¹⁾ Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs, I, 1804, s. 101.

²⁾ Goldfeld, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objekten, 1882, s. 11; Мокринскій, II, стр. 237.

³⁾ Goldfeld, s. 11, 12.

приходится констатировать, что въ основѣ ихъ не лежитъ самостоятельнаго политическаго принципа, и что, въ частности, отнюдь не необходимость удержанія лицъ, выполняющихъ преступленіе, отъ доведенія его до конца, породила постановленія о безнаказанности этихъ лицъ, въ соотвѣтственномъ случаѣ. Подлежащій принципъ, какъ было показано, въ случаѣ своей коллизіи съ принципомъ предупрежденія образованія у людей преступныхъ рѣшеній, всегда уступаетъ мѣсто послѣднему принципу и, въ подобныхъ случаяхъ, самымъ рѣшительнымъ образомъ игнорируется правомъ. Но, если дѣло обстоитъ такимъ образомъ, то не слѣдуетъ ли заключить, что и въ тѣхъ случаяхъ, когда принципъ воздѣйствія на лицъ, выполняющихъ преступленіе, получаетъ признаніе въ правѣ, то это признаніе вызывается не его социальнымъ значеніемъ и цѣнностью, а необходимостью дозировки дѣйствія основнаго принципа наказуемости покушенія, нуждами опредѣленія степени потребной энергіи его мотивационнаго дѣйствія и т. п.? Мы полагаемъ, что на этотъ вопросъ необходимо дать утвердительный отвѣтъ.

Говоря объ условіяхъ, опредѣляющихъ собою энергію мотивационнаго давленія постановленій о наказуемости покушенія, мы указывали на то, что эта энергія представляется существенно различною, въ зависимости отъ большей или меньшей степени неизбѣжности примѣненія наказанія за покушеніе. Энергія мотивационнаго давленія этихъ постановленій оказывается тѣмъ большею, чѣмъ болѣе неизбѣжно наказаніе за покушеніе, и наоборотъ. Однимъ изъ факторовъ, опредѣляющихъ собою степень неизбѣжности наказуемости покушенія, являются условія отпаденія наказуемости этого дѣянія: чѣмъ значительнѣе количество тѣхъ случаевъ, въ которыхъ покушеніе можетъ остаться безъ наказанія, тѣмъ менѣе неизбѣжнымъ представляется наказуемость покушенія и наоборотъ. И вотъ, принимая во вниманіе, что безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія означаетъ собою не что иное, какъ установленіе категоріи случаевъ безнаказанности покушенія, мы должны признать, что политическій смыслъ подлежащихъ постановленій заключается въ смягченіи неизбѣжности наказуемости покушенія и въ соотвѣтственномъ ослабленіи мотивационнаго давленія права.

Это соображеніе позволяетъ намъ дать оцѣнку и тому возраженію, которое приводится противъ обычнаго политическаго обоснованія принципа безнаказанности добровольно оставленнаго

покушенія. Преступникъ, замѣчаютъ нѣкоторые криминалисты, скорѣе отважится на преступленіе, если онъ знаетъ, что до момента окончанія ему всегда остается открытымъ путь къ отступленію ¹⁾. Это замѣчаніе совершенно справедливо. Разбираемый принципъ, несомнѣнно, приводитъ къ ослабленію давленія уголовной репрессіи. Но это не можетъ служить доводомъ противъ соотвѣтственнаго начала. Политически основательною является вовсе не наиболѣе суровая карательная система, а та система, которая оказываетъ, потребное для даннаго уровня общественной культуры, мотивационное давленіе. Смягченіе энергіи дѣйствія постановленій о наказуемости покушенія означаетъ собою необходимость ослабленія тѣхъ дополнительныхъ давленій на человѣческую психику, которыя вызываются установленіемъ принципа наказуемости неоконченной преступной дѣятельности.

Такимъ образомъ, политическое значеніе принципа безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія состоитъ въ томъ, что онъ понижаетъ энергію мотивационнаго давленія нормъ, устанавливающихъ наказуемость покушенія. Но, какъ мы видѣли выше, этотъ принципъ можетъ имѣть еще и значеніе мѣры воздѣйствія на лицъ, выполняющихъ преступленіе, и побужденія ихъ къ воздержанію отъ доведенія преступленія до конца. И вотъ, если это послѣднее значеніе разсматриваемаго принципа не играетъ роли фактора возникновенія случаевъ безнаказанности покушенія, то оно за то опредѣляетъ собою существо и характеръ соотвѣтственныхъ случаевъ. Для смягченія мотивации нормъ, карающихъ покушеніе, было необходимо установленіе какого-либо условія безнаказанности покушенія, безразлично, въ чемъ бы оно ни заключалось. Но, право, имѣя въ виду одновременно использовать другой пріемъ мотивации и создать мѣру предотвращенія окончанія выполняемыхъ преступленій, постановило, что безнаказанность виновника покушенія предполагаетъ фактъ добровольнаго перерыва предпринятой имъ преступной дѣятельности.

При такомъ пониманіи значенія принципа безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, возможно научнымъ образомъ отвѣтить на приведенное въ литературѣ замѣчаніе, что если бы этотъ принципъ оправдывался какими-либо политиче-

¹⁾ Geyer, Encyclopedie der Rechtswissenschaft v. Holtzendorf, 1890, s. 935; Schütze, s. 114, 115; Baumgarten, s. 469; Meyer, Lrb, s. 213 Anm. 52; Thomsen, Methoden, s. 70.

скими соображеніями, то право примѣняло бы его и въ случаѣ обратной передѣлки виновнымъ результатовъ оконченнаго преступленія, чего, однако, въ дѣйствительности, нѣтъ ¹⁾. Это замѣчаніе неправильно, потому что репрессія покушенія и репрессія оконченнаго преступленія выполняютъ различныя функціи. Если мѣры дополнительнаго мотиваціоннаго давленія нуждаются въ извѣстномъ смягченіи, то изъ этого вовсе не слѣдуетъ, что и мѣры основнаго мотиваціоннаго давленія должны быть подвергнуты тому же смягченію. Нельзя поэтому и упрекать право въ непослѣдовательности, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые криминалисты, въ виду различной нормировки имъ условій наказуемости покушеній и оконченнаго преступленій ²⁾.

Изъ изложеннаго видно, что постановленія о безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія выполняютъ опредѣленную соціально-полезную функцію, и мы не можемъ согласиться съ тѣми учеными, которые считаютъ это постановленіе продуктомъ произвола ³⁾. Нельзя согласиться также и съ тѣмъ, что оставленіе безъ наказанія окончательно сформировавшагося преступнаго намѣренія не можетъ быть одобрено ⁴⁾. Мы видѣли выше, что если, съ правнополитической точки зрѣнія, и представляется чрезвычайно существеннымъ предупредить образованіе преступнаго рѣшенія и удержать людей отъ приступа къ выполненію преступленія, то это вовсе не означаетъ, что всякій приступъ къ реализаціи преступленія долженъ подлежать наказанію.

Въ заключеніе очерка ученій объ основаніи безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, необходимо указать, что существуетъ цѣлая группа криминалистовъ, которая полагаетъ, что основаніемъ подлежащаго постановленія являются двоякаго рода соображенія. Одни ученые оправдываютъ отпаденіе наказуемости въ этомъ случаѣ правовыми и политическими основаніями ⁵⁾, другіе объясняютъ его соображеніями справедливости и

¹⁾ Berolzheimer, Entgeltung, s. 386; Bar, Gesetz, II, s. 548.

²⁾ Thomsen, Methoden, 69; Hatzig, s. 82; Schoetensack (V. D. A. II), s. 458—461.

³⁾ Mewes, GS, XXIV, 1872, s. 170.

⁴⁾ Buri, GA, XXV, 1877, s. 268, 269; Cohn, s. 556, 622—625.

⁵⁾ Zachariae, II, s. 239, 240; Berner, Lrb, s. 156, 157; Schwarze, HN, s. 305; Wächter, Deutsches Strafrecht, 1881, s. 220; Oetker, Z, XVII, 1897, s. 68; Finger, I, s. 318, 319; Gallet, p. 300—304; Degois, p. 147; Калмы-

уголовной политики ¹⁾. Оригинальные доводы представителей этого направления были рассмотрѣны нами уже въ предшествующемъ изложеніи. Сообразно съ этимъ, содержаніе этихъ ученій намъ уже знакомо, и на разборѣ его здѣсь не приходится останавливаться. Что касается самаго принципа сочетанія подлежащихъ основаній безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, то онъ долженъ быть признанъ неправильнымъ. Если безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія основывается на правовыхъ началахъ, т. е., подлежащее положеніе представляетъ собою выводъ изъ другихъ положеній права, то о какихъ-либо особыхъ политическихъ основаніяхъ соотвѣтственнаго принципа, говорить не приходится. При этихъ условіяхъ, эта безнаказанность должна оправдываться тѣми же политическими соображеніями, что и то правовое положеніе, логическимъ выводомъ изъ котораго она является; отыскивать какія-либо самостоятельныя политическія основанія представляется совершенно неправильнымъ. Наоборотъ, вопросомъ о политическихъ основаніяхъ извѣстной правовой мѣры можно задаваться только въ томъ случаѣ, когда эта мѣра нашла себѣ формальное правовое признаніе и потому о какихъ-либо правовыхъ, принципиальныхъ, основаніяхъ этой мѣры, на ряду съ политическими ея основаніями, говорить не приходится. Изъ предыдущаго видно, что и ссылка на справедливость, при опредѣленіи основаній безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, не можетъ имѣть научнаго значенія. Отсюда не можетъ она подкрѣплять собою и другихъ основаній безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія.

§ 5. Ученіе объ основаніяхъ нормъ, опредѣляющихъ юридическія послѣдствія негоднаго покушенія.

Въ предшествующемъ изложеніи мы убѣдились въ томъ, что вопросъ объ этическихъ основаніяхъ безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія породилъ довольно значительную литературу и служить предметомъ оживленнаго обсужденія въ

ковъ, стр. 123; Кистяковскій, стр. 178; Таганцевъ, Курсъ II, стр. 208, 209; Лекціи, I, стр. 717, 718; Владимировъ, стр. 102; Есиповъ, Очеркъ русскаго уголовного права, 1894. стр. 261, 266; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 180; Пусторослевъ, стр. 377.

¹⁾ Hälschner, I, s. 361; Fuhrmann, s. 46; Zeime, s. 61, 62, 68, 93.

наукъ уголовного права. Это объясняется значеніемъ добровольнаго отказа отъ покушенія, какъ единственнаго официально признаннаго, условія отпаденія отвѣтственности за покушеніе. Несравненно меньше вниманія привлекаетъ къ себѣ проблема о политическомъ значеніи другихъ условій неуспѣшности преступной дѣятельности — негодности прѣмѣненныхъ виновнымъ, при совершеніи покушенія, средствъ и негодности объекта задуманнаго имъ посягательства. Литература уголовного права, удѣляя немало вниманія вопросу о догматическихъ основаніяхъ безнаказанности покушенія въ подлежащихъ случаяхъ, лишь мелькомъ затрогиваетъ вопросъ о политическомъ значеніи случаевъ негоднаго покушенія ¹⁾. При этомъ криминалисты, касавшіеся этого вопроса, не обнаружили согласія при его рѣшеніи и при разработкѣ проблемы о политическихъ основаніяхъ безнаказанности негоднаго покушенія, взгляды ученыхъ раздѣлились на двѣ группы.

По взгляду однихъ ученыхъ, съ правнополитической точки зрѣнія, негодное покушеніе безусловно заслуживаетъ наказанія и нѣтъ никакихъ основаній относиться къ нему иначе чѣмъ къ другимъ видамъ покушенія. Условіемъ отвѣтственности за покушеніе является та опасность, которую представляетъ собою это дѣяніе для правового порядка. Покушеніе вызываетъ общее безпокойство, панику, являетъ дурной примѣръ для третьихъ лицъ, усиливаетъ дурныя привычки и проч. Можно ли оставить вора безъ наказанія только потому, что тѣ вещи, которыя онъ хотѣлъ похитить, были уже унесены? Или потому, что карманъ, въ который воръ запустилъ руку, былъ пустъ? Можно ли освободить отъ наказанія женщину, принявшую абортивное средство, только потому, что въ данномъ конкретномъ случаѣ, не было беременности, или этой беременности нельзя было установить? Можно ли помиловать отравителя, перемѣшавшаго въ рѣшительный моментъ, почему бы то ни было, ядъ съ водою или медомъ? Подобныя дѣянія подвергаютъ общество громадной опасности и потому, несомнѣнно, заслуживаютъ наказанія ²⁾.

Наказуемость покушенія съ негодными средствами или надъ негоднымъ объектомъ, замѣчаютъ другіе криминалисты, имѣетъ

¹⁾ Ученія о догматическихъ основаніяхъ безнаказанности негоднаго покушенія будутъ изложены нами впослѣдствіи, въ связи съ догматическою разработкою положеній о покушеніи.

²⁾ Kohler, Studien, I. s. 20, 21.

уголовнополитическое значеніе постольку, поскольку примѣненіе наказанія, въ этихъ случаяхъ, оказывается способнымъ предупредить повтореніе преступленія задуманнаго лицомъ типа ¹⁾).

Съ этими разсужденіями нельзя согласиться, такъ какъ авторы ихъ исходятъ изъ уже опровергнутыхъ нами положеній. Мы видѣли, что наказуемость покушенія вообще не можетъ быть объясняема необходимостью борьбы съ дурными послѣдствіями этого дѣянія: этихъ послѣдствій (дурного примѣра, усиленія дурныхъ привычекъ и т. п.) отчасти не существуетъ ²⁾, отчасти борьба съ ними (спеціальное предупрежденіе преступленій) не составляетъ собою функціи уголовного права. ~~Характерно~~

Другіе ученые, изслѣдуя вопросъ о политическомъ значеніи негоднаго покушенія, высказываются въ пользу безнаказанности этого вида покушенія, хотя и полагаютъ, что ненаказуемость негоднаго покушенія не есть требованіе политики общаго предупрежденія, а что эта ненаказуемость только примирима съ началами этой политики. Разрѣшаемый *de lege ferenda*, съ точки зрѣнія общерепрессивной политики, по мнѣнію этихъ ученыхъ, вопросъ о негодномъ покушеніи можетъ быть редактированъ слѣдующимъ образомъ: въ какихъ предѣлахъ негодное покушеніе можетъ быть оставлено безъ наказанія, не рискуя, что угроза уголовного закона утратитъ что либо въ своей силѣ? При рѣшеніи этого вопроса, необходимо имѣть въ виду слѣдующее. Совершенно такъ же, какъ угроза можетъ послужить психическимъ тормазомъ для субъекта только при условіи, если онъ считаетъ ее выполнимой, такъ же точно непримѣненіе къ кому либо общей угрозы можетъ поощрить третье лицо къ преступленію только въ томъ случаѣ, если оно считаетъ такое непримѣненіе, по отношенію къ себѣ, мыслимымъ, возможнымъ. Послѣдняго условія въ случаѣ установленія безнаказанности негоднаго покушенія не имѣется на лицо. Установленіе наказуемости покушенія на юридически негодный объектъ сводилось бы къ формулѣ: ты будешь наказанъ, если нарушишь охраняемое правомъ благо; ты будешь наказанъ такъ же, или хотя бы и не такъ строго, если то, чего ты хочешь, не заключаетъ въ себѣ преступленія. Нетрудно видѣть, что такая дополнительная угроза наказаніемъ

¹⁾ Thomsen, Methoden, s. 68; Saleilles, Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable, Revue pénitentiaire, XXI, 1897, p. 354.

²⁾ Ср., Celichowski, s. 70.

не произвела бы на субъекта ни малѣйшаго впечатлѣнія. Нельзя ожидать, что кто либо воздержится отъ преступленія, предусмотрѣннаго 1524 ст. улож. о наказ., только изъ опасенія, что потерпѣвшая можетъ оказаться не 13 лѣтъ, какъ онъ думаетъ, а 14, и что поэтому его накажутъ не какъ за оконченное преступленіе, а нѣсколько слабѣе,—какъ за покушеніе надъ негоднымъ объектомъ. ✱

Переходимъ,—продолжаютъ развивать свое ученіе представители разсматриваемаго мнѣнія,—къ вопросу объ отвѣтственности за покушеніе на несуществующій объектъ воли. Часты, или нѣтъ, такія покушенія, раскрытіе факта несуществованія объекта воли, по общему правилу, является величайшею изъ неожиданностей, какія только постигаютъ покушающагося. Какъ бы онъ ни былъ предусмотрителенъ, никогда, сколько нибудь серьезно, онъ не считается съ возможностью, что правовое благо, объектъ его воли, существуетъ только въ его воображеніи. Какъ общее правило,—человѣкъ рѣшается на преступленіе лишь вынуждаемый крайностью, не видя иныхъ легальныхъ путей къ осуществленію своихъ желаній. Первое, что парализуетъ волю, это мысль о томъ, что преступленіе излишне, вообще, или надъ даннымъ облюбованнымъ объектомъ. Правило: покушеніе на несуществующій объектъ воли ненаказуемо, не можетъ служить поощреніемъ преступнику; онъ увѣренъ, что объектъ его воли существуетъ; думая иначе, онъ воздержался бы отъ покушенія. Что при этомъ служитъ объектомъ дѣйствія, былъ ли объектъ дѣйствія негоденъ юридически (нѣкто уноситъ свою вещь, думая похитить чужую несуществующую) или фактически (нѣкто animo nocendi наноситъ ударъ трупу, или пытается произвести абортъ у беременной женщины), является политически безразличнымъ.

Наконецъ, сходными соображеніями оправдывается и безнаказанность покушенія съ негодными средствами, избранными по крайнему невѣжеству или суевѣрію. Ненаказуемость невѣственного покушенія можетъ быть оправдана единственно съ точки зрѣнія общаго психологическаго принужденія: она не колеблетъ силы угрозы, содержащейся въ уголовномъ законѣ. Предоставленіе льготы психологически можетъ воздѣйствовать только на тѣхъ, кто въ состояніи на нее разсчитывать. Привиллегія безнаказанности, предоставленная крайнему невѣждѣ, ни мало не соблазнительна. Тотъ, кто собирается совершить преступленіе, не думаетъ, что онъ способенъ на ошибку, подобную тѣмъ

грубымъ и самоочевиднымъ, которыя суды обычно относятъ къ крайнему невѣжеству ¹⁾).

Вдумываясь въ существо приведенныхъ разсужденій, нетрудно придти къ заключенію, что авторы ихъ пытаются обосновать безнаказанность негоднаго покушенія на слѣдующихъ соображеніяхъ. Можно признать разумнымъ установленіе наказаній только за тѣ виды покушенія, которые представляются покушающемуся возможною и вѣроятною формою воплощенія предпринятой имъ дѣятельности; угрожать наказаніемъ за другіе виды покушенія представляется бессмысленнымъ, такъ какъ виновный все равно не считается съ возможностью принятія его дѣятельностью подлежащей формы и потому не считаетъ себя адресатомъ подлежащей угрозы. Между тѣмъ, направленіе преступнаго посягательства на негодный объектъ или проявленіе крайняго невѣжества, при выборѣ средствъ совершенія преступленія, и принадлежатъ къ числу такихъ явленій, на возникновеніе которыхъ покушающійся менѣе всего разсчитываетъ, почему и покушеніе въ этихъ случаяхъ можетъ быть оставлено безъ наказанія.

Съ этими соображеніями нельзя согласиться. Вопросъ о наказуемости или безнаказанности негоднаго покушенія, какъ было показано выше, представляетъ собою вопросъ о большей или меньшей неумолимости наказаній за покушенія вообще. Чѣмъ менѣе имѣется условій, приводящихъ къ отпаденію ответственности за покушеніе, тѣмъ болѣе неизбѣжной представляется наказуемость покушенія, тѣмъ сильнѣе исходящее отъ нея мотивационное давленіе и наоборотъ. Отсутствіе этихъ условій отпаденія репрессіи имѣетъ значеніе обстоятельства, усиливающаго мотивационное давленіе права, совершенно независимо отъ того, разсчитываетъ ли виновный на возможность воспользоваться даруемой этимъ обстоятельствомъ привилегіей или нѣтъ. Соображеніе, что за покушеніе отвѣчаютъ даже крайне невѣжественные люди, и даже при исключительно неблагоприятныхъ для успѣха ихъ плановъ обстоятельствахъ, не можетъ не сообщать большей силы уголовной угрозѣ за покушеніе вообще. Но, кромѣ того, неправильно думать, что возможность принятія предпринятымъ дѣйствіемъ формы покушенія надъ негоднымъ объектомъ или формы покушенія съ негодными средствами никогда не учитывается лицомъ, задумывающимъ совершить преступленіе. Дѣй-

¹⁾ Мокринскій, Наказаніе, III, стр. 467—477.

ствія, направленныя на совершеніе преступленія, принимаютъ форму негоднаго покушенія несравненно рѣже, чѣмъ форму покушенія годнаго и возможность воплощенія дѣйствія виновнаго въ первую форму представляется крайне малой, но, тѣмъ не менѣе, и эта перспектива представляется вовсе не невѣроятной. Ошибиться въ свойствахъ объекта посягательства можетъ и очень предусмотрительный человѣкъ; проявить крайнее невѣжество при покушеніи на абортъ и т. п. можетъ и такой человѣкъ, который, вообще говоря, вовсе не невѣжда. А если такъ, то и установленіе репрессіи за негодное покушеніе не можетъ быть признано лишеннымъ политическаго значенія. Совершенно справедливо замѣчаютъ нѣкоторые криминалисты, что установленіе репрессіи негоднаго покушенія усиливаетъ энергію дѣйствія уголовной угрозы. Если субъектъ знаетъ, что онъ будетъ отвѣчать за покушеніе не только въ случаѣ выполненія имъ преступленія, но и въ случаѣ покушенія на него, и при томъ даже тогда, когда предпринятое имъ дѣйствіе окажется вообще непригоднымъ для достиженія задуманной цѣли, то, очевидно, мотивы въ пользу воздержанія отъ преступленія будутъ сильнѣе воздѣйствовать на его поведеніе, чѣмъ въ томъ случаѣ, когда онъ можетъ разсчитывать на безнаказанность, при условіи принятія его дѣйствіемъ формы негоднаго покушенія ¹⁾).

Такимъ образомъ, правнополитическое значеніе наказуемости негоднаго покушенія не можетъ быть подвергаемо сомнѣнію. Тѣ права, которыя устанавливаютъ наказуемость этого вида покушенія, оказываютъ, ceteris paribus, болѣе сильное мотивационное давленіе на поведеніе людей, нежели права, провозглашающія принципъ безнаказанности этого вида покушеній. Формулируя это положеніе болѣе спеціально, можно сказать, что наказуемость негоднаго покушенія усиливаетъ неизбѣжность репрессіи покушенія и, тѣмъ самымъ, сообщаетъ большую энергію мотивационному давленію нормъ, опредѣляющихъ наказуемость покушенія. Отсюда, начало безнаказанности негоднаго покушенія можетъ быть признано этически основательнымъ только въ эпохи достиженія обществомъ относительно высокаго уровня культуры, позволяющаго примѣнять болѣе мягкія средства правового мотивационнаго воздѣйствія. Въ менѣе культурныя эпохи, или по отношенію къ правамъ менѣе культурныхъ

¹⁾ Goldfeld, s. 38.

народовъ, подобное начало не можетъ быть признано основнымъ. Это соображеніе даетъ намъ объясненіе того факта, что до XIX вѣка во всей Европѣ признавалось начало наказуемости негоднаго покушенія и что это начало смѣнилось противоположнымъ принципомъ лишь въ теченіи XIX вѣка.

§ 6. Ученіе объ основаніяхъ нормъ, опредѣляющихъ размѣръ отвѣтственности за покушеніе.

При общей характеристикѣ существа правовыхъ постановленій о покушеніи, мы имѣли уже случай обращать вниманіе на цѣлый рядъ отличій системы репрессіи неоконченной преступной дѣятельности, по сравненію съ репрессією оконченныхъ преступленій. Въ ряду этихъ особенностей необходимо отмѣтить усвоенную многими законодательствами систему редуцированной наказуемости покушенія, т. е., систему назначенія меньшаго наказанія за покушеніе, чѣмъ за оконченное преступленіе. Существованіе этого различія въ нормировкѣ репрессіи совершенія преступленія и покушенія на него, вызвало оживленный обмѣнъ мнѣній между криминалистами, причемъ одни старались оправдать подлежащую особенность юридическихъ послѣдствій неоконченной преступной дѣятельности, а другіе высказались въ пользу устраненія этой особенности и старались доказать, что единственно правильнымъ политическимъ пріемомъ, въ этой области, можетъ быть признано лишь упраздненіе этой особенности и ассимиляція юридическихъ послѣдствій совершенія преступленія и покушенія на него. Мы начнемъ съ разбора ученій перваго рода.

Криминалисты, отстаивающіе усвоенный большинствомъ современныхъ уголовныхъ кодексовъ принципъ уменьшенной наказуемости покушенія основываютъ свое мнѣніе на различныхъ соображеніяхъ. Одни приводятъ въ пользу своего взгляда положенія правового характера, другіе основываютъ свой взглядъ на соображенія правовополитическаго характера, наконецъ, третьи приводятъ, въ оправданіе своего взгляда, какъ правовыя, такъ и правовополитическія соображенія.

Ученые, основывающіе уменьшенную наказуемость покушенія, по сравненію съ оконченнымъ преступленіемъ, на правовыхъ соображеніяхъ, стараются придать началу уменьшенной наказуемости покушенія характеръ вывода изъ какого-либо другого,

болѣ общаго, правового положенія. При этомъ, существо того правового принципа, который выдвигается въ качествѣ начала, оправдывающаго уменьшенную отвѣтственность покушенія, характеризуется ими неодинаково. По широко распространенному взгляду, покушеніе подлежитъ уменьшенной отвѣтственности потому, что внѣшняя сторона этого дѣянія заключаетъ въ себѣ менѣе юридически существенныхъ моментовъ, чѣмъ внѣшняя сторона оконченнаго преступленія; потому, что содѣянное виновникомъ покушенія представляется менѣе важнымъ, съ уголовно-юридической точки зрѣнія, явленіемъ, нежели содѣянное виновникомъ оконченнаго преступленія. Покушеніе, замѣчаютъ сторонники этого воззрѣнія, представляетъ собою частичное нарушеніе правовой нормы, оно посягаетъ на нее въ меньшей степени, нежели совершеніе преступленія и потому оно подлежитъ меньшему наказанію, чѣмъ совершеніе преступленія ¹⁾. Покушеніе на преступленіе подлежитъ меньшему наказанію, нежели совершеніе преступленія, ибо, если покушеніе, въ отношеніи субъективной своей стороны, и совпадаетъ съ оконченнымъ преступленіемъ, то, съ объективной стороны, оно вызываетъ меньшее нарушеніе правопорядка или даже вовсе его не затрагиваетъ ²⁾. Преступныя желанія людей приобрѣтаютъ наказуемый характеръ лишь постольку, поскольку они осуществляются въ дѣяніи; отсюда отвѣтственность за покушеніе, какъ за неполное осуществленіе преступнаго желанія, представляется меньшею, нежели отвѣтственность за оконченное преступленіе или полное осуществленіе преступнаго желанія ³⁾.

Эта попытка обоснованія различнаго отношенія права къ совершенію преступленія и къ покушенію на него не можетъ быть признана удачною. Приведенныя воззрѣнія могли бы быть приняты во вниманіе лишь въ томъ случаѣ, если бы преступленіе

¹⁾ Engelhard, Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechtes aus den Grundsätzen der Weltweisheit und besonders des Rechtes der Natur hergeleitet, 1756, s. 68; Abegg, s. 156, 157; Scherer, Ueber die Strafbarkeit des Versuchs am absolut untauglichen Objecte und mit absolut untauglichen Mitteln, GS, XXIX, 1877, s. 493; Geyer, Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, 1884, s. 131; Сорокинъ, Преступленіе и кара, подвигъ и награда, 1914, стр. 120 сл.

²⁾ Luden, Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechts, I, 1847, s. 380; Кистяковскій, стр. 183.

³⁾ Hälschner, I, s. 357; System, I, s. 207, 209; Чебышевъ-Дмитріевъ. Очеркъ теоріи уголовного права, Юрид. Журн., № 2, стр. 134.

состояло изъ ряда тождественныхъ по качеству элементовъ, т. е., если бы каждый изъ элементовъ состава преступления, самъ по себѣ, обусловливалъ примѣненіе уголовного наказанія лишь въ извѣстномъ размѣрѣ, а примѣненіе полной мѣры наказанія обусловливалось сложениемъ юридическаго значенія отдѣльныхъ элементовъ преступления, суммированиемъ ихъ вліянія на судьбу преступника. Но этотъ взглядъ, находившій себѣ въ прежнее время весьма выдающихся защитниковъ ¹⁾, въ настоящее время рѣшительно отвергается наукой уголовного права. Каждый признакъ состава преступления, замѣчаютъ современные криминалисты, представляется однимъ изъ условій примѣненія наказанія и, въ соединеніи съ другими признаками, приводитъ къ примѣненію этого наказанія; но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, чтобы каждый изъ этихъ признаковъ, самъ по себѣ, взятый въ отдѣльности, внѣ связи съ остальными признаками, представлялъ собою самостоятельное преступленіе. Въ значительномъ большинствѣ случаевъ, отдѣльные признаки преступления приобрѣтають уголовно-юридическое значеніе лишь вслѣдствіе существованія связи между ними и остальными признаками преступления ²⁾. Необходимо признать, что уменьшенная отвѣтственность за покушеніе не можетъ быть объяснена количественнымъ отличіемъ внѣшней стороны этого дѣянія отъ внѣшней стороны оконченнаго преступления, потому что различіе въ количествѣ элементовъ этихъ дѣяній обусловливаетъ собою качественное, принципиальное, между ними различіе, исключающее возможность примѣненія къ нимъ предложеннаго масштаба опредѣленія отвѣтственности.

Такимъ образомъ, попытка обосновать различіе наказуемости покушенія и оконченнаго преступления количественными различіями въ составѣ соотвѣствующихъ дѣяній оказалась неспособною выполнить эту задачу и не могла даже точно формулировать существо того различія между составами оконченнаго преступления и покушенія на него, которое обусловливаетъ собою различіе уголовной реакціи въ соотвѣствующихъ случаяхъ. Инымъ характеромъ отличается другое ученіе этого направленія, выводящее начало уменьшенной наказуемости покушенія изъ качественного отличія состава этого дѣянія отъ состава окончен-

¹⁾ Feuerbach, Revision, II, s. 4.

²⁾ Langenbach, Versuch, s. 57.

наго преступленія. Полная мѣра отвѣтственности за преступное дѣяніе, по взгляду представителей этого ученія, обусловливается причиняемымъ этимъ дѣяніемъ вредомъ. Только вредность этого дѣянія можетъ оправдать собою примѣненіе полной мѣры наказанія. Покушеніе на преступленіе представляетъ собою дѣяніе безрезультатное, никому не причиняющее вреда, и потому полная мѣра наказанія не можетъ имѣть къ нему примѣненія. Хотя отсутствіе вреда при покушеніи и обязано вмѣшательству случая, но нельзя отрицать за случаемъ значенія фактора, опредѣляющаго собою размѣръ отвѣтственности за преступленія ¹⁾. Покушеніе подлежитъ меньшему наказанію, чѣмъ совершеніе преступленія, потому что оно производитъ меньшее впечатлѣніе на общество, нежели оконченное преступленіе. Покушеніе могло бы наказываться наравнѣ съ совершеніемъ преступленія въ томъ только случаѣ, если бы настроеніе преступника, обнаруженное имъ при покушеніи, производило на широкіе круги населенія то же впечатлѣніе, что и дѣйствительно наступившій вредъ ²⁾. Но покушеніе производитъ меньшее впечатлѣніе, нежели оконченное преступленіе; лишеніе жизни поражаетъ насъ гораздо сильнѣе, чѣмъ неудачное посягательство, которое оставляетъ намѣченную жертву совершенно неприкосновенной ³⁾. Впечатлѣніе, производимое преступленіемъ, представляется однимъ изъ важнѣйшихъ факторовъ, опредѣляющихъ размѣръ наказуемости правонарушеній. Между тѣмъ, впечатлѣніе, производимое оконченнымъ преступленіемъ, причинившимъ непоправимый вредъ, оказывается несравненно болѣе сильнымъ, нежели впечатлѣніе, произведенное неудачнымъ посягательствомъ ⁴⁾. Дѣйствительнымъ основаніемъ уменьшенной наказуемости покушенія является психологическій законъ, въ силу котораго размѣръ ненависти къ виновнику дѣянія зависитъ отъ того, наступилъ ли задуманный имъ результатъ или нѣтъ. Эта ненависть несравненно больше

¹⁾ Weber, Ueber das geendigte Verbrechen (delictum perfectum), und dessen angemessene Bestrafung, N. Arch. des Criminalrechts, IV, 1820, s. 44, 45; Pessina, I, p. 239, 240; Garraud, Traité, I, p. 407; Laborde, Cours, p. 69, 70; Champcommunal, Rev. crit, N. S. XXIV, 1895, p. 109; Владимировъ, стр. 106.

²⁾ Bar, Die Grundlagen des Strafrechts, 1869, s. 63; Fabian, s. 48.

³⁾ Bar, Gesetz, II, s. 570.

⁴⁾ Lammasch, Moment, s. 65.

въ томъ случаѣ, когда результатъ наступилъ, чѣмъ въ томъ случаѣ, когда его не воспослѣдовало ¹⁾).

Съ точки зрѣнія изложеннаго ученія, важнѣйшимъ признакомъ преступленія, обусловливающимъ собою примѣненіе полной мѣры наказанія, является вредоносность этого дѣянія. Наше правосознаніе соглашается на примѣненіе полной мѣры наказанія въ томъ только случаѣ, когда дѣйствіе виновнаго причинило вредъ; покушеніе на преступленіе характеризуется отсутствіемъ этого вреда и потому къ нему наказаніе можетъ быть примѣнено только въ уменьшенномъ размѣрѣ. Но нужно замѣтить, что если бы наше правосознаніе дѣйствительно заключало въ себѣ это требованіе, то оно проводило бы его послѣдовательно и всегда возставало бы противъ назначенія равнаго наказанія за неоконченную преступную дѣятельность и за матеріально оконченное преступленіе. Между тѣмъ, этого въ дѣйствительности не имѣется налицо. Если дѣйствительно въ настоящее время, правосознаніе нѣкоторыхъ народовъ требуетъ примѣненія уменьшеннаго наказанія къ виновнику покушенія, то правосознаніе тѣхъ же народовъ вполне мирится съ полною наказуемостью матеріально неоконченной преступной дѣятельности въ тѣхъ случаяхъ, когда она охватывается составомъ усѣченныхъ преступленій, т. е., когда уже одна попытка совершенія извѣстнаго дѣянія почитается правомъ за оконченное преступленіе, какъ, напр., при государственной измѣнѣ и др. преступленіяхъ. Если бы возникновеніе вреда признавалось нашимъ правосознаніемъ за необходимое условіе примѣненія полной мѣры наказанія, то подобное явленіе не могло бы имѣть мѣста.

По взгляду третьей группы юристовъ, уменьшенная наказуемость покушенія объясняется тѣмъ, что это дѣяніе представляетъ собою не нарушеніе правовыхъ благъ, какъ оконченное преступленіе, а только опасность нарушенія ихъ. Оконченное преступленіе, замѣчаютъ сторонники этого взгляда, заключаетъ въ себѣ нарушеніе правового блага; покушеніе представляетъ собою нападеніе на это благо и, въ соотвѣтствіи съ этимъ, размѣръ отвѣтственности за покушеніе никогда не можетъ достигать размѣра отвѣтственности за оконченное преступленіе. Равная наказуемость покушенія и оконченнаго преступленія стояла бы въ про-

¹⁾ Goldfeld, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln, 1882, s. 8, 17 Oetker, Z., B. XVII, s. 54; Musy, p. 20—22.

тиворѣчи съ основнымъ правиломъ вмѣненія объективныхъ результатовъ ¹⁾... Покушеніе на преступленіе отличается отъ оконченнаго преступленія тѣмъ, что оно идетъ менѣе далеко во враждебномъ праву направленіи, чѣмъ оконченное преступленіе. Въ виду этого, покушеніе, при прочихъ равныхъ условіяхъ, влечетъ за собою менѣе строгое наказаніе, нежели оконченное преступленіе ²⁾. Существо покушенія на преступленіе заключается въ опасномъ характерѣ осуществленія воли. Изъ этого слѣдуетъ—уменьшенная наказуемость покушенія ³⁾.

Въ основѣ этого взгляда лежитъ предположеніе, что всякое оконченное преступленіе характеризуется причиненіемъ вреда правовымъ благамъ, а всякое покушеніе созданіемъ опасности для этихъ благъ. Это предположеніе, какъ мы знаемъ изъ предыдущаго, представляется неправильнымъ. Далекое не всякое преступленіе влечетъ за собою матеріальный вредъ для потерпѣвшаго лица, и далеко не всякое покушеніе создаетъ опасность возникновенія подобнаго вреда. Оконченное преступленіе можетъ выражаться въ формѣ опаснаго, а не вреднаго дѣйствія; покушеніе на преступленіе можетъ носить совершенно безопасный характеръ. Очевидно отсюда, что и уменьшенная наказуемость покушенія, по сравненію съ оконченнымъ преступленіемъ, не можетъ быть объясняема существованіемъ вышеуказаннаго отношенія между внѣшнею стороною соотвѣтствующихъ дѣйствій.

Сверхъ того, по поводу всѣхъ трехъ вышеприведенныхъ учений, необходимо замѣтить, что всѣ они впадаютъ въ весьма крупную ошибку, полагая возможнымъ оцѣнивать юридическое значеніе покушенія на основаніи признаковъ одной только внѣшней стороны подлежащаго дѣйствія. При опредѣленіи юридическаго значенія покушенія, менѣе всего можно игнорировать внутреннюю сторону этого дѣйствія, такъ какъ особое отношеніе умысла къ содѣянному и представляетъ собою характерную черту покушенія. При покушеніи, въ отличіе отъ оконченнаго преступленія, преступникъ желаетъ сдѣлать больше зла, чѣмъ сколько ему удастся сдѣлать въ дѣйствительности, и наличность подобнаго желанія у него вноситъ осложненіе и въ правовую оцѣнку совершеннаго имъ дѣйствія: правосознаніе признаетъ покушеніе на преступленіе за болѣе серьезное преступное дѣйствіе, чѣмъ

¹⁾ Baumgarten, s. 444, 445.

²⁾ Merkel, Lrb, s. 119.

³⁾ Liszt, Lrb, s. 207.

оконченное преступленіе, обладающее одинаковою съ нимъ внѣшною стороною. Нанесеніе раны, съ цѣлью лишенія жизни, считается большимъ злодѣяніемъ, нежели нанесеніе раны, съ цѣлью нарушенія тѣлесной неприкосновенности. Совершенно справедливо замѣчаютъ нѣкоторые криминалисты, что съ точки зрѣнія законодателя, существуетъ большая разница между тѣми случаями, въ которыхъ дѣйствіе должно было служить условіемъ наступленія вреда, и тѣми случаями, въ которыхъ оно должно было играть роль условія наступленія опасности вреда ¹⁾). Значеніе внутренней стороны дѣйствія покушенія никоимъ образомъ не можетъ быть забываемо при изслѣдованіи условій, опредѣляющихъ собою оцѣнку этого дѣйствія правосознаніемъ.

Такимъ образомъ, ни одно изъ вышеприведенныхъ ученій не оказалось способнымъ опредѣлить существо того правового начала, частнымъ выводомъ изъ котораго является положеніе объ уменьшенной отвѣтственности покушенія. Четвертая группа представителей этого направленія переноситъ рѣшеніе даннаго вопроса на иную почву. Проблема опредѣленія существа того общаго начала, которое обуславливаетъ собою уменьшенную отвѣтственность за покушеніе, можетъ быть рѣшена лишь путемъ изслѣдованія юридическаго значенія внутренней стороны покушенія и объясненія этой особенности изслѣдуемаго дѣянія неправильно искать въ признакахъ внѣшней его стороны. Уменьшенная наказуемость покушенія, по взгляду этихъ ученыхъ, находитъ себѣ объясненіе въ томъ, что при покушеніи остается неизвѣстнымъ, обладала ли злая воля виновнаго тѣмъ упорствомъ и твердостью, которыя необходимы для доведенія преступленія до конца и безъ которыхъ преступленіе не могло быть совершено виновнымъ, даже въ случаѣ отсутствія къ тому внѣшнихъ препятствій ²⁾).

Это ученіе вызываетъ противъ себя цѣлый рядъ возраженій. Во-первыхъ, предлагаемый имъ критерій опредѣленія напряженія преступной воли приложимъ только къ неоконченному покушенію: только тамъ, гдѣ виновный не выполнилъ всѣхъ тѣхъ актовъ, которые считались имъ необходимыми для совершенія преступле-

¹⁾ Binding, Normen, I, s. 375.

²⁾ Carnot, Commentaire sur le code pénal, I, 1823, p. 11, 12; Rossi, II, p. 160, 161; Bauer, Abhandlungen, I, s. 366; Boitard, Leçons, p. 32; Bertauld, Cours, p. 197, 200; Ortolan, Eléments de droit pénal, 1859, p. 413; Trébutien, Cours, I, p. 105; Bernard, Rev. crit, XX, 1861, p. 467; Villey, Précis, p. 96.

ніа, можно дѣлать предположеніе о возможномъ отсутствіи у него достаточной энергіи для доведенія преступленія до конца; только въ этихъ случаяхъ можно предполагать, что виновный не приложилъ бы со своей стороны всѣхъ усилій для достиженія преступной цѣли. Во-вторыхъ, крайнее упорство преступной воли можетъ быть проявлено преступникомъ не только при покушеніи на преступленіе, но и при приготовленіи къ нему, напр., въ случаѣ изготовленія орудій преступленія, требующихъ тщательной и продолжительной выдѣлки. Въ третьихъ, особая твердость и упорство преступной воли, какъ было показано выше, вовсе не представляютъ собою непремѣннаго условія нормальной наказуемости преступленій; напр., по большинству современныхъ кодексовъ, покушеніе, обнаружившее чрезвычайное упорство преступной воли, подлежитъ меньшему наказанію, нежели оконченное преступленіе, довести которое до конца преступнику помогли исключительныя благопріятныя обстоятельства.

Изъ приведеннаго обзора правовыхъ ученій объ основаніяхъ уменьшенной наказуемости покушенія видно, что до сихъ поръ еще не удалось истолковать подлежащее правовое положеніе какъ логическій выводъ изъ другого, болѣе общаго правового начала. Мы полагаемъ, что эта проблема и вообще не можетъ быть разрѣшена, такъ какъ принципъ уменьшенной наказуемости покушенія представляетъ собою вполнѣ самостоятельное правовое начало, занимающее особое положеніе въ ряду основныхъ началъ правосознанія людей извѣстной эпохи. При такой постановкѣ вопроса, проблема опредѣленія правовыхъ основаній разбираемаго принципа вообще отпадаетъ и рѣчь можетъ идти только о причинахъ образованія соотвѣтствующихъ правовыхъ убѣжденій. Причины эти, по мнѣнію криминалистовъ, заключаются въ необходимости сообразованія размѣра отвѣтственности за покушеніе съ общими функціями карательнаго права. Ученія о причинахъ уменьшенной наказуемости покушенія, обыкновенно, называются ученіями о политическихъ основаніяхъ редуцированной наказуемости покушенія. Къ разсмотрѣнію этой группы ученій, мы и должны теперь обратиться.

Подвергая принципъ уменьшенной отвѣтственности покушенія правнополитической оцѣнкѣ, нѣкоторые ученые пытаются оправдать его съ точки зрѣнія системы спеціальнаго предупрежденія преступленій и доказываютъ, что, налагая смягченныя наказанія за покушеніе, законодатель успѣшнѣе достигаетъ

предупрежденія рецидива, чѣмъ если бы онъ наказывалъ покушеніе наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ. Уголовная реакція за покушеніе, замѣчаютъ нѣкоторые криминалисты, имѣетъ своей единственной задачей предупрежденіе рецидива, достигаемое посредствомъ нравственнаго перевоспитанія преступника. Но, осуществленіе подобной цѣли вовсе не находится въ зависимости отъ опредѣленнаго количества страданій, причиняемыхъ виновному посредствомъ уголовной кары; можно даже, пожалуй, сказать, что, напротивъ, указанная задача достигается всего успѣшнѣе при наиболѣе мягкихъ карательныхъ мѣрахъ ¹⁾).

Мы уже имѣли случай указывать на то, что наказуемость покушенія не можетъ быть оправдана соображеніями политики спеціальнаго предупрежденія. Мы указывали также и на то, что покушеніе, само по себѣ, не свидѣтельствуетъ объ особой опасности личности субъекта и что актъ выполненія покушенія, какъ и всякій неуспѣшный актъ, самъ по себѣ взятый, вовсе не служитъ факторомъ, усиливающимъ склонность лица къ выполненію дѣйствій подлежащаго преступнаго типа. Съ другой стороны, совершенно неправильно утверждать, что предупрежденіе рецидива можетъ быть достигнуто только мѣрами принудительнаго перевоспитанія. Къ тому же результату ведутъ и другія наказанія и, поскольку субъектъ можетъ быть вообще удержанъ отъ преступленія наказаніемъ, рецидивъ можетъ быть успѣшно предупрежденъ и примѣненіемъ суровыхъ карательныхъ мѣръ.

На ряду съ попытками обоснованія уменьшенной отвѣтственности за покушенія соображеніями политики спеціальнаго предупрежденія преступленій, въ литературѣ были сдѣланы попытки обоснованія подлежащаго принципа на началахъ общаго предупрежденія преступленій. При этомъ, одни ученые полагали, что установленіе уменьшенной отвѣтственности за покушеніе содѣйствуетъ успѣшному удержанію, уже приступившихъ къ выполненію преступленія субъектовъ, отъ доведенія этого дѣянія до конца. Другіе думали, что начало уменьшенной репрессіи объясняется существомъ тѣхъ задачъ, которыя ставитъ себѣ законодатель, при установленіи наказуемости покушенія вообще, и которыя сводятся къ удержанію людей отъ приступа къ выполненію преступленія.

¹⁾ Колоколовъ, стр. 228.

Между дѣйствіемъ покушенія и окончаніемъ преступленія, замѣчаютъ представители перваго взгляда, можетъ оказаться нѣкоторый промежутокъ времени. Отсюда полезно установить большее наказаніе для преступленія оконченнаго, чтобы дать мотивъ не доводить преступнаго дѣянія до конца тому, кто приступилъ къ совершенію преступленія ¹⁾. Преступникъ будетъ болѣе склоненъ къ доведенію преступленія до конца, если выполнивъ покушеніе, онъ будетъ сознавать, что онъ подлежитъ уже наказанію въ полной его мѣрѣ. При условіи равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія, виновникъ покушенія не можетъ не сознавать, что, доведя свое дѣяніе до конца, онъ получитъ ту выгоду, которую онъ поставилъ себѣ цѣлью и, вмѣстѣ съ тѣмъ, не несетъ никакого риска, такъ какъ наказанъ онъ будетъ одинаково, какъ въ томъ случаѣ, когда довершитъ свое предпріятіе, такъ и въ томъ, когда оно останется незаконченнымъ ²⁾. Наказанія, расположенныя по степенямъ, представляютъ собою какъ бы препятствія, непрестанно вырастающія на пути виновнаго: онъ одолѣлъ на своемъ пути одну изъ преградъ, но, съ каждымъ шагомъ впередъ, ему грозятъ наказанія все ужаснѣе и ужаснѣе; постоянно растущіе страхи могутъ его удержать, не дать окончить задуманнаго преступленія ³⁾.

Юридическая литература уже установила неправильность вышеприведенныхъ соображеній. Съ одной стороны, справедливо отмѣчено, что, съ правнополитической точки зрѣнія, задача воздѣйствія на преступника до приступа его къ выполненію преступленія, представляется несравненно болѣе важною, чѣмъ задача удержанія его отъ доведенія начатаго преступленія до конца, въ виду того, что вообще въ стадіи выполнения преступленія, виновный оказывается гораздо менѣе способнымъ сообразовать свое поведеніе съ угрозою уголовного закона. Поэтому, полезное значеніе принципа уменьшенной наказуемости для задачъ мотивационнаго воздѣйствія на людей, уже приступившихъ къ выполненію преступленія, еще не доказываетъ собою политиче-

¹⁾ Beccaria, l. c. p. 42; Giuliani, I, p. 135, 136; Наказъ Екатерины II, ст. 201; Гореглядъ, Опытъ начертанія російскаго уголовного права, I, 1815, стр. 94, 95; Гуляевъ, Російское уголовное право, 1833, стр. 19.

²⁾ Kleinschrod, I, s, 86, 87.

³⁾ Chauveau-Hélie, I. p. 373, 374.

ской цѣлесообразности этого начала ¹⁾. Съ другой стороны, и самое значеніе подлежащаго начала для достиженія соотвѣтственной политической задачи подвергается вполнѣ основательному сомнѣнію. Криминалисты указываютъ на то, что назначеніе болѣе строгаго наказанія за оконченное преступленіе, чѣмъ за покушеніе, неспособно удержать человѣка, уже приступившаго къ выполненію преступленія, отъ доведенія его до конца. Субъектъ, совершившій покушеніе, сознаетъ, что онъ будетъ подвергнутъ наказанію, что карьера его закончена, что онъ теряетъ заработокъ, уваженіе согражданъ и пр. Страхъ подвергнуться наказанію въ нѣсколько большемъ размѣрѣ при этомъ не способенъ преодолѣть желанія его воспользоваться плодами преступленія посредствомъ проведенія задуманнаго до конца. Вотъ почему законодатель, желая удержать покушающихся отъ окончанія преступленія, общаетъ имъ, въ случаѣ добровольной остановки преступной дѣятельности, не только смягченіе наказанія, но и полную ихъ безнаказанность. Только подобная перспектива можетъ успѣшно воздѣйствовать на субъекта, приступившаго уже къ выполненію преступленія ²⁾.

Другіе ученые полагаютъ, что принципъ уменьшенной наказуемости покушенія можетъ быть объясненъ лишь въ томъ случаѣ, если мы сопоставимъ его съ существомъ тѣхъ задачъ, которыя преслѣдуются законодателемъ при назначеніи наказаній за покушеніе вообще и которыя заключаются въ превентивномъ воздѣйствіи на субъектовъ, замышляющихъ совершеніе преступленія, но еще не успѣвшихъ приступить къ его выполненію. Назначеніе уголовной угрозы, съ точки зрѣнія общаго предупрежденія преступленій, замѣчаютъ представители этого взгляда, заключается въ томъ, чтобы индивидуальному представленію о благѣ, ожидаемомъ отъ преступленія, противопоставить представленіе о высшемъ злѣ наказанія. Устанавливая отвѣтственность за покушеніе, законодатель предполагаетъ воздѣйствовать на субъекта, уже примирившагося съ законными послѣдствіями дѣянія, считающаго благо преступленія значительнѣе зла наказанія. Тогда законодатель мѣняетъ направленіе своей тактики: онъ переноситъ вниманіе субъекта съ расплаты за успѣхъ на самую

¹⁾ Goldfeld, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objecten, 1882, s. 11, 12.

²⁾ Thomsen, Criminalpolitische Bekämpfungsmethoden, 1893, s. 55, 56, 65; Gallet, p. 336, 337; Мокринскій, II, стр. 227.

гадательность успѣха, устанавливаетъ юридическую связь наказанія не только съ фактомъ удачи, но и съ фіаско предпріятія. И соразмѣрно тяжести груза, лежащаго въ душѣ преступника на одну изъ чашекъ вѣсовъ, законодатель избираетъ противовѣсъ для другой. Раньше требовалось отъ мѣры зла наказанія, чтобы оно превышало самое благо преступленія, теперь достаточно, если оно превыситъ цѣнность бывшихъ у преступника шансовъ на достиженіе этого блага. Но шансы достиженія блага, какъ бы они ни были значительны, всегда уступаютъ, по своей жизненной цѣнности, благу достигнутому, и соотвѣтственно ниже опредѣляется мѣра наказанія, способнаго дискредитировать въ глазахъ субъекта выгоду помянутаго риска. Если вещь, разыгрываемая въ лотерею, стоитъ x рублей, то могутъ найтись охотники купить ее за x , и даже $x + n$ рублей, но только немногіе согласились-бы заплатить x , и даже $x - n$ рублей лишь за одинъ изъ многихъ билетовъ, положенныхъ въ колесо лотереи, гдѣ одинъ даетъ право на выигрышъ, а всѣ остальные пустые. Готовый отдать жизнь за смерть врага можетъ задуматься надъ рискомъ 5-лѣтняго тюремнаго заключенія, если онъ видитъ, что шансы удачи сравнительно ничтожны, что онъ сильно рискуетъ быть застигнутымъ въ самый моментъ покушенія ¹⁾.

Наказанія за покушеніе, по воззрѣнію авторовъ приведеннаго ученія, оказываютъ воздѣйствіе на ту группу субъектовъ, которые задумываютъ совершеніе рискованныхъ преступленій и считаются съ возможностью крушенія намѣченнаго ими плана. Люди, предпринимающіе подобную дѣятельность, разсматриваютъ ее какъ явленіе, создающее возможность успѣха, а не какъ вѣрный залогъ дѣйствительнаго успѣха. Сообразно съ этимъ, и желаніе совершить подобное преступленіе оказывается меньшимъ, нежели въ случаяхъ расчета на вѣрный успѣхъ, что, въ свою очередь, позволяетъ ослаблять также и мѣры противодѣйствія этимъ желаніямъ—сокращать строгость грозящихъ за покушеніе наказаній.

По нашему убѣжденію, подобное воззрѣніе не можетъ быть признано правильнымъ, и уподобленіе актовъ предпріятія рискованныхъ преступленій приобрѣтенію билета лотереи не является удачнымъ. Если лицо, покупающее подобный билетъ,

¹⁾ Мокринскій, II, стр. 239, 240.

дѣйствительно желаетъ обезпечить себѣ возможность выигрыша т. е. доставить себѣ извѣстное количество шансовъ благоприятнаго поворота фортуны и самую возможность выигрыша почитаетъ за благо, то совершенно иное слѣдуетъ сказать о психологіи лица, предпринимающаго, съ рискомъ неудачи, преступное дѣяніе. Если субъектъ и предпринимаетъ подобное дѣяніе, то только въ виду его вѣры въ желательный исходъ его предпріятія, въ виду его увѣренности въ успѣшность подлежащаго совершенію дѣйствія. Единственное желаніе, руководящее его поведеніемъ, въ этомъ случаѣ, это желаніе окончить преступленіе. Желаніе создать возможность наступленія результата совершенно чуждо его психикѣ и онъ не сдѣлалъ бы ни одного шага впередъ, если бы зналъ навѣрно, что его дѣятельность не приведетъ къ желанному результату, а лишь позволить ему, въ извѣстный моментъ времени, считать наступленіе этого результата возможнымъ.

Мало того, нельзя не указать, что между сравниваемыми вышеприведеннымъ ученіемъ явленіями существуетъ еще другое, весьма серьезное, различіе. Приобрѣтеніе билета лоттереи представляетъ собою такое воплощеніе возможности приобрѣтенія блага, которое носитъ характеръ длительно существующаго явленія; оно разсматривается людьми какъ актъ, представляющій необходимую ступень къ достиженію выигрыша и устанавливающій желательное само по себѣ положеніе дѣла. Напротивъ, дѣйствіе, представившее собою возможность наступленія вреда, но не неприведшее къ нему, представляетъ собою совершенно безразличную величину, съ точки зрѣнія преступника; онъ цѣнитъ свое дѣйствіе только до тѣхъ поръ, пока думаетъ, что оно приведетъ къ желанному результату. По выясненіи неуспѣшности акта, преступникъ совершенно неинтересуется имъ, безотносительно къ тому, заключалъ ли онъ въ себѣ много или мало шансовъ удачи. Значительная и близкая возможность удачи разсматривается виновнымъ какъ полная неудача.

Такимъ образомъ, изслѣдуя отношеніе субъекта, задумывающаго совершить, связанное съ рискомъ неудачи, преступленіе, къ предпринимаемому имъ дѣйствію, нужно признать, что покушающійся, въ этихъ случаяхъ, дѣйствуетъ исключительно ради успѣшнаго достиженія поставленной имъ цѣли и что созданіе возможности достиженія ея вовсе не представляется ему чѣмъ-то заманчивымъ. Отсюда съ очевидностью вытекаетъ, что и уго-

ловную угрозу, въ данномъ случаѣ, необходимо сообразовать не съ желаніемъ создать возможность наступленія преступнаго результата, а съ желаніемъ достигнуть самаго результата. А это условіе, вовсе не оправдываетъ того пониженія репрессіи, о которомъ въ настоящее время идетъ рѣчь.

Преступленія, связанныя съ рискомъ неудачи, дѣйствительно, встрѣчаютъ въ психикѣ людей болѣе сильное противодѣйствіе, чѣмъ другія преступныя дѣянія, но отнюдь не вслѣдствіе особаго отношенія этихъ преступленій къ ожидаемому результату, вообще не вслѣдствіе ихъ внутренней природы, а въ силу особой регламентации ихъ послѣдствій со стороны права. Лицо, предпринимающее подобныя преступленія, какъ мы говорили выше, желаетъ успѣшнаго окончанія этихъ преступленій и никакихъ другихъ желаній у него нѣтъ, но оно имѣетъ въ виду и возможность неудачнаго исхода предпринимаемаго дѣйствія. При отсутствіи особыхъ правовыхъ постановленій, эта неудача представляется покушающемуся или безразличной или, въ случаѣ затраты значительнаго количества энергіи на попытку совершить преступленіе, нежелательной, но, во всякомъ случаѣ, какого-либо существеннаго мотивационнаго воздѣйствія эта перспектива неудачи задуманнаго не оказываетъ. И вотъ, право измѣняетъ это положеніе вещей. Устанавливая уголовную отвѣтственность за покушеніе на преступленіе, оно заставляетъ преступника опасаться наказанія не только въ случаѣ успѣшнаго окончанія преступленія, но и въ случаѣ неудачи при выполненіи его, и послѣднее опасеніе оказывается тѣмъ большимъ, чѣмъ болѣе значительнымъ является наказаніе, слѣдующее за покушеніе. Особые мотивационные процессы, происходящіе въ психикѣ лица, предпринимающаго рискованныя преступленія, обусловливаются не внутренними свойствами этихъ преступленій, не меньшей ихъ заманчивостью для преступника, а особыми свойствами правовой санкціи этихъ преступленій, особымъ характеромъ ихъ юридическихъ послѣдствій.

Разсмотрѣнныя выше попытки обоснованія уменьшенной отвѣтственности за покушеніе старались оправдать это начало какимъ-либо однимъ, правовымъ или политическимъ, принципомъ. Признавая справедливость какого-либо одного изъ приведенныхъ выше доводовъ, авторы подлежащихъ ученій отрицали правильность всякихъ другихъ доводовъ въ пользу отстаиваемаго ими мнѣнія. Теперь мы перейдемъ къ сложнымъ ученіямъ объ осно-

ваніяхъ принципа редуцированной наказуемости покушенія, приводящихъ въ пользу своего взгляда не одно какое-либо соображеніе, а два или три подобныхъ довода. Одни ученые этой группы основываютъ уменьшенную наказуемость покушенія на нѣсколькихъ правовыхъ положеніяхъ, а другіе ученые основываютъ ее какъ на правовыхъ, такъ и на политическихъ положеніяхъ.

Представители перваго направленія полагаютъ, что покушеніе должно быть наказываемо мягче, нежели совершеніе преступленія потому, что покушающійся проявляетъ меньшую энергію преступной воли, чѣмъ виновникъ оконченнаго преступленія, и потому, что внѣшняя сторона покушенія представляется менѣе существенною, съ уголовноюридической точки зрѣнія, чѣмъ внѣшняя сторона оконченнаго преступленія. Покушеніе, замѣчаютъ криминалисты, представляетъ собою меньшую степень вины, нежели оконченное преступленіе. Здѣсь также, какъ и при неосторожныхъ преступленіяхъ, стороны дѣянія не покрываютъ другъ друга: моментъ дѣйствія здѣсь отстаетъ отъ момента воли. Хотя уже и въ отдаленномъ покушеніи заявленное виновнымъ полное намѣреніе представляетъ собою существенный для наказуемости дѣянія моментъ, но, тѣмъ не менѣе, въ поступательномъ ходѣ преступнаго дѣянія, находитъ себѣ одновременное выраженіе усиленіе энергіи преступной воли. Эта энергія воли достигаетъ своего кульминаціоннаго пункта въ моментъ окончанія преступленія, такъ что дѣйствіе, остановившееся на покушеніи, являетъ собою, вмѣстѣ съ тѣмъ, и меньшую степень энергіи воли и представляетъ собою, слѣдовательно, и меньшую степень вины ¹⁾. Государство, съ одной стороны, наказываетъ въ преступленіи вредъ, нанесенный ему злоумышленно преступникомъ. Этотъ умысленный вредъ, являясь основаніемъ полнаго наказанія, бываетъ налицо только при оконченномъ преступленіи. При покушеніи, слѣдовательно, нѣтъ одного изъ тѣхъ двухъ элементовъ, которые обуславливаютъ собою полноту нормальнаго наказанія. Съ другой стороны, причина неудачи преступленія заключается часто въ недостаточной степени энергіи воли ²⁾. Общее положеніе о меньшей наказуе-

¹⁾ Köstlin, Neue Revision, s. 401, 402; System, I, s. 245—247.

²⁾ Gmelin, Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen, 1785, s. 113; Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 134, 135; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 178, 179.

мости покушенія, сравнительно съ оконченнымъ преступленіемъ признается въ настоящее время всѣми. Масштабъ для опредѣленія наказуемости дѣянія опредѣляется совмѣстно субъективной и объективной точками зрѣнія. Интенсивность злой воли, въ поступательной преступной дѣятельности лица, развивается въ той же мѣрѣ, въ какой возрастаютъ опасность и вредоносность дѣйствія; только съ окончаніемъ преступнаго дѣянія конечная цѣль является достигнутою, а вмѣстѣ съ нею и преступная воля находитъ свое полное осуществленіе ¹⁾. Если преступная воля и сложилась у лица покушающагося, то она все-таки не достигла той степени энергіи, какую она имѣетъ у лица, окончившаго свое дѣяніе, или у насъ, по крайней мѣрѣ, нѣтъ достаточно данныхъ для признанія одинаковой рѣшимости въ обоихъ случаяхъ. Еще болѣе оснований для снисхожденія представляетъ сторона объективная—отсутствіе преднамѣреннаго виновнымъ вреда, отсутствіе правонарушенія... Государство, карая преступленія, борется не съ простою злою волею, а съ волею вредоносною ²⁾.

Послѣ тѣхъ замѣчаній, которыя были сдѣланы въ предшествующемъ изложеніи, это ученіе не нуждается въ подробномъ опроверженіи. Мы видѣли, что нельзя объяснять меньшей наказуемости покушенія, по сравненію съ оконченнымъ преступленіемъ, ни меньшимъ юридическимъ значеніемъ внѣшней стороны акта покушенія—эта сторона его вообще не можетъ быть сопоставляема съ внѣшней стороною оконченнаго преступленія,—ни меньшею напряженностью энергіи воли виновнаго—при покушеніи это обстоятельство вовсе не всегда имѣется налицо. Не становятся болѣе правильными эти положенія и при соединеніи ихъ въ одномъ ученіи.

Другіе ученые приводятъ, въ пользу принципа уменьшенной наказуемости покушенія, какъ правовые доводы, такъ и соображенія правнополитическаго характера. По взгляду однихъ представителей этого направленія, правовое основаніе смягченія наказанія за покушеніе заключается въ томъ, что актъ покушенія на преступленіе представляетъ собою меньшую опасность для правопорядка, нежели оконченное преступленіе, а политическое основаніе этого принципа—въ необходимости удержанія

¹⁾ Schwarze, НН, II, s. 276, 277.

²⁾ Таганцевъ, Курсъ II, стр. 200, 201; Лекціи, стр. 714.

преступника отъ окончанія преступленія, сдѣлавъ выгоднымъ для него отказъ отъ продолженія преступной дѣятельности, установивъ меньшую кару за дѣятельность, принявшую форму покушенія, чѣмъ за дѣятельность, принявшую форму оконченнаго преступленія ¹⁾. По мнѣнію другихъ криминалистовъ, пониженная отвѣтственность за покушеніе справедлива, потому что при покушеніи возникаетъ сомнѣніе, достало ли бы у виновнаго отваги на прохожденіе неуклонно до самаго конца по избранному имъ пути, не поколебалась ли бы въ немъ преступная рѣшимость, а это сомнѣніе должно быть истолковано въ пользу преступника. Она политична, потому что полезно располагать наказанія такимъ образомъ, чтобы преступникъ имѣлъ въ отступленіи отъ своего предпріятія какую-нибудь выгоду, которая располагала бы его къ раскаянію или, по крайней мѣрѣ, къ оставленію злого дѣла ²⁾.

Всѣ приводимыя сторонниками этого направленія соображенія уже знакомы изъ предшествующаго изложенія и мы могли уже убѣдиться въ неправильности этихъ положеній по существу. Теперь на очереди вопросъ: насколько удачна мысль о соединеніи правовыхъ и политическихъ положеній въ одно общее ученіе и насколько эти положенія способны поддерживать другъ друга? Мы полагаемъ, что на этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить безусловно отрицательно. Правовое обоснованіе извѣстнаго положенія уясняетъ намъ природу его, какъ частнаго вывода изъ другого, болѣе общаго, правового положенія. Политическое обоснованіе извѣстнаго положенія раскрываетъ намъ тѣ основанія, въ силу которыхъ это положеніе можетъ разумно существовать, въ качествѣ самостоятельнаго правового начала. Очевидно, что, при такомъ пониманіи существа соотвѣтствующихъ пріемовъ обоснованія правовыхъ положеній, одновременное примѣненіе ихъ, съ цѣлью обоснованія одного и того же положенія, становится невозможнымъ. Если извѣстное положеніе права дѣйствительно

¹⁾ Soden, Geist der peinlichen Gesetzgebung, 1792, s. 55; Zachariae, II, s. 54, 55, 62; Carrara, Programma, p. 204; Nicolini, Rev. crit., XIX, 1861, p. 232, 233; Manzini, II, p. 354, 355; Солнцевъ, Россійское уголовное право, 1820 (изд. Фельдштейна, 1907) стр. 187.

²⁾ Berner, Lrb, s. 206. 207; Heberle, Aus welchen Gründen ist der beendete Versuch stets geringer zu strafen als das vollendete Verbrechen? 1896, s. 34, 39; Будзинскій, стр. 199, 200; Спасовичъ, стр. 136; Пусторослевъ, стр. 380.

представляетъ собою логическій выводъ изъ другихъ, болѣе общихъ, положеній права—если представлено его правовое обоснованіе,—то, очевидно, что, тѣмъ самымъ, разрѣшена и проблема его политическаго обоснованія: существованіе этого положенія можетъ находить себѣ политическое оправданіе только въ тѣхъ соображеніяхъ, которыя оправдываютъ собою существованіе того общаго положенія права, выводомъ изъ котораго изслѣдуемое частное положеніе является. Если же, напротивъ, существованіе извѣстнаго правового положенія можетъ быть объяснено спеціальными политическими соображеніями, то можно съ увѣренностью сказать, что это положеніе не можетъ получить правового обоснованія, не можетъ быть представлено въ качествѣ логическаго вывода изъ болѣе общихъ правовыхъ положеній. Оба приема обоснованія правовыхъ положеній исключаютъ другъ друга и попытка соединенія ихъ должна быть признана недоразумѣніемъ.

Мы познакомились съ существомъ ученій, пытавшихся дать обоснованіе уменьшенной наказуемости покушенія, по сравненію съ оконченнымъ преступленіемъ. Но необходимо замѣтить, что въ литературѣ уголовного права существуютъ и противоположныя ученія, доказывающія, что политически основательной можетъ быть признана только равная наказуемость покушенія и оконченнаго преступленія и что уменьшенная отвѣтственность за покушеніе никоимъ образомъ не можетъ быть оправдана. Авторы этихъ ученій исходятъ въ своихъ разсужденіяхъ изъ изслѣдованія субъективнаго состоянія преступника въ моментъ совершенія преступленія. Они указываютъ, что это состояніе ничѣмъ не отличается отъ состоянія лица, совершившаго оконченное преступленіе, вслѣдствіе чего не имѣется никакихъ основаній смягчать и размѣра отвѣтственности за покушеніе. Согласно воззрѣнію представителей этого взгляда, покушеніе на преступленіе обнаруживаетъ такое же желаніе виновнаго совершить преступленіе, какъ и оконченное преступленіе. Различіе обоихъ дѣяній состоитъ лишь въ томъ, что, при совершеніи покушенія, случай препятствуетъ наступленію преступнаго результата, тогда какъ при совершеніи оконченнаго преступленія этого не имѣется налицо. Но случай, конечно, не можетъ опредѣлять собою мѣры наказанія ¹⁾. Для права неважно, достигъ

¹⁾ Servin, De la législation criminelle, 1782, p. 31, 32; Filangieri, La scienza della legislazione, IV, 1783, p. 202; Gallet, p. 344, 345, 349; Vidal, p. 127.

ли виновный намѣченной имъ цѣли или нѣтъ; общество должно защищаться противъ того социальнаго явленія, которое представляетъ собою непокорная воля преступниковъ—побужденія преступныхъ классовъ ¹⁾). При опредѣленіи размѣра уголовныхъ каръ, необходимо обращать вниманіе не столько на внѣшній результатъ дѣянія, сколько на настроеніе преступника. Этому началу противорѣчитъ принципъ редуцированной наказуемости покушенія ²⁾), который поэтому и долженъ быть признанъ весьма сомнительнымъ съ уголовнополитической точки зрѣнія ³⁾). Система равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія реабилитирована современной наукой ⁴⁾). Покушеніе на преступленіе должно наказываться наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда опасность, представляемая виновникомъ покушенія, равняется опасности, пред-

Garçon, Code pénal annoté, 1901, I, p. 27; Garraud, Dans quelle mesure faut-il attacher plus d'importance aux facteurs psychiques qu'aux effets matériels? Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung, X, 1902, p. 102; Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, 1906, s. 417, 432; Degois, p. 160; Liszt, Zum Vorentwurf eines Strafgesetzbuches, Z, XXX, 1909, s. 272; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, III, 1905, s. 337; Rudert, s. 75; Roever, Der untaugliche Versuch de lege lata und de lege ferenda, 1905, s. 94; E. v. Liszt, Zur Lehre vom Versuch, Z, XXV, 1905, s. 24; Redslob, s. 151, 159, 160.

Нѣкоторые криминалисты относятъ приведенныя въ текстѣ соображенія только къ покушенію оконченному. Ср., Globig-Huster, Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung, 1783, s. 140, 141; Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 1822, s. 193, 194; Cremani, De juri criminali, I, 1791, p. 79, 80; Chauveau-Hélie, I, p. 381; Boitard, Leçons de droit criminel, 1867, p. 32, 33; Morin, Répertoire général et raisonné du droit criminel, II, 1851, p. 747; Trébutien, I, p. 104; Bertauld, p. 201; Bernard, Études sur le nouveau code pénal des Etats de S. M. Le Roi de Sardaigne, Rev. Crit. de lég. et de jurispr. XX, 1862, 466; Lacoïnta, Rev. Crit. de lég. et de jurispr., XXIII, 1863, p. 455; Villey, Précis d'un cours de droit criminel, 1891, p. 97; Meyer-Allfeld, s. 179; Rosenfeld, Mitt. der IKV, X, 1902, s. 503; Rosenfeld, Die richterliche Strafzumessung (V. D. A. III), s. 155.

¹⁾ Prins, Science pénale et droit positif. 1899, p. 147.

²⁾ Liszt, Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen? Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II, s. 377; Gauckler, De l'importance à attribuer dans la loi criminelle aux éléments psychiques du crime par comparaison avec ses conséquences matérielles, Mitt. der IKV, X, 1902, s. 434.

³⁾ Liszt, Lrb, s. 211.

⁴⁾ Garraud, Précis, p. 137, 159.

ставляемой личностью виновника оконченного преступления ¹⁾. Наказание, слѣдующее за покушение, должно быть равнымъ наказанію за оконченное преступленіе въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣйствіе виновнаго свидѣтельствуеетъ о полной злобности и обдуманности виновника ²⁾. Въ покушеніи такъ же, какъ и въ оконченномъ преступленіи, можетъ проявиться полная злостность и полное упорство преступника, и потому здѣсь необходимо допустить примѣненіе полной мѣры наказанія, не исключая права смягченія наказанія въ нѣкоторыхъ случаяхъ ³⁾. Покушеніе на преступленіе должно подлежать такому же строгому наказанію, какъ и оконченное преступленіе, коль скоро содѣянное виновнымъ дѣяніе свидѣтельствуеетъ о той же опасности воли, которая обнаруживается и при оконченномъ преступленіи ⁴⁾.

Изслѣдуя существо изложеннаго ученія, легко убѣдиться, что оно можетъ быть понимаемо въ двоякомъ смыслѣ. Съ одной стороны, его можно разсматривать, какъ попытку рѣшенія вопроса о значеніи энергіи преступной воли для уголовного права, построеннаго на началахъ общаго предупрежденія преступленій. Разсматривая подлежащее ученіе съ этой точки зрѣнія, можно утверждать, что оно исходитъ въ своихъ разсужденіяхъ изъ мысли о необходимости сообразованія размѣровъ отвѣтственности виновнаго съ энергіей его преступной воли: энергія мотивационнаго давленія уголовного права, опредѣляющаяся размѣромъ уголовныхъ наказаній, должна быть сообразована со сте-

¹⁾ Garofalo, *La criminologie*, 1890, p. 349; Nicoladoni, *Der Einfluss der neuern strafrechtlichen Anschauungen auf die gesetzgeberische Behandlung des Versuches und der Teilnahme*, *Mitt. der IKV*, V, 1896, s. 341; Seuffert, *Einfluss des objektiven Erfolges auf die Strafbarkeit vorsätzlicher Straftaten, insbesondere bei Versuch und Teilnahme*, *Mitt. der IKV*, X, 1902, s. 475; Aschaffenburg, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, 1903, s. 202; Ferri, *La sociologie criminelle*, 1893, p. 424.

²⁾ Seuffert, *Über einige Grundfragen des Strafrechts*, 1886, s. 24; Miler, *Welche Konsequenzen ergeben sich in Rücksicht auf die zukünftige Strafgesetgebung aus dem Prinzip der neuern Schule, dass den psychischen Faktoren mehr Bedeutung zuzumessen sei als dem materiellen Erfolge?* *Mitt. der IKV*, X, 1902, s. 76, 77; Harburger, *Mitt.*, X, s. 49; Saleilles, *L'individualisation de la peine*, 1898, p. 201.

³⁾ Seuffert, *Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland*, 1902, s. 13; Thiry, *De la tentative*, *Mitt. der JKV*, VI, p. 307; Kantorowicz, *Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft*, *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, VII, 1910, s. 304.

⁴⁾ Познышевъ, *Основныя начала*, стр. 362.

ценью енергіи преступной воли виновнаго и, при равной енергіи воли двухъ преступниковъ, имъ должно грозить и равное наказаніе. Поэтому, если доказано, что покушеніе и оконченное преступленіе свидѣтельствуютъ о равной степени напряженія преступной воли, то и наказаніе за эти дѣянія должно быть одинаковымъ.

Но, съ другой стороны, вышеприведенное ученіе можетъ быть понимаемо и иначе. Оно можетъ быть разсматриваемо, какъ попытка рѣшенія вопроса о наказуемости покушенія съ точки зрѣнія началъ спеціальнаго предупрежденія преступленій, т. е. началъ борьбы съ рецидивомъ преступности. Вышеприведенныя замѣчанія въ этомъ случаѣ указываютъ на тождество соціальной опасности, представляемой характеромъ виновника покушенія, съ одной стороны, и виновника оконченнаго преступленія, съ другой, тождества, обусловливающего собою и тождественность, подлежащихъ примѣненію въ соотвѣтствующихъ случаяхъ, карательныхъ мѣръ.

Разсматривая вышеизложенное ученіе съ первой точки зрѣнія, изслѣдуя соотвѣтствіе его положеній началамъ политики общаго предупрежденія преступленій, нетрудно убѣдиться, что оно основано на неправильной оцѣнкѣ уголовнополитическаго значенія преступной воли. При опредѣленіи размѣра уголовныхъ наказаній, какъ факторовъ, возбуждающихъ въ психикѣ людей разнаго рода мотивы и противодѣйствія ихъ преступнымъ влеченіямъ, уголовная политика считается только съ тѣми преступными влеченіями людей, которыя не получили еще осуществленія и причинное дѣйствіе которыхъ еще можетъ быть парализовано пріемами психическаго воздѣйствія. Преступныя влеченія, уже получившія осуществленіе и приведшія къ реализаціи преступленія, психическому воздѣйствію уже болѣе не поддаются и потому, при опредѣленіи размѣровъ карательныхъ ставокъ, не могутъ быть принимаемы во вниманіе. Поэтому, для обоснованія равной наказуемости покушенія на преступленіе и совершенія его, еще недостаточно установить равную степень енергіи воли виновнаго, въ случаяхъ совершенія того и другого дѣянія. Необходимо, сверхъ того, доказать, что и нереализованныя влеченія къ совершенію преступленія, съ одной стороны, и къ совершенію покушенія на него, съ другой, обладаютъ равною силою.

Изъ вышеизложеннаго нетрудно заключить, что подобное доказательство не можетъ быть представлено по той простой

причинѣ, что влеченія совершить покушеніе, желанія совершить неудачное дѣйствіе вообще въ психикѣ людей не бываетъ. Если человѣческія желанія, по реализаціи ихъ, могутъ приводить къ возникновенію дѣйствій двухъ категорій — оконченнаго преступленія, съ одной стороны, и покушенія, съ другой,—то нельзя утверждать, что актъ покушенія обладаетъ своеобразной психической причиной, отличной отъ желанія, вызывающаго оконченное преступленіе. Покушеніе на преступленіе обязано своимъ происхожденіемъ тому же желанію, которое порождаетъ и оконченное преступленіе. А если такъ, то, очевидно, что и уголовная репрессія должна сообразоваться только съ желаніями совершить оконченное преступленіе. Борьба съ желаніями совершить покушеніе на преступленіе и парализованіе проявленія этихъ стремленій не входитъ въ задачу уголовной политики, за отсутствіемъ, въ дѣйствительности, желаній этого рода.

Изъ этихъ соображеній съ очевидностью явствуетъ, что размѣръ отвѣтственности за покушеніе отнюдь не находится въ прямой зависимости отъ степени энергіи, породившаго покушеніе преступнаго желанія. Наказаніе за покушеніе, несомнѣнно, призвано бороться съ преступными влеченіями людей, но, какъ было подробно показано выше, оно призвано бороться съ ними не самостоятельно, а въ союзѣ съ наказаніями, грозящими за оконченное преступленіе. Отсюда и при опредѣленіи размѣра наказанія за покушеніе, имѣетъ значеніе не только энергія преступныхъ влеченій преступниковъ, но и энергія мотиваціоннаго давленія, исходящаго отъ карающихъ оконченное преступленіе наказаній, — чѣмъ сильнѣе степень энергіи этого мотиваціоннаго давленія, тѣмъ болѣе слабой можетъ быть отвѣтственность за покушеніе, и наоборотъ. Изъ этого явствуетъ также и то, что нельзя установить, разъ навсегда, опредѣленнаго размѣра наказаній за покушеніе и что размѣръ ихъ всегда находится въ зависимости отъ размѣра наказаній за оконченныя преступленія. При относительно низкомъ уровнѣ наказаній за оконченныя преступленія, покушеніе должно наказываться наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ; при болѣе высокомъ размѣрѣ наказаній за оконченныя преступленія, наказуемость покушенія должна быть редуцированной. Но, какъ-бы то ни было, изъ равной силы преступныхъ влеченій, порождающихъ оконченное преступленіе и покушеніе на

него, нельзя дѣлать заключенія о необходимости назначенія равныхъ наказаній за эти дѣянія.

Такимъ образомъ, равная наказуемость покушенія и оконченнаго преступленія вовсе не представляетъ собою логическаго слѣдствія изъ началъ политики общаго предупрежденія преступленій. Но, какъ мы замѣтили, вышеизложенное ученіе можетъ быть разсматриваемо и какъ попытка обоснованія равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія, съ точки зрѣнія началъ спеціальнаго предупрежденія преступленій. Можно настаивать на равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія, исходя изъ анализа свойствъ личности виновника въ томъ и другомъ случаѣ. Основаніемъ положенія о равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія, при этой постановкѣ вопроса, оказывается равная мѣра соціальной опасности личностей виновниковъ покушенія и оконченнаго преступленія.

По поводу этого обоснованія принципа равной наказуемости покушенія на преступленіе и совершенія его, необходимо замѣтить, что онъ не можетъ быть признанъ убѣдительнымъ уже потому, что спеціальное предупрежденіе преступленій не составляетъ задачи карательныхъ системъ. Исторически сложившаяся система уголовного права, опредѣляя условія примѣненія наказаній, обращаетъ вниманіе на свойства совершеннаго виновнымъ дѣянія и на свойства виновности его, но не на проявленныя имъ, при этомъ, свойства его характера. Въ маловажномъ преступленіи можетъ проявиться чрезвычайная испорченность характера виновнаго, и наоборотъ, тяжкое преступленіе мѣжетъ свидѣтельствовать объ отсутствіи глубокой порчи характера виновнаго и, тѣмъ не менѣе, виновникъ перваго преступленія понесетъ несравненно болѣе легкое наказаніе, нежели виновникъ втораго. Было бы непослѣдовательно думать, что уголовное право, отодвигающее, вообще говоря, далеко на задній планъ значеніе характера виновнаго, при оцѣнкѣ содѣяннаго имъ, измѣняло свое отношеніе къ этому фактору, при опредѣленіи отвѣтственности за покушеніе.

Такимъ образомъ, всѣ приведенныя выше попытки установить какой-либо опредѣленный, неизмѣнный размѣръ уголовной отвѣтственности за покушеніе оказались неудачными. Съ точки зрѣнія предложеннаго нами ученія о функціяхъ нормъ, карающихъ неоконченную преступную дѣятельность, этотъ результатъ вполнѣ

понятенъ. Наказуемость покушенія играетъ роль правовой мѣры, вызывающей дополнительное мотивационное давленіе на психику людей, задумывающихъ совершить преступленіе; она оказываетъ поддержку мотивационному дѣйствию нормъ, грозящихъ наказаніемъ за совершеніе оконченныхъ преступленій. Отсюда и нормировка наказуемости покушенія, въ частности, опредѣленіе размѣра отвѣтственности за покушеніе, находится въ зависимости отъ двухъ факторовъ: отъ степени энергіи основныхъ мѣръ мотивационнаго давленія права, съ одной стороны, и отъ степени энергіи преступныхъ влеченій, съ другой. А эти факторы въ разныя эпохи исторіи бывають различными, вслѣдствіе чего и размѣръ отвѣтственности за покушеніе въ разныя времена опредѣляется различно. Въ прежнее время, при болѣе низкомъ культурномъ уровнѣ человѣчества, общественное благо требовало примѣненія не только энергичныхъ основныхъ мѣръ правового мотивационнаго воздѣйствія, но и примѣненія энергичныхъ дополнительныхъ мѣръ мотивационнаго давленія и въ соотвѣтствующія эпохи господствовалъ и признавался основательнымъ принципъ равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія. Въ позднѣйшее время, повышеніе культуры сдѣлало возможнымъ пониженіе энергіи какъ основныхъ, такъ и дополнительныхъ мѣръ мотивационнаго давленія. Этимъ и объясняется стремленіе криминалистовъ XIX вѣка къ оправданію начала редуцированной наказуемости покушенія.

Сводя воедино полученные въ предшествующемъ изложеніи результаты, мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ. Основаніе наказуемости предварительной преступной дѣятельности заключается въ соціально-политическихъ функціяхъ подлежащихъ правовыхъ нормъ. Наказуемость неоконченной преступной дѣятельности, съ одной стороны, усиливаетъ мотивационное давленіе карательнаго права, заставляя людей опасаться наказанія не только въ случаѣ успѣшнаго окончанія задуманнаго преступленія, но и въ случаѣ неудачнаго исхода преступнаго предпріятія, вызывая у нихъ опасеніе претерпѣнія ничѣмъ не окупаемаго зла, подвергнуться карѣ, ничѣмъ вознаградимой. Съ другой стороны, эта наказуемость, имѣетъ существенное воспитательное вліяніе на психику людей, придавая преступленію характеръ опаснаго и рискованнаго предпріятія, при осуществленіи котораго можно претерпѣть ничѣмъ неоправдываемое зло и создавая и усиливая, тѣмъ самымъ, отрицательное отношеніе къ преступленію. При

этомъ, энергія подлежащаго психическаго (мотиваціоннаго и воспитательнаго) дѣйствія нормъ, карающихъ неоконченную преступную дѣятельность, находится въ зависимости отъ трехъ условій. Энергія дѣйствія соотвѣтствующихъ нормъ опредѣляется:

1. Большимъ или меньшимъ объемомъ области наказуемой предварительной дѣятельности. Чѣмъ болѣе широко опредѣляется объемъ наказуемой предварительной дѣятельности, чѣмъ длиннѣе рядъ относящихся къ ней дѣйствій, чѣмъ болѣе раннія стадіи неудачной дѣятельности виновнаго объявляются наказуемыми, тѣмъ болѣе шансовъ воплощенія поведенія виновнаго въ форму предварительной преступной дѣятельности, тѣмъ болѣе шансовъ для виновнаго подвергнуться ничѣмъ некупаемому наказанію, и наоборотъ.

2. Большей или меньшей степенью неумолимости наказаній за предварительную дѣятельность. Чѣмъ неизбѣжнѣе примѣняется наказаніе за предварительную дѣятельность, чѣмъ меньше число условій отпаденія репрессіи за подобную дѣятельность, тѣмъ болѣе основаній ожидать понесенія наказаній за эту дѣятельность, тѣмъ менѣе шансовъ на безнаказанность въ этомъ случаѣ, и наоборотъ.

3. Большею или меньшею суровостью, грозящихъ за предварительную дѣятельность наказаній. Чѣмъ болѣе значительно наказаніе, грозящее за предварительную дѣятельность, тѣмъ нежелательнѣе, *ceteris paribus*, оказывается перспектива подвергнуться ему, не получивъ ничего взамѣнъ, и наоборотъ, чѣмъ менѣе значительно это наказаніе, тѣмъ слабѣе оказываются возбуждаемые имъ въ душѣ преступника мотивы.

Г Л А В А III.

Историческое развитие постановлений о наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

§ 7. Происхождение и историческое развитие постановлений о наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

При изслѣдованіи проблемы о правовыхъ основаніяхъ наказуемости неоконченной преступной дѣятельности, мы указывали, что рѣшеніе этой проблемы возможно лишь при условіи предварительнаго разрѣшенія теоретическаго вопроса о причинныхъ свойствахъ нормъ, опредѣляющихъ наказуемость этого вида преступной дѣятельности. Если, для оправданія существованія извѣстной нормы права, нужно доказать полезное значеніе ея для соціальной жизни, то разрѣшеніе этой задачи только и можетъ быть достигнуто посредствомъ установленія соціально-полезныхъ функций подлежащей нормы. Разрѣшеніе подлежащей теоретической проблемы позволяетъ намъ дать научный отвѣтъ и на историческій вопросъ о происхожденіи нормъ, карающихъ неоконченную преступную дѣятельность. Обычные приемы объясненія происхожденія правовыхъ нормъ, состоящіе въ ссылкѣ на различныя цѣли и намѣренія правосоздателей, въ особенности, законодателей, въ данномъ случаѣ представляются очевидно несостоятельными. Съ одной стороны, репрессія неоконченной преступной дѣятельности возникла въ такую эпоху, въ которую о существованіи науки уголовной политики не можетъ быть и рѣчи. Съ другой стороны, установленіе политическаго смысла этихъ нормъ, со стороны науки уголовного права, произошло еще такъ недавно, что трудно думать, чтобы этотъ смыслъ былъ понятенъ законодателю за много вѣковъ тому назадъ. Нормы, карающія покушеніе, очевидно, возникли независимо отъ человѣческой воли.

Онѣ представляютъ собою такъ же, какъ и другія правовыя нормы и всѣ вообще соціально-психическія явленія, продуктъ безсознательнаго соціально-психическаго подбора и приспособленія ¹⁾. Соціально-психическая жизнь выработала безсознательнымъ путемъ нормы, карающія покушеніе, въ тѣ эпохи, въ которыя появилась необходимость въ усиленіи психическаго дѣйствія карательнаго права особыми дополнительными мотивационными и воспитательными воздѣйствіями на общественную психику. Знакомство съ существомъ психическихъ функцій интересующихъ насъ нормъ, позволяетъ дать и научное рѣшеніе вопроса о причинѣ возникновенія ихъ въ опредѣленные историческія эпохи.

Появленіе института наказуемости предварительной преступной дѣятельности, какъ было подробно показано выше, вызываетъ усиленіе мотивационнаго дѣйствія карательныхъ нормъ, опредѣляющихъ отвѣтственность за оконченныя преступленія. Смыслъ этихъ нормъ состоитъ въ созданіи дополнительныхъ противодействій преступнымъ влеченіямъ людей. Это объясняетъ намъ, почему эти нормы появляются именно въ тѣ эпохи, въ которыя потребность въ подобномъ усиленіи мотивационнаго давления права становится ощутительной. Знаніе функцій разсматриваемаго института бросаетъ свѣтъ и на время его возникновенія.

Изученіе исторіи права показываетъ, что однимъ изъ наиболѣе важныхъ фазисовъ въ развитіи карательнаго права является смѣна системы общинно-родового карательнаго права системой государственнаго карательнаго права. При общинно-родовой системѣ права, характеръ наказуемости преступленій стоялъ въ зависимости отъ того, учинены ли они виновнымъ по адресу своихъ сородичей или же они учинены членомъ одного рода противъ членовъ другого рода. Въ первомъ случаѣ, отвѣтственность за содѣянное несетъ одинъ только виновный родичъ; онъ карается за свое преступленіе органами родовой или общественной власти. Во второмъ случаѣ, напротивъ, за совершенное чело-вѣкомъ преступленіе, подвергается отвѣтственности, въ первую голову, не виновникъ преступленія, а его родъ, которому приходится отвѣтствовать передъ сородичами потерпѣвшаго за преступленіе своего сочлена уплатою денежной пени, а виновникъ

¹⁾ Петражицкій, Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности, II, 1910, стр. 757, 758.

преступленія, будучи свободенъ отъ всякой непосредственной отвѣтственности передъ сородичами потерпѣвшаго, отвѣчаетъ за содѣянное только передъ своими родичами, которымъ предоставляется право покарать его за то, что онъ нарушилъ права членовъ другой группы и поставилъ свой родъ въ необходимость платить за него пеню. Наоборотъ, при системѣ государственнаго уголовного права, отвѣтственности за преступленія, вообще говоря, подвергается одинъ только виновникъ преступленія, совершенно безотносительно къ тому, было ли учинено имъ преступленіе по адресу своихъ сородичей или же оно было совершено имъ по адресу постороннихъ лицъ.

Это различіе въ строеніи карательнаго права, въ томъ и другомъ случаѣ, обусловливаетъ собою и существенное различіе въ мотивационномъ дѣйствіи обѣихъ системъ права. Общинно-родовая система права построена такимъ образомъ, что входящія въ ея составъ карательныя мѣры, совершенно безотносительно къ ихъ содержанию, оказываютъ на психику людей болѣе энергичное мотивационное давленіе, чѣмъ карательныя мѣры, предусматриваемыя государственнымъ уголовнымъ правомъ. При дѣйствіи общинно-родовой системы карательнаго права, наказаніе, находящееся въ рукахъ близкихъ къ виновному и неусыпно контролирующихъ его дѣятельность органовъ общинной и родовой власти, слѣдуетъ несравненно болѣе неизбежно за преступленіями, нежели при дѣйствіи государственной системы карательнаго права, предоставляющей карательную власть въ руки общегосударственныхъ и далекихъ отъ виновнаго органовъ. Это различіе въ степени неумолимости дѣйствія наказаній той и другой системы уголовного права обусловливаетъ собою и различіе въ степени оказываемаго ими на психику людей мотивационнаго давленія.

Итакъ, смѣна общинно-родовой системы карательнаго права государственною системою этого права производитъ значительное пониженіе неумолимости карательнаго права. Это обстоятельство, въ свою очередь, влечетъ за собою появленіе въ правѣ цѣлаго ряда мѣръ, направленныхъ на компенсированіе, обусловливаемаго указаннымъ явленіемъ, пониженія энергіи мотивационнаго давленія права и вызываетъ (безсознательное) стремленіе къ усиленію соотвѣтственнаго давленія, путемъ увеличенія суровости наказаній. По мѣрѣ своего перехода въ руки органовъ государства, карательная власть становится все болѣе и болѣе

строгой и уголовному праву становятся извѣстными такіа суровыя наказанія, которыя въ практикѣ отправленія общинно-родовой карательной власти были неизвѣстны. Мало того, при этомъ вырабатывается цѣлый рядъ дополнительныхъ мѣръ мотиваціоннаго давленія и появляются нормы, вызывающія дальнѣйшее усиленіе мотиваціоннаго давленія грозныхъ наказаній государственнаго уголовного права. Къ числу подобныхъ мѣръ принадлежатъ и нормы, опредѣляющія наказуемость предварительной преступной дѣятельности.

Эти разсужденія даютъ намъ ключъ къ уразумѣнію причинъ возникновенія постановленій о наказуемости покушенія въ средне-вѣковомъ правѣ Италіи, Германіи и Франціи. Институтъ наказуемости предварительной преступной дѣятельности появляется здѣсь именно въ связи съ процессомъ перехода карательной власти отъ отдѣльныхъ мелкихъ общественныхъ группъ, — родовъ, общинъ, корпорацій и т. п. — къ государственнымъ органамъ и возникновеніе его объясняется необходимостью усиленія мотиваціоннаго давленія государственнаго уголовного права.

Однако, неправильно было бы думать, что возникновеніе института наказуемости предварительной дѣятельности было непременно всегда связано съ указанными процессами смѣны историческихъ формъ карательнаго права. Съ одной стороны, переходъ карательной власти отъ родовъ и общинъ къ государству можетъ и не вызывать установленія наказуемости покушенія. Происходящее въ эпоху соотвѣтственнаго перерожденія уголовного права усиленіе мѣръ мотиваціоннаго давленія можетъ обойтись и безъ появленія соотвѣтствующихъ нормъ — размѣръ уголовныхъ наказаній можетъ получить такое увеличеніе, что въ соотвѣтствующей дополнительной мѣрѣ мотиваціоннаго давленія можетъ не оказаться надобности. Съ другой стороны, въ исторіи существуютъ и другія эпохи, связанныя съ появленіемъ необходимости въ усиленіи мотиваціоннаго давленія карательнаго права, вызывающей особыя мѣры права въ этомъ направленіи и, въ частности, обусловливающей появленіе института наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

Уголовное право, управляя поведеніемъ людей, возбуждаетъ въ ихъ психикѣ цѣлый рядъ мотивовъ въ пользу воздержанія отъ однихъ поступковъ, въ пользу совершенія другихъ, причемъ энергія давленія соотвѣтственныхъ мотивовъ въ разныя эпохи оказывается различною. Каждая данная система уголовного права

является рассчитанною на определенный, существующий въ со-
ответственную историческую эпоху, уровень культуры и, съ
измѣненіемъ уровня этой культуры, измѣняется и энергія исхо-
дящаго отъ права мотиваціоннаго давленія. Но, оказывая на
людей мотиваціонное давленіе въ потребной степени уголовное
право опирается не всегда на однѣ и тѣ же струны человѣческой
души. Задаваясь цѣлью сообщить карательной мотиваціи извѣ-
стную степень энергіи, уголовное право можетъ достигнуть
этого результата при помощи соответствующей дозировки на-
казаній, т. е., путемъ назначенія наказаній въ томъ объемѣ,
который способенъ сообщить правовой мотиваціи потребную
силу. Но право можетъ достигнуть того же результата и инымъ
путемъ. Опредѣляя энергію карательной мотиваціи, оно можетъ
обращать вниманіе не только на размѣръ наказаній, но и на
другія условія, опредѣляющія значеніе этихъ наказаній для лю-
дей, въ частности, на тѣ условія, наличность которыхъ дѣлаеть
несеніе этихъ наказаній болѣе тяжелымъ, увеличиваетъ восприм-
чивость людей къ наказаніямъ и т. д. Примѣненіе правомъ со-
ответственнаго приема влечетъ за собою перемѣну и въ размѣрѣ
назначаемыхъ уголовнымъ правомъ наказаній, такъ какъ, обжа-
вляя примѣненіе наказанія отягощающими перенесеніе этого на-
казанія условіями, право получаетъ возможность уменьшить
размѣръ соответственнаго наказанія и смягчить суровость ка-
рательной системы.

И вотъ, зная существо соответствующихъ началъ опредѣ-
ленія энергіи правовой мотиваціи, легко предвидѣть, что право,
прибѣгающее въ болѣе раннія стадіи своего развитія исключи-
тельно къ первому только приему регулировки мощи правно-
психическаго дѣйствія, по мѣрѣ прогресса человѣческой куль-
туры, должно неизбежно переходить ко второй системѣ норми-
ровки энергіи соответственнаго дѣйствія. Право, имѣвшее воз-
можность достигать потребной энергіи своего дѣйствія исклю-
чительно одними мѣрами возвышенія суровости наказаній, не-
избѣжно представляется жестокимъ и беспощаднымъ правомъ
и воплощаетъ въ себѣ такую систему мотиваціи, которая ста-
новится невозможною въ болѣе культурное время. Прежняя
прямолинейность правовыхъ приемовъ въ подобныя эпохи ста-
новится невозможною; общественное правосознаніе перестаетъ
мириться съ прежнею суровостью наказаній и начинаетъ протес-
товать противъ нея. Построенныя на подобныхъ началахъ ка-

рательныя системы, въ эти эпохи, начинаютъ отступать отъ прежнихъ своихъ завѣтовъ и существенно понижать размѣры уголовныхъ наказаній. Но это пониженіе наказаній приводитъ къ чрезмѣрному ослабленію энергіи мотиваціоннаго давленія права, что, въ свою очередь, требуетъ принятія мѣръ для поддержанія энергіи этого давленія на должномъ уровнѣ. Изученіе исторіи развитія соотвѣтствующихъ правъ въ эти эпохи и знакомитъ насъ со случаями принятія правомъ упомянутыхъ мѣръ: право этого времени стремится поднять падающую энергію правовой мотиваціи, при помощи созданія мѣръ дополнительнаго мотиваціоннаго давленія. Отказываясь отъ прежнихъ своихъ элементарныхъ пріемовъ нормировки энергіи правовой мотиваціи, оно обращается къ сложному пріему рѣшенія соотвѣтствующаго вопроса и, при сообщеніи правовой мотиваціи, потребной для общественнаго благосостоянія и прогресса, силы, принимаетъ во вниманіе не только размѣръ наказаній, но и условія несенія этихъ наказаній, усиливающія исходящее отъ нихъ мотиваціонное воздѣйствіе. Система уголовного права въ это время обогащается нормами, возбуждающими дополнительное мотиваціонное давленіе, и права, не знавшія ранѣе начала наказуемости предварительной преступной дѣятельности, вводятъ въ свое лоно это начало.

Эти разсужденія раскрываютъ намъ причину возникновенія начала наказуемости предварительной преступной дѣятельности въ русскомъ правѣ. Эпоха «собиранія» земель въ Россіи не привела къ установленію наказуемости покушенія въ этомъ государствѣ. Потребная энергія давленія карательной мотиваціи въ эту эпоху была достигнута здѣсь путемъ грандіознаго увеличенія размѣровъ наказаній. Но подобная карательная система могла существовать здѣсь лишь до извѣстнаго времени и, по достиженіи страною болѣе высокаго уровня культуры, должна была смѣниться иными карательными принципами, позволяющими обезпечить карательной мотиваціи достаточную энергію, безъ сообщенія наказаніямъ жестокаго характера. Это явленіе мы, въ дѣйствительности, и наблюдаемъ въ новѣйшей исторіи русскаго права. Въ началѣ XIX вѣка, въ Россіи, одновременно съ пониженіемъ суровости наказаній, вводится начало наказуемости предварительной дѣятельности. Подобное же перерожденіе принциповъ карательной политики замѣчается и въ исторіи права нѣкоторыхъ другихъ государствъ.

Процессы соціально-психического подбора и приспособленія не только обусловливаютъ собою возникновеніе правовыхъ нормъ, но они опредѣляютъ также и развитіе этихъ нормъ. Вызывая къ жизни такія нормы права и правовыя учрежденія, которыя необходимы для правильнаго теченія соціальной жизни на данномъ уровнѣ развитія общества, подлежащіе процессы измѣняютъ характеръ и содержаніе правовыхъ нормъ, сообразно съ измѣненіями общественной культуры; они повышаютъ или понижаютъ энергію функцій этихъ нормъ, въ соотвѣтствіи съ общественными потребностями въ этомъ отношеніи. Изучая исторію права, можно убѣдиться въ томъ что «право, оказывая вмѣстѣ съ другими факторами соціально-психической жизни, въ томъ числѣ нравственностью, нормативной эстетикой и др., вліяніе на развитіе человѣческой психики, измѣняя человѣчскій характеръ въ направленіи приспособленія его къ соціальной жизни, само измѣняется сообразно съ этими психическими измѣненіями, приспособляется къ нимъ. И здѣсь заключается ключъ для открытія законовъ развитія права. Общая, основная тенденція историческаго процесса образованія и измѣненія права заключается въ такомъ приспособленіи правовой мотиваци и педагогики къ данному состоянію народной психики, что путемъ психическаго воздѣйствія соотвѣтственной правовой системы индивидуальное и массовое поведеніе и развитіе народной психики направляется въ сторону общаго блага. По мѣрѣ приспособленія человѣческой психики къ соціальной жизни, соотвѣтственно измѣняется (впрочемъ, съ разными осложненіями, временными задержками и т. д.) и право. Позднѣйшія правовыя системы требуютъ и достигаютъ отъ гражданъ большаго въ смыслѣ соціально-разумнаго поведенія, чѣмъ предшествующія, приспособленныя къ болѣе примитивной психикѣ, системы права, и достигаютъ уже раньше требовавшагося поведенія путемъ воздѣйствія на болѣе высокія стороны человѣческаго характера; онѣ утилизируютъ достигнутые результаты психической культуры и опираются на такія качества массоваго характера, на которыя не могли опираться прежнія системы правовой мотиваци, приноровленныя къ болѣе грубой и соціально менѣе годной психикѣ; напр., переходъ въ области производства матеріальныхъ благъ отъ системы права рабства, отъ рабскаготруда съ его примитивной и грубой мотивацией, съ кнутомъ надзорщиковъ, съ правомъ смертной казни у господина и т. д., къ праву свободнаго труда, къ системѣ хозяйственной сво-

боды и конкуренціи, есть симптомъ и продуктъ повышенія дѣльности характера; и тоже означаетъ происходящая теперь въ разныхъ сферахъ, въ области государственныхъ, общинныхъ и т. д. хозяйствъ, социализация производства, предполагающая для своего успѣха извѣстную степень не только хозяйственной дѣльности, какъ таковой, но и способности и склонности энергично работать не ради себя, а на общую пользу; точно также замѣна грозно-деспотическаго режима системою государственнаго и общиннаго самоуправления и затѣмъ постепенная демократизация соотвѣтственнаго государственно-правового режима суть симптомы и продукты подлежащаго прогресса народной психики, и т. д.; поскольку въ правѣ дѣло идетъ о томъ же родѣ поведенія и о примѣненіи однородной мотивации, напр., карательной или наградной, по мѣрѣ улучшенія человѣческаго характера для достиженія подлежащаго соціально-разумнаго поведенія требуется все меньшее и меньшее мотивационное давленіе этого рода; кары и награды уменьшаются; коллективная отвѣтственность цѣлой группы за нарушенія, усиливающая мотивационное давленіе, смѣняется индивидуальною, прежняя неумолимая отвѣтственность за причиненное, хотя неумышленно, зло смѣняется карательною системою, допускающею разныя оправданія и смягченія отвѣтственности и т. д.; на низшихъ ступеняхъ культуры для достиженія аккуратнаго и честнаго соблюденія договорно-обязательственнаго права примѣнялись угрозы въ родѣ разсѣченія неплатящаго должника кредиторами на части (законы XII таблицъ), продажи въ рабство, сѣченія на площади до уплаты долга, удвоенія долга въ случаѣ неаккуратности и проч.; исторія долгового права есть нисходящая прогрессія этого давленія; и теперь отъ него осталась обязанность возмѣстить дѣйствительно причиненные убытки; прежде надлежащее поведеніе домочадцевъ достигалось грозною дисциплиною домовладыки до права смертной казни включительно съ отвѣтственностью домовладыки за домочадцевъ; и исторія семейственнаго права есть нисходящая прогрессія подлежащихъ мотивационныхъ давленій, и проч. и проч. Въ періоды соединенія меньшихъ соціальныхъ организацій, прежде истреблявшихъ другъ друга, въ болѣе обширныя солидарныя группы, напр., въ обширныя государства, происходитъ тѣмъ самымъ повышение требованій соціально-разумнаго поведенія, выставляется требованіе «братскаго отношенія» къ прежнимъ чужимъ и врагамъ и т. д.; и тогда, какъ это вытекаетъ изъ вышеприведеннаго закона,

происходитъ повышеніе грозности каръ и вообще соціального режима и т. д., но только временно, до достиженія такой дальнѣйшей культуры характера, которая дѣлаетъ возможнымъ дальнѣйшее смягченіе режима, и т. д.»¹⁾).

Такимъ образомъ, на ряду съ общимъ закономъ развитія права, существуютъ еще и нѣсколько частныхъ тенденцій его развитія. Историческій процессъ приспособленія права къ измѣняющейся человѣческой психикѣ происходитъ въ различныхъ формахъ. При изученіи исторіи уголовного права, главное значеніе имѣетъ тотъ законъ развитія права, который выражается въ постепенномъ паденіи энергіи, исходящаго отъ права, мотиваціоннаго давленія — законъ нисходящей прогрессіи мотиваціоннаго давленія права. Какъ видно изъ приведенныхъ выше положеній, эволюція карательнаго права выражается въ неуклонномъ измѣненіи содержанія карательныхъ нормъ, обусловливающимъ собою постепенное паденіе энергіи давленія карательной мотиваціи. По мѣрѣ прогресса человѣческой культуры, карательное право приобретаетъ все болѣе и болѣе мягкій характеръ и добываетъ необходимое соціально-разумное поведеніе отъ людей, оказывая на психику ихъ мотиваціонное давленіе все меньшей и меньшей силы. Подлежащее паденіе интенсивности карательной мотиваціи обусловливается въ исторіи права, главнымъ образомъ, неуклоннымъ смягченіемъ суровости уголовныхъ наказаній. Но соответственный процессъ стоитъ въ зависимости также и отъ другихъ измѣненій въ содержаніи права. Въ частности, ходъ постепеннаго ослабленія исходящихъ отъ уголовного права мотивовъ, опредѣляется также и измѣненіемъ содержанія нормъ, опредѣляющихъ наказуемость предварительной преступной дѣятельности. Содержаніе этихъ нормъ права въ исторіи также мѣняется сообразно съ измѣненіями народной культуры. Повышеніе уровня этой культуры вызываетъ смягченіе этого типа карательныхъ нормъ и ослабленіе исходящаго отъ нихъ давленія; пониженіе уровня этой культуры вызываетъ ожесточеніе характера соответствующихъ нормъ и усиленіе энергіи порождаемой ими правовой мотиваціи. Изученіе историческихъ измѣненій этихъ нормъ доставляетъ намъ обильныя иллюстраціи соответствующаго закона развитія права.

¹⁾ Петражицкій, Теорія права, II, стр. 754—756.

Историческое развитие большинства народов характеризуется постепеннымъ повышеніемъ уровня ихъ культуры и потому понятно, что особенно обильными оказываются иллюстраціи тѣхъ измѣненій нормъ, карающихъ предварительную преступную дѣятельность, которыя обусловливаютъ собою ослабленіе ихъ давленія на психику людей. Если мы обратимся къ изученію исторіи права тѣхъ народовъ, которымъ извѣстна наказуемость неоконченной преступной дѣятельности, то увидимъ, что, по мѣрѣ роста культуры этихъ народовъ, постановленія о наказуемости предварительной преступной дѣятельности пріобрѣтали все болѣе и болѣе мягкій характеръ и что дополнительное мотивационное давленіе, исходящее отъ этихъ нормъ, постепенно все болѣе и болѣе падало. Такъ, древнѣйшія положенія о наказуемости неоконченной преступной дѣятельности крайне широко обрисовываютъ ея объемъ: наказуемой предварительною дѣятельностью они признаютъ всякую дѣятельность, предпринятую съ намѣреніемъ совершить преступленіе. Къ области покушенія на преступленіе они относятъ уже самую отдаленную подготовительную дѣятельность виновнаго и рядъ тѣхъ дѣйствій, совершая которыя онъ подвергается риску потерпѣть наказуемую неудачу, представляется чрезвычайно длиннымъ: шансы понести ничѣмъ некупаемое наказаніе, въ это время, весьма значительны. Позднѣе, кругъ дѣйствій, отвѣчающихъ понятію о наказуемой предварительной дѣятельности, суживается; изъ ея области выдѣляются отдаленныя приготовительныя преступныя дѣйствія и наказуемымъ покушеніемъ признаются, на ряду съ неудачнымъ исполненіемъ преступленія, только ближайшія приготовительныя дѣйствія. Еще позднѣе, область предварительной преступной дѣятельности еще болѣе сокращается. Неоконченная преступная дѣятельность раздѣляется на два вида: покушеніе на преступленіе и приготовленіе къ нему. Къ области покушенія относятся только акты, представляющіе начало исполненія преступнаго дѣянія, т. е., осуществляющіе часть преступнаго умысла виновнаго. Этотъ видъ предварительной преступной дѣятельности представляетъ собою нормальную ея форму и наказуемость его составляетъ общее правило. Напротивъ, приготовительныя къ преступленію дѣйствія или приготовленія представляютъ собою исключительную форму предварительной преступной дѣятельности и наказываются лишь въ видѣ исключенія, лишь при нѣкоторыхъ, особо указанныхъ, преступленіяхъ. Дальнѣйшій ходъ развитія

права характеризуется постепеннымъ сокращеніемъ круга тѣхъ преступленій, приготовленіе къ которымъ признается наказуемымъ. А въ настоящее время, нѣкоторымъ правамъ уже вовсе незнакомо начало наказуемости приготовительныхъ дѣйствій и они допускаютъ наказуемость предварительной преступной дѣятельности въ томъ только случаѣ, когда она выразилась въ формѣ актовъ, начинающихъ выполнение состава преступления.

Далѣе, по мѣрѣ поступательнаго хода народной культуры, происходитъ постепенное смягченіе постановленій, карающихъ предварительную преступную дѣятельность, и въ другомъ отношеніи. По мѣрѣ хода исторіи, постепенно смягчается неизбежность наказуемости предварительной преступной дѣятельности, падаетъ неумолимость грозящихъ за нее наказаній. Такъ, хотя уже древнѣйшія системы репрессіи предварительной дѣятельности примѣняютъ къ покушенію наказаніе съ меньшею неумолимостью, чѣмъ къ оконченному преступленію, и допускаютъ освобожденіе виновнаго отъ наказанія, въ случаѣ добровольнаго отказа его отъ продолженія своей преступной дѣятельности. но онѣ знаютъ только это одно основаніе отпаденія отвѣтственности за покушеніе и во всѣхъ остальныхъ случаяхъ объявляютъ его наказуемымъ. Позднѣйшія системы репрессіи покушенія измѣняютъ этотъ порядокъ. На ряду съ добровольно оставленнымъ покушеніемъ, появляются и другіе виды ненаказуемаго покушенія. Мало по малу, завоевываетъ себѣ общее признаніе начало безнаказанности покушенія съ негодными средствами и вырабатывается начало безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ.

Наконецъ, въ процессѣ историческаго развитія происходитъ постепенное смягченіе постановленій о наказуемости предварительной преступной дѣятельности: по мѣрѣ развитія человѣческой культуры, становятся все болѣе и болѣе мягкими наказанія за покушеніе. Древнѣйшія системы репрессіи покушенія карали покушеніе такъ же строго, какъ и оконченное преступленіе, не проводя никакихъ различій между характеромъ тѣхъ преступленій, совершить которыя имѣлъ въ виду виновный. Последующее право назначаетъ полную мѣру наказанія только за покушеніе на тяжкія преступленія; покушеніе на болѣе легкія преступленія наказывается имъ менѣе строго, нежели оконченное преступленіе. Позднѣе, репрессія покушенія претерпѣваетъ дальнѣйшее смягченіе: подлежащими наказанію, наравнѣ съ оконченными преступленіями, признаются только покушенія на тяжкія

преступленія, выразившіяся, въ формѣ близкаго къ окончанію преступленія покушенія, т. е., принявшія видъ начала исполненія преступнаго дѣянія. Еще позднѣе, полная мѣра наказанія становится примѣнимой только къ тѣмъ покушеніямъ на тяжкія преступленія, которыя выразились въ формѣ ближайшаго къ окончанію преступленія покушенія или приняли форму оконченнаго покушенія. Затѣмъ, начало равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія вообще изгоняется изъ области большинства законодательствъ и, для всѣхъ видовъ покушенія, устанавливается принципъ смягченной или редуцированной наказуемости. Раздѣленіе предварительной преступной дѣятельности на двѣ различныхъ формы—на покушеніе и на приготовленіе—еще болѣе смягчаетъ отвѣтственность за неоконченную дѣятельность. Нормальной отвѣтственности за эту дѣятельность подвергается только лицо, совершившее покушеніе на преступленіе; лица, виновныя въ приготовленіи къ преступленію, подвергаются особымъ, еще болѣе мягкимъ, наказаніямъ.

Нормы права, опредѣляющія наказуемость преступной дѣятельности, какъ было подробно выяснено выше, представляютъ собою психическій факторъ, усиливающій мотивационное давленіе карательнаго права. Эти нормы, сами по себѣ, ни къ какому поведенію людей не побуждаютъ, онѣ только усиливаютъ мотивационное давленіе нормъ, грозящихъ наказаніями за совершеніе оконченныхъ преступленій. Это обстоятельство, создаетъ зависимость содержанія постановленій о наказуемости покушенія и энергіи исходящаго отъ нихъ мотивационнаго давленія не только отъ уровня развитія общественной культуры, но и отъ степени энергіи мотивационнаго давленія основныхъ карательныхъ нормъ, т. е., нормъ, карающихъ оконченныя преступленія. Изъ этого нетрудно заключить, что и въ процессѣ своего историческаго развитія, содержаніе постановленій о покушеніи и мотивационное ихъ дѣйствіе сообразуются со свойствами содержанія и психическаго дѣйствія послѣдней категоріи нормъ и что рѣзкія измѣненія размѣра наказаній за оконченныя преступленія должны были влечь за собою и перемѣны въ постановленіяхъ, опредѣляющихъ наказуемость предварительной преступной дѣятельности.

Обращаясь къ исторіи права, мы убѣждаемся, что дѣйствительно развитіе постановленій о покушеніи въ правѣ тѣхъ народовъ, которые пережили эпоху рѣзкаго пониженія размѣра

уголовныхъ наказаній, испытало въ соотвѣтствующіе періоды существенныя осложненія и что пониженіе размѣра наказаній въ этихъ случаяхъ сопровождалось усиленіемъ суровости постановленій о наказуемости покушенія. Такое явленіе можно наблюдать въ исторіи итальянскаго права XVI столѣтія и германскаго права XVII вѣка. Достигнутый этими странами, къ этому времени, уровень культуры сдѣлалъ излишними, установившіяся въ тогдшнемъ правовомъ оборотѣ, суровыя уголовныя кары и въ практикѣ того времени понемногу установился обычай, взамѣнъ суроваго, слѣдующаго за преступленіе по формальному праву, наказанія (poena ordinaria), назначать наказаніе болѣе мягкое, по усмотрѣнію судьи (poena arbitraria). Подъ вліяніемъ реакціи противъ суроваго формальнаго права, этотъ приемъ замѣны легальныхъ наказаній наказаніями произвольными получилъ болѣе широкое распространеніе, чѣмъ это было возможно по культурному состоянію эпохи; произошло такое пониженіе мотивационнаго давленія права, которое потребовало усиленія дѣйствія мѣръ дополнительнаго мотивационнаго давленія и, въ частности, сообщенія болѣе суроваго характера постановленіямъ, карающимъ покушеніе на преступленіе. Это измѣненіе постановленій о покушеніи выразилось, въ эту эпоху, въ формѣ положеній, усиливающихъ неизбѣжность наказуемости покушенія. Изучая исторію развитія права Италіи и Германіи въ указанные періоды, мы убѣждаемся, что это время характеризуется отмѣною прежней льготы безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія. По уголовному праву этого времени, виновный отвѣчаетъ за неоконченную преступную дѣятельность и въ томъ случаѣ, когда онъ добровольно отказался отъ доведенія ея до конца; только наказаніе назначается ему въ уменьшенномъ, по сравненію съ обычною нормою отвѣтственности за покушеніе, размѣрѣ. Результатомъ этого было усиленіе неумолимости отвѣтственности за покушеніе и усиленіе исходящаго отъ нормъ, карающихъ покушеніе, мотивационнаго давленія. Въ послѣдующее время, по достиженіи обществомъ дальнѣйшихъ культурныхъ успѣховъ, эта мѣра отпала, и добровольный отказъ отъ покушенія вновь приобрѣлъ значеніе обстоятельства, освобождающаго виновнаго отъ отвѣтственности ¹⁾.

¹⁾ Существуют и другія осложненія въ процессѣ развитія права вообще и положеній о наказуемости предварительной дѣятельности, въ частности. О нихъ будетъ рѣчь впослѣдствіи, при подробномъ разсмотрѣ-

Такимъ образомъ, историческое развитіе постановленій о наказуемости предварительной преступной дѣятельности подчиняется общему закону развитія права, состоящему въ такомъ приспособленіи правовой мотиваціи и педагогики къ данному состоянію народной психики, что путемъ психическаго воздѣйствія соотвѣтственной правовой системы, индивидуальное и массовое поведеніе и развитіе народной психики направляется въ сторону общаго блага. Этому же закону подчиняется и развитіе постановленій, опредѣляющихъ существо, такъ называемыхъ, усѣченныхъ составовъ преступленій. Измѣненіе правовыхъ постановленій о моментѣ окончанія этихъ преступленій также подчиняется вышеуказанному историческому закону. Конечно, изложеніе развитія составовъ этихъ преступленій не входитъ въ нашу задачу и оно можетъ быть произведено лишь при изученіи составовъ отдѣльныхъ преступленій. Но для иллюстраціи вышеприведеннаго положенія, интересно указать на развитіе состава государственныхъ преступленій во французскомъ правѣ, представляющемъ одну изъ наиболѣе подробныхъ картинъ развитія составовъ этого рода.

Средневѣковое французское право, подобно другимъ карательнымъ правамъ того времени, признавало посягательство на особу монарха оконченнымъ уже съ момента принятія виновнымъ рѣшенія совершить соотвѣтствующія дѣйствія ¹⁾ и это преступленіе сохраняло такой характеръ своего состава вплоть до конца XVIII вѣка ²⁾. Объемъ наказуемой неоконченной преступ-

ніи развитія положеній о наказуемости матеріально неоконченной преступной дѣятельности.

¹⁾ Rebuffus. Commentarii in Constitutiones seu Ordinationes Regias, 1550, Prooemium glossa 5, nr. 28 seq. p. 23, 24; Non observatur ex consuetudine generali l. si quis non dicam rapere. ibidem. C. de episcop. et cleric. nec alie leges punientes conatum, et sic non servatur. l. is qui cum telo . . . quia primi motus non sunt in potestate hominis secundum philosophum, quem refert glo. in d. 1. si quis non dicam rapere. Sed in crimine lese maiestatis, et patriae prodendae observarentur leges punientes conatum...

²⁾ Jousse, Traité de la justice criminelle de France, II, 1771, p. 639; Dans le crime de Leze-Majesté, la seule pensée manifestée par des paroles, se punit; Jousse, III, p. 696, 697; L'attentat seul, quoique non suivi d'effet, en crime de Leze-Majesté, devient punissable de la peine due à ce crime. Et il en est de même de la volonté, ou dessein formé de faire quelque chose contre le Prince, & contre l'Etat.

ной дѣятельности при этомъ преступленіи былъ чрезвычайно значительнымъ и шансы понести ничѣмъ неоправдываемое наказаніе для виновнаго были весьма велики, вслѣдствіе чего было сильно и то дополнительное мотивационное давленіе, которое исходило отъ своеобразнаго строенія этихъ составовъ. Уголовный кодексъ 1810 года измѣняетъ это положеніе и понижаетъ давленіе подлежащихъ карательныхъ нормъ, путемъ сокращенія степени усѣченности состава соотвѣтственнаго государственнаго преступленія. Посягательство на особу монарха признается этимъ кодексомъ оконченнымъ только съ момента совершенія виновнымъ приготовленія къ лишенію жизни монарха. Принятіе рѣшенія совершить это преступленіе, упомянутый кодексъ уже не считаетъ за дѣйствіе, удовлетворяющее составу посягательства на особу монарха ¹⁾. Въ 1832 году, во Франціи при пересмотрѣ уголовного кодекса, былъ сдѣланъ дальнѣйшій шагъ къ смягченію отвѣтственности за рассматриваемое преступленіе и оно стало признаваться оконченнымъ лишь съ момента совершенія виновнымъ акта, начинающаго выполненіе посягательства на особу монарха. Подъ понятіе оконченнаго преступленія, послѣ этого, стало подводиться только выполненіе посягательства на монарха и начало его выполненія ²⁾.

Установленіе усѣченныхъ составовъ преступленій, какъ было выяснено, представляетъ собою примѣненіе того же правно-политическаго приѣма, что и установленіе наказанія за предварительную преступную дѣятельность: оно приводитъ къ созданію дополнительныхъ мотивационныхъ давленій права, къ усиленію импульсивнаго дѣйствія карательныхъ нормъ. Сообразно съ этимъ, и развитіе этихъ составовъ стоитъ въ зависимости отъ размѣра наказаній за преступленія. Изучая исторію развитія составовъ нѣкоторыхъ усѣченныхъ преступленій, можно убѣдиться, что, въ случаѣ пониженія размѣра слѣдующаго за нихъ наказанія, усиливается степень усѣченности этихъ преступленій; въ случаѣ увеличенія размѣра отвѣтственности за эти преступленія, уменьшается неумолимость соотвѣтственныхъ наказаній, расши-

¹⁾ Code pénal français (1810) art. 88. Il y a attentat dès qu'un acte est commis ou commencé pour parvenir à l'exécution de ces crimes, quoiqu'ils n'aient pas été consommés. Abrogé. L. 28 avril 1832. art. 12.

²⁾ Code pénal, art 88. L'exécution ou la tentative constitueront seules l'attentat. (Texte de 1832).

ряется кругъ оснований, освобождающихъ виновнаго отъ отвѣтственности ¹⁾ и т. п.

Такимъ образомъ, нормы права, карающія материально неоконченную преступную дѣятельность, въ историческомъ своемъ развитіи, приспособляются къ уровню человѣческой культуры и, по мѣрѣ роста этой культуры, измѣняются такимъ образомъ, что исходящее отъ нихъ мотивационное давленіе становится все

¹⁾ Такъ, напр. въ римскомъ правѣ, при господствѣ болѣе мягкой системы наказаній, признавалась наказуемость похищенія вещей, не отвѣчающихъ юридическому понятію объекта этого посягательства. Ранніе классическіе юристы признавали наказуемымъ похищеніе безхозяйной вещи въ ошибочномъ убѣжденіи, что она принадлежитъ другому лицу, а равно и такое похищеніе вещи, которое только по представленію виновнаго было самовольнымъ а, въ дѣйствительности, вослѣдовало съ согласія собственника вещи. D. 47, 19, 6. Paulus libro primo ad Neratium. Si rem hereditariam, ignorans in ea causa esse, subripuisti, furtum te facere respondit. D. 47, 2, 46. Ulpianus libro quadragesimo secundo ad Sabinum. 8. Per contrarium quaeritur, si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti actio sit. et ait Pomponius furtum me facere. Напротивъ, въ послѣдующее время, когда приобрѣла господство болѣе суровая система наказаній, похищеніе юридически негоднаго объекта кражи не подводилось подъ понятіе воровства и не подвергалось наказанію. Поздніе классическіе юристы не признавали за воровство похищенія вещи, принадлежащей къ наслѣдственной массѣ или *res nullius*, въ убѣжденіи, что эти вещи оккупированы. Они не считали за воровство и похищенія собственной вещи въ убѣжденіи, что она принадлежитъ другому лицу, а равно и похищенія чужой вещи съ согласія ея собственника, безъ знанія этого обстоятельства. D. 47, 19, 6. Paulus libro primo ad Neratium. rei hereditariae furtum non fit sicut nec eius, quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripiantis. D. 47, 2, 43. Ulpianus libro quadragesimo primo ad Sabinum. 5. Quod si dominus id dereliquit, furtum non fit eius, etiamsi ego furandi animum habuero: nec enim furtum fit, nisi sit cui fiat: in proposito autem nulli fit, quippe cum placeat Sabini et Cassii sententia existimantium statim nostram esse desinere rem, quam dereliquimus; D. 47, 2, 46. Ulpianus libro quadragesimo secundo ad Sabinum. 8. Per contrarium quaeritur, si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti actio sit... verum tamen est, ut, cum ego velim eum uti, licet ignoret, ne furti sit obligatus; Inst. IV. 1. 8. Sed et si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri; D. 47, 8, 2. Ulpianus libro quadragesimo sexto ad edictum. 18. si quis igitur suam rem rapuit, vi quidem bonorum raptorum non tenebitur, sed aliter multabitur. sed et si quis fugitivum suum, quem bona fide aliquis possidebat, rapuit, aequae hac actione non tenebitur, quia rem suam aufert.

болѣе и болѣе слабымъ. Но, какъ мы уже указывали, развитіе человѣческой культуры идетъ не всегда въ прогрессивномъ порядкѣ, оно идетъ иногда и въ обратномъ порядкѣ и уровень культуры, въ ея развитіи, становится иногда все болѣе и болѣе низкимъ. Разсматриваемыя нами правовыя нормы, подобно всѣмъ нормамъ права, считаются и съ этимъ направлениемъ развитія человѣческой культуры. Регрессивный ходъ культуры также обусловливаетъ собою измѣненіе содержанія этихъ нормъ. Но, разумѣется, эти нормы измѣняются въ подобныхъ случаяхъ, не въ направленіи смягченія своего содержанія, а въ смыслѣ все большаго и большаго ожесточенія его. Въ подобныхъ случаяхъ, мотивационное давленіе, исходящее отъ этихъ нормъ, становится, съ теченіемъ времени, не болѣе слабымъ, а все болѣе и болѣе сильнымъ.

Примѣры регрессивнаго развитія права вообще и интересующихъ насъ нормъ, въ частности, въ изобиліи доставляются намъ позднѣйшей исторіей римскаго права. Въ позднѣйшія эпохи существованія римскаго государства, культура его, вслѣдствіе постепеннаго присоединенія къ нему примитивныхъ народностей и все увеличивающейся ассимиляціи ихъ съ римскими элементами населенія, стала подвергаться прогрессивному огрубѣнію. Варваризація культуры вызывала параллельныя измѣненія и въ тогдашнемъ правѣ: по мѣрѣ паденія культуры, грубѣло и право. Прогрессивное ожесточеніе уголовныхъ наказаній въ позднемъ римскомъ правѣ представляется общеизвѣстнымъ фактомъ. Но это ожесточеніе коснулось не только основныхъ пріемовъ карательной мотивациі, оно распространилось и на мѣры дополнительнаго мотивационнаго давленія этого рода, въ частности, на нормы, опредѣляющія отвѣтственность за матеріально неоконченную преступную дѣятельность. Римское право признавало эту дѣятельность не за предварительную преступную дѣятельность, не за покушеніе на преступленіе, а за оконченное преступленіе. Римская система репрессіи матеріально неоконченной дѣятельности состояла въ созданіи усѣченныхъ составовъ преступленій; слѣдовательно, право прибѣгало, въ этомъ случаѣ къ той системѣ, большая или меньшая репрессивность которой зависитъ отъ объема, приравненной къ оконченному преступленію, матеріально неоконченной преступной дѣятельности. И вотъ, изслѣдуя позднѣйшую эпоху развитія усѣченныхъ составовъ преступленія въ Римѣ, мы убѣждаемся въ томъ, что, по мѣрѣ регресса римской

культуры, они приобрѣтали все болѣе и болѣе широкій объемъ; римское право приравнивало къ оконченному преступленію все большія и большія области матеріально неоконченной преступной дѣятельности. ✓

Таковы основныя тенденціи развитія постановленій о наказуемости матеріально неоконченной преступной дѣятельности. Дальнѣйшее изложеніе посвящается подробному разсмотрѣнію развитія этихъ нормъ въ Италіи, Германіи, Франціи, Россіи и въ Римскомъ государствѣ. При этомъ, мы будемъ изслѣдовать не только историческія судьбы тѣхъ нормъ о покушеніи, которыя нашли себѣ выраженіе въ законодательствѣ, но также и развитіе тѣхъ положеній о наказуемости предварительной дѣятельности, которыя воплотились въ иныя формы, и въ частности, были высказаны доктриною уголовного права. Изученіе исторіи права съ психологической точки зрѣнія показываетъ, что всѣ виды права подчинены однимъ и тѣмъ же законамъ развитія и законодательные акты, въ моментъ своего возникновенія, обыкновенно воспроизводятъ содержаніе господствующихъ воззрѣній въ юридической доктринѣ и практикѣ соотвѣтственной эпохи.

Признавая тождество законовъ развитія положеній законодательнаго права и положеній доктрины права, мы, тѣмъ самымъ, признаемъ и тождественность процессовъ образованія соотвѣтствующихъ правовыхъ явленій. Какъ положенія законодательства, такъ и взгляды науки права, относящіеся къ интересующему насъ вопросу, обязаны своимъ происхожденіемъ не сознательному творчеству людей, а процессамъ бессознательно-цѣлесообразнаго культурнаго подбора и приспособленія. Въ частности, необходимо специально оговориться, что содержаніе взглядовъ ученыхъ на существо и наказуемость покушенія измѣняется не подъ вліяніемъ сознательной умственной ихъ дѣятельности, а подъ вліяніемъ ихъ правосознанія, оказывающагося, въ свою очередь, продуктомъ дѣйствія процессовъ бессознательнаго подбора. И притомъ, правосознаніе юристовъ опредѣляетъ собою не только содержаніе ихъ личныхъ воззрѣній на справедливость того или иного приема рѣшенія извѣстнаго правового вопроса, но оно обусловливаетъ собою также и характеръ тѣхъ толкованій, которыя юристы даютъ положеніямъ позитивнаго права; оно опредѣляетъ собою и направленіе догматическихъ работъ ученой юриспруденціи.

Впрочемъ, по поводу вліянія правосознанія на толкованіе, научную разработку и примѣненіе положительнаго права, слѣдуетъ отмѣтить, что подлежащее дѣйствіе правосознанія по большей части остается скрытымъ и незамѣтнымъ, не только въ смыслѣ отсутствія соотвѣтственнаго словеснаго или письменнаго выраженія, но и въ смыслѣ отсутствія знанія и пониманія дѣйствующими, (напр., отстаивающими извѣстное толкованіе существующаго права или извѣстную его реформу подъ вліяніемъ давленія правосознанія), того, что ихъ заставляетъ дѣйствовать въ соотвѣтственномъ направленіи. Правосознаніе дѣйствуетъ въ качествѣ т. ск., незримаго, закулиснаго фактора, на сценѣ же появляются разные иные аргументы и соображенія, составляются разныя теоріи, политическія, соціальныя ученія. Несмотря на свою подчасъ большую поверхностность, односторонность и произвольность, подлежащія аргументаціи, теоріи, ученія, разъ онѣ, по своему направленію, соотвѣтствуютъ требованіямъ зарождающагося и укореняющагося правосознанія, представляются людямъ весьма удачными и убѣдительными, приобрѣтаютъ распространеніе и популярность, иногда такую вѣру и почитаніе, какія бывають въ религіозной области ¹⁾. Сила соотвѣтственныхъ ученій, однако, коренится не въ ихъ интеллектуальномъ содержаніи, а въ соотвѣтствіи ихъ положеній запросамъ правосознанія данной эпохи. Тѣ же процессы соціально-психическаго подбора, которые опредѣляютъ собою возникновеніе этихъ ученій, обусловливають и соціальное ихъ значеніе и успѣхъ.

Эти замѣчанія бросаютъ яркій свѣтъ на существо разсмотрѣнныхъ нами выше ученій объ этическихъ основаніяхъ начала наказуемости предварительной преступной дѣятельности. Они объясняютъ намъ, почему большинство приводимыхъ криминалистами аргументовъ, несмотря на свою безусловную неправильность, сохраняють кредитъ въ наукѣ права и не исчезаютъ со страницъ научныхъ работъ. Они раскрываютъ намъ, почему криминалисты, несмотря на громадное различіе въ воззрѣніяхъ на основанія рѣшенія извѣстныхъ правовыхъ вопросовъ, тѣмъ не менѣе, въ конечномъ результатѣ, приходятъ къ однимъ и тѣмъ же выводамъ и отстаиваютъ одни и тѣ же начала права. Наконецъ, они объясняютъ намъ и то обстоятельство, что разныя эпохи развитія человѣчества вырабатываютъ различныя пріемы

¹⁾ Петражицкій, Теорія права, II, стр. 500, 501.

рѣшенія однихъ и тѣхъ вопросовъ, такъ что рѣшеніе вопроса, пользуящееся общимъ признаніемъ въ одну эпоху, начинаетъ подвергаться критикѣ въ другую эпоху и замѣняется другимъ рѣшеніемъ соотвѣтственной проблемы и т. п. Каждая историческая эпоха вырабатываетъ особые типичные приемы правовой аргументаціи, приемы, претендующіе на рѣшеніе правовыхъ проблемъ, внѣ зависимости отъ эпохи ихъ возникновенія, но, въ дѣйствительности, стоящіе въ тѣсной связи съ содержаніемъ правосознанія въ соотвѣтственную эпоху и всецѣло обязанные своей убѣдительностью этому правосознанію.

Въ виду такого характера аргументовъ, обыкновенно приводимыхъ криминалистами, въ обоснованіе своихъ воззрѣній, въ дальнѣйшемъ изложеніи, мы ограничимся разсмотрѣніемъ одного только содержанія воззрѣній ученыхъ на существо и наказуемость покушенія, оставивъ аргументацію криминалистовъ совершенно въ сторонѣ. Коль скоро не измѣненіе основаній взглядовъ приводитъ къ измѣненію ихъ содержанія, а наоборотъ, перемѣна содержанія правовыхъ воззрѣній вызываетъ измѣненіе въ характерѣ ихъ обоснованія, то, очевидно, что и при разсмотрѣніи историческаго развитія права, можно ограничиться изложеніемъ перемѣнъ въ содержаніи правовыхъ воззрѣній, не касаясь ихъ аргументаціи ¹⁾.

Предшествующія замѣчанія заключали въ себѣ общую характеристику хода историческаго развитія постановленій о наказуемости матеріально неоконченной преступной дѣятельности. Въ послѣдующемъ изложеніи, мы подробно разсмотримъ развитіе этихъ нормъ въ Италіи, Германіи, Франціи, Россіи и въ Римѣ. Но, прежде чѣмъ приступить къ подлежащему обзору, необходимо познакомиться съ отношеніемъ права новыхъ европейскихъ народовъ къ этимъ нормамъ въ эпоху догосударствен-

¹⁾ Правда, какъ мы указывали, и эта аргументація можетъ носить исторически интересный характеръ и представлять собою продуктъ дѣйствія правосознанія конкретной исторической эпохи. Примѣры подобной аргументаціи, мы встрѣчаемъ и при изученіи исторіи развитія ученій о покушеніи. Но, въ исторической части изложенія, этихъ доводовъ мы приводить не будемъ. Они приведены нами уже ранѣе, при разсмотрѣніи ученій объ основаніяхъ наказуемости покушенія, а историческій ихъ характеръ и зависимость ихъ отъ содержанія правосознанія извѣстной исторической эпохи легко могутъ быть установлены при знакомствѣ съ историческимъ развитіемъ содержанія положеній о покушеніи, помимо спеціальныхъ на то указаній.

наго существованія этихъ народовъ, такъ какъ, при характеристикѣ существа этого отношенія, въ наукѣ уголовного права возникло не мало споровъ и разногласій.

§ 8. Отношеніе права ранняго средневѣковья къ началу наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

Постановленія о наказуемости предварительной преступной дѣятельности представляютъ собою правовыя нормы относительно поздняго происхожденія. Эти нормы, какъ мы говорили, впервые появляются въ правѣ въ эпоху перехода карательной власти отъ общинъ и родовъ къ государству. Но уже въ древнѣйшей, изъ извѣстныхъ намъ, періодъ развитія уголовного права, въ эпоху общинно-родового строя, право предусматриваетъ наказуемость дѣйствій, являющихся многія черты сходства съ актами предварительной преступной дѣятельности. Соответствующія дѣйствія уже издавна обратили на себя вниманіе науки уголовного права, причемъ одни изъ криминалистовъ и историковъ права признали ихъ за покушеніе на преступленіе, а другіе—за самостоятельныя преступныя дѣянія. Въ виду важности, для исторіи положеній о покушеніи, рѣшенія вопроса о юридической природѣ соответствующихъ дѣйствій, намъ необходимо остановиться на немъ свое вниманіе. Такъ какъ дѣянія человѣка получаютъ характеръ покушенія на преступленіе не въ силу свойствъ ихъ природы и не вслѣдствіе тѣхъ или иныхъ признаковъ ихъ внутренней и внѣшней стороны, а въ силу признанія ихъ за покушеніе со стороны права, то вопросъ этотъ сводится къ проблемѣ опредѣленія эпохи появленія соответственной правовой квалификаціи, т. е. начала признанія правомъ извѣстныхъ дѣяній за акты покушенія на преступленіе. Чтобы рѣшить вопросъ о наказуемости покушенія въ извѣстную эпоху, недостаточно констатировать существованіе такихъ составовъ преступленія, которые удовлетворяютъ признакамъ покушенія, а необходимо еще доказать, что эти составы признавались тогдашнимъ правомъ за покушеніе на преступленіе. А такъ какъ опредѣленіе юридической квалификаціи дѣяній представляется несравненно болѣе трудной задачей, нежели констатированіе признаковъ и облика ихъ внѣшней природы, то неудивительно, что, при рѣшеніи этой задачи, въ доктринѣ права возникло не мало споровъ и разногласій.

Суд. 112. 04,
ин. 138. 04

Разсмотрѣніе положеній древняго права показываетъ, что этому праву былъ знакомъ цѣлый рядъ наказуемыхъ дѣяній, представляющихъ собою, съ точки зрѣнія современнаго права, не оконченныя преступленія, а акты предварительной преступной дѣятельности. Такъ, древнее право караетъ взмахъ мечомъ надъ другимъ человѣкомъ; поставленіе его жизни въ опасность сталкиваніемъ его въ яму, въ колодець и т. п.; устройство засадъ на большихъ дорогахъ; самовольное проникновеніе въ чужія помѣщенія или въ огороженныя мѣста и пр. Возникаетъ вопросъ, примѣнима ли соотвѣтственная современная юридическая категорія, при обсужденіи юридической природы подлежащихъ дѣяній или нѣтъ? Въ наукѣ права этотъ вопросъ находитъ весьма различныя рѣшенія.

По мнѣнію однихъ криминалистовъ, древнему праву было извѣстно покушеніе, какъ особая форма преступности, и выше-названныя дѣянія и должны быть квалифицируемы какъ предварительная преступная дѣятельность ¹⁾. Одни изъ представителей этого направленія полагаютъ, что подъ понятіе покушенія, въ ту эпоху подводилось одно только начало выполнения преступнаго дѣянія или такъ наз. близкое къ окончанію преступленія покушеніе (*conatus proximus* ²⁾). Другіе, напротивъ, думаютъ, что къ покушенію, въ ту эпоху, относились и приготовительныя къ преступленію дѣйствія, вся вообще предварительная преступная дѣятельность ³⁾. Но большинство современныхъ ученыхъ придерживается иного взгляда и полагаетъ, что упомянутыя выше дѣянія слѣдуетъ признавать за самостоятельныя преступленія, а не за предварительную дѣятельность къ другимъ преступленіямъ.

Оцѣнивая доводы господствующаго направленія, нельзя не признать справедливости большинства приведенныхъ имъ соображеній. Представители этого направленія совершенно правильно указываютъ на то, что источники относятся къ изслѣдуемымъ дѣяніямъ, какъ къ самостоятельнымъ преступленіямъ, а не какъ къ предварительной дѣятельности. Памятники права упоминаютъ

¹⁾ Владимірскій-Будановъ, Христоматія по исторіи русскаго права, I, 1899, стр. 27 пр. 13; Калачевъ, Предварительныя юридическія свѣдѣнія для полнаго объясненія Русской Правды, 1880, стр. 136, 137; Рожковъ. Историческіе и социологическіе очерки, II, 1906, стр. 136, 137; Krug, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1854, s. 12.

²⁾ Luden, Abh, I, s. 309—397.

³⁾ Göschen, Die Goslarische Statuten, 1840, s. 296, 300.

объ этихъ дѣянiяхъ на ряду съ причиненiемъ ранъ, оскорбленiемъ и другими преступленiями, признавая ихъ, тѣмъ самымъ, за самостоятельный видъ преступленiй, а не за фазисъ развитiя другихъ преступленiй ¹⁾. Они назначаютъ за нихъ совершенно самостоятельное наказанiе, родъ и размѣръ котораго не находится ни въ какомъ отношенiи къ роду и размѣру наказанiя за оконченное дѣянiе. Это наказанiе не представляло собою части наказанiя за другое преступленiе и не было его разновидностью ²⁾. Далѣе, если бы разсматриваемыя дѣянiя представляли собою покушенiе на преступленiе, то изъ состава ихъ было бы возможно сдѣлать заключенiе о свойствахъ того права, на которое имѣлъ въ виду посягнуть преступникъ. Въ дѣйствительности, однако, мы встрѣчаемся съ обратнымъ. Упомянутыя выше дѣянiя могутъ выступать въ роли предварительной дѣятельности по отношенiю къ самымъ разнообразнымъ преступленiямъ. Такъ, напр., взмахъ мечомъ можетъ означать собою какъ покушенiе на жизнь человѣка, такъ и покушенiе на его тѣлесную неприкосновенность ³⁾.

Такимъ образомъ, вышеприведенныя дѣйствiя въ древнемъ правѣ не признавались актами предварительной преступной дѣятельности: въ ту эпоху они носили характеръ окончанныхъ преступленiй. Но, если эти дѣянiя разсматривались тогдашнимъ правомъ какъ самостоятельныя преступленiя, то къ какому типу составовъ относились составы этихъ преступленiй? Носили ли они матеріальный характеръ или же, въ этихъ случаяхъ, преступленiе древняго права отличалось усѣченнымъ характеромъ? Въ наукѣ была сдѣлана попытка рѣшенiя этого вопроса въ послѣднемъ смыслѣ. Нѣкоторые криминалисты пробовали сближать природу актовъ обнаженiя меча, съ цѣлью причиненiя раны, съ природою подлога, какъ поддѣлки документа, съ цѣлью доставленiя себѣ имущественной выгоды ⁴⁾. Но это мнѣнiе

¹⁾ John, Das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher, 1858, s. 158, 161; Baumgarten, s. 107; Schlecht, I. c. s. 9. 10; Caspar Darstellung des strafrechtlichen Inhalts des Schwabenspiegels und des Augsburger Stadtrechts, 1892, s. 19.

²⁾ John, s. 159.

³⁾ John, s. 160; Baumgarten, s. 106, 107; Friese, Strafrecht des Sachsenspiegels, 1898, s. 73, 74; Сергѣевичъ, Лекціи и изслѣдованiя, 1903. стр. 363.

⁴⁾ John, s. 152.

должно быть признано неправильнымъ. Усѣченнымъ составомъ преступленія признается такой составъ преступленія, который, на ряду съ полною реализаціею извѣстнаго правонарушенія, обнимаетъ собою и неполную реализацію признаковъ этого дѣянія и охватываетъ въ единой формулѣ нѣсколько стадій развитія соотвѣтственнаго дѣйствія. Между тѣмъ, разсматриваемые нами составы преступленія древняго права не удовлетворяютъ этому условію. Признавая извѣстные виды неоконченной дѣятельности за оконченное преступленіе, древнее право создаетъ для этихъ дѣяній специальный составъ преступленія, обнимающій собою только однѣ эти формы неоконченной дѣятельности, и не захватывающій собою случаевъ успѣшнаго окончанія соотвѣтственной дѣятельности. Обнаженіе меча, съ цѣлью причиненія раны, въ древнемъ правѣ не сливается съ подлиннымъ нанесеніемъ раны въ одинъ общій составъ преступленія. Актъ обнаженія меча съ указанною цѣлью, поэтому, долженъ быть признанъ не за усѣченное преступленіе, а за преступленіе съ матеріальнымъ составомъ.

Изъ послѣдняго замѣчанія видно, что разгадку существа юридической природы изслѣдуемыхъ дѣяній слѣдуетъ искать не въ содержаніи той цѣли, ради осуществленія которой эти дѣянія были предприняты (тѣмъ болѣе, что далеко не всегда наличность этой цѣли была необходима для состава этихъ дѣяній ¹⁾), а въ признакахъ внѣшней ихъ природы, въ существѣ дѣйствительно выполненнаго виновнымъ поведенія. Къ этому же убѣжденію приводитъ насъ и, подмѣченная уже нѣкоторыми историками права, типичность внѣшняго состава этихъ дѣяній ²⁾, заставляющая предполагать, что именно форма ихъ внѣшней стороны и имѣла въ древнее время особое соціальное значеніе.

Итакъ, мы приходимъ къ заключенію, что, упоминаемыя древнимъ правомъ дѣянія, какъ то, устройство засадъ, обнаженіе меча и пр., представляютъ собою самостоятельныя преступленія, а не покушенія на преступленіе. Но, при изученіи историческаго развитія постановленій о покушеніи, представляется необходимымъ разрѣшить еще и два другихъ вопроса: 1) чѣмъ объясняется отсутствіе въ древнемъ правѣ постановленій о наказуемости покушенія, и 2) чѣмъ обусловлено появленіе въ этомъ правѣ

¹⁾ Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, II, s. 559.

²⁾ Brunner, II, s. 559.

такихъ составовъ преступленія, которые, отвѣчая нашимъ современнымъ понятіямъ о предварительной преступной дѣятельности, признаются старымъ правомъ за самостоятельныя преступныя дѣянія.

Согласно ходячему въ наукѣ уголовного права мнѣнію, на первый изъ этихъ вопросовъ нужно отвѣтить слѣдующимъ образомъ. Отсутствие въ древнемъ правѣ постановленій о покушеніи объясняется своеобразнымъ характеромъ этого права, въ силу котораго оно придаетъ значеніе одной только внѣшней сторонѣ преступленія, признаетъ существеннымъ элементомъ преступленія причиняемый имъ матеріальный вредъ и вовсе не интересуется внутреннею стороною преступленія и намѣреніями преступника, т. е., тѣми элементами преступленія, которые и характеризуютъ покушеніе на преступленіе ¹⁾. Но подобное воззрѣніе опровергается ближайшимъ знакомствомъ съ постановленіями стараго права. Криминалисты справедливо указываютъ на то, что и старое право ставитъ наказуемость нѣкоторыхъ преступленій въ зависимость отъ совершенія ихъ виновнымъ съ опредѣленною цѣлью. Такъ, напр., по многимъ правамъ, обнаженіе меча должно быть совершено съ цѣлью причиненія кому-либо вреда, засада должна быть устроена съ цѣлью совершенія какого-либо преступленія и т. п. ²⁾. Очевидно отсюда, что не въ безрезультатности актовъ покушенія на преступленіе кроется причина неизвѣстности ихъ древнему праву.

Эти соображенія побудили нѣкоторыхъ ученыхъ искать другого объясненія интересующей насъ особенности стараго права и привели къ попыткамъ дать такое объясненіе ея, которое находилось бы въ большей гармоніи съ фактами исторической дѣйствительности. Стремясь къ соблюденію этого условія, стараясь избѣжать недостатка предшествующаго взгляда, эти ученые выдвигаютъ прямо противоположное ему воззрѣніе. Нельзя говорить, что древнему праву была неизвѣстна наказуемость предварительной преступной дѣятельности; многочисленныя положенія стараго права доказываютъ, что оно карало многія дѣянія,

¹⁾ Köstlin, Revision, s. 362; System, I, s. 216; Hälschner, System, I, s. 174; Goldfeld, Versuch, s. 6, 7; Brunner, I, s. 213; Heberle, Aus welchen Gründen, s. 5; Gallet, p. 5, 46, 47; Calon, p. 77; Makarewicz, Einführung, s. 417; Спасовичъ, стр. 132; Богдановскій, Развѣтіе понятій о преступленіи и наказаніи въ русскомъ правѣ до Петра Великаго. 1857, стр. 125.

²⁾ John, s. 181, 182.

направлявшіяся на достиженіе преступнаго результата и не достигавшія его. Особенность древняго права состоитъ въ другомъ. вмѣсто того, чтобы объявить наказуемою всю предварительную преступную дѣятельность вообще, оно наказывало только отдѣльные случаи ея проявленія, что объясняется казуистичностью всякихъ вообще постановленій древняго права и неспособностью его къ формулировкѣ абстрактныхъ нормъ ¹⁾).

Это воззрѣніе, согласно которому, древнее право, не будучи формально знакомо съ покушеніемъ на преступленіе, прекрасно знало его по существу, не можетъ быть признано правильнымъ. Разсматривать постановленія о наказуемости обнаженія меча и другихъ подобныхъ ему преступленій стараго права за начальную стадію въ развитіи постановленій, карающихъ предварительную преступную дѣятельность, невозможно и, притомъ, въ силу цѣлаго ряда соображеній. Достаточно бѣглаго знакомства съ понятіемъ о покушеніи въ первыя эпохи его формальнаго законодательнаго признанія, чтобы убѣдиться въ существованіи принципиальной разницы между покушеніемъ, съ одной стороны, и упомянутыми преступленіями, съ другой.

Постановленія различныхъ эпохъ, относящіяся къ одному и тому же предмету, должны воплощать въ себѣ опредѣленную линію развитія правовыхъ идей, должны находиться между собою въ опредѣленной генетической связи и имѣть значеніе звѣньевъ одной и той же цѣпи явленій. Ничего подобнаго въ разсматриваемомъ случаѣ мы не находимъ. Нельзя установить никакой преемственности ни между принципами опредѣленія наказуемости упомянутыхъ преступленій древняго права, съ одной стороны, и началами опредѣленія репрессіи покушенія, съ другой, ни между приѣмами обрисовки состава первой и второй категоріи дѣяній. Такъ, въ первомъ отношеніи, необходимо замѣтить, что покушеніе, въ начальныя эпохи своего появленія, карается такъ же строго, какъ и совершеніе преступленія и, лишь по мѣрѣ хода исторіи, наказуемость покушенія пріобрѣтаетъ редуцированный характеръ. Между тѣмъ, обнаженіе меча и пр., карается несравненно слабѣе, нежели преступленіе, могущее произойти въ результатъ этого дѣянія. Не менѣе рѣзкая разница существуетъ между этими дѣяніями и во второмъ отношеніи. Составъ покушенія первоначально опредѣляется правомъ крайне широко,

¹⁾ John, s. 182—184.

такъ что къ нему относится не только начало выполненія преступленія, но и приговорительныя къ нему дѣйствія. Напротивъ, интересующія насъ преступленія древняго права, при изслѣдованіи отношенія ихъ къ другимъ преступленіямъ, оказываются актомъ, начинающимъ выполненіе ихъ состава. Въ виду этихъ данныхъ, оказывается совершенно невозможнымъ предполагать существованія какой-либо преемственной связи между обѣими категоріями правовыхъ явленій.

Но, нужно добавить, что и независимо отъ указанныхъ данныхъ, существуютъ другія соображенія, говорящія противъ возможности признанія состава обнаженія меча за стадію въ развитіи понятія покушенія. Историческія формы явленій должны непремѣнно слѣдовать другъ за другомъ, сосуществовать онѣ ни въ какомъ случаѣ не могутъ. Между тѣмъ, многія изъ упомянутыхъ выше преступленій остаются въ теченіе нѣкотораго времени извѣстными уголовному праву и послѣ того, какъ въ немъ выработалось уже понятіе о покушеніи на преступленіе, какъ особой формѣ преступности. И знакомясь съ содержаніемъ юридическихъ сочиненій той эпохи, легко убѣдиться въ стараніи тогдашнихъ юристовъ выработать твердыя начала квалификаціи подлежащихъ дѣяній и опредѣлить, въ какомъ случаѣ дѣяніе должно быть признаваемо за самостоятельное преступленіе, и въ какомъ оно должно почитаться за покушеніе ¹⁾.

¹⁾ Ср., C in u. Super Codice, l. 3 de episc., const., 5: Secundo casu aut quaeritur de puniendo delicto quod accessorie commisit aut de puniendo delicto quod principaliter committere intendebat. Si quaeritur de delicto accessorio: puta de fractura portarum, vel murorum et similium, volendo rapere monialem vel hominem interficere. Isto casu dico quod de tali delicto bene punitur. ut ff. de effractionibus l. prima et per totum: aut quaeritur de puniendo illo delicto quod principaliter facere cogitavit, scilicet de raptu vel homicidio. tunc subdistinguunt Jac. de Ra. et Pet. aut quaeritur de actu remoto a principali intento et cogitato: aut quaeritur de actu proximo principali. Baldus de Ubaldis, Lectura super Institutionum. Lugduni, 1543, IV, 1, 8; Secundo casu, scilicet quando quaerimus de actione danda in criminali: tunc aut quaeritur de puniendo delicto, quod facere cogitavit, aut de puniendo quod accessorie fecit. Secundo casu quando tractatur de puniendo delicto quod fecit accessorie ut puta quidam volens furari rupit ostia et domum introivit et tamen furatus non est certe punitur de fractura ostii et introitu domus quando perfecit accessorie scilicet volens furari cum quo ad ista accessoria perficit et ita intelligitur ff. de effractionibus per totum. Aut quaerimus de delicto puniendo quod principaliter facere cogitavit, puta quis volebat rapere monialem vel committere homicidium et

Въ виду этихъ соображеній, приходится признать, что между постановленіями древняго права и юридическими нормами, опредѣляющими наказуемость покушенія, существуетъ коренное различіе не только съ формальной стороны,—со стороны техническихъ приѣмовъ ихъ формулировки,—но и по существу—въ отношеніи ихъ содержанія. Древнее право не знаетъ наказуемости покушенія и, при изученіи исторіи права, этому факту должно быть дано объясненіе.

Причина отсутствія въ древнемъ правѣ постановленій о покушеніи, по нашему мнѣнію, заключается въ слѣдующемъ: установленіе репрессіи актовъ покушенія на преступленіе, какъ было подробно указано выше, означаетъ собою созданіе мѣры дополнительнаго мотивационнаго дѣйствія права, дѣйствія, усиливающаго энергію, порождаемыхъ карательнымъ правомъ, мотивовъ въ пользу согласнаго съ велѣніями права поведенія. Сообразно съ этимъ, понятіе наказуемаго покушенія вырабатывается правомъ въ такія эпохи, въ которыя ощущается необходимость въ соответственныхъ средствахъ воздѣйствія на психику людей. Но древнѣйшіе періоды жизни историческихъ народовъ къ числу такихъ эпохъ не принадлежатъ,—мы говорили уже выше, что, въ виду жизни тогдашняго человѣчества мелкими группами и вслѣдствіе подчиненія членовъ группы строгому контролю родоначальниковъ и сородичей, древнее право достигало мира между людьми примѣненіемъ относительно мягкихъ средствъ семейно-родовой дисциплины. Вслѣдствіе тѣхъ же условій, въ древнее время, для права представлялось излишнимъ устанавливать и дополнительные средства мотивационнаго давленія и, въ частности, признавать наказуемымъ уже одно покушеніе на преступленіе. Постановленія о наказуемости предварительной дѣятельности образуются въ правѣ лишь позднѣе, послѣ паденія карательной власти общинъ и рода и по переходѣ этой власти къ государству.

Обращаясь къ вопросу о причинахъ существованія въ древнемъ правѣ цѣлаго ряда преступленій, сходныхъ съ покушеніемъ,

ostia fregit vel cum cultello insecutus est et tunc subdistingue secundum Ja. de Ra. et. Pe. Aut quaeritur de puniendo actu proximo delicto quod facere cogitavit aut de puniendo actu remoto. Ср., Angelus Aretinus, Commentaria seu lectura super 4 Institutionum Justinianarum libris. Lugduni, 1540, IV, 1, 8; Bartolomaeus de Saliceto, Commentaria in Codicis ib. I, Lugduni, 1549, IX, 16, 7.

мы не находимъ въ современной литературѣ никакого на него отвѣта. Впрочемъ, попытку разрѣшенія этого вопроса можно видѣть въ приведенномъ выше мнѣніи о стремленіи древняго права компенсировать составами подобныхъ преступленій недостающее ему понятіе покушенія на преступленіе ¹⁾. Но неправильность подобнаго взгляда уже была доказана нами выше. По нашему мнѣнію, появленіе интересующихъ насъ составовъ преступленія въ древнемъ правѣ объясняется низкимъ уровнемъ развитія тогдашней человѣческой психики. На выясненіи связи между соотвѣтственными явленіями необходимо подробнѣе остановиться.

Для пониманія причинъ возникновенія въ древнемъ правѣ нѣкоторыхъ своеобразныхъ составовъ преступленій, для уясненія себѣ смысла возведенія древнимъ правомъ нѣкоторыхъ видовъ предварительной преступной дѣятельности на степень самостоятельныхъ преступленій, необходимо имѣть въ виду общіе принципы опредѣленія потребной энергіи мотиваціоннаго давленія права, — тѣ начала, которыхъ безсознательно придерживается право, при опредѣленіи размѣра уголовной репрессіи. Одно изъ такихъ началъ заключается въ соображеніи размѣра наказаній съ величиною преодолѣнныхъ виновнымъ, при совершеніи преступленія, препятствій и въ назначеніи тѣмъ. большихъ уголовныхъ каръ, чѣмъ болѣе значительно оказалась энергія, обнаруженная преступникомъ, при преодолѣніи бывшихъ на его пути препятствій. Этого уголовнополитическаго принципа придерживается право во всѣхъ стадіяхъ своего развитія; дѣйствіе его мы обнаруживаемъ въ постановленіяхъ, какъ современнаго, такъ и древняго права. Но способы законодательной формулировки соотвѣтственнаго политическаго начала, въ древности и въ новое время, существенно отличаются другъ отъ друга.

Въ настоящее время, право, имѣя въ виду назначить усиленное наказаніе за дѣяніе, свидѣтельствующее объ особой энергіи преступной воли виновнаго, вводитъ въ самый составъ преступленія указаніе на необходимость преодолѣнія виновнымъ опредѣленныхъ препятствій. Фактъ примѣненія виновнымъ особыхъ пріемовъ или приготовленій къ совершенію задуманнаго, теперь не увеличиваетъ числа преступленій, — преступникъ признается виновникомъ одного преступленія, безотносительно къ

¹⁾ John, s. 183, 184.

тому, примѣнили ли онъ соотвѣтственные приемы или нѣтъ—и примѣненіе имъ этихъ приемовъ только измѣняетъ родъ учиненнаго имъ преступленія, (напр., дѣяніе виновнаго, вмѣсто присвоенія чужого имущества, становится воровствомъ въ томъ случаѣ, когда присвоенію вещи предшествовало завладѣніе ею) или даже вліяетъ только на видъ его—(обыкновенная кража становится кражей со взломомъ, если ей предшествуетъ взломъ извѣстныхъ преградъ и запоровъ).

Иного приѣма, въ этомъ отношеніи, придерживалось старое право. Въ случаѣ примѣненія виновнымъ, при совершеніи преступленія, средствъ, свидѣтельствующихъ объ особой энергіи его преступной воли, въ древности, измѣнялся соотвѣтственно, не только родъ или видъ содѣяннаго виновнымъ преступленія, но измѣнялась и численность учиненныхъ имъ преступленій. Изслѣдуя древніе составы преступленій, мы убѣждаемся, что, по общему правилу, они не вбирали въ себя юридически существенныхъ приемовъ учиненія преступленія и что древнее право, въ видахъ усиленія наказанія за преступленія, совершенныя въ соотвѣтствующихъ условіяхъ, признавало за особое преступленіе употребленіе соотвѣтствующихъ приемовъ или совершеніе различныхъ приготовленій для учиненія преступленія.

Такъ, изученіе памятниковъ древняго права показываетъ, что нарушеніе преградъ и запоровъ и вообще самовольное вторженіе въ огражденныя пространства почиталось этимъ правомъ не за усиливающее отвѣтственность обстоятельство, а за самостоятельное преступленіе. Древнее право возводило на степень самостоятельнаго преступленія самовольное вторженіе на чужой дворъ ¹⁾, самовольное проникновеніе въ землянку ²⁾,

¹⁾ Lex Francorum Chamavorum, c. XX. Si quis hominis Franci curtem infregerit, solidos 6 componat, in dominico solidos 4. Suam manum aut suum pedem aut suum oculum pro quarta parte de sua leode, et in fredo dominico semper de unaquaque re solidos 4; Lex Bajuvariorum Tit. X. c. 1. De curte. Si quis in curtem alterius per vim contra legem intraverit, cum tribus solidis componat. Ed. Rothari, c. 277. De haistan, id est furorem. Si quis in curtem alienam haistan, id est irato animo, ingressus fuerit, viginti sol. illi componat cuius curtis fuerit; c. 380. Si quis peculium suum de clausura aliena occulte tulerit, et non rogaverit, componat curtis rupturae, id est hoberos, solidos 20.

²⁾ Lex Salica, Tit. XXVII, c. 22. Si quis screona sine clavem effregerit obdo hoc est DC dinarios qui faciunt solidos XV culpabilis iudicetur.

въ садъ ¹⁾, въ виноградникъ ²⁾, въ птичникъ ³⁾ или въ огородъ ⁴⁾.

Задаваясь вопросомъ о значеніи такого различія въ характерѣ примѣненія интересующаго насъ правнополитическаго приѣма въ древности и въ новое время, мы приходимъ къ тому убѣжденію, что особенности отношенія стараго права къ факту самовольнаго проникновенія кого-либо въ огороженный пространство находятъ себѣ объясненіе въ своеобразныхъ задачахъ древней правовой педагогики. Изученіе быта древнѣйшаго періода исторіи народовъ показываетъ, что борьба съ преступленіями, совершаемыми посредствомъ проникновенія въ особая огражденныя мѣста, представляла собою въ старину несравненно болѣе серьезную политическую задачу, чѣмъ въ настоящее время.

c. 23. Si quis screona qui clavem habet effrigerit MDCCC dinarios qui faciunt solidos XLV culpabilis iudicetur; Lex Frisionum, Additio Sapientum, Tit. I, c. 3. Si quis caballum furaverit, aut bovem, aut screonam effregerit, capitali sententia puniatur, vel vitam suam redimat.

¹⁾ Lex Salica. Tit. XXVII, 6. Si quis in orto alieno in furtum ingressus fuerit excepto capitale et dilatura DC dinarios qui faciunt solidos XV culpabilis iudicetur: Ed. Rothari, c. 284. De orto. Si quis in orto alterius introierit aut salierit ad furtum faciendum, componat solidos sex: nam si post suam rem ingreditur et damnum non fecerit, non sit culpavilis. Lex Burgundionum, c. XXV. 1. Si quis cuiuslibet ortum violenter ingressus fuerit, inferat pro ipsa praesumptione illi, cuius ortus est, solidos III et multae nomine solidos VI; Lex Bajuvariorum, Tit. VIII, cap. XII, De Horte. 1. Si quis in hortum furtive alicuius intraverit, cum tribus solidis componat; et quicquid ibi tulit, secundum legem furtivum componat.

²⁾ Lex Burgundionum c. XXVII, 7. Si quis per diem vineam alienam furto aut violenter ingressus fuerit, ut damnum faciat, inferat pro praesumptione ipsa solidos III; si servus hoc fecerit, caedatur; 8. Si quis vineam fructum habentem noctu ingressus fuerit et a custode vineae intra vineam fuerit interemptus, ab occisi domino aut parentibus non queratur.

³⁾ Lex Visigothorum, VIII, 6, 3. De furatis apibus. Si quis ingenuus in appiaria furti causa fuerit comprehensus, si nihil exinde abstulerit, propter hoc, quod ibidem comprehensus est, tres solidos solvat et L flagella suscipiat. Ceterum si abstulerit, novcuplum cogatur exolvere et predictum numerum flagellorum excipiat. Servus vero, si ingressus nihil abstulerit, C verberibus addicatur. Quod si abstulerit, sexcuplo reddere compellatur; pro quo si dominus satisfacere noluerit, eum servitutum illi, qui damnum pertulit, tradat.

⁴⁾ Lex Sal. Tit. XXVII, c. 7. Si quis in napina in favaria in pissaria vel in lenticlaria in furtum ingressus fuerit CXX dinarios qui faciunt solidos III culpabilis iudicetur.

Въ разсматриваемую эпоху частная земельная собственность еще начинала только зарождаться ¹⁾, народное сознание еще не успѣло проникнуться уваженіемъ къ сферамъ исключительнаго господства отдѣльныхъ лицъ и огражденныя пространства пользовались далеко не тою неприкосновенностью, которою они пользуются въ настоящее время. Для обезпеченія правильного хода народнаго хозяйства, было крайне необходимо принять мѣры воспитанія народа въ соотвѣтственномъ направленіи и внушить ему идею неприкосновенности огражденныхъ пространствъ. И вотъ, въ ряду мѣръ, направленныхъ къ достиженію этой цѣли, право выработало приведенную выше систему репрессіи преступленій, совершаемыхъ со взломомъ оградъ или посредствомъ самовольнаго проникновенія въ огражденные пространства. Чтобы особенно подчеркнуть самостоятельную цѣнность и значеніе огражденныхъ пространствъ, оно возвело ихъ на степень самостоятельныхъ правовыхъ благъ, признавъ нарушеніе ихъ преступнымъ не только въ случаѣ, когда оно служитъ средствомъ совершенія какого-либо преступленія, но и независимо отъ этого. Древнее право признаетъ, что указанное нарушеніе представляетъ собою нѣчто само по себѣ скверное, является самостоятельнымъ грѣхомъ.

Слѣдующимъ преступленіемъ, обращающимъ на себя вниманіе изслѣдователя исторіи уголовного права и поражающимъ его своимъ сходствомъ съ покушеніемъ на преступленіе, представляются разнообразныя акты насилія надъ человѣческой личностью, состоящіе въ бросаніи людей, связанномъ съ опасностью для ихъ личныхъ благъ. При обсужденіи природы этихъ дѣяній, въ литературѣ уголовного права также возбуждали вопросъ: не слѣдуетъ ли ихъ признать за покушеніе на преступленіе? Мы видѣли уже, что подобное рѣшеніе вопроса представляется неправильнымъ. Вышеприведенныя дѣянія представляютъ собою самостоятельныя преступленія, а причина появленія ихъ въ древнемъ правѣ заключается въ слѣдующемъ.

При характеристикѣ общихъ законовъ развитія права, мы указывали на то, что, въ виду низкаго уровня примитивной культуры, древнее право предъявляетъ къ людямъ лишь крайне скромныя требованія въ отношеніи соціально-разумнаго поведенія. Изучая содержаніе постановленій древняго права, мы убѣ-

¹⁾ Kowalewsky, Die Oekonomische Entwicklung Europas, I, 1901, s. 77 ff.

ждаемся въ томъ, что это право не рѣшалось признавать преступными весьма многія дѣянія, которыя запрещаются въ настоящее время подъ страхомъ наказанія. Крайне скромно было въ ту эпоху и содержаніе наказуемаго насилія. Подвергая изслѣдованію древніе памятники, мы приходимъ къ тому заключенію, что наказуемость насилія въ ту эпоху стояла въ зависимости отъ наличности какихъ-либо вредныхъ послѣдствій у этого дѣянія и что древнее право рѣшалось запрещать одни только болѣе тяжкіе виды насилія. Такъ, въ старину насильственные дѣйствія карались обыкновенно въ томъ только случаѣ, когда они причиняли собою боль потерпѣвшему (увѣчья, раны, побои) или были связаны съ оскорбленіемъ его (*via lacina*, сорваніе платья, рванье волосъ съ человѣческой головы и лица, обезоруженіе человѣка и пр.). То же начало необходимости ограничить область наказуемаго насилія, обусловило и появленіе интересующихъ насъ преступленій. Древнее право, желая воспретить насильственные акты въ формѣ толканія людей или бросанія ихъ, не рѣшилось возвести всѣ случаи такого насилія на степень наказуемаго посягательства на тѣлесную неприкосновенность. Считааясь съ низкимъ уровнемъ тогдашней культуры, оно объявило преступными только тѣ случаи насилія, которые представляли опасность для личныхъ благъ потерпѣшаго лица. Подлежащіе виды насилія признавались преступными въ тѣхъ случаяхъ, когда они выливались въ форму бросанія человѣка въ колодець ¹⁾, рѣку ²⁾, море ³⁾ или въ какія-либо воды ⁴⁾,

¹⁾ *Lex Salica*, Tit. XLI. 9. Si quis hominem ingenuum in puteum jactaverit et vivus inde exierit aliofedo hoc est IV M dinarios qui faciunt solidos C culpabilis judicetur. Add. 3. Si vero in puteo mortuus fuerit musthest XXIV M denarios qui faciunt solidos C culpabilis judicetur.

²⁾ *Lex Bajuw.* Tit. III, Cap. II. De in ripa proiectis. Si quis alium de ripa vel de ponte in aquam inpinxerit, quod Baiuwari in unuan dicunt, cum duodecim solidis componat.

Lex Saxonum, c. 9: Si quis alium de ponte vel navi vel ripa in flumen inpinxerit, et ille evaserit, 36 solidos componat, vel tertia manu iuret.

³⁾ *Lex Sal.* Tit. XLI, 9, Add. 4: Simili modo qui alium in pelago inpinxerit solidos LXII culpabilis judicetur. Recapitulatio legis Salicae, c. 14: (Inde ad solidos XXII et dimidium ut si quis tributarium Romanum in pelago inpinxerit; c. 19: Inde ad solidos L ut si quis Romanum in pelago inpinxerit.)

⁴⁾ *Lex Frisionum*, Additio Sapientum, c. 66: Qui alium in flumine, vel in quaelibet aqua, in profundum inpinxerit, ut pedibus terram tangere non possit, sed natare debeat, ter duodecim sol. componat.

сбрасыванія челоуѣка съ лѣстницы ¹⁾, или съ лошади ²⁾, поверженія его въ пропасть ³⁾ или бросанія его въ огонь ⁴⁾ ⁵⁾.

Такимъ образомъ, появленіе въ древнемъ правѣ составовъ вышеприведенныхъ преступленій обусловливалось низкой степенью культуры примитивныхъ народовъ. Подтверженіемъ этого взгляда долженъ быть признанъ и тотъ характеръ, который приобрѣтаютъ насильственныя преступленія въ другихъ, болѣе культурныхъ правахъ. При повышеніи правовыхъ требованій и, связанномъ съ нимъ, расширеніи области наказуемаго насилія, вышеприведенныя преступленія исчезаютъ изъ круга правовыхъ понятій или приобрѣтаютъ характеръ квалифицированныхъ видовъ насилія. Такъ, напр., право Лангобардовъ, осѣвшихъ въ наиболѣе культурной области древняго міра—Италіи и подвергшихся культурному вліянію ея населенія, запрещаетъ уже всякое бросаніе людей на землю, вовсе не требуя, чтобы это бросаніе

¹⁾ Lex Bajuw. Tit. III, Cap. IV. De scalis proiectis. Et si alicui scalam iniuste eiecerit, vel quodcunque genus ascensionis, et ille desuper fuerit relictus, quod in unuam dicunt, cum duodecim solidis componat.

²⁾ Pactus Alamannorum, III, c. 22. Si quis alium de caballo iactat, solvat solidos 6: Lex Bajuw., Tit. III, c. 3. De ab equo proiectis. Si quis aliquem de equo suo deposuerit, quod marachfalli vocant, solidos sex componat. Lex Frisionum, Add. Sapientum, Tit. V. De eo, qui alterum de caballo iactaverit. I. Sic ei componat, quasi cum fuste percussisset, dimidium solidum componat.

³⁾ Lex Sal., ex editione Lindenbrogii, Tit. XLIII, c. X: Si quis hominem ingenuum in puteum aut in pelagus, aut in quodlibet praecipitium, ubi periculum mortis esse possit, impinxit, et ille qui proiectus est, quolibet modo ab eodem periculo vivus evaserit, ille qui eum impinxit, IV. den. qui faciunt sol. C. culp. iud.

⁴⁾ Lex Bajuw. Tit. III, Cap. V: De in ignem proiectis. Similiter qui in ignem impinxit, ita ut flamma super caput emineat, cum duodecim solidis componat.

⁵⁾ При опредѣленіи наказуемости вышеупомянутыхъ актовъ бросанія людей, древнее право принимало во вниманіе степень энергіи преступныхъ мотивовъ виновнаго, заключающа о ней по значительности преодолѣнныхъ виновнымъ, при реализаціи преступленія, препятствій. Такъ, саксонская Правда бросаніе въ воду наказывала болѣе строго, нежели сталкиваніе въ воду, потому что бросаніе челоуѣка предполагаетъ предварительное схватываніе его и требуетъ больше психической энергіи, обдуманности и т. п., чѣмъ простое сталкиваніе челоуѣка въ рѣку; Ср., Lex Saxonum, c. 9: Si quis alium de ponte vel navi vel ripa in flumen impinxit, et ille evaserit, 36 solidos componat, vel tertia manu iuret; c. 10: si comprehenderit et ita in aquam proiecerit, 120 solidos componat, vel cum undecim iuret.

подвергало опасности какія-либо личныя блага потерпѣвшаго ¹⁾).
Прежній составъ бросанія людей—сбрасываніе ихъ съ лошади—
имѣеть въ этомъ правѣ значеніе тяжкаго вида насилія и вле-
четъ за собою несравненно болѣе строгое, чѣмъ въ выше
разсмотрѣнныхъ правахъ, наказаніе ²⁾).

Подобнымъ же составомъ отличаются насильственные пре-
ступления и въ итальянскомъ правѣ поздняго средневѣковья.
Такъ, напр., статуты Рима признають насильственное повер-
женіе людей на землю и сбрасываніе ихъ съ лошади за легкіе
виды насилія ³⁾, тогда какъ бросаніе людей въ колодцы, въ море
и пр., почитается здѣсь за тяжкій видъ насилія ⁴⁾). Статуты Ту-
рина упоминають только о толканіи людей, и бросаніе въ
воду, какъ самостоятельное преступленіе, имъ неизвѣстно ⁵⁾).

¹⁾ Ср., *Edictus Rothari*, c. 382: *Si quis hominem liberum inpegerit ut cadat, conponat solidos sex, sic tamen si alteram lesionem in corpore ipsius non fecerit. Si autem eum inpegerit et non ceciderit, conponat solidos tres. Osenbrüggen, Das Strafrecht der Langobarden, 1863, s. 75, замѣчаетъ что это преступленіе становится извѣстнымъ другимъ правамъ лишь въ болѣе позднее средневѣковье.*

²⁾ *Ed. Rothari*, c. 30. *De marah-uoorfin. Si quis hominem liberum de cavallo in terra iactaverit per quolibet ingenio iniquo animo, octuginta solidos et conponat; et si aliquam lesionem ei fecerit, sicut in hoc edictum adnexum est conponat.* Составъ бросанія въ воду сохраняется также и въ позднѣйшемъ правѣ Фризовъ, но это дѣйствіе пріобрѣтаетъ здѣсь характеръ квалифицированнаго преступленія, въ виду признанія преступнымъ всякаго бросанія людей на землю. Ср., *His, Das Strafrecht der Friesen im Mittelalter, 1901, s. 77—80.*

³⁾ *Statuta et novae reformationes urbis Romae, 1519, Lib II, c. 79. De facientibus aliquem cadere in terris. Quicumque fecerit aliquem cadere in terram puniatur in centum solidos prouisinorum si studioso vel malo animo hoc fecerit. C. 80. De facientibus aliquem cadere de aliquo animali. Item si quis aliquem de aliquo animali vel loco cadere fecerit puniatur in X lib. prouisinorum pro medietate camere urbis et alia medietate parti.*

⁴⁾ *Statuta Romae (1519), Lib. II, c. 82. De proicientibus aliquem in puteo. Item si quis aliquem in puteo flumine vel mari vel alio simili loco cadere fecerit, impulserit, vel precipitaverit violenter et mors inde sequuta non fuerit puniatur in centum lib. prouisinorum. Si vero in fonte vel rivo vel fino vel alio simili loco in X lib. provisi. puniatur et dampnum in duplum restituat. Et q. omnium predictarum penarum medietas sit camere urbis et alia medietas sit partis lese.*

⁵⁾ *Statuta et privilegia civitatis Taurinensis (1360), Monumenta historiae patriae, I, 1838, p. 609. Item statutum est, quod si aliquis alium in Thaurino, vel districtu sine gladio, malo, et animo irato percusserit in personam, vel impinxerit, vel personaliter excrolaverit, vel*

Составъ опасныхъ видовъ насилія вовсе неизвѣстенъ Русской Правдѣ, которая уже въ краткой своей редакціи объявляетъ наказуемымъ простое толканіе чловѣка ¹⁾). Приведенное мнѣніе находитъ себѣ опору и въ данныхъ исторіи позднѣйшаго германскаго права. Германское право поздняго средневѣковья знаетъ преступленіе бросанія людей на землю, но ему неизвѣстны вышеприведенныя, опасныя для личныхъ благъ потерпѣвшаго, формы этого типа насилія ²⁾).

Намъ остается разсмотрѣть третью группу дѣяній, признававшихся древнимъ правомъ за самостоятельныя преступленія, но, по своему строенію, сходныхъ съ покушеніемъ на преступленіе, и изучить юридическую природу актовъ занесенія меча или вынутія его изъ ноженъ, упоминаемыхъ памятниками древняго права. Задаваясь вопросомъ о социальномъ значеніи этихъ дѣяній и о причинахъ отведенія имъ въ древнемъ правѣ самостоятельныхъ составовъ преступленій, мы должны, прежде всего, указать, что подлежащія дѣйствія должны быть подраздѣляемы на двѣ группы. Необходимо отличать акты обнаженія меча, признававшіеся наказуемыми въ томъ только случаѣ, когда они были учинены въ мѣстахъ общественныхъ собраній, отъ актовъ обнаженія меча, каравшихся совершенно независимо отъ этого условія. Дѣянія эти имѣютъ совершенно различное социальное значеніе, существенно различаются по своему составу и даже

pulsaverit, solvat pro bampno solidos quadraginta, et si percusserit in capite sine sanguine, solvat duplum, et hoc intelligatur inter cives, et districtuales civitatis Thaurini, qui solvunt taleas, et faciunt vaytas et viciniscum ad modum civium; si vero civis praedicta fecerit, vel commiserit in extraneum, solvat a solidis viginti usque ad solidos quadraginta, et non ultra, inspecta qualitate personarum percutientis, et percussi, arbitrio iudicis, vel rectoris.

¹⁾ Русская Правда, Ак. сп. ст. 9. Аще ли ринеть моужь моужа, любо отъ себе, любо къ собѣ: 3 гривнѣ; а видока два выведеть; или боудеть варягъ или колбязгъ, то на ротоу. Но особый характеръ актовъ сбрасыванія чловѣка ясно сознавался и нашимъ старымъ правомъ. Такъ, у насъ еще Морской Уставъ 1720 г. заключалъ въ себѣ особую оговорку о преступности лишенія жизни путемъ сверженія чловѣка съ высоты: ст. 113. Ежели кто кого съ злости и вымыслу толкнетъ съ какой высоты, или что на него броситъ, или оной какой вредъ ему учинитъ, отъ чего умреть, то оной смертной казни подлежить.

²⁾ Ср., Knapp, Das alte Nürnberger Kriminalrecht, 1896, s. 193; Osenbrüggen, Das Alamannische Strafrecht, 1872, s. 144; Harster, Das Strafrecht der freien Reichsstadt Speier, 1900, s. 157.

принадлежать къ совершенно различнымъ эпохамъ правового развитія человѣчества.

Обращаясь сначала къ разсмотрѣнію причинъ отнесенія подъ самостоятельную уголовную угрозу дѣянія обнаженія меча въ мѣстахъ общественныхъ собраній, необходимо замѣтить, что, хотя въ изучаемую эпоху, жизнь человѣчества уже и миновала періодъ родового быта и тѣ народности, право которыхъ мы изучаемъ, селились уже не по отдѣльнымъ родамъ, а объединялись въ болѣе крупныя общественныя единицы, въ племена, но, тѣмъ не менѣе, кругъ постояннаго общенія людей въ эту эпоху, еще оставался крайне ограниченнымъ. Общество того времени распадалось на рядъ мелкихъ округовъ, равнявшихся по своимъ размѣрамъ волости или ряду мелкихъ поселеній—деревень или сель. При этомъ лица, жившія въ предѣлахъ одного и того же округа, рѣзко противопоставляли себя членамъ другого племени; только обитателей своего округа они признавали за своихъ, считая жителей другихъ округовъ за чужаковъ, чуждаясь ихъ и даже относясь къ нимъ враждебно. По законамъ Англо-саксовъ, житель одного округа, попадая въ другой округъ, нуждался въ опекѣ со стороны какого-либо мѣстнаго жителя, который являлся поручителемъ за него и отвѣчалъ за его преступленія ¹⁾). Человѣкъ, проникшій въ чужой округъ и не заявившій должнымъ образомъ о своемъ присутствіи, уподоблялся вору и могъ быть безнаказанно убитъ всякимъ ²⁾). Подобное отношеніе членовъ различныхъ округовъ другъ къ другу не допускало установленія

¹⁾ Hlothar und Eadric's Gesetze (по переводу Schmid'a), с. 15: Wenn Jemand einen Gast 3 Nächte in seinem eigenen Hause beherbergt, einen Kaufmann oder einen Andern der über die Mark gekommen ist, und er ihn mit seiner Speise verköstigt, und der dann Jemanden etwas Uebles thut, so stelle er den Andern zu Recht oder thue (selbst) für ihn Recht. Leges Henrici Primi, c. 8, 5: Nemo ignotum vel vagantem ultra triduum absque securitate detineat, vel alterius hominem, sine commendante vel plegiante, recipiat, vel suum a se dimittat, sine praelati sui licentia et vicinorum testimonio, quietum etiam in omnibus, in quibus fuerit accusatus.

²⁾ Wihträd's Gesetze, c. 28: Wenn ein aus der Ferne gekommener Mann oder ein Fremder ausser dem Wege geht und weder ruft noch das Horn bläst, so soll er als Dieb angesehen und getödtet oder ausgelöst werden. Leges Ine, c. 20: De ignoto in nemore deviante. Si quis alienigena vel ignotus sine via vadat in nemus, et nec ore clamet nec cornu sonet, pro fure probandus est, vel occidendus, vel etiam redimendus. Cp., Schmid, Die Gesetze der Angelsachsen, 1858, 2 Aufl., s. 19, 29, 582.

постоянныхъ отношеній между ними и обычно эти округа оставались совершенно разобщенными другъ отъ друга.

Къ этимъ особенностямъ культуры примитивныхъ народовъ было приспособлено и ихъ право. Изучая древнѣйшіе памятники германскаго права, мы убѣждаемся, что они разсчитаны исключительно на опредѣленіе отношеній между жителями одного и того же округа и совершенно не касаются отношеній между жителями различныхъ округовъ. Выработывая правовыя мѣры, направленныя на удержаніе людей отъ преступленій, это право исходило изъ той точки зрѣнія, что дестинатарами его нормъ являются хорошо знающіе другъ друга люди, находящіеся въ постоянномъ общеніи между собою. Этимъ объясняется относительно мягкій характеръ древняго уголовного права. Вручая власть наказанія виновныхъ лицъ ихъ родичамъ и объявляя этихъ родичей и родъ отвѣтственными за преступленія ихъ сочлена, право, въ древнее время, побуждаетъ ихъ къ выполненію своего долга, относительно мягкими средствами: въ случаѣ совершенія лицомъ преступленія, его родъ отвѣчаетъ только передъ родомъ потерпѣвшаго и платитъ денежную пеню только родичамъ потерпѣвшаго. Наиболѣе виднымъ изъ дошедшихъ до насъ памятниковъ германскаго права этой эпохи является древнѣйшій сборникъ права Аламанновъ, такъ наз. Pactus Alamannorum.

Такимъ образомъ, обычный ходъ общественной жизни характеризовался крайнею замкнутостью отдѣльныхъ общественныхъ группъ и отсутствіемъ у нихъ постоянныхъ сношеній. Но необходимо замѣтить, что уже и въ ту отдаленную эпоху были случаи, когда члены различныхъ округовъ должны были поневолѣ приходить въ тѣсное соприкосновеніе другъ съ другомъ и участвовать совмѣстно въ управленіи общими дѣлами племени, входить въ составъ общаго народнаго собранія и т. п. Очевидно, что право, разсчитанное только на опредѣленіе отношеній между членами одного и того же округа, въ этихъ случаяхъ оказывалось недостаточнымъ; въ частности, тѣ карательныя мѣры, которыми оно располагало для установленія мира между людьми, оказывались слишкомъ мягкими и, для удержанія въ порядкѣ появившихся въ народномъ собраніи членовъ разныхъ округовъ, нерѣдко враждебно настроенныхъ другъ къ другу, необходимо было установить болѣе строгія мѣры правовой дисциплины. И обращаясь къ праву этой эпохи, мы дѣйствительно замѣчаемъ въ

немъ появленіе соотвѣтствующихъ измѣненій и существенное усиленіе его суровости. Касаясь области общенія жителей различныхъ округовъ, древнее право возвышаетъ размѣръ того вознагражденія, къ уплатѣ котораго приговаривается родъ, въ случаѣ совершенія его членомъ, по адресу представителей другого рода, преступленія и, тѣмъ самымъ, усиливаетъ побужденія родичей къ осуществленію контроля за поведеніемъ своего сочлена, равно какъ и усиливаетъ характеръ регресса рода, по отношенію къ виновному, ожесточаетъ характеръ карательной родовой дисциплины.

Такъ, уже въ весьма раннюю эпоху, при открытіи народныхъ собраній, жрецы или короли провозглашали господство въ народѣ особаго священнаго мира, распространявшагося на всѣхъ присутствующихъ на собраніи лицъ и устанавливали особые дополнительные штрафы за нарушеніе мира какимъ-либо преступленіемъ ¹⁾. Долгое время германское право и ограничивалось этими мѣрами и всякій созывъ народнаго собранія былъ связанъ съ изданіемъ соотвѣтственныхъ указовъ. Но позднѣе, подлежащія мѣры нашли себѣ выраженіе и въ общихъ германскихъ правовыхъ сборникахъ, причемъ, отношенія членовъ различныхъ округовъ другъ къ другу нашли себѣ здѣсь весьма подробное и обстоятельное опредѣленіе. Разсмотрѣніе содержанія германскихъ Правдъ этой эпохи раскрываетъ намъ существованіе цѣлой отрасли права, посвященной этому предмету. Во всѣхъ случаяхъ, когда тогдашняя жизнь приводила членовъ различныхъ округовъ во взаимное соприкосновеніе, они подчинялись дѣйствію особаго карательнаго права, назначеніемъ котораго было: создать у нихъ особенно сильные мотивы въ пользу сохраненія мира.

Забываясь объ установленіи мира въ мѣстахъ скопленія жителей различныхъ округовъ, старое право устанавливаетъ возвышенное наказаніе за учиненіе различныхъ преступленій въ войскѣ, составлявшемся изъ жителей различныхъ округовъ. Изучая памятники, мы видимъ, что древнее право устанавливаетъ возвышенное наказаніе за преступленія, совершаемыя по адресу лицъ, входящихъ въ составъ войска. При этомъ, одни памятники даютъ спеціальныя указанія на тѣ преступленія, совершеніе которыхъ, по отношенію къ лицамъ, находящимся въ войскѣ,

¹⁾ Brunner. I, s. 177, 197; II, s. 583.

влечетъ за собою возвышенное наказаніе и упоминаютъ объ лишеніи жизни ¹⁾, нанесеніи ранъ ²⁾ и кражѣ ³⁾, а другіе назначаютъ усиленныя кары за всякое вообще преступленіе, совершенное въ войскѣ ⁴⁾. Затѣмъ, какъ было уже указано, въ изучаемую эпоху, преступленія подвергались усиленной репрессіи въ томъ случаѣ, когда они совершались въ публичномъ народномъ собраніи. Однако, въ виду того, что въ народномъ собраніи дѣйствіе особаго, высшаго мира провозглашалось каждый разъ спеціально, особымъ торжественнымъ заявленіемъ короля или герцога передъ открытіемъ этого собранія ⁵⁾, то сборники древняго права лишь крайне рѣдко заключаютъ въ себѣ постановленія о возвышенной наказуемости преступленій, учиняемыхъ въ нарушеніе этого мира ⁶⁾.

¹⁾ Lex Salica (Eccardi), c. XLVI. De homine in oste occiso. Si quis hominem, qui lege Salica vivit dum est in oste hocciderit sol. DC. culp. iud.. Septem Causae, VIII. 1: Si quis hominem ingenuum in hoste occiserit et in mortridam mittitur soledis MDCCC culpabilis iudicetur. Recapitulatio legis Salicae, c. 22: Inde ad solidos LXXV ut si quis servum ministerialem in oste occiserit; c. 27: Inde ad solidos CCC ut si quis litum alienum in oste occiserit. c. 28: Inde ad solidos DC ut si quis hominem ingenuum in oste occiserit. Lex Ribuarica, c. 65. De homine in hoste occiso. 1. Si quis hominem in hoste interfecerit, triplici weregildo culpabilis iudicetur. 2. De furto similiter. Lex Bajuw., Tit. II, c. 4, 2: Et quisquis ibi (in exercitu) aut percussiones, aut plagas, aut homicidium fecerit, componat sicut in lege habetur, unicuique secundum suam genealogiam. 2. Et ille homo, qui haec commisit, benignum imputet Regem vel Ducem suum, si ei vitam concesserint.

²⁾ Ср., Lex Bajuw. Tit. II, c. 4, 2, 3.

³⁾ Ср., Lex Rib. c. 65, 2.

⁴⁾ Lex Sax., c. 37: Qui homini in hoste, vel de hoste, ad palatium vel de palatio pergenti malum aliquod fecerit, in triplo componat. Lex Alam. c. 25. 2: Et illi aliqui, qui ibi (in exercitu) aliquid commiserunt aut fecerunt, omnia, sicut lex habet tripliciter solvat. Правда Аламанновъ упоминаетъ еще и спеціально о кражѣ въ войскѣ. c. 26, 1: De his, qui in exercitu, ubi rex ordinaverit exercitum, si aliquis furtum fecerit, novem vicibus novigildos solvat, quidquid involatus fuerit. Cnut, II, c. 61. Si quis in exercitu regis pacis infractionem perficiat, vitam perdat vel weregildo redimat. Si non perfecerit, emendet juxta quod factum sit. Leges Henrici Primi, c. 13, 8. Qui in hostico pacem fregerit, vitam perdat vel weregildo componat. Ср., c. 18, 1; 12. 3.

⁵⁾ Brunner, II, s. 583.

⁶⁾ Ср., Aethelred, III, c. 1. (De infractione pacis). Id est, ut pax ejus firma sit, sicut prius exstitit in diebus antecessorum suorum, et praeter emendationem sit infractio pacis, quem per manum suam dabit; et pax,

Изъ изложеннаго видно, что, въ старину, каждый разъ, когда жители отдѣльныхъ волостей выходили изъ предѣловъ своего округа и вступали въ общеніе съ жителями другихъ областей, они подчинялись дѣйствию особаго, специально приноровленнаго къ особенностямъ этого случая права, старавшагося компенсировать недостающую, между чуждыми другъ другу людьми, солидарность созданиемъ у нихъ особенно сильныхъ мотивовъ въ пользу воздержанія отъ преступленій въ собраніи. Но, для правильнаго хода общественной жизни того времени, приведенныхъ правовыхъ мѣръ было еще недостаточно. Члены различныхъ деревень и волостей приходили между собою въ соприкосновеніе не только въ войскѣ, въ народномъ собраніи и прочихъ очагахъ племенной жизни, но имъ приходилось иногда вступать во взаимное общеніе и внѣ центровъ племенной жизни, именно, слѣдуя къ этимъ центрамъ или возвращаясь отъ нихъ по пути, идущему черезъ чужія волости. Интересы общественнаго благосостоянія требовали распространенія господства высшаго мира и на лицъ, находящихся въ пути къ центрамъ племенной жизни и оградить ихъ отъ посягательствъ жителей другихъ округовъ. Эта мѣра и была дѣйствительно принята древнимъ правомъ и памятники его назначаютъ усиленныя наказанія за лишеніе жизни лицъ, слѣдовавшихъ въ церковь или возвращавшихся изъ нея ¹⁾, за всякое преступленіе, совершенное по отношенію къ человѣку, возвращавшемуся изъ войска ²⁾ и за учиненіе какого

quam aldermanus vel praepositus regis in V burgorum gepincta dabit, emendetur XII libris: et pax quae dabitur in unius burgi pincta emendetur VII hundretis; et ubi dabitur in wapentako, emendetur infracta pax I hundreto; et pax, quae dabitur in ealahus, emendetur de homine occiso VI dimidiis marcis, de vivo XII oris. E d. Rothari, c. 37. Nam si perfecerit et percusserit (in eadem civitatem ubi rex praesens est, aut tunc invenitur esse), sit culpabilis in palatium regis solidos viginti et quatuor; excepto plagas aut feritas si fecerit, sicut subter adnexum est componat. c. 38. c. 39. Si liber homo in alia civitatem... percusserit aut plagaverit, sit culpabilis in palatium regis solidos duodicem: excepto compositionem plagarum aut feritas si fecerit, sicut in hoc edictum legitur componat. c. 40.

¹⁾ Lex Sax. c. 23; Qui hominem ad ecclesiam vel de ecclesia die festo pergenti, id est dominica, pascha, pentecosten, natale Domini, sanctae Mariae, sancti Iohannis baptistae, sancti Petri et sancti Martini, insidias posuerit eumque occiderit, capite puniatur; si non occiderit, tamen insidias fecerit, bannum solvat de reliquis.

²⁾ Lex Sax. c. 37.

либо преступленія ¹⁾ по отношенію къ человѣку, идущему ко двору или дворцу герцога или короля или возвращающемуся изъ этихъ мѣстъ ²⁾).

¹⁾ Lex Alam. c. 28. Ut nullus praesumat hominem de duci venientem aut ad illum ambulantem in itinere inquietare, sive culpabilis sit; et si praesumpserit, quidquid ei fecerit aut occiderit aut, ille vivens evaserit et placatus fuerit, semper tripliciter eum conponat. C. 28. 1. Lex. Sax. c. 37. Capitula de partibus Saxoniae, c. 26; Ut nulli hominem contradicere viam ad nos veniendo pro iustitia reclamanda aliquis praesumat; et si aliquis hoc facere conaverit, nostrum bannum solvat. Capitulare anni 779, c. 17. De itinerantibus qui ad palatium aut aliubi pergunt; ut eos cum collecta nemo sit ausus absallire. Edictus Rothari, c. 17. (Si quis ex baronibus nostris ad nos voluerit venire, securus veniat, et inlesus ad suos revertatur; nullus de adversarius illi aliquam in itinere iniuria aut molestiam facere praesumat. Tantum est ut ille qui ad regem venire festinat, honeste veniat, ut nullam lesionem aut damnum cuicumque in ipso itinere ad regem veniendum aut redeundum faciat; nam si fecerit, sicut subter in hoc edictum constitutum est conponat) 18. (Si quis ex adversariis manum armatam super quemcumque ad regem venientem iniecerit, suam iniuriam aut qualemcumque culpam vindicandam, nonidentos solidus sit culpabilis, medietatem regi, et medietatem cui iniuria inlata fuerit.)

²⁾ Въ силу тѣхъ же основаній, высшій миръ распространялся на путь слѣдованія брачнаго кортежа. Lex Salica (Behrend), Tit. XIII, 18, Add. 4. Si quis puella sponsata dructe ducente in via adsallierit et cum ipsa violenter moecatus fuerit guagie altho sunt denarii VIII M que faciunt solidos CC culpabilis iudicetur Въ позднѣйшемъ англійскомъ правѣ, господство высшаго мира было распространено на 4 большихъ дороги, соединяющихъ различныя части страны: убійство чужеземца или нападеніе на него на этихъ дорогахъ признавалось за нарушеніе королевскаго мира. Leges Willielmi Conquestoris. c. 26. De quatre chemins, ces est a saveir Watlinge-strete, Ermingestrete, Fosse, Nykenild; ki en aucun de ces quatre chemins ocist aucun, ki seit errant par le pais, u asaut, si en freint la rais le rei. Этимъ большимъ, государственнымъ, путямъ противопоставались дороги мѣстныя, соединявшія отдѣльные населенные пункты въ предѣлахъ одного и того же округа и которыми обыкновенно пользовались одни только жители послѣдняго. Такіе пути не находились подъ спеціальною охраною короля и тѣ преступленія, которыя были на нихъ учинены, подлежали наказанію на основаніи законовъ округа. Такое же различіе существовало и въ правовомъ положеніи обшихъ и мѣстныхъ водяныхъ путей сообщенія. Leges Edwardi Confessoris, c. 12. Pax regis multiplex est: Alia pax est per breve suum data, alia quam habent quatuor chimini: scilicet Wathlingestrete, Fosse, Hunildestrete, Ermigestrete, quorum vero alii in longitudinem regni, alii in latitudinem protenduntur. Alia est, quam habent aquae nominatorum fluviorum, quorum navigio de diversis locis victualia deferuntur civitatibus vel burgis. 1. Illa autem pax suae manus et dierum coronationis, et

Изъ предыдущаго видно, что особенности древней культуры заставляли право принимать особенно энергичныя мѣры, для обезпеченія мира между жителями разныхъ земель, въ тѣхъ случаяхъ, когда они приходили въ соприкосновеніе другъ съ другомъ—суровость карательнаго права и обусловленная ею энергія мотивационнаго давленія этого права должна была компенсировать собою недостатокъ солидарности между жителями различныхъ областей. Но ближайшее знакомство съ памятниками древняго права убѣждаетъ насъ въ томъ, что усиленіе наказаній было главнымъ, но не единственнымъ средствомъ достиженія подлежащаго результата. На ряду съ усиленіемъ наказаній, право старалось предотвратить столкновеніе между участниками народныхъ собраний, челобитчиками короля и пр., путемъ предписанія имъ воздерживаться отъ всякихъ поступковъ, могущихъ вызвать столкновеніе между ихъ земляками и жителями другихъ областей. При выходѣ изъ предѣловъ своей волости, люди попадали подъ дѣйствіе режима особой правовой опеки и для нихъ дѣлались запретными такіе поступки, совершеніе которыхъ внутри своей волости имъ не воспрещалось. Право запрещало лицамъ, находящимся въ центрахъ племенной жизни, брань, ссоры, драки, вообще дѣйствія, способныя вызвать вмѣшательство въ распрю земляковъ спорящихъ и превратить ссору отдѣльныхъ лицъ въ столкновеніе родовъ съ кровавымъ исходомъ. Зачинщики ссоры, въ подобныхъ случаяхъ, подвергались наказанію, причемъ древнему праву было извѣстно двѣ системы наказуемости подлежащихъ проступковъ.

brevis sub iudicio unius forisfacturae est. Similiter chiminorum quatuor, et majorum aquarum de assaltu. 9. Caeteri chimini de civitatibus ad civitates, de burgis ad burgos, per quos homines vadunt ad mercata vel alia negotia sua, sub lege comitatus sunt. 11. Similiter de aquis minoribus naves ferentibus, cum eis quae necessaria sunt civitatibus et burgis, videlicet ligna et caetera, cum lege minorum chiminorum sit et emendatio earum. По мѣрѣ распространенія общенія людей за предѣлы отдѣльныхъ общинъ и округовъ, выработалось и понятіе засады на дорогахъ (*Wegelagerung*), какъ особаго преступленія. Ср. опредѣленіе *ero* въ *Leges Henrici Primi*. с. 80. 2. *Si in via regia fiat assultus super aliquem, forestel est, et C sol. emendetur regi. 4. Forestel est. siquis ex transverso incurrat, vel in via expectet et assaliat inimicum suum: sed si post eum exspectet vel evocet, ut ille revertatur in eum, non est forestel, si se defendat.* Это преступленіе извѣстно и праву другихъ народовъ въ средніе вѣка. Ср. *Osenbrüggen Alam. Str. s. 371—373; His s. 78, 79; Harster, s. 46 47; John, s. 173—181.*

Одни сборники древняго права наказывали зачинщиковъ ссоры, драки и т. п., въ мѣстахъ общественныхъ сборищъ племени, въ томъ только случаѣ, когда ссора ихъ привела къ совершенію кѣмъ либо преступленія въ соотвѣтственномъ мѣстѣ. При этомъ отвѣтственность зачинщика ссоры стояла въ зависимости отъ исхода ссоры и размѣръ наказанія опредѣлялся объемомъ порожденнаго ссорю вреда. Такъ, лицо, вызвавшее ссору въ войскѣ, окончившуюся смертью кого либо изъ участниковъ ея, наказывалось какъ за убійство, хотя бы смертельный ударъ жертвѣ и былъ нанесенъ какимъ либо другимъ лицомъ ¹⁾, что, впрочемъ, не исключало уголовной отвѣтственности послѣдняго ²⁾. Аналогично опредѣлялась отвѣтственность виновника ссоры въ случаѣ возникновенія въ результатъ ея какого либо иного преступленія ³⁾. Лицо, завязавшее ссору или драку во дворѣ герцога, признавалось виновникомъ всего возникшаго въ результатъ этой ссоры вреда и платило установленный за причиненіе его штрафъ ⁴⁾.

Другіе сборники древняго права стали на иную точку зрѣнія; они признаютъ заведеніе ссоры и драки въ очагахъ племен-

¹⁾ Lex Alam. c. XXV. 1. De his, qui in exercitu litem commiserint, ita ut cum clamore populus concurrat cum armis, et ibi pugna orta fuerit intra propria oste, et aliqui ibi occisi fuerint, ipse homo, qui hoc commisit, aut vitam perdat aut in exilium exeat, et res eius infiscentur in publico. Lex Baju w. Tit. II, c. 4, 1. Si quis in exercitu, quem Rex ordinavit vel Dux (de provincia illa), scandalum excitaverit infra propria hoste, et ibi homines mortui fuerint, componat in publico sexcentos solidos.

²⁾ Lex Alam. c. XXV, 2. Et illi aliqui, qui ibi aliquid commiserunt aut fecerunt, omnia, sicut lex habet, tripliciter solvant. Lex Baju w., Tit. II, c. 3. 2. Et quisquis ibi aut percussiones, aut plagas, aut homicidium fecerit, componat sicut in lege habetur, unicuique secundum suam genealogiam.

³⁾ Lex Fris., c. Tit. XVII, c. 1. Si quis in exercitu litem concitaverit, novies damnum quod effecit, componere cogatur, et ad partem dominicam novies fredam persolvat.

⁴⁾ Lex Alam. c. XXXIII. Si quis in curte duci pugna comiserit, et ibi clamor orta fuerit, et concursus populi facte fuerit per ejus commissum, quidquid ibi factum fuerit per concursum eius, qualiscumque homo neglexerit et aliquid contra legem fecerit, tripliciter componat. Ille autem, per cuius voce vel opere haec contentio orta fuerit, 60 solidos in publico componat. Lex Baju w. Tit. II, c. 11. 1. Si quis in curte Ducis scandalum commiserit, ut ibi pugna fiat per superbiam suam, vel per ebrietatem, quicquid ibi factum fuerit, omnia secundum legem componat, et propter stultitiam suam in publico componat quadraginta solidos.

ной жизни за дѣяніе преступное само по себѣ и подвергаютъ его наказанію совершенно независимо отъ того, повлекла ли она за собою какой либо вредъ для участниковъ собранія или нѣтъ. Эти сборники считаютъ ссору и драку за самостоятельное преступленіе въ томъ случаѣ, когда онѣ были затѣяны въ какомъ либо народномъ собраніи ¹⁾. Равнымъ образомъ признавалась за преступленіе и драка въ церкви ²⁾ или въ присутствіи епископа ³⁾.

Знакомство съ вышеуказанными особенностями культуры народовъ ранняго средневѣковья позволяетъ намъ уяснить себѣ значеніе и смыслъ существованія въ ту эпоху преступленій, въ родѣ обнаженія меча или занесенія его надъ кѣмъ либо, не сопровождавшихся нанесеніемъ жертвѣ подлинныхъ пораженій. При той разобщенности отдѣльных общественныхъ элементовъ, которая наблюдалась въ древнемъ обществѣ, при той легкости, съ которою индивидуальныя столкновенія превращались въ массовыя побоища родовъ и племенъ, наличность оружія у участниковъ тогдашнихъ собраній представлялась крайне опаснымъ явленіемъ, создававшимъ возможность возникновенія большихъ кровопролитій изъ за ничтожныхъ поводовъ. Угроза оружіемъ въ случаѣ ссоры усиливала раздраженіе сторонъ, придавала ихъ спору болѣе острый характеръ и увеличивала размѣръ вреда, могущаго произойти отъ драки. Поэтому представлялось весьма существеннымъ принять мѣры противодѣйствія этой опасности и озаботиться пресѣченіемъ ея. Наиболѣе рѣшительнымъ шагомъ въ этомъ направленіи было бы запрещеніе гражданамъ являться

¹⁾ Ed. Rothari, c. 37. Si quis liber homo in eadem civitatem ubi rex praesens est, aut tunc invenitur esse, scandalum penetrare praesumpserit, id est si incitaverit et non percusserit, sit culpabiles solidos duodecim in palatium regis. c. 38, c. 39; Si liber homo in alia civitatem scandalum incitare praesumpserit, et non percusserit, sit culpabiles in palatio regis solidos sex. c. 40. Alfred, c. 38. (Si quis coram aldermanno regis pugnet in placito, emendet weram et witam, sicut rectum sit, et super hoc CXX sol. ad witam.

²⁾ Ed. Rothari, c. 33. De scandalum. Si quis in ecclesia scandalum penetraverit, quadragenta solidos ipsius venerabilis loci sit culpavelis, excepto plagas aut feritas cui fecerit. Et predicti quadragenta solidi per sculdnaiss aut iudicem qui in loco ordinatus fuerit exegantur, et in sacro altario ponantur, ubi iniuria facta est. Cnut, I, 3. Aethelred, VIII, 4.

³⁾ Alfred, c. 15. Si quis coram archiepiscopo pugnet... emendet CXXX sol. Si coram alio episcopo, vel aldermanno faciat, C. sol. emendet.

вооруженными въ мѣста собраній жителей различныхъ округовъ. Но проведеніе этой мѣры въ древнюю эпоху оказывалось невозможнымъ, въ виду особыхъ воззрѣній примитивныхъ народовъ на оружіе, какъ на неотъемлемую принадлежность всякаго свободнаго человѣка, а равно и въ виду того, что народное собраніе во многихъ случаяхъ играло роль смотра боевыхъ силъ народа, являлось одновременно и сборомъ войска ¹⁾). Вслѣдствіе этого, древнему праву пришлось ограничиться принятіемъ болѣе скромной мѣры и запретить пользованіе оружіемъ въ подобныхъ случаяхъ: воспретить обнаженіе мечей и нарушеніе этого запрета объявить наказуемымъ дѣяніемъ. И дѣйствительно, первоначально преступность интересующаго насъ дѣянія стоитъ въ зависимости отъ учиненія его въ какомъ либо публичномъ мѣстѣ. Наиболѣе древніе памятники права наказываютъ обнаженіе меча или извлеченіе оружія въ томъ только случаѣ, когда оно было совершено во дворцѣ короля ²⁾), во дворѣ епископа ³⁾), въ народномъ собраніи ⁴⁾ или въ такомъ мѣстѣ, гдѣ люди пьютъ ⁵⁾).

Намъ удалось, такимъ образомъ, познакомиться съ причинами появленія въ древнемъ правѣ особаго преступленія обнаженія меча въ мѣстахъ публичныхъ собраній. Но вышеизложенное не заключаетъ въ себѣ объясненія причинъ возникновенія другой разновидности интересующихъ насъ дѣяній — обнаженія меча по чьему либо адресу въ другихъ мѣстахъ, лежащихъ внѣ

¹⁾ Brunner, II, 1. 176, 177. Правда Аламанновъ (Ср. Lex Alam. c. 9. Si quis in curte episcopi armatus contra legem intraverit, quod Alamanni aistera anti dicunt 18 solidos componat. Si infra domum intraverit, 36 solidos componat. C. 10. Si quis autem in presbytero, qui in parochia positus est apud episcopum, et in curte sua contra legem armatus intraverit, sicut superius diximus, sicut solit aliis liberis Alamannis componere, ita presbytero curte tripliciter componat.) предусматриваетъ не ношеніе оружія во дворѣ епископа, а вооруженное вторженіе въ него. Ср. Wilda, Das Strafrecht der Germanen, 1842, s. 560, 561; Lehmann, Leges Alamannorum, p. 76.

²⁾ Alfred, c. 7. Si quis in domo regis... arma extrahat et capiatur, sit in arbitrio regis sic vita sic mors, sicut ei condonare voluerit.

³⁾ Alfred, c. 15. Si quis coram archiepiscopo... arma extrahat, emendet CXXX sol. Si coram alio episcopo aldermanno faciat. C. sol. emendet.

⁴⁾ Alfred, c. 38. 1. Si quis folcmot, i. e. populi placitum, armorum exercione turbabit, emendet aldermanno CXX sol. witae, i. e. forisfacturae.

⁵⁾ Hlothar's und Eadric's Gesetze, c. 13. Wenn Jemand die Waffen zieht, wo Leute trinken und man da nichts Uebles thut, 1 Schilling Dem, welchem das Haus gehört, und 12 Schillinge dem Könige.

очаговъ племенной жизни. Мотивъ спеціального запрета этихъ дѣяній не можетъ заключаться въ стремленіи къ предупрежденію массовыхъ столкновеній между чужаками, такъ какъ дѣйствіе виновнаго могло имѣть мѣсто и при отсутствіи собранія разнородныхъ общественныхъ элементовъ. Причина самостоятельнаго запрета этихъ дѣяній состоитъ въ другой особенности примитивнаго быта и, для раскрытія ея, необходимо обратить вниманіе на слѣдующее.

Разборъ юридической природы актовъ бросанія въ воду, море и пр., познакомилъ насъ съ однимъ изъ примѣровъ проявленія закона постепеннаго роста правовыхъ требованій въ исторіи права. Дальнѣйшее изслѣдованіе существа, извѣстныхъ древнему праву, преступленій — посягательствъ показываетъ, что въ старину существовали и другія оригинальныя формы проявленія подлежащаго закону развитія права. Какъ было указано выше, древнее право наказывало акты насилія надъ личностью въ томъ только случаѣ, когда оно выразилось въ формѣ побоевъ или пощечинъ. Разсмотрѣнныя постановленія сообщили дальнѣйшій толчокъ развитію права въ этомъ направленіи: они объявили наказуемою и ту форму насилія, которая выражалась въ видѣ низверженія челоуѣка въ воду, бросанія его со скалы и пр., а въ позднѣйшемъ правѣ — даже всякаго бросанія или толканія людей вообще. Но эти постановленія оказывались далеко не достаточными для юридическаго обсужденія всѣхъ случаевъ насилія надъ личностью. Такъ, нормы о побояхъ, каравшія нанесеніе ударовъ штрафомъ въ размѣрѣ одного или трехъ солидовъ, не могли быть примѣняемы къ тѣмъ ударамъ, которые наносились жертвѣ нападающимъ съ цѣлью лишенія ея жизни или причиненія ей увѣчья. Такіе побои заслуживали болѣе строгаго наказанія. Съ другой стороны, необходимо было установить наказуемость болѣе легкихъ видовъ насилія (напр., схватыванія челоуѣка и т. п.), если оно было совершено съ цѣлью нарушенія какихъ либо другихъ благъ его, равно какъ и объявить преступнымъ наиболѣе грубые виды психическаго насилія.

Идя навстрѣчу этимъ нуждамъ, древнее право создало цѣлый рядъ новыхъ составовъ преступленія. Ранѣе всего были объявлены преступными легкіе акты насилія, учиненные съ цѣлью причиненія смерти или тѣлеснаго поврежденія. Эти дѣянія были возведены на степень преступленія подъ названіемъ преступнаго нападенія (*adsalitura, assultus*). Изучая памятники древняго права,

мы убѣждаемся, что они признавали легкіе виды насилія за преступленіе въ тѣхъ только случаяхъ, когда эти дѣянія заключали въ себѣ угрозу цѣлости личныхъ или имущественныхъ благъ потерпѣвшаго. Такъ, Салическая Правда почитаетъ нападеніе на человѣка за преступленіе обыкновенно въ тѣхъ только случаяхъ, когда оно было совершено съ цѣлью убійства ¹⁾ или съ цѣлью ограбленія ²⁾. Лангобардское право ставитъ наказуемость насилія въ связь съ намѣреніемъ виновнаго ограбить человѣка ³⁾. Англосаксонское право формулируетъ составъ этого дѣянія, какъ предумышленное нападеніе ⁴⁾, т. е. подчеркиваетъ, что служебная роль насилія—его значеніе какъ средства достиженія извѣстной цѣли,—представляетъ собою необходимое условіе его наказуемости. Сходные составы насилія встрѣчаемъ мы и въ другихъ памятникахъ средневѣковья. Такъ, примѣненіе насилія съ цѣлью причиненія смерти, какъ особый видъ преступленія, извѣстенъ древнему бамбергскому праву ⁵⁾.

¹⁾ *Septem Clausae*. IV, 2. Si quis homo alio adsallierit et sua arma et occidere voluerit et retentus fuerit soledis LXII et dimidio culpabilis judicetur.

²⁾ *Lex Salica*. Tit. XVII. 9. Si quis alterum in via (var.: adsallierit et) expoliare tempaverit et ei per fuga evasserit cui fuerit adprobandum urtifugia hoc est MMD dinarios qui faciunt solidos LXIII culpabilis judicetur. Add. 2. Si vero eum raubaverit harauuano solidos XXX.

³⁾ *Ed. Rothari*. c. 31. De uualopaus. Si quis homini libero uiolentia iniuste fecerit, id est uualopaus, octugenta solidos ei conponat. Walopaus est, qui se furtim uestimentum alium induerit, aut se caput latrocinandi animo aut faciem transfiguraverit.

⁴⁾ *Leges Henrici Primi*, c. 10. De jure regis, 1. Haec sunt jura, quae rex Angliae solus et super omnes homines habet in terra sua, comoda pacis et securitatis institutiona retenta: infractio pacis regiae per manum vel breve datae; danegildum... praemeditatus assultus...

⁵⁾ *Ein Bamberger Ehtbuch* (liber proscriptorum) von 1414—1444. Neunundfünfzigster Bericht über Bestand und Wirken des historischen Vereins zu Bamberg für das Jahr. 1898. S. 42: Chunz ein kemmacher bey Krewsen awz einem dorflein hat urfeh auf sein lantrecht gesworen von seines Kindes und aigen pluts wegen daz er geslagen und getreten hat, einen knaben bey funf jaren, daz er sterben wolt, dorumb er ym pranger gestanden und zehen meyl und ewiglichen von der stat Bamberg sein sol auf sein lantrecht. 6a p. georii 1422. S. 32; (Hans und Niclas ein weiss gerberknecht von Pirn genant hat gesworen zu (got) und zu den heiligen urfeh und auch zehen meil und 10 jar von Bamberg zu sein von seiner unbescheidenheit wegen, als er die lewt bei (nacht) mit messern uberlaufen hat und sie gemort wolt haben. Act 6a, p. Anthonii, 1419. S. 44; Strenczel von

Итальянскіе статуты объявляютъ наказуемымъ насиліе уже не только въ томъ случаѣ, когда оно было примѣнено съ цѣлью причиненія смерти, но и когда оно было примѣнено съ цѣлью причиненія тѣлеснаго поврежденія. Составъ преступнаго нападенія этого типа извѣстенъ, напр., статутамъ Пизы ¹⁾; Ниццы ²⁾, Бресчии ³⁾ и

der Freyestat in Polen ein wollenslaherkneht hat urfeh gesworen von seiner geuencknuz wegen und sol 10 jar und 10 meil von der stat sein umb daz er Ullein Engelmüt und den Langenheintzen on sach gestochen und gemort wolt haben. 6a p. Urbani 1423. S. 63, 64; (Erhart Tucher der fleisch ackerkneht iur, hiézwischen und vasnacht nu schirste von der statt zu Nur (emberg) odir zu Wirczburg zusein und hinnach herein nicht zu komen, es sey dann mit willen und heisse des schultheissen und rats in Bamberg von des grossen gawalts und mutwillens wegen, als er on sach und schuld Hannsen Schenckel erstochen und in hinterwertiglichen vom leben zum Tode bracht wolt haben, dorumb er zu vencknuss komen waz und ein urfeh gesworen hat hinfur wider unsern gnedigen (Herrn) von Bamberg sein lant noch leut nicht zuthun, dann mit freuntlichen bescheiden rechten in den gerichtten, dorinne sie sessen ut ius etc.) Act. ba p. Johannis ante port. 1432. S. 20. (Ulrich Prew von Onelspach ein knapp iuravit 10 meyl und zwei jar von der stat zu sein, dorumb daz er grosse unfare und vil mutwillens in des jungen Moren hawse getriben het und auch sein selbs aigen weip gemordt wolt haben. 6a ante Kathedr. Petri 1416.

¹⁾ Breve Pisani Communis (1313), Lib. III, CXIII... Si vero insultum fecerit, et personaliter non offenderit, condempnetur et puniatur a libris vigintiquinque, usque in libris centum denariorum, arbitrio meo, inspecta qualitate criminis, loci et personarum. Si vero alibi insultus fieret, puniatur et condempnetur in medietate predictae pene. Bonaini, Statuti inediti della citta di Pisa dal XII al XIV secolo. II 1854, Firenze, p. 293.

²⁾ Statuta et privilegia civitatis Niciae (XIII sec.), Monumenta historiae patriae, I, 1838, p. 63. (Capitulum de assultu meditativo. Item, quicumque assaltum meditativum fecerit, et non percusserit in assaltu, dabit per iustitiam solidos quinquaginta, et si percusserit cum pugno, vel palma, vel manum imposuerit super eum, offendendo eum aliquo modo, dabit solidos septuaginta; si vero percusserit cum petra vel baculo, sive ferro, solidos centum; si percusserit cum cultello, vel ense, vel alio gladio det per iustitiam solidos ducentum ad opus Communis; quos si dare non poterit, debet forestari quousque venerit ad satisfactionem cum eo quem percusserit; si vero interfecerit et ignobilis fuerit homicida, destruam ipsius personam...

³⁾ Statuta civitatis Brixiae, 1313. Monumenta historiae patriae, XVI, Lib. II, cap. XVII. De poena imposita faciendi insultum contra aliquem. Item statuunt et ordinant correctores, quod quicumque insultaverit, seu insultum fecerit contra aliquem ad domum habitationis ipsius in civitate vel circha, vel burgis civitatis Brixiae cum armis seu armata manu, condempnetur in quinquaginta libris; et si sine armis, in vigintiquinque libris; qui vero

Рима ¹⁾). Въ правѣ поздняго средневѣковья устанавливается также и наказуемость насилія, примѣннаго съ цѣлью удовлетворенія половой похоти. Это преступленіе преду-

alibi in civitate vel circha Brixiae vel burgis, et non ad domum insultaverit vel insultum fecerit contra aliquem, condemnetur in decem libris; qui vero alibi extra civitatem vel circham Brixiae in districtu Brixiae insultaverit, seu insultum fecerit contra aliquem ad domum habitationis illius cum armis, condemnetur in vigintiquinque libris, et sine armis, in decem libris; alibi in districtu et non ad domum, in centum solidis.)

¹⁾ Statuta et novae reformationes urbis Romae, 1519, Lib. II, cap. 71. De assallimento. Quicumque malo modo assalliverit aliquem cum armis solvat pro pena quatuor libras provisinorum. Si vero sine armis solvat quadraginta solidos provisinorum. Слѣдуетъ замѣтить, что право итальянскихъ статутовъ, вообще говоря, покоится на началахъ общинно-родовой системы репрессіи. Предусматриваемые ими акты неоконченной преступной дѣятельности представляютъ собою, вопреки высказанному въ наукѣ мнѣнію (Kohler, Studien, III, s. 223 ff.), не покушеніе на преступленіе, а delicta sui generis. Этого взгляда держались уже и старые криминалисты, указывавшіе на то, что институтъ наказуемости покушенія представляетъ собою чуждое статутамъ установленіе. Ср. Decianus, Tractatus criminalis, 1614, Lib. VIII, Cap. XV, n. 9. De stupro vel coitu violento, n. 9. Conatus quoque in hoc crimine puniendus, prout in aliis atrocioribus, nisi procederetur ex forma statutorum, quia eo casu conatus non punitur, ut de utroque ita respondit Paul. de Castr. dicto consilio 27 numero 4. in 1. Лишь въ рѣдкихъ случаяхъ, статуты отступали отъ обычной своей системы и, устанавливая публичныя наказанія за преступленіе, подвергали отвѣтственности и покушеніе на него. Въ этихъ случаяхъ статуты, сознавая особенности вводимаго ими порядка, специально оговаривались, что прежній порядокъ наказуемости данныхъ преступленій ими отмѣняется. Ср. напр., Statuta Communis Casalis (XIV sec.). Monumenta historiae patriae, I, p. 994. De illis qui attemptaverint aliquam virginem carnaliter cognoscere vel alienam uxorem. Item statutum est quod si aliquis attemptaverit carnaliter cognoscere aliquam virginem vel alienam uxorem vel aliam honestam mulierem solvat pro banno comuni Casalis pro qualibet vice libras centum papienses et si quis per vim carnaliter cognosceret aliquam mulierem vel violenter cognoscere attemptaret si mulier fuerit virgo vel maritata vidua vel sanctimonialis que sit bone fame qui carnaliter cognosceret aliquam predictarum capite puniatur si hoc fuerit legitime probatum non obstantibus penis a iure comuni statutis quibus per hoc statutis quibus per hoc statutum derogatum sit et derogatum intelligatur videlicet in hiis que cum presenti statuto concordari non inveniatur.

сма̀тривается бамбергскимъ правомъ ¹⁾ и нашимъ старымъ правомъ ²⁾.

Такимъ образомъ, нормы, устанавливающія наказуемость актовъ нападенія на людей, въ древнемъ правѣ имѣли значеніе мѣры повышенія правовыхъ требованій въ отношеніи социальнаго поведенія; со времени появленія соотвѣтствующихъ нормъ, отъ людей стало требоваться не только воздержаніе отъ грубыхъ посягательствъ на тѣлесную неприкосновенность, но и воздержаніе отъ болѣе легкихъ посягательствъ на нее. Этою природою преступнаго нападенія въ древнемъ правѣ опредѣляется и дальнѣйшее развитіе послѣдняго. По мѣрѣ поступательнаго

¹⁾ Bamberger Echtbuch, 59 Bericht, s. 11: Walther Sneider von Nuremberg Holffenstein genant hat geschworen urfeh und wider unsern herren von Bamberg, sein lant noch lewt nicht zutun in dheinweise dann mit einem freuntlichen rehten und darauf im die stat zu Bamberg verboten ist zehen meil hindan und ewiglichen dan nen zu sein von Gerhausen Bischofin wegen, die er genozgt wolt haben. 3a ante Bonifaci 1414. S. 27. Pauls Taschner von Nuremberg hat geschworen auf sein lantrecht uber Rein odir Tannaw zusein ewiglichen dorumb daz er wissentlichen meins geschworen hat und auch eine frume frawen bey nacht geslagen und sie genozgt wolt haben und urfeh auf dazselb seln lantrecht. 5a a. Valentini 1418. S. 28; Heincz Schrawthan der knapp von Stapfelstein hat gelobt mit rechten hautgebenden trewen und darauf zugot und zu den heiligen auf sein lantrecht geschworen urfeh wider unsern gnedigen herren von Bamberg noch wider sein lant noch lewt noch wider die stat zu Bamberg noch alle die, die in den sachen verdacht sind nicht zu efferen noch zu anten, er noch nyemant von seinen wegen verlichen mit worten noch mit wercken in keinweise ewiglichen und sol auch auf denselben seinen eyt und auf sein lantrecht uber Reyne odir Tannaw ewiglichen sein und beleiben von der untat wegen daz er in der heiligenmarterwochen ein frumme meyt geschweht und sie wider iren willen genozgt wolt haben und domit er an warer frischer tat funden und begriffen warde und ym pranger gestanden ist. 4a a. annuve. Mar. 1418. S. 53; Fricz Rawhe von Amberg pütnerknecht iur. auf sein lantrecht 10 meyl und 10 jar von Bamberg zusein umb daz er bey nacht ein frume frawen, die einen frumen eman hete, uberliefte und sie gern gelestert wolt haben. Da stunde ires mannes bruder ir erbercklichen bey, daz sie ungeswehbeleibe, dorumb der vorgehen. Fricz Rawh zu genecknuss kome und in den pranger gesezt warde und darauf er ein urfeh geschworen zu den heiligen hat 6a p. Jacobi 1426.

²⁾ Мирная Грамота новгородцевъ съ нѣмцами 1195 г. ст. 14. Оже кто робу повержеть насильемъ, а не соромить, то за обиду гривна, паки ли соромить, собѣ свободна.

хода культуры, право предъявляло къ людямъ все болѣе и болѣе высокія требованія, въ отношеніи соціально-солидарнаго поведенія, и къ понятію нападенія стали относиться все менѣе и менѣе грубые виды насилія.

Разсмотрѣнные нами виды нападенія характеризовались подлиннымъ примѣненіемъ физической силы, по отношенію къ потерпѣвшему и, хотя насиліе въ составѣ этихъ дѣяній и являлось сравнительно легкимъ нарушеніемъ тѣлесной неприкосновенности, но оно, тѣмъ не менѣе, все же реально ее нарушало. Если же мы обратимся къ уложеніямъ болѣе прогрессивнаго характера, то мы убѣдимся, что акты преступнаго нападенія на людей претерпѣваютъ здѣсь существенное видоизмѣненіе своего содержанія. Позднѣйшее право видитъ наличность преступнаго нападенія и въ тѣхъ посягательствахъ на людей, которыя не заключаютъ въ себѣ даже и легкаго нарушенія ихъ тѣлесной неприкосновенности, хотя и выражаются въ формѣ физическихъ дѣйствій и представляютъ собою несомнѣнную угрозу благамъ человѣческой личности.

Сообразно общему историческому закону, древнее право запрещало одни только наиболѣе грубые виды подобной матеріализовавшейся угрозы. Салическая Правда и Правда аламановъ караютъ человѣка, желавшаго нанести другому смертельный ударъ, но промахнувшася при этомъ ¹⁾. Саксонская Правда наказываетъ лицо, бросившееся на другого съ обнаженнымъ мечомъ, но удержанное вмѣшательствомъ постороннихъ ²⁾. Но позднѣйшее право объявило преступнымъ и менѣе рѣзкіе случаи матеріализованной угрозы и признало наказуемымъ и спеціально интересующее насъ дѣяніе обнаженія меча съ цѣлью причиненія кому либо вреда. Это дѣяніе, по самой своей природѣ, представляетъ несравненно менѣе энергичное проявленіе насилія, нежели приведенные выше акты и право могло признать его за нападе-

¹⁾ *Lex Salica*. Tit. XVII, c. 1. Si quis alterum voluerit occidere et colpus falierit cui fuerit adprobatum uito ido efa hoc est MMD dinarios qui faciunt solidos LXIII culpabilis iudicetur: *Lex Alam.* c. LXIV. Si homo in equo suo caballicaverit et aliquis eum super ipsum placare voluerit et, dum ad illum iniecit, illo caballo placat, et si ita ad dominum fecisset, sic illo caballo conponat, quomodo illo domino.

²⁾ *Lex Saxonum*, c. 8. Quicumque gladio stricto super alterum currerit et retentus ab alio fuerit, 12 solidos conponat, vel in manu liti sui vel sua arma iuret.

ніе только при относительно высокомъ развитіи человѣческой культуры. И дѣйствительно, знакомство съ тѣми памятниками права, которымъ извѣстно это преступленіе, подтверждаетъ это предположеніе въ полной мѣрѣ. Такъ, изъ памятниковъ наиболѣе ранняго періода исторіи германскихъ народовъ, обнаженіе меча извѣстно только вестготской ¹⁾ и бургундской ²⁾. Правдамъ, т. е. праву тѣхъ германскихъ народностей, которыя болѣе всего успѣли подвергнуться вліянію римской культуры ³⁾. Оно извѣстно Русской Правдѣ ⁴⁾, относительно—культурный характеръ которой доказывается уже тѣмъ, что наиболѣе раннія редакціи ея составились уже въ эпоху установленія оживленнаго междуобластного общенія въ древней Руси ⁵⁾. Напротивъ, памятники болѣе поздняго періода исторіи, постоянно упоминають объ этомъ преступленіи. Мы находимъ его въ различныхъ редакціяхъ Саксонскаго Зерцала ⁶⁾,

¹⁾ *Lex Visigothorum*, VI, 4, 6. Ille sane, qui prior contra quemlibet iratus eduxerit gladium, quamlibet non percusserit, X tamen solidos ei, quem percitere voluit pro praesumptione sola dare cogendus est.

²⁾ *Lex Burgundionum*, c. XXXVII. De educto gladio. Quicumque spatam aut semispatam eduxerit ad percutiendum alterum et non percusserit, inferat multae nomine solidos XII; si percusserit, inferat similiter solidos XII, et de inflicto vulnere iudicetur.

³⁾ Wilda, s. 108 ff.

⁴⁾ Русская Правда, Акад. сп. ст. 8. Оже ли кто вынезь мечь, а не тнеть: то тѣи гривноу положить.

⁵⁾ На существованіе междуобластного общенія въ древней Руси указываетъ ст. 1 Акад. сп. Рус. Пр., устанавливающая мѣры взысканія и за убійство чужеземцевъ: Оубьеть моужь моужа, то мстить братоу брата, или сынови отца, любо отцю сына, или братоу чадоу, любо сестриноу сынови; аще не боудеть кто мстыа, то 40 гривенъ за голову: аще боудеть роусинь, любо гридинь, любо коупчина, любо ябетникь, любо мечникь, аще изъгой боудеть, любо словенинь, то 40 гривенъ положить зань.

⁶⁾ *Sachsenspiegel*. I. 2, 4. Die lantsêzen, die chein eigen haben in demelände, die suln sûchen ires gôgrêven ding uber sechs wochen: dâr, unde in îcllichem vogitdinge, sal îcllich bûrmeister rûgen—(alle die zu dinge nicht en kômen, die dar phlichtig sint zu komene, und)—gerûchte, und menschen blûtende wunden (die ime ein ander hât getân, und gezcogene swert ûf eines andern mannes schaden)—und al ungerichte, daz an den lîb oder an die hant gêt, ab ez mit clage vor gerichte nicht begriffen ist; anders en darf her nicht rûgen. I, 62. 2. Swer sîn swert zcûhet ûf eines andern schaden, daz swert sal des richtêres sîn. Rechtsbuch nach Distinctionen oder s. g. Vermehrter Sachsenspiegel (XIV Jahrh.), IV, 35, 1. Wer sîn swert czuhet uff eynez andern mannez schaden, daz swert ist dez gerichtes in antrecht; und in wicpilde sol ez der richter czu losen geben vor einen schil-

въ Швабскомъ Зерцалѣ ¹⁾ въ различныхъ другихъ правахъ средне-вѣковья ²⁾, и въ многочисленныхъ городскихъ правахъ того времени (ср. напр., право городовъ Goslar'a ³⁾, Lübeck'a ⁴⁾, Bremen'a ⁵⁾,

ling pfundischer pfenning. In lantrecht und in wicpilde schol er dem gerichte wette umb das swertzucken. Hette aber einer sin swert gezucket, und gebe ym der cleger darumb schult, spricht er denn, er hette ez uff bescheidenheit gezogen und nicht uff sinen schaden, tut er sinen eid darczu, er ist ledic von dem cleger, und hat sich auch damit vor dem gerichte enbrochen.

¹⁾ Schwabenspiegel, 98. Wie man vrevell unde wunden büzzen sol dem rihter. Wie suln wir iuch lassen wissen, wie man vrevell, unde ander ungerichte büzzen sol. Swer sin swert, oder sin unrehtes mezzor uf iemans schaden treit, da ist daz swert dez rihters, oder fiunf schillinge, div wal stat au dem rihter, unde ist daz swert tuere. so löse ez iener dez ez da ist, ob kein schade me da geschicht, wan daz uz ziehen. Geschicht aber ein schade da von, den büzze also reht hi, umbe blut runs die ane verwunden geschehent, unde ane lemme, da wettet man etwa umbe fiunf schillinge, etwa ein phunt, etwa me, ie also div gewohnheit ist in dem lande.

²⁾ Ср. напр. Nordhäuser Weisthümer, 7. Consules in frankenhusen scripserunt. iz ist komen eyner vor unsir herren gerichte, und hat eynen geschuldiget, her habe sin mezzor gezucket, und wolde on sines liebes belost habe. das hat her om bekant. und sint beyde unse meteburgere. Waz her kegen dem gerichte veruallen sij. bete wir uch mit flize, daz ir uns uwer stat recht wedir schribet. Daz wollen wir gernne vor dyne. Responsio. als ir geschrebin hat, wizzet daz wir daz haldin vor recht in unsir stat. ist daz eyner unser burger ubir den andern eyn mezzor zucket, der daz mezzor zucket, vorwerket keyn daz gerichte vroneschult, des sint XXVIII phenge. Cp., John, s. 154.

Oefnung zu Tabblatt, 1471 (Sanct Gallen). (Item, welcher den andern mit gewafnotter hand anlöst, unnd in inderstät zuo erstechen oder strach zegeben, der ist aym herren unnd gericht zway pfund pfening zebuoss verfallen, tütt er aber schaden, darnach sol man richten.) Grimm. Weisthümer, I, 1840, s. 229.

³⁾ Goslarische Statuten, We en swert tut up enes anderen scaden, dat swert scal he deme voghede antwarden unde dar to deme voghede sestich schillinghe wedden. Göschen. Die Goslarische Statuten, 1840, s. 34.

⁴⁾ Lübeck, II, 93. De ut thut sin swert. Tut ieman ut sin swert oder sin mezet indeme mode dat he iemende mede sereghe wat allene he nemene we ne do schal doch dar umme wedden der stat sunderlike dre mark suluers unde deme richtere sestich schillinghe des gheit an den cleghere dat dridde del den richtere dat dridde del unde der stat dat dridde del of men dat proven mach mit besetenen luden. John, s. 162.

⁵⁾ Bremen, Antiqua 1303. Tut en man en metsset, edder en ander wapen uppenen borghere. en mede to schathende binnen usen Wichbelethe wert he thes vortucht mit twen borgheren umberopen eres rechtes men schal eme thad metsset dhor sine hand slan. wert he begrepen wundet he en och unde wert he thes vortucht mit twen borgheren umberopen eres

Salzwedel'я ¹⁾, Brünn'a ²⁾, Speier'a ³⁾, Mainz'a ⁴⁾, Bamberg'a ⁵⁾ и др. Сходныя положенія находимъ мы и въ итальянскомъ правѣ поздняго средневѣковья. Объ обнаженіи ножа и дру-

rechtes unde wurde he begrepen eme schulde me the hand ahowen Wurt. he vorvluchtich. men scal ene vrethelos leggen wil he och wether in de stat comen he scal beteren also thar vore screven is. Sleit he ene dot werthe begrepen men schal eme dhat hovet af howen. wert he vorvluchtich he scal vrethe loos wesen. unde nerghen nene vrethe hebben unde nich mer to bremen comen. John. s. 163.

¹⁾ Salzwedel, 42. (We en swert edder en mest edder en ander eggenwapen up enen anderen tud edder vthtreket, werth he des vorwunnen mit dren bedderuen borgeren, so schal me eme de hand dorch slan myt deme wapene, dat he togen hefft; wyl he se losen, so giffit he vefttig schillinge twintich deme richtere, twintich deme sakeueldigen, teyne der stad.) John, s. 164.

²⁾ Brünner Schöffnenbuch (XIV Jahrh.). a. 242. (Gladius etiam denudatus cum emendis consuētis videlicet, quantum ad extractionem sexaginta, et quantum ad intrusionem similiter sexaginta parvorum denariorum ad iudicem pertinebit. A. 532. Pacem factis violat agitans alium evaginat gladiis et cultellis. Jurati de Wissaw scripserunt sic. Postquam duobus per iudicem pax esset indicta hodie, unus eorum statim in crastino alium invadens gladio evaginato juratis videntibus ipsum agitavit, et cultellum nudum post ipsum projecit. Quaerimus ergo, utrum talis iudicandus sit pacem fregisse. Super quo sententiatum fuit, quod sic. Ille enim, qui gladio alium agitando post eum cultellum projecit ad occidendum ipsum, quamvis favente fortuna salva vita manibus ejus evaserit, firmum tamen propositum et bonam habuit voluntatem, ex quibus cum totum, quod in se fuit, fecerit, in favorem pacis et justitiae censendus, eum pacem factis merito violasse.) Cp. Rössler, Die Stadtrechte von Brünn aus dem XIII und XIV Jahrhundert, 1852, s. 114, 115, 247.

³⁾ Monatsrichterordnung von 1314: (Wer uber jeman ein mezzler, swert, spiez oder ander wafen oder geschirre uz zucket oder erzuhet und nit seret, der git funfzig schillinge spirscher. Cp., Harster, Das Strafrecht der freien Reichsstadt Speier 1900, s. 44.

⁴⁾ Mainzer Friedensbuch. 41: (Wer ein messer, degen, swerte oder andir waffen, gross oder klein, uber den andern sust zuhet oder frevelich gein yme budet, der sall ein vierteil jars die stat verbrochen han, der burger uss zu faren und der ussman hie inne zu bliiben. Harster, s. 44 Anm. 2.

⁵⁾ Bamberger Eichtbuch, Bericht 59, s. 16: (Hans Peyer von Regensburg hat urfeh gesworen auf sein lantrecht, dorumb das er von wurfel wegen einen degen zucket mit scheiden und mit all und einen andern in sein herz domit erstochen wolt haben on alle schuld und sach. 6a ante Kiliani 1415 und dorumb er in dem pranger gestanden ist zu Bamberg.

того оружія упоминають статуты Ниццы¹⁾, Турина²⁾, Казали³⁾, Рима⁴⁾ и др.

Мало того, можно сказать, что обнаженіе меча въ этой своей обрисовкѣ является преступленіемъ характернымъ для права извѣстной культуры, такъ что нѣкоторыя права, не знавшія его на наиболѣе раннихъ ступеняхъ своего развитія, вынуждены были объявлять обнаженіе меча преступленіемъ въ болѣе позднія эпохи своего развитія, характеризующіяся болѣе высокимъ уровнемъ соціальной культуры⁵⁾.

¹⁾ Statuta Niciae (13 sec.), Monum. hist. patr. I. p. 63. Capitulum de cultello. Item, quicumque per mesculas vel parabolas cultellum extraherit, et non feribit, dabit per iustitiam solidos viginti, et si feribit dabit per iustitiam solidos ducentum et sint de Communi. (P. 64. De armis de foris tractis. Item, quicumque per mesculas vel parabolas armas levabit, vel extrahet de domo extra, scilicet de ligno, vel de ferro, targuam, vel scutum, spatam, vel cultellum, massam, vel bastonum, vel lanceam, vel aliud gladium de ferro, vel de ligno, dabit per iustitiam solidos viginti, postquam sciemus veritatem per visum, vel auditum; nisi fecerit an tuitionem sui.)

²⁾ Statuta civitatis Taurinensis (1360), Monum. hist. patriae, I, p. 709, 710. De poena illius, qui contra aliquem irato animo gladium traxerit, solvat pro dampno qui primo traxerit gladium solidos quadraginta, vel minus, inspecta qualitate personarum iudicis arbitrio; qui vero postea gladium traxerit ad sui defensionem remaneat impunitus; et haec locum habeant inter cives aliquo capitulo non obstante.)

³⁾ Statuta communis Casalis (XIV sec.), Mon. hist. patr. I, p. 990. De extractione gladii contra aliquam personam. Item statutum est et ordinatum quod si aliquis extraherit gladium aliquem ferreum super vicinum suum vel aliquem de Cassalli et non percusserit solvat pro pena et banno communi Cassallis solidos decem papienses nisi agressus fuerit cum gladio vel nisi fecerit se deffendendo aut fuerit minor annis decem. Illud iddem intelligatur et locum habeat in forensibus.

⁴⁾ Statuta Romae (1519), Lib. II, c. 77. De ponentibus manum ad arma. Quicumque posuerit manum ad cultellum vel ensem malo animo contra aliquem solvat p. pena quadraginta solidos provisinorum. Lib. II, c. 85. De evaginantibus cultellum. Si quis evaginaverit cultellum vel ensem contra aliquem et non percusserit solvat pedes tres lib. provisinorum miles sex libras provisinorum. Potentior vero de magnatibus vel eorum bastardus XXV lib. pui. Et nihilominus puniatur evaginans pena portationis armorum.

⁵⁾ Такъ, древнѣйшее право Фризовъ (Lex Frisionum) не знало преступления обнаженія меча, а послѣдующее право Фризовъ объявляетъ это дѣяніе наказуемымъ. Ср., His., Das Strafrecht der Friesen im Mittel alter, 1901, s. 76. Равнымъ образомъ, не было извѣстно это преступленіе и раннему праву Аламанновъ (Lex Alamannorum), обнаженіе меча было введено въ кругъ наказуемыхъ дѣяній лишь позднѣйшими памятниками права Аламанновъ. Ср. Osenbrüggen, Das Alamannisches Strafrecht, 1872, s. 146.

Изъ сказаннаго ясно, что запрещеніе обнажать мечъ, съ цѣлью причиненія кому либо вреда, преслѣдовало совершенно инныя задачи, нежели разсмотрѣнное выше ограниченіе пользованія оружіемъ въ публичныхъ мѣстахъ. Этимъ различіемъ обусловливается и различіе въ составѣ соотвѣтствующихъ дѣяній. Первый типъ обнаженія меча представляетъ собою условное преступленіе, виновный подвергается наказанію лишь въ томъ случаѣ, когда онъ обнажилъ мечъ въ публичномъ мѣстѣ; второй типъ обнаженія меча представляетъ собою преступленіе безусловное, наказуемое совершенно независимо отъ обстановки его учиненія. Первый типъ дѣяній признается преступнымъ, независимо отъ того, направлялся ли онъ противъ опредѣленнаго лица или нѣтъ (уже самое прибѣганіе къ оружію представлялось опаснымъ!); второй типъ обнаженія меча дѣлался преступнымъ лишь въ случаѣ направленія его противъ опредѣленнаго лица. Обнаженіе меча перваго типа каралось совершенно независимо отъ того, имѣлъ ли виновный въ виду дѣйствительно поразить имъ какое либо лицо; второй типъ карался въ томъ лишь случаѣ, когда виновный дѣйствовалъ съ цѣлью причинить другому лицу вредъ, и нѣкоторые сборники даже допускаютъ обвиняемаго въ этомъ преступленіи доказывать отсутствіе у него этой цѣли¹⁾.

Сообразно съ сказаннымъ, представляется различною и юридическая квалифікація тѣхъ и другихъ преступленій. Мы не можемъ согласиться ни съ воззрѣніемъ, признающимъ всѣ случаи обнаженія меча за нарушеніе мира (Friedensbruch)²⁾, ни съ воззрѣніемъ, квалифицирующимъ всѣ дѣянія этого рода какъ обиду частнаго лица³⁾. Каждое изъ этихъ мнѣній является справедливымъ въ отношеніи одной группы случаевъ обнаженія меча и грѣшитъ въ отношеніи другой. И, если обнаженіе меча въ общественныхъ мѣстахъ въ древнемъ правѣ и носить дѣйствительно характеръ нарушенія общественнаго мира, то обнаженіе меча втораго типа, должно быть признано за посягательство на отдѣльную личность⁴⁾, за разно-

¹⁾ Vermehrter Sachsenspiegel, IV, 35. 1.

²⁾ John, s. 170, 171; Bar, Handbuch des Strafrechts, I, 1882, s. 94; Harster, s. 44, 45; Osenbrüggen, Alam. Strafrecht, s. 149; Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, 1906, s. 418 Anm. 1.

³⁾ Wilda, s. 776; Сергѣевичъ, Лекціи и Изслѣдованія, стр. 363.

⁴⁾ Уголовному праву Фризовъ была извѣстна даже особая категорія насильственныхъ посягательствъ противъ личности, къ которымъ отно-

видность этих посягательств—своеобразный вид преступного нападения.

Говоря о составѣ преступнаго нападенія въ средневѣковомъ правѣ, необходимо указать, что онъ обнималъ собою не только обнаженіе меча, но и неудачную стрѣльбу въ кого либо, равно какъ и безрезультатное бросаніе камней, палокъ и прочихъ предметовъ съ цѣлью причиненія вреда. Впрочемъ, эта область нападенія, также какъ и другія формы его проявленія, имѣетъ свою исторію. Древнѣйшіе памятники признавали наказуемымъ только одно безрезультатное метаніе отравленныхъ стрѣлъ¹⁾. Въ правѣ послѣдующаго времени, это ограниченіе отпадаетъ и, подъ понятіе наказуемаго нападенія, подводится всякая вообще безрезультатная стрѣльба²⁾. Позднѣе въ правѣ появляется и наказуемость неудачнаго бросанія палокъ, камней и т. п.³⁾. Мало того, въ позднѣйшую эпоху, мы встрѣчаемся даже съ по-

сились: убійство, тѣлесное поврежденіе, обнаженіе меча и схватываніе за волосы. Ср., His, Das Strafrecht der Friesen, s. 36: Eine Gruppe für sich bilden in Ommelander und westerlauwerschen Quellen die fechtlichen Sachen (fiuchtlika seka, nd. fechtlike saken). Der Begriff umfasst vor allem Körperverletzung und Totschlag aber auch andere Angriffshandlungen, wie Messerzücken oder Haargriff. Vermehrter Sachsenspiegel, IV, 35, 1.

¹⁾ Lex Salica. Tit. XVII, c. 2. Si quis alterum de sagitta toxigata percutere voluerit et praetersclupaverit et ei fuerit adprobatum MMD dinarios qui faciunt solidos LXIII culpabilis iudicetur; Lex Bajuw., Tit. III, c. VI. De sagitta toxicata. Si quis cum toxicata sagitta alicui sanguinem fuderit cum duodecim solidis componat, (eo quod in unwan est).

²⁾ Speier, Stadtrecht (1328), art. 6. Wer nach eime slecht mit der Hant oder Fust, Stecken, Kolben, Steine oder etslichen andern Geschirre oder nach im wirft oder schuset und doch nit driffet, jeder git ein Pfundt Spirscher wirt er dess überwunden als davor stat. (Art. 7. Wer mit berhalten Rhat und vorbedachtem Mute einen jaget, oder nach ihme oder gegen ihme slecht, wurfft oder schuset und in doch nit driffet, oder seret der git funff Pfunt Spirscher wirt er dess beredt als davor stat.) Ср., Christophor; Lehmanni Chronica der freyen Reichs-Stadt Speier, 1698, p. 284.

³⁾ Nordhausen Statuten (um 1300), art. 144. Qui post alium proicit. Swelch unser burger nach dem andern erkliche wirfet. trifft he sin niht. Der gibt vunf schillinge unn rumet vier wochen. Triffe he un aber also daz he niht blut runstic wirt. So gibt he cehen schillinge. unn rumet achte wochen Ср., Neue Mitteilungen aus dem Gebiet historisch-antiquarischer Forschungen, III, 1837, s. 63.

Ordnung für den Dinghof zu Muttentz (1464), art. 7. (Wer ouch ein stein uffhebt oder ein schwert messer oder anders das einem menschen schedlich were an sinem libe und leben, und wirffet ubelich zu dem

становлениями, карающими одно поднятие камня съ цѣлью бросить его въ кого либо ¹⁾).

Изъ изложеннаго видно, что нападеніе, какъ видъ преступленія, въ исторіи права должно было компенсировать собою отсутствіе постановленій о наказуемости насилія въ древнемъ правѣ. Запретить проявленіе всякаго вообще, физическаго и психическаго, насилія древнее право не могло, вслѣдствіе недостаточной культурности тогдашняго общества. Выработавъ понятіе о преступномъ нападеніи, оно воспретило проявленіе однихъ только наиболѣе грубыхъ видовъ насильственной дѣятельности. Изъ области физическаго насилія въ составъ нападенія вошли одни только насильственные акты, предпринятыя съ цѣлью нарушенія какихъ-либо личныхъ благъ потерпѣвшаго. Изъ области психическаго насилія (угрозъ) въ составъ нападенія вошли нѣкоторые только виды матеріализовавшейся угрозы, выразившіяся въ дѣйствиіи опасномъ для личныхъ благъ потерпѣвшаго. Съ прогрессомъ культуры и появленіемъ возможности успѣшной борьбы со всѣми видами насилія, нападеніе, какъ преступленіе особаго рода, должно было уступить мѣсто другимъ, болѣе широкимъ составамъ преступленій. Нападеніе, выразившееся въ физическомъ насиліи, было поглощено составомъ насилія, обнимавшимъ собою всѣ виды насилія, независимо отъ того, было ли насиліе совершено съ цѣлью нарушенія другихъ благъ личности или нѣтъ. Нападеніе, выразившееся въ физическомъ насиліи, стало утрачивать свой самостоятельный характеръ и, со времени расширенія сферы наказуемости угрозъ,

ändern und nit trifft, der soll verbessern ein toten man, trifft er aber das es wund wirt so vast daz man es hefften meisslen muss, sol er verbessern dem Herrn 10 Pfund Pf. one gnade. Cp., Osenbrüggen, Alam. Strafrecht, s. 146.

Weistum von Hoechen (1509), art. 23. Item ist der scheffen gefragt worden, ob. einer den andern mit eime steine wurfe, er treffe oder nit, was der verbroch hette? hat der scheffen gewiset, so der trefe in frevels wisze oder nit, den wisen sie den herrn heime. Cp., Grimm, Weisthümer, V, p. 701. His, Das Strafrecht der Friesen im Mittelalter, 1901, s. 76, 77.

¹⁾ Dorfordnung von Bonstetten (XV Jahrh.), art. 3. Wer ein Stein in einem frävel erzuckt und den nit wirfett, der soll das zuo gleicher wys buessen als einen toden man; wirffet einer aber, so soll er den wurff buessen, nach dem und er da mit schaden thuot. Offnung von Kyburg, 16. Wer och gen dem andern fräffentlich ein stein zuckte und nit wurffe, der ist vervallen 18 lib., welicher aber wurffte, wie denn der wurff gerät. darnach sol er den fräffel büssen. Cp., Osenbrüggen, Alam. Strafrecht, s. 146.

приобрѣло значеніе тяжелой угрозы. Изучая ходъ развитія права, мы замѣчаемъ, что, по мѣрѣ прогресса культуры, оно все болѣе и болѣе расширяетъ область наказуемости психическаго насилія, — къ наказуемости нападенія оно присоединяетъ наказуемость угрожающихъ жестовъ, — (напр., требованій совершенія чего-либо подъ угрозой немедленнаго причиненія зла ¹⁾), а къ наказуемости угрожающихъ жестовъ — наказуемость словесныхъ угрозъ совершеніемъ наиболѣе тяжкихъ преступленій, напр., поджога ²⁾). Въ силу этого, обнаженіе меча какъ преступленіе, начинаетъ утрачивать самостоятельный характеръ и перестаетъ быть исключительнымъ видомъ наказуемаго психическаго насилія. Въ эпоху поздняго средневѣковья, это дѣяніе сливается съ составомъ наказуемой угрозы ³⁾, а въ XVI вѣкѣ, по сляніи составовъ физическаго и психическаго насилія, послѣ того, какъ психическое насиліе начало приравниваться къ физическому насилію, обнаженіе меча и нападеніе стали разсматриваться какъ виды проявленія наказуемаго насилія вообще ⁴⁾. Такое же значеніе разновидности проявленія преступленій извѣстнаго типа имѣютъ ука-

¹⁾ Ср., Caspar, Darstellung des strafrechtlichen Inhaltes des Schwabenspiegels und des Augsburger Stadt-Rechts, 1892, s. 81: His, I. c., s. 76.

²⁾ Osenbrüggen, Alam. Strafrecht, s. 46: John. s. 190, 191; Knapp. s. 154; His, s. 79; Harster, s. 171, 172.

³⁾ Совершенно справедливо сближаютъ нападеніе (обнаженіе меча) съ угрозою Knapp. s. 154: His. s. 72, 76: Harster. s. 257.

⁴⁾ Jason Maynus (+ 1519), Prima super Digesto veteri, Lugduni, 1549, L. Quod quisque iuris, & haec autem verba. n. 15. Ultimo no. ibi quod enim fuit conatus in iniuria nullum habuerit effectum. nam istum tex. limita per tex. in l. item apud Labeone & si quis pulsatus. ff. de iniur. quem Bar. ibi multum non q. nesciret dare concordantem tex. in iure q. si aliquis elevavit manum cum pugno, vel cum ense ut aliquem percuteret. sed in postea eum non tetigit: in ex sola comminatione ut dicit Bart. q. ei timorem incussit, tenetur sibi actione iniuriarum. Изъ этого видно, что l. 15, 1, D. 47, 10: Si quis pulsatus quidem non est verum manus adversus eum levatae et saepe territus quasi vapulaturus non tamen percussit: utili iniuriarum actione tenetur, отражающая въ себѣ воззрѣнія классическихъ римскихъ юристовъ, встрѣчала разное отношеніе, со стороны средневѣковыхъ ученыхъ. Юристы XIV вѣка, разбирая вопросы общаго права (Bartolus, + 1357), разсматривали соотвѣтственное положеніе, какъ непонятное и немогущее быть согласованнымъ съ другими положеніями права, сингулярное постановленіе. Напротивъ, юристы XVI вѣка, правосознаніе которыхъ стояло ближе къ римскому классическому праву, признавали это положеніе за начало дѣйствующаго права за совершенно разумное истолкованіе состава iniuriae.

занныя дѣянія и въ настоящее время, причемъ одни права относятся ихъ къ области насилія противъ личности ¹⁾, а другія признають ихъ за видъ реальной обиды ²⁾.

§ 9. Историческое развитие постановлений итальянскаго права о наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

I. Предыдущія замѣчанія, заключающія въ себѣ характеристику отношенія права общинно-родового уклада къ наказуемости предварительной преступной дѣятельности, вообще говоря, должны быть отнесены и къ тому праву, которое господствовало въ Италіи въ эпоху ранняго средневѣковья—уголовному праву лангобардовъ. Право лангобардовъ карало предварительную преступную дѣятельность, по общему правилу, въ тѣхъ только случаяхъ, когда она воплощала въ себѣ нарушение какихъ либо правовыхъ благъ и это право признавало характерною чертою соотвѣтствующихъ преступленій именно фактъ подлиннаго нарушения подлежащихъ правовыхъ благъ, а не направленіе дѣятельности виновнаго на нарушение иныхъ благъ. Сообразно съ этимъ, подлежащія дѣянія и возводились имъ на степень самостоятельныхъ преступленій. Но, нужно сказать, тѣ особыя условия, въ которыя было поставлено общественное развитіе лангобардовъ—тѣсное общеніе ихъ съ прежними властителями Италіи—

¹⁾ Такова система англійскаго права, которое, отличаясь крайне консервативнымъ характеромъ, еще и въ настоящее время придаетъ важное значеніе факту присутствія или отсутствія нарушения тѣлесной неприкосновенности въ составѣ насилія. Акты нападенія, не связанные съ физическимъ воздѣйствіемъ на личность, квалифицируются англійскимъ правомъ какъ assault, акты нападенія, связанные съ подобнымъ воздѣйствіемъ, признаются за battery. Ср. Harris, Principles of the criminal law. 1904, p. 184: (An assault is an attempt or offer to do a corporal hurt to another, even without touching him, as if one lifts up his cane, or his fist, in a threatening manner, at another: or strikes at him, but misses him; this is an assault, insultus, which Finch describes to be «an unlawful setting upon one's person».) P. 185: (A battery is not necessarily a forcible striking with the hand or stick or the like, but includes every touching or laying hold (however trifling) of another person, or his clothes, in an angry, revengeful, rude, insolent, or hostile manner; for example, jostling another out of the way.)

²⁾ Ср. Объясненія къ проекту угол. ул. VI, 1897, стр. 708; 725; Liepmann. Die Beleidigung (V. D. B, IV), 1906, s. 312.

римлянами, романизированными готами и др.,—не могли не придать римскаго отпечатка и нѣкоторымъ постановленіямъ лангобардскаго права и, въ наукѣ, уже издавна указываютъ на слѣды вліянія римскихъ правовыхъ воззрѣній на лангобардское право ¹⁾. Со слѣдами вліянія римскаго права знакомимся мы и при изученіи нѣкоторыхъ постановленій права лангобардовъ, по интересующему насъ вопросу.

При разсмотрѣніи постановленій римскаго права по этому вопросу, мы покажемъ, что римское право не выработало общаго понятія о покушеніи, и что ему не было извѣстно особаго термина для обозначенія соотвѣтственнаго явленія.

Римское право, говоря о матеріально неоконченной преступной дѣятельности, прибѣгало для обозначенія подлежащихъ дѣйствій къ различнымъ наименованіямъ, чуждымъ всякаго законодательно-техническаго значенія. Неудивительно поэтому, что иногда, для обозначенія соотвѣтственной преступной дѣятельности, въ римскомъ правѣ употреблялись такія выраженія, которыя служили названіемъ и другихъ юридическихъ явленій. Такъ, неполная реализація состава преступления, неполное осуществленіе умысла въ римской юридической литературѣ иногда обозначались словомъ *consilium* ²⁾. Между тѣмъ, это выраженіе означало собою въ Римѣ также и акты участія въ преступленіи и подъ *consilium*, разумѣлось какъ подстрекательство къ преступленію, такъ и интеллектуальное пособничество виновному (оказаніе ему помощи совѣтомъ ³⁾). Мало того, слово *consilium* употреблялось иногда въ одной и той же фразѣ въ двухъ различныхъ смыслахъ, означало собою, какъ побужденіе другого лица

¹⁾ Cp., Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, 1842, s. 106; Osenbrüggen, *Das Strafrecht der Langobarden*, 1863, s. 2, 3; Brunner, I, s. 532.

²⁾ Cp., Cicero, *Pro Milone*, c. 177. *Nisi vero quia perfecta res non est, non fuit punienda: perinde quasi exitus rerum, non hominum consilia legibus vindicentur. Minus dolendum fuit, re non perfecta: sed puniendum certe nihilominus. Consilium* въ этомъ случаѣ, по справедливому замѣчанію Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 1899, s. 98 Anm. противопоставляется не осуществленію преступления (выполненію внѣшней стороны преступления), а окончанію его.

³⁾ Cp. *Inst.*, IV, 1, 11: *Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit: qualis est, cuius ope et consilio furtum factum est: D. 47, 2, 50, 3: Consilium autem dare videtur, qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum.*

къ совершенію преступленія, такъ и умысль совершить преступленіе 1).

Выраженіе *consilium* изъ римскаго юридическаго языка перешло и въ законодательную практику лангобардовъ. Уже наиболѣе ранній изъ памятниковъ этого права—эдиктъ Ротари—знаетъ особое преступленіе подъ названіемъ *consilium mortis*. Преступленіе этого названія встрѣчаемъ мы и въ позднѣйшемъ лангобардскомъ правѣ. Но дѣянія, обозначавшіяся этимъ именемъ, существенно отличались отъ римскихъ видовъ *consilii* и содержаніе понятія *consilium mortis* было далеко не одинаково въ разныя эпохи развитія лангобардскаго права.

Согласно воззрѣніямъ древнѣйшаго памятника лангобардскаго права, *consilium mortis* означало собою, съ одной стороны, предварительную дѣятельность по отношенію къ убійству—приготовленіе къ убійству и начало исполненія его 2); съ другой сто-

1) D. 48, 1. 1: cuiusve opera consilio malo consilium initum erit, quo quis magistratus populi Romani quive imperium potestatemve habet occidatur...

2) Ed. Rothari. c. 10: Si quis homo liber in morte alterius consilia-verit, et ex ipso consilio mortuos non fuerit, tunc ipse consiliator conponat solidus viginti.

По воззрѣнію Wilda, s. 599, *consilium mortis* означаетъ собою какъ умысль совершенія извѣстнаго преступленія, такъ и приготовленіе къ реализаціи его. Osenbrüggen, v. c. s. 37 подводитъ подъ это понятіе всѣ случаи обнаруженія умысла, между прочимъ, и то обнаруженіе его, которое выразилось въ приготовленіи къ преступленію. Можно, однако, предполагать, что *consilium mortis* означало собою, въ данномъ случаѣ, только приготовленіе къ преступленію и начало исполненія его. Такъ, въ одномъ частномъ случаѣ и, при томъ, случаѣ наиболѣе тяжкомъ, при отравленіи, *consilium mortis* означаетъ собою одно только приготовленіе къ лишенію жизни, а не голый умысль совершить его. Ed. Rothari. c. 139. De venenum temperatum. Si quis homo liber aut mulier venenum temperaverit et alii ad bivendum dare voluerit, conponat solidos viginti, sicut ille qui de morte alterius consiliatus fuerit. Съ другой стороны, тамъ, гдѣ право лангобардовъ завѣдомо хотѣло наказывать не только приготовленіе къ преступленію, но и голый умысль, оно спеціально оговаривало послѣднее обстоятельство. Ed. Rothari. c. 1. Si quis hominum contra animam regis cogitaverit aut consilia-verit, animae suae incurrat periculum, et res eius infiscentur. Наконецъ, необходимо указать, что согласно воззрѣнію эдикта Ротари, *consiliari* представляло собою такую дѣятельность, осуществленіе которой виновный могъ поручить другому лицу. Ср., Ed. Rothari, c. 202. Si mulier in morte mariti sui consilia-verit per se aut per supposita persona, sit in potestatem mariti de ea facere quod voluerit; simul et de res ipsius mulieris. Nam si illa negaverit, liceat parentibus eam purificare

роны, оно означало собою соглашеніе нѣсколькихъ лицъ на совершеніе убійства ¹⁾, совершенно независимо отъ того, успѣли ли виновные проявить свой умыселъ во внѣ ²⁾ или нѣтъ.

Для задачъ нашего изслѣдованія, представляетъ интересъ только первая форма *consilium mortis*, т. е., *consilium mortis* въ качествѣ предварительной преступной дѣятельности. По поводу юридической природы этого дѣянія, въ литературѣ были высказаны различныя мнѣнія. Одни ученые признаютъ *consilium mortis* за покушеніе на убійство въ собственномъ смыслѣ слова и утверждаютъ, что денежный штрафъ, взыскиваемый съ виновниковъ этого дѣянія, представляетъ собою редуцированное наказаніе за убійство ³⁾. Другіе ученые придерживаются иного

aut per sacramentum aut per camfionem, id est per pugna. Подобное воззрѣніе совершенно понятно, если подъ *consilium* разумѣть приготовленіе къ убійству и покушеніе на него, но оно является абсурдомъ, если подъ *consilium* разумѣть умыселъ совершить преступленіе.

¹⁾ Ed. Rothari, c. 11. De consilio mortis. Si hominis liberi inter se in morte alterius consiliaverint sine regis consilio, et ex ipso tractato mortuus non fuerit, componat unusquisque, ut supra, solidos viginti: et si ex ipso consilio mortuus fuerit, tunc ille qui homicida est componat ipsum mortuum, sicut adpraetiatum fuerit, id est wergild. c. 12... Et si purificaverit, sit exsolutus a culpa homicidii. Si tamen in consilio fuit, componat, ut supra, solidos viginti, aut certe de ipso consilio se purificet si potuerit. Эти дѣянія извѣстны современному праву подъ названіемъ участія въ сообществѣ, составившемся для учиненія убійства.

²⁾ Liutprandi leges, de anno 733. c. 134. V. Si homenis in uno vico habitantis aliqua intentionis habuerit de campo aut vinea, prado aut silva, vel de alias res, et collegerent se una pars cum virtutem et dixerent «quia wifamus et expellimus eum de ipsum locum per virtutem foras», et ambolaverunt, et scandalum ibi comissum fuerit et plagas aut feritas factas vel homo occisus fuerit: ita decernimus, ut plagas et feritas aut hominem mortuum componant secundum anteriorem edicto quod gloriosus rothari rex (cap. 43 sqq.) vel nos (cap. 20. 62) instituimus: pro autem, inlecita presumptionem de ipsa collectionem componat solidos 20 ad illam partem, qui in campum aut in vitis vel in prado aut in silva suum laborem faciebat. Hoc autem ideo statuimus, ut nullus presumat malas causas in qualiscumque locum excitare aut facere; et non potuimus causam istam adsimilare, neque ad arischild (cfr. Roth. 19. Liutpr. 35, 141) neque ad consilium rusticorum (Roth. 279), neque ad rusticorum seditione (Roth. 280): et plus congruum nobis paruit esse de consilium malum, id est de consilio mortis (Roth. 11). Quia quando se collegunt et super alius vadunt pro peccatis, ad id ipsum vadunt ut malum faciant, aut si casus evenerit, hominem occidant, et plagas aut feritas faciant: ideo, ut dixemus, adsimilavimus causam istam ad consilium mortis, quod sunt, sicut supra premisemus, solidi viginti.

³⁾ Kohler, Studien, III, s. 220, 221.

болѣе правильнаго, взгляда. Они справедливо указываютъ, что право лангобардовъ не ставитъ штрафа за *consilium mortis* въ зависимость отъ размѣра вергельда потерпѣвшаго ¹⁾, и что это дѣяніе должно быть признано не за покушеніе на преступленіе, а за самостоятельное преступленіе ²⁾. Необходимо, однако, отличать лангобардскую квалификацію предварительной къ убійству дѣятельности отъ римской квалификаціи соотвѣтственныхъ дѣяній. Римляне объединяли приготовленіе къ убійству и покушеніе на него въ одинъ общій составъ съ убійствомъ и карали ихъ однимъ и тѣмъ же наказаніемъ, лангобарды же разбивали соотвѣтственные акты на два состава преступленія и назначали за нихъ различныя наказанія.

Изъ сказаннаго видно, что римское понятіе *consilium*, при рецепціи его лангобардскимъ правомъ, претерпѣло значительныя перемѣны въ своемъ содержаніи и подверглось значительной германизации. Но психологическое значеніе объявленія соотвѣтствующаго дѣянія преступнымъ осталось тоже—наказуемость предварительной дѣятельности, по отношенію къ убійству, усиливала мотивационное давленіе грозившихъ за учиненіе убійства наказаній. Въ предшествующемъ изложеніи, мы уже выяснили, что подобныя мѣры усиленія мотивационнаго давленія правами той формаціи, представителемъ которой является лангобардское право, вообще не свойственны. Необходимо объяснить причины появленія подобной мѣры именно въ лангобардскомъ правѣ и установить причины уклоненія его отъ системы другихъ родственныхъ ему германскихъ правъ.

Весьма многія изъ германскихъ Правдъ возникли уже въ эпоху поселенія германцевъ на земляхъ римской имперіи и смѣшенія ихъ съ прежними ея жителями. Поэтому культура многихъ германскихъ племенъ, ихъ языкъ, право и т. д. подверглись воздѣйствію античной культуры и сохранили на себѣ отпечатокъ ея. Но болѣе сильно отозвалось римское вліяніе на тѣхъ германскихъ народностяхъ, которыя осѣли въ главномъ очагѣ античной культуры—Италіи, и варварское право, записанное въ Италіи, отличается болѣе романизованнымъ характеромъ. Такъ, послѣдовательно испытали на себѣ римское вліяніе право вестготовъ и право остготовъ. Не избѣжало этого

¹⁾ Brunner, II, s. 562, 563.

²⁾ Osenbrüggen, Strafr. der Lang, s. 37.

вліянія и право лангобардовъ. Памятники этого права, представляя собою, во многихъ отношеніяхъ, источникъ знакомства съ чисто германскими правовыми началами, далеко не чужды и римскихъ юридическихъ воззрѣній, свидѣтельствующихъ о томъ, что составители ихъ не были вполне свободны отъ вліянія римской юриспруденціи и римскаго правосознанія.

Давленію римскаго правосознанія слѣдуетъ приписать и возникновеніе того своеобразнаго преступленія, которое получило у лангобардовъ названіе *consilium mortis*. Мы уже говорили о римской системѣ наказуемости матеріально неоконченной преступной дѣятельности и это вполне объясняетъ намъ, почему люди съ римскими правовыми взглядами не могли примириться съ безнаказанностью приготовленія къ убійству и актовъ, начинающихъ выполненіе его состава. Люди, вдохновленные идеями римскаго права, получивъ доступъ къ законодательству, должны были самымъ рѣшительнымъ образомъ домогаться объявленія наказуемости предварительной дѣятельности, по отношенію къ убійству. Эта претензія ихъ встрѣтила противодѣйствіе со стороны германскихъ взглядовъ, которымъ наказуемость предварительной преступной дѣятельности вовсе не была знакома. Результатомъ борьбы этихъ противоположныхъ теченій оказалось среднее рѣшеніе вопроса—приготовленіе и покушеніе на убійство были признаны за преступленіе, но за учиненіе ихъ былъ назначенъ незначительный денежный штрафъ, а не наказаніе, равное карѣ за убійство.

Получившаяся въ результатѣ указаннаго процесса норма права не соотвѣтствовала нуждамъ соціальной жизни лангобардовъ—господство общинно-родовой карательной системы въ правѣ этого народа дѣлало излишнимъ тѣ дополнительныя мотивационныя давленія, которыя обусловливаются соотвѣтственнымъ правовымъ положеніемъ. Поэтому, легко предугадать судьбу, которая ожидала разсматриваемое преступленіе, въ послѣдующемъ правѣ Италіи, — подлежащій составъ преступленія, не находя себѣ почвы въ условіяхъ общественной жизни той эпохи, былъ осужденъ на быстрое вымираніе. Такъ, хотя мы имѣемъ свидѣтельство того, что положенія эдикта Ротари о наказуемости *consilium mortis* считались дѣйствующимъ правомъ еще и 90 лѣтъ спустя по изданіи этого эдикта, но жизненное значеніе придается въ эту эпоху не той формѣ *consilium mortis*, которая выражается въ видѣ приготовленія къ убійству или покушенія

на него, а той его формѣ, которая выражается въ составленіи сообщества для совершения убійства¹⁾. Въ послѣдующемъ итальянскомъ правѣ, понятіе о *consilium mortis*, какъ понятіе о самостоятельномъ преступленіи, вовсе не встрѣчается и когда, въ послѣдующее время, итальянское право вновь возвратилось къ принципу наказуемости матеріально неоконченной преступной дѣятельности, то оно воплотило его въ совершенно иную форму, ничего общаго не имѣвшую съ формою состава *consilium mortis*.

II. Изучая исторію Италіи въ послѣдующее время, мы замѣчаемъ въ ней нѣкоторыя особенности, существенно отличающія развитіе ея отъ развитія другихъ современныхъ ей странъ. Въ первыя времена завоеванія итальянскихъ областей лангобардами, населеніе Италіи раздѣлялись на два, рѣзко противоположныхъ другъ другу, общественныхъ класса — побѣдителей — грубыхъ и некультурныхъ лангобардовъ — и побѣжденныхъ — римлянъ. Послѣдующее развитіе Италіи характеризовалось постепеннымъ сглаженіемъ этой розни итальянскаго общества и постепеннымъ усиленіемъ вліянія римской культуры на развитіе лангобардскихъ его элементовъ. Вліяніе этой культуры въ Италіи того времени сказывалось все съ большею и большею силою и достигало все большихъ и большихъ культурныхъ результатовъ, такъ что, къ концу XI вѣка, несмотря на то, что на итальянской территоріи поселились одни изъ наиболѣе грубыхъ представителей вторгнувшихся въ римскую имперію германскихъ варваровъ, Италія представлялась наиболѣе передовою страною западноевропейскаго міра.

Параллельно съ повышеніемъ итальянской культуры, шло и измѣненіе итальянскаго права. На смѣну прежней системѣ права, предполагавшей раздѣленіе населенія на мелкія группы, постепенно вырабатывается новая система, рассчитанная на дѣйствіе въ предѣлахъ болѣе широкихъ группъ. На смѣну общины, какъ области постоянного общенія людей, выступаетъ городская область. Сообразно съ этимъ, перестраивается и карательное право. Система отвѣтственности семьи и родичей виновнаго за его преступленія начинаетъ постепенно отходить на задній планъ. Мало по малу упраздняется и контроль первыхъ за поведеніемъ послѣдняго. На смѣну прежней коллективной отвѣтственности и

¹⁾ Ср. Liutprandi leges, de anno 733, с. 134.

денежныхъ пеней, выступаетъ отвѣтственность индивидуальная и личныя наказанія ¹⁾). Общинно-родовая система карательнаго права смѣняется государственною системою наказаній. А это перерожденіе карательнаго права, по указаннымъ выше причинамъ, приводитъ къ появленію института наказуемости предварительной преступной дѣятельности. И дѣйствительно, уже въ концѣ XII вѣка въ итальянскомъ правѣ обнаруживается сильное теченіе въ пользу установленія наказаній за покушеніе. Провозвѣстниками начала наказуемости предварительной дѣятельности явились итальянскіе юристы XII и XIII столѣтій, извѣстные въ исторіи права подъ названіемъ глоссаторовъ.

Для правильнаго пониманія существа выработанныхъ школою глоссаторовъ воззрѣній на существо и наказуемость предварительной преступной дѣятельности, необходимо имѣть въ виду общій характеръ правовыхъ взглядовъ глоссаторовъ и усвоенное ими направленіе въ разработкѣ права. При оцѣнкѣ соціального значенія вновь возникшихъ ученій, слѣдуетъ помнить, что они появились въ ту эпоху, когда развитіе культуры въ Италіи сдѣлало уже значительные успѣхи и когда здѣсь стала ощущаться нужда въ болѣе развитой и совершенной системѣ права, чѣмъ та, которая дѣйствовала ранѣе. Такою системою права, способной удовлетворить новымъ запросамъ итальянскаго общества, оказалась система римскаго права, многія положенія котораго непосредственно совпадали съ содержаніемъ тогдашняго прогрессивнаго правосознанія. Отсюда возникло то грандіозное въ исторіи права явленіе, которое извѣстно подъ названіемъ рецепціи римскаго права въ средніе вѣка. Представители юридической науки въ XII и послѣдующіе вѣка, знакомясь съ существомъ римскихъ положеній и находя въ нихъ рѣшеніе занимавшихъ ихъ вопросовъ, признавали ихъ за дѣйствующее право и къ взглядамъ ихъ вскорѣ присоединилась и тогдашняя практика.

Такое соотвѣтствіе римскаго права запросамъ прогрессивныхъ итальянскихъ круговъ XII вѣка сообщило римскимъ положеніямъ громаднѣйшій авторитетъ въ глазахъ тогдашнихъ юристовъ. Они относились къ римскому праву съ набожною почительностью, признавали его за воплощенный разумъ (*ratio scripta*). Римскіе источники пріобрѣли въ ту эпоху высшую нормативную авторитетность и, въ продолженіи многихъ вѣковъ, лучшимъ

¹⁾ Kohler. Studien, II, s. 12.

доказательствомъ правильности и разумности правовыхъ началъ признавалось указаніе на соотвѣтствіе ихъ римскимъ правовымъ началамъ.

Приобрѣтеніе римскимъ правомъ такого преобладающаго нормативнаго авторитета привело къ возникновенію весьма характернаго приема правовой аргументаціи, состоящаго въ обоснованіи общеобязательности правовыхъ положеній, посредствомъ указанія на соотвѣтствіе ихъ положеніямъ римскаго права. Для оправданія правовыхъ положеній, въ особенности тѣхъ правовыхъ положеній, которыя отражали въ себѣ новыя правовыя взгляды, стало необходимымъ окружать ихъ авторитетомъ римскаго права. Фактически, однако, подобное соотвѣтствіе новаго права съ римскими положеніями не всегда существовало и вышеприведенный приемъ оправданія новыхъ положеній требовалъ натяжекъ, не обходился безъ искаженія существа и смысла римскихъ положеній и т. под.

Въ виду такого направленія ученій средневѣковой юриспруденціи, не приходится удивляться тому, что въ ряду положеній, признававшихся въ ту эпоху положеніями римскаго права, имѣлись такія правовыя начала, которыя не только не соотвѣтствовали подлиннымъ нормамъ римскаго права, но не находили поддержки себѣ и въ обычномъ или статутарномъ правѣ того времени. Въ составъ римскаго права, въ средневѣковомъ его пониманіи, входили и вполнѣ оригинальныя юридическія положенія, представлявшія собою продуктъ правового творчества прогрессивныхъ круговъ тогдашняго общества и только формально признававшіяся за положенія римскаго права. Къ числу такихъ положеній, принадлежатъ и выработанныя глоссаторами положенія о наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

Обращаясь къ разсмотрѣнію воззрѣній глоссаторовъ на наказуемость предварительной преступной дѣятельности, мы встрѣчаемся съ одною изъ наиболѣе суровыхъ системъ репрессій неоконченной преступной дѣятельности. Такъ, что касается объема наказуемой предварительной дѣятельности, то онъ опредѣлялся глоссаторами крайне широко. Эти ученые единогласно отвергали характеръ наказуемаго дѣянія за преступными вожделѣніями и выдѣляли простое обнаруженіе преступной воли изъ области покушенія ¹⁾. Но зато они столь же единодушно признавали ха-

¹⁾ Azo. Summa, 1533, Ad legem juliam maiestatis, 7: Accursius, Corpus juris Glossatum, c. nota Gothofredi, 1612, Ad const. 5 C. de epis-

рактёр покушенія на преступленіе за всякимъ дѣйствіемъ, совершеннымъ съ цѣлью осуществленія преступленія. Покушеніе здѣсь являлось синонимомъ предварительной преступной дѣятельности. Къ нему относилось не только начало исполненія преступнаго дѣянія, но и приготовительныя къ преступленію дѣйствія ¹⁾).

Давая столь широкое опредѣленіе составу покушенія, глоссаторы однако признавали его наказуемымъ далеко не при всѣхъ преступленіяхъ. Покушеніе, по ихъ ученію, наказывалось только при тяжкихъ преступленіяхъ, а предварительная преступная дѣятельность, по отношенію къ преступленіямъ легкимъ, оставалась безнаказанною ²⁾).

cop. 1. 3: aut quis cogitavit tantum delinquere et ad actum non processit: et tunc non punitur (nam primi motus non sunt in potestate nostra).

¹⁾ Azo. Summa, 1533, Ad legem Jul. maiest. si aut processisset ad actu...; Accursius, Gl. ad const. 5 C. de episc. 1. 3: Aut ad actum processit, et tunc aut perduxit ad effectum... aut non perduxit... Luden, Abhandlungen, I, s. 418... опираясь на другое мѣсто глоссы. ad leg. Qui ea mente, гласящее: si processum est ad actum si quidem consummatum est et perfectum, non potest postea poenitere, ut evitet poenam; si autem non consummatum nec perfectum, si quidem quia noluit sed potuit, licet poenitere, утверждаетъ, что глоссѣ было извѣстно не только понятіе оконченнаго преступленія (del. consummatum), но и понятіе оконченнаго покушенія (del. perfectum) и что, слѣдовательно, глоссѣ было извѣстно дѣленіе покушенія на виды. Справедливо возражаетъ противъ этого Zachariae, II, s. 11 Апп., что, если бы дѣятельность perficere означала собою нѣчто меньшее, нежели дѣятельность consummare, то о ней было бы упомянуто ранѣе, нежели о послѣдней.

²⁾ Положенія Глоссы, въ этомъ отношеніи, отличаются нѣкоторою сбивчивостью. Съ одной стороны, она общимъ образомъ отрицаетъ наказуемость покушенія. Ср., ad Dig. 11, 2, 1. 2: non nocere conatum, nisi sequatur effectus. Съ другой стороны, она общимъ образомъ утверждаетъ наказуемость покушенія. Gl. ad Cod. VI, 2 de furtis. l. 20, Si quis servo alieno: Punitur ergo adfectus etsi non sequitur effectus; ad Dig. 1, 8 dei divis. rerum l. 11: voluerit. Ergo pro solo conamine punitur... sed dic quo pervenit ad aliquem actum; по сообщенію Cuius'a Super Codice, 1493, ad 1, 3 de episcop. const. 5: ex ista 1. resultat illud notabile generale, quod cadit in brocardus: punitur affectus licet non sequatur effectus. Но въ главной глоссѣ, посвященной покушенію, послѣднее признается наказуемымъ именно только при тяжкихъ преступленіяхъ. Ср. Accursius, Ad. C. 1, 3 de episcop. const. 5: Ad actum processit, et tunc aut perduxit ad effectum... aut non perduxit., quia non potuit et tunc aut erant atrociora: et hoc casu punitur ac si ad effectum perduxisset, aut non erant atrociora. Et hoc casu punitur; ad Dig. 47, 11 de extraord. crim. l. 1, 2: Propter voluntatem... puniuntur. Sed hic speciale propter enormitatem criminis. Sed ad his pervene-

Наконецъ, репрессія покушенія опредѣлялась глоссаторами слѣдующимъ образомъ. Наказуемость покушенія признавалась ими менѣе неумолимой, нежели наказуемость оконченнаго преступленія и уже въ ту эпоху существовало одно специальное основаніе отпаденія этой наказуемости: добровольный отказъ виновнаго отъ доведенія предпринятой имъ преступной дѣятельности до конца. Виновникъ покушенія, въ этомъ случаѣ, освобождался отъ уголовной отвѣтственности¹⁾. Но во всѣхъ остальныхъ случаяхъ виновный въ покушеніи подвергался наказанію, и при томъ къ нему примѣнялось то же наказаніе, которое полагалось за совершеніе оконченнаго преступленія. Покушеніе на преступленіе каралось такъ же строго, какъ и оконченное преступленіе²⁾.

Какъ мы указали, ученіе глоссаторовъ о покушеніи на преступленіе представляло собою продуктъ ихъ правосознанія и оно не находило себѣ никакой опоры ни въ римскомъ правѣ, ни въ статутарномъ правѣ. Но уже весьма рано эти положенія, вмѣстѣ со многими другими положеніями Глоссы, приобрѣли нормативное значеніе. Изреченія глоссаторовъ стали пользоваться тѣмъ же авторитетомъ, какъ и законъ³⁾, и сообразно съ этимъ, изложенныя правила о покушеніи приобрѣли значеніе дѣйствующаго права. Изученіе послѣдующаго развитія положеній о покушеніи, въ средневѣковомъ итальянскомъ правѣ, убѣждаетъ насъ въ томъ, что оно непосредственно примыкало къ вышеизложеннымъ ученіямъ глоссаторовъ.

III. Ученіе глоссаторовъ о покушеніи пережило ихъ школу, и возрѣнія ихъ на наказуемость предварительной преступной дѣятельности раздѣлялись также и ранними представителями школы постглоссаторовъ или комментаторовъ. Въ сочиненіяхъ

runt ad aliquem actum? Respon. sic ut ad colloquia. vel basia, quae sunt praecedentia veneris.

¹⁾ Accursius, Gl. ad C. 1, 3 de episcop. const. 5: ad actum processit, et tunc aut perduxit ad effectum et indubitanter punitur. Aut non perduxit, et tunc... quia noluit; et hoc casu ei parcitur; ad Dig. 47, 2, 1. 65 (67).

²⁾ Accursius. Gl. ad C. 1, 3 de episcop. const. 5: ad effectum... non perduxit... quia non potuit... et hoc casu punitur: ac si ad effectum perduxisset.

³⁾ Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, V, 1850, s. 295.

этихъ юристовъ мы находимъ уже знакомыя намъ воззрѣнія на покушеніе.

Обнаруженіе преступной воли здѣсь, такъ же какъ ранѣе, признается не подлежащимъ наказанію ¹⁾. Подъ покушеніемъ по-прежнему, разумѣется всякое дѣйствіе, совершенное съ цѣлью выполненія преступленія, но не достигшее этого результата, т. е. подъ понятіе о покушеніи по-прежнему подводится вся предварительная преступная дѣятельность ²⁾.

¹⁾ Odofredus, Super Codice (+ 1265) 1514, p. 25: (si aut quis cogitat nec agit nec perficit... delinquit venialiter... quia primi motus non sunt in potestate nostra.

Alb. de Gandino (+ послѣ 1300), De maleficiis, 1532, De poenis reorum, n. 5: Si autem cogitavit, nec perficit... non punitur. Въ послѣдующее время, эти воззрѣнія раздѣлялись Jac. de Bello Visu (+ 1335).

Ср., Jac. de Bello Visu, Practica criminalis, 1580, lib. III. cap. XXVI, n. 3, p. 644: quando quis cogitat, sed non agit, nec perficit, tunc non punitur jure civili... quia primi motus non sunt in potestate nostra.

²⁾ Odofredus, Super Codice, 1514, p. 25: (Si autem cogitat et agit: sed non perficit ut erat hic quis cogitavit corrumpere vel attentare: pervenit ad actum: quis locutus est cum ea: sed non perficit. Subdistinguo. aut non perficit quia non potuit: aut non perficit quia non vult. Primo casu cum non perficit quia non potuit. sed libenter vellet si posset: habentur hoc pro facto in sui prejudicium et punitur poena huius l. cum suis similibus.)

Alb. de Gandino, De maleficiis, De poenis reorum, 1532: (Si autem cogitavit et agit sed non perficit tunc subdistingue: quia aut noluit et non potuit... punitur: quia in maleficiis spectatur voluntas, non exitus.

Jac de Bello Visu Aurea practica criminalis, lib. III cap. XXVI, n. 3, p. 645: quando cogitat et agit, sed non perficit... quia non potuit... et tunc punitur. Sed non tanta poena, sicut si esset consummatum... distingue, quia aut processit ad actum realem, vel ad actum consilii tantum: si ad actum consilii tantum, tunc punitur poena extraordinaria, ut D. de extraord. crim. L. prima in fine, et quod in publicis delictis, solum consilium dans punietur, probatur D. de falsis, L. prima n. primo; et ad legem Juliam de vi publica, L. ex senatu: aut processit ad actum realem et tunc punitur poena ordinaria illius criminis. Zachariae, II. s. 11, 12 полагаетъ, что подъ actus consilii, Bello Visu подразумѣваетъ внутреннія (психическія) дѣйствія, упоминаетъ о нихъ для того, чтобы подвести подъ понятіе покушенія тѣ положенія римскихъ источниковъ, которыя ему кажутся противорѣчащими принципу безнаказанности nudaе cogitationis; не слѣдуетъ ли скорѣе разумѣть подъ actus consilii акты подстрекателя, какъ на то указываетъ ссылка Bello Visu: in publicis delictis solum consilium dans punietur? О значеніи этого выраженія ср. также Jul Clarus, Sent recept., lib V, qu. 88 n. 1: Consilium dans alicui ut delinquat, qua poena, sit puniendus?

Покушение карается только при тяжких преступлениях¹⁾, которыя отождествляются криминалистами этого времени съ преступлениями, преслѣдуемыми въ публичномъ порядкѣ²⁾.

Сходно съ глоссаторами рѣшаетъ это направленіе и вопросъ объ условіяхъ наказуемости покушенія. Репрессія покушенія, по ученію разсматриваемаго направленія, обладаетъ тою же степенью неумолимости, что и раньше — покушение оставляется безъ наказанія только въ случаѣ добровольнаго отказа виновнаго отъ доведенія своей преступной дѣятельности до конца³⁾. Въ другихъ случаяхъ, покушение подлежитъ наказанію и при томъ, оно наказывается такъ же строго, какъ и оконченное преступленіе; предварительная преступная дѣятельность

¹⁾ *Odofredus, Super Codice, 1514, p. 25.*

Alb de Gandino, De maleficiis, De poenis reorum, n. 2: Vel subdistingue. quod aut cogitavit et ad actum processit et per eum non stetit et fuit de maleficiis atrocioribus et tunc punitur per jura praedicta...—aut non erat de maleficiis atrocioribus et tunc non punitur per jura praedicta...

²⁾ Такъ, напр. въ пользу отождествленія этихъ понятій высказывается *Jac. de Bello Visu*. Покушение наказуемо, по его мнѣнію, только при преступленияхъ публичныхъ и тяжкихъ, но не при преступленияхъ частныхъ и легкихъ.

Jac. de Bello Visu, Aurea practica criminalis, lib, III, cap. XXVI, n. 3, p. 645, 646: si autem non perficit, quia non potuit; tunc subdistingue, quia aut loquimur in criminibus privatis et non atrocioribus, et tunc ille qui non perfecit, quia non potuit, non tenetur; nec civiliter, nec criminaliter... aut loquimur in atrocioribus et publicis criminibus et tunc punitur; ibid, lib. I, cap. III, n. 75, p. 37: vel dic quod loquuntur in magnis criminibus. in quibus voluntas et conatus pro facto reputatur.

³⁾ *Odofredus, Super Codice, 1514, p. 25: In secundo casu cum non perficit quia non vult: posset tamen sed penitet: hic indubitanter dicendum est quod venia est dignus. unde qui falsam monetam incipit cudere et penitet: venia dignus est.*

Alb. de Gandino, De maleficiis, De poenis reorum, n. 2: si autem cogitavit et egit sed non perficit... quia noluit, venia est dignus.

Jac. de Bello Visu, Aurea practica criminalis, lib, III, cap. XXVI, n. 3, p. 645: si non perficit quia noluit, tunc dicit glossa indistincte, quod non punitur... sed tu distingue sic. quia aut est processum ad actum, qui cadit in speciem delicti; et tunc punitur poenis illius delicti... aut processit ad actum qui non cadit in speciem delicti; et tunc non punitur... Zachariae, I, s. 99. II, s. 284 справедливо указываетъ на то, что здѣсь впервые мы встрѣчаемъ указаніе на такъ называемое квалифицированное покушеніе.

влечетъ за собою то же наказаніе, что и совершеніе преступленія ¹⁾).

IV. Начиная съ первой половины XIV-го столѣтія въ воззрѣніяхъ итальянскихъ юристовъ на покушеніе, происходятъ перемѣны. Появляется новое ученіе о покушеніи, представители котораго даютъ иную характеристику этой формы преступности. Ученіе это, подобно предыдущему, приобрѣло вскорѣ нормативный характеръ, получило значеніе нормъ дѣйствующаго прага. Съ правнопсихологической точки зрѣнія, оно знаменуетъ собою нѣкоторое смягченіе суровости средневѣковаго уголовного права и является показателемъ повышенія уровня культуры тогдашняго населенія Италіи.

Это воззрѣніе на покушеніе признавало, вмѣстѣ съ прежнимъ, безнаказанность обнаруженія преступной воли ²⁾, но оно существенно расходилось съ нимъ при опредѣленіи объема наказуемой предварительной дѣятельности. Прежнее широкое понятіе о покушеніи казалось представителямъ новаго направленія подлежащимъ замѣнѣ новымъ, болѣе узкимъ, понятіемъ о предварительной дѣятельности. Они считали необходимымъ различать, въ составѣ соотвѣтственной дѣятельности виновнаго, двѣ категоріи актовъ: дѣйствія близкія къ преступленію, (какъ напр., установка лѣстницы у стѣны монастыря съ цѣлью похищенія мона-

¹⁾ *Odofredus. Super Codice, 1514, p. 25: et punitur poena huius l. cum suis similibus.*

Alb. de Gandino; De maleficiis, 1532, De poenis reorum, n. 4: non perfit... quia non potuit, punitur.

Jac. de Bello Visu, Practica criminalis, lib. III, cap. XXVI, n. 3, p. 645: aut processit ad actum realem et tunc punitur poena ordinaria illius criminis.

²⁾ *Bartolus, (+1357), Commentaria in primam Digesti novi, 1555. Lugduni, Ad Dig. 1, 8, 1, 11: sola voluntas non punitur.*

Cinus (+1336), Super Codice l. 3 de episc. const. 5: secundo casu s. quis tamen cogitat dico infallibiter quod non punitur ut l. cogitationis.

Albericus de Rosate, Super Codice, 1534 (+1354), C. I. 3. const. 5. n. 4: Primo casu quando cogitat tantum et non agit nec perfit aut stat in finibus cogitationis et tunc non peccat nec punitur quia primi motus non sunt in nostra potestate..

Интересующія насъ теперь воззрѣнія на наказуемость покушенія находили себѣ единичныхъ защитниковъ и въ послѣдующее время. Однимъ изъ наиболѣе позднихъ представителей этихъ взглядовъ является *Angelus Aretinus (+1451)*. Ср., *Ang. Aretinus, Comm. ad Inst. IV, 1, 8: Cogitat et non perfit. Et tunc jure non punitur.*

hini, взломъ дверей монастыря съ тою же цѣлью) и дѣйствія отдаленныя отъ преступленія (какъ напр., приближеніе къ мѣсту совершенія предположеннаго преступленія съ ножомъ или обнаженнымъ мечомъ въ рукахъ). Только первая категорія дѣйствій можетъ быть признаваема за покушеніе на задуманное виновнымъ преступленіе, вторая категорія ни въ какомъ случаѣ не можетъ претендовать на это значеніе и наказанію не подлежитъ ²⁾).

Подобная перемѣна въ пониманіи существа наказуемаго покушенія представляется, конечно, весьма знаменательнымъ явле-

²⁾ Cinius, Super Codice, l. 3 de episc. const. 5: Secundo casu aut quaeritur de puniendo delicto quod accessorie commisit aut de puniendo delicto quod principaliter committere intendebat. Si quaeritur de delicto accessorio, puta de fractura portarum. vel murorum et similium, volendo rapere monialem vel hominem interficere. Isto casu dico quod de tali delicto bene punitur. ut ff. de efractionibus, l. prima et per totum; aut quaeritur de puniendo illo delicto quod principaliter facere cogitavit. scilicet de raptu vel homicidio. tunc subdistingunt Ja. de Ra. et Pet. aut quaeritur de actu remoto a principali intento et cogitato: aut quaeritur de actu proximo principali. Si quaeritur de actu remoto, verbi gratia ivit cum gladio evaginato per viam in casu isto dicunt quod non punitur de principali intento, scilicet de raptu et allegat Pe. l. cogitationis. Secundo casu quando processit ad actum proximum principali intento et cogitato, ut fregit hostia, posuit scalas vel parietes vel ad fenestras camere, tunc dicit Pe. aut processit ad actum verbi, aut ad actum facti. Primo casu punitur extra ordinem...

Angelus Aretinus, Comm. ad Inst. IV, 1, 8: Quando quaerimus de danda accusatione criminali: et tunc aut quaerimus de puniendo delicto quod accessorie fecit: ut puta volens quis furari rupit ostia et intravit domum et tamen furatus non est certe punietur de fractura ostiorum et de introitu domus quod perficit accessorie...s. volens furari cum quo ad ista accessoria perfecit et ita intellegat. Aut quaeritur de puniendo delicto quod quis principaliter facere cogitavit ut puta quis volebat rapere monialem vel homicidium committere et ostia fregit vel cum cultello evaginato insecutus est: et tunc subdistingue secundum Jaco. de Ravanis et Pet.: Aut quaeritur de puniendo actum proximum delicto quod facere cogitavit. Aut de puniendo actum remotum: quis ivit cum cultello. Et isto casu non punietur principaliter de intentato allegat Pet. praedictam l. cogitationis. Si vero processit ad actum proximum: et tunc aut non consummavit... quia non potuit... et tunc secundum comm. opi. perinde punitur ac si perfecisset. Alii dicunt quod hoc casu mitius punitur. Впрочемъ, и въ эту эпоху еще не всѣ криминалисты проводятъ различіе между соотвѣтственными видами предварительной дѣятельности. Cp. Albericus de Rosate, C. l. 3. 5. n. 8: Secundo casu quando cogitat et agit sed non perficit... n. 9: Si vero non perficit quia non potuit sed per eum non remanet. et tunc... delictum est... atrocius et tunc mitius punitur imperfecto flagitio...

+
✓ (+1251)

(+1336)

x
✓

ніемъ. Право разсматриваемой эпохи уже не грозитъ преступнику наказаніемъ за первый его шагъ по пути реализаціи преступленія; оно объявляетъ наказуемой только ту его дѣятельность, которая близко подошла къ моменту реализаціи состава преступленія и, по плану преступника, непосредственно должна была примыкать къ этому моменту. Нѣкоторые изъ ученыхъ идутъ еще дальше и полагаютъ, что только что изложенныя положенія исключали изъ сферы наказуемаго покушенія всѣ тѣ акты поведенія, которые, съ точки зрѣнія современнаго права, представляются приготовительными къ преступленію дѣйствіями¹⁾. Съ этимъ взглядомъ нельзя согласиться. Разсматриваемое ученіе дѣйствительно сокращаетъ прежній объемъ наказуемой предварительной дѣятельности, но не въ той степени, которую имѣютъ въ виду позднѣйшіе криминалисты.

Существо изучаемой реформы состоитъ въ исключеніи изъ сферы покушенія отдаленныхъ приготовительныхъ дѣйствій, но ближайшія къ преступленію приготовительныя дѣйствія она, по прежнему, считаетъ за наказуемую предварительную дѣятельность. Это видно и изъ тѣхъ примѣровъ, которыми иллюстрируется понятіе ближнихъ къ преступленію актовъ и самое названіе ихъ, характеризующее ихъ не какъ часть преступленія, а какъ нѣчто внѣ его лежащее.

Переходя къ разсмотрѣнію тѣхъ преступленій, покушеніе на которыя признавалось въ эту эпоху наказуемымъ, мы убѣждаемся, что, при обрисовкѣ области ихъ, новое направленіе не отступило отъ старыхъ началъ. Оно признавало покушеніе наказуемымъ при тяжкихъ или, по терминологіи нѣкоторыхъ юристовъ, при публичныхъ преступленіяхъ²⁾

¹⁾ Seeger, Die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen in der Wissenschaft des Mittelalters, 1869, S. 44, 45.

²⁾ Bartolus, Comm. in Dig. 48, 10, l. 22, § 4: Dynus vult ergo dicere ipse, quod delictum non sit perfectum tamen sufficit quod inchoaverit, cum hoc sit de factis atrocioribus...

Albericus de Rosate, C. l. 3. 5. n. 9: Si vero non perficit quia non potuit sed per eum non remanet. et tunc aut delictum est leve vel non atrox et non punitur ut ff. quod quisque jur. l. j. S. si cum similibus et secundum Jac. de Are. ibi non est delictum imo ius quod valet licet iniquum ut ff. de iusti. et iure. l. penul.

Cinus, Super Codice, l. 3 de episc. const. 5: Tertio casu s. quando cogitat et agit sed non perficit ut in l. nostra. dico aut quaeritur de actione civili danda, aut de criminali accusatione. Primo casu non datur actio...

Напротивъ, существенную реформу внесло это направление въ область нормировки наказуемости покушенія. Хотя новое направление придерживалось прежнихъ взглядовъ на условія наказуемости покушенія и, по-прежнему, признавало основаниемъ отпаденія наказуемости покушенія одинъ только добровольный отказъ виновнаго отъ предпринятой имъ преступной дѣятельности ¹⁾. Но представители этого направленія выработали совер-

Angelus Aretinus, Super Institutis, Lugduni, 1540, Comm. ad Inst. IV, l. 1, 8: quando cogitat et agit sed non perficit. Et tunc aut quaeritur de actione civili danda aut de danda criminali. Primo casu civilis actio non datur regulatiter... et hoc nisi delictum de facile transeat in exemplum ut hic fallit in l. j. § persuadere. ff. de ser. corrup.

¹⁾ Bartolus, Comm. in primam Digesti novi, Lugduni, 1555, p. 201: Nota quod ille, qui inchoavit delinquere, et non perficit, quia noluit, excusatur (Comm. D. 48, 10, ad legem Corneliam de falsis, l. 19).

Cinus, Super Codice, l. 3, const. 5 de episc.: quando processit ad actum proximum principaliter intento et cogitato. aut non consummavit quia noluit, aut quia non potuit. Primo casu non punitur.

Angelus Aretinus, Comm. ad Inst. IV, 1, 8: Si vero processit ad actum proximum et tunc aut non consummavit quia non voluit... et tunc non punitur.

Albericus de Rosate, C; l. 3. 5. n. 8: Secundo casu quando cogitat et agit sed non perficit aut voluntate propria aut impossibilitate nature aut impossibilitate iuris aut rei veritate considerata magis quam opinione aut voluntate passi delictum attempta. Si voluntate propria non perficit delictum regulariter non punitur ut ff. de fal. l. qui falsam. cum similibus ibi notatis, fallit in crimine lese maiestatis...

Впрочемъ, въ сочиненіяхъ юристовъ разсматриваемаго періода имѣются положенія, которыя могутъ возбудить мысль, что, на ряду съ добровольнымъ отказомъ отъ покушенія, этимъ юристамъ было извѣстно и другое основаніе отпаденія отвѣтственности за покушеніе, именно, невозможность доведенія преступной дѣятельности до конца, въ силу неспособности акта виновнаго воспроизвести законные признаки преступленія. Ср. Cinus, Super Codice: l. 3 de episc. const. 5: quando non potuit, aut impeditur impedimento iuris aut impedimento facti. Si impedimento iuris in casu isto non punitur ac si delictum non esset consummatum...

Angelus Aretinus, Comm. ad Inst. IV, 1, 8: si vero non perficit. quia non potuit: aut fuit impeditus impedimento iuris aut impedimento facti. Primo casu non punitur perinde ac si perfecisset... secundo casu quando impedimento facti... punitur.

Petrus de Bellapertica, Lectura super prima parte Codicis l. 3, 5: Jtem est adhuc unum ibi si dico quod ubi non consumat, tamen procedit ad actum tunc (?non?) punitur. hoc est verum ut ubi jus obstet consummationi delicti et impediatur delictum consummari. Verbi gratia. ego contrectavi equum tuum in stabulo credens te volens (вѣроятно nolentem).

шенно новья начала опредѣленія размѣра наказуемости покушенія и высказались въ пользу смягченія карательныхъ мѣръ, назначавшихся за предварительную преступную дѣятельность. По общему правилу, полагали эти ученые, покушеніе должно

et sic habui animum fraudandi. tu bene vis quod ego ceperim. numquid ego sum fur. dico quod non. quia res resistit. Nam de jure ad furtum exigitur quod contrectatio fiat invita domino... punitur cogitatus (?cogitans?) et agens non consummans nisi jus obstet commissioni delicti. Ср., Seeger Versuch im MA, S. 33. Но подобный выводъ, былъ бы неправильнымъ. Приведенныя положенія представляютъ собою попытку формулировки основаній безнаказанности нѣкоторыхъ упоминаемыхъ римскими источниками случаевъ негоднаго покушенія, именно, случаевъ негоднаго покушенія на частныя или легкія покушенія. Говоря объ *impedimentum juris*, юристы разсматриваемаго направленія ссылаются на D. 47. 2. 46 8; D. 47. 19. 6; Inst. IV. 1. 8 и др. мѣста, говорящія о негодномъ покушеніи на кражу. При этомъ, съ догматической точки зрѣнія, подобная аргументація не можетъ быть признана удачною.

Для обоснованія безнаказанности негоднаго покушенія на эти преступления, по средневѣковому итальянскому праву, было достаточно сослаться на легкій характеръ, задуманнаго въ этомъ случаѣ преступления, т. е., указать на незначительность этого преступления. (Въ разсматриваемую эпоху, кража признавалась легкимъ преступленіемъ и, какъ годное, такъ и негодное покушеніе на совершеніе ея, не подвергалось наказанію. Ср., Albericus de Rosate, Super Codice, VI, 2, 20. Si quis servo, n. 3. videlicet aut consilium datur ad corrumpendum servum et tunc indistincte tenetur licet delictum sit leve ut ff. de servo corrupto, I. j. § persuadere. aut ad aliud delictum faciendum et tunc erat tale ex quo agi non potest nisi delicto perfecto ut quia leve est ut ff. quod quisque iuris. I. j. § finali. de injur. l. item apud labeonem. § si curaverit. et de furtis. l. si quis uxori § neq. tunc tenetur consulens secuto delicto si delinquens non erat alias facturus: alias non ut hic no. cum concor. et est ratio quia cum delictum est leve non punitur quis nisi sit perfectum). Но, большинство юристовъ этого времени предпочло создать для оправданія безнаказанности упомянутыхъ случаевъ покушенія особое основаніе и ввело, такимъ образомъ, значительную неясность въ ученіе о покушеніи. Дѣло въ томъ, что ученіе объ *impedimentum juris*, какъ объ основаніи безнаказанности покушенія, поддерживавшееся старыми юристами при обсужденіи покушеній на частныя преступления, предавалось ими полному забвенію при обсужденіи покушенія на преступления публичныя. Такъ, напр., покушеніе на подлогъ, на прелюбодѣяніе и на убійство признавалось въ эту эпоху наказуемымъ и въ томъ случаѣ, когда дѣйствіе виновнаго не получило характера оконченнаго преступленія вслѣдствіе наличности „юридическихъ препятствій“ къ выполненію послѣдняго. Ср., напр., C i n u s, Super Codice, IX, 19 de sepulcro viol. const. 1, n. 4. Bartolus, Comm. ad. D. 48 de falsis, 10, 1, 6 si quis legatum: notarius fecit instrumentum falsum: quod instrumentum propter aliud vitium erat nullum, quaeritur utrum notarius pos-

наказываться мягче, чѣмъ оконченноѳ преступленіе ¹⁾). Только sit de falso puniri... tabellio pervenit ad aliquem actum, et ad perfectionem instrumenti, quamvis sit inutile, nec ex eo posset aliquid peti et sic debet puniri, ex quo scienter fabricaverit. et haec est ipsa veritas dicit Dy. О колебаніяхъ Bartolus'a, ср., Seeger. Versuch im MA, s. 36, 38, 39.

Angelus Aretinus. De maleficiis, Rubr. Che me hai adulterato la mia dona: ex parte.. committentis adulterium non refert. an credat eam veram uxorem Titii, et sciverit, an eam in animo reputaverit et tenuerit pro uxore Titii, quia Titio injuriam inferre volebat. Rubr. Falsario n. 3: Habeas tamen pro fundamento vero, quod de falsitate quis puniri non potest, nisi talis falsitas sit alicui nocitura: nam si alteri damnum non inferat, licet falsum commissum sit, et dolose, tamen talis falsitas non puniatur... Sed quod dixi. nisi noceat, supple, vel nocere possit: quia tunc teneretur de falso... quod tamen limita: ut notat Salicetus... et statim dicam in sequenti quaestione... n. 21: Quaero testis dicit falsum, sed eius dictum non valet an incidat in falsum dicit Bar. quod si suum dictum non valuit quia non iuravit punitur de falso... Ср. также Augustinus Ariminensis, ibid., n. 6.

Bonifacius de Vitellinis. De maleficiis, Rubr. de falsis, n. 14. Sed quod si instrumentum est falsum ibi ubi non est vis instrumenti an ille qui fecit vel utit dolose puniatur de falso? Respondeo et videtur quod sic.

Albericus de Rosate, C. 1, 3, 5 n. 9. Aut contra naturam patientis et punitur ut ff. de adul. l. si uxor. & fin. et de penis. l. si quis aliquid. qui nondum. Si vero rei veritate considerat magis quam opinione non perficit ut quod credidit occidere hominem et occidit equum et tunc punitur ut ff. de crimi. expila. her. 1, fi. et extra de sent. excommunic. c. IV.

Въ послѣднихъ случаяхъ, т. е., когда негодное покушеніе признается итальянскими криминалистами за наказуемое дѣяніе, измѣняютъ они и своему объективному отношенію къ римскимъ источникамъ. Такъ, Alb. de Rosate, въ подтвержденіе своего взгляда на наказуемость покушенія надъ негоднымъ объектомъ, ссылается на D. 48. 5. 14 (13). 10, каковой текстъ вообще къ данному случаю не относится и, во всякомъ случаѣ, говоритъ не о наказуемости виновнаго лица, а о безнаказанности его. D. 48. 5: 14 (13). 10. Idem dicendum est, si stupri velit accusare eam quam postea duxit uxorem: sero enim accusat mores, quos uxorem ducendo probavit. Въ подтвержденіе своего взгляда на наказуемость покушенія надъ негоднымъ объектомъ преступленія убійства, онъ ссылается на D. 47. 19. 6, каковой текстъ устанавливаетъ безнаказанность посягательства на негодный объектъ воровства. D. 47. 19, 6. Paulus libro primo ad Neratium. Si rem hereditariam, ignorans in ea causa esse, subripuisti, furtum te facere respondit. Paulus: rei hereditariae furtum non fit sicut nec eius, quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripiantis.

¹⁾ Albericus de Rosate, C. 1, 3, 5 n. 9; Aut est atrocius et tunc mitius punitur imperfecto flagitio. ut. d. l. j. in pn. et in ff. de extraor. crimi... Cinus, Super Codice, IX, 16 ad 1. Corn. de sicar. const. 7. Si quis cum telo: mitius punitur actus non consumatus et hoc est verum regulariter nisi ubi l.: dicat expresse pariter puniri, sicut in hoc casu dicit... non minus puniat eus considerato proposito, iudex tamen considerare debet eventum.

въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ, именно, при наиболѣе тяжкихъ преступленіяхъ, покушеніе влечетъ за собою то наказаніе, которое грозитъ за оконченное преступленіе ¹⁾).

V. Во второй половинѣ 14 вѣка, мы замѣчаемъ появленіе дальнѣйшихъ переменъ въ воззрѣніяхъ криминалистовъ на покушеніе и итальянская литература того времени обогащается новыми взглядами на этотъ предметъ. Новыя идеи о наказуемости покушенія постепенно приобрѣтаютъ все болѣе сторонниковъ въ доктринѣ уголовного права и та характерная обрисовка, которая придается ими интересующей насъ формѣ преступности, должна быть признана за особую стадію въ развитіи положеній о наказуемой предварительной дѣятельности.

¹⁾ Albericus de Rosate, C. l. r. y. n. 9: Aut est atrocissimum, et tunc eadem pena punitur ac si perfecisset ut hic in d. l. quisquis ad l. iul. maiestatis cum similibus... Bartolus, Commentaria in primam Digesti novi. D. 48, 9, 1. p. 198: nota textum hujus legis in f. quod qui emit venenum ut daret alicui licet non dederit, punietur perinde, ac si dedisset. Quod no. contra illos monachos qui dicuntur voluisse venenare Abbatem sancti Petri.

Angelus Aretinus. De maleficiis, 1532, Rubr. In platea communis, n. 29: Primo casu potest in eodem processu de morte cognosci et puniri: quia de jure communi valuit accusatio et inquisitio si simpliciter de vulneribus fuerit dictum, licet de morte ommissum fuerit. Quia lex Cornelia de sicariis non requirit quod percussus moriatur: sed sufficit quod animo occidendi percusserit... Rubr. et ex intervallo Si advertas ne erres, quia is qui cum gladio devenit ad actum proximum animo occidendi, licet non occiderit tenetur de sicariis ac si interfecisset... sed statuta per Italiam puniunt factum et non animum Unde ad similitudinem legis Aquiliae dicunt, si quis interficit: unde nisi interficiat, licet etiam mortis causam animo praebuerit, non tenetur de sicariis, sed alio modo castigabitur... Это правило, однако, терпитъ исключенія, напр., при veneficium, parricidium...

Aug. Ariminensis. De maleficiis, Rubr. ex intervallo. Tu autem in hac materia adde quod etiamsi non essent statuta per Italiam: sed jus commune hodie de generali consuetudine totius mundi derogatum est. l. is qui cum telo. C. de sicariis et similibus legibus: quia etiam cessante statuto nemo debet decapitari, nisi proprie occiderit alterum. nec propter animum tantum debet puniri, nec propter conatum tantum... Fallit in crimine laesae maiestatis, et in assassino ut dicunt Bal. et Ang...

Item adde quod Joan. Fab. insti. de pub. judi. in § alia. approbat ibi opin. pla de qua in gl. ibi in verbo preparaverit ut teneatur l. corne. de sicariis ille preparavit venenum alicui causa venenandi. Et sic opi. Bar. quam tenuit... Credo opinionem Bartoli non procedere: et quando non essent statuta, ut dixi, de generali consuetudine totius mundi, hodie nemo debet mori: licet devenit ad conatum nisi sequatur effectus mortis, per dictum speculatore...

Криминалисты этого направления присоединяются къ своимъ предшественникамъ при обсужденіи вопроса о значеніи обнаруженія преступной воли и иногда они считаютъ нужнымъ специально упомянуть о безнаказанности этого дѣянія ¹⁾. Но они расходятся съ вышеизложеннымъ ученіемъ при обрисовкѣ состава покушенія. Различая въ составѣ предварительной дѣятельности, подобно предыдущему ученію, двѣ категории актовъ — ненаказуемая и наказуемая предварительныя дѣйствія, эти ученые даютъ первой группѣ соответствующихъ дѣйствій такую характеристику, что они совпадаютъ, по своему содержанію, съ дѣяніями, квалифицировавшимися юристами предшествующаго направления какъ отдаленныя отъ преступления дѣйствія (actus remoti; рассматриваемые ученые указываютъ на поднесеніе женщинѣ подарковъ съ цѣлью введенія ея въ соблазнъ, какъ на примѣръ подобныхъ дѣйствій). Но эти ученые усваиваютъ этимъ дѣйствіямъ отличное отъ прежняго значеніе и признаютъ ихъ не за отдаленное покушеніе, а за дѣйствія, вовсе не находящіяся въ связи съ преступленіемъ, за акты, не направленные на осуществленіе его. И нужно замѣтить, подобная перемѣна представляетъ собою не одну только терминологическую реформу. Она означаетъ собою также и возникновеніе убѣжденія въ существованіи принципиальнаго различія между указанными дѣйствіями и актами наказуемаго покушенія. Дѣйствія, почитавшіяся раньше стоящими въ извѣстномъ, хотя и отдаленномъ, отношеніи къ преступленію (actus remoti), теперь признаются вовсе къ нему не относящимися, вообще не считаются дѣйствіями, направленными на совершеніе преступления...

Но главную реформу, внесенную новымъ направлениемъ въ область ученія о составѣ покушенія, нужно признать предложенное имъ новое пониманіе существа наказуемаго покушенія.

¹⁾ Baldus (+1400) Comment. ad Codicem, 1, 3, const, 5, n. 3;

Barth. de Saliceto (+1412) Sup. Codice, C. IX, 16, 7: ibi qui cogitavit ad nullum actum exteriorem processit... Tum quaeritur an qualiter, et quando puniatur affectus sinon est sequutus effectus aut effectus ad actum exteriorem non deductus et sic stetit in meris finibus cogitatus et tunc iure fori non punitur.

Pauli Castrensis (+1436), In primam Codicis partem Commentaria 1575, C. I. 3. 5. Si quis non dicam. in gravibus maleficiis punitur affectus et conatus cum opere sub secuto, licet non sit secutus effectus, quia non potuit... secus si non pervenit ad aliquem actum facti, sed stetit in solo cogitatu. ut in l. cogitationis. ff. de poen.

Согласно воззрѣніямъ представителей этого направленія, покушеніе должно быть признано сложнымъ явленіемъ. Въ составѣ его необходимо различать два вида актовъ: покушеніе отдаленное (conatus remotus) и покушеніе близкое къ выполнению (conatus proximus). Ближайшаго объясненія сущности различія обоихъ видовъ покушенія въ трудахъ криминалистовъ изучаемаго направленія мы не находимъ, но, изъ приводимыхъ ими примѣровъ, можно заключить, что, подъ отдаленнымъ покушеніемъ, они разумѣютъ ближайшія изъ примыкающихъ къ акту, реализующему составъ преступленія, приготовительныя дѣйствія, въ родѣ взлома дверей съ цѣлью учинить извѣстное преступленіе въ закрытомъ помѣщеніи, ношенія оружія въ видахъ лишенія кого-либо жизни и т. п., а подъ покушеніемъ ближнимъ—дѣйствіе, начинающее исполненіе состава преступленія, реализацію части преступнаго умысла ¹⁾.

¹⁾ Barth. de Saliceto, Comm. ad C. IX, 16, 7: Aut in criminalibus et tunc aut ille actus per quem dicitur ad conatum pervenisse non tendit in sui forma vel figura ad consummationem affectus et non punitur sicut iocalia donare mulieri gerens in animo eam successive subducere. aut actus ille in sui forma vel figura tendit ad consummationem affectus et tunc actus ille punitur sed diversi mode. Nam aut est proximus consummationi et facto principali et punitur ac si affectus fuisset consummatus... aut actus ille non est proximus consummationi: et tunc aut actus ille cadit in speciale nomen maleficii et punitur poena illius maleficii. Exemplum sume in fractore ostiorum qui tenebitur ex illo titu. ff. de effrac. et in portante arma alium occidendi causa qui punitur poena legis civilis vel municipalis arma portari prohibentes. Aut actus ille non cadit in speciale nomen maleficii. et tunc poena extraordinaria iudicis arbitrio punitur.

Pauli Castrensis, C. I, 3, 5: Si quis non dicam... in gravibus maleficiis punitur affectus et conatus cum opere sub secuto, licet non sit secutus effectus, quia non potuit... Bartholomaeus Caepolla (+1477) Repetitio l. si fugitivi (Varii tractatus, Venetiis, 1571), n. 67: Quia non est omnino absque delicto, qui delinquere inchoavit et cum non sit determinata poena, punietur iudicis arbitrio: ut ff. de poenis, 1. hodie, et l. 1, § expilatores...

Baldus, Comm. ad C. I, 3 de episc., const. 5, nr. 5: Sed tu dic. quod aut delictum est attentatum per actum verbi, aut per actum facti. Si per actum verbi, mitius punitur. ut in contrario, si per actum facti, semper refert, aut est actus multum principaliter propinquus delicto et quasi de esse eius, et quasi pars intrinseca eius delicti, ut prostratio in terram in actu carnali, tunc de rigore debet puniri sicut pro actu consummato... Si autem est actus magis remotus ut osculum, vel alii actus, tunc mitius punitur. Изъ этой цитаты видно, что и Baldus относилъ приготовительныя къ преступленію дѣйствія къ области наказуемаго покушенія: osculum, по-

Таково существо произведенной представителями разсматриваемого направления реформы въ области учения о составѣ покушенія ¹⁾. Переходя къ разсмотрѣнію другихъ частей учения

цѣлуй, не можетъ быть признанъ за начало выполнения состава прелюбодѣянiя, изнасилованiя и т. п. Сторонники противоположнаго взгляда, въ подтвержденiе его, приводятъ другое положенiе Baldus'a, которое, дѣйствительно, относитъ къ покушенiю одно только начало выполнения состава преступленiя. Такъ, нѣкоторые ученые (ср. напр. Seeger, Versuch, s. 23, 44, ссылаются на

Baldus. Comm. ad. C. IX, 1 qui accus. non poss. const. 11, 51: Item not. quod personales, scilicet amissiones vitae et membri, requirunt delictum consummatum, sed poenae minores non requirunt delictum consummatum: sed inchoatum... Inchoatum autem delictum statim quod conatus transit in alium id est, in contumeliam alterius et non ante, licet finalis effectus non sequatur et hoc potest contingere dupliciter. Primo, per actum remotum a principali delicto, sicut est insultus ad homicidium faciendum, vel per actum proximum, sicut est vulnus. Actus ergo verbi et actus facti remotus minus punitur, sed actus propinquus acrius punitur, tamen ibi iudex ex officio mitigat poenam... Но, эта цитата доказываетъ только, что Baldus давалъ распространительное толкованiе понятiю объ отдаленномъ покушенiи и относилъ къ области послѣдняго и нѣкоторые случаи начала исполненiя состава преступленiя. О возрѣнiи его на юр. природу приготовительныхъ дѣйствiй, изъ этой цитаты, вообще ничего нельзя заключить, такъ какъ въ ней идетъ рѣчь не о начальномъ моментѣ отдаленнаго покушенiя, а о конечномъ моментѣ его. Справедливость вышеприведеннаго взгляда подтверждается еще и другими положенiями Baldus'a, которыя прямо признаютъ наказуемость приготовительныхъ дѣйствiй. Ср. Baldus, Comm. ad Inst. IV, 1, 8: Secundo casu, scilicet quando quaerimus de actione danda in criminali: tunc aut quaeritur de puniendo delicto, quod facere cogitavit, aut de puniendo quod accessorie fecit. Secundo casu quando tractatur de puniendo delicto quod fecit accessorie ut puta quidam volens furari rupit ostia et domum introivit et tamen furatus non est certe punitur de fractura ostii et introitu domus quando perfecit accessorie scilicet volens furari cum quo ad ista accessoria perficit et ita intelligitur ff. de effractoribus per totum. Aut quaerimus de delicto puniendo quod principaliter facere cogitavit, puta quis volebat rapere monialem vel committere homicidium et ostia fregit vel cum cultello insecutus est et tunc subdistingue secundum Ja: de Ra. et Pe. Aut quaeritur de puniendo actu proximo delicto quod facere cogitavit aut de puniendo actu remoto: si de puniendo actu remoto. Verbi gratia quis ivit cum cultello: et isto casu non punitur principaliter de intentato: secundum alias poena dicta l. cogitationis. Si vero processit ad actum proximum: et tunc non consummavit... quia non potuit... punitur ac si perfecisset...

¹⁾ Изъ приведенныхъ цитатъ видно, что криминалисты изучаемаго направленiя различали въ составѣ предварительной дѣятельности, не только conatus remotus et conatus proximus, но еще и actus facti et actus

этихъ юристовъ о покушеніи, нужно сказать, что они оставили безъ измѣненій прежнюю сферу наказуемости покушенія. Покушеніе признавалось ими наказуемымъ по прежнему только при тяжкихъ ¹⁾ или публичныхъ ²⁾ преступленіяхъ. Точно такъ же

verbi. Въ виду того, что понятіе *actus facti* обнимаетъ собою оба вида покушенія и *actus verbi* представляетъ собою нѣчто отличное какъ отъ *actus proximus*, такъ и *actus remotus*, можетъ показаться, что, подъ *actus verbi*, слѣдуетъ разумѣть третій, наиболѣе отдаленный отъ окончанія видъ покушенія. Но, по справедливому замѣчанію Pfothenauer'a, s. 171—173, (Ср. также Eisenmann, s. 43, 44) такой выводъ былъ бы неправильнымъ. *Actus verbi* представляетъ собою форму преступности, присущую специально однимъ только половымъ преступленіямъ, обязанную своимъ появленіемъ положенію Глоссы, упоминающей о *colloquia vel basia, quae sunt praecedentia veneris* (ad Dig. 47, 11, 1, 2) и общаго значенія не имѣеть. Впрочемъ, по сообщенію Bartolus'a нѣкоторые криминалисты, именно Petrus de Bellapertica сдѣлали попытку объявить *colloquia* безнаказаннымъ дѣяніемъ, на томъ основаніи, что, для наказуемости покушенія, необходимъ *actus facti*, а не *actus verbi* какимъ являются *colloquia* и что наказуемость ихъ несовмѣстима съ принципомъ безнаказанности *nudae cogitationis*. Bartolusъ возражаетъ на это, что Глосса караетъ не только *actus facti*, но и *actus verbi* и что уговоръ женщины въ настоящемъ случаѣ не простое обнаруженіе преступной воли, а *actus verbi*. Bartolusъ Comm. ad D. 47, 11, 1: *Sollicitatores. Opp. imo debent puniri quatenus si perfecissent, ut l. si quis non dicam rapere, C. de episc. et cler. Sol. secundum Pet. ibi pervenit ad actum facti: hic, pervenit solum ad actum verbi secundum hoc gl. que est hic quae dicit quod pervenit ad colloquia, vel ad basia. male dicit in eo quod dicit tunc punietur ac si esset perfectum delictum. Item opponi. de lege cogitationis. infra de poenis. Sol. ibi non pervenit ad aliquem actum, sed hic pervenit ad actum verbi. Ultimo distingue, ut doc. distinguunt in d. i. si quis non dicam rapere. C. de epi. et cle.*

¹⁾ Baldus, Comm. ad C. 1, 3, 5, n. 4: *Secundo opp. et videtur, quod licet, si processum ad aliquem actum, tamen quis non punietur, nisi sit delictum consummatum... quod ibi loquitur in levioribus delictis.*

Pauli Castrensis, C. l. 3, 5: *in gravibus maleficiis punitur affectus et conatus cum opere sub secuto, licet non sit secutus effectus, quia non potuit: secus in non gravibus, ut l. J. § fi. ff. quisque iur...*

²⁾ Barth. de Saliceto, Super Codice, ad C. 9, 16, 7: *ibi quando agitur de puniendo civiliter quo casu effectus debet esse secutus nisi quando delictus est de facili thrahibile in exemplum ut l. si quis servo. s. de furtis... dic aut in civilibus conatus non punitur.*

Baldus, Comm. ad Inst. IV, 1 de obi quae ex del. nasc., 8: *Tertio casu, scilicet quando cogitat et agit sed non perficit. tunc aut quaeritur de actione civili danda aut de actione criminali danda. Primo casu civilis actio non datur regulariter... Phil. Decius (+1535) In Digesti vete et cod. aliquot titulos, 1567, tit. j. de iur. om. iud. § Haec autem verba, n. 7: co-*

была оставлена безъ измѣненія и прежняя неумолимость репрессии: покушеніе освобождалось отъ уголовного наказанія только въ случаѣ добровольнаго отказа виновнаго отъ доведенія преступленія до конца ¹⁾ и другія причины перерыва преступной дѣятельности, при обсужденіи юридической судьбы ея, не принимались во вниманіе ²⁾.

natus sine effectu non attenditur facit text. l. qui autem in prin. infra de his qui no. infa. et ista conclusio videtur procedere de plano in isto ti. in quo agitur civiliter, quo casu conatus non punitur.

¹⁾ Baldus, Comm. ad C. 1. 3, 5, n. 4: non consummavit, quia poenituit, unde sibi parcitur. Barth. de Saliceto, Comm. ad C. IX, 16, 7: Aut per actum illum affectus non est consummatus: et tunc aut hoc evenit propter eius penitentiam et regulariter non punitur.

Pauli Castrensis, C. 1, 3, 5: in gravibus maleficiis punitur affectus et conatus cum opere sub secuto, licet non sit secutus effectus, quia non potuit... secus si non perfecit quia noluit sed poenitentia ductus abstinuit, ut in l. qui falsam. ff. de fals.

²⁾ Какъ мы уже говорили, упоминаемая итальянскими юристами невозможность окончанія преступленія по правовымъ причинамъ (impedimento iuris) не можетъ быть признана за основаніе отпаденія наказуемости покушенія. Покушеніе, въ этихъ случаяхъ, остается безъ наказанія не въ силу неспособности дѣйствія виновнаго къ воспроизведенію признаковъ преступленія, а въ силу того, что виновный предпринимаетъ въ этомъ случаѣ легкое или частное преступленіе, т. е., такое преступленіе, покушеніе на которое вообще не признается наказуемымъ (безотносительно къ годности или негодности покушенія). Соотвѣтствующая конструкція средневѣковыхъ юристовъ не имѣла никакого практическаго значенія въ эпоху своего возникновенія и она обязана своимъ появленіемъ желанію тогдашнихъ юристовъ дать догматическое объясненіе нѣкоторыхъ положеній римскаго права. Какъ было указано, юристы предшествующей эпохи подводили означенные виды покушенія подъ одну общую юридическую категорію актовъ, не доведенныхъ до конца по причинѣ impedimentum iuris. Въ разсматриваемую теперь эпоху, подлежащіе случаи находятъ себѣ болѣе разнообразную юридическую квалификацію. Съ одной стороны безнаказанность негоднаго покушенія на легкія преступленія обосновывается ссылкой на тѣ же соображенія, что и раньше. Ср., Baldus, Comm. ad Inst: IV, 1 de oblig. quae ex del. nasc.: Si non perfecit quia non potuit et tunc aut impedimento iuris aut impedimento facti. Primo casu non punitur perinde ac si perfecisset ut l. inter omnes. ff. de fur... Secundo casu quando fuit impeditus facti impedimento. secundum communi opinione perinde punitur ac si perfecisset. Barth. de Saliceto, Sup. Codice. C. IX, 16, 7: Etiam ubi tractatur de puniendo criminaliter non puniatur nisi effectu sequuto... ibi delictum propter impossibilitatem iuris non est consummatum. Ibid., C. IX, 16, 7: aut per actum illum affectus non est consummatus. Aut hoc evenit propter impotentiam et tunc aut fuit impotentia iuris aut facti; si iuris non punitur. Но, съ другой стороны, въ пользу

Обращаясь къ воззрѣнiямъ разсматриваемаго направленiя на размѣръ, слѣдующаго за покушенiе, наказанiя, мы встрѣчаемся съ весьма существеннымъ нововведенiемъ. Юристы этого направленiя существенно видоизмѣняютъ прежнiя начала наказуемости покушенiя и, при опредѣленiи размѣра отвѣтственности за покушенiе, предлагаютъ принимать во вниманiе двоякаго рода условiя. Мѣра наказанiя за покушенiе, съ одной стороны, должна сообразоваться съ характеромъ задуманнаго виновнымъ преступленiя: покушенiе должно наказываться наравнѣ съ оконченымъ преступленiемъ только при нѣкоторыхъ, наиболѣе тяжкихъ, преступленiяхъ, какъ, напр., при посягательствахъ на

безнаказанности подлежащихъ дѣйствiй, въ это время начинаютъ приводить и другiя основанiя. Такъ, въ оправданiе ихъ безнаказанности, указываютъ на то, что эти дѣянiя не удовлетворяютъ признакамъ состава преступленiя и что эти дѣянiя вовсе не представляютъ собою начала выполненiя преступленiя, а являются юридически безразличными дѣйствiями. Ср., Baldus, Comm. ad C. I, 3, 5, n. 5. Sol. I, quia l. non vult quod sit delictum. Ideo non potest quis puniri quia est non delictum initiatum, sed sumus omnino extra termino delicti...

Наконецъ, въ эту эпоху вырабатывается еще и третiй взглядъ на причины безнаказанности упомянутыхъ случаевъ покушенiя, взглядъ, который ближе всего подходилъ къ правильному рѣшенiю этого вопроса. Именно, нѣкоторые криминалисты указывали на необходимость различенiя условiй выполненiя состава легкихъ преступленiй, съ одной стороны, и тяжкихъ преступленiй, съ другой. Составъ первыхъ преступленiй, по ихъ взгляду, выполняется только актомъ, отвѣчающимъ признакамъ оконченнаго преступленiя; составъ вторыхъ — не только актами, воплощающими въ себѣ всѣ признаки оконченнаго преступленiя, но и актами, представляющими собою только попытку воспроизведенiя признаковъ подобнаго преступленiя. Поэтому, при первыхъ преступленiяхъ, наказуемо какъ годное, такъ и негодное покушенiе, а при вторыхъ всякое вообще покушенiе является ненаказуемымъ. Ср., Baldus, Comm. C. IX, 2, 5: Esse delicti stat in consummatione delicti: quando est tale delictum quod non acquirit formam nisi per consummationem. (ссылается на D. 47, 46, 8; D. 47. 19. 6; D. 2. 1. 2) Sed quando est delictum atrox tum tale delictum acquirit consummationem per ipsam attentationem... et sic de singulis: ut consideremus per quid ipsum delictum punitur a jure et statim quod habemus id per quod punitur scimus quod delictum est consummatum tali consummatione quae sufficit ad consummationem pene...

Это рѣшенiе вопроса, при всѣхъ его формальныхъ недостаткахъ, обладаетъ тѣмъ достоинствомъ, что правильно опредѣляетъ причину безнаказанности негоднаго покушенiя на кражу: это дѣянiе объявляется безнаказаннымъ не потому, что совершенное виновнымъ покушенiе не годно, а потому что оно представляетъ собою покушенiе на легкое пре-

цѣломудріе, при убійствѣ и др. ¹⁾), а въ остальныхъ случаяхъ

ступленіе. Негодное покушеніе на тяжкія преступленія продолжало признаваться наказуемымъ.

Ср. Barth. de Saliceto, Comm. ad C. IX, 19, 1, n. 6: Ultimo haec lex facit ab q. ut tabellio quod fecit falsum instrumentum nihilominus puniatur poena falsi quod dicit Dynus. Esse verum ista ratione: quia quantum in eo fuit consummatum est delictum cum sufficiat in delictis affectio cum actu extrinseco, licet non sequatur effectus... Dynus vero idem dicit quando vitium nullitatis est invisibile. Si autem si visibile dicit eum non puniri poena falsi sed extra ordinem propter crimen stellionat. Baldus, Comm. ad C. IX, 19, 1, n. 5: ergo distinguo, aut dictum testis non tenet, quia testis non iuravit aut propter aliam causam puta post terminum, vel quia testis est infamis, vel inimicus. in primo casu tenet opi. Rich. quia testis non deponit in formam testis (безнаказанность) nisi esset talis cui staretur sine iuramento: quia ille puniretur... Item si testis est iuratus, tunc non curo an valeat dictum suum vel non. Nam certum est quod dictum testis reprobandi non valet: tamen de falso debet condemnari..

¹⁾ Baldus, Comm. ad C. VI, 1 de servis fugit., const. 3, n. 3: Solu. hic ponitur regula, quod mitius punitur motus ad actum, quam actus consummatus. Sed leges contrariae loquuntur in casibus specialibus, scilicet quando quis attentat pudicitiam, vel homicidium, procedendo ad actum suae finali intentioni connexum... Pauli Castrensis, C. 1. 3, 5: Caetera dic, ut in gl. quia magistra etiam plenius hic per Doc., quod conatus mitius puniatur, quam effectus subsecutus, et ubi venit puniendus ut l. j. § fi. ubi dicit tex. quod perfecto flagitio capite punitur: imperfecto vero deportatur. ff. de extraor. crimi. nisi quando exprimit in lege eadem poena, ut hic iuncta l. raptores infra eodem. Barth. Caepolla, Repetitio l. si fugitivi. n. 11: secundum Bald. hic ponitur regula, quod mitius punitur motus ad actum, quam actus consummatus, sed leges contrariae loquuntur in casibus specialibus s. quando quis attentat pudicitiam, vel homicidium procedendo ab actum, suo finali finali intentu annexum. N. 10: Sed in atrocissimis, motus ad delictum punitur, ac si delictum esset consummatum, ut supra de episc. et cler. l. si quis non dicam rapere. Philippus Decius, In Dig. vete et Cod. aliquot titulos, tit. j. de iur. om. iud. § Haec autem verba. n. 8: Ista solutio est vera in se, quia in atrocioribus conatus punitur, licet non habuerit effectum, ut per gl. in l. praesenti in ver. cogitatione. Paulus Castrensis, In primam Digesti Veteris partem Commentaria, Lugduni, 1585, D. 2, 1 (Quod quisque iuris, § Haec autem verba) Vide omnino quod no. in reg. in poenis. de re iur. lib. 6. quod in poenam non incurritur nisi delictum fuerit perfectum, et hoc est clare, aliquando tamen sufficit solus conatus, ut l. si quis cum telo. C. ad l. Cor. de sic. et l. si quis non dicam rapere. C. de epi. et cle. dicit tamen Spe. in tit. de acc. § j. ver. quid si primo. quod omnibus II. dicentibus puniri conatum, ac si delictum esset consummatum, derogatum est per generalem consuetudinem, tene menti perpetuo hoc edictum. Fallit in crimine laesae maie. ut l. quisquis. C. ad l. Iul. maie, et idem in crimine patriae oppugnatae secundum Ang. ibi ubi sufficit solus conatus..

покушение должно влечь за собою болѣе мягкое наказаніе. Съ другой стороны, мѣра наказанія за покушение должна сообразоваться со степенью близости его къ окончанію преступленія: высшею мѣрою наказанія (poena ordinaria при delicta atrocissima, poena extraordinaria при остальныхъ преступленіяхъ) должно караться только близкое къ окончанію преступленія покушеніе—conatus proximus; покушеніе же отдаленное (conatus remotus) должно наказываться слабѣе ¹⁾).

Jasonis Mayni (+1519), Prima super Digesto veteri, Lugduni, 1549, D. 2. 1, n. 15: In fi. gl. fac regulam, quod in delictis nemo penam incurrit, nisi delictum fuerit perfectum et consummatum: ut in regula in penis. de re. iur. in VI. et licet aliqui casus reperiant, in quibus ex solo conatu quis puniatur, ut in l. alle in gl. et in l. is qui cum telo. C. de sica. et in l. s. quis non dicam rapere. C. de epis. et cle. tamen dicit Spe. in tit. de accus. § j. ver. quid si primo. quod omnibus II. de mundo disponentibus quod ex solo conatu quis puniatur: derogatum est per generalem consuetudinem quod dictum est perpetuo tenendum mentem secundum Ang. et Pau. de Ca. hic fallit in crimine lese maiestatis, et patriae expugnatae, vel perturbationis status. l. quisquis et ibi. Ang. C. ad leg iul. maie. et ad illud dicte Spe vide Bar. in l. j. § divus et in l. fi. de sica, et in D. l. is qui cum telo. C. e. et alibi sepe doc cum multis concor. de quibus hic Alex. quibus adde eundem in consi. XLV incip. viso processu inquisitionis formate per potestatem Parme. in iij. col. et in consi.

¹⁾ Baldus Comm. ad C. IX, 1, 11, n. 51: actus facti remotus minus punitur sed actus propinquus acrius punitur, tamen ibi iudex ex officio mitigat poenam: Barth. de Saliceto, Comm. ad C. IX, 16, 7: Aut actus ille in sui forma vel figura tendit ad consummationem affectus et tunc actus ille punitur sed diversi modo. Nam aut est proximus consummationi et facto principali et punitur ac si affectus fuisset consummatus... ссылаясь на Baldus'a, авторъ требуетъ, чтобы судья въ этихъ случаяхъ, ex officio назначалъ редуцированное наказаніе; aut actus ille non est proximus consummationi et tunc aut actus ille cadit in speciale nomen maleficii et punitur poena illius maleficii... Aut actus ille non cadit in speciale nomen maleficii. et tunc poena extraordinaria iudicis arbitrio punitur. Phil. Decius, C. VI, 2, 20, n. 42: Retento tamen in communi intellectu ex gloss. hic colligitur, quod delictum transfugae attentatum non pro consummato. Et ratio videtur secundum Bald. hic, quia text. hic ultra procedit distinguendo poenam delicti attentati, et consummati, alias autem dicit Bal. hic, quod in gravibus delictis punitur delictum attentatum pro consummato. l. si quis non dicam rapere. supra de episc. et cle. ubi etiam Bald. colum. ij. et not. in l. penult ff. de parri. cum si. ut dixi in l. penult. § haec verba: ff. quod quisque iur. Et ex hoc fuit alias dubitatum, qua poena deberet puniri, qui violenter fuit osculatus virginem in platea et videbatur quod poena mortis: quia delictum videtur de atrocioribus. l. pe. in fra. de rap. vir. sed tamen contrarium conclusum fuit quia pro osculo poena extraordinaria imponitur: ut no per glos.

VI. Разсмотрѣнныя воззрѣнія играли роль господствующаго мнѣнія въ итальянской доктринѣ уголовного права въ концѣ 14 и въ 15 вѣкѣ. Въ началѣ 16 вѣка, въ Италии приобрѣтаетъ господство новое воззрѣние, провозглашающее начало дальнѣйшаго смягченія наказуемости покушенія ¹⁾.

Изъ разбора ученій юристовъ этого времени можно видѣть, что обнаруженіе преступной воли, по-прежнему, признается безнаказаннымъ и что если внутреннія, психическія, дѣйствія и объявляются иногда наказуемыми, то не въ качествѣ актовъ предварительной преступной дѣятельности, а въ качествѣ самостоятельныхъ преступленій (напр., впаденіе въ ересь ²⁾). Къ области наказуемой предварительной дѣятельности, такъ же, какъ и прежде, относятся не только акты, начинающіе выполнение преступленія, но и приготовительныя къ преступленію дѣйствія ³⁾. Но

in l. pen. ff. de extraor. cri. cum si. ut habetur in deci. Neapoli. CCLXXV j. Math. affl. serenissimus rex. Et pro tali decisione bene facit, quod in fortiori casu consuluit Cu. in consil. XCV. Christophorus de illo, qui prostravit puellam in terram, et cognatus fuit illam cognoscere, sed illa resistente, non potuit, concludit quod poena mortis non debeat punire. N. 52: cum verba possint signiicare actum imperfectum, sicut perfectum statutum verificatur etiam in actu attentato per actum proximum.

¹⁾ Это воззрѣніе носило характеръ господствующаго мнѣнія въ первой половинѣ и серединѣ 16 вѣка. Но нѣкоторые юристы придерживались этихъ взглядовъ еще и въ концѣ 16 вѣка. Ср., напр., Menochius (+1608), Farinacius (+1613).

²⁾ Menochius (+1600) de arb. judic., lib. II, casus 360, n. 2: Primo sunt delicta aliqua, quae hominis cogitationem non exeunt, sed in ea solum resident. Huic cogitationi, si homo sua voluntate non consentit, non modo non punitur in foro exteriori... n. 6: Excipitur crimen haeresis, cuius sola cogitatio voluntate confirmata punitur. Farinacius (+1613) Opera criminalia, pars V. Qu. CXXIII, n. 112: Regulam procedere in conatu, seu affectu perducto ad aliquem actum, secus in sola cogitatione, quae si non fuerit ad aliquem actum perducta, nulla poena punitur.

³⁾ Covarruvias (+1577) Opera omnia. in Clementis Quinti constitutionem: si furiosus, rubrica de homicidio. Relectio. Pars II. n. 6... Tertio, est omnino considerandum in delictis, quae atrociora non sunt, conatum puniendum fore poena extraordinaria iuxta ipsius conatus qualitatem, non tamen ordinaria: et hoc quidem eo casu, quo conatus est ad exteriorem actum deductus, nec stetit per conantem, quin delictum consummaretur.

Decianus (+1581) Tractatus criminalis, 1591, lib. 9, caput 29, n. 1: Conatus est minus quam factum ipsum, quia conatus est principium exequendi, quod animo cogitavit. et est contrarius effectui et perfectioni, ut est tex. not. in l. 1 in fin ff. quisque iur. dum inquit, quid enim obfuit conatus, cum iniuria nullum habuerit effectum? quaerimus ergo hic, an cona-

юристы этого времени отступаютъ отъ доктрины предшествующаго періода при дѣленіи покушенія на виды. Если формально дѣленіе покушенія остается прежнимъ и въ эту эпоху и покушеніе по-прежнему подраздѣляется на ближнее и отдаленное, то, по существу, оно значительно измѣняется. Покушеніемъ ближнимъ теперь признается уже не всякій актъ, начинающій выполнение состава преступления, а только дѣйствіе, реализующее непосредственное посягательство на правовое благо ¹⁾, дѣйствіе,

tus puniatur, et qua poena, verum quia actus ad quos conatus potest se extendere, possunt esse remoti ab effectu vel etiam proximi. ideo primo loquimur de remotis. n. 2. Potest ergo primo quis deliberare de occidendo Titium, et quaerere modum faciliorem de exequendo tale propositum, et pro inveniendi modo tractare cum aliis, et parare insidias illi, quem interficere intendit, et istud dicitur propositum, praemeditatio, tractatus, et vulgo appensamentum, et si sequatur homicidium, dicitur ex proposito, consulto, voluntate, iudicio, instituto, studio, praemeditate, de industria, data opera, et appensamente commissum, quod Jurisconsulti nostri dicunt a prudente scienteque commissum. ut in l. eum qui aedes ff. de incendiis. et naufr. et in l. ff. de calumniator.

¹⁾ Covarruvias, l. c. n. 6: Secunda, praeter ipsius criminis gravitatem considerandi sunt actus ipsi, ad quos fuerit conatus ipse deductus, ut ex his, et simul delicti qualitate iudex perpendat, qua poena conatus puniendus sit. Sunt etenim actus quidem qui proximi censentur ipsius criminis executioni: non tamen sufficiunt hi, ut ex parte conantis delictum perfectum sit: cum et aliud ad perfectionem eius supersit ab ipso criminis auctore agendum. Cuius rei sit exemplum in eo, qui cogitavit ac decrevit patrem, et hoc animo patrem aggressus est: pater autem seipsum defendit: aut aliunde impedita fuit parentis occisio. Sunt alii actus ita proprie ad criminis perfectionem pertinentes, ut nihil his peractis supersit agendum ex parte delinquentis ad criminis perfectionem: licet mors secuta non fuerit ex eo, quod adhibitum sit aliquod medicamentum, quo fuerit impedita. Erit sane exemplum in propinante alteri venenum causa homicidii: quod quidem venenum minime nocuerit ad mortem: quia medicamentis sit eius vis extincta. Decianus, L. 9, cap. 30, n. 38. Et quia supra saepius dictum est, considerandum fore, an mandatarius devenerit ad actum proximum fini. vel non, potest dubitari, quando dicatur ad talem actum devenisse, qui vere possit dici proximus. et Corn. cons. 202. col. ult. in primo et Afflict. in constit. regni sub rub. de percussio. illici. cum armis. num. 16 tenet, quod tunc dicitur deventum ad actum proximum, quando deventum est ad offensam aliquam, ut etiam, videtur tenere Gramm. voto 9. num. 10 et seq.

Prosperus Farinacius, Opera criminalia, pars V, qu. CXXIII, n. 106: Sublimitando seu declarando hanc l. limitationem quae sine dubio magis communiter a Dd. recepta est. scias, quod actus proximus in assassinio similibusque delictis, tunc demum dicitur, quando fuit deventum ad insultum, vel offensionem; alias non proximus, sed remotus dicitur... Ut

принявшее форму оконченного покушения, каковое обозначалось въ эту эпоху техническимъ названіемъ: delictum perfectum ¹⁾.

При опредѣленіи круга наказуемыхъ случаевъ покушения, юристы этого времени утверждали, подобно своимъ предшественникамъ, что покушение наказуемо при всѣхъ тяжкихъ преступленіяхъ ²⁾. Однако, понятіе о тяжкихъ преступленіяхъ, въ эту эпоху, получаетъ болѣе широкій, чѣмъ раньше, объемъ. Подъ это понятіе теперь подводится и кража, которая раньше не признавалась тяжкимъ преступленіемъ ³⁾.

Покушение подлежало наказанію по-прежнему только въ случаѣ перерыва преступной дѣятельности виновнаго, вопреки его желанію: добровольный отказъ виновнаго отъ продолженія своей преступной дѣятельности признавался основаніемъ освобожденія его отъ уголовной отвѣтственности ⁴⁾. Впрочемъ, нѣ-

eadem assassinii poena ordinaria imponi possit, requirit actum facti proximum et immediatum. Adde tu immediatum, scilicet consummationis delicti et homicidii, quod non potest esse sine insultu, vel offensione... In crimine raptu remotum actus... melius exemplificavit Bald... dum voluit, actum proximum, ut eadem poena rapienti non imponi possit, tunc demum esse, quando est multum principaliter propinquus delicto et quasi de eius esse, et quasi delicti intrinseca pars, ut prostratio in terra in actu carnali; actum vero magis remotum dicit esse osculum esse in itinere, aut similem actum... Sed melius hanc materiam explicat et declarat idem Bald. in cons. 316. Statuto Placentiae, vers. aut tu loqueris de iure municipali. lib. I: Ubi ad hoc, ut actus proximus dicatur requirit, quod sit immediatus et quod aliis non detur actus magis proximus delicto et quod per agentem non steterit, quo minus delictum non fuerit sequutum et quod fecerit quidquid poterit...

Menochius. de arb. judic. l. II, cas. 360, n. 63: quod si conatus est actui proximus, ut quod gladio est illum aggressus et parum abfuit, quin interficeretur, quoniam se ipsum pater valide defendit, vel quia fuit ab aliis defensus... Si vero conatus fuit remotus.

¹⁾ Menochius, de arb. judic., lib. II, casus 360, n. 20: Septimo, cogitatio et conatus consideratur, cum actui multum proximus factus est, ut quando ex latere huius enitentis delinquere, nihil agendum superest ad criminis perfectionem: tunc conatus in se nomen delicti perfecti habet. Sit exemplum in propinante alteri venenum causa homicidii, quod quidem venenum is bibit, sed ad mortem non nocuit, propter adhibita medicamenta:

²⁾ Menochius, de arb. judic., lib. II, casus 360, n. 88: Declaratur... non procedere in levi crimine, nam in eo conatus non est considerabilis.

Jodoc. Damhouderius, Praxis rerum crim., Cap. LXII и др.

³⁾ Farinacius, Opera criminalia, Pars V, Qu. 124, n. 64.

⁴⁾ Cl. de Battandier, Praxis, Reg. 119, n. 13: poenitere reus possit impune.

Covarruvias, l. c. n. 6: Nulla autem poena conatus puniendus erit

которые изъ представителей разсматриваемаго направленія придавали юридическое значеніе только искреннему раскаянію виновнаго. Отказъ отъ продолженія преступной дѣятельности, вслѣдствіе страха, хотя бы этотъ страхъ и не былъ вызванъ внѣшнею обстановкою преступленія, долженъ приводить, по ихъ взгляду, только къ смягченію размѣра отвѣтственности виновнаго ¹⁾. Другихъ основаній отпаденія отвѣтственности за покушеніе, которыя имѣли бы общее значеніе, итальянская доктрина и въ эту эпоху не знала ²⁾.

in his communibus criminibus, quoties sua sponte qui conatur, poenituerit, et ab opere cessaverit.

Decianus, Tractatus, lib. 7, cap. 40, n. 4.

Menochius de arb. judic., lib. II, cas. 360, n. 9.

¹⁾ Prosperus Farinacius, Opera criminalia, pars V, Qu. 124, n. 152, Amplia II: In eo, qui delictum non consummavit non voluntarie poenitendo et se ab eo abstinendo, sed propter aliquem timorem, seu rumorem, ne in illo deprehenderetur, adhuc enim non est puniendus poena ordinaria delicti, sed mitiori... Ibid., Amplia III. Ibid., n. 150: quod P. in delictis etiam quod ultra cogitationem fuerit deventum ad aliquem actum, et etiam in atrocissimis, facit ut delinquens non puniatur...

²⁾ Впрочемъ, нѣкоторые юристы этого времени упоминали о правовой невозможности окончанія преступленія какъ общемъ основаніи отпаденія отвѣтственности. Ср. Menochius de arb. judic. lib. II, casus 360 n. 18: Sexto consideratur cogitatio cum ipso facto extrinseco, sed antequam perficeret, impedimentum iuris supervenit, ut in eo qui tentavit falsum committere in scriptura, cuius fides a lege abrogata fuit: vel cui omni casu non crederetur: tunc conatus iste non punitur.

Но изъ сочиненій другихъ юристовъ видно, что это условіе приводило къ отпаденію отвѣтственности виновнаго только при подлогѣ и, при томъ, только при нѣкоторыхъ видахъ подлога. Такъ, по взгляду Фаринація, неуспѣшная попытка этого рода реализовать подлогъ остается безъ наказанія только въ томъ случаѣ, quando nullitas scripturae provenerit ex defectu formae substantiae, seu solemnitatis. Farinacius, Opera criminalia, Qu. 150, n. 298, 299, 300.

Другіе виды такихъ попытокъ совершенія подлога или другого преступленія подлежатъ уголовному наказанію. Farinacius, De testibus, lib. III, tit. VII, qu. 67, n. 219: Et cum hac limitatione concordantur contraria relata... ut licet testis nulliter falsum deponens poena falsi ordinaria non puniatur, punitur tamen extra ordinem mitiori poena iudicis arbitrio... Farinacius, Opera criminalia, pars V, qu. 141, Tit. XVI, n. 102: Econtra autem bene intrat poena adulterii, quando quis cognoscit solutam, quam credebat esse nuptam...

Въ частности, Фаринаціи особо оговариваетъ наказуемость покушенія на отсутствующій объектъ. Farinacius, Opera criminalia, Pars V; Qu. 124, n. 64: qui amplius subdit alias istum casum habuisse de facto

Наконецъ, что касается размѣра наказанія за покушеніе, то онъ опредѣлялся въ эту эпоху слѣдующимъ образомъ. По общему правилу, покушеніе наказывалось слабѣе, чѣмъ совершеніе преступленія. Исключеніе изъ этого правила составляли случаи покушенія на нѣкоторыя, наиболѣе тяжкія, преступленія, которые наказывались такъ же строго, какъ и совершеніе соотвѣтственныхъ преступленій въ томъ случаѣ, когда дѣйствіе виновнаго выразилось въ формѣ *conatus proximus*¹⁾. Однако несмотря

in quodam paupere, qui fuit comprehensus in publica platea mittere manum intra pallium alterius quaerens bursam. Qui propterea licet furatus non fuerit, poena tamen arbitraria punitus fuit. Мнѣніе Менохія представляетъ интересъ лишь какъ попытка превращенія приѣмовъ историческаго объясненія явленій права въ живыя догматическія формулы.

¹⁾ Covarruvias, l. c. n. 6: Tertio, est omnino considerandum in delictis, quae atrociora non sunt, conatum puniendum fore poena extraordinaria iuxta ipsius conatus qualitatem, non tamen ordinaria: et hoc quidem eo casu, quo conatus est ad exteriorem actum deductus, nec stetit per conantem, quin delictum consummaretur.

Aegidii Bossii, Tractatus varii, 1570, tit. de homicidiis, n. 4: secundum statuta et consuetudines Italiae non punitur affectus homicidii, nisi homicidio secuto et si statum esset ut solus affectus sufficeret, posset praetor mitigare poenam. Исключеніе составляетъ *assassinium*, tit. de Mandato ad homicidium, n. 13 sed.

Menochius, de arb. judic. lib. II, casus 360, n. 24: Primus est casus in crimine laesae Maiestatis, in quo solus ipse conatus ordinaria poena punitur... n. 30: secundus casus est, in quo a iure communi conatus punitur in l. unica C. de raptu virg.: Aut is raptor stuprare potuit et non stupravit, poenitentia ductus, imo eam illibatam et integram ad honestum locum perduxit; tunc is raptor poena ordinaria non punitur, sed extra ordinem... Aut is raptor non stupravit, non ob poenitentiam, sed ob id quod impeditus fuit, tunc poena ordinaria afficiendus est. Menochius, de arb. judic. lib. II, casus 360 допускаетъ примѣненіе роенае ordinariae къ дѣяніямъ, выразившимся въ формѣ *conatus proximus* и представлявшимъ собою покушенія на *homicidium* (n. 36—38); *assassinium* (n. 42); *veneficium* (n. 47); *скотоложство* (n. 61: cum brutis coire tentavit); *parricidium* (n. 63, 64); *falsa moneta* (n. 63). Условіемъ ординарной наказуемости покушенія на мужеложство онъ признаетъ фактъ принятія покушеніемъ характера *delicti perfecti* (n. 60; *pueri pudicitiam attentavit*).

Prosperus Farinacius, Opera criminalia, pars V, Qu. CXXIII, n. 104; huius... inspectionis regulam... procedere, prout dixi, in praecedenti ampliacione, dummodo scil. fuerit deventum ad actum proximum; Unde secus si tantum deventum ad actum remotum, quia tunc *assassinium* non punitur, ac si fuisset consummatum, sed tantum poena extraordinaria.

Decianus, Tractatus, lib. 9, cap. 30, n. 14. Quo vero ad mandatarium,

на сходство этого начала опредѣленія отвѣтственности за покушеніе съ тѣми принципами репрессіи предварительной дѣятельности, которые были выработаны учеными предшествующей эпохи, соотвѣтствующія положенія отнюдь не представляются тождественными ¹⁾). Юристы 16 вѣка понимали существо ближняго

tenendum est, quod si devenit ad actum proximum consummationi, effectus puniatur poena ordinaria, alias puniatur extraordinarie.

¹⁾ Изъ анализа ученій о покушеніи юристовъ 14—16 вѣковъ видно, что къ числу покушеній, наказуемыхъ ординарнымъ наказаніемъ, они относили, на ряду съ попытками совершенія тяжкихъ преступленій противъ личности, также и попытки реализаціи преступленій государственныхъ, какъ-то, преступленія противъ Величества, государственной измѣны и т. п.

Cl. de Battandier. Caus. crim. praxis, Reg. CXIX, n. 14: consuetudine totius mundi, generali derogatum opinatur, ut nunquam affectus, aequae ac effectus, quencunque conatum contextum nactus sit, puniatur: idque post Specul. in tit. de accusatio. col. vj. nu. 7. in fi. Idem tamen Paul. crimen laesae Maiestat. & patriae oppugnatae, ab hac consuetudine excipit: illam consuetudinem refert & approbat Ang. eius ni malef. Trac. in verb. in platea. nu. 3. Aegidius Bossius, Tractatus varii, 1570, Tit. de crimine laesae maiestatis, n. 42 seq. и др.

Однако, ошибочно было-бы думать, что тогдашніе юристы усваивали попыткамъ совершенія тѣхъ и другихъ преступленій одно и то же юридическое значеніе. Ближайшее знакомство съ воззрѣніями этихъ юристовъ показываетъ, что государственныя преступленія уже въ ту эпоху носили характеръ усѣченныхъ преступленій и что дѣятельность виновнаго по выполненію этихъ преступленій, и въ случаѣ неудачнаго исхода ея, квалифицировалась какъ оконченное преступленіе. Такъ, при государственныхъ преступленіяхъ, не имѣлъ никакого юридическаго значенія добровольный отказъ отъ доведенія преступленія до конца. Это правило было установлено еще глоссою и неоднократно повторялось впоследствии. (Ср., Accursius, *Corps iuris civilis Glossatum*, 1612. ad Dig. 47. 2 de furtis l. 65 (67): nisi in casu: ut C. ad leg. Juliam maiestatis l. quisquis; Albericus de Rosate, *Sup. Codice*, C. 1, 3, 5, n. 8: Si voluntate propria non perficit delictum regulariter non punitur. ut, ff. de bal. l. qui falsam, cum similibus ibi notatis, fallit in crimine lese maiestatis. ut. j. ad l. iul. maie. l. quisquis).

Для примѣненія ординарнаго наказанія къ попыткамъ совершенія этихъ преступленій не требовалось, чтобы эта попытка приняла форму ближняго покушенія. Государственныя преступленія, по ученію юристовъ этого времени, представляютъ собою *delicta maiora*, для примѣненія ординарнаго наказанія къ попыткамъ совершенія ихъ не требуется, чтобы подлежащая попытка отвѣчала признакамъ ближняго покушенія. Послѣдній рекузитъ составляетъ условіе примѣненія ординарнаго наказанія лишь къ попыткамъ реализаціи тѣхъ изъ болѣе тяжкихъ преступленій (*delicta atrociora*), которыя носятъ характеръ *delicta minora* (т. е. преступленій

покушенія значительно уже, чѣмъ ихъ предшественники, и потому примѣненіе ординарнаго наказанія къ покушенію въ эту эпоху допускалось несравненно болѣе рѣдко, чѣмъ ранѣе.

VII. Изложенныя воззрѣнія на существо и наказуемость покушенія, выработанныя еще криминалистами 15 вѣка и раздѣлявшіяся юристами начала и середины 16 вѣка, въ концѣ 16 столѣтія перестали соотвѣтствовать требованіямъ передовой итальянской юридической мысли. Эти взгляды отстаиваются въ концѣ 16 столѣтія только юристами-компиляторами, ставившими своею задачею не столько самостоятельную разработку права и свободное развитіе его началъ, сколько воспроизведеніе и систематизацію взглядовъ криминалистовъ предшествующаго періода ¹⁾. Передовые же криминалисты этого времени вносятъ въ прежнее ученіе о покушеніи существенныя видоизмѣненія и сообщаютъ ему тотъ характеръ, которымъ оно обладало въ теченіе двухъ послѣдующихъ (17 и 18) вѣковъ.

Разбирая существо воззрѣній на покушеніе прогрессивныхъ юристовъ конца 16 столѣтія, мы убѣждаемся, что характерною ихъ чертою является упраздненіе существовавшей ранѣе льготы безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія. Эти юристы

противъ личности) *Cp. Battandier Caus. crim. prax. reg. CXIX: Etsi aliquando in maleficiis, de iure communi, solus affectus sine effectu (quasi cynica severitate) puniatur, ut in delictis atrocioribus... Attamen consi. XXXIX eod. lib. iuxta attentata, poenam imponi credidit, maxime in minoribus delictis, si ad proximum sit deventum...*

При опредѣленіи наказаній за покушеніе, учили другіе юристы, необходимо принимать во вниманіе характеръ задуманнаго виновнымъ преступленія и характеръ совершеннаго имъ покушенія. Нѣкоторыя преступленія (преступленія государственныя) настолько серьезны, что уже отдаленныя предварительныя къ нимъ дѣйствія наказываются ординарнымъ наказаніемъ. Покушеніе на другія преступленія можетъ быть подвергнуто ординарному наказанію только въ томъ случаѣ, когда оно носитъ характеръ ближняго покушенія. Наконецъ, покушеніе на третью группу преступленій ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть подвергнуто ординарному наказанію.

Sovarruvias, I. c. n. 6: Sunt etenim actus quidam qui proximi censentur ipsius criminis executioni... Horum equidem antiam distinctionem prae oculis habere debent iudices, ut in atrocioribus criminibus poenam ordinatiam, vel extraordinariam conantibus inferant. Nam in aliquot criminibus adeo erit consideranda eorum gravitas, ut sufficiat conatum deductum fuisse ad priores actus: in aliis vero hoc non erit satis, sed erunt necessarii posteriores: quandoque nec hi sufficiunt ad ordinariam poenam.

¹⁾ *Cp. напр., Menochius, Farinacius.*

совершенно отказываются отъ установившагося со времени глосаторовъ взгляда на значеніе добровольнаго отказа виновнаго отъ доведенія предпринятой имъ преступной дѣятельности до конца. Этотъ отказъ, по ихъ взгляду, не можетъ быть признанъ основаніемъ освобожденія виновнаго отъ отвѣтственности; ему можно придавать лишь значеніе обстоятельства, уменьшающаго размѣръ его наказуемости.

Это видоизмѣненіе положеній о покушеніи въ концѣ 16 столѣтія, вызвавшее усиленіе неумолимости наказаній за покушеніе и обозначившее собою рѣзкое отступленіе отъ общаго хода развитія этихъ постановленій, не могло не обратить на себя вниманія изслѣдователей развитія этой области уголовного права, и вызвало рядъ попытокъ объяснить соотвѣтственное явленіе. Такъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ криминалистовъ, отмѣченная нами перемѣна во взглядахъ на значеніе добровольнаго отказа отъ покушенія объясняется вліяніемъ каноническихъ воззрѣній на тогдашнее уголовное право. По каноническимъ воззрѣніямъ, отказъ отъ покушенія имѣлъ значеніе не обстоятельства, исключющаго отвѣтственность виновнаго, а обстоятельства, свидѣтельствующаго объ его раскаяніи и меньшей его испорченности, т. е., обстоятельства, могущаго оправдать собою не полное освобожденіе виновнаго отъ наказанія, а только нѣкоторое пониженіе размѣра его отвѣтственности. Это каноническое начало было перенесено криминалистами въ область свѣтскаго уголовного права, въ результатъ чего и получилось измѣненіе прежнихъ положеній о значеніи добровольнаго отказа отъ покушенія ¹⁾. Но это объясненіе не можетъ быть принято, такъ какъ оно совершенно не согласуется съ общими историческими фактами. Каноническое право никогда не оказывало вліянія на развитіе постановленій о покушеніи, и трудно думать, чтобы это право, совершенно не вліявшее на интересующія насъ положенія въ эпоху расцвѣта теократической культуры, стало оказывать такое сильное давленіе на развитіе ихъ въ 16 и послѣдующихъ вѣкахъ, въ эпоху кризиса этой культуры и быстраго хода процесса секуляризаціи права.

Согласно другому взгляду, причина, въ силу которой криминалисты поздняго средневѣковья принимали отказъ отъ покушенія не за основаніе отпаденія отвѣтственности виновнаго, а

¹⁾ Herzog, s. 48, 49.

только за основание смягченія его наказуемости, состоитъ въ томъ, что, въ большинствѣ случаевъ, добровольно-прерванное покушеніе заключаетъ въ себѣ признаки дѣяній, почитавшихся итальянскимъ статутарнымъ правомъ самостоятельными преступленіями, напр., нападеніе на челоуѣка съ оружіемъ въ рукахъ, оскорбленіе его дѣйствіемъ и т. п. Добровольно-оставленное покушеніе, въ виду этого, въ ту эпоху постоянно носило характеръ квалифицированнаго покушенія и, въ качествѣ такового, разумѣется, не могло оставаться безъ наказанія ¹⁾. Но и этого объясненія нельзя признать правильнымъ. Съ одной стороны, добровольно оставленное покушеніе и въ ту эпоху не всегда носило характеръ квалифицированнаго покушенія. Съ другой стороны, если-бы добровольно-прерванное покушеніе подвергалось наказанію въ ту эпоху именно въ виду наличности въ его составѣ признаковъ самостоятельнаго преступленія, то и размѣръ соотвѣтственнаго наказанія опредѣлялся бы сообразно съ характеромъ того покушенія, которое виновный дѣйствительно выполнилъ, а не сообразно съ тѣмъ преступленіемъ, которое онъ пытался совершить. Наконецъ, нельзя забывать, что отмѣчаемая этимъ взглядомъ условія опредѣленія отвѣтственности за покушеніе существовали и въ предшествующую эпоху и, тѣмъ не менѣе, объ установленіи наказуемости добровольно-оставленнаго покушенія тогда не поднималось вопроса.

Дѣйствительная историческая причина измѣненія воззрѣній юристовъ 16 вѣка на значеніе добровольнаго отказа отъ покушенія, по нашему убѣжденію, лежитъ глубже и существо ея заключается въ слѣдующемъ. Въ предшествующемъ изложеніи, мы познакомились съ исторіей возникновенія постановленій о наказуемости покушенія на преступленія и мы видѣли, что они возникли въ эпоху паденія контроля мелкихъ общественныхъ группъ за своими сочленами и сліянія этихъ группъ въ болѣе крупныя соціальныя единицы. Введеніе начала репрессіи покушенія въ область права означало собою увеличеніе силы мотивационнаго давленія карательнаго права, увеличеніе, которое было необходимо для установленія солидарности, мира и порядка среди лицъ, освобожденныхъ отъ того строгаго контроля, подъ которымъ они находились ранѣе и потому нуждающихся въ сильныхъ стимулахъ въ пользу соціально-солидарнаго поведенія. Нужда

¹⁾ Bar, Gesetz, II, s. 547. Anm. 102.

въ такомъ ожесточеніи уголовного права была настолько велика, что оказалось недостаточнымъ увеличить грозность уголовныхъ наказаній и потребовалось еще ввести и рядъ другихъ мѣръ усиленія мотиваціоннаго давленія, и въ частности, стало необходимымъ грозить наказаніемъ не только за успѣшное совершеніе преступленія, но и за неудачную попытку его реализаціи.

Но это ожесточеніе карательнаго права представляло собою временное явленіе. По мѣрѣ роста солидарности между членами объединенныхъ группъ, по мѣрѣ достиженія населеніемъ дальнѣйшей культуры характера, необходимость въ прежней энергіи мѣръ правового давленія постепенно падаетъ и право понемногу принимаетъ все болѣе и болѣе мягкій характеръ. Съ нѣкоторыми явленіями паденія энергіи мотиваціоннаго давленія карательнаго права средневѣковой Италіи мы познакомились уже выше и знаемъ, что они выразились въ постепенномъ смягченіи суровости постановленій о наказуемости предварительной дѣятельности или, выражаясь иначе, въ ослабленіи дополнительныхъ мѣръ мотиваціоннаго давленія. Но, при дальнѣйшемъ прогрессѣ итальянской культуры, эти мѣры гуманизаціи карательнаго права оказались недостаточными и появилась необходимость въ болѣе радикальной его переработкѣ. Наступило время, когда прогрессивные круги итальянскаго общества перестали мириться, не только съ прежней энергіей давленія уголовного права но и съ прежними приѣмами воздѣйствія этого права и стали стремиться не только къ ослабленію силы мотиваціоннаго давленія карательнаго права, но и къ смягченію характера карательной мотиваціи. Это направленіе карательной политики совершенно послѣдовательно приводитъ къ борьбѣ съ суровостью прежнихъ карательныхъ мѣръ и пропагандѣ замѣны ихъ болѣе мягкими наказаніями, воздѣйствующими на менѣе грубыя стороны человѣческой души. И дѣйствительно, изучая сочиненія юристовъ той эпохи, мы убѣждаемся, что они настаиваютъ уже, не только на смягченіи дополнительныхъ мѣръ мотиваціоннаго давленія, но и на смягченіи основныхъ мѣръ этого давленія и горячо высказываются въ пользу пониженія размѣра уголовныхъ наказаній. Такъ, уже въ 16 вѣкѣ, представители наиболѣе прогрессивныхъ странъ того времени—Италіи и Голландіи,—выступаютъ съ требованіемъ смягченія уголовныхъ каръ и гуманизаціи уголовного права. Въ дальнѣйшемъ, это теченіе въ наукѣ уголовного права пріобрѣтаетъ все большую силу, потрясаетъ все сильнѣе старую систему

карательнаго права и добивается на практикѣ все большихъ и большихъ результатовъ.

Гуманитарное теченіе, какъ замѣчено, ставило себѣ главною задачею реформу карательной системы. Но, косвенно, оно оказало огромное вліяніе и на развитіе постановленій о наказуемости покушенія. До возникновенія стремленія къ ослабленію уголовныхъ каръ, потребность въ пониженіи давленія уголовного права, по мѣрѣ своего появленія, удовлетворялась, главнымъ образомъ, тѣми измѣненіями, которыя происходили въ воззрѣніяхъ на существо и наказуемость покушенія на преступленіе, и эволюція постановленій о покушеніи обусловливала собою требуемое пониженіе энергіи дѣйствія карательнаго права. Но, послѣ возникновенія новаго теченія, потребность въ пониженіи мотивационнаго давленія карательнаго права стала обслуживаться развитіемъ другихъ положеній уголовного права и соотвѣтственное пониженіе стало достигаться посредствомъ ослабленія дѣйствія основныхъ мѣръ правового давленія—посредствомъ постепеннаго смягченія суровости уголовныхъ каръ. Очевидно, что появленіе этого новаго процесса въ исторіи права должно было неизбѣжно оказать существенное вліяніе и на развитіе постановленій о покушеніи, историческія измѣненія которыхъ вынуждены были сообразоваться съ пониженіемъ давленія карательнаго права, вызваннаго смягченіемъ наказаній.

Конечно, можно вполнѣ представить себѣ такое положеніе, при которомъ, несмотря на происшедшее смягченіе наказаній, импульсивное дѣйствіе карательнаго права сохраняетъ еще излишнюю степень энергіи и нуждается въ ослабленіи своей силы посредствомъ смягченія дополнительныхъ мѣръ карательнаго воздѣйствія. Возможно также и такое положеніе, при которомъ смягченіе уголовныхъ каръ производитъ какъ разъ такое пониженіе силы дѣйствія карательнаго права, какое необходимо для сообразованія дѣйствія этого права съ достигнутымъ населеніемъ уровнемъ культуры, такъ что не оказывается никакой нужды въ какихъ-либо перемѣнахъ въ сферѣ дополнительныхъ средствъ правовой мотивации. Но, въ интересующемъ насъ случаѣ, за пониженіемъ размѣра уголовныхъ наказаній, не возникъ ни первый, ни второй результатъ, а оказалось, что это пониженіе вызвало такое ослабленіе мотивации права, при наличности котораго не только не могло быть рѣчи о дальнѣйшемъ смягченіи постановленій о покушеніи, но было даже невозможно оставить ихъ въ

прежнемъ состояніи. Мы уже говорили о томъ, что въ 16 вѣкѣ, дѣло шло не только объ упраздненіи излишней энергіи давленія уголовного права, но и о переработкѣ самаго характера карательной мотиваціи, въ смыслѣ перенесенія карательнаго воздѣйствія на болѣе возвышенныя струны человѣческой психики, и что эта переработка только и могла быть достигнута замѣною прежнихъ, болѣе суровыхъ наказаній, новыми, менѣе строгими мѣрами карательнаго воздѣйствія. А это должно было неизбежно нарушить прежнее равновѣсіе принциповъ карательнаго воздѣйствія, вызвать усиленное паденіе энергіи основныхъ приемовъ этого воздѣйствія и потребовать усиленія энергіи дополнительныхъ приемовъ карательной мотиваціи. И въ самомъ дѣлѣ, уже въ 16 вѣкѣ, въ литературѣ уголовного права появляются жалобы на излишнюю мягкость уголовныхъ наказаній, на духъ времени, подкапывающій дѣйствительность мѣръ репрессіи и компрометирующій безопасность общества ¹⁾. На парализованіе вредныхъ послѣдствій чрезмѣрнаго смягченія наказаній и направлена работа тогдашней юридической мысли. Однимъ изъ наиболѣе интересныхъ продуктовъ ея и слѣдуетъ признать усиленіе суровости постановленій о наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

Какъ мы знаемъ изъ предыдущаго, усиленіе психическаго дѣйствія разсматриваемыхъ постановленій можетъ выражаться въ тройкой формѣ. Это усиленіе можетъ быть вызвано или измѣненіемъ состава покушенія, въ смыслѣ расширенія круга наказуемыхъ случаевъ предварительной дѣятельности, напр., признаніемъ наказуемости уже самыхъ первыхъ шаговъ преступника въ направленіи къ осуществленію преступнаго намѣренія; или увеличеніемъ размѣра наказаній за покушеніе на преступленіе, или же, наконецъ, усиленіемъ неумолимости наказаній за покушеніе, сокращеніемъ числа специальныхъ основаній отпаденія отвѣтственности за покушеніе или даже полнымъ ихъ упраздненіемъ. Изученіе итальянскаго права разсматриваемой эпохи показываетъ, что оно прибѣгло къ третьему приему и, для компенсаціи вызваннаго смягченіемъ наказаній пониженія энергіи мотивационнаго давленія уголовного права, усилило неумолимость наказаній за покушеніе, отмѣнивъ единственное, извѣстное въ ту эпоху, специальное основаніе безнаказанности покушенія—

¹⁾ Ср. Чубинскій, Очерки уголовной политики, 1905, стр. 198.

упразднить льготу безнаказанности добровольно оставленного покушения.

Такимъ образомъ, намъ удалось обнаружить причину отмѣны льготы безнаказанности добровольно оставленного покушения въ итальянскомъ правѣ 16 вѣка: она заключалась въ необходимости усиленія неумолимости наказаній за покушеніе для компенсирования значительнаго паденія суровости уголовныхъ наказаній въ эту эпоху. Но этою же причиною объясняется и другое явленіе въ области развитія положеній о покушеніи въ итальянскомъ правѣ этого періода. Паденіе суровости уголовныхъ наказаній и вызванное имъ паденіе энергіи основныхъ мѣръ карательнаго воздѣйствія обусловили собою, не только нѣкоторое усиленіе мѣръ дополнительнаго мотивационнаго воздѣйствія, но и расширение области дѣйствія этихъ мѣръ; они обусловили введеніе начала наказуемости неоконченной преступной дѣятельности и въ тѣ сферы уголовного права, которымъ, до этого времени, оно оставалось неизвѣстнымъ. Это расширение области дѣйствія подлежащаго началу нашло себѣ выраженіе въ расширеніи круга тѣхъ преступленій, покушеніе на которыя признавалось наказуемымъ. Въ то время какъ юристы 12—15 столѣтій признавали наказуемымъ только покушеніе на наиболѣе тяжкія преступленія, юристы 16 вѣка расширяютъ кругъ случаевъ наказуемаго покушенія: понятіе о тяжкомъ преступленіи подвергается распространительному толкованію и подъ него подводятся и такія преступленія, которыя раньше признавались легкими. Позднѣе, въ 18 столѣтіи, прежнія формальныя ограниченія области наказуемости покушенія вообще упраздняются и покушеніе признается наказуемымъ при всѣхъ преступленіяхъ.

Вышеупомянутыя причины, объясняющія регрессивный ходъ развитія постановленій о покушеніи въ концѣ 16 вѣка и параллельное съ нимъ расширеніе области дѣйствія этихъ постановленій, объясняютъ собою и ту задержку въ развитіи этихъ постановленій, которая наблюдается въ послѣдующее время. Какъ будетъ подробно показано ниже, сложившіяся въ концѣ 16 вѣка положенія о покушеніи сохранили свое дѣйствіе вплоть до второй половины 18 столѣтія, такъ что, въ теченіе болѣе чѣмъ полутора вѣковъ, въ содержаніи этихъ постановленій не происходило никакихъ перемѣнъ.

Переходя къ болѣе подробному разбору ученій итальянскихъ криминалистовъ 16—18 вѣковъ о покушеніи, необходимо указать,

что доктрина этого времени вполне присоединилась къ выработавшимся въ предшествующій періодъ взглядамъ на составъ покушенія. Преступныя вождельнія по-прежнему выдѣляются изъ области наказуемой предварительной дѣятельности ¹⁾. Къ составу покушенія относятся только приготовительныя преступныя дѣйствія и акты, начинающіе выполнение состава преступнаго дѣянія ²⁾. Въ составѣ наказуемаго покушенія различается близкое и отда-

¹⁾ Damhouder, Praxis rer. crim. 1587, cap. 67, n. 11, 12.

Julius Clarus, Sent. recept. 1604, lib. V, § Fin. qu. 91.

Jacobus Gothofredus, Commentarius ad Codicem Theodosianum, 1665, t. III, p. 203, ad l. Juliam de ambitu.

Tobiae Granzii, Defensio inquisitorum ex genuinis Jurisprudentiae principis. 1702. Cap. VI, membr. II, sect. II, art. XI, n. 533.

Matthaeus, De criminibus ad Lib. XLVII et XLVIII Dig. commentarius. ed. secunda, 1661, (1 ed—1644). Cap. I, p. 7.

Sebastiani Guazzini, Tractatus ad defensam inquisitorum carceratorum, reorum & condemnatorum super quocumque crimine, lib. I, t. II, 1672, Def. XXXIII, cap. 24, n. 3, p. 198.

²⁾ Damhouder, Praxis, cap. 103, къ области покушенія на поджогъ относить угрозу поджогомъ и приготовительныя къ поджогу дѣйствія: l. c. n. 10: Adeo ut si quis minitetur alterius incendere domum, dicendo (ut est in proverbio) Rubrum gallum tuas transmittam ad aedes, aut simile tritum dictum... n. 11: sicut item is qui ad actum, id est, incendium futurum quicquam apparaverit, aut actus preparatorios ad hoc praemiserit. Clarus, Sent., lib. V, Sodomia, n. 8: si quis actum non consummasset, quia scilicet in ipsas partes pudendas membrum non imposuisset, sed tantum extra eas se poluisset, non deberet puniri poena mortis, sed alia extraordinaria: secus autem, si membrum imposuisset, licet intus semen non emisisset. Изъ этого положенія видно, что Clarus признаетъ наказуемымъ не только близкое къ окончанію покушеніе, но и отдаленное покушеніе. Близкое покушеніе имѣеть, по его взгляду, лишь значеніе условія примѣненія къ виновному ординарнаго наказанія. Отсюда нельзя согласиться съ Zachariae, I s. 224, 226, который высказываетъ противоположный взглядъ. Впрочемъ въ другихъ мѣстахъ своей книги, Zachariae возвращается къ правильной точкѣ зрѣнія. Ср. B. II, s. 144—146.

Granzius, Defensio inquis. Cap. VI, membr. II, sect. II, art. XI, n. 583 seq.: Et in universum, ubi lex statutum, simpliciter nulla facta mentione conatus poenam maleficio irrogat, eadem ad nudum conatum extendi non potest, sed pro ratione circumstantiarum poena arbitraria, in aliis durior in aliis remissior: prout nimirum factum externum perfectioni criminis aut remotius aut propius accedit, a Judice decernenda est.

Matthaeus, Proleg., Cap. I, n. 6: (si quis conspiraverit in necem principis vel senatorum ejus, si quis venenum coxerit, si ambulaverit cum telo hominis occidendi caussa, si alienas nuptias interpellaverit, si stupri causa virginem prostraverit in terram, tametsi perficere non potuerit, quis

1587
cer erum

ленное покушенія. Къ первому относится оконченное покушеніе, ко второму—всѣ остальные виды предварительной преступной дѣятельности ¹⁾).

Напротивъ, область наказуемости покушенія въ эту эпоху существенно измѣняется и получается новое расширеніе. Наибо- лѣе выдающіеся юристы этого времени признають, что покуше- ніе наказуемо, не только при тяжкихъ, но и при всѣхъ вообще преступленияхъ ²⁾, и лишь нѣкоторые криминалисты продолжаютъ отстаивать безнаказанность покушенія на наиболѣе легкія пре- ступленія ³⁾).

Какъ мы уже замѣтили, разсматриваемое направление внесло существенныя измѣненія въ ученіе о наказуемости покушенія и

dixerit, eum extra crimen esse? Lib. XLVIII, Dig. tit. III, n. 7: Qui conantur, eorum alii longius progrediuntur, alii in extrema linea consistunt. Nam qui verbis, literis, munusculis sollicitant, longius adhuc absunt a scelere, quam qui oscula sumunt, aut impudice attractant.

¹⁾ Carerius, Practica, § Homicid., n. 12: distingue, ut ibi per eum in fin. quod aut devenit ad actum proximum, ut quis fecit quicquid potuit, ut occiderit & tunc etiam si non occidit punitur ordinaria poena delicti... Matthaeus, Lib. XLVIII Dig. tit. III, n. 10: quaeramus, quid juris, si ad ulteriora devenit sit, seu, ut interpretes loquuntur, ad actum proximum. Ex gr. Cubile alienum ingressus est, posuit vestimenta, conscendit alterius thorum, concussit: vel cum prostravisset alterius uxorem & jam jam irruiturus esset, superveniente marito, aut quocunque alio, perficere scelus impeditus est: quid dicemus? Utique imperfectum scelus est, si tantum intraverit, si posuerit vestimenta, si conscenderit thorum: sed si etiam concutere coeperit, meo iudicio stulta foret clementia, huic poenam capitalem velle remittere, cum ipsa concussio polluat, ideoque pro perfecto scelere habenda sit. Guazzinus, Def. 33, cap. 24, n. 7: sciat Iudex qui vellet poenam ordinariam ex conatu imponere, quia devenit fuerit ad actus proximos delicto, ut debeant concurrere plura requisita... Et primum requisitum est, ut tractatus sit ordinatus ad delictum... Secundum est, quod sit de praesenti... Tertium, ut de per se sit damnabilis... Quartum, ut sit immediatus ad delictum... Quintum, ut ex latere affectantis nihil supersit agendum. Granzius, Defensio inquisit. Cap. VI, membrum II, sect. II, art. XI, n. 586: ubi autem lex vel statutum generaliter tantum conatui certam poenam dicitat, haec eo demum casu exequenda sit, quando conatus ad actum proximum et immediatum ipsi maleficio processit.

²⁾ Damhouder, Praxis, Cap. LXII seq.; Gothofredus, Comm. ad L. Juliam de ambitu: Quae sane omnia Primum non in atrocibus delictis tantum, sed omnibus obtinent, non tantum Majestatis... Clarus, Sentent. L. V. S. fin. Qu. 92, n. 2.

³⁾ Guazzinus, Def. 33, cap. 24, n. 8: Et quod in levibus criminibus & poenis statutariis conatus nulla poena puniatur.

въ частности, въ ученіе объ основаніяхъ отпаденія отвѣтственности за покушеніе. Въ этомъ періодѣ развитія итальянскаго права лишь немногіе представители доктрины находятъ возможнымъ отстаивать безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія ¹⁾. Большинство ученыхъ этого времени высказывается въ пользу наказуемости этого вида покушенія. При этомъ, одни криминалисты не признаютъ никакого юридическаго значенія за добровольнымъ отказомъ отъ покушенія и даже не упоминаютъ объ этомъ отказѣ ²⁾, а другіе ученые признаютъ этотъ отказъ основаніемъ смягченія уголовной отвѣтственности виновнаго ³⁾.

Что касается размѣра отвѣтственности за покушеніе, то, въ теченіе этого періода, онъ опредѣлялся по прежнимъ началамъ. По общему правилу, покушеніе подлежало меньшему

¹⁾ Guazzinus, Def. 33, cap. 24, n. 9; Granzius, Def. inquisit., Cap. VI, membr. II, sect. II, art. XI, n. 540.

²⁾ Gothofredus, Matthaeus. Herzog, s. 51, причисляетъ Маттея къ числу сторонниковъ начала безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія. Но Маттей говоритъ о значеніи дѣятельнаго раскаянія виновнаго послѣ совершенія преступленія, которое, по его мнѣнію, можетъ приводить къ безнаказанности виновнаго только въ случаяхъ, особо предусмотрѣнныхъ закономъ. Отъ раскаянія послѣ совершенія преступленія, онъ совершенно отчетливо отличаетъ отказъ виновнаго отъ доведенія преступной дѣятельности до конца, о значеніи какового отказа по современному ему праву онъ ничего не говоритъ. Ср. Matthaeus, Lib. XLVII, Dig. tit. XIII, cap. II, n. 3:

³⁾ Carerius, Practica, § Homicid., n. 12: quod intellige in mandatario faciente & attentante, ut tali poena puniatur, secus tamen in mandante fieri nam si poenituerit non punitur poena mortis... quod aut devenit ad actum proximum, ut quia fecit quicquid potuit, ut occideret & tunc etiam si non occidit punitur ordinaria poena delicti, secus si potuit facere & non fecit, poenitentia ductus... mandatarius poenituit acceptare mandatam & tunc non obstante gl. in d. c. j. de homic. in vj. non punitur ordinaria poena, sed mitiori & pecuniaria. Jul. Clarus, Sent. recept. lib. V, § fin. qu. 60, n. 21: Fui quandoq. interrogatus, nunquid in delictis poenitentia excuset? Resp. quod aut loquimur in poenitentia post delictum commissum et ista non excusat, quin possit accusari.. (Исключеніе составляетъ преступленіе ереси). Aut loquimur in poenitentia ante patratum delictum: et tunc est distinguendum. Nam si quidem poenituit, quia facere non potuit, non excusatur, sed punitur, ac si perfecisset; si vero poenituit quia non voluit, tunc non in totum excusatur, sed mitius punitur. Damhouder, Praxis, Cap. 83, n. 9, 10: Assassinator poenitens et assassinus poenitens ante factum levius puniendi.

наказанію, чѣмъ оконченное преступленіе ¹⁾. Это правило терпѣло исключенія и покушеніе каралось наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣятельность виновнаго направлялась на совершеніе одного изъ наиболѣе тяжкихъ преступленій, напр., убійства по подкупу, отцеубійства, изнасилованія, похищенія женщинъ и т. п. ²⁾,

¹⁾ Carerius, Practica, § Homicid. n. 7: non servari consuetudine, ut animus solus & attentatum puniatur non secuto effectu. Matthaeus, Lib. XLVIII. Tit. VI, cap. I, n. 7: generali consuetudine legibus Romanis derogatum sit, nec puniatur conatus caedis ordinaria poena, sed mitius extra ordinem... Guazzinus, Def. 33, cap. 24, n. 3: Et quod in aliis delictis non atrocissimis, non puniatur conatus poena ordinaria, sed alia extraordinaria.

²⁾ Carerius, Practica, § Homicid. n. 12: Limita etiam praedicta & dictam constitut. asperitatem, non habere locum in assassino: nam si accepta pecunia quis attentasset occidere & devenisset ad actum proximum, punitur vera poena delicti, & homicidii, licet non occiderit... Jul. Clarus, Sent. recept. lib. V, S. fin. qu. 92, § Sodomia: crimina atrocissima: crimen simoniae, assassinium, sodomiae. Damhouder, Praxis; crimina atrocissima: homicidium (cap. 67, n. 13 seq...), raptus (cap. 95, n. 15), sodomia (cap. 96, n. 16, 17). Matthaeus, Lib. XLVIII, tit. V, cap. I, n. 3: assassinis tamen nihil prodesse debet, solusque conatus capite puniendus est. Tit. VI, cap. I, n. 7: Ac licet generali consuetudine legibus Romanis derogatum sit, nec puniatur conatus caedis ordinaria poena, sed mitius extra ordinem: ea tamen consuetudo ad parricidium non est extendenda, quoniam gravissimum crimen est... Tit. V, cap. III, n. 10 (homicidium); lit. III, cap. II, n. 10 (adulterium). Guazzinus, Def. 33, cap. 24, n. 1: Quam opinionem communem, & magis communem Doctores praecipue admittunt, quando agitur de delicto atrocissimo, ut solus conatus puniatur poena ordinaria delicti, etiam non consummato delicto... ubi loquitur in crimine assassinii... conatus in virginem immaturam, si ei frangantur pudenda, puniatur poena mortis; licet non fuerit totaliter deflorata... in eo qui cudere volebat falsam monetam sed fuit impeditus, ob supervenientem capturam... & multis aliis casibus, ut in homicidio... in crimine raptus...

На ряду съ этими преступленіями, криминалисты упоминають еще и о другихъ тяжкихъ преступленіяхъ, покушеніе на которыя карается наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ. Такъ, они говорятъ о crimen laesae majestatis (Carerius, Practica, § Homicid. n. 15; Clarus, Sent. I. V, § fin. qu. 92; Damhouder, Praxis, Cap. 62, n. 10; Guazzinus, Def. 33, cap. 24, n. 1); о crimen oppugnatæ patriae (Carerius, Pract. § Homicid. n. 14; Clarus, Sent. I. V, § fin. qu. 92; Guazzinus, Def. 33, cap. 24, n. 1); о crimen veneficii (Carerius, Practica, § Homicid. n. 19; Clarus, Sent. I. V, § fin. qu. 92; Guazzinus, Def. 33, cap. 24, n. 1); о crimen seditionis (Carerius, Practica, § Homicid. n. 17); Но, какъ было уже замѣчено, преступленія эти носили въ ту эпоху усѣченный характеръ и уже одна попытка реализаціи соотвѣтствующихъ дѣяній удовлетворяла признакамъ оконченнаго преступленія вышеуказаннаго типа. Понятно отсюда, что и для при-

и принимала форму близкаго (оконченнаго) покушенія ¹⁾.

VIII. Изложенныя выше ученія о покушеніи сохраняли въ доктринѣ итальянскаго права господствующее положеніе вплоть до второй половины 18 столѣтія. Въ эту эпоху, въ Италіи возникаетъ гуманитарное теченіе, охватывающее всѣ области тогдашней науки уголовного права и вызывающее значительныя перемены въ традиціонныхъ ея ученіяхъ. Это теченіе не прошло безслѣднымъ и для ученій о покушеніи на преступленіе, и представители его немало поработали и надъ смягченіемъ характера постановленій о наказуемости предварительной преступной дѣятельности. Главнымъ результатомъ ихъ трудовъ въ этой области оказалось провозглашеніе принципа редуцированной наказуемости всѣхъ вообще видовъ покушенія.

Переходя къ детальному разбору ученія юристовъ второй половины 18 вѣка о покушеніи, мы замѣчаемъ, что они по-прежнему отождествляютъ предварительную преступную дѣятельность съ покушеніемъ на преступленіе и относятъ къ покушенію не только акты, начинающіе воспроизведеніе состава преступленія, но и приготовительныя къ преступленію дѣйствія ²⁾. Но, въ эту эпоху, въ сознаніе нѣкоторыхъ кримина-

мѣненія къ виновнику попытки совершенія означенныхъ дѣяній ординарнаго наказанія не требовалось, чтобы дѣйствіе его вылилось въ форму близкаго или оконченнаго покушенія. Ординарное наказаніе примѣнялось даже къ лицамъ, совершившимъ одно только приготовленіе къ выполненію указанныхъ дѣяній. Ср. напр., *Carerius, Practica, § Homicid. n. 19: Fallit etiam in emente venenum, ut alteri daret. nam si attentasset, & non dedisset, vel dedisset, & non fuisset mortuus punitur, ac si occidisset fuisset mortuus...*

¹⁾ *Julius Clarus, Receptarum sententiarum liber V, § fin. qu. 92, n. 2: In his vero, quae atrocissima non sunt, nullo modo debet iudex pro solo conatu poenam mortis imponere, nisi id expresse (ut dixi) statuto vel lege caveatur et eo etiam casu, non nisi deventum fuerit ad actum proximum et immediatum ipsi maleficio. Matthaeus, Lib. XLVIII, Dig. tit. XLVIII, cap. IV, n. 13. Granzius, Def. inquis. Cap. VI, membr. II. art. XI, n. 586 seq.: conatus proximus: ubi autem lex vel statutum generaliter tantum conatui certam poenam dictitat, haec eo demum casu exequenda sit, quando conatus ad actum proximum et immediatum ipsis maleficio processit. Damhouder, Praxis, Cap. 103, n. 10, 11.*

²⁾ *Renazzi, Elementa juris criminalis, 1733; Renazzi, Synopsis elementorum juris criminalis, 1835 (Ed. III), p. 16. Cremani, De iure criminali, I, 1791, p. 77, 78. Perdifficilis, & perobscura est quaestio de conatu delinquendi; qua appellatione opus susceptum absque effectu sequuto, sive etiam*

листовъ уже начинаетъ проникать убѣжденіе въ существованіи различія между соотвѣтственными видами предварительной дѣятельности и они начинаютъ различать въ составѣ наказуемаго покушенія приготовленіе къ преступленію и начало исполненія его ¹⁾).

Далѣе, доктрина этой эпохи проводила различіе между по-

usus eorum significatur, quae ad crimen perficiendum diriguntur. Ut igitur huic rei, quantum per me licet, aliquam lucem afferam, praemittendos existimo varios conatus gradus, nec non quae de iis naturalis ratio, & civile ius varie praescribunt. Primus gradus proprie in sola mentis cogitatione positus est; alter in iis, quae externe fiunt, quaeque ab ipsa delicti perfectione multum adhuc remota sunt; postremus in iis, quae externe pariter ita suscipiuntur, ut perficiendo crimini, quod quisque sibi proposuerat, maxime accedant... Sed ad ius civile quod attinet, primum conatus gradum non curat ob ea, quae cap. I, § 3, tradidimus reliquos gradus ita curat, ut modo mitior, seu extraordinaria, modo ordinaria poena infligenda sit, perinde ac si alter delictum ad exitum omnino perduxerit.

Romagñosi, Genesis des Strafrechtes, 1791 (Aus dem Italiänischen von Luden, 1833), II, s. 22, 23. § 699. (Aus demselben Grunde, aus welchem man nächste und entfernte Veranlassungen unterscheidet, man auch zwischen nächsten und entfernten Versuchen unterscheiden. Die Unterscheidung gründet sich auf die grössere oder geringere Entfernung, in welcher die Versuchshandlungen zu der Consummation des Verbrechens stehen) S. 63. § 793. (Lässt man die Vorbereitung des Verbrechens die Macht der Strafe treffen, so kann man die Consummation desselben, die einzige Ursache des Schadens verhindern. Denn bei jedem zusammengesetzten Verbrechen muss der Mensch erst den Versuch durchmachen, ehe er zur Consummation kommt.)

Pagano, Principj del codice penale, 1803 (Opera postuma), Cap. XI Del conato. (Essendo il delitto un fatto, che offende la Società, ed il pensiero non potendo recare altrui nocimento, quando in fatti no si esterni, va esente dalla pena, siccome altrove si è detto. Ma quando poi passi il pensiero ad atti esterni, allora forma delitto, che dicesi conato, e tentativo.) Paolletti. Institutiones theoretico-practicae criminales, I, 1805, p. 5. (Conatus quoque delinquendi veluti delictum respicitur, et criminalistae delictum attentatum vocant. Sicuti enim crimen in pravo delinquendi consilio positum est, si consilium hoc aliquo mechanico actu executioni mandemus, ita ut voluntas nostra, pravusque peccandi animus extra mentem exeruisse videatur, crimen quoque inchoatum esse manifeste adparet.)

¹⁾ Renazzi, p. 16. Quis dixerit delictum apparare, vel incipere idem esse, ac illud absolvere, atque perficere, ac tam ex tentato, quam ex consummato delicto aequè labefactari comunem tranquillitatem, et privata civium commoda intercipi?.. Etsi delinquendi nisus a delicto distinguatur, neque ipsum sit crimen, sed ejus solum inchoatio, vel apparatus; nemo tamen non intelligit ad illud quam proxime accedere.

кушеніемъ отдаленнымъ отъ окончанія преступленія и покушеніемъ близкимъ къ этому моменту. Покушеніемъ близкимъ признавались тѣ случаи оконченнаго покушенія, которые не привели къ окончанію преступленія, въ силу причинъ, отъ воли виновнаго не зависѣвшихъ ¹⁾, почему нѣкоторые криминалисты и называли его неудавшимся преступленіемъ ²⁾.

Криминалисты этого времени не дѣлали никакихъ ограниченій области наказуемости покушенія. Можно предполагать, что никакихъ ограниченій ея въ эту эпоху и, въ дѣйствительности, не существовало, и что процессъ расширенія круга случаевъ наказуемости покушенія, начавшійся въ 16 столѣтіи, постепенно довелъ область наказуемости покушенія до ея естественныхъ границъ: въ концѣ 18 вѣка, покушеніе стало наказываться при всѣхъ преступленіяхъ.

Что касается наказуемости покушенія, то въ сочиненіяхъ юристовъ разсматриваемой эпохи мы почти не находимъ указаній на существованіе специальныхъ основаній отпаденія уголовной отвѣтственности за покушеніе. Большинство ученыхъ исходитъ изъ того взгляда, что наказуемость покушенія должна быть такою же неумолимою, какъ и отвѣтственность за оконченное преступленіе. Лишь нѣкоторые криминалисты высказываютъ иной взглядъ на этотъ предметъ. Такъ, одни замѣчаютъ, что если, въ видѣ общаго правила, добровольный отказъ виновнаго отъ продолженія преступной дѣятельности можетъ претендовать только на значеніе уменьшающаго наказуемость обстоятельства, то отказъ отъ отдаленнаго покушенія (приготовленія къ преступленію) обусловливаетъ собою полную безнаказанность виновнаго ³⁾. Другіе криминалисты, ни въ коемъ случаѣ не до-

¹⁾ Renazzi, p. 17, 18. Qui conantur delinquere, alii incerti adhuc an propositum crimen perficiant, in extrema quasi linea consistunt, et in solo apparatu delicti, quorum conatus apte a rerum criminalium scriptoribus remotus appellatur, ut si quis gladium strinxerit, ut inimicum interficeret: proximus vero conatus dicitur illorum, qui audaciores longius progrediuntur, parumque abest, quin tentatum scelus perficiant, velut quando qui strinxit ensem, aemulum praeterea percusserit. Cremani, I, p. 79. At si, quominus homo ex. gr. occideretur, per eum minime steterit, qui humana omnia tentavit, quae proxime, & immediate hominis interitum parere solent; nihil sane est, quo cum eo agere vetemur aequae, ac si homo caesus esset.

²⁾ Romagnosi, 11, s. 14. & 679.

³⁾ Cremani I, p. 78, 79. Mitiozem ego perpetuo inferendam arbitror, cum quis poenitentia ductus noluit tentatum scelus perficere, tametsi id in

пуская безнаказанности добровольно оставленного покушенія, высказываются въ пользу безнаказанности покушенія съ негодными средствами ¹⁾.

Наконецъ, размѣръ отвѣтственности за покушеніе, по ученію представителей этого направленія, долженъ быть меньшимъ, чѣмъ размѣръ отвѣтственности за оконченное преступленіе ²⁾. При опредѣленіи наказаній за покушеніе, они рекомендовали суду обращать вниманіе на большую или меньшую близость покушенія къ окончанію преступленія. Отвѣтственность за покушеніе возрастала, по мѣрѣ приближенія дѣйствія виновнаго къ окончанію преступленія ³⁾.

IX. Изъ предыдущаго видно, что постановленія о наказуемости покушенія, обязанныя своимъ происхожденіемъ доктринѣ итальянскаго права, и впослѣдствіи покоились исключительно на авторитетѣ ученыхъ юристовъ Италіи, долгое время не находя

illius potestate esset... Atque ab omni poena abstinendum est, si quis ea tentaverit, quae a perfectione criminis longe distant, veluti si materiam, & instrumenta quaedam paraverit clavibus adulterinis conficiendis idonea, nec tamen eas conficere voluerit: alicui poenae locus esse potest, sed non admodum gravi, si claves confecerit, nec, cum posset, iis usus sit ad aliena horrea aperienda, auferendumque frumentum, aliudve huiusmodi ibi reconditum.

¹⁾ Romagnosi, II, s, 43, § 747. Es würde folglich ungerecht und grausam sein, den Versuchen, welche aus physischen Gründen keinen Schaden bringen können, Strafen entgegenzusetzen zu wollen. S. 44, 45, § 751.

²⁾ Beccaria, Dei delitti e delle pene, 1834 (1 ed. 1764), § XIV. Renazzi, p. 16.

Pauli Risi, Animadversiones ad criminalem jurisprudentiam pertinentes (trad. du latin, Brissot de Warville, Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du jurisconsulte, II, 1782). p. 93. p. 94.

Неоконченная преступная дѣятельность подвергается тому же наказанію какъ и оконченная, только въ тѣхъ случаяхъ, когда она возводится на степень самостоятельнаго преступленія.

Renazzi, p. 17. XVIII.

Paoletti, I. p. 5.

Впрочемъ, въ эту эпоху были криминалисты, полагавшіе, что оконченное покушеніе должно подлежать тому же наказанію, какъ и оконченное преступленіе.

Filangieri, La scienza della legislatione, IV, 1783 (3 ed.). p. 202.

Cremani, I, p. 79, 80.

Romagnosi, II, e. 52: § 765.

О причинѣ появленія этихъ ученій и о социальномъ ихъ значеніи мы будемъ говорить подробно впослѣдствіи.

³⁾ Renazzi, p. 18. Pagano, Cap. XI.

себѣ прямого опредѣленія въ законодательствѣ. Неудивительно поэтому, что когда въ Италіи было приступлено къ всесторонней законодательной дѣятельности и когда въ этой странѣ стали появляться спеціальныя уголовныя уложенія, то въ первое время у итальянскихъ законодателей не было опыта въ дѣлѣ формулировки положеній о наказуемости покушенія и положенія законнаго права въ этой области должны были существенно отличаться отъ соотвѣтствующихъ положеній доктрины. Сверхъ того, пріобрѣтенію своеобразнаго характера законными положеніями о покушеніи много содѣйствовали и тѣ общественныя теченія, которыя господствовали въ эпоху ихъ возникновенія.

Какъ было замѣчено выше, при изложеніи доктрины о покушеніи, во второй половинѣ 18 вѣка, въ Италіи, существовало могущественное теченіе въ пользу смягченія суровости уголовного права и мы уже познакомились съ тѣмъ вліяніемъ, которое было оказано этимъ теченіемъ на тогдашнія ученія о покушеніи. Подъ сильнымъ вліяніемъ идей гуманитарнаго направленія находились въ Италіи и первые опыты кодификаціи уголовного права: также какъ и итальянская доктрина, они были охвачены стремленіемъ къ гуманизации положеній о преступленіи и наказаніи. Но въ то время доктрина, связанная традиціями науки, смягчала суровость уголовного права путемъ переработки исторически сложившейся карательной системы, законодательство поступало свободнѣе и, проводя гуманныя начала права, отступало отъ историческихъ образцовъ, создавая оригинальные продукты законодательнаго творчества,

Образцомъ уголовныхъ уложеній этого типа въ Италіи является тосканское уложеніе 1786 г. Этотъ кодексъ, вызывая существенное смягченіе итальянскаго карательнаго права, вовсе не считается съ исторически сложившимися началами этого права. Изучая это уложеніе, мы встрѣчаемся съ цѣлымъ рядомъ положеній, совершенно чуждыхъ прежнему праву. Весьма оригинальнымъ характеромъ отличаются и постановленія этого кодекса о покушеніи, которыя только и могутъ быть поняты при условіи признанія ихъ за продуктъ стремленія къ установленію гуманной и свободной отъ всякой связи съ прошлымъ системы репрессіи предварительной преступной дѣятельности. Этотъ кодексъ крайне тѣсно очерчиваетъ составъ наказуемаго покушенія и крайне узко опредѣляетъ кругъ наказуемыхъ случаевъ покушенія, совершенно отступая при этомъ отъ обычныхъ приемовъ правовой формулировки соотвѣтственныхъ положеній.

Въ видѣ общаго правила, кодексъ 1786 г. признаетъ покушеніемъ только близкое къ окончанію преступленія покушеніе. Согласно постановленіямъ этого кодекса, для наказуемости покушенія, вообще говоря, необходимо, чтобы виновный совершилъ дѣйствіе, начинающее выполнение состава преступленія. Покушеніемъ на изгнаніе плода признается безрезультатное принятіе abortивнаго средства ¹⁾, покушеніемъ на похищеніе женщинъ и насильственныя посягательства на половую свободу—безрезультатное примѣненіе насилія съ цѣлью реализаціи соотвѣтствующихъ дѣяній ²⁾. Только въ одномъ случаѣ, при преступленіи растлѣнія, разсматриваемый кодексъ даетъ болѣе широкую обрисовку состава предварительной дѣятельности и допускаетъ примѣненіе наказанія не только къ актамъ, начинающимъ выполнение этого преступленія, но и къ приготовительнымъ по отношенію къ нему дѣйствіямъ ³⁾.

Еще далѣе шло это уложеніе въ направленіи гуманизаціи

¹⁾ Cod. Tosc. 1786. Art. 71... quelle madri che avranno procurato l'aborto del feto da sè concepito, ed i complici del loro misfatto, siccome quei che avessero fatto alle medesime alcuna sorta di violenza, o usato altro mezzo col reo fine di farle abortire, se sarà seguito l'effetto, e resterà concluso esser derivato l'aborto dall'opera di cui lo ha procurato, subiranno la pena ordinaria degli omicidiarj dichiarata all'art 67. Se poi non seguisse l'aborto o seguito rimanesse in dubbio se ne sia stata la cagione il fatto a quello diretto, la pena come di delitto attentato, sarà per le donne la carcere a tempo, e per gli uomini l'esilio o confino parimente a tempo; nè sarà considerato che come omicidio colposo, se alcuno percuotendo una donna, o dandole per imperizia qualche cibo, o bevanda, o medicamento, le avesse cagionato fuori della sua intenzione l'aborto.

²⁾ Art. 101. 1... la violenza usata nel ratto, come in ogni altra specie di delitto di carne, qualunque siasi, se il delitto sarà consumato, lo renderà sempre meritevole dell'ultimo supplizio, e solo nel ratto avrà il giudice l'arbitrio di minorare una tal pena, qualora vi fosse intervenuto il libero consenso della rapita, onde l'ingiuria percuotesse piuttosto i genitori, e i consanguinei, o i tutori, e curatori della medesima. Non essendo poi seguito l'effetto, se chi ha patito la violenza avrà riportato qualche grave ferita, o altra offesa parimente grave nella persona, la pena non sarà mai minore di dieci anni di pubblici lavori; fuori del detto caso, l'attentato sarà punito ad arbitrio del giudice.

³⁾ Art. 99. 2... similmente co' pubblici lavori a tempo sarà punito lo stupro commesso, anchorchè senza violenza in vergine non viripotente, se sarà consumato e non essendo consumato, con pena de esilio, o di confino, secondo il grado, e la qualita dell'attentato, e sempre sarà tenuto all'interesse della parte, non tanto per l'ingiuria, quanto per la deteriorata condizione della zittella.

изучаемых постановлений при определении области наказуемости покушения. Общего правила о наказуемости покушения ему не было известно и оно подвергалось наказанию только покушение на некоторые, весьма немногочисленные, преступления, а именно: покушение на изгнание плода ¹⁾, покушение на растление ²⁾ и покушение на насильственное посягательство на женское целомудрие ³⁾. Покушение на другие преступления каралось в том только случаях, когда оно носило характер квалифицированного покушения и воплощало в себя признаки оконченного преступления. В последнем случае, покушение обыкновенно подвергалось тому же наказанию, что и все вообще преступления данного рода и лишь иногда стечение признаков оконченного преступления и покушения в одном и том же деянии приводило к возвышению ответственности за последнее ⁴⁾.

Начала определения неумолимости наказаний за покушение были оставлены тосканским уложением без изменения и оно, подобно предшествовавшему ему праву, не признавало добровольного отказа от покушения основанием безнаказанности виновного.

Что касается размера ответственности за покушение, то

¹⁾ Art. 71

²⁾ Art. 99. 2

³⁾ Art. 101. 1

⁴⁾ Такъ, нанесение ранъ подвергалось болѣе строгому наказанию, если оно было совершено съ намѣреніемъ лишенія жизни потерпѣвшаго. Art. 72... le ferite fatte con arme di qualunque specie con premeditazione saranno punite con pena afflictiva di corpo, fino ai pubblici lavori inclusi- vamente, e costando che il feritore avesse l'animo di uccidere, la pena sarà sempre dei pubblici lavori; se poi saranno fatte in rissa con arme atte ad uccidere, quando la ferita sarà grave benchè non pericolosa, si punirà sempre con pena afflittiva ad arbitrio del giudice, e per tutte le altre offese leggiera, o fatte senz'arme si puniranno con pena pecuniaria, secondo la qualita di esse, dalle lire venticinque fino in lire dugento.

Нѣкоторые криминалисты (Lelièvre, I, 400, 401; Baumgarten, s. 17) полагаютъ, что тоскан. ул. предусматривало еще и наказуемость покушения на поджогъ и ссылаются на art. 85... gli incendiarj, quelli cioè per dolo e malizia dai quali sarà fatto l'incendio, caderanno nella pena dei pubblici lavori a tempo, ed anche a vita a misura non solo del danno, che avranno arrecato, ma ancora del pericoli di cagionarlo maggiore di quello inteso nell'esecuzione del pessimo loro disegno. Но, изъ текста этой статьи, видно, что она обусловливаетъ наказуемость поджога фактомъ наступления вреднаго результата, т. е., опредѣляетъ наказуемость однихъ только случаевъ оконченнаго преступления поджога.

онъ былъ меньшимъ, чѣмъ размѣръ отвѣтственности за оконченное преступленіе, и неудачный исходъ преступной дѣятельности субъекта приводилъ къ значительному пониженію размѣра его наказуемости ¹⁾.

Х. Нашедшіе себѣ выраженіе въ тосканскомъ уложеніи приемы реформированія уголовного права, по самому своему существу, не могли привести къ долговѣчнымъ правовымъ положеніямъ и вышеприведенныя постановленія не пустили корней въ итальянскомъ правосознаніи. Обращаясь къ тѣмъ воззрѣніямъ на покушеніе, которыя господствовали въ Италіи вскорѣ вслѣдъ за появленіемъ этого уложенія и которыя нашли себѣ воплощеніе въ ученіяхъ итальянскихъ криминалистовъ начала 19 вѣка, мы видимъ, что на нихъ совершенно не отразилось вліяніе, вдохновлявшихъ тосканскаго законодателя, идей. Юристы начала 19 столѣтія, смягчая систему репрессіи предварительной преступной дѣятельности, ставятъ свои ученія въ преемственную связь не съ положеніями кодекса 1786 года, а съ господствовавшими въ концѣ 18 вѣка научными теченіями.

Наиболѣе существеннымъ нововведеніемъ въ области ученій о покушеніи въ эту эпоху является провозглашеніе принципа безнаказанности приготовительныхъ къ преступленію дѣйствій: криминалисты начала 19 вѣка признаютъ покушеніемъ только акты, начинающіе выполненіе состава преступнаго дѣянія ¹⁾. Въ зависимости отъ большей или меньшей близости этихъ дѣйствій къ моменту окончанія преступленія, они подраздѣляются на покушеніе близкое и покушеніе отдаленное ²⁾.

¹⁾ Art. 67... gli omicidj premeditati, nella classe dei quali sono pure gli infanticidj, venefizj, e gli altri tutti che diconsi qualificati, saranno sempre considerati come delitti atrocissimi, e perciò irremissibilmente puniti con la pena da Noi stabilita per ultimo supplizio, previa un'ora di gogna, ed all' istessa pena saranno soggetti i mandanti, gli ausiliatori, gli assistenti, ed ogni altro che deliberamente avrà cooperato a tali omicidj... art. 71, 99, 100.

¹⁾ Carmignani, *Juris criminalis Elementa*, I, 1833 (1 ed. 1808), p. 64, 65. illum definit humanum factum quod extrinsecus opus dolose adsumptum, atque ad certum consummandum crimen idoneum apparet. Propter defectum ad conatum non pertinent, ideoque criminosae qualitatis admodum expertes sunt: I. nudaе criminum cogitationes quamvis per familiaritatem vel per minas patefactae; II. Actus criminis mere praeparatorii: quique idcirco univoce ad crimen de quo agitur, referibiles haud sunt.

²⁾ Carmignani, I, p. 66, 67. Actus physici, quia a criminosa intentione exseruntur, quique cum a primo delinquendi consilio parum distent, a cri-

Доктрина этого періода совершенно ничего не говоритъ о предѣлахъ области наказуемости покушенія. Можно думать, что и въ началѣ 19 вѣка покушеніе каралось въ Италіи при всѣхъ преступленіяхъ.

Второю крупною реформою, проводимою криминалистами въ области ученій о покушеніи въ эту эпоху, является пониженіе неумолимости наказаній за покушеніе. Если ученые начала 19 вѣка и продолжаютъ отрицать за добровольнымъ отказомъ отъ покушенія значеніе основанія отпаденія отвѣтственности виновнаго и допускаютъ въ этомъ случаѣ только пониженіе его наказуемости ¹⁾, то они вырабатываютъ также и понятіе объ обстоятельствахъ, освобождающихъ виновника покушенія отъ всякой отвѣтственности. Такими обстоятельствами они признаютъ 1) употребленіе, по ошибочному убѣжденію въ ихъ пригодности, абсолютно негодныхъ средствъ при выполненіи покушенія ²⁾ и 2) негодность объекта предпринятаго виновнымъ посягательства ³⁾.

Въ области правилъ объ опредѣленіи размѣра отвѣтственности за покушеніе, разсматриваемое направленіе закрѣпляетъ выработанныя ихъ предшественниками положенія и, отстаивая

minis perfectione longe absunt, conatus remoti nomen recipiunt; qui vero ad criminis perfectione appropinquant, proximi, conatus extremi, seu actus criminis praetergressi. Singulorum actuum hisce duobus extremis proximitas vel longinquitas, conatus quantitas valet nuncupari.

¹⁾ Carmignani, I, p. 69. Major imputatio conatus proximi, quam remoti; minor cum delinquens sponte a conando destitit, quam cum praeter suam intentionem crimen perficere haud potuit.

²⁾ Carmignani, I, p. 64, 65. Propter defectum ad conatum non pertinent, ideoque criminosaе qualitatis admodum expertes sunt: Illi. Actus criminis impares, atque inidonei si tales tam objective quam subjective sint.

³⁾ Carmignani, I, p. 68. Causae legales, seu ex legis dispositione proficiscentes, tum demum suam exerunt vim cum etiamsi et quoad activum et quoad passivum tam conatus, quam consummationis subjectum omnes concurrant actus, qui crimen extrinsece perfectum constituunt, in hisce actibus tamen qualitas deest, quae a lege improbat: Exemplum habes in furto rei furantis propriae, et in concubitu, de quo lepide narrat Boccaccius Decamer. giorn. 3, nov. 6, quo casu cum moralitas, actuum extrinseca penitus deficiat, objectiva ac subjectiva inspectio inutilis prorsus evadit. P. 69. Ubi actus physici, quibus perfectum crimen constat qualitatem a lege vetitam haud praeserunt, quidquid de intentione agentis sit, conatus nullimodo imputatur: deficit enim subjectum, ex quo de pravitate intentionis iudicium, queat institui, damnum nempe societatis.

принципъ редуцированной наказуемости всѣхъ видовъ покушенія ¹⁾, рекомендуетъ сообразовать размѣръ отвѣтственности за покушеніе съ большей или меньшей близостью покушенія къ окончанію преступленія ²⁾.

XI. Познакомившись съ существомъ тѣхъ воззрѣній на наказуемость покушенія, которыхъ придерживались итальянскіе криминалисты начала 19 вѣка, необходимо перейти къ разсмотрѣнію постановленій о покушеніи наиболѣе выдающихся продуктовъ законодательнаго творчества этой эпохи. Изученіе соотвѣтствующихъ положеній показываетъ, что подлежащіе кодексы не только воплотили въ себѣ всѣ гуманныя нововведенія современной имъ доктрины, но сдѣлали еще и дальнѣйшіе шаги въ направленіи смягченія репрессіи предварительной преступной дѣятельности, введя въ эту систему, выработанныя иноземнымъ, главнымъ образомъ, французскимъ, правомъ, гуманныя начала. Мы имѣемъ въ виду фактъ рецепціи итальянскимъ правомъ этого времени начала безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія.

Изучая содержаніе итальянскихъ кодексовъ и проектовъ первой половины 19 вѣка, мы замѣчаемъ, что указанное вліяніе сказывается уже на проектѣ уголовного уложенія 1807 года. Впослѣдствіи эти, воспринятыя итальянскимъ законодателемъ, начала консолидируются въ уголовныхъ кодексахъ королевствъ Обѣихъ Сицилій (1819 г.) и Сардиніи (1839 г.) и герцогства Пармы (1820 г.). Къ разсмотрѣнію постановленій соотвѣтствующихъ уложеній о покушеніи, мы теперь и должны обратиться.

Подъ покушеніемъ, разсматриваемыя уложенія разумѣютъ одни только дѣйствія, начинающія выполнение состава преступленія. Проектъ 1807 г. и уложеніе Обѣихъ Сицилій, для наказуемости виновника покушенія, требуютъ, чтобы онъ совершилъ близкое къ окончанію преступленія дѣйствіе ³⁾. Уложенія Пармы

¹⁾ Carmignani, I, p. 68, 69.

²⁾ Carmignani, I, p. 69, 70.

³⁾ Progetto di Codice penale pel regno d'Italia (Collezione dei travagli sul Codice penale, 1807), art. 68. L'attentato di delitto, perchè sia punibile, deve essere manifestato con atti esterni e prossimi all'esecuzione. Codice delle due Sicilie (1819), art. 70. Il tentativo di un misfatto che no ha avuto luogo anche per circostanze fortuite ed indipendenti dalla volontà del colpevole, se sia manifestato con atti esteriori prossimi alla esecuzione, tali pero che ancora rimanga all'autore qualche altro atto per giungere alla consumazione del medesimo, è punito con uno a due gradi

и Сардиніи опредѣляютъ покушеніе, какъ дѣйствіе, воплощающее въ себѣ начало исполненія преступленія ¹⁾. Приготовительныя къ преступленію дѣйствія наказываются этими уложеніями только въ случаяхъ, особо закономъ предусмотрѣнныхъ, въ качествѣ самостоятельныхъ преступленій. Въ частности, нѣкоторыя изъ нихъ возводятъ на степень самостоятельнаго преступленія приготовленіе къ поддѣлкѣ монеты ²⁾.

Въ составѣ наказуемаго покушенія, кодексы Обѣихъ Сицилій и сардинское проводятъ различіе между покушеніемъ неоконченнымъ и покушеніемъ оконченнымъ или неудавшимся преступ-

meno della pena del misfatto consumato: salve anche le eccezioni in qualche caso particolare dalla legge preveduto. Questa seconda specie di tentativo chiamasi misfatto tentato.

¹⁾ Codice penale per gli stati di Parma, Piacenza etc. etc. (1820), art. 77. È punibile il tentativo, il quale sia stato manifestato con atti esterni, e susseguito da un principio di esecuzione, se questa non sia stata sospesa o priva d'effetto che per circostanze fortuite e indipendenti dalla volontà dell'autore. Codice penale per gli stati di S. M. il Re di Sardegna (1839), art. 101. È punibile qualunque tentativo di crimine o di delitto, che sarà stato manifestato con un principio di esecuzione, se questa non fu sospesa, o non manco di produrre il suo effetto che per circostanze fortuite od indipendenti dalla volontà dell'autore.

²⁾ Parma, art. 144. Chiunque fabbricherà, o scientemente riterrà in suo potere conj. forme, macchine, o altri stromenti atti esclusivamente a fabbricare false monete di questi ducati, o altre aventi corso legale e commerciale ne' medesimi, sarà per questo solo fatto punito colla reclusione. Sardegna, art. 343. Chiunque fabbricherà o farà fabbricare, o scientemente riterrà in casa od altrove conii, forme, crogiuoli, macchine od altri instrumenti atti a fabbricare false monete, sarà per questo solo fatto punito colla reclusione. Sono però eccettuati da questa disposizione quegli artefici od altre persone alle quali per uso della loro arte, scienza o professione detti instrumenti fossero necessari.

Напротивъ, эти кодексы уже не знаютъ наказуемости приготовительныхъ дѣйствій при государственныхъ преступленіяхъ. Формулируя составъ этихъ преступленій, какъ посягательство особаго рода, они разумѣютъ подъ послѣднимъ только одни акты, начинающіе выполненіе задуманнаго виновнымъ дѣйствія. Ср. Parma, art. 115. Vi è attentato dal momento che si è commesso o cominciato un atto prossimo alla esecuzione de' crimini indicati ne' due articoli antecedenti. Sardegna, art. 186. Vi è attentato dal momento che si è dato principio ad un atto qualunque di esecuzione dei crimini indicati nei tre precedenti articoli.

лением¹⁾. Проектъ 1807 г. и уложение пармское не знали этого дѣленія покушеній.

Проектъ 1807 г. и уложение Сардиніи признавали покушение наказуемымъ при всѣхъ преступленіяхъ и проступкахъ²⁾. Уложение пармское, подвергая наказанію покушение при всѣхъ преступленіяхъ въ техническомъ смыслѣ, карало покушение на проступки лишь въ случаяхъ, особо закономъ предусмотрѣнныхъ³⁾. Уложение Обѣихъ Сицилій, въ видѣ общаго правила, наказывало только покушение на преступленія. Но въ извѣстныхъ, особо указанныхъ въ законѣ, случаяхъ, оно карало не только покушение на проступки, но и покушение на нарушенія⁴⁾.

Какъ мы уже говорили, особо прогрессивнымъ характеромъ отличались тѣ изъ постановленій разсматриваемыхъ уложений, которыя опредѣляли условія отпаденія отвѣтственности за покушение. Всѣ эти уложенія провозглашаютъ начало безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія⁵⁾. Но, сверхъ того,

¹⁾ Due Sicilie, art. 69. Chiunque colla volontà di commettere un misfatto giunge ad atti tali di esecuzione, che nulla rimanga per la sua parte onde mandarlo ad effetto, se questo ne ha avuto luogo per circostanze fortuite ed indipendenti dalla di lui volontà, è punito con un grado meno del misfatto consumato: salve le eccezioni in alcuni casi particolari preveduti dalla legge. Questa specie di tentativo chiamasi misfatto mancato. art. 70. Sardegna, art. 102. Quando il colpevole di tentativo giunga ad atti tali di esecuzione, che nulla rimanga per sua parte onde mandarlo ad effetto, sarà punito colla pena del reato consumato, colla diminuzione di un solo grado. Questo tentativo si considera come crimine o delitto mancato. Art. 103. Se poi gli atti di esecuzione siano di tale natura che ancora rimanga all'autore del tentativo qualche altro atto per giungere alla consumazione del reato, il colpevole sarà punito colla pena del reato consumato diminuta di due o di tre gradi a norma delle circostanze, e specialmente secondo la maggiore o minore prossimità dell'atto alla consumazione del reato. Questo tentativo si considera come crimine o delitto tentato.

²⁾ Progetto, art. 68; Sardegna, art. 101.

³⁾ Parma, art. 78. Il tentativo è sempre punibile ne' crimini ne' delitti è punibile in que'soli casi che sono espressamente additati dalla legge.

⁴⁾ Due Sicilie, art. 71. I tentativi de delitti e delle contravvenzioni non sono imputabili che ne' casi specialmente determinati dalla legge.

⁵⁾ Progetto, art. 69, 1. L'attentato di delitto che sia stato sospeso dal pentimento, non è punito, 2. Se pero il pentimento succeda ad atti che costituiscano un particolare delitto, l'attentante è punito per questo. Due Sicilie, art. 73. Se il corso del reato sia stato interrotto per causa del pentimento del colpevole egli allora non soggiacerà che alla pena degli atti già eseguiti, quante volte questi sieno dalla legge caratterizzati per reati

въ нѣкоторыхъ изъ этихъ уложеній мы находимъ признаніе еще и другихъ основаній отпаденія наказуемости покушенія. Такъ, уложенія пармское и сардинское, въ отдѣлѣ объ убійствѣ, постановляютъ, что лицо, приготовившее средства, вполнѣ годныя для выполненія убійства, но, по приступѣ къ совершенію задуманнаго дѣянія, случайно примѣнившее средства, абсолютно негодныя для его реализаціи, подлежитъ уголовной отвѣтственности ¹⁾. Изъ этихъ положеній можно заключить, что соотвѣствующія уложенія, въ видѣ общаго правила, признають покушеніе съ абсолютно негодными средствами ненаказуемымъ, совершенно не различая, было ли негодное средство употреблено виновнымъ по убѣжденію въ его пригодности или въ силу случайности или недосмотра. Только при убійствѣ, негоднымъ покушеніемъ почитаются одни лишь случаи употребленія абсолютно негодныхъ средствъ, по ошибочному убѣжденію въ ихъ пригодности.

Всѣ вышеупомянутыя уложенія наказываютъ покушеніе менѣе строго, чѣмъ оконченное преступленіе. Начало равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія допускается ими лишь въ рѣдкихъ, особо предусмотрѣнныхъ закономъ, случаяхъ ²⁾.

Parma, art. 77. Sardegna, art. 106. Alloraquando il tentativo sarà stato sospeso per volontà dell'attentante, si punisce l'atto eseguito, quando costituisca per se stesso uno speciale reato.

¹⁾ Parma, art. 314. Chi avendo il proposito di commettere un omicidio si procura i mezzi necessari, e adatti per consumarlo, ma per errore, o per non previsto accidente, o per opera altrui usa poi di mezzi non idonei alla consumazione del medesimo, sarà punito colla reclusione. Sardegna, art. 584. Chi avendo in animo di commettere un omicidio si procura i mezzi necessari ed adatti per consumarlo, ma o per errore o per non previsto accidente o per opera altrui usa poi di mezzi non idonei alla consumazione del medesimo, sarà punito colla reclusione od anche coi lavori forzati a tempo, secondo le circostanze.

²⁾ Progetto, art. 71, 1. L'attentato di delitto che sia stato sospeso da circostanze fortuite ed indipendenti dalla volontà dell'incolpato, è punito nei delitti di alto criminale con commutazione della pena ordinaria di morte o dei ferri in vita, o con minorazione di uno o due gradi, se sia temporanea. 2. La commutazione o la minorazione della pena è regolata colle norme prescritte nell'art. 59. Due Sicilie, art. 69, 70. Parma, art. 79. Quando per qualche caso particolare non sia disposto in contrario, la pena del crimine tentato sarà quella di un grado immediatamente inferiore alla pena del crimine consumato. Art. 80. La pena del delitto tentato, quando la legge ne prescrive la punizione, sarà sempre al di sotto della metà di quella che sarebbesi pronunciata contro il delitto consumato. Sardegna, art. 102, 103. Art. 105. Sono eccettuati dalle disposizioni dei tre precedenti articoli i casi dalla legge specialmente indicati.

Уложенія Обѣихъ Сициліи и сардинское караютъ покушеніе оконченное (неудавшееся преступленіе) болѣе строго, чѣмъ покушеніе неоконченное ¹⁾.

XII. Воспріятыя итальянскими кодексами первой половины 19 вѣка начала наказуемости покушенія вскорѣ укоренились въ итальянскомъ правосознаніи и, изучая положенія итальянской доктрины второй четверти прошлаго столѣтія, мы видимъ, что усвоенная итальянскимъ законодательствомъ система репрессіи покушенія встрѣтила полное сочувствіе со стороны криминалистовъ того времени.

Итальянскіе криминалисты этой эпохи признаютъ покушеніемъ одни только дѣйствія, начинающія выполненіе состава преступнаго дѣянія ²⁾. Приготовительныя къ преступленію дѣйствія выдѣляются ими изъ состава покушенія и, по общему правилу, признаются ненаказуемыми ³⁾. Въ составѣ наказуемаго покушенія, эти ученые различаютъ покушеніе неоконченное и покушеніе оконченное или неудавшееся преступленіе ⁴⁾.

Представители этого направленія не даютъ никакихъ указаній на предѣлы области наказуемости покушенія. Повидимому, они вполнѣ присоединялись къ законодательному рѣшенію этого вопроса.

Что касается наказуемости покушенія, то она въ эту эпоху признавалась и доктриною несравненно менѣе неумолимою, чѣмъ наказуемость оконченныхъ преступленій. Покушеніе почиталось безнаказаннымъ не только въ случаѣ добровольнаго отказа виновнаго отъ доведенія преступленія до конца ⁵⁾, но и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ. Такъ, большинство криминалистовъ къ числу безнаказанныхъ видовъ покушенія относятъ, съ одной стороны, покушеніе съ абсолютно негодными средствами, при томъ совершенно безотносительно къ тому, были ли эти средства употреблены виновнымъ по убѣжденію въ ихъ пригодности или же они были примѣнены имъ въ силу случайной ошибки ⁶⁾; съ дру-

¹⁾ *Due Sicilie*, art. 69, 70. *Sardegna*, art. 102, 103.

²⁾ Zupetta, *Lezioni di leggi penali*, I, 1838, p. 76, 77; Giuliani, *Istituzioni di diritto criminale*, I, 1840, p. 127; Nicolini, *De la tentative*. 1844. Traduit en français par M. Lacoïnta, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XIX, 1861, p. 257.

³⁾ Zupetta, I, p. 76, 77; Giuliani, I, p. 127; Nicolini, p. 257.

⁴⁾ Zupetta, I, p. 75; Giuliani, I, p. 131, 132; Nicolini, p. 258.

⁵⁾ Poggi, *Elementa jurisprudentiae criminalis*, I, 1838, p. 15; Zupetta, I, p. 72; Giuliani, I, p. 135, 136; Nicolini, p. 257, 261.

⁶⁾ Zupetta, I, p. 80; Giuliani, I, p. 127, 128; Nicolini, p. 259.

гой стороны,—покушеніе надъ негоднымъ объектомъ ¹⁾. Нѣкоторые криминалисты высказывались въ пользу безнаказанности покушенія и въ томъ случаѣ, когда дѣйствіе виновнаго не достигло намѣченного имъ результата, вслѣдствіе отсутствія объекта посягательства въ предположенномъ мѣстѣ ²⁾. Но этотъ взглядъ не получилъ общаго признанія.

Криминалисты этого времени, по примѣру своихъ предшественниковъ, отстаивали начало редуцированной наказуемости покушенія ³⁾. Размѣръ отвѣтственности за покушеніе стоялъ въ зависимости отъ большей или меньшей близости покушенія къ окончанію преступленія ⁴⁾.

XIII. Переходя къ разсмотрѣнію развитія положеній итальянскаго права о покушеніи во второй половинѣ 19 столѣтія, необходимо остановиться на постановленіяхъ двухъ, вышедшихъ въ пятидесятыхъ годахъ истекшаго столѣтія, кодексовъ: тосканскаго уложенія 1853 года и сардинскаго уложенія 1859 года. Эти уложенія сыграли важную роль въ правовой жизни Италіи этой эпохи. Они сохранили значеніе свода дѣйствующаго итальянскаго права, вплоть до изданія общеитальянскаго уложенія 1889 года. При этомъ, область дѣйствія сардинскаго уложенія, съ теченіемъ времени, получила значительное расширеніе: со времени объединенія Италіи, дѣйствіе его было распространено на всѣ области итальянскаго королевства, за исключеніемъ Тосканы.

Къ составу наказуемаго покушенія эти кодексы относятъ дѣйствія, начинающія выполненіе состава преступленія. Уложеніе Тосканы опредѣляетъ покушеніе, какъ исполнительное дѣйствіе, не успѣвшее реализовать преступленія ⁵⁾; уложеніе сардинское опредѣляетъ его какъ дѣйствіе, воплощающее въ себѣ начало исполненія преступленія ⁶⁾.

¹⁾ Giuliani, I, p. 133; Nicolini, p. 259.

²⁾ Nicolini, p. 259.

³⁾ Poggi, I, p. 14; Zuppetta, I, p. 91; Giuliani, I, p. 125, 138; Nicolini, p. 218.

⁴⁾ Poggi, I, p. 14.

⁵⁾ Codice penale toscano (1853), art. 43. Gli atti esecutivi di un delitto dolose, che non giungono a consumarlo, sono tentativi di esso.

⁶⁾ Sardegna (1859), art. 96. E punibile qualunque tentativo di crimine o di delitto, che sarà stato manifestato con un principio di esecuzione, se questa non fu sospesa o non manco di produrre il suo effetto che per conseguenze fortuite od indipendenti dalla volontà dell'autore.

Приготовительныя къ преступленію дѣйствія признаются этими кодексами, въ видѣ общаго правила, не подлежащими наказанію и, лишь въ видѣ исключенія, они караютъ приготовленіе къ нѣкоторымъ преступленіямъ (ср., напр., приготовленіе къ подлогу). При этомъ, приготовительныя дѣйствія возводятся на степень самостоятельныхъ преступленій ¹⁾.

Въ составѣ покушенія, какъ тосканское, такъ и сардинское уложенія различаютъ покушеніе неоконченное и покушеніе оконченное или неудавшееся преступленіе ²⁾.

Уложеніе тосканское признаетъ покушеніе наказуемымъ при

¹⁾ Toscana, art. 242. Chiunque, senza permissione dell'autorità competente, costruisce, o fa costruire, o scientemente ritiene conj, piastre intagliate, od altri stromenti, esclusivamente atti a fabbricar moneta o carta pubblica di credito; soggiace, ognorachè il fatto non cada per se stesso sotto una pena piu grave, alla carcere da un mese ad un anno, ed alla confisca dei menzionati utensili. Sardegna, art. 328. Chiunque fabbricherà o farà fabbricare, o scientemente riterrà in cesa od altove, conj. forme, crogiuoli, macchine, od altri instrumenti, atti a fabbricare false monete, sarà, per questo solo fatto, punito colla reclusione estensibile ad anni sette. Sono pero eccettuati da questa disposizione quegli orefici od altre persone alle quali, per uso della loro arte, scienza o professione, detti instrumenti fossero necessari.

Подобно своимъ предшественникамъ, эти уложенія не знали наказуемости приготовления къ государственнымъ преступленіямъ. Toscana, art. 98. Avvi attentato, subitoché è stato commesso o intrapreso un atto esecutivo prossimo. Sardegna, art. 157. Vi è attentato dal momento che siasi dato principio ad un atto qualunque di esecuzione dei crimini indicat nei precedenti articoli.

²⁾ Toscana, art. 43. Art. 46. Se l'agente ha eseguito tutto cio, che era necessario alla consumazione del delitto, dolosamente intrapreso, ma il successo, che è dell'essenza di quel delitto consumato, non è avvenuto per cause independenti dalla volontà e dal modo di operare dell'agente medesimo; il tentativo trapassa in delitto mancato. Sardegna, art. 97. Quando il colpevole di tentativo giunga ad atti tali di esecuzione che nulla rimanga per sua parte onde mandarlo ad effetto, sarà punito colla pena del reato consumato, colla diminuzione di un solo grado. Questo tentativo si considera come crimine o delitto mancato. Art. 98. Se gli atti di esecuzione siano di tale natura che ancora rimanga all'autore del tentativo qualche altro atto per giungere alla consumazione del reato, il colpevole sarà punito colla pena del reato consumato diminuta di due o di tre gradi a norma delle circostanze, e specialmente secondo la maggiore o minore prossimità dell'atto alla consumazione del reato. Questo tentativo si considera come crimine o delitto tentato.

всѣхъ преступленіяхъ въ техническомъ смыслѣ и при всѣхъ проступкахъ ¹⁾).

Оба уложенія объявляютъ безнаказаннымъ добровольно оставленное покушеніе ²⁾. Но уложеніе сардинское знаетъ, сверхъ того, еще и другое основаніе отпаденія отвѣтственности за покушеніе—фактъ употребленія виновнымъ, при совершеніи покушенія, абсолютно негодныхъ средствъ. Въ отдѣлѣ объ убійствѣ, это уложеніе особо оговариваетъ наказуемость покушенія на убійство съ абсолютно негодными средствами, примененными не по убѣжденію, а по недосмотру или въ силу иной случайности ³⁾. Какъ мы уже замѣтили, это даетъ право предполагать, что, во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, употребленіе негодныхъ средствъ при покушеніи освобождало виновнаго отъ наказанія, и при томъ какъ при употребленіи негодныхъ средствъ по убѣжденію, такъ и при употребленіи ихъ въ силу случайности.

Уложенія тосканское и сардинское, въ видѣ общаго правила, карали покушеніе мягче, чѣмъ оконченное преступленіе. Они отступали отъ этого правила только въ крайне рѣдкихъ случаяхъ. Оба уложенія ставили размѣръ отвѣтственности за покушеніе въ зависимость отъ большей или меньшей близости покушенія къ окончанію преступленія, и наказывали неудавшееся преступленіе строже, чѣмъ покушеніе неоконченное ⁴⁾.

¹⁾ Toscana, art. 43, 46. Sardegna, art. 96, 98.

²⁾ Toscana, art. 48 § 1. Va impunito quell'agente, il quale, dopo aver commesso un tentativo, che non trapassato in delitto mancato, desiste spontaneamente dall'azione intrapresa. § 2. Dove per altro il tentativo costituisca un delitto, nella sua specie consumato, si applica la pena di questo. Sardegna, art. 96; art. 101. Quando il tentativo sarà stato sospeso per volontà dell'attentante, si punisce l'atto eseguito, semprechè costituisca per sè stesso uno speciale reato.

³⁾ Sardegna, art. 536. Chi, avendo in animo di commettere un omicidio, si procura i mezzi necessari ed adatti per consumarlo, ma o per errore, o per non previsto accidente, o per opera altrui, usa poi di mezzi non idonei alla consumazione del medesimo, sarà punito colla reclusione od anche coi lavori forzati a tempo secondo le circostanze.

⁴⁾ Sardegna, art. 97, 98. Art. 100. Sono eccettuati dalle disposizioni dei tre precedenti articoli i casi dalla legge specialmente indicati. Toscana, art. 45. Ognorachè la legge non contenga piu speciali disposizioni, il tentativo si punisce. a) con la casa di forza per un tempo non minore di anni dodici, se il delitto consumato porterebbe alla morte; b) con la casa di forza da cinque a) quindici anni, se il delitto consumato porterebbe all'ergastolo; c) con la casa di forza da un anno fino alla metà del tempo, per

XIV. Обращаясь къ разсмотрѣнію тѣхъ воззрѣній на покушеніе, которыя господствовали въ итальянской доктринѣ уголовного права, со времени объединенія Италіи вплоть до изданія уложенія 1889 года, нетрудно убѣдиться, что они вполне примыкали къ тѣмъ взглядамъ на наказуемость предварительной дѣятельности, которыя были выработаны итальянскою доктриною уголовного права еще во вторую четверть прошлаго столѣтія. Криминалисты этого времени признають наказуемымъ покушеніемъ только дѣйствія, воплощающія въ себѣ начало выполнения преступнаго дѣянія ¹⁾. Приготовительныя дѣйствія они выдѣляютъ

cui, nel caso di consumazione, si applicherebbe la stessa pena, se il delitto consumato è minacciato di casa di forza per un tempo che possa eccedere dodici anni; d) con la carcere da sei mesi fino alla metà del tempo, per cui, nel caso di consumazione, si applicherebbe la casa di forza, se il delitto consumato è minacciato di questa pena per un tempo, che non possa eccedere dodici anni; e) con una porzione non mai maggiore della metà di quella pena, che si applicherebbe nel caso di consumazione, se il delitto consumato porterebbe alla carcere, o all'esiglio particolare, o alla multa; f) con la rispettiva interdizione per un tempo, che non può eccedere la metà di quello, che si decreterebbe nel caso di consumazione, se il delitto consumato è minacciato di una pena propria. Art. 47. Il delitto mancato si punisce a) con l'ergastolo, se consumato porterebbe alla morte; b) con la casa di forza per un tempo non minore di dodici anni, se consumato porterebbe all'ergastolo; c) con una porzione, non minore della metà, mè maggiore di due terzi, di quella pena, che si applicherebbe nel caso di consumazione, se il delitto consumato porterebbe alla casa di forza, alla carcere, all'esiglio particolare, o alla multa; d) con la medesima pena dei delitto consumato, negli altri casi. Подъ послѣдними случаями слѣдуетъ разумѣть случаи преступленій, наказуемыхъ выговоромъ и преступленій, караемыхъ специальными наказаніями (le pene proprie), такъ какъ только эти наказанія не подлежатъ смягченію въ случаѣ принятія дѣйствіемъ виновнаго формы неудачнаго преступленія.

Улож. тосканское, сверхъ сего, заключало въ себѣ правило, въ силу котораго, въ тѣхъ случаяхъ, когда размѣръ отвѣтственности за преступленіе былъ поставленъ въ зависимость отъ размѣра причиненнаго дѣяніемъ вреда и нельзя было точно установить объемъ того зла, которое имѣлъ въ виду причинить виновникъ покушенія, судъ долженъ былъ исходить изъ предположенія меньшей степени напряженія вредоноснаго умысла виновнаго Toscana, art. 44. Quando la pena del delitto consumato si dee misurare secondo la quantità del danno arrecato all'offeso, dove non sia dato chiarire, a quanto mirasse l'intenzione di chi commise il tentativo, si presume, che fosse diretta allo scopo meno dannoso.

¹⁾ Carrara, Programma del corso di diritto criminale, 1867 (1 ed. 1859), p. 209; Pessina, Elementi di diritto penale, I, 1882, p. 247, 249; Buccellati, istituzioni di diritto e procedura penale, 1884, p. 200, 201.

изъ области покушенія и, въ видѣ общаго правила, относятъ къ числу безнаказанныхъ дѣйствій ¹⁾). Въ сферѣ покушенія, доктрина этого времени по-прежнему проводитъ различіе между покушеніемъ неоконченнымъ и покушеніемъ оконченнымъ или неудавшимся преступленіемъ ²⁾), хотя нѣкоторые ученые и высказываютъ сомнѣніе въ правильности подобнаго различенія ³⁾).

Слѣдуя примѣру своихъ предшественниковъ, итальянскіе ученые этого времени вовсе не упоминаютъ о кругѣ наказуемыхъ случаевъ покушенія и не настаиваютъ на необходимости какихъ либо ограниченій области наказуемости покушенія.

Наказуемость покушенія въ эту эпоху, также какъ и раньше, признается менѣе неумолимой, чѣмъ наказуемость оконченнаго преступленія. Наказаніе за покушеніе отпадало 1) въ случаѣ добровольнаго отказа виновнаго отъ продолженія преступной дѣятельности; ⁴⁾ 2) въ случаѣ употребленія виновникомъ покушенія абсолютно негодныхъ средствъ. При этомъ, негодность примѣненныхъ средствъ приводила къ безнаказанности виновнаго, совершенно безотносительно къ тому, употребилъ ли онъ эти средства по убѣжденію или въ силу случайности ⁵⁾), и только нѣкоторые изъ раннихъ представителей этого направленія ограничивались допущеніемъ безнаказанности одной только первой категоріи случаевъ этого рода ⁶⁾). Наконецъ, 3) покушеніе оставалось безъ наказанія въ случаѣ негодности объекта совершеннаго виновнымъ посягательства ⁷⁾).

Представители разсматриваемаго направленія отстаивали начало редуцированной наказуемости покушенія, безотносительно къ тому, носило ли оно оконченный или неоконченный характеръ ⁸⁾).

XV. Положенія о наказуемости покушенія на преступленіе, выработанныя итальянскою доктриною второй и третьей четвертей 19 вѣка, нашли себѣ законодательное признаніе въ

¹⁾ Carrara, p. 210, 224; Pessina, p. 247, 249; Buccellati, p. 197, 198.

²⁾ Carrara, p. 236; Pessina, p. 250.

³⁾ Buccellati, p. 208.

⁴⁾ Carrara, p. 229; Pessina, p. 256, 257; Buccellati, p. 207.

⁵⁾ Pessina, p. 254, 255; Buccellati, p. 206, 207.

⁶⁾ Carrara, p. 211, 212.

⁷⁾ Carrara, p. 212; Pessina, p. 254; Buccellati, p. 207.

⁸⁾ Carrara, p. 204, 205, 237, 248; Pessina, p. 239, 259; Buccellati p. 205.

итальянскомъ уложеніи 30 іюня 1889 года, сохраняющемъ донинѣ характеръ дѣйствующаго уголовного кодекса Италіи.

Этотъ кодексъ относитъ къ покушенію только дѣйствія, начинающія исполненіе состава преступленія ¹⁾. Приготовительныя къ преступленію дѣйствія онъ почитаетъ, въ видѣ общаго правила, безнаказанными. Приготовление карается лишь въ видѣ исключенія (при поддѣлкѣ монеты и подлогѣ), причемъ оно возводится на степень самостоятельнаго преступленія ²⁾.

Въ составѣ покушенія, дѣйствующее итальянское право различаетъ покушеніе неоконченное и покушеніе оконченное или неудавшееся преступленіе. Подъ послѣднимъ оно разумѣетъ безрезультатное совершеніе всѣхъ необходимыхъ для исполненія преступленія дѣйствій ³⁾.

¹⁾ Codice penale per il Regno d'Italia (30 giugno 1889), art. 61. Colui che, a fine di commettere un delitto, ne comincia con mezzi idonei l'esecuzione, ma per circostanze indipendenti dalla sua volontà non compie tutto ciò che è necessario alla consumazione di esso, è punito con la reclusione non inferiore ai dieci anni, ove la pena stabilita per il delitto sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il delitto diminuta dalla metà ai due terzi. Se volontariamente desista dagli atti d'esecuzione del delitto, soggiace soltanto alla pena stabilita per l'atto eseguito, ove questo costituisca di per sè un reato.

²⁾ Art. 260. Chiunque fabbrica o detiene strumenti destinati esclusivamente alla contraffazione o alterazione di monete è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Art. 271. Chiunque, non essendo concorso in alcuno dei delitti preveduti negli articoli precedenti, detiene i sigilli o i bolli contraffatti, ovvero gli strumenti destinati esclusivamente alla contraffazione, è punito con la reclusione da un mese a due anni e con la multa da lire cinquanta a cinquecento.

Дѣйствующее итальянское уложеніе не наказываетъ приготовленія къ государственнымъ преступленіямъ. Art. 117. Chiunque commette un fatto diretto contro la vita, la integrità o la libertà della sacra persona del Re è punito con l'ergastolo. Se applica la stessa pena, se il fatto sia diretto contro la vita, le integrità o la libertà personale della Regina, del Principe ereditario o del Reggente durante la reggenza. Cp., Longo, Commento al codice penale italiano, I, 1911, p. 394. Il reato si perpetra con un fatto diretto contro qualcuno dei beni anzidetti; necessità, quindi, di atto esecutivo ed idoneo, non bastando il semplice atto preparatorio.

³⁾ Art. 61. Art. 62. Colui che, a fine di commettere un delitto, compie tutto ciò che è necessario alla consumazione di esso, se questa non avvenga per circostanze indipendenti dalla sua volontà, è punito con la reclusione non inferiore ai venti anni, ove la pena stabilita per il delitto sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il delitto diminuita da un sesto ad un terzo.

Покушеніе признается наказуемымъ только при преступленіяхъ въ техническомъ смыслѣ; покушеніе на проступки не подлежитъ наказанію ¹⁾.

Наказуемость покушенія, по дѣйствующему итальянскому уложенію, менѣе неизбѣжна, чѣмъ наказуемость оконченнаго преступленія. Виновникъ покушенія освобождается отъ отвѣтственности не только въ тѣхъ случаяхъ, когда право оставляетъ безъ наказанія оконченныя преступленія, но, сверхъ того, существуютъ и спеціальныя основанія отпаденія наказуемости покушенія. Виновникъ покушенія не подлежитъ наказанію въ случаѣ добровольнаго перерыва преступной дѣятельности и въ случаѣ негодности примѣненныхъ, при выполненіи преступленія, средствъ ²⁾.

Наконецъ, по дѣйствующему итальянскому уложенію, покушеніе всегда подлежитъ меньшему наказанію, чѣмъ оконченное преступленіе ³⁾.

XVI. Современная итальянская литература проводитъ тѣ же взгляды на наказуемость покушенія, которыя были выработаны итальянской доктриной еще во второй четверти 19 вѣка. Къ покушенію криминалисты относятъ только дѣйствія, начинающія выполненіе состава преступленія ⁴⁾. Приготовительныя дѣйствія, въ видѣ общаго правила, признаются ненаказуемыми ⁵⁾. Примѣненіе наказанія къ этимъ дѣйствіямъ допускается лишь въ видѣ исключенія, и при томъ, лишь при условіи возведенія ихъ закономъ на степень самостоятельнаго преступленія (напр., приготовленіе къ поддѣлкѣ монеты) ⁶⁾. Въ составѣ покушенія проводится различіе между покушеніемъ неоконченнымъ и покушеніемъ оконченнымъ или неудавшимся преступленіемъ ⁷⁾.

Область наказуемости покушенія опредѣляется современными

¹⁾ Art. 61, 1.

²⁾ Art. 61.

³⁾ Art. 61, 62.

⁴⁾ Pinto, *Manuale di diritto penale*, 1898, p. 93; Tuozzi, *Corso di diritto penale*, I, 1899, p. 159, 164; Mecacci, *Trattato di diritto penale*, II, 1902, p. 20; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, II, 1908, p. 358; Longo, *Commento al codice penale italiano*, I, 1911, p. 263.

⁵⁾ Pinto, p. 93; Tuozzi, I, p. 159; Mecacci, II, p. 19; Manzini, II, p. 359; Longo, I, p. 262.

⁶⁾ Pinto, p. 197; Tuozzi, I, p. 161; Manzini, II, p. 361; Longo, II, p. 106.

⁷⁾ Pinto, p. 94; Tuozzi, I, p. 168, 169; Mecacci, II, p. 28; Manzini, II, p. 387; Longo, I, p. 270.

итальянскими криминалистами въ полномъ согласіи съ закономъ: покушеніе признается наказуемымъ только при преступленіяхъ въ техническомъ смыслѣ, но не при проступкахъ ¹⁾).

Въ ученіи о наказуемости покушенія, современная доктрина указываетъ на тѣ же спеціальныя основанія отпаденія отвѣтственности за покушеніе, что и предшественники ея. Покушеніе признается безнаказаннымъ не только въ случаѣ добровольнаго отказа виновнаго отъ доведенія преступленія до конца ²⁾), но и въ случаѣ полной непригодности совершенныхъ виновнымъ дѣйствій къ воспроизведенію состава преступленія. Къ послѣдней категоріи случаевъ криминалисты относятъ покушеніе съ негодными средствами, причѣмъ большинство ученыхъ разумѣетъ подъ нимъ всякое употребленіе всякихъ качественно-негодныхъ средствъ (въ противоположность употребленію количественно-негодныхъ или недостаточныхъ средствъ) ³⁾), хотя нѣкоторые ученые и высказываются въ пользу безнаказанности примѣненія всякихъ вообще негодныхъ средствъ ⁴⁾). Сверхъ того, къ области негоднаго покушенія относится и покушеніе надъ негоднымъ объектомъ ⁵⁾). Нѣкоторыми криминалистами было предложено считать негоднымъ покушеніемъ также и тѣ случаи покушенія надъ отсутствующимъ объектомъ, въ которыхъ присутствіе объекта посягательства въ предположенномъ виновнымъ мѣстѣ было невѣроятно ⁶⁾). Но этотъ взглядъ не получилъ общаго признанія.

Наконецъ, большинство современныхъ криминалистовъ продолжаетъ отстаивать начало редуцированной наказуемости покушенія ⁷⁾).

¹⁾ Pinto, p. 95; Manzini, II, p. 396.

²⁾ Pinto, p. 94; Tuozzi, I, p. 165; Mecacci, II, p. 25; Manzini, II, p. 377; Longo, I, p. 267.

³⁾ Pinto, p. 93; Tuozzi, I, p. 175, 176, 178; Manzini, II, p. 367, 370, 371.

⁴⁾ Mecacci, II, p. 21; Longo, I, p. 265.

⁵⁾ Pinto, p. 93; Tuozzi, I, p. 173; Mecacci, II, p. 21; Manzini, II, p. 346; Longo, I, p. 266.

⁶⁾ Manzini, II, p. 374.

⁷⁾ Pinto, p. 94, 95; Tuozzi, I, p. 156; Mecacci, II, p. 36; Manzini, II, p. 354, 355, 386, 392; Longo, I, p. 267, 274.

Впрочемъ, въ итальянской литературѣ новаго времени существуетъ направленіе, представляемое антропологическою школою уголовного права, настаивающее на возвращеніи къ началу равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія. Ср., Garofalo, *La criminologie*, 1890, p. 349;

§ 10. Историческое развитие постановлений германскаго права о наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

1. Древне-германское уголовное право, подобно другимъ правамъ общинно-родового уклада, не знало начала наказуемости предварительной преступной дѣятельности, и институтъ наказуемости покушенія появляется здѣсь лишь въ эпоху поздняго средневѣковья, въ 14 и 15 вѣкахъ. Усвоеніе этого института германскимъ правомъ объясняется, также какъ и возникновеніе соотвѣтствующаго установленія въ Италіи, тѣми переменами въ дѣйствіи уголовного права, которыя были вызваны переходомъ карательной власти отъ общинъ и родовъ къ государству. Однако, съ внѣшней стороны, процессъ возникновенія положеній о наказуемости покушенія въ германскомъ правѣ существенно отличается отъ соотвѣтствующаго процесса въ Италіи.

Постановленія итальянскаго права о наказуемости покушенія, какъ мы знаемъ изъ предыдущаго, явились результатомъ своеобразной переработки глоссаторами началъ римскаго права. Въ виду того, что тогдашнему европейскому праву еще не было извѣстно института наказуемости покушенія, въ распоряженіи итальянскихъ криминалистовъ того времени не было образцовъ юридической нормировки этого института и, для удовлетворенія потребности въ усиленіи дѣйствія карательнаго права, понадобилась творческая работа юриспруденціи. Въ иномъ положеніи оказалась германская юридическая мысль, въ эпоху достиженія Германіей соотвѣтствующей ступени развитія. Когда для германскихъ юристовъ пришла пора рѣшать вопросъ о системѣ репрессіи неоконченной преступной дѣятельности, Европа уже знала вполнѣ разработанные образцы системъ этого рода,— положенія итальянской доктрины о наказуемости покушенія. Сообразно съ этимъ, и разрѣшеніе вопроса о введеніи института наказуемости предварительной дѣятельности могло быть здѣсь достигнуто не только путемъ созданія новыхъ правовыхъ нормъ, но и путемъ рецепціи существующихъ уже нормъ иностраннаго права. Къ послѣднему приему и прибѣгла германская юриспруденція того времени.

Ferri, *La sociologie criminelle*, 1893, p. 425. Разсмотрѣніемъ причинъ появленія этого направленія и соціального значенія его, мы займемся подробно впослѣдствіи.

Изучая уголовное право Германии въ позднее средневѣковье, мы убѣждаемся, что идея о необходимости установленія наказуемости предварительной преступной дѣятельности зарождается у германскихъ юристовъ только въ 15 вѣкѣ. Однимъ изъ наиболѣе важныхъ проводниковъ этого начала явился весьма распространенный въ то время правовой сборникъ—Der richterliche Klagspiegel, составленный въ началѣ 15 вѣка ¹⁾ и вполне отчетливо отражающій въ себѣ воззрѣнія итальянской доктрины по интересующему насъ вопросу ²⁾. Съ еще большею полнотою воспроизводитъ подлежащія итальянскіе взгляды, вышедшее въ 1507 году, бамбергское уголовное уложение ³⁾, посвящающее покушенію особую статью ⁴⁾. Наконецъ, наказуемость предварительной дѣятельности становится институтомъ общаго германскаго права, вслѣдъ за рецепціей этого начала уголовнымъ уложеніемъ Карла V 1532 года ⁵⁾. На разсмотрѣннн существа постановленій Каролины о покушеніи мы теперь и должны остановиться.

Къ составу покушенія Каролина относитъ всѣ внѣшнія дѣйствія, способныя служить дѣлу осуществленія преступления, но

¹⁾ Ср., Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, I, 1880, s. 43 ff..

²⁾ Brunnenmeister, Die Quellen der Bambergensis, 1879, s. 173.

³⁾ Brunnenmeister, l. c. s. 173—177.

⁴⁾ Bambergische Halsgerichtsordnung (1507), art. 204. Straff vnderstandener misstat. Jtem So sich yemant einer misstat mit etlichen scheinlichen wercken, die zu volbringung der misstat dienstlich sein mögen, vnderstet vnd doch an volbringung derselbigen misstat durch andere mittel wider seinen willen verhindert wirdt: solicher böser will, darauss etliche wercke, als obstet, volgen, ist peynlich zu straffen. Aber in einem fall herter dann in dem andern, angesehen gelegenheyt vnd gestalt der sach: darumb sollen, söllicher straff halb, die vrteyler Rats pflegen, wie die an leyb oder leben geschehen sol. (Kohler-Scheel, Die Carolina und ihre Vorgängerinnen, II, 1902).

⁵⁾ Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V (1532), Art. 178. Straff vnnderstandner Missethat. Jtem so sich jemand einer Missenthat mit etlichen scheinlichenn wercken, die zu volbringung der Missethat diennstlichen sein mögen, vndersteet vnnd doch ann Volbringung derselben missethat durch anndere mittell wider seinen willen verhindert wurde: solicher boser will, daruss ettliche werck, alls obsteet, vollgen. Ist peinlich zu straffen, Aber jnn einem fall harrtter dann in andern, Angesehen gelegenheit vnnd gestalt der sachen: Darumb sollen, sollicher straff halber, die vrteillet, wie hernach steet, Raths pflegen, Wie die ann leib oder lebenn zu thun geburt. (Kohler, Die Carolina und ihre Vorgängerinnen, I, 1900).

не приведшія къ его окончанію. Отсюда, покушеніемъ не признаются ни обнаруженіе умысла, ни угроза совершеніемъ преступленія. Но, съ другой стороны, къ покушенію относятся не только акты, начинающіе выполненіе преступленія, но и приговорительныя къ преступленію дѣйствія ¹⁾).

¹⁾ Иного взгляда придерживается современная германская литература. Опираясь на историческія изслѣдованія о покушеніи германскихъ ученыхъ первой половины 19 вѣка, современные криминалисты (Bar., Gesetz, II, s. 501, 502; Frank, s. 175) утверждаютъ, что Каролина признавала покушеніемъ только дѣйствія, начинающія выполненіе состава преступленія приговорительныя же дѣйствія ею не относились къ составу покушенія и оставались безъ наказанія. При этомъ, въ видѣ основаній этого взгляда, приводятся доводы, опирающіеся, отчасти на общія историческія данныя, отчасти на самый текстъ постановленій Каролины.

Историческія основанія господствующаго воззрѣнія заключаются въ слѣдующемъ. Разсматриваемое положеніе Каролины представляетъ собою продуктъ рецепціи ученій итальянскихъ юристовъ о покушеніи. Между тѣмъ, итальянскіе юристы относили къ покушенію только акты, начинающіе выполненіе состава преступленія, а приговорительныя дѣйствія признавали формою безнаказанной предварительной дѣятельности. (Ср. Luden, Abh., I, s. 460; Zachariae, I, s. 223, 224; Seeger, Die Ausbildung der Lehre vom Versuch der Verbrechen in der Wissenschaft des Mittelalters 1869, s. 44, 45; Brunnenmeister, s. 176; Baumgarten, s. 113).

Того же взгляда на составъ покушенія придерживались и тѣ изъ германскихъ криминалистовъ, которые ближе всего стояли къ Каролинѣ и лучше другихъ могли понимать подлинный смыслъ ея постановленій (Luden, Abh., I, s. 460; Zachariae, I, s. 224—226; II, s. 19, 20; Baumgarten, s. 114)

Что касается догматическихъ доводовъ въ пользу вышеприведеннаго взгляда, то они исходятъ изъ анализа текста ст. 178 Каролины и другихъ положеній этого уложенія. По мнѣнію многихъ криминалистовъ, безнаказанность приговоренія съ очевидностью вытекаетъ уже изъ той формулы покушенія, которая содержится въ Каролинѣ. Это уложеніе требуетъ, чтобы покушеніе было явнымъ дѣйствіемъ (scheinliche Werke). Дѣйствіе виновнаго, слѣдовательно, должно свѣдѣтельствовать о намѣреніи его совершить опредѣленное преступленіе, а этому условію удовлетворяютъ только акты, начинающіе выполненіе состава преступленія (Luden, Abh., I, s. 461; Zachariae, I, s. 224; Baumgarten, s. 113). Это уложеніе требуетъ, чтобы совершенное виновнымъ дѣйствіе вело къ окончанію преступленія, а такимъ дѣйствіемъ можетъ быть признанъ только актъ, начинающій выполнять составъ преступленія. (Luden, I, s. 459).

Далѣе, въ пользу того же взгляда говорятъ и другія статьи Каролины. Текстъ статей 119, 172 и 173 этого уложенія устраняетъ всякія сомнѣнія о томъ, что, подъ покушеніемъ, Каролина разумѣла одни только дѣйствія, начинающія выполненіе преступленія и что приговорительныя дѣйствія оставались ею безъ наказанія. (Luden, Abh., I, s. 465—467; Zachariae, I, s. 225, 226).

Покушение карается при всѣхъ преступленіяхъ, подлежащихъ уголовному наказанію. Напротивъ, при преступленіяхъ, влекущихъ

Наконецъ, въ пользу различія юридической природы актовъ, начинающихъ выполненіе состава преступления и приготовительныхъ дѣйствій, говоритъ и существованіе особой санкціи приготовления въ Каролинѣ. Ст. 176 этого ул. предписываетъ примѣненіе предупредительныхъ мѣръ къ лицамъ, виновнымъ въ угрозахъ или подавшимъ иной поводъ не довѣрять ихъ личности.

Ближайшее разсмотрѣніе доводовъ господствующаго мнѣнія раскрываетъ ихъ несостоятельность. Такъ, что касается тѣхъ историческихъ соображеній, которыя приводятся учеными въ пользу вышеприведеннаго мнѣнія, то они отчасти уже опровергнуты нами, отчасти же подлежатъ опроверженію въ послѣдующемъ изложеніи. Мы уже убѣдились, что итальянскіе юристы признавали наказуемую не только предварительную дѣятельность, выразившуюся въ формѣ дѣйствій, начинающихъ выполненіе преступления, но и ту предварительную дѣятельность, которая приняла форму приготовительныхъ дѣйствій. Впослѣдствіи, мы покажемъ, что то же пониманіе существа покушенія было усвоено и комментаторами Каролины. Но не болѣе правильны и догматическіе доводы сторонниковъ разсматриваемаго мнѣнія. Явными дѣйствіями являются всѣ вообще внѣшнія дѣянія и неправильно ограничивать кругъ явныхъ дѣйствій одними актами, свидѣтельствующими объ опредѣленномъ преступномъ намѣреніи виновнаго. Съ другой стороны, характеризовать намѣреніе виновнаго можетъ не только начало выполненія преступления, но и приготовленіе къ нему (ср., напр., отливка формъ для поддѣлки монеты). Нельзя исключать приготовленія изъ области покушенія въ смыслѣ Каролины и ссылаясь на то, что это ул. относитъ къ покушенію только дѣйствія, ведущія къ выполненію преступления. Нельзя потому, что, какъ давно уже замѣчено въ литературѣ (Jordan, Disquisitio de nonnullis controversiis ad doctrinam de conatu delinquendi spectantibus, 1826, p. 18), приготовительныя дѣйствія не только полезны для дѣла осуществленія преступления, но они прямо необходимы для него. Совершенно не убѣдительно и ссылка на статьи 119, 172 и 173 Каролины. Ст. 119 посвящена установленію момента окончанія преступления изнасилованія. Упоминая о неоконченномъ изнасилованіи, она имѣетъ въ виду показать, когда дѣятельность виновнаго еще является покушеніемъ. Эта статья опредѣляетъ конечный моментъ покушенія и потому на нее не приходится ссылаться при обсужденіи вопроса о начальномъ моментѣ покушенія. Ст. 172 и 173 упоминаютъ о тяжкихъ видахъ покушенія на церковную кражу, приравнивая ихъ наказуемости къ наказуемости оконченнаго преступленія (судъ лишается въ этихъ случаяхъ принадлежащаго ему въ силу ст. 178 права факультативнаго смягченія наказанія виновнику покушенія). Эти случаи, какъ исключительные, слѣдовательно, также не могутъ быть принимаемы во вниманіе при характеристикѣ общихъ свойствъ покушенія. Наконецъ, и ст. 176 не даетъ основанія къ заключенію о безнаказанности приготовленія. Она опредѣляетъ порядокъ примѣне-

за собою гражданскую отвѣтственность виновнаго, каравшихся такъ называемымъ гражданскимъ наказаніемъ, — денежною пенею

нія превентивныхъ мѣръ къ лицамъ, прибѣгшимъ къ угрозамъ или совершившимъ преступленіе, не влекущее за собою смертной казни. Мѣры превенціи, согласно этой статьѣ, примѣнимы и къ лицамъ, совершившимъ покушеніе, не подлежащее смертной казни. Отсюда ясно, что, говоря о размѣрахъ содѣяннаго виновнымъ, ст. 176 имѣетъ въ виду не количество, а качество содѣяннаго: она предусматриваетъ въ диспозитивной своей части не опредѣленное развитіе преступной дѣятельности а особое соціально-опасное содержаніе преступной дѣятельности. А это совершенно исключаетъ возможность дѣлать какіе либо выводы о необходимыхъ свойствахъ покушенія, исходя изъ анализа содержанія этой статьи.

Коренная ошибка вышеизложеннаго воззрѣнія заключаются въ принятіи ученій Цахаріе, Людена, Миттермайера и др. криминалистовъ за объективно-историческое изслѣдованіе вопроса о составѣ покушенія по ул. 1532 г. Эти ученія носятъ не историческій, а рѣзко выраженный догматическій характеръ. Въ ту эпоху, когда писали упомянутые ученые, Каролина имѣла значеніе дѣйствующаго уложенія еще для многихъ областей Германіи и, сообразно съ этимъ, подвергалась со стороны германской юриспруденціи не исторической, а догматической разработкѣ. Въ виду крайней устарѣлости этого уложенія, германскіе ученые (безсознательно) стремились къ переработкѣ его началъ въ духѣ требованій современнаго имъ правосознанія и прогрессивные юристы того времени не жалѣли труда на доказательство того, что отстаиваемыя ими гуманныя начала были извѣстны уже Каролинѣ и успѣли уже найти себѣ въ ней официальное признаніе. Конечно, при этомъ, юристамъ приходилось существенно отступать отъ дѣйствительнаго смысла положеній Каролины и сообщать имъ очень гуманное, но исторически совершенно превратное значеніе. Это обстоятельство объясняетъ собою и появленіе вышеизложеннаго ученія о безнаказанности приготовленія къ преступленію по Каролинѣ. Это ученіе свидѣтельствуетъ собою не о взглядѣ Каролины на приготовленіе, а о содержаніи правосознанія юристовъ 19 вѣка по этому вопросу: изъ этого ученія мы видимъ, что прогрессивная мысль въ Германіи въ указанное время не мирилась съ началомъ наказуемости всѣхъ приготовительныхъ дѣйствій.

Мало того, мы имѣемъ еще и другія доказательства, что на ученія юристовъ первой половины 19 вѣка о составѣ покушенія по Каролинѣ нельзя смотрѣть какъ на историческое ученіе, а что это ученіе носитъ нормативный характеръ. При ближайшемъ изслѣдованіи оказывается, что взгляды германскихъ ученыхъ того времени не только стояли въ тѣсной связи съ ихъ правосознаніемъ, но что они даже и измѣнялись параллельно съ измѣненіемъ содержанія ихъ правосознанія. Когда, вслѣдъ за эпохою господства прогрессивнаго направленія въ германской доктринѣ, въ 40-хъ годахъ 19 вѣка, воцарилась реакція, то и воззрѣнія большинства криминалистовъ на юридическое значеніе приготовитель-

въ пользу потерпѣвшаго,—неоконченная преступная дѣятельность не подвергается наказанію ¹⁾). На этомъ основаніи, отъ отвѣтственности освобождались: покушеніе на тайную и незначительную кражу ²⁾; покушеніе на похищеніе плодовъ съ поля ³⁾; покушеніе на похищеніе лѣса ⁴⁾; покушеніе на похищеніе рыбы ⁵⁾; покушеніе на семейную кражу ⁶⁾ и др.

По Каролинѣ, наказуемость покушенія представлялась менѣе неумолимой, чѣмъ наказуемость оконченнаго преступленія. Отвѣтственность за покушеніе отпадала не только во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда оставлялись безъ наказанія оконченныя преступленія, но, сверхъ того, этому уложенію было извѣстно и специальное основаніе отпаденія отвѣтственности за покушеніе: добровольный отказъ виновнаго отъ доведенія своей преступной дѣятельности до конца ⁷⁾.

ныхъ дѣйствій подверглись перемѣнѣ: ученые эпохи 40-хъ годовъ возражаютъ противъ начала безнаказанности этой формы предварительной дѣятельности и находятъ, что репрессія приготовленія вполне совмѣстима съ принципами права. Ср., въ особенности, Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, s. 380 ff; System, I, 1855, s. 232 ff. Въ эту эпоху, даже нѣкоторые изъ тѣхъ криминалистовъ, которые ранѣе отстаивали безнаказанность приготовленія, отказываются отъ своего взгляда и открыто присоединяются къ противоположному мнѣнію. Ср., Luden, Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechts, I, 1847, s. 396, 393 Anm. 5: Auch hinsichtlich der P. G. O. bin ich in meinen Abhandlungen, I, s. 459 ff. mit der Behauptung, dass nach ihr alle Vorbereitungshandlungen von der Sphäre des strafbaren Versuchs auszuschliessen seien, zu weit gegangen. Es kommt eben Alles auf das «Scheinliche» der Handlung an.

¹⁾ Ст. 178 предписываетъ примѣненіе уголовныхъ наказаній къ покушенію: Ist reinlich zu straffenn. А такъ какъ отвѣтственность за покушеніе опредѣлялась сообразно со свойствами наказанія за оконченное преступленіе, то, очевидно, что покушеніе подлежало наказанію только при преступленіяхъ, каравшихся въ уголовномъ порядкѣ.

²⁾ А. 157.

³⁾ А. 167.

⁴⁾ А. 168.

⁵⁾ А. 169.

⁶⁾ А. 165.

⁷⁾ А. 178. Въ первой половинѣ 19 вѣка, въ литературѣ уголовного права шель оживленный споръ о томъ, знала-ли Каролина другія спеціальныя основанія отпаденія наказуемости покушенія или нѣтъ, причемъ весьма многіе криминалисты рѣшали этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ и утверждали, что Каролина оставляла безъ наказанія виновнаго, въ случаѣ негодности примѣненныхъ имъ при выполненіи

Что касается размѣра отвѣтственности за покушеніе, то Каролина грозила за покушеніе тѣми же наказаніями, что и за оконченное преступленіе. Особенность санкціи покушенія, по Каролинѣ, состояла лишь въ томъ, что при опредѣленіи наказаній за покушеніе, суду предоставлялось несравненно болѣе широкое право смягченія уголовной отвѣтственности, чѣмъ при опредѣленіи наказаній за оконченное преступленіе ¹⁾.

покушенія средствъ. Ср. Цахаріе, I, стр. 258, 259 и др. Но этотъ взглядъ давно уже оставленъ въ наукѣ и ученые справедливо указываютъ, что Каролина не только не даетъ какого-либо рѣшенія вопроса о юр. природѣ покушенія съ негодными средствами, но что она и вообще этого понятія не знаетъ. Ср. Luden, I, Abh., I, s. 51, 461, 475, 476; Pfothenhauer, Der Einfluss des factischen Irrthums auf der Strafbarkeit versuchter Verbrechen, 1838, s. 187—189; Seeger, Versuch im MA, s. 44; Baumgarten, s. 115—118; Schwarze, HN, II, s. 298; Cohn, Versuch, s. 399—406. Лишь немногіе изъ современныхъ криминалистовъ (Zimmermann, GA, XXIX, 1881 s. 183; Merkel, Lrb, s. 131; Bar, Gesetz, II, s. 523), отстаиваютъ прогивоположный взглядъ. Съ исторической точки зрѣнія, правильнымъ можно признать только отрицательное рѣшеніе вышеприведеннаго вопроса—негодное покушеніе не выдѣлялось Каролиною въ особую юридическую категорію и оно каралось ею наравнѣ съ годнымъ покушеніемъ. Что касается ея формулы покушенія, въ частности, заключающагося въ ней постулата пригодности дѣйствія для выполненія преступленія, постулата, склонившаго столько криминалистовъ къ обратному рѣшенію проблемы, то онъ преслѣдуетъ совершенно иныя задачи, чѣмъ освобожденіе негоднаго покушенія отъ наказанія. Признавая покушеніемъ только дѣйствія, способныя служить дѣлу осуществленія преступленія, Каролина стремится отдѣлить акты предварительной дѣятельности отъ дѣйствій, порожденныхъ преступнымъ умысломъ, но не ведущихъ къ реализаціи его, напр., актовъ обнаруженія умысла, угрозъ и т. п. Для того, чтобы быть покушеніемъ, дѣйствіе виновнаго должно содѣйствовать дѣлу реализаціи преступленія, вносить въ міръ тѣ элементы, которые необходимы для осуществленія преступленія.

¹⁾ Какъ справедливо замѣтилъ Wächter, Deutsches Strafrecht, 1881, s. 202. Anm. 8, ст. 178 не даетъ рѣшительно никакихъ основаній для утвержденія, что покушеніе, во всѣхъ случаяхъ, каралось мягче, чѣмъ оконченное преступленіе. Мнѣніе Цахаріе, I, стр. 156, въ силу котораго наказаніе за покушеніе, въ качествѣ роена arbitraria, никогда не могло быть равнымъ наказанію назначенному въ законѣ за оконченное преступленіе—роена ordinaria, не можетъ быть принято потому, что понятіе объ арбитражныхъ наказаніяхъ, въ вышеуказанномъ смыслѣ, представляется продуктомъ позднѣйшаго времени и Каролинѣ не было еще извѣстно. Нельзя забывать, что, на основаніи ст. 178, карались и покушенія на наиболѣе тяжкія преступленія, примѣненіе къ которымъ полнаго размѣра наказанія тогда ни съ чьей стороны не вызывало протеста. Ср. также приведенныя выше ст. 172 и 173 Каролины.

II. Начала уголовного права, нашедшія себѣ выраженіе въ уложеніи Карла V, легли въ основу дальнѣйшаго развитія уголовного права въ Германіи: постановленія Каролины въ теченіе долгаго времени составляли предметъ обстоятельной обработки со стороны германскихъ практиковъ и теоретиковъ. Но, конечно, толкованіе положеній этого кодекса въ разныя эпохи развитія германскаго права было неодинаковымъ и, по мѣрѣ поступательнаго развитія германскаго правосознанія, замѣчается все болѣе и болѣе значительное расхожденіе между буквою Каролины и ея доктринальнымъ толкованіемъ. Намъ предстоитъ познакомиться съ ходомъ развитія юридической переработки постановленій Каролины о покушеніи.

Обращаясь къ болѣе старой литературѣ объ уложеніи Карла V, мы замѣчаемъ, что уже ранніе комментаторы Каролины сообщаютъ ея положенія о наказуемости покушенія нѣсколько отличный отъ буквального ихъ значенія смыслъ. Изслѣдуя содержаніе сочиненій этихъ юристовъ, мы убѣждаемся, что только немногіе изъ нихъ ограничиваются точнымъ воспроизведеніемъ положеній ст. 178 названнаго уложенія ¹⁾. Большинство криминалистовъ соотвѣтственной эпохи подвергаетъ это постановленіе серьезной догматической переработкѣ.

Такъ, если у раннихъ комментаторовъ Каролины мы находимъ признаніе безнаказанности обнаруженія преступнаго умысла ²⁾ и если эти криминалисты, также, какъ и Каролина, покушеніемъ признаютъ только приготовительныя къ преступленію дѣйствія и акты, начинающіе выполненіе преступленія, то они уже не сливаютъ во-едино всѣхъ случаевъ покушенія и, въ зависимости отъ большей или меньшей близости покушенія къ

¹⁾ Такъ, Gobleger (+1569) ограничивается однимъ переводомъ текста а. 178 на латинскій языкъ: Poena conatus maleficii. 178. Si quis maleficium apparentibus factis ad effectum seu completionem maleficii conducen-tibus molitur seu conatur, ac quo minus tale facinus perficiat, aliis mediis contra suam voluntatem impeditur: Ea voluntas ex qua facinora aliqua (ut praepositur) emergunt, criminaliter et poenaliter corripienda puniendaque est. Sed in alio casu severius quam in alio, ex respectu et qualitate caussarum. Idcirco iudices poenam propter (ut sequitur) consultant, scilicet quomodo ea corpori aut vitae sit imponenda: Cp. Abegg, J. Gobleri Interpretatio Constitutionis Criminalis Carolinae ex unica, quae exstat edit. Basil. M. D. XLIII, 1837, p. 196.

²⁾ Vigellius (+ 1600), Const. Carol., Cap. II, qu. 1.

окончанію преступленія, проводятъ различіе между отдаленнымъ и близкимъ къ совершенію преступленія покушеніями ¹⁾).

Криминалисты этого періода присоединяются къ Каролинѣ при опредѣленіи области наказуемости покушенія и признаютъ наказуемымъ покушеніе на всѣ дѣянія, подлежащія уголовному наказанію ²⁾. По ихъ разъясненію, для наказуемости виновника покушенія, нѣтъ необходимости, чтобы задуманное имъ преступленіе было тяжкимъ въ смыслѣ ученій итальянской доктрины ³⁾.

По ученію этихъ юристовъ, наказуемость покушенія должна быть менѣе неумолимой, чѣмъ наказуемость оконченныхъ преступленій. Но, подобно Каролинѣ, единственнымъ специальнымъ основаніемъ безнаказанности покушенія они считаютъ добровольный отказъ виновнаго отъ довершенія преступной дѣятельности ⁴⁾ и ни о какихъ другихъ основаніяхъ этого рода они не упоминаютъ. Что касается размѣра наказуемости покушенія, то, въ видѣ общаго правила, покушеніе, по ихъ ученію, подлежитъ меньшей отвѣтственности, чѣмъ оконченное преступленіе и, къ виновнику его, примѣняется экстраординарное наказаніе. Исключеніе составляютъ случаи покушенія на нѣкоторыя, наиболѣе тяжкія преступленія, которые наказываются въ равномъ съ оконченнымъ преступленіемъ размѣрѣ ⁵⁾.

¹⁾ Vigellius, Const. Carol., Cap. II, qu. 1: Sed si conatus ad remotiorem actum, non proximum pervenerit: dicendum non ordinaria poena eum esse puniendum.

Rauchdorf, Practica und Process, 1614, III T, s. 68: Straff deren so mit Gifft heimlich vorgeben und tödten: An solcher that sind auch schuldig wie obsteht die gifft zurichten, kauffen und vorkauffen, es sey viel oder wenig und dasselbe wisslich und bedechtig jemand darmit zuvorgeben und umzubringen in seiner gewahrsam helt und bewahrt ob er es auch gleich nit braucht und ins werck bringt. Необходимо имѣть въ виду, что, согласно Каролинѣ, преступленіе отравленія почиталось оконченнымъ лишь съ момента наступленія дѣйствительнаго вреда жизни или здоровью потерпѣвшаго. P. G. O. art. 130.

Theodori Petrei. Thesaurus Controversarum Conclusionum criminalium, 1598, Concl. CCVIII, a) P. G. O. art. 178, si in finib. cogitationis non permanserit, sed ad aliquem actum extrinsecum deductus fuerit.

²⁾ Vigellius, Const. Carolinae, 1590, Cap. II, qu. 1.

³⁾ Vigellius, Const. Carol. Cap. II, qu. 1. Excep. Imo etiam in non atrocioribus criminibus conatus effectu carens extraordinaria poena punitur

⁴⁾ Vigellius, Const. Carol. Cap. II, qu.

Remus, Nemesis Karulina, 1618, art. 178.

⁵⁾ Vigellius, Const. Carol. Cap. II, qu. 1, exc. 1. Quae tamen consuetudo locum habere negatur in criminibus atrocibus, puta laesae maiesta-

III. При разсмотрѣніи развитія воззрѣній итальянскихъ криминалистовъ на покушеніе, намъ приходилось уже указывать на

tis. proditae et oppugnatae patriae. То же правило примѣняется при преступленіяхъ: raptus, assassinium, veneficium, sodomia, item in eo qui se ipsum occidere voluit. Imo etiam in non atrocioribus criminibus conatus effectus carens extraordinaria poena punitur.

Rauchdorn, Practica und Process Peinlicher Halsgerichts, Budissin, 1614. III T. s. 43.

Theodori Petrei, l. c. Concl. CCVIII. Conatus sive affectus, nisi in atrocissimis criminibus, puta laesae majestatis, raptus virginum sive laicarum, sive sacramentalium, assassinii parricidii, ex notoria consuetudine ordinaria delicti poena non punitur.

Emerich a Rosbach, Practica criminalis 1645, Tit. VI, Cap. I, Term. X, Not. 1, n. 41: esse omnibus legibus volentibus conatum puniri (наравнѣ съ совершеніемъ преступленія) derogatum per contrariam consuetudinem, quae verba multa commendant. praeterquam in criminae laesae majestatis et crimine oppugnantiae patriae, in quibus non separatur eventus: sed sufficit simplex conatus... et ista est communis in istis duobus casibus et in simonia et in volente intoxicare aliquem veneno.

При разсмотрѣніи произведеній комментаторовъ Каролины, необходимо имѣть въ виду, что эти сочиненія носили по преимуществу практической характеръ и авторы ихъ задавались не столько выясненіемъ существа и видовъ покушенія, сколько опредѣленіемъ юридическихъ послѣдствій покушенія и установленіемъ принциповъ его наказуемости. Неудивительно поэтому, что у юристовъ того времени встрѣчаются положенія, которыя крайне странны, если въ нихъ видѣть формулы юридическихъ понятій, но которыя совершенно понятны, если ихъ считать за рѣшенія практическихъ вопросовъ права. Такъ, въ нѣкоторыхъ сочиненіяхъ разсматриваемой эпохи, мы находимъ положенія, признающія, что лицо, выразившее свое преступное намѣреніе не только въ приготовительныхъ къ преступленію дѣйствіяхъ, но и совершившее дѣйствія, близкія къ окончанію преступленія и направленныя къ его выполненію, подлежатъ, въ нѣкоторыхъ тяжкихъ случаяхъ, наказанію въ высшей его мѣрѣ. Ср. напр., Remus, Nemesis Karulina, 1618: Si quis non extrinsecis tantum et remotis factis, ut apparatu telorum, veneni mali praeparatione etc., sed proximis, quae ad perfectionem criminis pertingunt, maleficium designare conetur... hic animus malus, haec mens mala et ad malum proiecta, haec maleficiendi libido, e qua, quid intus fuerit, promanarit, si manifesta facta deprehendatur, extremo supplicio quibusdam atrocioribus casibus percussenda est (velut in assassinio, laesae Majestatis, in prodicione, veneficio: aliquo ordinarie conatus poena a fore recessere). Aliquando tamen gravius: interdum, observato delicti genere levius punitur conatus, quo in negotio iudicum prudentia elucebit, qui ut tutius decernant, Toga:orum clarissimorum consilio utentur.

Нѣкоторые изъ криминалистовъ новаго времени усмотрѣли въ этихъ положеніяхъ подтвержденіе своего мнѣнія о томъ, что право

тѣ осложненія въ развитіи положеній о покушеніи, которыя были вызваны фактомъ паденія суровости наказаній въ правѣ Италіи и Голландіи XVI вѣка. Съ подобными же осложненіями мы встрѣчаемся и при изученіи развитія положеній о покушеніи въ средневѣковомъ германскомъ правѣ. Но, сообразно съ общею отсталостью культуры Германіи того времени отъ культуры тогдашней Италіи, эти осложненія возникли въ нѣмецкомъ правѣ значительно позднѣе, чѣмъ въ правѣ итальянскомъ: мы замѣчаемъ ихъ появленіе въ Германіи лишь начиная съ середины XVII столѣтія.

Существо причинъ появленія уклоненій отъ нормальнаго хода развитія въ процессѣ исторической эволюціи постановленій о наказуемости покушенія было подробно изложено нами выше, при разсмотрѣніи развитія соотвѣтствующихъ положеній итальянскаго права. Мы видѣли, что по достиженіи народомъ извѣстной степени культуры, для дальнѣйшаго прогресса его, является необходимымъ не только смягченіе энергіи мотиваціоннаго давленія права, но и смягченіе характера мотивовъ, вызываемыхъ правомъ—смягченіе грубости правовой мотиваціи. Въ виду этого, въ соотвѣтственныя эпохи въ обществѣ появляется стремленіе къ переработкѣ права въ подлежащемъ направленіи, высказывается недовольство дѣйствующимъ правомъ и начинается пропаганда замѣны его новымъ. Въ области уголовного права, это направленіе выражается въ стремленіи криминалистовъ къ пониженію наказаній и гуманизациі уголовной репрессіи. Проведеніе

Каролины относило къ области покушенія только одно начало исполненія преступленія (Люденъ, I, стр., 426—428; Цахаріе, I, стр. 225; II, стр. 19, 20; Баумгартенъ, стр. 114). Такой выводъ не можетъ быть признанъ правильнымъ. Приведенное опредѣленіе покушенія вовсе не имѣетъ въ виду дать характеристику основныхъ признаковъ этого дѣянія или обрисовать его общую природу; оно преслѣдуетъ практическую цѣль опредѣленія сферы примѣненія полной мѣры наказанія при покушеніи. Анализъ вышеприведенной цитаты показываетъ, что авторы ея признаютъ условіями равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія 1) совершеніе лицомъ попытки реализаціи одного изъ тяжкихъ преступленій и 2) принятіе его попыткой формы начала исполненія состава соотвѣтственнаго преступленія. Общее же понятіе о покушеніи авторами подлежащаго положенія оставляется безъ опредѣленія. Сообразно съ этимъ, изъ приведенной цитаты можно только заключить, что приготовленіе къ преступленію въ ту эпоху не могло наказываться ординарнымъ наказаніемъ. Изъ этого, конечно, вовсе не слѣдуетъ, что приготовленіе и вообще не подвергалось никакому наказанію.

этихъ требованій въ жизнь приводитъ къ значительному пониженію энергіи дѣйствія карательнаго права, вызывающему, въ свою очередь, потребность въ компенсированіи этого ослабленія давленія карательнаго права мѣрами, усиливающими его дѣйствіе, не сообщая ему большей грубости. Такою мѣрою и является примѣняемое правомъ въ подобныхъ случаяхъ усиленіе неумолимости наказаній за покушеніе въ формѣ отмѣны начала безнаказанности добровольно прерванной преступной дѣятельности.

Стремленіе къ смягченію суровости наказаній начинается сказываться въ Германіи лишь въ XVII вѣкѣ. Въ нѣмецкой литературѣ этого времени начинаютъ раздаваться голоса въ пользу смягченія жестокости карательныхъ мѣръ и ограниченія области примѣненія квалифицированной смертной казни. Въ эту эпоху здѣсь возникаетъ цѣлое направленіе, выдвигающее на первый планъ тюремное заключеніе, какъ болѣе гуманную карательную мѣру и вырабатывающее цѣлый рядъ смягчающихъ вину обстоятельствъ ¹⁾. Эти гуманныя тенденціи захватываютъ собою и тогдашнюю практику ²⁾. Новое теченіе пріобрѣтаетъ все большую и большую силу, потрясаетъ все сильнѣе и сильнѣе старую систему карательнаго права и достигаетъ своего апогея въ гуманитарныхъ ученіяхъ XIX вѣка ³⁾. Параллельно съ нимъ, возникаетъ въ Германіи и ученіе, отрицающее безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія. Первые провозвѣстники его относятся къ срединѣ XVII вѣка, причемъ въ ряду ихъ мы встрѣчаемъ, какъ теоретиковъ той эпохи, такъ и криминалистовъ, занимавшихся толкованіемъ постановленій Каролины.

Обращаясь къ воззрѣніямъ криминалистовъ этой эпохи на покушеніе, мы убѣждаемся, что они, подобно своимъ предшественникамъ, специально оговариваютъ безнаказанность преступныхъ вождедѣній ⁴⁾. Къ области наказуемаго покушенія ими относится не только начало исполненія состава преступления, но и приговорительныя къ преступленію дѣйствія. Покушеніе обык-

¹⁾ Geib, I, s. 302, 303; Bar, Handbuch des Deutschen Strafrechts, I, 1882, s. 141, 142, 145—148; Liszt, s. 30, 31.

²⁾ Bar, Handbuch, I, s. 144.

³⁾ Geib, I, s. 312, 336, 337.

⁴⁾ Matthias Stephani, Caroli Quinti Constitutiones publicorum udiciorum, 1626, art. 178.

новенно раздѣляется на два вида и, въ составѣ его, различается покушеніе, близкое къ окончанію преступленія (*conatus proximus*) и покушеніе отдаленное (*conatus remotus*). При этомъ ранніе представители этого направленія придерживаются прежнихъ началъ разграниченія того и другого вида покушенія и относятся къ покушенію отдаленному приговорительныя дѣйствія а къ покушенію близкому — дѣйствія, начинающія выполнение преступленія ¹⁾. Но въ сочиненіяхъ болѣе позднихъ представителей этого направленія, содержаніе понятія о соотвѣтственныхъ видахъ покушенія существенно измѣняется. Покушеніе отдаленное начинаетъ пониматься шире, чѣмъ раньше и къ нему относятся, какъ приговорительныя дѣйствія, такъ и всѣ случаи ранняго начала исполненія состава преступленія ²⁾. Напротивъ, область покушенія близкаго подвергается ограничительному толкованію и криминалисты говорятъ о покушеніи близкомъ только въ томъ случаѣ, когда виновный успѣлъ совершить послѣднее изъ потребныхъ для реализаціи преступленія дѣйствій, т. е., когда дѣйствіе его приняло характеръ оконченнаго покушенія или неудавшагося преступленія ³⁾.

Danielis Clasenii, *Commentarius in Constitutiones Criminales Caroli V*, 1643, art. 178, p. 660.

Benedicti Carpzovii, *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium*, 1684, Qu. 17, n. 18.

¹⁾ Berlichius, *Conclusiones practicabiles*, Pars IV, 1620, Concl. VI, n. 45. Decimo sexto ampliatur in filio, qui toxicum aliquod, aut venenum, quo patrem suum aut Matrem extingueret, comparavit. quamvis eo usus non sit, aut usus quidem est, sed nullus effectus est secutus. N. 47. Quae tamen ampliatio procedit solummodo, si conatus est actui proximus, secus si remotus.

²⁾ Matthias Stephani, *Constitutiones*, art. 178: Secundo cogitare et agere quem, sed non perficere delictum. Et hic subdistinguendum. Aut enim quis ad actum remotum accessit, aut ad proximum. Si ad actum remotum, ut si cum telo hominis occidendi causa incessit, sed nondum vulneravit, vel impeditus, vel poenitentia ductus, tunc enim puniri extra ordinem, iudicis arbitrio, quoniam is ad actum tantum remotum accessit, quod innuere videtur.

³⁾ Clasenius, *Comm.*, art. 178, p. 663: An delinquere volens ad actum remotum vel proximum accesserit. Si ad actum remotum, id est, ex quo damnum immediate sequi non potuit, dum vel impeditus, vel poenitentia ductus id, quod animo cogitavit, in effectum non deduxit, tum ex arbitrio iudicis eum puniendum esse arbitratur. Quod si vero ad actum proximum accesserit, id est, ex quo immediate delictum consummari poterit, tum delictum haberi solet pro expleto, et perinde punitur ac si illud fuisset perfectum

Покушеніе по-прежнему признается наказуемымъ при всѣхъ преступленіяхъ, поставленныхъ подъ угрозу уголовнымъ наказаніемъ. При этомъ, криминалисты разъясняютъ, что покушеніе подлежитъ наказанію не только въ томъ случаѣ, когда за предположенное лицомъ преступленіе грозитъ уголовное наказаніе въ видѣ главной карательной мѣры, но и въ томъ, когда это наказаніе грозитъ за него въ качествѣ мѣры, замѣняющей собою денежное взысканіе ¹⁾).

Въ области ученія о наказуемости покушенія, представители разбираемаго направленія высказываются въ пользу усиленія немолимости наказаній за покушеніе. Какъ мы уже указывали, въ эту эпоху былъ подвергнутъ критикѣ и затѣмъ упраздненъ принципъ безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія. Комментаторы Каролины уже въ первой половинѣ XVII вѣка обнаруживаютъ колебаніе при рѣшеніи вопроса о значеніи добровольнаго перерыва преступной дѣятельности и, иногда, въ сочиненіяхъ однихъ и тѣхъ же юристовъ мы находимъ два, противорѣчащія одно другому, рѣшенія этого вопроса. Такъ, нѣкоторые криминалисты добровольную остановку покушенія, съ одной стороны, считаютъ за основаніе безнаказанности виновнаго, а, съ другой стороны, отрицаютъ за ней значеніе обстояательства, освобождающаго виновнаго отъ отвѣтственности ²⁾).

Carpov, Practica nova, Qu. 17, n. 18. Qu. 19, n. 58. Actus vero proximus in assassinio dicitur, quando fuit deventum ad insultum vel offensionem... Non enim sufficit, quod actus sit simpliciter propinquus delicto, sed proximus esse debet ipsi consummationi et perfectioni delicto, ita ut sit ultimus actus, qui a delinquente agendus est ad criminis perfectionem: Qu XIX, n. 54: Qu. XXII, n. 70. Qu. XVII, n. 21: Primus casus est, quando delinquens non solum ad actum proximum et immediatum ipsi parricidio pervenit, et sic a sua parte, et quantum in ipso est, delictum consummavit...

¹⁾ B I u m b a c h e r, Comm. in Hals—Gerichtsordnung, 1670, art. 178. Wann nun eine Misshandlung allein civiliter oder bürgerlich zu büßen so vermeyne ich quod solus conatus absque effectu nullam poenam mereatur. Da aber die Geldbuss nicht simpliciter und allein: sondern alternative nemlichen eintweders ein Geldbuss: oder Keuchenstraff: oder Landverweisung geordnet ist alsdann vermeyne ich dass gestalten Dingen nach auch der Conatus gebüßt werden möge...

Geib, II, s. 297; Lobe, Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe nach Carpov, 1894, s. 26, полагаютъ, что Карповъ высказывался въ пользу наказуемости покушенія на всѣ преступленія.

²⁾ Подобное колебаніе мы встрѣчаемъ у Matth. Stephani, Constitutio-nes, art. 178. Съ одной стороны, этотъ авторъ отрицаетъ всякое значе-

Позднѣе, большинство германскихъ ученыхъ рѣшительно становится на сторону послѣдняго рѣшенія вопроса и, въ концѣ XVII вѣка, германская доктрина высказывается противъ освобожденія отъ отвѣтственности лицъ, добровольно прервавшихъ развитіе своей преступной дѣятельности. Въ этомъ случаѣ, полагаютъ ученые, можетъ быть допущено только нѣкоторое пониженіе размѣра отвѣтственности виновныхъ ¹⁾.

Наказаніе за покушеніе назначается въ редуцированномъ размѣрѣ. По взгляду представителей этого направленія, наказаніе за покушеніе не только не можетъ быть ординарнымъ наказаніемъ, но оно не можетъ даже равняться, по своему размѣру, слѣдующему за оконченное преступленіе уголовному наказанію. Изъ этого правила допускались исключенія при наиболѣе тяжкихъ преступленіяхъ, покушеніе на которыя каралось иногда даже ординарнымъ наказаніемъ. При этомъ, ранніе представители этого направленія допускали примѣненіе ординарнаго наказанія во всѣхъ случаяхъ, когда виновный совершалъ дѣйствіе, начинающее выполненіе состава одного изъ наиболѣе тяжкихъ преступленій ²⁾. Большинство же юристовъ разсматриваемой эпохи значительно уже опредѣляло кругъ случаевъ покушенія, подлежащихъ столь суровой репрессіи. По ихъ взгляду, для того, чтобы повлечь за собою ординарное наказаніе, покушеніе должно было 1) направляться на совершеніе одного изъ наиболѣе тяжкихъ преступленій и 2) обладать характеромъ

ніе за добровольнымъ отказомъ отъ покушенія (даже въ томъ случаѣ, когда субъектъ отказался отъ отдаленнаго покушенія). Si ad actum remotum, ut si cum telo hominis occidendi causa incessit, sed nondum vulneravit, vel impeditus, vel poenitentia ductus, tunc enim puniri extra ordinem, iudicis arbitrio, quoniam is ad actum tantum remotum accessit, quod innuere videtur... съ другой стороны онъ признаетъ этотъ отказъ за основаніе безнаказанности виновнаго: si vero poenituit, quia non voluit, non est puniendus, art. 178, vers. wider seinen Willen.

¹⁾ Clasenius, Comm. ad art. 178, p. 663: Si ad actum remotum... dum vel impeditus, vel poenitentia ductus id, quod animo cogitavit, in effectum non deduxit, tum ex arbitrio iudicis eum puniendum esse arbitratur.

Саг р з о v, Practica nova, Qu. XXXIX, nr. 3: Qu. XVIII, nr. 22: Tertio mitigari potest poena parricidii ordinaria, si quem in ipso actu parricidii nondum consummato facti poeniteat, effectus tamen ex actu praecedenti subsequatur... Qu. XXXVII, n. 35 seq.; Qu. XLIX, n. 76.

Berlichius, Concl. Practic. Pars IV, Concl. XXIII, n. 2. Seq.

²⁾ Berlichius, Concl. Practicab. Pars IV, Concl. VI, n. 45—49. Pars IV, Concl. XXIV, n. 12—13, 19—24.

ближняго покушенія въ новомъ смыслѣ, т. е., быть квалифицированнымъ началомъ исполненія преступленія ¹⁾ или имѣть форму оконченнаго покушенія ²⁾.

¹⁾ Matth. Stephani, Constitutiones, art. 178.

Clasenius, Comm. ad. a. 178, p. 664: Distinguendum est, an conatus a lege sit notatus, vel non? Si conatus est a Lege notatus: tum is poena legis est coercendus, nisi illi legi in specie derogatum esse probatur. Juxta illam regulam: quando lex vel statutum poena ordinaria coercet conatum, tum, si ad actum proximum, et ipsi velut immediatum devenit, conatus perinde ac delictum ipsum perpetratum ordinarie punitur. Quod si conatus a Lege notatus non est, tum arbitraria poena locum invenit, prout scilicet Prudentes judicaverint; ita tamen, ut pro qualitate delictorum et personarum, modo ordinaria, modo extraordinaria poena locum inveniat: licet judex, qui in partem mitiorem inclinet magis conscientiae suae consulere videatur...

Carpzov, Practica nova, Qu. XVII. n. 13: О взглядѣ Carpzov'a на наказуемость покушенія въ отдѣльныхъ случаяхъ ср. Zachariae, II, s. 173--178; Lobe, s. 26; Geib, II, s. 297.

Carpzov, Practica nova, Qu. XXII, n. 70: Et si quidem delinquens ad actum solum remotum pervenerit, judex attentatum hoc non poena ordinaria, neque mortis supplicio, sed extraordinarie pro arbitrio punire potest, juxta Ordin. Crim. Imper., in art: 178.

Froelich von Froelichsburg, Commentarius in Hals-Gerichts-Ordnung, 1727; II, s. 103, 187, 203, 243, 265, 284, 335.

Blumbacher, Comm. in Hals-Gerichtsordnung, 1670: Es'ist nun aber in mehr Fällen die Lebensstraff auch auff den Conatum criminis gesetzt. Dann fürs erste ist in Reichs-Constitutionibus geordnet dass der jenig der allein diffidations-oder Bephebrief schreibt... qui sacratissimam Virginem non rapere, sed attentare tantum jungendi matrimonii causa ausus fuerit... auff das attentirte und nicht vollbrachte Sacrilegium... der Conatus fractae pacis... auch auff das Crimen laesae Majestatis statueret, ut nimirum eadem severitate voluntas sceleris, quam effectus puniatur... Da aber in illo delicto vel crimine nicht in specie exprimirt, dass der Conatus pro effectu zustraffen so tribuire ich viel dem arbitrio Judicis, ob in solchem Fall der Conatus poena ordinaria, quam ipse effectus, gestraft werden solle, wobey dann die qualität der Missthätigen Persohn, die Ursachen, warumb sie solches attentirt, die Umständ und auss was Ursachen eigentlich dass attentatum oder die Anmassung ihren effect nicht erreicht, fleissig zu consideriren seyn wirdet... Sonsten wo der Conatus pro effectu gestraft werden kann verstehen die Rechtsgelehrten communiter ain solchen Conatum, per quem deveniatur non tantum ad actum remotum, sed proximum... Der Meynung ich dann regulariter bin, aber ich halte dafür, dass in ainem unnd andern Fall auch actus remotus hierzu sufficient seye und zwar in Crimine Laesae Majestatis, proditiōis, ac oppugnationis Patriae etc... Изъ этой цитаты видно, что Blumbacher, ограничивавшій область равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія случаями близкаго покушенія на тяжкія преступленія, вынужденъ былъ специально оговорить, что это правило не относится къ усѣченнымъ преступленіямъ, при которыхъ полная мѣра наказанія примѣняется уже за отдаленное покушеніе.

²⁾ Carpzov, Practica nova, Qu. XVII. n. 21.

Подвергая анализу ученія о покушеніи германскихъ криминалистовъ 17 вѣка, нетрудно замѣтить, что они характеризуются появленіемъ двухъ, имѣющихъ совершенно противоположное значеніе, положеній. Съ одной стороны, въ германскомъ правѣ этого времени появляются положенія, усиливающія мотивационное дѣйствіе нормъ о покушеніи—вмѣсто прежняго начала безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, вводится начало наказуемости этого вида покушенія. Съ другой стороны, въ это время въ Германіи появляются положенія, ослабляющія мотивационное давленіе нормъ о покушеніи—взамѣнъ прежнихъ нормъ, опредѣлявшихъ относительно широко кругъ, подлежащихъ ординарному наказанію, случаевъ покушенія, появляются нормы, несравненно болѣе узко очерчивающія область равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія. Для уясненія причинъ подобнаго явленія, необходимо указать на слѣдующее.

Какъ было замѣчено выше, основною политическою задачею германскаго уголовного права XVII вѣка было рѣшеніе проблемы о способахъ сообщенія смягченной карательной системѣ того времени потребной энергіи мотивационнаго дѣйствія: основное стремленіе тогдашнихъ правовыхъ круговъ состоитъ въ изысканіи способовъ усиленія импульсивнаго дѣйствія экстраординарныхъ наказаній. Но на ряду съ этою задачею, передъ тогдашнимъ правосознаніемъ, раскрывались и другія важныя проблемы, въ виду того, что экстраординарныя наказанія, несмотря на значительное ихъ распространеніе, все же не составляли исключительнаго элемента тогдашней карательной системы и, въ правѣ того времени, сохраняли дѣйствіе и ординарныя наказанія. Право XVII вѣка не рѣшилось понизить размѣръ наказуемости всѣхъ вообще преступленій и, при наиболѣе тяжкихъ преступленіяхъ, оно назначало наказаніе въ прежнемъ его объемѣ, допуская, въ этихъ случаяхъ, примѣненіе ординарнаго наказанія. Сообразно съ этимъ, на долю юристовъ той эпохи, выпала задача регулировки мотивационнаго дѣйствія не только экстраординарныхъ наказаній, но и наказаній ординарныхъ.

Изъ вышеизложеннаго нетрудно заключить, что политическіе приемы права, при выполненіи второй задачи, должны были быть прямо противоположными приемамъ разрѣшенія первой задачи. Если лозунгомъ политики экстраординарной репрессіи, въ ту эпоху, было начало возможно большаго усиленія дѣйствія

мѣръ, дополняющихъ мотиваціонное давленіе экстраординарныхъ наказаній, то тогдашняя политика ординарной репрессіи руководилась какъ разъ обратнымъ девизомъ и стремилась къ ослабленію энергіи психическаго дѣйствія мѣръ дополнительнаго мотиваціоннаго давленія. Если усиленіе дѣйствія нормъ о покушеніи было вызвано необходимостью компенсировать чрезмѣрную убыль въ силѣ психическаго дѣйствія права, возникшую вслѣдствіе перехода права отъ ординарныхъ наказаній къ наказаніямъ экстраординарнымъ, то тамъ, гдѣ право сохранило систему ординарныхъ наказаній, въ подобныхъ мѣрахъ не только не было необходимости, но существовала даже нужда въ принятіи мѣръ противоположнаго характера, въ смягченіи энергіи дѣйствія мѣръ дополнительнаго мотиваціоннаго давленія. Появленія подобныхъ перемѣнъ въ соотвѣтствующихъ нормахъ заставляетъ насъ ожидать то общее гуманное направленіе, которое охватило уголовное право въ разсматриваемую эпоху. Общая тенденція эпохи даетъ основаніе предполагать, что всѣ области уголовного права должны были подвергнуться въ это время процессу гуманизаціи въ той или иной формѣ.

Подобную гуманизацію уголовного права, въ области дѣйствія ординарныхъ наказаній, мы, дѣйствительно, и наблюдаемъ въ эту эпоху развитія германскаго права. Удержавъ прежній размѣръ наказаній при наиболѣе тяжкихъ преступленіяхъ, уголовное право смягчило энергію дѣйствія дополнительныхъ мѣръ мотиваціи въ соотвѣтственной области и ослабило давленіе нормъ, карающихъ покушеніе на наиболѣе тяжкія преступленія. Вмѣсто прежняго начала примѣненія ординарнаго наказанія ко всѣмъ лицамъ, совершившимъ начало исполненія состава тяжкаго преступленія, примѣненіе ординарнаго наказанія стало допускаться только въ случаяхъ реализаціи лицомъ оконченнаго покушенія на соотвѣтствующія преступленія ¹⁾. Остальные акты, начинаю-

¹⁾ При правно-психологическомъ изслѣдованіи дѣйствія системы репрессіи покушенія въ Германіи въ эту эпоху можетъ показаться, что если область примѣненія ординарнаго наказанія къ покушенію и была сокращена, то за то неумолимость ординарныхъ наказаній за покушеніе, въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ это наказаніе было сохранено, была увеличена въ виду отміны начала безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, и, что, такимъ образомъ, мотиваціонное дѣйствіе нормъ, карающихъ покушеніе на тяжкія преступленія, было въ извѣстной мѣрѣ усилено. Такой выводъ былъ бы неправильнымъ. Право разсматриваемой

щіе выполнение состава тяжкаго преступления, стали караться мягче: за нихъ было назначено экстраординарное наказаніе, которое, хотя и было болѣе неумолимымъ, чѣмъ грозившее раньше за эти виды покушенія ординарное наказаніе, но, въ суммѣ, оказывало менѣе сильное мотивационное давленіе на психику людей, чѣмъ послѣднее наказаніе.

IV. Переходя къ ученіямъ о покушеніи, господствовавшимъ въ германской доктринѣ въ XVIII столѣтіи, слѣдуетъ сказать, что криминалисты первой половины этого вѣка придерживались, вообще говоря, прежнихъ взглядовъ на наказуемость покушенія и поступательный ходъ германской культуры отражается лишь на характерѣ формулировки отдѣльныхъ положеній этого ученія. Такъ, ограничивая область ненаказуемой предварительной дѣятельности, по-прежнему, одними случаями принятія преступнаго рѣшенія ¹⁾ и, по-прежнему, относя къ наказуемому покушенію не только начало исполненія преступления, но и приговорительныя дѣйствія, юристы этого времени, однако, различаютъ эти виды предварительной дѣятельности уже не только по количественному признаку большей или меньшей ихъ близости къ моменту окончанія преступления, но они склоняются также и къ проведенію принципиальнаго различія между соответственными дѣйствіями. Изслѣдуя содержаніе наказуемаго покушенія, эти криминалисты отмѣчаютъ, что покушеніе можетъ выражаться или въ дѣяніяхъ, приготавливающихъ средства совершенія

эпохи допускало примѣненіе ординарнаго наказанія за покушеніе въ такихъ только случаяхъ предварительной дѣятельности, въ которыхъ о добровольномъ отказѣ отъ покушенія не могло быть рѣчи. Какъ показано въ текстѣ, ординарное наказаніе въ эту эпоху грозило только за оконченное покушеніе или неудавшееся преступленіе, т. е., именно только за тотъ видъ покушенія, который не допускалъ возможности добровольнаго отказа отъ доведенія преступления до конца, вслѣдствіе того, что самое понятіе его предполагало реализацію виновнымъ со своей стороны всего необходимаго для реализаціи преступления. Отсюда видно, что произведенная въ XVII вѣкѣ реформа ученія о добровольно оставленномъ покушеніи ученія объ оконченномъ покушеніи вообще не коснулась и, что потому правовыя положенія о немъ продолжали свое развитіе, совершенно не считаясь съ происшедшей перемѣной.

¹⁾ Böhmer, *Meditationes in Constitutionem criminalem Carolinam*, 1770, (1 ed. 1732), a. 178, § III, p. 850: Ср., Böhmer, *Observationes selectae ad Carpzovii practicam novam*, 1759, ad qu. II, obs. 4.

преступленія (отдаленное покушеніе) или въ дѣянiяхъ, примѣняющихъ эти средства (ближнее покушеніе) ¹⁾.

Въ этомъ нельзя не усмотрѣть шага въ направленіи выдѣленія приготовленія изъ состава покушенія и сообщенія ему самостоятельнаго значенія.

Изъ состава покушенія, близкаго къ совершенію преступленія, выдѣляется, какъ особо тяжкій видъ, покушеніе оконченное, характеризующееся тѣмъ, что при немъ преступникъ совершаетъ со своей стороны все, что было необходимо для оконченія преступленія. Этому виду покушенія, впрочемъ, не было усвоено какого либо особаго названія ²⁾.

Никакихъ указаній на кругъ наказуемыхъ случаевъ покушенія въ сочиненіяхъ этихъ юристовъ мы не находимъ. Нужно

¹⁾ B ö h m e r, *Meditationes*, art. 178, § 1, p. 849: *Ex his repetenda simul notio conatus, qui absolvitur praeparatione et applicatione mediorum ad consummandum crimen certum directorum. Ibid... § IV: Quibus factis praeparatio constet, nihil omnino refert. Satis est ea ad eventum, fato interceptum, ordinata esse, et probari posse. § V: Denique ad servandos cancellos conatus supponendum, actum externum in terminis nudae praeparationis substituisse, nec intentionem malignam in effectum fuisse deductam. Hoc subsequuto, delicti intenti consummatio inde nascitur. Videlicet conatus est inter motus voluntatis internos, et ipsum delictum intermedium quoddam, quod nec poenam in totum excludit, nec tamen facinoris consummati rationem habet. Ipsi actus huc pertinentes non inepte in proximos et remotos dividuntur, prout parum, vel longe absunt ab ipsa executione, veluti gladium acuere, armis se cingere, faces igniferas praeparare, ad latibula se referre, quibus remoti absolvuntur, vel e contrario gladium stringere, puellam denudare, muros perforare. scalas admovere, quod proximis proprium. Quid? quod utriusque classis actus gradibus differant, quorum alii sunt remotissimi, alii subinde extremam lineam constuunt, in quibus rite distinguendis sollicitudo iudicis versatur, quia horum discrepantia mensuram dat, poenam modo maiorem, modo leviolem definiendi. Cp., *Observationes*, Ad qu., II, obs. IV.*

Современная литература о покушеніи, историческія сужденія которой находятся подъ сильнымъ вліяніемъ ученій криминалистовъ двадцатыхъ и тридцатыхъ годовъ 19 вѣка объ историческомъ развитіи покушенія, усматриваетъ въ приведенныхъ взглядахъ юристовъ 18 вѣка не прогрессъ, а регрессъ въ области пониманія существа покушенія. Cp., *Bar., Gesetz*, II, s. 501, 502; *Frank*, s. 175.

²⁾ B ö h m e r, *Meditationes*, art. 178, § IX: *si modo reus a sua parte omnia ad consummandum scelus direxit, etsi eventus non successit, sive quod fatum illum impediverit, sive quod reus ex errore persuasus ab ultimo actu destiterit.*

думать, что этотъ вопросъ разрѣшался ими на основаніи постановленій Каролины.

Обращаясь къ разсмотрѣнію наказуемости покушенія въ эту эпоху и останавливаясь на неумолимости наказаній за покушеніе, приходится констатировать, что усиленіе неизбежности наказаній за покушеніе, возникшее въ предшествующую эпоху, удержалось въ полной мѣрѣ и въ началѣ XVIII вѣка. Добровольный отказъ отъ покушенія и юристами этого времени не признается за основаніе безнаказанности виновнаго. Этотъ отказъ, по ихъ взгляду, можетъ приводить только къ смягченію наказуемости виновнаго ¹⁾.

Наказуемость покушенія, по общему правилу, была болѣе мягкой, чѣмъ наказуемость оконченнаго преступленія. Изъ этого правила дѣлалось исключеніе для оконченнаго покушенія на наиболѣе тяжкія преступленія, которое каралось также строго, какъ и оконченное преступленіе ²⁾.

V. Мы познакомились съ существомъ ученій о покушеніи господствовавшихъ въ Германіи въ первой половинѣ 18 вѣка. Но, начиная уже со второй четверти этого столѣтія, въ воззрѣніяхъ юристовъ на предварительную дѣятельность происходятъ

¹⁾ B ö h m e r. Meditationes, art. 178, § XIII: Observationes, Qu. 149, obs. IV: Qu. 17, obs. I: Qu. 18, obs. V: Qu. 19, obs. 3: Qu. 39, obs. I. Употребленіе негодныхъ средствъ при покушеніи, Бёмеръ не признаетъ за основаніе освобожденія виновнаго отъ отвѣтственности. Ср. объ этомъ подробно Delaquis, Der untaugliche Versuch, 1904, s. 55 ff.

²⁾ B ö h m e r, Elementa jurisprudentiae criminalis in usum auditorii commoda methodo adornata, 1757, ed. 4, Sect. II, Cap. I, § XXIV, s. 242: qui, quantum in se fuit delictum perfecit, ab ordinaria poena in atrocioribus delictis non liberetur... Meditationes, art. 178, § X: Sed forsitan quaestio praepiudicialis est, quatenam sint crimina atrociora, si quidem in definiendis his interpretes non conveniunt... Quanto rectius character a genere poenae imminentis repetendus, ita, ut poena mortis vulgaris, gladius, laqueus, non sufficiat, sed tale supplicium quod aut lenta spirituum sufflamine, aut summis cum doloribus coniunctum est, puta si flammis comburendus reus subjicitur, in frustra scinditur, rota contunditur, culeo insuitur... Unde huc omnia homicidia qualificata traherem. Idem de incendio et sodomia... § XII: Extra has species regula obtinet, quod imperfectum flagitium sola poena extraordinaria sequatur... Interim in determinanda ea ponderare debet iudex 1) poenam perfecti sceleris, a cuius relatione imperfecti coercitio pendet, ut quo gravior illa est, tanto maior haec esse possit, 2) gradum quousque processit conatus utrum proximus, an remotus sit. Observationes, Qu. II, obs. IV.

существенныя перемѣны и въ систему репрессіи ея вводятся новыя, смягчающіе суровость ея, элементы. При этомъ, несмотря на возникновеніе въ эту эпоху гуманитарнаго теченія въ германской литературѣ, инициатива преобразованій въ этой области остается за специалистами въ области уголовного права, а представители гуманитарнаго направленія этого времени обыкновенно ограничиваются воспроизведеніемъ предложенныхъ криминалистами положеній, не обогащая ученія о покушеніи никакими новыми элементами.

Провозглашая принципъ безнаказанности преступныхъ вожделѣній¹⁾, криминалисты этого времени относятъ къ области наказуемой предварительной дѣятельности не только акты, начинающіе выполнять составъ преступленія, но и приготовительныя къ преступленію дѣйствія. Ранніе представители этого направленія удерживаютъ выработанное въ предшествующую эпоху дѣленіе покушенія на приготовленіе къ преступленію и начало исполненія его²⁾. Но, въ сочиненіяхъ болѣе позднихъ юристовъ, мы встрѣчаемся съ дальнѣйшимъ углубленіемъ различія между подлежащими видами предварительной дѣятельности. Эти виды покушенія начинаютъ различаться учеными уже не только по содержанію, но и формально: доктрина усваиваетъ имъ различныя техническія названія. Приготовленіе къ преступленію получаетъ названіе попытки совершенія преступленія или преступнаго посягательства (*versuchtes Verbrechen, attentatum delictum*); начало исполненія преступленія—названіе начатаго преступленія

¹⁾ Kress. *Commentatio succincta in Constitutionem Criminales Caroli V. 1730, ed. 2 (1 ed. 1721), art. 178, p. 579; Engau, Elementa juris criminalis Germanico Carolini, 1748 (1 ed. 1738), § XXI, p. 17; Sp. Quistorp, Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts, 1776 (1 ed. 1770), § 29, s. 32; Püttmann, Elementa juris criminalis. 1802 (1 ed. 1779), p. 19; Meister, Principia iuris criminalis, 1811 (1 ed. 1789), p. 37; Klein, Grundsätze des gemeinen peinlichen Rechts 1796, s. 116; Koch, Institutiones iuris criminalis, 1770 (ed. 1 1758), p. 34, 60; Kleinschrod, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, 1805 (1 Aufl. 1793), I, s. 79.*

²⁾ Kress, art. 178, p. 579: *in textu mit scheinlichen Wercken. Scilicet ad crimen concurrunt 1) cogitatio de crimine 2) praeparatio mediorum 3) aggressio operis ipsius et consummatio criminis. Sola cogitatio non est huius loci: Engau, p. 56: Debet autem iudex in determinanda poena arbitraria attendere (a) num ad actum proximum pervenerit, an in nudis actibus praeparatoriis substiterit reus...*

(angefangenes Verbrechen, *inchoatum delictum*)¹⁾. Тотъ же характеръ носили и ученія гуманистовъ этой эпохи и, если раннимъ представителямъ этого направленія вышеуказанное дѣленіе покушенія и не было извѣстно²⁾, то послѣдующіе сторонники этого направленія уже знакомы съ нимъ³⁾.

Изъ области близкаго къ окончанію преступленія покушенія, нѣкоторые криминалисты выдѣляли еще оконченное покушеніе (*delictum consummatum*, *delictum perfectum*), для наличности котораго требовалось, чтобы виновный безуспѣшно совершилъ все, что съ его стороны было потребно для окончанія преступленія, или, чтобы, несмотря на выполнение виновнымъ, потребнаго для совершенія преступленія, дѣйствія, не послѣдовало результата, необходимаго для окончанія преступленія⁴⁾. Представители гуманитарнаго направленія вовсе не упоминали объ этомъ видѣ покушенія.

Область наказуемости покушенія, въ эту эпоху, опредѣлялась на основаніи постановленій Каролины. Наказанію подвер-

¹⁾ Quistorp, s. 32: Bey dem unternommenen Verbrechen muss man weiter dahin sehen, ob der Verbrecher schon würlklich mit der Begehung der Missethat zwar beschäftigt gewesen sey, solche aber nicht vollendet habe, oder ob derselbe zur Begehung des Verbrechens nur die nöthigen Anstalten gemacht habe. In dem ersten Fall ist ein angefangenes Verbrechen (*inchoatum delictum*, *conatus delinquendi proximus*), und in dem andern ein versuchtes Verbrechen in engerer Bedeutung (*attentatum delictum*, *conatus delinquendi remotus*) vorhanden; Püttmann, p. 21: Meister, p. 38: Klein, s. 113, 114: Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 1798, s. 39: Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 1822 (1 Aufl. 1806), s. 192: Kleinschrod, s. 83, 84.

²⁾ Engelhard, Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechtes aus der Weltweisheit und besonderst des Rechtes der Natur hergeleitet, 1756, s. 43, 44.

³⁾ Globig-Huster, Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung, 1783, s. 142. Gmelin, Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen, 1785, s. 115: also wann nur Vorbereitungen zu einem Verbrechen gemacht worden, wann z. B. einer nur dem andern aufgepasst hat, in der Absicht ihn zu tödten, ist seine Strafe noch weit gelinder, als dessen, der das Verbrechen auszuführen angefangen, und. z. B. den andern wirklich angegriffen und verwundet hat.

⁴⁾ Engau, p. 57. Meister, p. 38. Tittmann, s. 192. Klein, s. 113. Die Quantität des Verbrechens und der Strafe in Beziehung auf den Fortschritt des Vorsatzes zur Wirkung hat folgende Stufen: 1) Die zum Begriff des Verbrechens erforderliche Handlung ist vollendet, 1) der Wirkung nach, *consummatum*, vollbracht, 2) in Rücksicht auf die That, aber nicht in Ansehung der Wirkung, *perfectum*, geendigt.

гались покушенія на всѣ преступленія, караемыя въ уголовномъ порядкѣ. Подъ уголовнымъ наказаніемъ, разумѣлось наказаніе публичное, налагавшееся въ публичныхъ интересахъ, а не въ частныхъ интересахъ обвинителя ¹⁾).

Большинство ученыхъ этой эпохи, подобно своимъ предшественникамъ, не знало спеціальныхъ условій отпаденія наказуемости покушенія. Добровольный отказъ отъ покушенія приводилъ, по ихъ взгляду, только къ смягченію наказуемости виновнаго ²⁾. Но, въ концѣ этого періода, стали раздаваться голоса въ пользу установленія начала факультативной безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія ³⁾ и допущенія въ этомъ случаѣ только выговора со стороны суда ⁴⁾.

Присоединяясь къ прежнимъ воззрѣніямъ на юридическое значеніе добровольнаго отказа отъ покушенія, большинство криминалистовъ этого періода сохранило и другія начала опредѣленія неумолимости наказаній за покушеніе, карая покушеніе

Нѣкоторые современные криминалисты (Goldschmidt, Die Lehre vom unbeeidigten und beendigten Versuch, 1895, s. 14; Frank, s. 199) придаютъ особо важное значеніе воззрѣніямъ Клейна для исторіи развитія понятія объ оконченномъ покушеніи. Мы не можемъ согласиться съ этимъ взглядомъ. Оригинальное ученіе Клейна заключается только въ своеобразной его терминологіи—онъ называетъ оконченное покушеніе *delictum perfectum*. Неправильно думать, что Клейнъ выдѣляетъ оконченное покушеніе изъ понятія о покушеніи вообще и усваиваетъ ему значеніе самостоятельной формы преступности. Какъ мы увидимъ ниже, по взгляду этого автора, оконченное покушеніе является разновидностью близкаго къ окончанію преступленія покушенія, представляя собою наибольшѣ близкую къ моменту выполненія преступленія наказуемую попытку.

¹⁾ Kress, art. 178. p. 580.

²⁾ Kress, art. 178. p. 584. Koch, p. 66, 101. Engau, p. 56, 57. Quistorp, s. 142. Püttmann, p. 22. Meister, p. 119. Grolman, s. 39. Tittmann, s. 195. Soden, Geist der peinlichen Gesetzgebung Deutschlands, I, 1792 (1 Aufl. 1782), s. 57. Gmelin, s. 115.

³⁾ Klein, s. 116, 117. Wer aus eigener Bewegung von der Ausführung des Verbrechens absteht und dabei solche Anstalten trifft, dass die gesetzwidrige Wirkung gar nicht erfolgen kann, ist zwar nicht für ganz straffrei zu achten: es ist aber rathsam, dergleichen reuigen Verbrechern zu einer gänzlichen Begnadigung gegründete Hofnung zu machen. Dies thut das preussische Gesetzbuch I. c. § 43.

⁴⁾ Kleinschrod, s. 95. Unterdessen lässt doch ein solcher Versuch schliessen, dass dessen Urheber keinen festen Gehorsam gegen die Gesetze hat, und dass er sie überschreiten würde, wenn er mehr Muth gehabt hätte. Deswegen hielte ich in solchen Fällen einen richterlichen Verweis für zulässig.

въ тѣхъ же случаяхъ, въ которыхъ наказывалось и оконченное преступленіе. Правда, нѣкоторые писатели конца XVIII вѣка пытались установить начало безнаказанности покушенія съ негодными средствами¹⁾. Но это предложеніе не встрѣтило поддержки со стороны ихъ современниковъ и, даже въ концѣ этого періода, криминалисты категорически возставали противъ начала безнаказанности покушенія съ негодными средствами и покушенія надъ негоднымъ объектомъ²⁾.

Наиболѣе крупнымъ измѣненіемъ въ возрѣніяхъ на покушеніе въ эту эпоху должна быть признана окончательная побѣда принципа редуцированной наказуемости покушенія надъ началомъ равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія. Покушеніе, согласно разсматриваемымъ ученіямъ, карается всегда мягче, чѣмъ совершеніе преступленія, хотя наказаніе за покушеніе могло иногда выражаться и въ формѣ некалѣфицированной смертной казни³⁾. Размѣръ наказуемости по-

¹⁾ Globig-Huster, s. 141. Was heisst aber alles zur Vollbringung thun? Die That auf die gewöhnliche Art vollziehen, Feuer anzünden, den Körper durchboren, vergiften, die Sache des andern entwenden etc. Denn wollte man diese Vollbringung nach eines jeden Meynung beurtheilen, so wurde es lächerlich herauskommen. Mancher könnte sich einbilden, den andern durch magische Künste zu schaden etc.

²⁾ Tittmann, s. 194.

³⁾ Kress, art. 178, p. 583. Quamvis vero conatus non puniatur ordinaria, punitur tamen aliquando poena mortis v. c. in incendio, vid. Coler. Decis. CLXXXV. in paricidio, si ad actum proximum parventum Schilt, Exerc. 49, 128. Et hoc indicant verbe Articuli, an Leib oder Leben. Koch, p. 66. Quistorp, p. 142—144. Püttmann, p. 137. Meister, p. 119. Grolman, s. 39. Kleinschrod, I, s. 85 - 88; II, s. 155. Engelhard, s. 227—228. Soden, s. 55. Gmelin, s. 112.

На первый взглядъ можетъ показаться, что этимъ положеніемъ противорѣчитъ оговорка нѣкоторыхъ криминалистовъ о томъ, что покушеніе карается наравнѣ съ совершеніемъ преступленія, въ особо предусмотрѣнныхъ закономъ случаяхъ.

Ср. Engau, p. 56. Conatus criminis mox legitima, mox arbitraria poena manet. Illa ubi lex attentatum crimen habet consummatum.

Püttmann, p. 22. Generalis autem est iuris criminalis regula, delictum nondum omni ex parte perfectum, nisi diserte lex iubeat, poena ordinaria haud coerceri.

Klein, s. 114. Ein noch nicht vollbrachtes Verbrechen wird nur, wenn das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt, mit der ordentlichen Strafe belegt.

Но это противорѣчіе только кажущееся. Обращаясь къ тексту закона—въ данномъ случаѣ, Каролины, мы никакихъ постановленій, приравнивающихъ наказуемость покушенія въ техническомъ смыслѣ—предва-

кушенія зависить отъ степени близости покушенія къ окончанію преступленія ¹⁾, отъ размѣра причиненнаго покушеніемъ

рительной преступной дѣятельности—къ наказуемости оконченнаго преступленія, въ немъ не находимъ. Подъ покушеніемъ, караемымъ наравнѣ съ совершеніемъ преступленія, въ силу спеціальнаго постановленія закона, упомянутые криминалисты имѣютъ въ виду не покушеніе въ техническомъ смыслѣ, а тѣ случаи матеріально неоконченной преступной дѣятельности, которые заключены закономъ въ усѣченный составъ преступленія. Проведеніе различія между покушеніемъ и усѣченными преступленіями было не по силамъ большинству юристовъ того времени. Однако, наиболѣе выдающіеся представители тогдашней юриспруденціи успѣшно справились съ этою задачею.

Ср. Kress, art. 178, p. 582: *conatus etiam in specie articuli nostri, ubi de conatu non virtute conantis, sed quocunque alio obstaculo sufflaminato agitur, nunquam punitur poena ordinaria.* III) *Non debent aliquem movere exempla, quae in contrarium afferuntur. Sic non obstat crimen laesae majestatis. Nam hoc non tantum varia singularia continet, sed hic vel sola consilia agitata, pro crimine laesae majestatis habentur. Deinde non obstat exemplum ejus, qui ignem ardentem aedibus subjecit, qui deinde mox extinctus est. Nam hic jam re vera incendit, adeoque incendium commisit. Porro non obstat. l. 2. in fin. ad L. Pompej. de parric. Nam licet conatus lege Pompeja coerceatur, legis tamen hujus plures fuerunt poenae, quam capitales culei poena v. l. 2. d. t. Nec obest exemplum latronis, qui homine in via spoliato & tantum non internecino vulnere faucio relicto, abiens, apud Carpz. qu. XXIII, n. 72, 76, gladii poena adfectus, rotaeque impositus legitur. Nam hic poenam hanc meritus est, ut raptor qualificatus, non autem, ut latro, vel homicida, in via regia. Latro enim si revera fuisset, rota contundendus fuisset. Nec aliter de conatu in assassinio tenendum.* Erhard, Handbuch des im Königreiche Sachsen geltenden peinlichen Rechts, 1832 (1 Aufl. 1789), s. 65. Kleinschrod, I, s. 75, 76, 92.

Впрочемъ, въ эту эпоху, были писатели и дѣйствительно отстаивавшіе начало равной наказуемости оконченнаго преступленія и (оконченнаго) покушенія. Ср. наур., Globig-Huster, s. 140, 141: *Ich glaube, der vernünftigste Begriff einer vollbrachten That sey dieser, dass der Verbrecher auf seiner Seite alles zur Vollziehung gethan habe. Ein nachheriger Zufall, welcher den Schaden noch verhindert, kann ihm unmöglich zu statten kommen. So wie der blosser Zufall keine Nachlässigkeit machen, oder die Nachlässigkeit in Boshheit verwandeln kann; eben so wenig kann er im Gegentheil die Boshheit vermindern. Das Beyspiel bleibt eben so gross, mithin muss auch die öffentliche Strafe bleiben.* Tittmann, Handbuch, I, s. 195, 196.

Въ послѣдующемъ изложеніи, мы будемъ спеціально говорить о причинахъ появленія и о социальномъ значеніи этихъ ученій.

¹⁾ Engelhard, s. 228. Gmelin, s. 115. Soden, s. 57. Engau, p. 56, 57. Püttmann, p. 22. Meister, p. 52. Klein, s. 114, 115, 147.

вреда и отъ значительности преодолѣнныхъ виновнымъ, при выполнении покушенія, препятствій¹⁾).

VI. До сихъ поръ, при разсмотрѣннн историческаго развитія положеній германскаго права о покушенн, мы ограничивались анализомъ того только материала, который нашелъ себя выраженн въ ученнхъ германскихъ юристовъ, посвятившихъ себя изученн обще-германскаго права. Но, въ концѣ XVIII вѣка, появляется еще и другой факторъ развитія интересующихъ насъ положенн—партикулярное германское законодательство. Первымъ изъ памятниковъ этого права, заключающимъ въ себѣ подробную нормировку существа и наказуемости предварительной дѣятельности, является прусское земское право 1794 г. Изученн постановленн этого уложенн раскрываетъ близкое родство его правовыхъ началъ съ положеннми доктрины общаго права въ ту эпоху.

Прусское земское право относитъ къ области наказуемаго покушенн не только акты, начинающн выполнение преступленн, но и приготовительныя къ преступленн дѣйствн. Въ составѣ покушенн, оно различаетъ три вида дѣйствн: дѣйствн, приготовляющн выполнение преступленн; дѣйствн, начинающн выполнение его состава и дѣйствн, безрезультатно выполняющн всѣ необходимыя для совершенн преступленн акты²⁾).

Прусское уложенн не знаетъ никакихъ ограниченн области наказуемаго покушенн и можно предполагать, что оно карало покушенн при всѣхъ преступленнхъ.

Опредѣляя начала наказуемости покушенн, это уложенн отмѣчаетъ, что лицо, добровольно отказавшееся отъ доведенн преступленн до конца или добровольно предупредившее наступленн результатовъ оконченнаго покушенн, можетъ рассчиты-

¹⁾ Grolman, s. 39. Tittmann, s. 195.

²⁾ Allgemeines Landrecht für die Preussische Staaten, 1794, § 40. Hat der Thäter zur Vollziehung des Verbrechens von seiner Seite alles gethan; die zum Wesen der strafbaren Handlung erforderliche Wirkung aber ist durch einen blossen Zufall verhindert worden: so hat er diejenige Strafe, welche der ordentlichen am nächsten kommt, verwirkt. § 41. Die nächste Strafe nach dieser trifft den, welcher durch einen blossen Zufall an der letzten, zur Ausführung des Verbrechens erforderlichen, Handlung gehindert wurde. § 42. Hat ein solcher Zufall schon die vorläufigen Anstalten zu der strafbaren Handlung unterbrochen: so wird die böse Absicht nach Verhältniss des Fortschrittes zur wirklichen Vollziehung geahndet.

вать на помилованіе ¹⁾. Слѣдовательно, добровольный отказъ отъ покушенія, по этому уложенію, могъ приводить не только къ смягченію отвѣтственности виновнаго, но и къ освобожденію его отъ всякаго наказанія.

Согласно прусскому уложенію, покушеніе каралось мягче, чѣмъ оконченное преступленіе. При опредѣленіи размѣра отвѣтственности за покушеніе, принималась во вниманіе степень близости покушенія къ окончанію преступленія ²⁾.

VII. Господствовавшія въ XVIII вѣкѣ ученія, въ началѣ XIX столѣтія смѣняются новыми, еще болѣе гуманными, взглядами, характерною чертою которыхъ является ослабленіе неумолимости наказаній за покушеніе.

Новое направленіе не производитъ какихъ либо измѣненій въ области ученія о составѣ покушенія и, признавая по прежнему безнаказанными одни только преступныя вожделнія ³⁾, подводитъ подъ понятіе о наказуемомъ покушеніи не только начало исполненія преступленія, но и приготавительныя дѣйствія. Покушеніе и въ эту эпоху подраздѣляется на приготавленіе къ

¹⁾ Preussen (1794), § 43. Wer aus eigener Bewegung von der Ausführung des Verbrechens absteht, und dabey solche Anstalten trifft, dass die gesetzwidrige Wirkung gar nicht erfolgen kann; ingleichen der, welcher durch zeitige Entdeckung der Mitschuldigen, und ihres Vorhabens, die Ausführung dessen hintertreibt, kann auf Begnadigung Anspruch machen.

²⁾ Preussen (1794), § 39. Die ordentliche Strafe eines vorsätzlichen Verbrechens trifft denjenigen, welcher dasselbe wirklich vollbracht hat. §§ 40 — 42, § 828. Wenn die mit dem Vorsatze zu tödten, zugefügte Verletzung an sich tödtlich war, das Leben des Beschädigten aber durch besondere Umstände oder Zufälle noch gerettet worden: so findet gegen den Thäter Staupenschlag, nebst lebenswieriger Festungs oder Zuchthausstrafe statt. § 1529. Auch auf bloss versuchte Brandstiftung, wenn gleich der Ausbruch des Feuers ohne Zuthun des Thäters unterblieben ist, soll nach Verhältniss der bevorgestandenen Gefahr, mehrjährige Festungsstrafe folgen.

При покушеніи на убійство, прусское право признавало употребленіе абсолютно безвредныхъ средствъ за смягчающее отвѣтственность виновнаго обстоятельство. Ср., § 866. Sind jemandem unschädliche Sachen mit der Absicht zu tödten beigebracht worden: so soll auf eine sechs-bis zehnjährige Zuchthaus-oder Festungsstrafe erkannt werden.

³⁾ Cropp. Commentatio de praeceptis iuris Romani circa puniendum conatum delinquendi, 1813. p. 61, 62: Salchow, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1823 (2 Aufl. 1817), s. 15: Jordan, Disquisitio de nonnullis controversiis ad doctrinam de conatu delinquendi spectantibus, 1826, p. 9. Joh. Christ. Meister, Urtheile und Gutachten in Peinlichen und andern Straffällen, 1808, s. 439; Neergaard, De conatu delicti eiusque poena, 1817, p. 17.

преступленію или отдаленное покушеніе и начало исполненія преступленія или близкое покушеніе¹⁾). Впрочемъ, нѣкоторые представители этого направленія замѣчаютъ, что приготовленіе къ преступленію было бы правильнѣе исключить изъ области наказуемой предварительной дѣятельности и что, если они этого и не дѣлаютъ, то только въ силу существованія постановленія Каролины о наказуемости приготовленія²⁾).

Изъ области покушенія близкаго къ окончанію преступленія, выдѣляется покушеніе оконченное, характеризующееся совершеніемъ всѣхъ дѣйствій, необходимыхъ для воспроизведенія результата³⁾).

Это направленіе совершенно не касается вопроса о кругѣ тѣхъ преступленій, при которыхъ покушеніе почитается наказуемымъ и не затрагиваетъ и относящихся сюда постановленій Каролины.

Напротивъ, нормировка наказуемости покушенія подвергается существеннымъ измѣненіямъ. Добровольный отказъ отъ покушенія пріобрѣтаетъ значеніе обстоятельства, не только смягчающаго отвѣтственность виновнаго, но и вовсе освобождающаго его отъ наказанія⁴⁾. Затѣмъ, провозглашается принципъ безнаказанности покушенія съ негодными средствами. По воззрѣнію большинства криминалистовъ этого времени, для наказуемости покушенія, необходимо, чтобы дѣйствіе виновнаго стояло въ

¹⁾ Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des peinlichen Rechts, II, 1800, s. 272; Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Rechts, 1826 (1 Aufl. 1801), s. 43; Cropp. p. 50; Salchow, s. 43, 44; Werner, Handbuch oder Commentar des peinlichen Rechts, 1820, s. 146, 147; Martin, Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminal-Rechts, 1829 (1 Aufl. 1825), s. 97, 136 Anm. 15; Jarcke, Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 1827, s. 215; Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts, 1840 (1 Aufl. 1833), s. 68, 70; Meister, s. 371; Hepp, Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft, 1827, s. 362, 363; Neergaard, p. 17, 23, 24.

²⁾ Jordan, p. 14—20.

³⁾ Feuerbach, s. 43; Cropp. p. 50; Neergaard, p. 17. Martin, s. 136 A. 15; Werner, s. 146; Heffter, s. 68; Meister, s. 453; Hepp, s. 334.

⁴⁾ Feuerbach, Revision, II, s. 269; Lehrbuch, s. 42; Jordan, p. 30; Martin, s. 109; Salchow, s. 99; Werner, s. 180 Anm. 1; Jarcke, s. 217, 218; Heffter, s. 86; Mittermaier, Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen, Neues Archiv des Criminalrechts, I, 1816, s. 201; Meister, s. 372, 378; Neergaard, p. 14; Escher, Vier Abhandlungen über Gegenstände der Strafrechtswissenschaft, 1822, s. 175.

причинной связи съ задуманнымъ преступленіемъ—чтобы оно было объективно опасно¹⁾; чтобы преступное послѣдствіе могло быть результатомъ совершенія этого дѣйствія²⁾; чтобы это дѣйствіе было пригодно для воспроизведенія преступленія³⁾; чтобы совершенное виновнымъ дѣйствіе было in abstracto способнымъ причинить преступный результатъ⁴⁾; чтобы примененныя виновнымъ средства не были абсолютно непригодными къ воспроизведенію преступнаго результата⁵⁾ и т. п. Введеніе этого начала, вызвавъ паденіе неумолимости наказаній за покушеніе, обусловило собою и пониженіе энергіи мотивационнаго давленія соотвѣтствующихъ нормъ права. Впрочемъ, необходимо замѣтить, что этотъ взглядъ на употребленіе негодныхъ средствъ при покушеніи, какъ на объективное основаніе отпаденія уголовной отвѣтственности за покушеніе, не раздѣлялся нѣкоторыми представителями рассматриваемой эпохи, причемъ, одни изъ нихъ не признавали за негодностью средствъ никакого вообще юридическаго значенія⁶⁾, а другіе, не признавая за ней значенія обстоятельства, устраняющаго отвѣтственность⁷⁾, допускали при наличности ея только смягченіе наказанія виновному⁸⁾. Наконецъ, третьи признавали негодность средствъ при покушеніи за субъективно-объективное основаніе отпаденія уголовной отвѣтственности и допускали оставленіе виновнаго безъ наказанія въ томъ только случаѣ, когда негодныя средства были употреблены имъ по суетврїю⁹⁾.

Нѣкоторые криминалисты этого періода сдѣлали попытку дальнѣйшаго расширенія круга наказуемыхъ случаевъ покушенія и высказались за распространеніе начала безнаказанности и на случаи посягательства на негодный объектъ, т. е., на тѣ случаи, въ которыхъ дѣянїе виновнаго осталось безрезультатнымъ, вслѣдствіе направленія его на несоотвѣтственный предметъ (ср., напр., ударъ кинжаломъ по трупѣ, принятому за живого чело-

¹⁾ Feuerbach, Lehrbuch, s. 42.

²⁾ Cropp, p. 42.

³⁾ Martin, s. 97, 109.

⁴⁾ Jordan, p. 20—25. Heffter, s. 70.

⁵⁾ Mittermaier, s. 193, 194.

⁶⁾ Jarcke, s. 216.

⁷⁾ Salchow, s. 43.

⁸⁾ Salchow, s. 100. Fschel, s. 167.

⁹⁾ Hepp, s. 333.

вѣка¹⁾. Но это положеніе не нашло себѣ общаго признанія и рѣшительно отвергалось другими криминалистами²⁾.

Наказаніе за покушеніе, въ эту эпоху, было болѣе мягкимъ, чѣмъ наказаніе за оконченное преступленіе³⁾. Размѣръ его стоялъ въ зависимости отъ большей или меньшей близости покушенія къ окончанію преступленія⁴⁾.

VIII. Какъ мы имѣли уже случай замѣтить, съ конца XVIII столѣтія, въ Германіи появляется дуализмъ уголовного права и, на ряду съ обще-германскимъ правомъ, въ смыслѣ совокупности уголовно-юридическихъ положеній, покоящихся на авторитетѣ уложенія Карла V, и оффиціально признаваемыхъ за точное истолкованіе его постановленій, возникаетъ партикулярное германское уголовное право, опирающееся на уголовные кодексы отдѣльныхъ германскихъ государствъ. Съ содержаніемъ первыхъ постановленій партикулярнаго права о покушеніи—положеніями прусскаго земскаго права—мы уже познакомились. Но, въ началѣ 19 вѣка, составъ германскаго партикулярнаго права обогатился новыми уложеніями—баварскимъ кодексомъ 1813 года и ольденбургскимъ уложеніемъ 1814 года. Къ изслѣдованію постановленій этихъ уложеній о покушеніи, мы теперь и должны обратиться.

Разборъ этихъ постановленій раскрываетъ существованіе близкаго родства между ними и ученіями германской юриспруденціи начала XIX вѣка. Подъ покушеніемъ здѣсь разумѣется всякое внѣшнее дѣйствіе, направленное къ совершенію преступленія или состоящее изъ приготовленія къ нему⁵⁾. Къ покушенію относятся не только дѣйствія, начинающія исполненіе со-

¹⁾ Feuerbach, Lehrbuch, s. 43.

²⁾ Cropp, p. 37, 38; Jordan, p. 34—37.

³⁾ Feuerbach, Revision, II, s. 249; Lehrbuch, s. 91, 106; Martin, s. 122, 123; Salchow, s. 99; Heffter, s. 86; Neergard, p. 78, 25.

⁴⁾ Feuerbach, Revision, II, s. 270, 271; Lehrbuch, s. 105, 106. Salchow, s. 98; Jarcke, s. 219; Heffter, s. 86.

⁵⁾ Bayerisches Strafgesetzbuch vom 6 Mai 1813, Art. 57. Ein Versuch ist vorhanden, wenn eine Person, in der Absicht ein Verbrechen zu begehen, äusserliche Handlungen vorgenommen hat, welche auf Vollbringung oder Vorbereitung desselben gerichtet sind. Strafgesetzbuch für die Herzoglich-Oldenburgischen Lande vom 10 September 1814, Art. 45.

Мы не будемъ приводить текста цитируемыхъ постановленій ольденбургскаго уложенія, такъ какъ онъ буквально совпадаетъ съ текстомъ воспроизводимыхъ здѣсь положеній баварскаго кодекса.

става преступления, но и приготовительныя дѣйствія; приготовленіе характеризуется какъ отдаленное покушеніе¹⁾,—начало исполненія преступления—какъ покушеніе близкое къ окончанію преступления²⁾. Изъ состава послѣдняго вида покушенія, эти кодексы выдѣляютъ покушеніе оконченное, которое объемлетъ собою случаи полной реализаціи виновнымъ актовъ исполненія преступления, не успѣвшихъ повлечь за собою необходимаго для состава преступления результата³⁾.

Разбираемая уложенія не заключаютъ въ себѣ никакихъ прямыхъ указаній на кругъ преступленій, при которыхъ покушеніе почитается наказуемымъ. Но, знакомясь съ тѣми началами, которыхъ придерживаются эти кодексы, при опредѣленіи отвѣтственности за покушеніе, можно убѣдиться, что они признаютъ наказуемымъ только покушеніе на преступленія, караемая смертною казнью или лишеніемъ свободы⁴⁾.

Согласно этимъ уложеніямъ, наказуемость покушенія менѣе неумолима, чѣмъ наказуемость оконченныхъ преступленій и, въ случаѣ добровольнаго отказа отъ доведенія преступления до конца, виновный освобождается отъ наказанія. Для этого, впрочемъ, требуется окончательный отказъ виновнаго отъ реализаціи преступления даннаго типа: виновный, прервавшій свою дѣятельность съ намѣреніемъ возобновить ее въ будущемъ, подвергается обычной отвѣтственности за покушеніе⁵⁾.

¹⁾ Bayern, art. 62. Ein strafbaren Versuch, welcher bei solchen Handlungen stehen geblieben ist, die nur als Vorbereitungen zu der das Verbrechen vollführenden Haupthandlung zu betrachten sind (entfernter Versuch).

Oldenburg, art. 50.

²⁾ Bayern, art. 60. Wenn ein strafbarer Versuch der Vollbringung des Verbrechens oder Vergehens so nahe gekommen, dass der Uebertreter schon in derjenigen Handlung begriffen war, durch welche das Verbrechen oder Vergehen sogleich und unmittelbar in Wirklichkeit gebracht werden sollte, so ist ein nächster Versuch vorhanden.

Oldenburg, art. 48.

³⁾ Bayern, art. 61. Gleiche Grundsätze gelten, wenn bei Verbrechen, zu deren vollständigem Begriffe der Erfolg einer bestimmten Wirkung gehört, die Haupthandlung selbst vollkommen geendiget, aber die erforderliche Wirkung aus zufälligen Ursachen vereitelt worden ist.

Oldenburg, art. 49.

⁴⁾ Bayern, art. 60, 62. Oldenburg, art. 48, 50.

⁵⁾ Bayern, art. 58. Oldenburg, art. 46.

Виновный въ покушеніи на болѣе тяжкія преступленія и въ случаѣ добровольнаго и окончательнаго своего отказа отъ довершенія преступленія подчиняется полицейскому надзору ¹⁾).

Покушеніе влечетъ за собою наказаніе въ редуцированномъ размѣрѣ и, при опредѣленіи отвѣтственности виновнаго, принимается во вниманіе степень близости покушенія къ окончанію преступленія. Покушеніе близкое къ окончанію преступленія и покушеніе оконченное караются болѣе строго ²⁾, чѣмъ покушеніе отдаленное ³⁾).

IX. Разсмотрѣнныя нами воззрѣнія на покушеніе, нашедшія себѣ выраженіе въ доктринѣ и законодательствѣ начала XIX столѣтія, сохранили господствующій характеръ, вплоть до середины двадцатыхъ годовъ прошлаго вѣка. Начиная съ этого времени, въ германской литературѣ вырабатывается новый взглядъ на покушеніе, характерною чертою котораго является ограниченіе объема наказуемой предварительной дѣятельности.

Согласно этому взгляду, изъ области наказуемой предварительной дѣятельности исключается не только принятіе рѣшенія совершить преступленіе ⁴⁾, но и приготовительныя къ преступленію дѣйствія. Представители этого направленія исходятъ изъ того воззрѣнія, что наказанію могутъ подлежать только формы предварительной дѣятельности, выразившіяся въ видѣ начала исполненія состава преступленія. Покушеніе опредѣляется ими какъ начало исполненія преступнаго дѣянія ⁵⁾, какъ дѣятельность, которая, будучи продолжена, можетъ и должна привести къ окончанію преступленія ⁶⁾. Приготовительныя дѣйствія, какъ дѣятельность, не удовлетворяющая признакамъ начала исполненія преступленія, исключается изъ круга наказуемыхъ дѣяній ⁷⁾.

Въ составѣ покушенія, проводится различіе между неоконченнымъ и оконченнымъ покушеніями. Покушеніемъ окончен-

¹⁾ Bayern, art. 59. Oldenburg, art. 47.

²⁾ Bayern, art. 60. Oldenburg, art. 48, 49.

³⁾ Bayern, art. 62. Oldenburg, art. 50.

⁴⁾ Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, 1823, I. s. 254; Abegg, Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, 1836, s. 149; Marezoll, Das gemeine deutsche Criminalrecht, 1841, s. 85.

⁵⁾ Haebelin, Grundsätze des Criminalrechts, 1845, I, s. 46.

⁶⁾ Abegg, s. 153; Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, I, 1836, s. 459.

⁷⁾ Henke, s. 255; Luden, I, s. 459. ff.; Marezoll, s. 86; Haebelin, s. 46.

нымъ признаются случаи, въ которыхъ, несмотря на совершение виновнымъ всѣхъ потребныхъ для выполнения преступленія дѣйствій, необходимаго для состава преступленія результата не наступило ¹⁾).

Область наказуемости покушенія опредѣляется на основаніи Каролины и покушеніе карается при всѣхъ, подлежащихъ уголовному наказанію, преступленіяхъ ²⁾).

Наказуемость покушенія опредѣляется совершенно сходно съ предшествующимъ направліемъ. Добровольный отказъ отъ покушенія признается за основаніе отпаденія наказуемости виновнаго ³⁾ и онъ имѣетъ это значеніе, какъ при неоконченномъ покушеніи, такъ и при покушеніи оконченномъ. Нѣкоторые представители разсматриваемаго взгляда специально оговариваются, что перерывъ преступной дѣятельности можетъ выразиться какъ въ воздержаніи отъ довершенія преступнаго дѣйствія, такъ и въ предупрежденіи результатовъ совершеннаго дѣйствія ⁴⁾).

Юристы этой эпохи вполнѣ присоединялись къ своимъ предшественникамъ и при рѣшеніи вопроса о значеніи употребленія негодныхъ средствъ при покушеніи. Для наказуемости покушенія, требовалось и теперь, чтобы совершенное дѣйствіе было способно, если и не *in concreto*, то *in abstracto*, къ воспроизведенію преступленія ⁵⁾ или чтобы избранное виновнымъ средство было объективно пригодно къ причиненію преступнаго результата ⁶⁾. Примѣненіе злоумышленникомъ совершенно негодныхъ средствъ не признается за наказуемое покушеніе ⁷⁾. Но и въ эту эпоху существуютъ ученые, которые держатся другихъ взглядовъ. Одни изъ нихъ не придаютъ негодности средствъ при покушеніи, никакого юридическаго значенія ⁸⁾. Другіе же признаютъ употребленіе негодныхъ средствъ за основаніе безнаказанности въ томъ только случаѣ, когда это употребленіе было вызвано невѣжествомъ виновнаго или суевѣріемъ его ⁹⁾.

¹⁾ Henke, s. 263; Abegg, s. 153; Marezoll, s. 86; Haerberlin, s. 50.

²⁾ Marezoll, s. 88.

³⁾ Henke, s. 257; Abegg, s. 155; Luden, I, s. 517, 521; Marezoll, s. 85; Haebertiin, s. 47.

⁴⁾ Luden, I, s. 519, 520; Haerberlin, s. 46.

⁵⁾ Henke, s. 257.

⁶⁾ Marezoll, s. 87.

⁷⁾ Abegg, s. 154.

⁸⁾ Luden, I, s. 287, 474, 475.

⁹⁾ Haerberlin, s. 48.

Что касается негодности объекта учиненнаго виновнымъ посягательства, то, по взгляду ученыхъ этой эпохи, она не является основаніемъ безнаказанности покушенія и покушеніе, въ этихъ случаяхъ, подвергается обычному наказанію¹⁾. Такое же рѣшеніе даютъ они и вопросу о юридическомъ значеніи покушенія на отсутствующій объектъ: отсутствіе предмета посягательства въ предположенномъ виновнымъ мѣстѣ не признается за обстоятельство, освобождающее лицо отъ наказанія²⁾.

Виновникъ покушенія несетъ наказаніе въ редуцированномъ размѣрѣ³⁾. Отвѣтственность за покушеніе стоитъ въ зависимости отъ большей или меньшей близости покушенія къ окончанію преступленія⁴⁾.

Таковы перемѣны, происшедшія въ германскихъ воззрѣніяхъ на покушеніе въ 20 — 40-хъ годахъ истекшаго столѣтія. Но прогрессивное развитіе интересующихъ насъ правовыхъ идей этимъ не ограничилось и, еще въ первой половинѣ прошлаго вѣка, появилось новое теченіе въ наукѣ уголовного права, еще болѣе смягчившее наказуемость предварительной преступной дѣятельности.

По взгляду представителей этого направленія, къ составу покушенія относятся тѣ только формы предварительной дѣятельности, которыя выражаются въ видѣ начала исполненія преступнаго дѣянія⁵⁾. Покушеніемъ могутъ быть признаны только акты, представляющіе собою подлинную составную часть подлежащаго наказанію дѣянія и воплощающіе въ себѣ начало выполненія подлежащаго нарушенія закона⁶⁾. Приготовительныя къ преступленію дѣйствія караются лишь въ видѣ исключенія и притомъ, именно въ видѣ приготовленія къ преступленію, а не покушенія на него. Представители этого направленія допускаютъ наказуемость подкарауливанія жертвы съ оружіемъ, съ цѣлью лишенія ея жизни или причиненія ей вреда, наказуемость при-

¹⁾ Luden, I, s. 494, 495, 500, 503, 504; Haebertin, s. 48.

²⁾ Henke, s. 256; Abegg, s. 155; Luden, s. 484.

³⁾ Abegg, s. 156, 217; Luden, I, s. 524; Haebertin, s. 45.

⁴⁾ Abegg, s. 217; Haebertin, s. 50.

⁵⁾ Semtellos, De delictis putativis, 1848, p. 30; Mittermaier, Ueber den Unterschied vollendeter und versuchter Verbrechen, Neues Archiv des Criminalrechts, 1820, IV, s. 21.

⁶⁾ Zachariae, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, I, 1836, s. 203.

готовления средствъ для поддѣлки монеты и т. п. ¹⁾). Изъ состава покушенія, выдѣляется покушеніе оконченное, подѣ которымъ разумѣется безрезультатное выполнение виновнымъ всѣхъ, потребныхъ съ его стороны, для окончанія преступленія, дѣйствій ²⁾).

Область наказуемости покушенія опредѣляется на основаніи постановленій Каролины: покушеніе подлежитъ наказанію при всѣхъ преступленіяхъ, обложенныхъ уголовными наказаніями ³⁾).

Разбирая спеціальныя основанія отпаденія отвѣтственности за покушеніе, сторонники этого направленія упоминають, прежде всего, о добровольномъ отказѣ отъ покушенія, особо оговаривая, что это обстоятельство освобождаетъ отъ наказанія не только при покушеніи неоконченномъ, но и при покушеніи оконченномъ ⁴⁾). Вторымъ условіемъ этого рода признается употребленіе негодныхъ средствъ при покушеніи, причемъ разсматриваемые юристы высказываются въ пользу безнаказанности всѣхъ случаевъ этого рода, совершенно безотносительно къ характеру, вызвавшихъ примѣненіе негодныхъ средствъ, психическихъ причинъ ⁵⁾). Но, въ отличіе отъ своихъ предшественниковъ, представители этого направленія знаютъ еще и третье спеціальное основаніе отпаденія наказуемости покушенія: негодность объекта совершеннаго виновнымъ посягательства ⁶⁾). Посягательство на объектъ, не удовлетворяющій признакамъ предмета преступнаго дѣянія, по разсматриваемому взгляду, представляетъ собою не покушеніе, а мнимое преступленіе ⁷⁾).

Наказуемость покушенія носить редуцированный характеръ ⁸⁾, а размѣръ отвѣтственности за покушеніе стоитъ въ зависимости отъ большей или меньшей близости покушенія къ окончанію преступленія ⁹⁾).

Х. Разсмотрѣніе хода развитія правовыхъ идей о наказуемости покушенія въ Германіи въ началѣ и первой половинѣ XIX столѣтія показываетъ, что этотъ періодъ характеризуется

¹⁾ Zachariae, I, s. 217, 218; Mittermaier, Ueber den Unterschied, s. 22.

²⁾ Zachariae, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, II, 1839, s. 27.

³⁾ Zachariae, I, s. 174.

⁴⁾ Zachariae, II, s. 240, 256, 257.

⁵⁾ Zachariae, I, s. 247; Semtellos, p. 23, 24.

⁶⁾ Zachariae, I, s. 250.

⁷⁾ Semtellos, p. 36.

⁸⁾ Zachariae, II, s. 258.

⁹⁾ Zachariae, II, s. 160.

особенно быстрою смѣною принциповъ строгой репрессіи покушенія болѣе мягкими и гуманными началами его наказуемости. За первые сорокъ лѣтъ XIX вѣка, въ смыслѣ гуманизациі постановленій о покушеніи, было сдѣлано больше, чѣмъ за два предшествующихъ столѣтія, вмѣстѣ взятыя. Но, съ начала сороковыхъ годовъ прошлаго столѣтія, въ развитіи интересующихъ насъ идей, замѣчается нѣкоторый застой и даже обратное движеніе: начиная съ этой эпохи, криминалисты не только не высказываются въ пользу дальнѣйшей гуманизациі постановленій о покушеніи, но даже напротивъ, настаиваютъ на замѣнѣ прежнихъ воззрѣній на покушеніе новыми, болѣе строгими, взглядами на наказуемость предварительной преступной дѣятельности. Это осложненіе въ развитіи идей о покушеніи объясняется общимъ реакціоннымъ направленіемъ германской общественной мысли того времени, вызваннымъ реакціей тогдашняго общества противъ идей великой французской революціи. Общій регрессивный ходъ общественной и научной мысли этой эпохи оказываетъ вліяніе и на спеціальныя правовыя ученія, въ частности, и на ученіе о наказуемости предварительной дѣятельности и реакціонный духъ проникаетъ въ послѣднее настолько глубоко, что даже нѣкоторые криминалисты отказываются отъ своихъ прежнихъ прогрессивныхъ воззрѣній на покушеніе, предлагая замѣнѣ ихъ новый, болѣе строгій, взглядъ на наказуемость предварительной дѣятельности¹⁾. Юристы этого времени отступаютъ отъ взглядовъ своихъ предшественниковъ въ двухъ отношеніяхъ: съ одной стороны, они проводятъ болѣе строгій, чѣмъ ранѣе, взглядъ на составъ покушенія; съ другой стороны, они сообщаютъ болѣе суровый характеръ прежнему ученію о спеціальныхъ основаніяхъ безнаказанности предварительной преступной дѣятельности.

Такъ, что касается ученія о составѣ покушенія, то въ этой области, реакціонное теченіе оставляетъ безъ перемѣнъ только принципъ безнаказанности преступныхъ вождельній²⁾. Прежній

¹⁾ Яркимъ примѣромъ такихъ ученыхъ является Люденъ. Ср. его ученіе о покушеніи въ *Abhandlungen aus gemeinen teutschen Strafrechte*, 1836, съ одной стороны, и въ *Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechtes*, I, 1847, съ другою.

²⁾ Luden, *Handbuch*, I, s. 390; Pfotenhauer, *Der Einfluss des factischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen*, 1838, s. 33 Anm.; 52, 53. 55, 84.

взглядъ на составъ наказуемаго покушенія вызываетъ съ ихъ стороны слѣдующія возраженія. Нельзя ограничивать этотъ составъ одними дѣйствіями, начинающими выполнение преступленія, и исключать изъ области его приготовительныя дѣйствія ¹⁾. Ошибочность этого воззрѣнія доказывается уже тѣмъ, что сами представители его вынуждены признать наказуемость нѣкоторыхъ приготовительныхъ дѣйствій ²⁾. И, дѣйствительно, ближайшее изслѣдованіе вопроса показываетъ, что нельзя подвергать сомнѣнію наказуемость такихъ случаевъ приготовленія, какъ, напр., устройство засады съ цѣлью убійства—подкарауливаніе жертвы въ извѣстномъ мѣстѣ, покупка оружія для совершенія убійства, приготовленіе машинъ для поддѣлки монеты ³⁾ и т. п.

Итакъ, замѣчаютъ сторонники реакціоннаго направленія, необходимо признать, что предварительная дѣятельность подлежитъ наказанію не только тогда, когда она выражается въ формѣ начала исполненія состава преступленія, но и тогда, когда она принимаетъ форму приготовительныхъ къ преступленію дѣйствій. Но разъ такъ, то нужно измѣнить и прежнюю формулу покушенія, какъ начала исполненія преступленія. Необходимо придать этой формулѣ такой характеръ, чтобы она обнимала собою не только начало исполненія, но и наказуемыя приготовительныя дѣйствія.

Наиболѣе простое рѣшеніе этой задачи, казалось, должно было бы заключаться въ раздѣленіи предварительной дѣятельности на двѣ формы: покушеніе на преступленіе и приготовленіе къ нему, съ указаніемъ, что первая форма этой дѣятельности подлежитъ наказанію въ видѣ общаго правила, а вторая—только въ видѣ исключенія, въ нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ. Но для доктрины общаго права въ Германіи подобное рѣшеніе вопроса было неприемлемо. Основую ея разсужденій о предварительной дѣятельности было уголовное уложеніе Карла V, а это уложеніе

¹⁾ Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845, s. 383, 384; Luden, Handbuch, I, s. 396, 393 Anm. 5; Auch hinsichtlich der P. G. O. bin ich in meinen Abhandlungen, I, s. 459 ff., mit der Behauptung, dass nach ihr alle Vorbereitungshandlungen von der Sphäre des strafbaren Versuchs auszuschliessen seien, zu weit gegangen. Es kommt eben Alles auf das „Scheinliche“ der Handlung an.

²⁾ Rosshirt, Geschichte und System des deutschen Strafrechts, I, 1838, s. 342.

³⁾ Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse, I, 1840, s. 313, 319.

знало одну только форму наказуемой предварительной дѣятельности—покушеніе на преступленіе и, связанные постановленіями Каролины, представители доктрины общаго права отказывались признавать существованіе приготовленія къ преступленію какъ особой формы наказуемой предварительной дѣятельности. Криминалисты разсматриваемаго періода думаютъ достигнуть рѣшенія указанной проблемы инымъ путемъ. Согласно ихъ воззрѣнію, существуетъ одна только форма наказуемой предварительной дѣятельности—покушеніе на преступленіе; но эта форма объемлетъ собою не только акты, начинающіе выполненіе преступленія, но и извѣстныя приготовительныя къ преступленію дѣйствія и эти приготовительныя дѣйствія и наказываются потому что они представляютъ собою покушеніе на преступленіе. Представители этого взгляда особенно энергично протестуютъ противъ квалификаціи изготовленія машинъ для поддѣлки монеты какъ наказуемаго приготовленія къ преступленію; это дѣяніе, по ихъ убѣжденію, являетъ въ себѣ всѣ признаки покушенія на преступленіе¹⁾.

Руководясь этими соображеніями, криминалисты реакціоннаго направленія отказываются отъ прежняго пониманія покушенія какъ начала исполненія преступнаго дѣянія и считаютъ неправильнымъ противопоставлять покушенію приготовленіе, исходя изъ различій въ объективной природѣ подлежащихъ дѣяній. Квалификація дѣйствія, какъ покушенія, вовсе не зависитъ отъ того, что это дѣйствіе начинаетъ собою выполненіе преступленія; для нея важно другое—способность этого дѣйствія свидѣтельствовать о намѣреніи виновнаго совершить определенное преступленіе. Подъ покушеніемъ на преступленіе или наказуемою формою предварительной дѣятельности, по этому ученію, слѣдуетъ разумѣть тѣ акты, которые дѣлаютъ внѣшнераспознаваемымъ преступный умыселъ виновнаго²⁾, тѣ, направленныя на совершеніе преступленія, дѣйствія, изъ которыхъ, самихъ по себѣ взятыхъ, можетъ быть распознанъ преступный умыселъ³⁾; акты, которые свидѣтельствуютъ о наличности у виновнаго намѣренія окончить преступленіе⁴⁾. Напротивъ приготовительными дѣйствіями или

¹⁾ Bauer, Abhandlungen, I, s. 319.

²⁾ Köstlin, Revision, s. 372, 373; Pfothenauer, s. 52, 53.

³⁾ Bauer, Abhandlungen, I, s. 312, 113; Bauer, Lehrbuch des Strafrechts, 1833 (1 Aufl. 1827), s. 104.

⁴⁾ Luden, Handbuch, I, s. 389, 395, 396.

ненаказуемою формою предварительной преступной дѣятельности должны быть признаваемы дѣйствія, изъ которыхъ, самихъ по себѣ взятыхъ, не можетъ быть распознанъ преступный умыселъ дѣйствующаго лица¹⁾, дѣйствія, которыя могутъ направляться и къ дозволенной цѣли²⁾, дѣйствія, которыя не вытекаютъ изъ умысла совершить преступленіе, а только способствуютъ образованію этого умысла³⁾.

Такимъ образомъ, ученіе о составѣ покушенія, въ произведеніяхъ юристовъ этого направленія, носить существенно отличный отъ прежняго видъ. Если эти ученые еще иногда и говорятъ о покушеніи, какъ о началѣ исполненія преступленія, то въ совершенно иномъ смыслѣ, чѣмъ это дѣлалось ранѣе. Подобная характеристика этого дѣйствія, по ихъ воззрѣнію, допустима только въ интересахъ краткости и въ виду распространенности этого выраженія, и, прибѣгая къ этой терминологіи, нельзя забывать, что если умыселъ совершить преступленіе и можетъ быть распознанъ изъ всякаго начала исполненія, то не всякое дѣйствіе, изъ котораго можетъ быть распознанъ этотъ умыселъ, является началомъ исполненія преступленія⁴⁾.

Въ составѣ покушенія, представители этого направленія различаютъ неоконченное и оконченное покушенія. Подъ оконченнымъ покушеніемъ разумѣется безрезультатная реализація виновнымъ всего, что было необходимо съ его стороны для окончанія преступленія⁵⁾ или неуспѣшное осуществленіе дѣйствій, по мнѣнію виновнаго, необходимыхъ для достиженія преступнаго результата⁶⁾.

Область наказуемости покушенія опредѣляется постановленіями Каролины, которая, по толкованію доктрины этого времени, караетъ покушеніе при всѣхъ преступленіяхъ⁷⁾.

Что касается характера наказуемости покушенія, то, какъ мы уже замѣтили, она становится нѣсколько болѣе строгою въ данный періодъ времени. Не слѣдуетъ думать, однако, чтобы это усиленіе суровости системы репрессіи покушенія отражалось

¹⁾ Bauer, Abhandlungen, I, s. 318.

²⁾ Bauer, s. 105, 110; Abhandlungen, I, s. 319.

³⁾ Luden, Handbuch, s. 396.

⁴⁾ Bauer, Abhandlungen, I, s. 313.

⁵⁾ Bauer, s. 106; Abhandlungen, I, s. 331, 333.

⁶⁾ Luden, Handbuch, I, s. 409. Anm. 5; Köstlin, Revision, s. 418, 411.

⁷⁾ Bauer, Abhandlungen, I, s. 354.

во всѣхъ положеніяхъ, посвященныхъ ея опредѣленію. Такъ, при обсужденіи юридическаго значенія добровольнаго отказа отъ покушенія, большинство разсматриваемыхъ криминалистовъ присоединяется къ прежнимъ воззрѣніямъ и допускаетъ безнаказанность виновнаго, какъ въ случаѣ перерыва имъ преступной дѣятельности, такъ и въ случаѣ добровольнаго предупрежденія имъ результатовъ своей преступной дѣятельности. Эти ученые полемизируютъ со своими предшественниками только при рѣшеніи вопроса о началахъ формулировки этого положенія. Неправильно, думаютъ они, говорить о томъ, что добровольный отказъ возможенъ, какъ при неоконченномъ, такъ и при оконченномъ покушеніяхъ. Такой отказъ возможенъ только при покушеніи неоконченномъ, ибо оконченное покушеніе, по самому своему существу, предполагаетъ перерывъ дѣятельности виновнаго по независящимъ отъ его воли обстоятельствамъ, въ силу чего исключается и возможность добровольнаго отказа отъ этого покушенія¹⁾.

Напротивъ, реакціонное направленіе разсматриваемаго ученія чрезвычайно ярко отразилось на предложенной имъ системѣ нормировки другихъ специальныхъ условій отпаденія отвѣтственности за покушеніе. Обсуждая значеніе негодности средствъ и негодности объекта при покушеніи на судьбу его виновника, представители этого направленія предлагаютъ болѣе строгое, чѣмъ господствовавшее раньше, рѣшеніе этого вопроса. Такъ, что касается негодности средствъ при покушеніи, то, хотя за этимъ обстоятельствомъ и не отрицается юридическаго значенія и покушеніе, выразившееся въ дѣйствіяхъ, совершенно непригодныхъ для совершенія преступления²⁾ или учиненное совершенно негодными средствами³⁾, выдѣляется въ особую группу, но значеніе, усваиваемое негодности средствъ въ этотъ періодъ, оказывается совершенно отличнымъ отъ того значенія, которое ей приписывалось раньше. Въ предшествующій періодъ негодность средствъ при покушеніи имѣла значеніе объективнаго основанія отпаденія отвѣтственности за покушеніе; въ разсматриваемое время, юридическая ея роль обрисовывается иначе. Одни сторонники реакціонной школы, сохраняя за негодными средствами

¹⁾ Bauer, s. 109; Abhandlungen, I, s. 358, 360; Köstlin, Revision, s. 395, 398, 426; Pfothenauer, s. 183; Luden, Handbuch, I, s. 420, 428.

²⁾ Bauer, Abhandlungen, I, s. 370.

³⁾ Bauer, s. 110; Luden, Handbuch, I, s. 404.

характеръ объективнаго юридическаго факта придають ему, однако, не значеніе устраняющаго отвѣтственности обстоятельства, а значеніе условія, смягчающаго наказуемость¹⁾. Другіе реформируютъ значеніе негодныхъ средствъ при покушеніи инымъ путемъ. По ихъ ученію, употребленіе негодныхъ средствъ вполнѣ устраняетъ уголовную отвѣтственность, но не всегда, а только въ тѣхъ случаяхъ, когда негодныя средства были избраны виновнымъ по извѣстному основанію, когда виновный выбралъ ихъ не по случайной ошибкѣ, а вслѣдствіе своего неразумія²⁾; по своей глупости или суевѣрію³⁾; въ силу своего незнакомства съ данными общечеловѣческаго опыта⁴⁾ и т. п.

При рѣшеніи вопроса о значеніи негодности объекта при покушеніи, большинство представителей разсматриваемаго направленія также отступаетъ отъ высказанныхъ ранѣе взглядовъ. Одни изъ этихъ криминалистовъ приравниваютъ посягательство на негодный объектъ къ нормальному виду покушенія и не допускаютъ здѣсь даже смягченія наказанія виновному⁵⁾, другіе признаютъ негодность объекта за обстоятельство, уменьшающее отвѣтственность виновнаго⁶⁾. Лишь немногіе изъ ученыхъ этой эпохи высказываютъ болѣе мягкій взглядъ и допускаютъ освобожденіе отъ наказанія виновника покушенія на негодный объектъ въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣяніе его не могло само по себѣ свидѣтельствовать о свойствахъ его намѣренія⁷⁾.

Въ сочиненіяхъ юристовъ этой эпохи встрѣчается еще указаніе на покушеніе на отсутствующій объектъ. Но юристы, упоминающіе объ этомъ видѣ покушенія, высказываются въ пользу его наказуемости: отсутствіе объекта посягательства, какъ причина неуспѣшности преступленія, признается не имѣющей никакого юридическаго значенія⁸⁾.

Принципъ редуцированной наказуемости покушенія и въ это время сохраняетъ свою силу⁹⁾, а при опредѣленіи размѣра на-

¹⁾ Köstlin, Revision, s. 429.

²⁾ Bauer, s. 110.

³⁾ Bauer, Abhandlungen, I, s. 376.

⁴⁾ Luden, Handbuch, I, s. 404.

⁵⁾ Luden, Handbuch, I, s. 406; Pfothenauer, s. 24, 25, 101, 193.

⁶⁾ Köstlin, Revision, s. 429.

⁷⁾ Bauer, Abhandlungen, I, s. 390.

⁸⁾ Bauer, Abhandlungen, I, s. 378, 379, 382, 383; Pfothenauer, s. 102.

⁹⁾ Luden, Handbuch, I, s. 380; Bauer, Abhandlungen, I, s. 365 — 367; Köstlin, Revision, s. 401; Pfothenauer, s. 163.

казанія по-прежнему принимается во вниманіе степень близости покушенія къ окончанію преступленія¹⁾.

XI. Познакомившись съ развитіемъ положеній общаго германскаго права о покушеніи во второй четверти XIX вѣка, необходимо обратиться къ разсмотрѣнію соотвѣтствующихъ постановленій германскаго партикулярнаго права того времени. Изученіе появившихся въ это время уложеній показываетъ, что законодательство находилось подъ вліяніемъ тѣхъ же идей, что и доктрина общаго права. Но, при всемъ сходствѣ содержанія тѣхъ и другихъ положеній, между ними существуетъ и серьезное различіе. Сравненіе положеній доктрины съ постановленіями современнаго ей законодательства убѣждаетъ въ томъ, что, вообще говоря, доктрина была прогрессивнѣе законодательства. Партикулярные кодексы были склонны отдавать предпочтеніе менѣе прогрессивнымъ принципамъ репрессіи покушенія. При проведеніи гуманныхъ началъ наказуемости предварительной дѣятельности, они шли менѣе далеко, чѣмъ доктрина общаго права, но зато они опережали эту доктрину, при проведеніи началъ реакціи въ интересующей насъ области.

Наиболѣе раннимъ изъ уложеній этого періода является саксонскій кодексъ 1838 г. постановленія котораго о покушеніи представляютъ собою продуктъ умѣренной рецепціи прогрессивныхъ теченій въ литературѣ той эпохи. Это уложеніе сообщаетъ законную силу ученію о покушеніи, какъ о началѣ исполненія состава преступленія. Приготовленіе къ преступленію исключается изъ области покушенія и, въ видѣ общаго правила, признается ненаказуемымъ²⁾. При проведеніи принципа безнаказанности приготовительныхъ дѣйствій, это уложеніе идетъ такъ далеко, что знаетъ лишь одно изъ него исключеніе и, въ особенной части, объявляетъ наказуемымъ только одно приготовленіе къ верховной измѣнѣ³⁾.

Саксонское уложеніе не заключаетъ въ себѣ никакихъ огра-

¹⁾ Bauer, s. 109; Abhandlungen, I, s. 370; Köstlin, Revision, s. 401.

²⁾ Königlich-sächsisches Criminalgesetzbuch vom 30 März 1838, art. 29. Handlungen, wodurch die Ausführung eines beabsichtigten Verbrechens erst vorbereitet aber noch nicht angefangen worden, unterliegen keiner Strafe, insofern sie an sich selbst nicht strafbar sind.

³⁾ Sachsen, art. 84. Wer irgend eine Handlung zur Vorbereitung des Verbrechens des Hochverrathes begeht, soll mit Gefängniss von drei Monaten bis zu drei Jahren, oder mit Arbeitshaus bis zu vier Jahren bestraft werden.

ничей области наказуемости покушения и можно думать, что оно карало покушение на всѣ преступления.

Вліяніе доктрины общаго права ясно замѣтно и на постановленіяхъ саксонскаго уложенія о наказуемости покушения. Опредѣляя условія наказуемости покушения, это уложеніе упоминаетъ о всѣхъ тѣхъ обстоятельствахъ, юридическое значеніе которыхъ было предметомъ оживленнаго обсуждения въ доктринѣ общаго права. Но, какъ было уже замѣчено, предлагаемая этимъ уложеніемъ рѣшенія, возникающихъ здѣсь вопросовъ, отличаются крайней умѣренностью, по сравненію съ воззрѣніями доктрины на соотвѣтствующіе предметы. Такъ, саксонское уложеніе, упоминая о добровольномъ отказѣ отъ покушения, придаетъ ему только значеніе смягчающаго вину обстоятельства и допускаетъ въ этомъ случаѣ приговаривать виновнаго къ заключенію въ работномъ домѣ на срокъ до 1 года ¹⁾. Еще большую умѣренность проявляетъ оно при опредѣленіи юридическаго значенія негодности употребленныхъ при совершеніи покушения средствъ. Въ видѣ общаго правила, этой негодности не придается никакого значенія и единственною льготою покушения съ негодными средствами является непримѣнимость къ нему наказанія пожизненнымъ цухтгаузомъ ²⁾. Бѣльшее значеніе придается негодности объекта при покушеніи. По саксонскому уложенію, посягательство на негодный объектъ подвергается значительно пониженному наказанію и отвѣтственность виновнаго въ этомъ случаѣ никакъ не можетъ превышать четырехлѣтняго заключенія въ работномъ домѣ ³⁾.

¹⁾ Sachsen, art. 28.

²⁾ Sachsen, art. 26. Ist bei einem beabsichtigten Verbrechen der Verbrecher 1) durch äussere Umstände an der Vollendung der unternommenen gesetzwidrigen Handlung verhindert, oder 2) auf gleiche Weise der Erfolg der von ihm vollendeten Handlung abgewendet worden, oder hat er 3) zu der Ausführung des von ihm beabsichtigten Verbrechens irriger Weise oder aus Mangel an Einsicht ein völlig untaugliches Mittel gewählt, oder 4) das gewählte taugliche Mittel in unzureichender oder unzweckmässiger Art angewendet, so ist auf eine verhältnissmässig geringere Strafe, als die auf die vollendete verbrecherische That gesetzte, zu erkennen.

Bei besonders hoher Gefährlichkeit des Verbrechers kann, wenn das Verbrechen mit Todesstrafe bedroht ist und die Fälle unter 2. und 4 eintreten, ausnahmweise lebenslängliche Zuchthausstrafe erkannt werden.

³⁾ Sachsen, art. 27. Konnte an dem Gegenstande, gegen welchen die gesetzwidrige Handlung gerichtet war, eine Rechtsverletzung nicht begangen

Наконецъ, размѣръ наказуемости покушенія, по саксонскому уложенію, меньше, чѣмъ размѣръ наказуемости оконченныхъ преступленій ¹⁾).

XII. Саксонское уложеніе 1838 г. представляетъ собою продуктъ умѣренной рецепціи воззрѣній прогрессивнаго направленія въ доктринѣ общаго права въ Германіи. Появившіяся, вслѣдъ за тѣмъ, партикулярныя уложенія отражаютъ въ себѣ уже не прогрессивное направленіе этой доктрины, а идеи реакціонныхъ ея представителей. Начиная съ сороковыхъ годовъ, партикулярное законодательство Германіи становится на путь усвоенія той переработки прогрессивныхъ ученій о покушеніи, которая была произведена представителями реакціоннаго направленія въ тогдашнемъ уголовномъ правѣ. При этомъ, сообразно съ общою своею склонностью къ проведенію консервативныхъ началъ въ правѣ, это законодательство не только усваиваетъ положенія, выработанныя реакціоннымъ теченіемъ въ наукѣ уголовного права, но иногда идетъ далѣе и обогащаетъ систему репрессіи покушенія новыми суровыми элементами. Слѣдуя завѣтамъ доктрины общаго права, партикулярные кодексы, вышедшіе въ началѣ и срединѣ сороковыхъ годовъ, широко обрисовываютъ кругъ наказуемыхъ случаевъ приготовленія къ преступленію, отводятъ относительно узкую область дѣйствию начала безнаказанности покушенія съ негодными средствами и вовсе не признаютъ начала безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ. Прибѣгая къ творческимъ приѣмамъ въ области законодательства, эти кодексы предписываютъ установленіе полицейскаго надзора надъ лицами, учинившими приготовленіе къ преступленію, и вырабатываютъ начало наказуемости добровольнаго предупрежденія результатовъ оконченнаго покушенія. Представителями этого направленія въ германскомъ законодательствѣ являются уложенія: вюртембергское 1839 г.; брауншвейгское 1840 г.; ганноверское 1840 г.; гессенское 1841 г. и баденское 1845 г.

Къ составу наказуемой предварительной дѣятельности эти уложенія относятъ, въ видѣ общаго правила, только дѣйствія,

werden, so ist der Thäter mit einer dem Grade der an den Tag gelegten Böswilligkeit angemessenen Strafe bis zu vierjährigem Arbeitshause zu belegen.

¹⁾ Sachsen, art. 25. 26.

начающія исполненіе состава преступленія¹⁾, а приговорительныя дѣйствія признаются, въ видѣ общаго правила, ненаказуемыми²⁾. Но исключенія изъ этихъ правилъ, встрѣчающіяся въ этихъ уложеніяхъ, представляются несравненно болѣе многочисленными, чѣмъ соотвѣтствующія исключенія въ саксонскомъ уложеніи и эти кодексы несравненно чаще относятся приговореніе къ области наказуемой предварительной дѣятельности, чѣмъ кодексъ 1838 года. При этомъ, расширеніе объема наказуемой предварительной дѣятельности достигается двумя путями. Съ одной стороны, разсматриваемые кодексы, на ряду съ покушеніемъ или началомъ исполненія преступленія, создаютъ новую общую форму предварительной дѣятельности—приготовленіе къ преступленію, наказуемую только въ нѣкоторыхъ, специально указанныхъ, случаяхъ. Въ качествѣ такой самостоятельной формы предварительной дѣятельности, приготовленіе наказуется при верховной измѣнѣ³⁾, при предумышленномъ убійствѣ

¹⁾ Criminalgesetzbuch für das Herzogthum Braunschweig vom 10. Juli 1840. § 36.

Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover vom 8. August 1840, art. 33.

Strafgesetzbuch für das Grossherzogthum Hessen vom 17. September 1841. art. 64.

Strafgesetzbuch für das Grossherzogthum Baden vom 6. März 1845, § 106.

²⁾ Hannover, art. 34. Die auf Ausführung eines Verbrechens gerichteten Handlungen bleiben straflos: 1) wenn sie an und für sich erlaubt, als blossе Vorbereitungen zur Ausführung eines Verbrechens anzusehen sind.

Hessen, art. 65.

Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg vom 1. März 1839, art. 63.

Baden, § 108.

³⁾ Württemberg, art. 142. Wer in hochverrätherischer Absicht irgend eine Handlung begeht, welche als Vorbereitung des im Art. 140 bezeichneten Verbrechens anzusehen ist, soll mit Arbeitshaus bestraft werden. Dahin gehört: wer die Verbreitung von Grundsätzen, durch welche das Dasein des Staates gefährdet wird, mit Anderen verabredet, zu einer hochverrätherischen Handlung auffordert, Anderen hochverrätherische Pläne mittheilt, aufreizende Schriften verbreitet, Versammlungen zu hochverrätherischen Zwecken im Bewusstsein dieser Zwecke anwohnt, Waffen oder andere zu hochverrätherischen Zwecken dienliche Mittel anschafft oder bereit hält. Ist eine hochverrätherische Unternehmung weiter gediehen, so hat der Thäter dreijähriges Arbeitshaus bis zehnjähriges Zuchthaus verwirkt, insbesondere, wenn derselbe öffentlich durch Rede oder Schrift zu hochverrätherischen Handlungen aufgefordert, Verbindungszeichen aufgesteckt oder

(подкарауливаніе жертвы съ оружіемъ) и отравленіи (приготовленіе или пріобрѣтеніе яда¹⁾), при разбоѣ (подкарауливаніе жертвы съ оружіемъ²⁾), при поджогѣ³⁾), при поддѣлкѣ монеты⁴⁾) и при подлогѣ⁵⁾). Такимъ образомъ, для того, чтобы подвергнуть наказанію нѣкоторыя приготовительныя дѣйствія, нѣкоторые уголовные кодексы производятъ коренную реформу въ области ученія о покушеніи и, взамѣнъ прежней единой формы наказуемой предварительной дѣятельности—покушенія на преступленіе, вырабатываютъ двѣ раздѣльныя формы этой дѣятельности—приготовленіе къ преступленію и покушеніе на него. Этотъ пріемъ приводилъ къ разрѣшенію той проблемы, которая открывалась передъ германскими юристами той эпохи, сообщая предварительной дѣятельности форму, охватывавшую всѣ наказуемые ея виды и дѣлавшую излишними тѣ неопредѣленныя и шаткія формулы, къ которымъ вынуждена была прибѣгать доктрина сороковыхъ годовъ. Но вліяніе этой доктрины на законодательство было такъ значительно, что, несмотря на всѣ преимущества вышеизложеннаго пріема, далеко не всѣ уложенія разсматриваемаго времени рѣшались къ нему прибѣгнуть и нѣкоторыя изъ нихъ предпочитали слѣдовать прежнему реакціонному доктрину пути. Отсюда получилась вторая система нормировки наказуемости приготовительныхъ дѣйствій въ германскомъ партикулярномъ законодательствѣ: нѣкоторыя уложенія, объявляя наказуемыми извѣстные виды приготовительныхъ дѣйствій, особымъ постановленіемъ закона разъясняютъ, что эти приготовительныя дѣйствія представляютъ собою видъ покушенія на преступленіе. Таково постановленіе ганноверскаго кодекса, гласящее, что пріобрѣтеніе штемпелей и орудій съ цѣлью поддѣлки монеты, наказуется въ качествѣ покушенія на поддѣлку монеты⁶⁾).

ausgetheilt, bewaffnete Mannschafft angeworben oder eingeübt, Versammlungen zu hochverrätherischen Zwecken gehalten, oder an solchen im Bewusstsein dieser Zwecke thätigen Antheil genommen, Waffen oder sonstige zum Angriffe dienliche Mittel ausgetheilt oder angenommen hat. Braunschweig, § 83. Hessen, art. 131. Baden, § 594.

¹⁾ Württemberg, art. 238. Braunschweig, § 151.

²⁾ Württemberg, art. 313. Braunschweig, § 176.

³⁾ Württemberg, art. 379.

⁴⁾ Württemberg, art. 211. Hessen, art. 212. Baden, § 528.

⁵⁾ Braunschweig, § 133.

⁶⁾ Hannover, art. 203 II. Hatte er hingegen dergleichen Stempel oder Werkzeuge in der erwiesenen Absicht, eine Münzfälschung zu verüben,

Кромѣ этихъ исключительныхъ случаевъ, приготовленіе къ преступленію не подлежитъ наказанію. По уложеніямъ вюртембергскому, брауншвейгскому и гессенскому, приготовленіе къ наиболѣе тяжкимъ преступленіямъ влечетъ за собою отдачу виновнаго подъ полицейскій надзоръ ¹⁾. Въ особо указанныхъ въ законѣ случаяхъ, эта же мѣра принимается и баденскимъ уложеніемъ ²⁾. Уложеніе ганноверское устанавливаетъ надъ виновникомъ приготовленія къ тяжкимъ преступленіямъ полицейскій или дисциплинарный надзоръ ³⁾.

Покушеніе дѣлится на неоконченное и оконченное. Оконченнымъ покушеніе признается въ тѣхъ случаяхъ, когда виновный совершилъ со своей стороны все потребное для выполненія преступленія, но необходимый для состава его результатъ не наступилъ ⁴⁾.

Что касается области наказуемости покушенія, то уложеніямъ вюртембергскому, брауншвейгскому, ганноверскому и баденскому неизвѣстно какихъ либо ея ограниченій. Уложеніе гессенское оставляетъ безъ наказанія покушеніе на преступленія, караемая выговоромъ. По этому уложенію, наказаніе, грозящее за оконченное преступленіе, должно быть обязательно замѣнено другимъ видомъ наказанія, въ случаѣ остановки дѣятельности виновнаго въ стадіи покушенія; но, устанавливая порядокъ этой замѣны наказаній, уложеніе не указываетъ, какимъ наказаніемъ, при покушеніи, долженъ быть замѣненъ выговоръ ⁵⁾.

Наказаніе за покушеніе менѣе неумолимо, чѣмъ наказаніе за оконченное преступленіе. Уложенія вюртембергское и брауншвейгское освобождаютъ отъ наказанія всякое добровольно оставленное покушеніе ⁶⁾. Уложенія ганноверское и гессенское признаютъ безнаказаннымъ только добровольно оставленное неоконченное покушеніе ⁷⁾. Изъ этого, однако, не слѣдуетъ, чтобы они под-

angeschafft, so soll er, wenn auch davon noch kein Gebrauch gemacht worden, wegen Versuchs der Münzfälschung bestraft werden.

¹⁾ Württemberg, art. 63. Braunschweig, § 40. Hessen, art. 66.

²⁾ Baden, § 280.

³⁾ Hannover, art. 35.

⁴⁾ Württemberg, art. 46. Braunschweig, § 36. Hannover, art. 33. Hessen, art. 68. Baden, § 107.

⁵⁾ Hessen, art. 63, 68, 7.

⁶⁾ Württemberg, art. 73. Braunschweig, § 69.

⁷⁾ Hannover, art. 34. Hessen, art. 69.

вергали наказанію добровольное предупрежденіе результатовъ исполнительнаго дѣйствія: они упоминаютъ только о безнаказанности добровольно оставленнаго неоконченнаго покушенія лишь потому, что подъ оконченнымъ покушеніемъ ими разумѣется одно неудавшееся преступленіе — покушеніе не достигшее результата, въ силу не зависѣвшихъ отъ воли виновнаго обстоятельствъ, потому, что добровольно обезвреженное исполнительное дѣйствіе не относится ими къ области оконченнаго покушенія въ техническомъ смыслѣ. Особнякомъ стоитъ баденское уложеніе, которое признаетъ за основаніе освобожденія отъ наказанія, при покушеніи, только отказъ виновнаго отъ доведенія своей дѣятельности до конца; добровольное же предупрежденіе результатовъ исполнительнаго дѣйствія, по этому уложенію, не признается за основаніе освобожденія виновнаго отъ отвѣтственности и приводитъ только къ пониженію размѣра его наказуемости ¹⁾).

Переходя къ разсмотрѣнію значенія негодности средствъ при покушеніи, слѣдуетъ сказать, что, по однимъ уложеніямъ, употребленіе негодныхъ средствъ приводитъ къ безнаказанности покушенія только въ томъ случаѣ, когда оно было вызвано грубымъ заблужденіемъ виновнаго въ свойствахъ средства (вюртембергское и баденское уложенія), недостаткомъ ума виновнаго (брауншвейгское уложеніе ²⁾) или суевѣріемъ его (ганноверское уложеніе ³⁾). Если же негодное средство было избрано виновнымъ по ошибкѣ или онъ, приступая къ выполненію преступленія, случайно принялъ негодное средство за годное, то употребленіе негоднаго средства, по этимъ уложеніямъ, приводитъ только къ незначительному пониженію наказанія за покушеніе (уложенія вюртембергское, брауншвейгское, ганноверское и баденское ⁴⁾).

¹⁾ Baden, § 117, 118. (Abwendung des Erfolgs durch den Thäter). Hat der Thäter nach beendigtem Versuche das Eintreten des strafbaren Erfolgs selbst abgewendet und das Verbrechen freiwillig wieder aufgegeben, so gilt dies als Strafmilderungsgrund.

²⁾ Braunschweig, § 36.

³⁾ Hannover, art. 34.

⁴⁾ Württemberg, art. 72. Braunschweig, § 36. Hannover, art. 40. Baden, § 110. (Gebrauch untauglicher Mittel). Bei Verbrechen, welche vom Gesetz im Falle der Vollendung mit Todesstrafe, oder mit Zuchthausstrafe, oder unbestimmt mit Arbeitshaus oder Zuchthausstrafe bedroht sind, tritt die Strafe des nicht beendigten Versuchs selbst dann ein, wenn sich der Handelnde zur beabsichtigten Ausführung des Verbrechens aus Irrthum,

По уложенію гессенскому, виновный, избравшій негодныя средства при покушеніи въ силу своего невѣжества или суевѣрія остается безъ наказанія, но употребленіе негодныхъ средствъ, въ силу какихъ либо иныхъ причинъ или основаній, не оказываетъ вліянія на судьбу виновнаго и, въ этихъ случаяхъ, даже не смягчается его уголовная отвѣтственность¹⁾.

Аналогично развиваются въ это время и воззрѣнія законодательства на значеніе негодности объекта при покушеніи. Одни кодексы признаютъ негодность объекта за обстоятельство, вызывающее незначительное пониженіе уголовной отвѣтственности виновнаго (вюртембергское, брауншвейгское и баденское уложенія²⁾). Другіе вовсе не придаютъ никакого значенія этому условію неуспѣшности преступленія и, или вообще о немъ не упоминаютъ (ганноверское ул.), или специально оговариваютъ отсутствіе у него всякаго юридическаго значенія (гессенское уложеніе³⁾).

*diff
Spec*

По всѣмъ упомянутымъ уложеніямъ, наказаніе за покушеніе мягче наказанія за оконченное преступленіе. Размѣръ наказанія за покушеніе стоитъ въ зависимости отъ степени близости покушенія къ окончанію преступленія и покушеніе оконченное влечетъ за собою болѣе строгое наказаніе, чѣмъ покушеніе неоконченное. Что касается порядка смягченія наказаній за покушеніе, то каждое изъ названныхъ выше уложеній опредѣляетъ его совершенно самостоятельно и соотвѣтствующія постановленія уло-

oder Verwechslung, oder sonst durch Zufall, statt des Mittels, welches er anzuwenden glaubte, und welches an und für sich wirklich tauglich ist, eines anderen, untauglichen Mittels bedient hat. При преступленіяхъ менѣе серьезныхъ, баденское уложеніе оставляетъ негодное покушеніе безъ наказанія.

¹⁾ Hessen, art. 67.

²⁾ Württemberg, art. 72. Braunschweig, § 36.

Baden, § 111. (Gegenstand, woran das Verbrechen nicht möglich). War bei Verbrechen, welche vom Gesetz im Falle der Vollendung mit Todesstrafe, oder mit Zuchthausstrafe, oder unbestimmt mit Arbeitshaus oder Zuchthausstrafe bedroht sind, der Gegenstand der unternommenen That, oder in den Fällen des § 100 die Person, oder Sache, die aus Irrthum oder Verwechslung oder sonst durch Zufall von der Handlung getroffen wurde, von der Art, dass das beabsichtigte Verbrechen an ihr nicht begangen werden konnte, so tritt da, wo der Thäter Alles gethan hat, was von seiner Seite zur Vollendung des beabsichtigten Verbrechens nothwendig war, die Strafe des nicht beendigten Versuchs ein.

³⁾ Hessen, art. 67.

женій вюртембергскаго ¹⁾, брауншвейгскаго ²⁾, ганноверскаго ³⁾, гессенскаго ⁴⁾ и баденскаго ⁵⁾, существенно отличаются другъ отъ друга.

XIII. Таково содержаніе постановленій германскихъ уложеній тридцатыхъ и сороковыхъ годовъ о покушеніи. Но развитіе партикулярнаго законодательства не ограничилось вышеприведенными кодексами и, въ концѣ сороковыхъ, въ пятидесятыхъ и шестидесятыхъ годахъ, въ Германіи появился рядъ другихъ партикулярныхъ уголовныхъ уложеній. Однако, эти уложенія находятся подъ влияніемъ совершенно другихъ идей, чѣмъ ихъ предшественники, и, при изученіи существа ихъ постановленій, необходимо имѣть въ виду слѣдующее.

Говоря о развитіи положеній о покушеніи въ германской доктринѣ и законодательствѣ сороковыхъ годовъ, мы указывали, что эволюція соотвѣтствующихъ правовыхъ явленій находилась подъ сильнымъ давленіемъ реакціонныхъ теченій въ общественной мысли той эпохи. Теперь слѣдуетъ замѣтить, что эти теченія утрачиваютъ свое господство въ концѣ сороковыхъ годовъ истекшаго столѣтія и въ это время заканчивается періодъ застоя въ социальной жизни Германіи. Февральская революція даетъ толчокъ къ пробужденію прогрессивныхъ теченій, быстро приведшихъ къ революціи во многихъ германскихъ государствахъ. Смѣна общественныхъ теченій не остается безъ влияния и на уголовноправовыя ученія: въ связи съ революціей, въ Германіи поднимается вопросъ о смягченіи наказаній, объ отмѣнѣ смертной казни, тѣлесныхъ наказаній и объ общей гуманизации карательнаго права. Подъ явнымъ влияніемъ порожденныхъ революціей теченій стоятъ и вышедшіе въ это время уголовные кодексы.

Но затѣмъ, вслѣдъ за подъемомъ прогрессивныхъ теченій и временнымъ ихъ торжествомъ въ Германіи, по общимъ законамъ социально-психической жизни, наступаетъ реакція и теченіе общественной мысли Германіи вновь принимаетъ регрессивное направленіе. Послушное общимъ лозунгамъ времени, измѣняется

¹⁾ Würtemberg, art. 62, 66, 67—70.

²⁾ Braunschweig, § 36, 39.

³⁾ Hannover, art. 36, 38.

⁴⁾ Hessen, art. 68.

⁵⁾ Baden, § 112, 116.

и направлєніє развитія уголовнаго законодательства: отказываясь отъ прогрессивныхъ началъ правотворенія, законодатель начинаетъ поддаваться вліянію общественной реакціи. Понемногу появляются законы, отмѣняющія, получившія уже законную силу, прогрессивныя положенія. Издаются постановленія, усиливающія суровость уголовного права. Система карательныхъ мѣръ вновь обогащается жестокими началами и т. п.

Отсюда ясно, что, при изученіи интересующей насъ теперь стадіи развитія партикулярнаго законодательства Германіи, необходимо проводить различіе между кодексами прогрессивнаго направленія и уложеніями реакціоннаго типа. Обращаясь къ первой категоріи законодательныхъ продуктовъ этого времени, мы замѣчаемъ, что они ставятъ себѣ задачею смягченіє грубости карательной мотиваци и устраненіє наиболѣе грубыхъ и жестокихъ ея средствъ. Яркимъ доказательствомъ этого направленія законодательнаго творчества является провозглашеніє отмѣны смертной казни и тѣлесныхъ наказаній. Но дальше этого прогрессивное теченіє этого времени не шло и, вышедшіє въ революціонное время, уложенія и законы не подвергли полной переработкѣ всей системы карательнаго права. Мало того, можно сказать, что эти уложенія, проводя смягченіє основныхъ мѣръ правового мотивационнаго давленія, не только не стремились къ смягченію дополнительныхъ мѣръ карательнаго воздѣйствія на населеніє, но, напротивъ, были склонны къ болѣе суровой ихъ нормировкѣ. Карательная политика этого времени была озабочена не столько пониженіемъ энергіи мотивационнаго дѣйствія карательнаго права, сколько смягченіемъ грубости этой мотиваци и потому, устраняя наиболѣе грубыя средства карательнаго воздѣйствія, она старалась компенсировать возникшую отсюда убыль его энергіи, примѣненіемъ энергичныхъ мѣръ дополнительнаго импульсивнаго воздѣйствія. Изучая существо законодательныхъ системъ репрессіи предварительной дѣятельности въ эту эпоху, мы убѣждаемся, что, вообще говоря, онѣ представляются не только не болѣе мягкими, чѣмъ соотвѣтствующія системы реакціонной эпохи, но, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ, оказываются даже болѣе суровыми, чѣмъ ихъ предшественницы. При этомъ, проводя начало усиленія энергіи средствъ дополнительнаго мотивационнаго давленія, уголовное законодательство придерживается двухъ пріемовъ. Одна группа уложеній обращается къ воспроизведенію тѣхъ суровыхъ принциповъ норми-

ровки предварительной дѣятельности, которые были извѣстны доктринѣ реакціонной эпохи сороковыхъ годовъ; другая группа уложеній прибѣгаетъ къ рецепціи образцовъ суровой репрессіи покушенія въ иностранномъ правѣ. Иллюстраціей перваго приѣма являются постановленія нассаускаго уложенія 1849 г. и тюрингенскаго кодекса 1850 г.; иллюстраціей второго приѣма—постановленія вюртембергскаго закона 1849 года.

Такъ, разборъ постановленій нассаускаго и тюрингенскаго уложеній показываетъ, что эти уложенія формально отмѣняютъ смертную казнь ¹⁾ и тѣлесныя наказанія ²⁾ и, такимъ образомъ, смягчаютъ грубость системы прежняго карательнаго права, а оцѣнка постановленій этихъ уложеній о покушеніи приводитъ къ убѣжденію объ усиленіи ихъ импульсивнаго дѣйствія. Если эти уложенія и вносятъ нѣкоторыя гуманныя начала въ прежнюю систему репрессіи покушенія (нассауское и тюрингенское уложенія отмѣняютъ полицейскій надзоръ надъ лицами, совершившими приготовленіе къ тяжкимъ преступленіямъ, тюрингенское ул. смягчаетъ репрессію покушенія съ негодными средствами и покушенія надъ негоднымъ объектомъ), то, съ другой стороны, они заключаютъ въ себѣ и такія суровыя черты репрессіи покушенія, которыя были извѣстны лишь немногимъ изъ кодексовъ предшествующаго періода (тюрингенское ул. признаетъ добровольное предупрежденіе результатовъ оконченнаго покушенія не за основаніе безнаказанности виновнаго, а только за основаніе пониженія размѣровъ его наказуемости, т. е., санкціонируетъ положеніе, бывшее извѣстнымъ ранѣе одному только баденскому кодексу).

Переходя къ болѣе подробному разсмотрѣнію постановленій о покушеніи нассаускаго и тюрингенскаго уложеній, слѣдуетъ сказать, что покушеніемъ они признаютъ одни только дѣйствія,

¹⁾ Strafgesetzbuch für das Herzogthum Nassau vom 14 April 1849, art. 7. Die Strafen, welche bei Verbrechen und Vergehen in Anwendung kommen, sind, vorbehaltlich der Fälle, in welchen das Kriegsrecht die Todesstrafe vorschreibt (§ 9 des Reichsgesetzes vom 27 Dezember 1848, die Grundrechte des deutschen Volkes betreffend: 1) lebenslängliche Zuchthausstrafe. Thüringisches Strafgesetzbuch (1850), art. 6. Die Todesstrafe ist abgeschafft, ausgenommen, wo das Kriegsrecht sie vorschreibt.

²⁾ Nassau, art. 7. Thüringen, art. 6 ff.

начинающія выполнение преступленія ¹⁾). Приготовительныя дѣйствія, въ видѣ общаго правила, почитаются ненаказуемыми и подвергаются наказанію только въ особыхъ, специально предусмотрѣнныхъ закономъ, случаяхъ, хотя приготовленіе и признается за общую форму предварительной дѣятельности ²⁾). Уложенія нассаусское и тюрингенское наказываютъ приготовленіе при государственныхъ преступленіяхъ ³⁾ и при поддѣлкѣ монеты ⁴⁾, а уложеніе тюрингенское, сверхъ того, караетъ приготовленіе при убійствѣ ⁵⁾ и при разбоѣ ⁶⁾).

Покушеніе раздѣляется на неоконченное и оконченное. Покушеніемъ оконченнымъ признаются случаи безрезультатнаго выполнения всѣхъ, потребныхъ для окончанія преступленія, дѣйствій ⁷⁾).

Уложеніе тюрингенское наказываетъ покушеніе при всѣхъ преступленіяхъ. Уложеніе нассаусское оставляетъ безъ наказанія покушенія на дѣянія, подлежащія выговору. Выдвигая принципъ обязательной замѣны назначеннаго въ законѣ наказанія, въ случаѣ принятія дѣятельностью виновнаго формы покушенія, это уложеніе не указываетъ того наказанія, которое должно въ этомъ случаѣ замѣнять собою выговоръ ⁸⁾).

Наказуемость покушенія менѣе неумолима, чѣмъ наказуемость оконченнаго преступленія. Уложеніе нассаусское освобождаетъ отъ наказанія какъ добровольный перерывъ развитія преступной дѣятельности, такъ и добровольное предупрежденіе результатовъ этой дѣятельности. Устанавливаемое имъ ограниченіе области дѣйствія начала безнаказанности добровольно оставлен-

¹⁾ Nassau, art. 61. Thuringen, art. 23.

²⁾ Nassau, art. 62. Ist durch Handlungen die Ausführung eines Verbrechens erst vorbereitet, aber noch nicht angefangen worden, so unterliegen sie nur in denjenigen Fällen einer Strafe, für welche dies ausnahmsweise ausdrücklich im Gesetz angeordnet ist. Besteht die Vorbereitungshandlung selbst aus einer schon an sich strafbaren That, so tritt die hierdurch verwirkte Strafe ein. Thuringen, art. 27.

³⁾ Nassau, art. 130. Thuringen, art. 80.

⁴⁾ Nassau, art. 206. Thuringen, art. 268.

⁵⁾ Thuringen, art. 122.

⁶⁾ Thuringen, art. 154.

⁷⁾ Nassau, art. 64. Thuringen, art. 23.

⁸⁾ Nassau, art. 64; 7, 13.

наго покушенія одними случаями неоконченнаго покушенія, имѣеть формальный характеръ, такъ какъ это уложеніе признаеть оконченнымъ покушеніемъ одно только, не допускающее добровольнаго предупрежденія результатовъ, покушеніе,—неудавшееся преступленіе ¹⁾). Напротивъ, уложеніе тюрингенское заключаетъ въ себѣ дѣйствительное ограниченіе области дѣйствія вышеуказаннаго начала. Это уложеніе освобождаетъ отъ отвѣтственности только лицо, отказавшееся отъ продолженія преступной дѣятельности. Лицо, предупредившее наступленіе результатовъ совершеннаго имъ покушенія, подлежитъ наказанію, хотя и въ меньшемъ, чѣмъ обыкновенно, размѣрѣ ²⁾).

Другимъ основаніемъ безнаказанности покушенія признается употребленіе абсолютно негодныхъ средствъ, по невѣжеству или суевѣрію. Употребленіе такихъ средствъ вслѣдствіе случайной ошибки или по другимъ основаніямъ, съ точки зрѣнія нассаускаго уложенія, не имѣеть никакого юридическаго значенія ³⁾). Уложеніе тюрингенское, въ послѣднемъ случаѣ, нѣсколько понижаетъ наказуемость виновнаго ⁴⁾).

По уложенію нассаускому, негодность объекта при покушеніи ни освобождаетъ виновнаго отъ отвѣтственности, ни понижаетъ размѣра его наказуемости ⁵⁾). Уложеніе тюрингенское признаеть негодность объекта за основаніе смягченія наказуемости покушенія ⁶⁾).

Покушеніе карается мягче, чѣмъ оконченное преступленіе.

¹⁾ Nassau, art. 65.

²⁾ Thüringen, art. 26. Wer von einer bereits angefangenen verbrecherischen Unternehmung, ohne durch äussere Umstände gehindert worden zu sein (Art. 23, Nr. 1). freiwillig wieder absteht, ist straflos, sofern nicht dasjenige, was er schon zur Ausführung des Verbrechens gethan hat, als ein besonderes Verbrechen strafbar ist. Hat der Thäter dagegen alles gethan, was von seiner Seite zur Vollendung des beabsichtigten Verbrechens nothwendig war (Art. 23, Nr. 2), und hat das Verbrechen dadurch freiwillig wieder aufgegeben, dass er selbst das Eintreten des zur Vollendung des Verbrechens gehörigen Erfolges abgewendet hat, so soll ihm dieses nur zur Minderung der Strafe des Versuches gereichen und er nach den im Art. 24 für den Fall des Art. 23, Nr. 4 aufgestellten Regeln bestraft werden.

³⁾ Nassau, art. 63.

⁴⁾ Thüringen, art. 23, 24, Abs. 3.

⁵⁾ Nassau, art. 63.

⁶⁾ Thüringen, art. 25.

По уложенію нассаускому, размѣръ наказуемости покушенія стоитъ въ зависимости отъ степени близости покушенія къ окончанію преступленія ¹⁾).

XIV. Переходя ко второй группѣ кодексовъ, проводившихъ вышеуказанныя начала карательной политики при помощи рецепціи началъ иностраннаго права, необходимо остановиться на разсмотрѣніи постановленій вюртембергскаго закона 1849 года. Этотъ законъ, также, какъ и вышеприведенные кодексы, смягчаетъ грубость карательной мотивациі, отмѣняя смертную казнь и тѣлесныя наказанія ²⁾), но, также, какъ и они, онъ слѣдуетъ совершенно иной политикѣ, при опредѣленіи началъ репрессіи предварительной дѣятельности. Вводя въ систему репрессіи этой дѣятельности нѣкоторыя незначительныя смягченія (отмѣняя полицейскій надзоръ надъ лицами, совершившими приготовленіе къ тяжкимъ преступленіямъ, сокращая кругъ дѣйствій, признаваемыхъ за приготовленіе къ государственнымъ преступленіямъ и смягчая, слѣдующія за нихъ, наказанія, отмѣняя наказуемость покушеній на наиболѣе легкія преступленія), этотъ законъ, съ другой стороны, вводитъ и существенное усиленіе репрессіи предварительной дѣятельности (отмѣняя начало безнаказанности добровольно оставленнаго приготовленія къ преступленію, вводя начало наказуемости покушенія надъ негоднымъ объектомъ и въ особенности, установляя начало равной наказуемости покушенія и оконченаго преступленія).

Законъ 1849 года знаетъ одну только общую форму предварительной дѣятельности—покушеніе на преступленіе, къ которому относятся только акты, начинающіе выполненіе преступленія ³⁾). Приготовительныя дѣйствія подвергаются наказанію только при отдѣльныхъ преступленіяхъ и признаются за стадію развитія отдѣльныхъ, специальныхъ, типовъ преступленія, а прежнее начало безнаказанности добровольно оставленнаго приготовленія отмѣняется ⁴⁾). Новый законъ нѣсколько видоизмѣняетъ прежнія постановленія о приготовленіи къ государствен-

¹⁾ Nassau, art. 64. Thüringen, art. 24.

²⁾ Gesetz v. 13 August 1849, Art. 1, 3.

³⁾ Gesetz v. 13 August 1849, Art. 10.

⁴⁾ Ges. v. 13 August 1849, Art. 12. Die Art. 62—73 des Strafgesetzbuches und die im Art. 107, Abs. 2 des Polizeistrafgesetzes enthaltenen Ausnahmebestimmungen sind aufgehoben.

нымъ преступленіямъ, сокращая кругъ относящихся сюда дѣйствій и понижая ихъ наказуемость¹⁾. Напротивъ, составъ наказуемаго приготовленія при убійствѣ, разбоѣ, поджогѣ и поддѣлкѣ монеты оставляется безъ перемѣнъ²⁾. По закону 1849 г., приготовленіе къ тяжкимъ преступленіямъ не вызываетъ подчиненія виновнаго полицейскому надзору³⁾.

Въ составѣ покушенія различается покушеніе неоконченное и покушеніе оконченное или неудавшееся преступленіе. Къ послѣднему относятся случаи, въ которыхъ актъ виновнаго не успѣлъ причинить преступнаго результата, въ силу условій, отъ воли виновнаго не зависѣвшихъ⁴⁾.

Область наказуемости покушенія подвергается сокращенію. Покушеніе на преступленія, караемая тюрьмою до трехъ лѣтъ, срочнымъ лишеніемъ почетныхъ гражданскихъ или служебныхъ правъ или вызывающія примѣненіе еще менѣе значительныхъ наказаній, признается, въ видѣ общаго правила, безнаказаннымъ⁵⁾.

Законъ 1849 г. вноситъ большія перемѣны въ область началъ опредѣленія наказуемости покушенія. Наказуемость покушенія становится болѣе неумолимою, чѣмъ раньше, и признается одно только специальное основаніе отпаденія отвѣтственности за покушеніе — добровольный перерывъ преступной дѣятельности⁶⁾. Прежнія постановленія вюртембергскаго права о безна-

¹⁾ Ges. v. 13 Aug. 1849, Art. 20. An die Stelle des Art. 142 des Strafgesetzbuchs tritt nachstehende Bestimmung: Wer in hochverrätherischer Absicht eine Handlung vornimmt, um einer Angriff oder Verschwörung der im Art. 140 des Strafgesetzbuch bezeichneten Art zu bewirken, insbesondere, wer in solcher Absicht dazu auffordert, Mannschafft anwirbt oder einübt, Waffen oder andere zum Angriff dienliche Mittel anschafft, austheilt oder annimmt, Verbindungszeichen aufsteckt oder austheilt, Versammlungen zu hochverrätherischen Zwecken hält, oder an solchen im Bewusstsein dieser Zwecke thätigen Antheil nimmt, ist mit Kreisgefängniss oder Arbeitshaus zu bestrafen.

²⁾ Württemberg, Stgb, art. 238, 313, 379, 211.

³⁾ Ges. v. 13 Aug. 1849, art. 12.

⁴⁾ Ges. v. 13 Aug. 1849, art. 10.

⁵⁾ Ges. v. 13 Aug. 1849, art. 11. Der Versuch eines Vergehens, welches vollendet nur Gefängnisstrafe bis zu drei Monaten; die zeitliche Entziehung der bürgerlichen Ehren und der Dienstrechte oder eine noch geringere Strafe nach sich ziehen würde, ist straflos: vorbehaltlich der im Gesetze bestimmten Ausnahmen.

⁶⁾ Ges. v. 13 Aug. 1849, art. 10.

казанности однихъ видовъ негоднаго покушенія и о пониженной наказуемости другихъ его видовъ отмѣняются ¹⁾).

По новому закону, покушеніе карается наравнѣ съ оконченнѣмъ преступленіемъ. Однако, при опредѣленіи наказаній за покушеніе, суду предоставляется право не стѣсняться законнымъ минимумомъ наказанія и даже переходить къ ближайшему низшему роду наказаній ²⁾).

XV. Вслѣдъ за эпохою расцвѣта прогрессивныхъ идей, въ Германіи наступаетъ господство реакціи, сообщающее на нѣкоторое время регрессивный характеръ развитію германской культуры. Это направленіе хода соціальной жизни въ Германіи не остается безъ вліянія и на уголовное право. Изучая исторію германскаго карательнаго права въ пятидесятихъ и шестидесятихъ годахъ, мы убѣждаемся, что оно обогащается въ эту эпоху различными суровыми элементами. Законодательство не только возвращается къ тѣмъ правовымъ мѣрамъ, которыя незадолго передъ этимъ были отмѣнены (ср., напр., смертная казнь), но идетъ, при проведеніи началъ реакціи, еще далѣе и сообщаетъ уголовному праву такія черты, которыя, въ эпоху, непосредственно предшествовавшую революціи, уже не были ему извѣстны. Къ числу такихъ, подвергшихся регрессивному перерожденію, положеній права относятся и положенія о наказуемости покушенія.

Разсматривая системы нормировки репрессіи покушенія, усвоенныя германскими кодексами пятидесятихъ и шестидесятихъ годовъ XIX столѣтія, въ каждой изъ этихъ системъ, мы обнаруживаемъ присутствіе вышеупомянутыхъ реакціонныхъ на-

¹⁾ Ges. v. 13 Aug. 1849, art. 12.

²⁾ Ges. v. 13 Aug. 1849, art. 10. Die gesetzliche Strafdrohung begreift auch, vorbehaltlich der im Gesetze bestimmten Ausnahmen, die Strafe des Versuchs, sofern die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens angefangen und nur durch zufällige oder von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände aufgehalten worden ist, oder die Wirkung verfehlt hat. Die Strafe wird nach dem Grade, in welchem sich der Versuch der Vollendung nähert, ausgemessen. Doch sind die Gerichte berechtigt, die Strafe des Versuchs unter dem geringsten gesetzlichen Mass und nach Umständen in der nächstfolgenden niedrigeren Strafart zu bestimmen; sie müssen aber im letztern Falle mit der Gefängnisstrafe, auf welche die Arbeitshausstrafe herabsinkt, den Verlust der bürgerlichen Ehren—und der Dienstrechte verbinden, jedoch ohne Anwendung des in Art. 50 des Strafgesetzbuches bestimmten Masstabes.

чалъ. Но ближайшее изслѣдованіе существа подлежащихъ постановленій показываетъ, что далеко не всѣ эти начала носятъ одинаковый характеръ и что они, по своему содержанию и происхожденію, могутъ быть раздѣлены на двѣ группы. Одни элементы этого рода носятъ иноземный характеръ и представляютъ продуктъ рецепціи германскимъ законодательствомъ началъ иностраннаго права. Другіе же представляютъ возрожденіе прежнихъ началъ германскаго права и оказываются почерпнутыми изъ области исторіи національнаго права. И вотъ, въ зависимости отъ свойства средствъ, примѣняемыхъ при проведеніи началъ реакціи въ области уголовного права, кодексы этой эпохи раздѣляются на три группы. Одна группа прибѣгаетъ къ рецепціи началъ иностраннаго права—прусское уложеніе 1851 г. Другая обращается къ исторіи германскаго права—саксонское уложеніе 1855 г. Наконецъ третья группа, проводя реакціонныя начала въ интересующей насъ области, пользуется какъ тѣми, такъ и другими источниками соотвѣтственныхъ началъ—баварское уложеніе 1861 года.

Постановленія прусскаго кодекса 1851 г. о покушеніи составлены подъ явнымъ вліяніемъ идей французскаго уложенія 1810 года. Покушеніемъ прусскій кодексъ признаетъ только одни, начинающія исполненіе состава преступленія, дѣйствія¹⁾. Приготовительныя дѣйствія, въ видѣ общаго правила, оставляются безъ наказанія и это уложеніе, подобно французскому кодексу, не знаетъ приготовленія, какъ общей формы предварительной дѣятельности. Согласно завѣтамъ французскаго права, приготовленіе признается наказуемымъ крайне рѣдко и въ видѣ стадіи развитія отдѣльныхъ преступленій: оно карается только при верховной измѣнѣ²⁾.

Прусское уложеніе проводитъ различіе между недовершеннымъ покушеніемъ и неудавшимся преступленіемъ, но, также, какъ и франц. ул., оно не придаетъ этому различію никакого юридическаго значенія³⁾.

Тождественно съ французскимъ уложеніемъ опредѣляется и область наказуемости покушенія: при преступленіяхъ, покушеніе

¹⁾ Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten vom 14 April 1851, § 31.

²⁾ Preussen, § 66.

³⁾ Preussen, § 31.

карается всегда, а при проступкахъ—только въ случаяхъ, спеціально закономъ предусмотрѣнныхъ ¹⁾).

Наконецъ, прусское уложеніе остается вѣрнымъ своему образцу и при опредѣленіи началъ наказуемости покушенія. Единственнымъ спеціальнымъ основаніемъ отпаденія отвѣтственности за покушеніе, оно признаетъ добровольный отказъ отъ покушенія ²⁾. О значеніи негодности средствъ и негодности объекта, при покушеніи, вовсе не упоминается. Въ принципѣ, покушеніе карается тѣмъ же наказаніемъ, что и оконченное преступленіе. Только покушеніе на преступленія, подлежащія смертной казни или пожизненному цухтгаузу, влечетъ за собою редуцированное наказаніе и карается срочнымъ цухтгаузомъ на время не менѣ десяти лѣтъ ³⁾.

XVI. Представителемъ второй группы кодексовъ является саксонское уложеніе 1855 года. Положенія этого уложенія носятъ яркій отпечатокъ идей реакціонной школы и партикулярныхъ кодексовъ сороковыхъ годовъ и сообщаютъ законную силу всѣмъ реакціоннымъ началамъ, выработаннымъ въ ту эпоху, не останавливаясь передъ необходимостью переработки въ регрессивномъ направленіи началъ прежняго саксонскаго права, выжившихся въ саксонскомъ уложеніи 1838 года.

Реакціонный характеръ кодекса 1855 г. сказывается уже въ тѣхъ его постановленіяхъ, которыя опредѣляютъ существо наказуемой предварительной дѣятельности. Такъ, если нормировка наказуемости дѣйствій, начинающихъ выполненіе преступленія, въ этомъ уложеніи, и не подвергается измѣненію и, въ видѣ общаго правила, только эти дѣйствія и признаются покушеніемъ на преступленіе ⁴⁾, то нормировка репрессіи приготовительныхъ

¹⁾ Preussen, § 33.

²⁾ Preussen, § 31.

³⁾ Preussen, § 32. Der Versuch eines Verbrechens wird wie das Verbrechen selbst bestraft. Dem Richter bleibt jedoch überlassen, bei Festsetzung des Strafmasses innerhalb der dafür vorgeschriebenen Grenzen, darauf Rücksicht zu nehmen, dass das Verbrechen nicht vollendet worden ist. Ist das Verbrechen mit der Todesstrafe oder mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht, so tritt statt derselben zeitige Zuchthausstrafe von mindestens Zehn Jahren nebst Stellung unter Polizeiaufsicht ein. Insoweit bei dem vollendeten Verbrechen unter Umständen eine der Art oder dem Masse nach mildere Strafe eintritt, soll dieselbe auch bei dem Versuche zur Anwendung kommen.

⁴⁾ Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 13 August 1855, art. 39.

дѣйствій приобретаетъ существенно отличный отъ прежняго видъ. Объявляя наказуемыми нѣкоторыя приготовительныя дѣйствія¹⁾, кодексъ 1855 г. придаетъ постановленіямъ прежняго саксонскаго права болѣе суровый характеръ въ двухъ отношеніяхъ. Съ одной стороны, онъ расширяетъ кругъ наказуемыхъ случаевъ приготовления къ преступленію. По прежнему саксонскому праву, приготовленіе каралось только при верховной измѣнѣ. Теперь оно признается наказуемымъ при двухъ преступленіяхъ: при верховной измѣнѣ и при поддѣлкѣ монеты. Съ другой стороны, онъ подводитъ наказуемыя приготовительныя дѣйствія подъ болѣе серьезную уголовно-юридическую категорію, чѣмъ прежде право, и устанавливаетъ за нихъ болѣе строгія мѣры репрессіи, чѣмъ тѣ, которыя практиковались ранѣе. Уложеніе 1838 г. признавало приготовленіе къ верховной измѣнѣ за самостоятельную (отличную отъ покушенія) форму предварительной дѣятельности. Уложеніе 1855 г. признаетъ приготовленіемъ, въ смыслѣ самостоятельной формы предварительной дѣятельности, только наиболѣе легкіе виды приготовления къ верховной измѣнѣ, а болѣе серьезные виды приготовления къ этому дѣянію признаются за покушеніе на него. Покушеніемъ на преступленіе почитается этотъ кодексъ и впервые возведенное имъ на степень наказуемаго дѣянія приготовленіе къ поддѣлкѣ монеты. Уложеніе 1838 г. за всѣ вообще приготовления къ верховной измѣнѣ грозило тюрьмою до 3-хъ лѣтъ или работнымъ домомъ до 4-хъ лѣтъ. Уложеніе 1855 г. даже за легкіе виды приготовления къ верховной измѣнѣ грозитъ тюрьмою или работнымъ домомъ до 10 лѣтъ, а болѣе серьезные виды приготовления къ этому преступленію наказываетъ наравнѣ съ покушеніемъ на его совершеніе²⁾.

¹⁾ Sachsen (1855), art. 45.

²⁾ Sachsen (1838), art. 84. Wer irgend eine Handlung zur Vorbereitung des Verbrechens des Hochverrathes begeht, soll mit Gefängniss von drei Monaten bis zu drei Jahren, oder mit Arbeitshaus bis zu vier Jahren bestraft werden. Sachsen (1855), art. 117. Die Eingehung von Verbindungen zu einem hochverrätherischen Unternehmen, die Erlassung öffentlicher Aufforderungen (vgl. Art. 125) zu einem solchen, die Anschaffung, Annahme oder Austheilung von Waffen oder anderen Angriffsmitteln und die Anwerbung oder Einübung von Mannschaften zu diesem Zwecke, ingleichen die Erregung von Volksaufläufen oder Zusammenrottungen irgend einer Art, um solche zu einem hochverrätherischen Angriffe zu benutzen, ist nicht bloss als Vorbereitung, sondern als Versuch des Hochverraths zu bestrafen. Der Versuch ist für beendet zu achten, wenn es in dem letzteren Falle ohne

Уложение 1855 г. дѣлитъ покушеніе на неоконченное и оконченное. Покушеніемъ оконченнымъ признается безуспѣшное совершеніе виновнымъ всѣхъ необходимыхъ, по его мнѣнію, для реализаціи преступленія. дѣйствій ¹⁾).

Область наказуемости покушенія въ этомъ уложеніи не подвергается какимъ либо ограниченіямъ и покушеніе карается при всѣхъ преступленіяхъ.

Другою сферою, подвергшейся переработкѣ въ регрессивномъ направленіи, при изданіи уложенія 1855 года, являются постановленія о наказуемости покушенія. Уложение 1838 г. не знало начала безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія и, въ случаѣ добровольнаго перерыва виновнымъ своей преступной дѣятельности, оно карало его работнымъ домомъ на срокъ до одного года ²⁾). Уложение 1855 г. отказывается отъ этой системы и замѣняетъ ее системою нормировки юридическаго значенія отказа отъ покушенія, выработанною законодательствомъ сороковыхъ годовъ. Въ силу этого, въ саксонскомъ правѣ получаетъ признаніе начало безнаказанности отказа отъ неоконченнаго покушенія ³⁾ и, въ соотвѣтствіи съ этимъ, падаетъ прежняя немолимость репрессіи этого вида покушенія. Но зато нормировка судьбы лицъ, добровольно предупредившихъ наступленіе результатовъ оконченнаго покушенія, получаетъ несравненно болѣе суровый, чѣмъ ранѣе, характеръ. Уложение 1855 г. не только не освобождаетъ этихъ лицъ отъ наказанія, но даже значительно усиливаетъ ту отвѣтственность, которой они подвергались въ прежнее время. вмѣсто прежняго наказанія работнымъ домомъ

dass jedoch bereits ein Angriff der im Art. 116 bezeichneten Art unternommen worden, zu einem Einschreiten der Behörde gekommen ist, in anderen Fällen, wenn der Zeitpunkt der Ausführung des Unternehmens festgesetzt ist. Auch bei einem nicht beendigten Versuche ist jedoch auf keine geringere Strafe, als drei Monate Gefängniss, zu erkennen. Art. 118. Andere Handlungen zur Vorbereitung des Hochverraths werden mit Gefängniss—oder Arbeitshausstrafe bis zu zehn Jahre geahndet.

Sachsen (1855), art. 323. Die Anschaffung oder Anfertigung von Werkzeugen zum Zwecke des Falschmünzens oder Geldverfälschung ist als Versuch dieser Verbrechen zu beurtheilen. Der Versuch ist beendet, wenn Geld mit der Absicht der Ausgabe nachgemacht oder verfälscht worden ist.

¹⁾ Sachsen (1855), art. 40.

²⁾ Sachsen (1838), art. 28.

³⁾ Sachsen (1855), art. 44.

до 1 года, имъ грозитъ теперь наказаніе въ размѣрѣ, положенномъ за неоконченное покушеніе ¹⁾).

Уложеніе 1855 г. удерживаетъ извѣстное саксонскому праву уже ранѣе, начало наказуемости покушенія съ негодными средствами. Употребленіе абсолютно негодныхъ средствъ при покушеніи, безотносительно къ тѣмъ основаніямъ, которыми оно было вызвано, по этому уложенію, приводитъ только къ нѣкоторому пониженію отвѣтственности виновнаго, который, въ этомъ случаѣ, подвергается наказанію, установленному за неоконченное покушеніе ²⁾).

Наиболѣе значительную уступку идеямъ реакціоннаго направленія, уложеніе 1855 года дѣлаетъ при нормировкѣ юридическаго значенія негодности объекта при покушеніи: по этому уложенію, покушеніе надъ негоднымъ объектомъ, вмѣсто прежняго наказанія работнымъ домомъ до 4 лѣтъ ³⁾, карается наказаніемъ, установленнымъ за неоконченное преступленіе ⁴⁾).

Уложеніе 1855 г. караетъ покушеніе мягче, чѣмъ оконченное преступленіе. Покушеніе оконченное карается строже, чѣмъ покушеніе неоконченное ⁵⁾).

¹⁾ Sachsen (1855), art. 42. Auch der beendigte Versuch ist nur wie ein nicht beendigter zu bestrafen, 1) wenn der Verbrecher durch seine eigene Thätigkeit den Erfolg, der ohne dieselbe eingetreten sein würde, noch abgewendet hat.

²⁾ Sachsen (1838), art. 26. 3. Sachsen (1855), art. 42. Auch der beendigte Versuch ist nur wie ein nicht beendigter zu bestrafen, 2) wenn er (der Verbrecher) zur Ausführung des Verbrechens aus Unkenntniss oder Irrthum ein Mittel gewählt hat, durch welches der beabsichtigte Erfolg überhaupt nicht herbeigeführt werden konnte. Fälle, wo das an sich geeignete Mittel nur wegen seiner mangelhaften Beschaffenheit oder unzureichenden Menge den beabsichtigten Erfolg nicht hervorgebracht hat, sind hierher nicht zu rechnen.

³⁾ Sachsen (1838), art. 27.

⁴⁾ Sachsen (1855), art. 43. Die Strafe des nicht beendigten Versuchs ist auch dann anzuwenden, wenn bei einer in verbrecherischer Absicht unternommenen Handlung diese Absicht um desswillen nicht hat erreicht werden können, weil der Thäter das Vorhandensein der thatsächlichen Bedingungen, unter welchen die That zum Verbrechen geworden sein würde irrthümlich vorausgesetzt hat.

⁵⁾ Sachsen (1855), art. 41. Die Strafe des Versuchs richtet sich nach derjenigen Strafe, womit das Verbrechen, welches bei dem Versuche beabsichtigt wurde, bedroht ist. Sie soll bei dem beendigten Versuche stets niedriger, als der Höchstbetrag dieser Strafe, aber nicht niedriger, als auf ein Drittheil des Mindestbetrages der letzteren, bei dem nicht beendigten Ver-

XVII. Представителемъ третьей группы является баварское уложение 1861 года. Усвоенная этимъ кодексомъ система репрессіи покушенія представляетъ собою сочетаніе иноземныхъ и національныхъ германскихъ правовыхъ началъ. Принимая постановленія французскаго права о покушеніи при нормировкѣ существа покушенія, области наказуемости его, условій отпаденія отвѣтственности за него и размѣра, слѣдующихъ за него, наказаній, баварское уложение дополняетъ эти положенія, выработанными германскимъ правомъ, положеніями о юридическомъ значеніи приготовительныхъ дѣйствій.

Подобно другимъ кодексамъ этой эпохи, баварское уложение признаетъ покушеніемъ одни только, начинающія выполненіе преступленія, дѣйствія ¹⁾. Но, наряду съ покушеніемъ, ему извѣстна и другая общая форма предварительной дѣятельности—приготовленіе къ преступленію, которая подлежитъ наказанію только въ случаяхъ, особо закономъ предусмотрѣнныхъ ²⁾, а именно, при верховной измѣнѣ ³⁾, при поддѣлкѣ монеты ⁴⁾ и при подлогѣ ⁵⁾. Что касается дѣленія покушенія на виды, то этому уложенію оно вовсе неизвѣстно.

Покушеніе карается при всѣхъ преступленіяхъ въ техническомъ смыслѣ; покушеніе на проступки и нарушенія—только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ ⁶⁾.

Спеціальнымъ основаніемъ отпаденія отвѣтственности за по-

suche nicht höher, als auf die Hälfte jenes Höchstbetrages bestimmt werden. Это постановленіе саксонскаго уложенія, хотя и смягчаетъ нормы прежняго саксонскаго права (ср., уложеніе 1838 г. ст. 26), но оно дѣлаетъ это не подъ вліяніемъ гуманитарныхъ стремленій, а во имя началъ послѣдовательной рецепціи положеній кодексовъ реакціоннаго направленія. Среди кодексовъ 40-хъ годовъ, одна группа допускала назначать за неоконченное покушеніе наказаніе, равное трети наказанія, слѣдующаго за оконченное преступленіе (Hannover, Art. 37; Braunschweig, § 36); другая группа кодексовъ допускала въ этомъ случаѣ примѣненіе наказанія, равнаго половинѣ наказанія за оконченное преступленіе (Baden § 112). Какъ видно, саксонское уложеніе 1855 г. присоединилось къ болѣе суровому изъ рѣшеній этого вопроса.

¹⁾ Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern (1861), art. 47.

²⁾ Bayern, art. 51.

³⁾ Bayern, art. 102.

⁴⁾ Bayern, art. 173.

⁵⁾ Bayern, art. 189.

⁶⁾ Bayern, art. 48.

кушеніе признается только добровольный отказъ отъ покушенія ¹⁾. Никакихъ указаній на значеніе негодности средствъ или объекта при покушеніи, баварское уложеніе въ себѣ не заключаетъ.

Покушеніе карается въ принципѣ также строго, какъ и оконченное преступленіе. Однако, при опредѣленіи отвѣтственности за покушеніе на преступленія, подлежащія смертной казни или пожизненному цухтгаузу, въ качествѣ абсолютно-опредѣленныхъ наказаній, суду предоставляется право назначить срочный цухтгаузъ на время не менѣе 8 лѣтъ. Въ остальныхъ случаяхъ, судъ могъ понизить наказаніе за покушеніе до половины минимума отвѣтственности, установленнаго закономъ за оконченное преступленіе ²⁾.

XVIII. Изъ партикулярныхъ кодексовъ послѣдующаго времени заслуживаетъ упоминанія саксонское уголовное уложеніе, въ редакціи 1868 года. Это уложеніе, воспроизводя въ точности положенія кодекса 1855 г., о покушеніи, ограничилось расширеніемъ круга случаевъ наказуемости приготовленія къ преступленію въ саксонскомъ правѣ. Къ прежнимъ случаямъ наказуемаго приготовленія, оно добавляетъ приготовленіе къ подлогу, квалифицируя послѣднее, въ полномъ согласіи съ системою кодекса 1855 г., какъ видъ покушенія на подлогъ ³⁾.

¹⁾ Bayern, art. 47.

²⁾ Bayern, art. 49. Der Versuch wird nach den nämlichen Bestimmungen wie die Vollendung bestraft. Doch steht den Gerichten die Befugnis zu, die Strafe des Versuchs 1) bei Verbrechen, die unbedingt mit Todes- oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht sind, auf Zuchthaus nicht unter acht Jahren, 2) bei allen andern strafbaren Handlungen bis zur Hälfte des niedrigsten Strafmasses, vorbehaltlich dessen, was in den Art. 17, 20 und 26 bestimmt ist, herabzusetzen. Wird in Folge dessen wegen des Versuchs einer Handlung, die mit Zuchthausstrafe bedroht ist, auf Gefängnisstrafe erkannt, so sind mit derselben die in Art. 28 bezeichneten Folgen zu verbinden. Art. 50. Wo das Gesetz die Strafe der vollendeten That nach der Grösse der dadurch bewirkten Beschädigung oder Verletzung bestimmt, wird bei der Bestrafung des Versuchs von der auf den niedrigsten Grad solcher Beschädigungen oder Verletzungen gesetzten Strafe abgegangen, insoferne nicht aus den Umständen hervorgeht, dass die Absicht des Thäters auf eine grössere Beschädigung oder Verletzung gerichtet gewesen sei.

³⁾ Das Revidirte Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 1 October 1868, art. 311. Wer zu irgend einem rechtswidrigen Zwecke Urkunden unter erdichtetem, oder unbefugt unter fremdem Namen ausstellt, echte Urkunden verfälscht, vernichtet oder unbrauchbar

XIX. Мы рассмотрѣли существо положеній германскаго партикулярнаго права о покушеніи въ періодъ 40—60 годовъ XIX вѣка и убѣдились, что законодательство этой эпохи подчинялось весьма разнообразнымъ общественнымъ вліяніямъ, вызывавшимъ немало колебаній въ развитіи нормъ о покушеніи. Съ тѣми же вліяніями встрѣчаемся мы и при рассмотрѣніи исторіи развитія доктрины о покушеніи въ это время. Въ предшествующемъ изложеніи, мы подробно познакомились съ вліяніемъ реакціоннаго направленія на интересующія насъ ученія. Теперь необходимо обратиться къ изученію существа того воздѣйствія, которое было оказано на нихъ революціоннымъ движеніемъ 1848 года и послѣдовавшею вскорѣ за нимъ реакціею, и рассмотреть тѣ воззрѣнія на покушеніе, которыя господствовали въ пятидесятихъ годахъ истекшаго столѣтія.

Вдумываясь въ существо этихъ ученій, нетрудно видѣть, что они находятся, главнымъ образомъ, подъ вліяніемъ прогрессивныхъ теченій въ общественной жизни въ Германіи этой эпохи. Подъемъ общественнаго настроенія, вызванный событіями 1848 г., наложилъ длительный отпечатокъ на ученія юристовъ и, притомъ, оказалъ на нихъ несравненно болѣе глубокое вліяніе, чѣмъ на законодательство той эпохи. Криминалисты не только отстаиваютъ начало гуманизации основныхъ мѣръ правового мотивационнаго воздѣйствія, но они вводятъ нѣкоторыя смягченія и въ область прежней системы репрессіи предварительной дѣятельности. Большинство криминалистовъ пятидесятихъ годовъ проводятъ болѣе прогрессивныя воззрѣнія на покушеніе, чѣмъ доктрина предшествующаго періода и, въ частности, отстаиваетъ, преданное забвенію въ сороковыхъ годахъ, начало безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ. Напротивъ, реак-

macht, Blanquets eigenmächtig ausfüllt, oder in Handlungsbüchern unrichtige Einträge macht, wird, sofern nicht wegen eines durch den Gebrauch solcher Täuschungsmittel verübten oder versuchten schwereren Verbrechen eine höhere Strafe eintritt, wegen Fälschung mit Gefängniss bis zu sechs Monaten oder Arbeitshaus bis zu zwei Jahren bestraft.

Sind Handlungen der vorstehend gedachten Art an öffentlichen Urkunden oder zur Herstellung von Papieren, welche für öffentliche Urkunden ausgegeben werden sollen, verübt worden, so kann die Strafe bis auf Arbeitshaus von drei Jahren gesteigert werden.

Die Anfertigung oder Anschaffung falscher Siegel oder Stempel, sowie die Verfälschung echter, in rechtswidriger Absicht ist als nicht beendigter Versuch der Fälschung (vergl. jedoch Art. 312) zu bestrafen.

ціонное направлєніє коснулось лишь нѣкоторыхъ представителей доктрины общаго права, которые, подѣ влияніємъ партикулярныхъ законодательствъ реакціоннаго типа, провозглашали наказуемость всякаго вообще негоднаго покушенія и высказывались въ пользу наказуемости добровольнаго предупрежденія результатовъ оконченнаго покушенія.

Обращаясь къ ближайшему разсмотрѣнію существа возрѣній ученыхъ этого времени, мы видимъ, что многіе изъ нихъ характеризуютъ покушеніе, какъ начало исполненія преступнаго дѣянія ¹⁾. Однако, эта формула отнюдь не разумѣется въ точномъ ея смыслѣ и предложеніе ея вовсе не означаетъ исключенія приготовительныхъ дѣйствій изъ области наказуемыхъ видовъ предварительной дѣятельности. Предлагая вышеприведенную формулу, ученые оговариваются, что къ области наказуемой предварительной дѣятельности, слѣдуетъ относить и нѣкоторыя приготовительныя дѣйствія ²⁾. При этомъ, одни признаютъ наказуемыя приготовительныя дѣйствія за покушеніе на преступленіе и усваиваютъ вышеприведенной формулѣ особый смыслъ, относя къ покушенію всякое дѣйствіе, изъ внѣшнихъ свойствъ котораго можно заключить объ опредѣленномъ преступномъ намѣреніи виновнаго ³⁾; дѣйствіе, которое дѣлаетъ распознаваемымъ составъ задуманнаго преступленія ⁴⁾; дѣйствіе, которое разсматривается виновнымъ, какъ ближайшее средство къ цѣли или какъ причина преступнаго результата ⁵⁾; дѣйствіе, которое находится въ тѣсной связи съ главнымъ преступнымъ дѣяніємъ и

¹⁾ Hälschner, System des Preussischen Strafrechtes, I, 1858, s. 183; Bar, Zur Lehre von Versuch und Theilnahme am Verbrechen, 1859, s. 42; Berner, Grundsätze des Preussischen Strafrechts, 1861, s. 1; Häberlin, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Object, GS, 1864 B XVI, s. 219; Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht I, s. 35; Meyer, Das Norddeutsche Strafrecht, 1869, s. 34; Chop. Ueber die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch eines Verbrechens nach gemeinem und particularem deutschen Strafrecht, 1861, s. 54, 97.

²⁾ Köstlin, System des deutschen Strafrechts, I, 1855, s. 236; Hälschner I, s. 192; Berner, Grundsätze, s. 7.

³⁾ Krug, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1854, s. 20; Köstlin, I, s. 231; Häberlin, GS, B. XVI, s. 220; Bar, Die Grundlagen des Strafrechts 1869, s. 60.

⁴⁾ Hälschner, I, s. 183; John, Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund, 1868, s. 217.

⁵⁾ Bar, Versuch, s. 28, 42.

свидѣтельствуеъ о полной энергіи преступной воли ¹⁾. Другіе избираютъ иной пріемъ формулировки этого взгляда и, разумѣя подъ покушеніемъ одни только дѣйствія, начинающія выполнение преступления, и, признавая покушеніе за главную и нормальную форму наказуемой дѣятельности, указываютъ, что, въ видѣ исключенія, право наказываетъ иногда и приготовительныя дѣянія ²⁾. Къ числу такихъ дѣяній относятся: подкарауливаніе жертвы съ оружіемъ въ рукахъ; доставка лѣстницы на мѣсто совершенія кражи; приближеніе къ дому, съ цѣлью поджечь его, съ факеломъ въ рукѣ; приготовленіе штемпелей, съ цѣлью поддѣлки монеты и т. п. ³⁾.

Въ составѣ покушенія, иногда различается покушеніе неоконченное и покушеніе оконченное. Подъ покушеніемъ оконченымъ разумѣется или всякое вообще оконченное покушеніе ⁴⁾ или одно только неудавшееся преступленіе, т. е., тѣ случаи, въ которыхъ оконченное исполнительное дѣйствіе не имѣло результатовъ, вслѣдствіе обстоятельствъ, отъ воли виновнаго не зависѣвшихъ ⁵⁾.

Что касается области наказуемости покушенія, то покушеніе, по-прежнему, признается наказуемымъ при всѣхъ преступленіяхъ, подлежащихъ уголовному наказанію ⁶⁾.

Господствующее мнѣніе въ эту эпоху допускаетъ примѣненіе наказанія только къ тѣмъ видамъ покушенія, которые были прерваны обстоятельствами, отъ воли виновнаго независѣвшими ⁷⁾. Добровольный отказъ отъ покушенія освобождаетъ виновнаго отъ отвѣтственности, какъ при неоконченномъ покушеніи, такъ

¹⁾ Mittermaier, Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks: Anfang der Ausführung, zur Bezeichnung des Anfangspunktes des Versuchs mit Rücksicht auf die Rechtsprechung in den verschiedenen Staaten, GS, B. XI, 1859, s. 211—213; Berner, Grundsätze s. 10.

²⁾ Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1857, s. 153.

³⁾ Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, I, 1862, s. 301; Chop., s. 94.

⁴⁾ Osenbrüggen, Abhandlungen, I, s. 45; Geib, II, s. 302.

⁵⁾ Köstlin, System, I, s. 239; Berner, Lehrbuch, s. 157; Grundsätze, s. 14.

⁶⁾ Berner, Lehrbuch, s. 151.

⁷⁾ Köstlin, System, I, s. 231; Berner, Lehrbuch, s. 156; Grundsätze, s. 13; Osenbrüggen, Abhandlungen, I, s. 37; Hälschner, System, I, s. 199; John, Entwurf, s. 206, 207.

и при покушеніи оконченномъ ¹⁾). Большинство криминалистовъ оговариваетъ безнаказанность добровольнаго предупрежденія результатовъ исполнительнаго дѣйствія и, если нѣкоторые изъ представителей господствующаго мнѣнія и полагаютъ, что отказъ отъ оконченнаго покушенія представляется невозможнымъ, то только потому, что подъ оконченнымъ покушеніемъ они разумѣютъ неудавшееся преступленіе, т. е. преступную дѣятельность, не довершенную по обстоятельствамъ отъ воли виновнаго независѣвшимъ ²⁾). Противоположный взглядъ отстаиваютъ только немногіе криминалисты, которые, подъ вліяніемъ нѣкоторыхъ партикулярныхъ законодательствъ, признаютъ предупрежденіе вредныхъ послѣдствій исполнительнаго дѣйствія не за основаніе отпаденія наказуемости виновнаго, а за основаніе смягченія его отвѣтственности ³⁾).

Слѣдующимъ спеціальнымъ основаніемъ отпаденія наказуемости покушенія признается негодность примѣненныхъ виновнымъ средствъ. По господствующему взгляду, употребленіе негодныхъ средствъ приводитъ къ безнаказанности виновника покушенія не всегда, а только въ томъ случаѣ, когда оно было вызвано извѣстными психическими основаніями. Виновникъ покушенія можетъ быть освобожденъ отъ наказанія только тогда, когда онъ, признавъ негодныя для выполненія преступленія средства за годныя, впалъ въ противорѣчіе съ нормальною, обычною, оцѣнкою значенія этихъ средствъ. Покушеніе ненаказуемо, когда виновный, при выборѣ средствъ, разошелся съ общими законами мышленія и данными ежедневнаго опыта ⁴⁾; когда избранныя имъ средства обладали причинными свойствами лишь въ его воображеніи ⁵⁾; когда эти средства не могли привести къ результату, въ силу общихъ законовъ природы и законовъ мышленія и были, тѣмъ не менѣе, избраны виновнымъ не случайно ⁶⁾; когда средства, почитавшіяся виновнымъ годными для

¹⁾ Hälschner, System, I, s. 202.

²⁾ Köstlin, System, I, s. 239; Berner, Lehrbuch, s. 157; Grundsätze, s. 14.

³⁾ Krug, s. 26, 27; Geib, II, s. 313. Совершенно особнякомъ стоитъ мнѣніе криминалистовъ, отстаивавшихъ наказуемость покушенія и въ случаѣ добровольнаго отказа виновнаго отъ него. John, Entwurf, s. 222, 223.

⁴⁾ Köstlin, System, I, s. 228, 229.

⁵⁾ Hälschner, System, I, s. 183.

⁶⁾ Bar, Versuch, s. 17—19, 26.

воспроизведенія результата, въ дѣйствительности не могли привести къ его наступленію ¹⁾).

Другіе криминалисты шли еще дальше и допускали освобожденіе виновнаго отъ наказанія въ томъ только случаѣ, когда негодныя средства были избраны имъ по грубому невѣжеству или суевѣрію ²⁾. Къ такому же ограниченію круга случаевъ безнаказаннаго покушенія приводила и формула криминалистовъ, признававшихъ условіемъ безнаказанности покушенія такую негодность средствъ, которая исключала возможность распознанія преступности намѣренія виновнаго изъ совершеннаго имъ дѣйствія ³⁾.

Но, необходимо замѣтить, что, въ это время, существовали криминалисты, усваивавшіе негодности средствъ при покушеніи значеніе объективнаго условія отпаденія отвѣтственности и признававшіе виновнаго безнаказаннымъ во всѣхъ случаяхъ употребленія имъ абсолютно негодныхъ средствъ ⁴⁾.

Совершенно особнякомъ стоитъ мнѣніе, признающее употребленіе негодныхъ средствъ за объективный юридическій фактъ, но усваивающее ему значеніе обстоятельства, уменьшающаго отвѣтственность, а не освобождающаго отъ наказанія ⁵⁾.

Въ противоположность своимъ предшественникамъ, ученые разсматриваемаго направленія признають покушеніе безнаказаннымъ и въ случаѣ негодности объекта задуманнаго посягательства. Большинство изъ нихъ освобождаетъ виновника отъ на-

¹⁾ Walther, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, B. V, 1863, s. 34; Goldammer, Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln oder an einem untauglichen Objecte, Archiv f. Preussisches Strafrecht, B. XVI. 1868, s. 556.

²⁾ Häberlin, GS, 1864, s. 238 — 240; Buri, Zur Lehre vom Versuche, GS, B. XIX, 1867, s. 62, 63; Buri, Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln oder am einem untauglichen Object, GS, B. XX, 1868, s. 330.

³⁾ John, Entwurf, s. 220.

⁴⁾ Berner, Lehrbuch, s. 155; Grundsätze, s. 4; Osenbrüggen, Abhandlungen, I, s. 39, 43; Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstande des Verbrechens mangelt, und der Versuch mit untauglichen Mitteln, geprüft, GS, B. XI, 1859, s. 422, 435, 439; Rubo, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln oder an untauglichen Objecten, GS, B. XVII, 1865, s. 8; Chop, s. 58, 59. Geib, II, s. 310; Geyer, Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen, GS, B. XVIII, 1866, s. 52, 53, 57, 65, 66.

⁵⁾ Krug, s. 24.

казанія во всѣхъ случаяхъ негодности объекта ¹⁾ и лишь нѣкоторые ограничиваютъ дѣйствіе этого принципа только извѣстными случаями этого рода, требуя, чтобы виновный, оцѣнивая свойства объекта, допустилъ грубую ошибку и призналъ объектъ годнымъ, тогда какъ, изъ обстановки дѣятельности, этого вовсе не слѣдовало ²⁾; чтобы изъ содѣяннаго виновнымъ нельзя было распознать свойствъ его намѣренія ³⁾; чтобы выполненное имъ не свидѣтельствовало о серьезности его намѣренія ⁴⁾. Положеніе о наказуемости посягательства на негодный объектъ находитъ себѣ лишь единичныхъ защитниковъ ⁵⁾, причемъ нѣкоторые изъ нихъ стоятъ за уменьшенную наказуемость виновника покушенія на негодный объектъ ⁶⁾.

Наконецъ, надо замѣтить, что нѣкоторые изъ представителей этого направленія сдѣлали попытку установить начало безнаказанности нѣкоторыхъ случаевъ покушенія надъ отсутствующимъ объектомъ и предложили оставлять безъ наказанія тѣхъ лицъ, которыя предприняли преступленіе, несмотря на то, что, по даннымъ внѣшней обстановки, не было основанія предполагать присутствія предмета посягательства въ предположенномъ ими мѣстѣ ⁷⁾. Однако, большинство ученыхъ не приняло этого взгляда и посягательство на отсутствующій объектъ по-прежнему признавалось за наказуемый видъ покушенія ⁸⁾.

Покушеніе каралось мягче, чѣмъ оконченное преступленіе ⁹⁾. При опредѣленіи размѣра отвѣтственности за покушеніе, прини-

¹⁾ Köstlin, System, I. s. 229; Berner, Lehrbuch, s. 118, 154; Grundsätze, s. 3, 4; Osenbrüggen, Abhandlungen, I, s. 44, 45; Mittermaier, GS, 1859, s. 422, 439; Bar, Versuch, s. 10, 11, 25, 26; Geib, II, s. 308; Rubo. Gs, 1865, s. 8, 9; Geyer, GS, 1866, s. 54; Chop, s. 57.

²⁾ Walther, Der Streit über die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen in neuester Zeit, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, V. 1863, s. 34; Goltdammer, GA, XVI, 1868, s. 556.

³⁾ Hälschner, System, I, s. 192. 193; John, Entwurf, s. 220.

⁴⁾ Buri, GS, 1868, s. 330.

⁵⁾ Häberlin, GS, 1864, s. 242.

⁶⁾ Krug, s. 24.

⁷⁾ Buri, GS, 1868, s. 332, 333; Goltdammer, GA, XVI, 1868, s. 557.

⁸⁾ Bar, Versuch, s. 23, 24; Mittermaier, GS, 1859, s. 442, 443.

⁹⁾ Krug, s. 37; Köstlin, System, I, s. 245; Berner, Lehrbuch, s. 206; Hälschner, System, I, s. 207; Geib, II, s. 280; Meyer, s. 34; Kräwel, Die Härten des Preussischen Strafgesetzbuchs, GA, XVI, 1868, s. 168, 169; John, s. 225—227.

малась во вниманіе степень близости покушенія къ окончанію преступленія ¹⁾).

XX. Излагая исторію развитія постановленій о покушеніи въ германскомъ правѣ XIX столѣтія, намъ приходилось проводить различіе между положеніями общаго германскаго права по этому предмету и соотвѣтствующими постановленіями германскихъ партикулярныхъ кодексовъ. Начиная съ семидесятыхъ годовъ истекшаго столѣтія, это различіе источниковъ германскаго уголовного права исчезаетъ. Въ 1871 году происходитъ объединеніе началъ германскаго уголовного права—появляется общее для всѣхъ областей Германской имперіи уголовное уложеніе и, на мѣсто прежняго многообразія положеній о покушеніи, возникаетъ общая для всей Германіи нормировка наказуемости предварительной дѣятельности. Къ разсмотрѣнію соотвѣтствующихъ постановленій, дѣйствующаго понынѣ, общеимперскаго нѣмецкаго уложенія, мы теперь и должны обратиться.

Задаваясь вопросомъ объ общей природѣ постановленій о покушеніи этого уложенія, слѣдуетъ отмѣтить, что, вообще говоря, они смягчаютъ положенія реакціонныхъ партикулярныхъ уложеній о наказуемости предварительной дѣятельности. Принимая положенія прусскаго уложенія 1851 года за основу нормировки репрессіи покушенія, имперское уложеніе дополняетъ ихъ началами національной германской системы наказуемости предварительной дѣятельности. Въ соотвѣтствіи съ этимъ, интересующія насъ положенія германскаго уложенія носятъ смѣшанный характеръ и они отражаютъ въ себѣ не только германскія правовыя начала, но и идеи французскаго права, перешедшія въ имперское уложеніе черезъ посредство прусскаго кодекса. Германское уложеніе слѣдуетъ начекамъ французскаго права при опредѣленіи существа покушенія, при установленіи репрессіи приготовительныхъ дѣйствій и при опредѣленіи наказуемости покушенія. Оно держится національной точки зрѣнія, при опредѣленіи круга наказуемыхъ случаевъ приготовленія къ преступленію, при нормировкѣ значенія добровольнаго отказа отъ покушенія (вліянію партикулярныхъ кодексовъ слѣдуетъ приписать ограниченіе льготы безнаказанности при добровольномъ отказѣ отъ оконченнаго покушенія, существующее въ германскомъ уло-

¹⁾ Köstlin, System, s. 248; Berner, Lehrbuch, s. 206; Geib, II, s. 304; John, s. 209.

женіи) и при опредѣленіи размѣра отвѣтственности за покушеніе.

Обращаясь къ болѣе подробному разсмотрѣнію положеній германскаго права о покушеніи, мы убѣждаемся, что единственною общею формою предварительной дѣятельности оно признаетъ покушеніе, разумѣя подъ нимъ дѣйствіе, заключающее въ себѣ начало исполненія, задуманнаго виновнымъ, преступленія или проступка ¹⁾. Приготовленія къ преступленію, какъ общей формы предварительной дѣятельности, германское уложеніе не знаетъ и о наказуемости приготовительныхъ дѣйствій упоминается лишь при отдѣльныхъ преступленіяхъ (при верховной измѣнѣ и при поддѣлкѣ монеты ²⁾).

Покушеніе подлежитъ наказанію при всѣхъ преступленіяхъ въ техническомъ смыслѣ. Покушеніе на проступки наказывается только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ ³⁾.

Покушеніе освобождается отъ наказанія, если виновный отказался отъ выполненія задуманнаго дѣянія, не бывъ принужденъ къ тому обстоятельствами, отъ его воли независѣвшими, или если онъ отвратилъ собственною дѣятельностью наступленіе послѣдствія, необходимаго для состава преступленія или проступка, въ то время, когда его дѣяніе еще не было обнаружено ⁴⁾. Покушеніе подлежитъ меньшему наказанію, чѣмъ окон-

¹⁾ Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (1871), § 43. Wer den Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, bethätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen. Der Versuch eines Vergehens wird jedoch nur in den Fällen bestraft, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt.

²⁾ St g b. § 86. Jede andere, ein hochverrätherisches Unternehmen vorbereitende Handlung wird mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von sechs Monaten bis zu drei Jahren ein. § 151. Wer Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder andere zur Anfertigung von Metallgeld, Papiergeld oder dem letzteren gleich geachteten Papieren dienliche Formen zum Zwecke eines Münzverbrechens angeschafft oder angefertigt hat, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

³⁾ St g b. § 43.

⁴⁾ St g b. § 46. Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Thäter 1) die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne dass er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder 2) zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat.

ченное преступление ¹⁾). Но виновникъ покушенія подвергается лишенію почетныхъ гражданскихъ правъ и полицейскому надзору въ тѣхъ же случаяхъ, какъ и виновникъ оконченнаго преступления ²⁾).

XXI. Уголовное уложеніе 1871 года создало общія для всей Германіи начала уголовного права и устранило прежнее многообразіе въ пониманіи существа уголовно-юридическихъ понятій. Но этимъ уложеніемъ, разумѣется, не заканчивается развитие германскаго уголовного права. Имперское уложеніе породило обширную научную литературу, которая явилась выразительницею дальнѣйшаго роста германской правовой культуры. Въ этой литературѣ нашло себѣ отраженіе и поступательное развитие воззрѣній германскихъ ученыхъ на наказуемость покушенія.

Имперское уложеніе провело рѣзкую демаркаціонную черту между покушеніемъ на преступленіе и приготовленіемъ къ нему. Покушеніе, согласно его воззрѣніямъ, можетъ выражаться только въ формѣ дѣйствій, начинающихъ выполненіе преступленія, и приготовительныя дѣйствія, подъ понятіе о покушеніи, ни въ коемъ случаѣ не могутъ быть подводимы. Такое отношеніе закона къ покушенію предрѣшало собою и задачи доктрины въ области разработки этой формы преступности: на долю юриспруденціи выпадала задача выясненія отличія покушенія отъ приготовленія и установленіе границъ между обѣими формами предварительной дѣятельности. Многіе нѣмецкіе ученые дѣйствительно и поняли свою задачу такимъ образомъ. Законъ, по ихъ взгляду, строго различаетъ покушеніе отъ приготовленія и приготовленіе,

¹⁾ Stg b. § 44. Das versuchte Verbrechen oder Vergehen ist milder zu bestrafen als das vollendete. Ist das vollendete Verbrechen mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren ein, neben welcher auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden kann. Ist das vollendete Verbrechen mit lebenslänglicher Festungshaft bedroht, so tritt Festungshaft nicht unter drei Jahren ein. In den übrigen Fällen kann die Strafe bis auf ein Viertel des Mindestbetrages der auf das vollendete Verbrechen oder Vergehen angedrohten Freiheits- und Geldstrafe ermässigt werden. Ist hiernach Zuchthausstrafe unter einem Jahre verwirkt, so ist dieselbe nach Massgabe des § 21 in Gefängniß zu verwandeln.

²⁾ Stg b. §. 45. Wenn neben der Strafe des vollendeten Verbrechens oder Vergehens die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zulässig oder geboten ist, oder auf Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden kann, so gilt Gleiches bei der Versuchsstrafe.

по германскому праву, не становится покушением и въ томъ случаѣ, когда оно объявляется наказуемымъ со стороны закона; оно и въ этомъ случаѣ сохраняетъ характеръ своеобразной формы предварительной дѣятельности. Задачею доктрины является выработка формулы покушенія, позволяющей провести различіе между приготовленіемъ и покушеніемъ. По воззрѣнію этихъ ученыхъ, подъ покушеніемъ, въ отличіе отъ приготовленія, надо разумѣть дѣйствіе, начинающее выполнение состава преступленія¹⁾; дѣйствіе, представляющее частичное осуществленіе преступленія²⁾; дѣйствіе, направленное на непосредственное осуществленіе преступленія³⁾; дѣйствіе, представляющее необходимое условіе наступленія преступнаго результата⁴⁾; дѣйствіе, которое, будучи взято въ его общемъ юридически существенномъ значеніи, представляетъ собою условіе наступленія результата, въ его общемъ юридически существенномъ значеніи⁵⁾; дѣйствіе, представляющее актъ нападенія на правовыя блага⁶⁾; дѣйствіе, спо-

¹⁾ Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, 1871, s. 88; Ullmann, GS, B. XXXII, 1880, s. 530; Thomsen, Ueber den Versuch der durch eine Folge qualifizierten Delikte, 1895, s. 54; Eichheim, Handbuch des materiellen Strafrechts, 1904, s. 137.

²⁾ Schütze, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1871, s. 106, 109; Hahn, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1876, s. 45; Scherer, Ueber die Strafbarkeit des Versuchs am absolut untauglichen Objecte und mit absolut untauglichen Mitteln, GS, B. XXIX, s. 486, 489; Binding, Handbuch des Strafrechts. I, 1885, s. 695; Dalcke, Strafrecht und Strafprocess, 1906, s. 276; Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, s. 261, 262, 329, 349; Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1897 (5 Aufl.), s. 155; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1897, s. 50; Oetker, Der Versuch, Z, B. XVII, s. 63; Beling, Grundzüge des Strafrechts, 1899, s. 40.

³⁾ Wöchter, Deutsches Strafrecht, 1881, s. 207; Waag, Ausführung der Gesetzübertretung, GS, B. XXXII, 1880, s. 129; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, III, 1905, s. 134, 135; Havenstein, Zur Lehre vom untauglichen Versuch, GA, XXXVI, 1888, s. 42; Schneider, Zur Lehre vom Versuch, 1896, s. 33.

⁴⁾ H. Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1895, 5 Aufl. s. 207; Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1907, s. 173.

⁵⁾ H. Meyer, Der Anfang der Ausführung, 1892, s. 25.

⁶⁾ Merkel, Ueber „das gemeine deutsche Strafrecht“ von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft, 1881 (Gesammelte Abhandlungen, II, s. 455); Wach, Die Technik des Vortwurfs (Reform des RStGB, I, 1910), s. 22; M. E. Mayer, Versuch und Teilnahme (Reform des RStGB, I, 1910), s. 334. Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte, 1903, s. 383.

собное воспроизвести преступный результат¹⁾; дѣйствіе, стоящее въ доступной учету связи съ результатомъ²⁾; дѣйствіе, создающее опасность наступленія преступнаго результата³⁾; дѣйствіе, создающее возможность реализаціи состава преступления⁴⁾; дѣйствіе, представляющее частичное осуществленіе умысла и создающее опасность наступленія вреда⁵⁾; дѣйствіе, принадлежащее къ числу необходимыхъ признаковъ преступления, способное къ воспроизведенію состава преступления и создающее опасность реализаціи этого состава⁶⁾.

Однако, изучая новѣйшую германскую литературу по интересующему насъ вопросу, приходится признать, что далеко не всѣ германскіе криминалисты придерживаются вышеизложеннаго взгляда на задачи науки въ области разработки состава покушенія и что не всѣ они отдали себѣ отчетъ въ той реформѣ, которая была произведена имперскимъ уложеніемъ въ сферѣ воззрѣній о покушеніи. При изученіи этой литературы, нетрудно видѣть, что нѣкоторые германскіе криминалисты еще и до сихъ поръ находятся подъ явнымъ вліяніемъ прежнихъ воззрѣній на составъ наказуемаго покушенія. Какъ было показано выше,

¹⁾ Cohn, Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, I, 1880, s. 367; Villnow, Versuch, GA, XXXV, 1887, s. 122, 123; Berolzheimer, Die Entgeltung im strafrechte, 1903, s. 383.

²⁾ Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, 1900, s. 76; Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, I, 1904, s. 313; Kriegsmann, Wahnverbrechen und untauglicher Versuch, 1904, s. 21; Rudert, Die subjektive Seite im Tatbestande des untauglichen Versuches, 1907, s. 32, 33.

³⁾ Rohland, Die Gefahr im Strafrecht, 1888, s. 81 ff.; Schlecht, Zur Lehre vom qualifizierten Versuche, 1899, s. 34; Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1905, s. 201, 202; Frank, Vollendung und Versuch (V. D. A. V.), s. 266; Celichowski, Die Bedeutung der Lehre vom adäquaten und vom zufälligen Kausalzusammenhang für die Frage des Versuchs mit untauglichen Mitteln, 1909, s. 12, 73, 111; Rosenberg, Über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, Z. B. XX, s. 707; Senf, Vorbereitung und Versuch, GS, B. LXVII, 1905, s. 322; E. v. Liszt, Zur Lehre vom Versuch, Z. B. XXV, 1905, s. 90; Horn, Der Versuch, Z. XX, s. 313, 314, 356, 357.

⁴⁾ Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I, 1904, s. 313; Schoen, Die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs und der Standpunkt der Rechtsprechung, 1908, s. 9; Huther, Tauglicher und untauglicher Versuch, GA, XXXVI, 1888, s. 441, 450, 456.

⁵⁾ Geyer, Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen, Z. I, 1881, s. 42; Geyer, Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, I, 1884, s. 130.

⁶⁾ Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889, s. 118, 128.

развитіе нѣмецкихъ идей на наказуемость предварительной дѣятельности въ XIX вѣкѣ въ значительной мѣрѣ тормозилось дѣйствіемъ постановленій уложенія Карла V по этому предмету. Это уложеніе знало одну только форму предварительной дѣятельности—покушеніе на преступленіе и приготовленіе къ преступленію, какъ самостоятельная форма предварительной дѣятельности ему не была знакома. Въ виду этого, криминалисты 40—60 годовъ, признававшіе приготовленіе наказуемымъ только при нѣкоторыхъ преступленіяхъ, хотя и отдавали себѣ отчетъ въ отличіи этихъ актовъ отъ дѣйствій, начинающихъ выполненіе преступленія, но вынуждены были, тѣмъ не менѣе, относить ихъ въ одну общую группу съ послѣдними. Отсюда, понятіе о покушеніи въ ту эпоху охватывало собою рядъ разнородныхъ случаевъ предварительной дѣятельности и формулировка содержанія этого понятія доставляла немало трудностей юриспруденціи того времени, предложившей цѣлую группу попытокъ рѣшенія этой проблемы, извѣстныхъ подъ названіемъ субъективныхъ ученій о покушеніи и стремившихся отыскать общіе признаки у актовъ, начинающихъ выполненіе преступленія, и наказуемыхъ случаевъ приготовленія къ преступленію. Имперское уложеніе стерло прежнее препятствіе къ созданію правильного ученія о предварительной дѣятельности. Создавъ особые составы преступленія для наказуемаго приготовленія и признавъ покушеніемъ одно только начало выполненія преступленія, оно уничтожило мотивъ, побуждавшій криминалистовъ объединять въ одной общей формулѣ покушеніе и приготовленіе. И вотъ, эта перемѣна въ содержаніи положительнаго права и осталась незамѣченною нѣкоторыми криминалистами. Привычка считать опредѣленіе покушенія, какъ начала исполненія состава преступленія за неудовлетворительную формулу покушенія (= начало исполненія преступленія + наказуемые случаи приготовленія) была настолько сильна у нѣкоторыхъ представителей германской юриспруденціи, что они и послѣ изданія имперскаго кодекса продолжали считать ее неправильной. И послѣ того какъ законъ категорически выдѣлилъ наказуемое приготовленіе изъ области покушенія, эти криминалисты продолжаютъ считать условіемъ правильности формулы покушенія возможность подведенія подъ нее, на ряду съ актами, начинающими выполненіе преступленія, и актовъ наказуемаго приготовленія.

Указанная особенность направленія нѣкоторыхъ сферъ гер-

манской юридической мысли объясняет собою тотъ фактъ, что, даже послѣ вступленія въ дѣйствіе имперскаго уложенія, нѣкоторые криминалисты допускаютъ возможность наказуемости приготовительныхъ дѣйствій только при условіи предварительнаго признанія ихъ за покушеніе на преступленіе. Въ тѣхъ случаяхъ, когда имперское право объявляетъ наказуемымъ приготовленіе къ преступленію, учать эти криминалисты, оно признаетъ приготовленіе за покушеніе на преступленіе ¹⁾. Но еще болѣе рѣзкое выраженіе нашло себѣ это направленіе въ широкомъ распространеніи въ новѣйшей германской доктринѣ уголовного права субъективныхъ формулъ покушенія: многіе изъ современныхъ криминалистовъ предлагаютъ такія формулы покушенія, которыя обнимаютъ собою не только акты, начинающіе выполненіе преступленія, но и наиболѣе серьезные случаи приготовительныхъ дѣйствій. Характерной чертою покушенія, по взгляду этихъ криминалистовъ, является не особенность строенія внѣшней стороны соотвѣтствующаго дѣйствія, а пригодность этого дѣйствія къ разоблаченію свойствъ намѣренія виновнаго. Поэтому, подѣ покушеніемъ, надо разумѣть не только дѣйствія, начинающія выполненіе преступленія, но и приготовительныя дѣйствія, въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣяніе виновнаго дѣлаетъ внѣшнераспознаваемымъ его преступный умыселъ ²⁾, когда изъ дѣйствія лица, взятаго самого по себѣ, можно сдѣлать выводъ о наличности у него преступнаго умысла ³⁾; когда дѣйствіе лица объективируетъ преступную его волю, сообщаетъ ей бытіе во внѣ ⁴⁾; когда дѣйствіе лица свидѣтельствуетъ о рѣшительномъ намѣреніи его совершить преступленіе ⁵⁾, когда дѣйствіе винов-

¹⁾ Wächter, Deutsches Strafrecht, 1881, s. 209: Übrigens machten die Landesgesetzbücher und macht auch unser Gesetzbuch hievon einige Ausnahmen; denn in einigen Fällen werden auch schon Vorbereitungshandlungen für strafbar erklärt, also als Versuch bestraft (Z. B. Stgb., §§ 83, 86, 151).

²⁾ Cohen, Die Vorbereitung von strafbaren Handlungen nach den Strafgesetzen des Deutschen Reichs, 1894, s. 30; Eisenmann, Die Grenzen des strafbaren Versuchs, 1893, s. 30.

³⁾ Temme, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, 1875, s. 119.

⁴⁾ Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, I, 1881, s. 342; Kroschel, Versuch und Mangel am Thatbestand, GS, 1889, s. 274, 275; Delaquis, Der untaugliche Versuch, 1904, s. 207; Fabian, Abgrenzung von untauglichem Versuch und Putativdelikt, und Erörterung ihrer Strafbarkeit, 1905, s. 21.

⁵⁾ Schwarze, Commentar zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund v. 31 Mai 1870, 1871, s. 147, 148; Schwarze, Versuch und Vollendung,

наго не только объективируетъ его преступную волю, но и свидѣтельствуеетъ о серьезности этой воли ¹⁾. Тѣмъ же переживаніемъ прежнихъ идей о покушеніи объясняется появленіе смѣшанной формулы покушенія, требующей, чтобы покушеніе не только заключало въ себѣ нападеніе на правовое благо, но чтобы оно свидѣтельствовало и о преступномъ намѣреніи виновнаго ²⁾.

Какъ мы замѣтили, факторомъ, вызвавшимъ къ жизни субъективныя формулы покушенія, было сознаніе невозможности подвести подъ понятіе о покушеніи, какъ о началѣ исполненія преступленія, наказуемые случаи приготовленія, т. е., убѣжденіе въ неудовлетворительности такъ наз. объективныхъ ученій о покушеніи. Авторы субъективныхъ ученій думали помочь дѣлу посредствомъ расширенія объема понятія о покушеніи и введенія въ него и случаевъ наказуемаго приготовленія къ преступленію. Однако, этотъ приемъ не встрѣтилъ общаго сочувствія даже среди сторонниковъ ученія о единствѣ формы наказуемой предварительной дѣятельности: нѣкоторые изъ нихъ сознавали, что нѣтъ такихъ признаковъ, которые были бы присущи актамъ, начинающимъ исполненіе преступленія и наказуемымъ случаямъ приготовленія и которые отсутствовали бы у остальныхъ видовъ предварительной дѣятельности. Отрицательное отношеніе этихъ юристовъ къ объективнымъ формуламъ покушенія нашло себѣ иное выраженіе. Неспособность формулы покушенія, какъ начала исполненія преступленія, охватить собою наказуемые случаи приготовленія была принята ими за доказательство невозможности опредѣленія существа покушенія, какъ наказуемой формы предварительной дѣятельности и принципиальнаго отгра-

Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts, II, 1871, s. 277, 278; Buri, Ueber das Wesen des Versuchs, GA, XXV, 1877, s. 268; Buri, GS, XXVII, 1875, s. 154; Buri, Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen, Z, I, 1881, s. 204; Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre, 1898, s. 19; Redslob, Versuch und Vorbereitung, 1908, s. 151, 152; Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, II, 1907, s. 514.

¹⁾ Buri, Versuch und Causalität, GS, B; XXXII, 1880, s. 324; Buri, Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885, s. 124; Kohler, Der strafbare Versuch, insbesondere der sog. untaugliche Versuch, Studien aus dem Strafrecht, 1890, s. 16—19.

²⁾ Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1888, s. 389, 390, 431.

ниченія его отъ приготовленія какъ ненаказуемой формы предварительной дѣятельности. Покушеніе, по ученію этихъ юристовъ, представляетъ собою стадію предварительной дѣятельности, отличающуюся отъ приготовленія не качественно, а количественно: покушеніе—это близкіе къ окончанію преступленія акты предварительной дѣятельности; приготовленіе—отдаленныя отъ окончанія преступленія предварительныя дѣйствія. Вопросъ о томъ, къ какой изъ этихъ рубрикъ должны быть относимы акты предварительной дѣятельности, можетъ быть рѣшенъ только судомъ, на основаніи изслѣдованія обстоятельствъ конкретнаго случая ¹⁾).

Таково состояніе современныхъ германскихъ ученій о покушеніи на преступленіе. Переходя къ воззрѣніямъ германскихъ криминалистовъ на отдѣльные вопросы этого ученія, слѣдуетъ сказать, что о покушеніи на сложное, двуактное, преступленіе, большинство ученыхъ говоритъ уже тогда, когда субъектъ началъ исполненіемъ первое изъ входящихъ въ составъ преступленія дѣйствій: для покушенія на кражу со взломомъ, достаточно, чтобы виновный началъ взламывать хранилище съ цѣлью похищенія изъ него вещи; для покушенія на подлогъ,—чтобы онъ началъ поддѣлку документа ²⁾. Въ смыслѣ необходимости приступа виновнаго къ выполненію не только перваго, но и втораго изъ актовъ сложнаго преступленія, для состава покушенія на послѣднее, высказываются только единичные представители этого періода ³⁾).

Большинство ученыхъ возражаетъ противъ дѣленія покушенія на неоконченное и оконченное, находя эту классификацію

¹⁾ Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1903, s. 203.

²⁾ Schwarze, Comm. 1870, s. 148; Oppenhoff, Stgb. s. 89; Häberlin, Einige Bemerkungen über den Versuch nach dem Reichsstrafgesetzbuche, GS, B. XXIV, 1872, s. 267; Hahn, Stgb, s. 45; Merkel, Diebstahl und Unterschlagung, HH, III, s. 685; Merkel, Urkundenfälschung, HH, III, 1874, s. 801; Hälschner, II, s. 333, 553; Merkel, Lrb, s. 122; Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, I, 1890, s. 375; Meyer, Anfang, 1892, s. 29, 39; Meyer, Lrb, 1895, s. 207; Eichheim, s. 137; Finger, Lrb, I, s. 314; Beling, Verbrechen, 1906, s. 384; Olshausen, Komm., s. 157; Senf, GS, B. 67, 1905, s. 309–311. Villnow. Versuch, GA, XXXV. 1887, s. 125.

³⁾ Cohn, s. 640; Buri, Causalität, 1885, s. 126; Baumgarten, s. 415; Kohler, Studien, I, s. 18, 19;

совершенно неправильно¹⁾. Однако, отдѣльные сторонники этого дѣленія встрѣчаются и въ настоящее время²⁾.

Проводя различіе между покушеніемъ и приготовленіемъ, большинство криминалистовъ признаетъ приготовительныя дѣйствія, по общему правилу, ненаказуемыми³⁾. Приготовление къ преступленію, замѣчаютъ они, подлежитъ наказанію, по германскому праву, лишь въ видѣ исключенія, въ случаяхъ, особо закономъ предусмотрѣнныхъ, а именно, при верховной измѣнѣ и при поддѣлкѣ монеты. Но, при опредѣленіи формы наказуемости приготовительныхъ дѣйствій, криминалисты расходятся между собою. Одни думаютъ, что приготовительныя дѣйствія наказываются въ формѣ самостоятельныхъ преступленій⁴⁾. Другіе отличаютъ приготовленіе къ верховной измѣнѣ отъ приготовления къ поддѣлкѣ монеты и, признавая за первымъ характеръ предварительной дѣятельности, квалифицируютъ второе, какъ само-

¹⁾ Schwarze, *HN*, II, s. 282, 283; Hälschner, I, s. 359, 360; Baumgarten, s. 444; Eisenmann, s. 16, 17; Goldschmidt, *Die Lehre vom unbeeendigten und beeendigten Versuch*, 1895, s. 63; Bar, II, s. 517; Frank (V. D. A. V.), s. 206; Roever, *Der untaugliche Versuch de lege lata und de lege ferenda*, 1905, s. 94; E. v. Liszt, *Z*, XXV, s. 63, 64; Binding, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, 1907 (7 Aufl.), s. 139.

²⁾ Meyer, *Lrb.*, 1895, s. 217, 218; Delaquis, s. 217; Buri, *GA*, B. XXV, 1877, s. 305, 306.

³⁾ Schütze, *Lrb.*, s. 106, 109; Temme, *Lrb.*, s. 118, 119; Häberlin, *GS*, 1872, s. 256; Ullmann, *GS*, 1880, s. 530; Binding, *Handbuch*, s. 173, 311; Geyer, *Z*, I, 1881, s. 42; Geyer, *Grundriss*, 1884, s. 131; Merkel, *Gesammelte Abhandlungen*, II, s. 455; Merkel, *Lrb.*, s. 127; Rohland, *Gefahr*, s. 86; Meyer, *Anfang*, s. 25, 38, 39; Meyer, *Lrb.*, s. 198, 207, 208; Cohen, *Die Vorbereitung von strafbaren Handlungen nach den Strafgesetzen des Deutschen Reichs*, 1894, s. 40, 46; Schneider, s. 34, 35; Beling, *Grundzüge*, s. 39, 48; Berolzheimer, s. 383; Eichheim, s. 137; Finger, I, s. 310; Beling, *Verbrechen*, s. 246; Meyer-Allfeld, s. 174; Frank (V. D. A. V.), s. 179, 187; Schoen, s. 9; Overbeck, *Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Lichte der Modernen Strafrechtsschule*, 1909, s. 26; Vorentwurt zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. *Begründung*, I, s. 283, 290, 292, 299; II, s. 799; Frank, *Stgb.*, s. 50; Olshausen, s. 156; Oetker, *Z*, XX, s. 67; Horn, *Z*, XX, s. 320; Rosenberg, *Z*, XX, s. 691; Senf, *GS*, B. 67, s. 305, 306; Roever, s. 82; E. v. Liszt, *Z*, XXV, s. 36, 37, 90; Klee, *Wille*, s. 16.

⁴⁾ Oppenhoff, s. 195, 199, 281; Hahn, s. 110, 181; Merkel, *HN*, III, s. 219, 226; Merkel, *Lrb.*, s. 127, 365, 377; Hälschner, II, s. 583, 584, 746; Hatzig, *Über den Rücktritt vom Versuch und die sogenannte thätige Reue*, 1897, s. 39; Liszt, *Lrb.*, 1905, s. 214; Beling, *Grundzüge*, s. 48; Eichheim, s. 137, Dalcke, s. 336.

стоятельное преступление ¹⁾). Наконецъ, третьи признають всѣ наказуемые случаи приготовления за предварительную преступную дѣятельность ²⁾).

Область наказуемости покушения опредѣляется нерѣдко въ полномъ согласіи съ закономъ и покушение, признаваясь наказуемымъ при всѣхъ преступленіяхъ въ техническомъ смыслѣ, при проступкахъ подлежитъ наказанію только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ. Однако, многіе германскіе ученые высказываютъ сомнѣніе въ правильности этого критерія опредѣленія сферы наказуемости покушения. Покушение, по ихъ мнѣнію, было бы правильнѣе наказывать не только при всѣхъ преступленіяхъ въ техническомъ смыслѣ, но и при всѣхъ проступкахъ ³⁾ или, по крайней мѣрѣ, при всѣхъ наиболѣе серьезныхъ проступкахъ ⁴⁾.

Большинство ученыхъ въ точности воспроизводитъ положенія закона о безнаказанности добровольно оставленнаго покушения и допускаетъ освобожденіе виновника оконченнаго покушения отъ наказанія только въ случаѣ предотвращенія имъ преступнаго результата, до обнаруженія его дѣянія ⁵⁾. Но, въ но-

¹⁾ Meyer, Lrb., s. 202, 216, 640, 723; Meyer-Allfeld, s. 183, 170, 540; Olshausen, s. 152, 170; Baumgarten, s. 471; Frank, Stgb. s. 52, 53, 57, 58; Rosenderng, Z, XX, s. 691.

²⁾ Schwarze, HH, II, s. 278, 285; John, Die Verbrechen gegen den Staat HH, III, s. 30, 31—33; Binding, Hdb., s. 361; Geyer, Grundriss, s. 99, 128; Cohen, s. 40, 46; Frank, (V. D. A. V.), s. 179, 215, 216; Wach, Legislative Technik (V. D. A. VI), s. 60; Calcker, Hochverrat und Landesverrat (V. D. B. I), s. 42; Kohler, Münzverbrechen und Münzvergehen, (V. D. B. III), s. 269—271; Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. 1905 s. 449, 450.

³⁾ Schwarze, Comm. s. 141; Cohn, s. 378, 380; Hälschner, I, s. 355; Geyer, Grundriss, s. 132; Baumgarten, s. 454, 455; Köhler, Reformfragen des Strafrechts, 1903, s. 51; Oetker, Z, XVII, s. 53; Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts, 1907, s. 132.

⁴⁾ Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1895, s. 135, 136.

⁵⁾ Schwarze, Comm. s. 157; Schwarze, HH, II, s. 305; Oppenhoff, s. 94; Buri, GA, B. XXV, 1877, s. 267, 268, 269.

Schütze, s. 115; Hahn, s. 48; Temme, s. 125; Binding, Normen, II, 1877, s. 250; Scherer, GS, 1877, s. 489; Wächter, s. 220, 221; Hälschner, I, s. 361; Buri, Causalität, 1885, s. 141; Binding, Hdb. s. 816; Baumgarten, s. 469; Merkel, Lrb. s. 134, 135; Eisenmann, s. 19; Thomsen, Criminalpolitische Bekämpfungsmethoden, 1893, s. 65; Meyer, Lrb. s. 213; Hatzig, s. 82; Beling, Grundzüge, s. 56; Schlecht, s. 17; Overbeck, s. 52; Berolzheimer, s. 385; Eichheim, s. 140; Finger, I, s. 318; Dalcke, s. 278; Meyer-Allfeld, s. 181; Olshausen, s.

вѣйшее время, стали раздаваться голоса противъ законныхъ ограниченій льготы безнаказанности при добровольномъ отказѣ отъ оконченнаго покушенія. При оконченномъ покушеніи, также, какъ и при покушеніи неоконченномъ, виновникъ долженъ оставаться безнаказаннымъ во всѣхъ случаяхъ, когда преступленіе не получило реализаціи, вслѣдствіе добровольнаго отказа виновнаго отъ доведенія преступленія до конца. Нѣтъ основанія ставить судьбу виновника въ зависимость отъ того, было ли его дѣяніе обнаружено, при этомъ, или нѣтъ ¹⁾.

На ряду съ добровольнымъ отказомъ отъ покушенія, германская доктрина, несмотря на молчаніе закона, знаетъ еще и другія основанія отпаденія отвѣтственности за покушеніе. Германское уложеніе не упоминаетъ о значеніи употребленія негодныхъ средствъ при покушеніи, но лишь немногіе изъ криминалистовъ выводятъ изъ этого начало наказуемости покушенія съ негодными средствами по германскому праву ²⁾. Большинство признаетъ употребленіе негодныхъ средствъ при покушеніи за основаніе освобожденія виновнаго отъ отвѣтственности, хотя, при опредѣленіи свойствъ этого юридическаго факта ученые сильно расходятся между собою. Одна группа криминалистовъ признаетъ употребленіе абсолютно негодныхъ средствъ за объ-

169; Horn, Z, XX, s. 353; E. v. Liszt, Z, XXV, s. 81. 94; Wein, Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, 1909, s. 15.

Впрочемъ, нѣкоторые криминалисты этого времени находятъ, что добровольное предупрежденіе результатовъ оконченнаго покушенія было бы правильнѣе признавать не за основаніе освобожденія виновнаго отъ отвѣтственности, а за основаніе пониженія его наказуемости. Ср., Mewes, Die Grundsätze des Reichs-Strafgesetzbuchs über die thätige Reue, GS, B. XXIX, 1872, s. 161; Ullmann, Bemerkungen zu dem ersten Theil des Entwurfs eines Strafgesetzes für die Königreiche Kroatien und Slavonien, GS, B. XXXII, s. 532; Geyer, Grundriss, 1884, s. 131;

Нѣкоторые криминалисты этого періода вообще отрицаютъ правильность начала безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія. Ср., Cohn, s. 556, 622—625.

¹⁾ Herzog, Rücktritt vom Versuch und thätige Reue, 1839, s. 247; Frank (V. D. A. V), s. 235; Bar. Gesetz, II, s. 559; Delaquis, s. 241; Begründung (Vorentwurf), s. 298; Oetker, Z, XVII, s. 68, 69.

²⁾ Hälschner, I, s. 348; Kroschel, GS, 1889, s. 284, 292; Kroschel, Straflosigkeit des Versuchs am untauglichen Object, GS, 1890, s. 225; Eisenmann, s. 13, 14; Bister, Der untaugliche Versuch im allgemeinen und ein besonderer Fall desselben: Betrugsversuch durch Täuschung über eine gegenwärtige oder unsittliche Leistung, 1909, s. 38.

активное основание освобождения виновного от ответственности и, по этому взгляду, нѣтъ необходимости, чтобы употребленіе негодныхъ средствъ находилось въ какомъ либо отношеніи къ психикѣ виновного. Напротивъ, другая группа полагаетъ, что употребленіе абсолютно негодныхъ средствъ можетъ приводить къ безнаказанности виновного только въ случаѣ, когда оно свидѣтельствуется объ извѣстныхъ дефектахъ сужденія виновного, о болѣе или менѣе рѣзкомъ уклоненіи его отъ обычныхъ воззрѣній на причинныя свойства явленій. Первое направленіе постепенно вытѣсняется вторымъ и представители перваго взгляда, составлявшіе большинство въ семидесятыхъ годахъ XIX вѣка, оказываются въ значительномъ меньшинствѣ въ началѣ XX столѣтія, когда рѣшительное господство пріобрѣтаетъ второй взглядъ ¹⁾.

¹⁾ Такъ, въ 70-годахъ прошлаго вѣка представителями перваго направленія являлись слѣдующіе германскіе ученые: Schütze, s. 110; Oppenhoff, s. 88; Temme, s. 122; Hahn, s. 46; Binding, Normen, II, s. 411; Scherer, GS, 1877, s. 486.

Второе рѣшеніе вопроса защищалось въ это время: Schwarze, Comm. s. 156; Häberlin, GS, 1872, s. 262; Buri, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln. Von Dr. Eduard Hertz, GS, 1875, s. 154; Hertz, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln. 1874, s. 74; Buri, GA, B. XXV, 1877, s. 271.

Въ 80-хъ годахъ, первое воззрѣніе находило себѣ защитниковъ въ Cohn, s. 421; Geyer, Z, I, s. 37; Geyer, Grundriss, 1884, s. 130; Binding, Hdb. s. 693, 694; Baumgarten, s. 421; Zimmermann, Zur Auslegung des § 43 des Reichs-Strafgesetzbuchs, GA, XXIX, 1881, s. 192, 196; XXX, 1882, s. 144; Villnow, GA, XXXV, 1887, s. 122, 123; Huther, GA, XXXVI, 1888, s. 452, 454.

Второй взглядъ, въ это время поддерживался: Buri, Z, I, s. 204, 205; Goldfeld, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objecten, 1882, s. 23, 43; Wächter, s. 216; Buri, Causalität, 1885 s. 120, 121; Buri, Gs, 1888, s. 529; Rohland, Gefahr, s. 97, 106—108; Merkel, Lrb. s. 130, 131; Hagemann, Der Versuch bei Mangel des Objekts, Gold. Arch. 1884, B. XXXII, s. 241, 242; Havenstein, GA, 1888, s. 63; Zucker, Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuch, GA, XXXVI, 1888, s. 372, 373; Zucker, Ein Schlusswort zur Lehre vom untauglichen Versuch, GA, XXXVII, s. 276.

Въ 90-хъ годахъ употребленіе негодныхъ средствъ при покушеніи признавалось за объективное основание освобождения виновного отъ ответственности: Thomsen, Methoden, s. 68; Meyer, Lrb. s. 210; Beling, Grundzüge, s. 41; Oppenhoff, 1896 (13 Aufl.), s. 94; Olshausen, s. 157, 161.

Представителями второго направленія въ это время были: Kohler,

Криминалисты перваго направленія, разсматривающіе употребленіе негодныхъ средствъ какъ объективное условіе отпаденія уголовной отвѣтственности, признають покушеніе съ подобными средствами безнаказаннымъ, совершенно независимо отъ того, выбралъ ли виновный абсолютно негодное средство по ошибочному убѣжденію въ его пригодности, или же это средство было примѣнено имъ случайно (напр., виновный, схвативъ, по недосмотру, стаканъ воды, вмѣсто стакана съ ядомъ, далъ выпить его намѣченной жертвѣ). Криминалисты втораго направленія, напротивъ, для безнаказанности виновнаго требуютъ, чтобы абсолютно негодное средство было употреблено имъ по убѣжденію въ его дѣйствительности. При этомъ, одни изъ представителей послѣдняго взгляда (сюда относятся по преимуществу болѣе старыя изъ криминалистовъ этого періода), требуютъ, чтобы соотвѣтственное убѣжденіе виновнаго было порождено его суевѣріемъ ¹⁾ или его суевѣріемъ или его невѣжествомъ ²⁾. Другіе представители этого взгляда (сюда относится большинство новѣйшихъ германскихъ криминалистовъ) высказываются за освобожденіе отъ наказанія употребленія негодныхъ средствъ, по убѣжденію въ ихъ годности, расходившемуся съ общерас-

Studien, I, s. 10, 11; Frank, Stgb. s. 51; Oetker, Z, XVII, s. 61; Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre, 1898, s. 33, 36.

Въ началѣ XX вѣка первое рѣшеніе вопроса отстаивали: Beling, Verbrechen, s. 329.

Въ пользу рѣшенія во второмъ смыслѣ высказывались: Liepmann, s. 76; Berolzheimer, s. 383; Köhler, Reformfragen, s. 51; Kohn, Der untaugliche Versuch und das Wahnverbrechen, 1904, s. 43; Delaquis, s. 225, 241; Kriegsmann, s. 21, 23, 28, 61; Finger, I, s. 303; Fabian, s. 26. Anm.; Meyer-Allfeld, s. 175, 176; Bar. Gesetz, II, s. 532, 535; Frank (V. D. A. V), s. 266, 267; Schoen, s. 72; Celichowski, s. 12, 111; Overbeck, s. 34, 35; Begründung (Vorentwurf), s. 288; Horn, Z, XX, s. 346, 349; Rosenberg, Z, s. 702; Overbeck, Der untaugliche Versuch in der nordamerikanischen Strafrechtspflege, GS, B. 65, 1904, s. 129; Senf, GS, B. 67, s. 321, 322; E. v. Liszt, Z, XXV, s. 77; Rudert, s. 42.

¹⁾ Häberlin, GS, 1872, s. 262; Buri, Z, I, s. 204, 205; Buri, GA, B. XXV, 1877, s. 271.

Этотъ же взглядъ былъ высказанъ и германскою практикою: RG, 14. III. 1901.

²⁾ Schwarze, Comm. s. 156; Buri, GS, 1875, s. 154; Buri, Causalität, 1885, s. 120, 121; Buri, GS, 1888, s. 536; Wächter, s. 216; Goldfeld, s. 23, 43; Köhler, Studien, I s. 10, 11; Delaquis, s. 225, 241; Fabian, s. 26. Anm.; Schoen, s. 72; Begründung, (Vorentwurf), s. 288; Frank, Stgb. s. 51; Hagemann, GA, XXXII, 1884, s. 241, 242.

пространенными на этотъ предметъ взглядами. По ученію этой группы криминалистовъ, покушеніе подлежитъ наказанію лишь тогда, когда, по безпристрастной оцѣнкѣ, при принятіи во вниманіе вообще распознаваемыхъ или извѣстныхъ одному виновному обстоятельству, наступленіе преступнаго послѣдствія, въ результатѣ примѣненія избранныхъ виновнымъ средствъ, было возможно. Въ противномъ случаѣ, покушеніе должно быть оставлено безъ наказанія ¹⁾).

Дальнѣйшимъ основаніемъ отпаденія отвѣтственности за покушеніе, признается негодность предмета задуманнаго виновнымъ посягательства. Если нѣкоторые криминалисты и отрицаютъ за негодностью объекта при покушеніи значеніе обстоятельства, освобождающаго виновнаго отъ отвѣтственности ²⁾), то большинство криминалистовъ рѣшаетъ этотъ вопросъ въ обратномъ смыслѣ. Но также, какъ и при рѣшеніи вопроса объ условіяхъ безнаказанности покушенія съ негодными средствами, при опредѣленіи области дѣйствія начала безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ, криминалисты расходятся между собою. Одна группа ученыхъ полагаетъ, что негодность объекта во всякомъ случаѣ освобождаетъ виновника покушенія отъ отвѣтственности—этотъ взглядъ является господствующимъ мнѣніемъ за весь періодъ дѣйствія имперскаго уложенія, вплоть до начала XX столѣтія ³⁾). По мнѣнію другой группы, негодность

¹⁾ Hertz, 1874, s. 74; Zucker, GA, XXXVI, 1888, s. 372, 373; GA, XXXVII, 1889, s. 276; Rohland, s. 106—108; Merkel, Lrb., s. 130, 131; Klee, Wille, s. 33, 36; Liepmann, s. 76; Oetker, Z, XVII, s. 61; Horn, Z, XX, s. 346—348, 357; Rosenberg, Z, XX, s. 702; Berolzheimer, s. 383; Köhler, Reformfragen, s. 51; Kriegsmann, s. 28, 61; Eichheim, s. 138; Kohn, s. 43; Finger, I, s. 303; Liszt, Lrb. 1905, s. 210, 211; Senf, GS, B. 67, s. 321, 322; Rudert, s. 42; E. v. Liszt, Z. XXV, s. 77; Frank (V. D. A. V), s. 266, 267; Bar. Gesetz, II, s. 532; Celichowski, s. 12, 111; Overbeck, GS, B. 65, s. 129; Erscheinungsformen, s. 34, 35; Meyer-Allfeld, s. 175, 176.

²⁾ Schwarze Comm., s. 156; Schwarze, HH, II, s. 300, 303; Buri, GA, XXV, 1877, s. 271; Wächter, s. 210; Hälschner, I, s. 348; Goldfeld, s. 41; Kohler, Studien, I, s. 31, 32; Stenglein, GS, B. XLIII, s. 230; Fabian, s. 21; Begründung (Vorentwurf), I, s. 289; Bister, s. 38.

³⁾ Schütze, s. 111, 141; Oppenhoff, s. 88; Temme, s. 122; Hahn, s. 46; Binding, Normen. II, s. 411; Zimmermann, GA, XXIX, 1881, s. 192, 196; XXX, 1882, s. 144; Scherer, GS. 1877, s. 486; Geyer, Z, 1881, s. 49; Geyer, Grundriss, 1884, s. 130; Cohn, s. 436; Hagemann, GA, 1884, s. 229, 233, 235; Binding, Hdb, 1885, s. 693, 694; Havenstein, GA, 1888, s. 35, 37; Huther, GA, 1888, s. 455; Merkel, Lrb. s. 130; Baumgarten, s. 356—358; Kroschel,

объекта посягательства может служить основаніемъ безнаказанности покушенія въ томъ случаѣ, когда, при предпріятіи преступленія, разсчитывать на разсчитывать на годность объекта было невозможно. Виновный долженъ быть освобожденъ отъ наказанія, коль скоро, совершая покушеніе, онъ почиталъ объектъ своего посягательства годнымъ исключительно въ силу своего невѣжества или суевѣрія, или когда онъ допускалъ годность объекта, при такихъ, распознаваемыхъ вообще или извѣстныхъ только ему обстоятельствахъ, при которыхъ этого, по безпристрастной оцѣнкѣ, никакъ нельзя было допустить. Первый способъ опредѣленія юридическаго понятія о негодности объекта посягательства нашелъ себѣ, впрочемъ, мало защитниковъ ¹⁾. Зато второй способъ рѣшенія этого вопроса получилъ значеніе господствующаго мнѣнія въ началѣ XX столѣтія ²⁾.

Отсутствіе объекта посягательства въ предположенномъ виновнымъ мѣстѣ не освобождаетъ виновнаго отъ отвѣтственности за покушеніе. Этотъ взглядъ раздѣляется рѣшительнымъ большинствомъ криминалистовъ и нѣкоторые изъ нихъ специально

GS, 1890, s. 225, 226; Meyer, Anfang. s. 43; Thomsen, Methoden, s. 68. Meyer, Lrb, s. 210; Klee, Wille. 26 ff., Beling, Grundzüge, s. 41; Oppenhöf s. 94 (13 Aufl.); Olshausen, 1897, s. 159; Frank, Stgb. s. 51; Oetker, Z, XVII, s. 57; Horn Z, XX, s. 349; Rosenberg, Z, XX, s. 702; Langenbach, Der Versuch am untauglichen Objekt und der Mangel am Thatbestand, 1901, s. 33, 54; Kohn, s. 41, 49; Beling, Verbrechen, s. 329; R. Frank, (V. D. A. V), s. 253, 254; Schoen, s. 57, 71, 72; Eichheim, s. 138; Meyer-Allfeld, s. 176.

¹⁾ Buri, Causalität, 1885, s. 120, 121; Delaquis, s. 226, 241.

²⁾ Rohland, s. 110, 111; Liepmann, s. 76; Kohlrausch, Irrtum und Schuld-begriff im Strafrecht., I, 1903, s. 12; Köhler, Reformfragen, s. 51, 52; Finger, I, s. 305; Kriegsmann., s. 21, 28, 42, 61; Liszt, Lrb. 1905, s. 210, 211; Overbeck, GS, B. 65, s. 129; Senf, GS, B. 67, s. 322; Bar, Gesetz, II. s. 531, 532; Rudert, s. 43; Celichowski, s. 6; Villnow, GA, XXXV, 1887, s. 103. Zucker, GA, XXXVI, 1888, s. 371, 372; Zucker, GA, XXXVII, 1889, s. 275, 276.

Своеобразное рѣшеніе вопроса о негодномъ покушеніи предлагаютъ составители проекта германск. ул. 1909 г. (Begründung, I, s. 288). Создавать особыя нормы для покушенія съ негодными средствами и покушенія надъ негоднымъ объектомъ, по убѣжденію этихъ криминалистовъ, нѣтъ необходимости. Достаточно предоставить суду права оставлять наиболѣе легкіе случаи покушенія безъ наказанія. Roever, s. 100, полагаетъ достаточнымъ предоставить суду въ этомъ случаѣ, право смягчать наказаніе за покушеніе.

оговариваютъ наказуемость этихъ случаевъ покушенія ¹⁾. Противоположный взглядъ нашелъ мало защитниковъ въ литературѣ, причемъ одни изъ нихъ высказываются за освобожденіе виновнаго отъ отвѣтственности всѣхъ случаевъ отсутствія объекта посягательства въ предположенномъ мѣстѣ ²⁾, а другіе допускаютъ безнаказанность виновнаго только въ случаяхъ, когда наличность объекта въ предположенномъ мѣстѣ, для безпристрастнаго наблюдателя, была невѣроятной ³⁾.

Изученіе развитія воззрѣній германской доктрины на существо условій отпаденія отвѣтственности за покушеніе, въ концѣ XIX и началѣ XX столѣтій, раскрываетъ стремленіе криминалистовъ къ усиленію неумолимости наказаній за покушеніе—кругъ безнаказанныхъ случаевъ покушенія опредѣляется новѣйшими криминалистами тѣснѣе, чѣмъ учеными семидесятыхъ и восьмидесятыхъ годовъ истекшаго столѣтія. Подобная тенденція развитія соотвѣтствующихъ правовыхъ идей въ Германіи должна быть объяснена необходимостью усиленія дѣйствія дополнительныхъ мѣръ правового мотивационнаго давленія, въ виду, значительнаго ослабленія основныхъ мѣръ правовой мотивации, въ эту эпоху. Какъ извѣстно, въ германской практикѣ примѣненія наказаній, въ концѣ XIX столѣтія, замѣчается сильное стремленіе къ назначенію незначительныхъ наказаній, стремленіе, приведшее къ господству краткосрочнаго тюремнаго заключенія въ германской карательной практикѣ ⁴⁾. Необходимость восполненія

¹⁾ Schwarze, *Comm.* s. 156; Oppenhoff, 1 Aufl. 1871, s. 88 (13 Aufl. 1896, s. 93—95); Buri, *GA*, XXV, 1877, s. 275; Hahn, s. 48; Hagemann, *GA*, XXXII, 1884, s. 224, 237; Cohn, s. 455; Kroschel, *GS*, B. 41, 1889, s. 293—295; Kroschel, *GS*, B. 43, 1890, s. 228; Berolzheimer, s. 384; Köhler, *Reformfragen*, s. 52; Fabian, s. 43; Meyer-Allfeld, s. 176; Frank (V. D. A. V.), s. 264; *Begründung (Vorentwurf)*, s. 287; Villnow, *GA*, XXXV, 1887, s. 103.

²⁾ Binding, *Normen*, II, 1877, s. 441, 442; Scherer, *GS*, B. XXIX, 1877, s. 487; Baumgarten, s. 390.

³⁾ Rohland, s. 111, 112; Olshausen, s. 159; Horn, *Z*, XX, 1900, s. 350; Kohn, s. 42; Bar, *Gesetz*, II, 1907, s. 535, 536.

Нѣкоторые изъ криминалистовъ этого времени предлагаютъ образовывать особые составы преступленій, для тѣхъ случаевъ посягательства на отсутствующій объектъ, въ которыхъ возможность наличности объекта всегда имѣется налицо—для случаевъ попытки совершенія воровства изъ, оказавшагося пустымъ, кармана, Oetker, *Z*, XVII, 1897, s. 59; Kohn, s. 55, 56.

⁴⁾ Liszt, *Kriminalpolitische Aufgaben*, 1889—1892, (*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, 1905, s. 343).

энергіи мотиваціоннаго давленія карательнаго права и обусловила собою стремленіе къ усиленію неумолимости наказаній за покушеніе. Необходимостью усиленія мотиваціоннаго давленія объясняется и стремленіе новѣйшихъ ученыхъ къ расширенію круга наказуемыхъ случаевъ покушенія.

Наконецъ, по мнѣнію большинства криминалистовъ этого періода, покушеніе подлежитъ меньшему наказанію, чѣмъ оконченное преступленіе ¹⁾.

XXII. Такимъ образомъ, новѣйшая германская литература является яркимъ показателемъ хода поступательнаго развитія германскаго правосознанія въ нашу эпоху. Но развитіе герман-

¹⁾ Schwarze, Comm. s. 152; Schwarze, HH, II. 276; Schütze, s. 112; Oppenhoff, s. 92 (13 Aufl. 1896, s. 97); Temme, s. 123; Häberlin, GS. 1872, s. 253; Hahn, s. 47; Scherer, GS, 1877, s. 493; Ullmann, GS. 1880, s. 531; Wächter, s. 221; Hälschner, I, s. 357; Goldfeld, s. 17; Geyer, Grundriss, 1884, s. 131; Baumgarten, s. 444, 448; Merkel, Lrb. 135, 136; Binding, Normen, I, 1890, s. 367; Eisenmann, s. 27, 28; Meyer, Lrb. s. 218; Heberle, Aus welchen Gründen ist der beendete Versuch stets geringer zu strafen als das vollendete Verbrechen? 1896, 34, 39; Frank, Stgb. s. 54; Olshausen. s. 163; Oetker, Z. XVII, s. 54; Klee, Wille, s. 52; Beling, Grundzüge, s. 52; Berolzheimer, s. 379; Köhler, Reformfragen, s. 50; Rosenberg, Z, XX, s. 698; Delaquis, s. 203, 214, 215; 241; Fabian, s. 48; Bar, Gesetz, II s. 570; Frank (V. D. A. V), s. 226; Overbeck, Erscheinungsformen, s. 59; Finger, I, s. 325; Eichheim, s. 139; Dalcke, s. 277; Begründung (Vorentwurf), s. 281, 294.

Впрочемъ, въ германской литературѣ существуютъ также и сторонники начала равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія. При этомъ, одни изъ нихъ находятъ, что всякое покушеніе должно быть наказуваемо наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ.

Seuffert, über einige Grundfragen des Strafrechts, 1886; Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, 1902, s. 53; Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, 1903, s. 202; E. v. Liszt, Z, XXV, 1905, s. 62, 63, 93; Roever, s. 94; Redslob. 1908, s. 151, 159, 160. Дрыrie защищаютъ это начало только въ примѣненіи къ оконченному покушенію. Liszt, Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs, 1893 (Aufs. II, s. 112); Liszt, Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen? 1902 (Aufs. II, s. 377); Liszt, Hermann Seuffert. Ein Nachruf. 1902. (Aufs. II, s. 4-6), Liszt, Lrb., 1905, s. 207; Meyer-Allfeld, s. 179.

Третьи допускаютъ равную наказуемость оконченнаго покушенія и оконченнаго преступленія только при наиболѣе тяжкихъ преступленіяхъ. Bierling, III. 1905, s. 337; Rudert, 1907, s. 75.

О причинѣ возникновенія подобныхъ возрѣній и социальномъ ихъ значеніи, мы будемъ говорить подробно впослѣдствіи.

скаго права въ настоящее время характеризуется не только измѣненіемъ содержанія воззрѣній отдѣльныхъ криминалистовъ, но и появленіемъ проекта реформы уголовного законодательства. Въ 1909 году, въ Германіи появляется проектъ новаго германскаго уложенія, среди постановленій котораго мы находимъ и положенія о наказуемости покушенія.

При опредѣленіи существа предварительной дѣятельности, проектъ германскаго уложенія стоитъ на той же точкѣ зрѣнія, что и дѣйствующее германское право. Единственною общемою формою этой дѣятельности, по-прежнему, остается покушеніе, которое опредѣляется какъ дѣйствіе, начинающее выполнение преступленія или проступка ¹⁾). Приготовительныя дѣйствія наказываются лишь въ видѣ исключенія, при отдѣльныхъ преступленіяхъ, и при этомъ, по примѣру дѣйствующаго права, проектъ признаетъ ихъ не за общую форму предварительной дѣятельности, а за фазисъ развитія специальныхъ преступленій. Проектъ отступаетъ отъ дѣйствующаго права только при опредѣленіи круга преступленій, приготовленіе къ которымъ наказуемо: приготовленіе карается, по проекту, не только при верховной измѣнѣ и при поддѣлкѣ монеты, но и при подлогѣ документовъ ²⁾).

Покушеніе карается при всѣхъ преступленіяхъ въ техниче-

¹⁾ Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1909, § 75. Wer die Ausführung eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens begonnen hat, ist, wenn dieses nicht vollendet worden ist, wegen Versuchs zu bestrafen.

Der Versuch eines Vergehens wird jedoch nur in den im Gesetz besonders bestimmten Fällen bestraft.

²⁾ § 102. Abs. 3. Andere vorbereitende Handlungen zu einem hochverrätherischen Verbrechen werden mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder mit Haft nicht unter drei Monaten bestraft. § 162. Wer zum Zwecke eines Münzverbrechens oder Münzvergehens zu dessen Ausführung dienliche Gerätschaften anfertigt, sich verschafft oder einem anderen überlässt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft. § 284. (Fälschung und Missbrauch von amtlichen Wertzeichen). Abs. 3. Wer zum Zwecke eines der vorbezeichneten Vergehen zu dessen Ausführung dienliche Gerätschaften anfertigt, sich verschafft oder einem anderen überlässt, wird mit Gefängnis oder Haft bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft.

Составители проекта, хотя и не допускаютъ возможности совершенія наказуемаго покушенія на эти преступленія (Begründung, I, s. 290), но не признаютъ безнаказанности лицъ, добровольно остановившихъ свою дѣятельность на указанныхъ случаяхъ приготовленія къ преступленію (Begründung, I, s. 299).

скомъ смыслѣ; при проступкахъ—только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ ¹⁾).

При опредѣленіи условій отпаденія отвѣтственности за покушеніе, проектъ принимаетъ во вниманіе пожеланіе криминалистовъ, настаивавшихъ на уравненіи условій отпаденія отвѣтственности при оконченомъ и неоконченномъ покушеніяхъ. Лицо, добровольно предупредившее наступленіе результатовъ покушенія, освобождается отъ наказанія, также, какъ и лицо, отказавшееся отъ довершенія исполнительнаго дѣйствія, совершенно независимо отъ того, было ли дѣяніе до этого обнаружено или нѣтъ ²⁾).

Напротивъ, о негодномъ покушеніи проектъ ничего не упоминаетъ. Зато онъ признаетъ безнаказанными особенно легкіе виды покушенія, характеризующіеся слабымъ напряженіемъ воли виновнаго или извинительностью его преступнаго намѣренія ³⁾).

Наказуемость покушенія, по проекту, представляется менѣе значительной, чѣмъ наказуемость оконченаго преступленія. Вообще говоря, проектъ расширяетъ объемъ допустимаго смягченія отвѣтственности за покушеніе, по сравненію съ дѣйствующимъ правомъ. Только въ отношеніи покушеній на преступленія, наказуемая смертною казнью, проектъ придерживается иного взгляда и возвышаетъ за нихъ отвѣтственность. Въ этихъ случаяхъ, виновный можетъ быть подвергнутъ заключенію въ цухтгаузъ не только на срокъ не менѣе 3 лѣтъ (какъ по дѣйствующему праву), но и пожизненно. Дополнительные наказанія слѣдуютъ за покушеніемъ на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и за оконченымъ преступленіемъ ⁴⁾).

¹⁾ § 75.

²⁾ § 77. Die Strafbarkeit des Versuchs fällt weg, wenn der Täter freiwillig die Ausführung aufgegeben oder den Eintritt des zur Vollendung gehörigen Erfolges abgewendet hat.

³⁾ § 76. Der Versuch ist milder zu bestrafen als die vollendete Tat... in besonders leichten Fällen (§ 83) (kann) von Strafe überhaupt abgesehen werden. § 83. In besonders leichten Fällen darf das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern und, wo dies ausdrücklich zugelassen ist, von einer Strafe überhaupt absehen. Ein besonders leichter Fall liegt vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint, so dass die Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten wurde. Begründung, I, s. 288.

⁴⁾ § 76. Der Versuch ist milder zu bestrafen als die vollendete Tat.

Ist diese mit dem Tode bedroht, so tritt lebenslängliches Zuchthaus oder zeitige Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren, und ist sie mit lebens-

XXIII. Обращаясь къ разсмотрѣнію германской литературы по вопросу о покушеніи за послѣдніе годы, мы встрѣчаемъ въ ней воплощеніе тѣхъ же правовыхъ воззрѣній, къ которымъ пришло большинство германскихъ криминалистовъ уже въ началѣ XX вѣка. Съ точки зрѣнія этихъ взглядовъ новѣйшіе криминалисты подходятъ также и къ разбору постановленій проекта германскаго уложенія, несоотвѣтствіе нѣкоторыхъ началъ котораго современному германскому правосознанію побудило одну группу ученыхъ, со своей стороны, составить проектъ реформы германскаго уголовного законодательства (такъ называемый контръ-проектъ германскаго уголовного уложенія).

Большинство криминалистовъ отказывается отъ субъективной формулы покушенія. Покушеніе опредѣляется какъ дѣяніе, представляющее опасность воспроизведенія состава преступленія ¹⁾, какъ дѣяніе, находящееся въ доступной учету связи съ преступнымъ результатомъ ²⁾; какъ дѣяніе, представляющее актъ нападенія на правовыя блага ³⁾, или какъ дѣяніе, воплощающее въ себѣ частично осуществленіе преступной воли ⁴⁾. Этими воззрѣніями на покушеніе объясняется и одобреніе, вызванное въ литературѣ, предложенною проектомъ формулою покушенія ⁵⁾, равно какъ и характеръ усвоеннаго контръ-проектомъ опредѣленія покушенія ⁶⁾.

länglicher Freiheitsstrafe bedroht, so tritt Freiheitsstrafe derselben Art nicht unter drei Jahren ein.

In den übrigen Fällen kann die Strafe unter das für die vollendete strafbare Handlung angedrohte Mindestmass herabgesetzt, auch kann auf eine mildere Art der Freiheitsstrafe erkannt und in besonders leichten Fällen (§ 83) von Strafe überhaupt abgesehen werden.

Auf Nebenstrafen und sichernde Massnahmen kann auch neben der Versuchsstrafe erkannt werden.

¹⁾ Wintritz. Das problematische und das apodiktische Urteil in der Lehre vom Versuch. 1910, s. 85, 134; Liszt, Lrb. 1911, s. 194, 207.

²⁾ Finger. Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1911, s. 30, 54, 75; Graf zu Dohna. Der Mangel am Tatbestand, Festgabe für Dr. Karl Güterbock, 1910, s. 61.

³⁾ Wach, Die Technik des Vorentwurfs (Aschrott und v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, I, 1910), s. 22; M. E. Meyer, Versuch und Teilnahme (Reform, I, 1910), s. 334.

⁴⁾ Schoetensack. Verbrechensversuch und Dentscher Strafgesetz — Vorentwurf, Festschrift für Karl Binding, I, 1911, s. 379, 409, 410, 412.

⁵⁾ Liszt Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches, Z. B. XXX. 1909, s. 271, M. E. Mayer. Reform. I, s. 334.

⁶⁾ Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs. Aufgestellt von Kahl, Liszt, Lilienthal, Gold

Приготовительныя дѣйствія признаются, по-прежнему, въ видѣ общаго правила, не наказуемыми ¹⁾. Приготовление наказуется только при поддѣлкѣ монеты, при подлогѣ документовъ и при нѣкоторыхъ общепасныхъ преступленіяхъ ²⁾. Начало наказуемости приготовления къ верховной измѣнѣ вызываетъ со стороны новѣйшихъ криминалистовъ Германіи энергичныя возраженія: приготовленіе къ этому преступленію, по ихъ взгляду, можетъ подлежать наказанію только при условіи непосредственной опасности его для правопорядка, т. е., когда существуютъ данныя для признанія соотвѣтственныхъ дѣйствій за самостоятельное преступленіе ³⁾. Въ тѣхъ случаяхъ, когда приготовленіе карается въ качествѣ предварительной дѣятельности, оно пред-

schmidt. 1911. 27. Wer mit dem Vorsatz, ein Verbrechen oder Vergehen zu vollenden, die Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens begonnen hat, ist, wenn das Verbrechen oder Vergehen nicht vollendet worden ist, wegen Versuchs zu bestrafen. Der Versuch eines Vergehens, das mit Gefängnis von nicht mehr als sechs Monaten bedroht ist, bleibt straflos.

¹⁾ Birkmeyer, Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, II, 1910, s. 33. Wach, Reform, I, s. 22; M. E. Mayer, Reform, I, 353, 354; Liszt, Lrb 1911, s. 208, 209; Pawelke, Der Rücktritt des Täters vom Versuch in seiner strafrechtlichen Bedeutung für Anstifter und Gehilfen, 1912, s. 11; Baeuchle, Untauglicher Versuch und Wahnverbrechen; 1911, s. 52; Schoetensack, Versuch, s. 409; Loesch, Der Versuch in geltenden deutschen Strafrecht und in den drei Vorentwürfen deutscher Sprache, 1912, s. 13, 24, 33.

²⁾ G E, § 204. Wer zur Vorbereitung eines Geldverbrechens oder Geldvergehens zu dessen Ausführung dienliche Mittel oder Gerätschaften anfertigt oder sich verschafft, wird Gefängnis bestraft. § 30 findet Anwendung.

§ 206. (Fälschung und Missbrauch von Wertzeichen) Abs. 3. Wer zur Vorbereitung eines der vorbezeichneten Vergehen zu dessen Ausführung dienliche Mittel oder Gerätschaften anfertigt oder sich verschafft, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu fünftausend Mark bestraft. § 30 findet Anwendung.

§ 227. Wer zur Vorbereitung eines gemeingefährlichen Verbrechens (§§ 215, 218, 220) zu dessen Ausführung dienliche Mittel oder Gerätschaften anfertigt oder sich verschafft, wird mit Gefängnis bestraft. § 30 findet Anwendung.

³⁾ § 115. (Vorbereitung des Hochverrats). Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Haft von gleicher Dauer wird bestraft, 1, wer einen Hochverrat mit einem anderen verabredet oder durch Unterhandlungen mit einer ausländischen Regierung vorbereitet; 2, wer zu Begehung eines Hochverrats (§§ 113, 114) öffentlich auffordert. Begründung (Gegenentwurf), 1911. s. 164; M. E. Mayer, Reform, I, s. 354, Anm. 1.

ставляетъ собою общую форму послѣдней и, въ соотвѣтствіи съ этимъ, въ случаѣ добровольнаго перерыва виновнымъ подлежащей дѣятельности, онъ остается безъ наказанія ¹⁾).

Покушеніе карается при всѣхъ преступленіяхъ въ техническомъ смыслѣ и при всѣхъ болѣе тяжкихъ проступкахъ ²⁾).

Покушеніе освобождается отъ наказанія, въ случаѣ добровольнаго отказа виновнаго отъ продолженія преступной дѣятельности ³⁾. Но современной германской доктринѣ извѣстны и другія спеціальныя основанія отпаденія отвѣтственности за покушеніе. Такъ, она высказывается въ пользу приданія значенія такого основанія негодности средствъ при покушеніи. Правда, ученіе криминалистовъ объ этомъ предметѣ и въ настоящее время еще не чуждо нѣкоторой спорности и есть ученые, которые и теперь полагаютъ, что примѣненіе негодныхъ средствъ при покушеніи во всѣхъ случаяхъ должно подлежать наказанію ⁴⁾. Но преобладающая часть криминалистовъ высказываетъ обратный взглядъ и отстаиваетъ начало безнаказанности покушенія съ негодными средствами ⁵⁾, а большинство его сторонниковъ оставляетъ безъ наказанія такое только употребленіе

¹⁾ М. Е. Mayer, Reform, I, s. 353, 354; Begründung (Gegenentwurf). 1911, s. 44; Schoetensack, Versuch, s. 43¹; Loesch, s. 65.

²⁾ GE, § 27. Begründung (Gegenentwurf), s. 42; Wach, Deutsche Juristen Zeitung. XV, 14; Binding, Das Subjekt des Verbrechens und die Satzungen des „Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch“ über die Teilnahme, GS, B. 66, 1910, s. 112; Binding, Vier Forderungen an das künftige Reichsstrafgesetzbuch und eine fünfte an die Motive seines Entwurfes, GS, B. 67, 1910, s. 13; Birkmeyer, Beiträge, III, s. 53 Schoetensack, Versuch, s. 417.

³⁾ GE, § 30. Die Strafbarkeit des Versuchs fällt weg, wenn der Täter freiwillig die Ausführung aufgegeben oder den Eintritt des zur Vollendung gehörigen Erfolges abgewendet hat. Begründung (Vorentwurf), s. 44. Pawelke, s. 32, 33.

Нѣкоторые криминалисты спеціально оговариваютъ ненужность требованія дѣйствующаго германскаго закона, въ силу котораго добровольное предупрежденіе наступленія преступныхъ результатовъ своей дѣятельности, со стороны виновнаго, приводитъ къ его безнаказанности, только въ томъ случаѣ, когда оно воспослѣдовало до обнаруженія учиненнаго имъ покушенія. Ср., Wintritz, s. 146; М. Е. Mayer, Reform, I, s. 351; Baer, Rücktritt und tätige Reue bei untauglichem Versuch, 1910, s. 27; Schoetensack, Versuch, s. 426; Loesch, s. 68.

⁴⁾ Bülow, D. J. Z. XV, N. 4, s. 220, 223; Baer, Rücktritt, s. 3, 4.

⁵⁾ М. Е. Mayer, Reform, I, s. 343; Sontag, s. 343; Wach, Reform, I, s. 22; Schoetensack, Versuch, s. 383, 401.

абсолютно негодныхъ средствъ, при которомъ существовала возможность распознанія неосуществимости преступнаго дѣянія ¹⁾). Наконецъ, нѣкоторые криминалисты признають покушеніе безнаказаннымъ лишь въ томъ случаѣ употребленія негодныхъ средствъ по суевѣрію ²⁾).

Подобный же характеръ носятъ и современные германскіе взгляды на покушеніе надъ негоднымъ объектомъ. Нѣкоторые криминалисты отстаиваютъ наказуемость этого вида покушенія ³⁾); но большинство ученыхъ стоитъ за его безнаказанность. Одни изъ сторонниковъ послѣдняго взгляда распространяють начало безнаказанности на всѣ случаи покушенія этого рода ⁴⁾), а другіе допускають оставленіе покушенія безъ наказанія лишь въ случаѣ, когда негодность объекта задуманнаго посягательства, въ моментъ выполненія послѣдняго, вообще говоря, могла быть обнаружена ⁵⁾).

Покушеніе на отсутствующій объектъ карается наравнѣ съ другими видами покушенія и нѣкоторые ученые особо оговариваютъ это обстоятельство ⁶⁾). Попытка ограниченія наказуемости этого вида покушенія случаями, въ которыхъ распознаніе отсутствія объекта посягательства было не возможно ⁷⁾ или въ которыхъ объектъ не стоялъ совершенно внѣ сферы посягательства виновнаго ⁸⁾), не получили общаго признанія.

Что касается постановленія германскаго проекта, допускающаго полную безнаказанность покушенія, въ случаѣ незначительности дѣянія виновнаго, то оно нашло различную оцѣнку

¹⁾ Wintritz, s. 134; Finger, Versuch, s. 35, 75; Liszt, Lrb., s. 214; Begründung (Gegenentwurf), s. 43; Graf zu Dohna, l. c. s. 61; Loesch, s. 16, 17, 19.

GE, § 27. Der Versuch bleibt straflos, wenn der Täter die Ausführung unter Umständen, welche die Vollendung als ausgeschlossen erscheinen liessen, in Kenntnis dieser Umstände vorgenommen hat.

²⁾ Baeuchle, s. 62.

³⁾ Bülow D. J. Z. XV, 1910, N. 4. s. 220, 223; Baer, s. 3, 4; Baeuchle, s. 53, 54, Loesch, s. 18.

⁴⁾ Reform, l. s. 343; Sontag, s. 44; Graf zu Dohna, l. c. s. 46, 48; Schoetensack, Versuch, s. 386, 401.

⁵⁾ Wintritz, s. 134; Finger, Versuch, s. 46, 49, 75; Liszt, Lrb., s. 214; Begründung (Gegenentwurf), s. 44.

GE, § 29.

⁶⁾ Sontag, s. 44; Graf zu Dohna; l. c. s. 62—67; Loesch, s. 18.

⁷⁾ Finger, Versuch, s. 46, 49, 75.

⁸⁾ Schoetensack, Versuch s. 397, 398, 404.

въ литературѣ. Одни криминалисты одобряютъ это нововведе-
ніе ¹⁾, другіе признаютъ его за ничѣмъ не оправдываемое пони-
женіе репрессіи покушенія ²⁾. Но всѣ единодушно порицаютъ
молчаніе проекта о негодномъ покушеніи и всѣ согласны съ
тѣмъ, что вопросъ о юридическомъ значеніи этого покушенія
долженъ найти себѣ прямое рѣшеніе въ законѣ ³⁾.

Покушеніе карается мягче, чѣмъ оконченное преступленіе ⁴⁾.
Установленный проектомъ германскаго уложенія объемъ правъ
суда, при опредѣленіи пониженной наказуемости покушенія, встрѣ-
тилъ въ литературѣ различную оцѣнку. Одни ученые возра-
жаютъ противъ тѣхъ элементовъ системы проекта, которые
заключаютъ въ себѣ расширеніе правъ суда при пониженіи на-
казаній за покушеніе, и относятся сочувственно къ установ-
леннымъ проектомъ ограниченіямъ этого права ⁵⁾. Другіе, при-
нимая гуманнныя стороны системы репрессіи покушенія по проекту,
возражаютъ противъ заключающихся въ ней ограниченій пре-
жней свободы судейскаго усмотрѣнія, при пониженіи наказаній за

¹⁾ GE, § 28. Der Versuch ist milder zu bestrafen, als die vollendete
Tat... und in besonders leichten Fällen (§ 88) von Strafe überhaupt abgese-
hen werden. Begründung (Gegenentwurf), s. 43.

²⁾ M. E. Mayer, Reform, I, s. 346; Kitzinger, Randbemerkungen zum
Vorentwurf eines Reichstrafgesetzbuches, Z. XXXI, 1911, s. 341; Schoeten-
sack, Versuch, s. 422—425.

³⁾ Liszt, Z, XXX, 1909, s. 271; M. E. Mayer, Reform, I, s. 338; Finger,
Versuch, s. 75; Sontag, Der Vorentwurf eines neuen Deutschen Strafgesetzbuches,
1911, s. 42; Begründung (Gegenentwurf), s. 43; Wach, Reform, I, s. 22;
Bülow, Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Deutsche
Juristen-Zeitung, 1910, XV, N 4, s. 222; Kitzinger, Z XXXI, s. 341; Kanto-
rowicz, Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft, Monatschrift für Kri-
minalpsychologie und Strafrechtsreform. B. VII, 1910, s. 304; Loesch, s. 25.

⁴⁾ M. E. Mayer, Reform, I, s. 344; 346; Begründung (Gegenentwurf), s.
43, 43; Kitzinger, Z, XXXI, s. 341; Birkmeyer, Beiträge, II, s. 33; Schoeten-
sack, Versuch, s. 417, 420.

GE, § 28. Der Versuch ist milder zu bestrafen als die vollendete Tat.
An Stelle der Todes- oder lebenslänglichen Zuchthausstrafe tritt Zuchthaus
nicht unter drei Jahren. In den übrigen Fällen kann die Strafe unter das
für die vollendete strafbare Handlung angedrohte Mindestmass herabgesetzt,
auch statt auf Zuchthaus auf Gefängnis erkannt und in besonders leichten
Fällen (§ 88) von Strafe überhaupt abgesehen werden. Auf Nebenstrafen
und sichernde Massnahmen kann auch neben des Versuchsstrafe erkannt
werden.

⁵⁾ M. E. Mayer, Reform, I, s. 346—348; Kitzinger, Z, XXXI, s. 341; Birk-
meyer, Beiträge, III, s. 56.

эти дѣянія ¹⁾. Наконецъ, третьи возражаютъ противъ всѣхъ нововведеній проекта въ этой области ²⁾.

§ 11. Историческое развитие постановлений французскаго права о наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

I. Древнее французское право, подобно другимъ древнимъ правамъ, не знало института наказуемости предварительной дѣятельности. Наиболѣе старые изъ памятниковъ этого права, упоминающіе о наказуемомъ покушеніи, относятся уже къ эпохѣ разложенія системы родовой и групповой отвѣтственности во Франціи, ко времени замѣны системы денежныхъ пеней системою индивидуальныхъ и личныхъ наказаній. Установленіе уголовной отвѣтственности за неоконченную преступную дѣятельность во французскомъ правѣ, такъ же какъ и въ разсмотрѣнныхъ выше правахъ, было вызвано необходимостью усиленія мотивационнаго давленія новой централизованной карательной системы, необходимостью пресѣчь тѣ нежелательныя послѣдствія, которыя могли возникнуть въ результатѣ паденія контроля общественныхъ группъ за ихъ членами и связаннаго съ этимъ паденія прежней неумолимости наказаній. Постановленія о наказуемости покушенія появляются впервые во Франціи въ продуктахъ правового творчества французскихъ городовъ — кутюмахъ — и развиваются параллельно съ развитіемъ идеи государственнаго наказанія въ этой странѣ ³⁾.

¹⁾ Begründung (Gegenentwurf), s. 43; Loesch, s. 55, 56.

²⁾ Schoetensack, Versuch, s. 420—425.

Нельзя, однако, не замѣтить, что и въ настоящее время въ Германіи существуютъ сторонники равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія. Ср. Liszt, Z, XXX, 1909, s. 272; Liszt, Lrb., 1911, s. 211; Kantorowicz, l. c. s. 303, 304.

³⁾ Изученіе исторіи развитія постановленій о покушеніи во французскомъ правѣ связано со значительными затрудненіями. Французская наука сдѣлала весьма многое для исторіи французскаго процессуальнаго права, но изслѣдованіе историческаго развитія французскаго матеріальнаго права находится еще въ совершенно зачаточномъ состояніи и, въ настоящее время, не существуетъ не только научной исторіи этой вѣтви права во Франціи, но не выполнены даже и подготовительныя къ ней работы, не приведены въ извѣстность, относящіяся къ ней историческіе матеріалы и т. д. Въ виду этого, пока еще не можетъ быть рѣчи о подробномъ изложеніи хода развитія постановленій о покушеніи во фран-

Древнѣйшая система репрессіи предварительной дѣятельности, во Франціи, въ существенныхъ своихъ чертахъ совпадаетъ съ наиболѣе старыми положеніями германскаго права по этому вопросу. Такъ, уже въ источникахъ XIII вѣка мы находимъ признаніе безнаказанности преступныхъ вождельній ¹⁾, а къ составу наказуемой предварительной дѣятельности относится не только начало исполненія преступленія, но и приговорительныя дѣйствія: покушеніемъ признается всякая преступная попытка, всякое усиліе совершить преступленіе ²⁾. Покушеніе наказывается только въ случаѣ пріостановки его по обстоятельствамъ, отъ воли виновнаго независѣвшимъ; добровольно оставленное покушеніе не подлежитъ наказанію ³⁾. Покушеніе на тяжкія преступленія (убійство и т. п.), карается наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ; покушеніе на болѣе легкія преступленія подвергается редуцированному наказанію ⁴⁾.

II. Въ послѣдующее время, французская система репрессіи покушенія постепенно становится все болѣе и болѣе мягкой и развитіе ея характеризуется, главнымъ образомъ, неуклоннымъ сокращеніемъ круга случаевъ примѣненія полной мѣры наказанія за покушеніе. Сочиненія юристовъ XVI вѣка знакомятъ насъ

цузскомъ правѣ и историческое изслѣдованіе въ этой области можетъ заключаться только въ опредѣленіи основныхъ линій развитія соотвѣствующихъ нормъ во Франціи. Но и такой общій историческій очеркъ вполне достигаетъ интересующей насъ цѣли и съ убѣдительностью свидѣтельствуемъ о томъ, что развитіе правовыхъ понятій о покушеніи во Франціи подчинялось тѣмъ же историческимъ законамъ, что и развитіе подлежащихъ положеній въ исторіи итальянскаго и германскаго правъ.

¹⁾ *Etablissements de Saint-Louis* (1270) art. 36. De volenté d'omicide, sans plus faire. Se aucuns gens avoient enpensé à aler tuer un hons, ou une femme, et fussent pris en la voie, de jours ou de nuits, et len les amenast à la justice, et la justice lor demandast que il aloient querant, et il deissent que eus allassent tuer un hons, ou une femme, et il n'eussent plus fet, ja pource ne perdroient ne vie ne membre.

²⁾ *Antoine Loysel. Institutes coutumieres* liv. VI, titr. I, 791. La volenté est réputée pour le fait: *Les Coustumes du Bas et Haut pays d'Auvergne*. Ch. XXIX. art. 1. Si quelqun de propos deliberé et de guet à pan a faict son effort de commettre homicide ou autre crime enorme, tellement qu'il n'a tenu à luy que sa deliberation n'ayt sorty effect, il doit estre puny dudict cas comme s'il l'eust commis.

³⁾ *Coustumes d'Auvergne*. Ch. XXIX, art. 1.

⁴⁾ *Loysel. Institutes coutumieres*, liv. VI, tit. I, 791: La volenté est réputée pour le fait: *Coustumes d'Auvergne*. Ch. XXIX, art. 1.

съ тѣми перемѣнами, которыя претерпѣвають постановленія о покушеніи въ эту эпоху.

Въ XVI вѣкѣ, такъ же, какъ и въ болѣе раннюю эпоху развитія французскаго права, принятіе рѣшенія совершить преступленіе не подвергается наказанію. Но юристы этого времени разбирають подлежащій вопросъ уже съ большею обстоятельностью и указываютъ на нѣкоторыя исключенія изъ этого правила, ссылаясь на наказуемость голаго умысла при преступленіяхъ оскорбленія величества и государственной измѣнѣ¹⁾. Къ составу покушенія относится начало выполненія преступленія и приготовительныя къ нему дѣйствія и покушеніемъ признается всякое дѣйствіе, учиненное съ намѣреніемъ совершить преступленіе, но не достигшее этого результата²⁾. Того же воззрѣнія на покушеніе придерживается и законодательство той эпохи (ордоннансы³⁾.

Покушеніе карается при всѣхъ болѣе тяжкихъ преступленіяхъ. Покушенія на легкія преступленія остаются безъ наказанія⁴⁾.

¹⁾ Rebuffus. Commentarii in Constitutiones seu Ordinationes Regias. 1550. Prooemium, glossa 5, nr. 28 sequ. p. 23, 24. Non observatur ex consuetudine generali l. si quis non dicam rapere. ibidem. C. de episcop. et cleric. nec alis leges punientes conatum. et sic non servatur.

²⁾ Rebuffus. Commentarii. Prooem., gl. 5, n. 28 sequ.: et quando processum est ad aliquem actum. tunc punitur is. qui illum actum fecit. teste Boer. in decis. Burdeg. g. CCCXV i. si quis volens. quia non est solus conatus. Tiraquellus. De poenis Legum ac consuetudinum. statutorumque temperandis, aut etiam remittendis: et id quibus, quotque ex causis. Francoforti 1597. Causa XL, n. 1. Quadragesimo. Ut generalius loquamur, etiam de iure communi regulariter (ut ita loquar) mitius punitur delictum attentatum, quam consummatum, ut est tex. no. in d. 1. ad si. ff. de extra crimi. cuius haec verba sunt: Perfecto flagitio punitur capite imperfecto in insulam deportatur. loquitur autem de eo, qui quero stuprum persuaserit, aut mulierem, puellamve interpellaverit...

³⁾ Ordonnance de Blois (1579) art. 195. Article premier. Pour le regard des assassinats... Nous voulons la seule machination et attentat estre puny de peine de mort à tous, encores que l'effect ne s'en soit ensuivy...

⁴⁾ Jacobi Guacci. Observationum et emendationum libri XVII, 1592, lib. XV, cap. XXV. Etiam coeptum ne dum perfectum crimen puniri... Et illa quidem generalis definitio sane certissima est in atrocioribus criminibus quae et naturali et civili iure damnantur, non in levioribus, ut l. 22, § sed ei servo, ad l. Cornel. de falsis et in l. cogitations. De poenis. quam lib. 8 ostendi pertinere ad edictum, Quod quisque juris; Paponius. Cor-

Добровольно оставленное покушение не подлежит уголовной ответственности ¹⁾. Наказание за покушение, по общему правилу, назначается въ редуцированномъ размѣрѣ и, обыкновенно, неоконченная преступная дѣятельность влечетъ за собою экстраординарное наказание ²⁾. Но, при наиболѣе тяжкихъ преступленіяхъ, какъ напр., оскорбленіе Величества, государственная измѣна ³⁾, изнасилованіе ⁴⁾, убійство по подкупу (assassinat) ⁵⁾, изъ этого

pus iuris francici seu absolutissima collectio arrestorum, 1624, lib. XXIII, tit. X, De conatu in delictis absque effectu, Arrestum I. Igitur existimatur, in criminibus levioribus conatum et intentionem non puniri, l. I, § final. ff. quod quisque iur. verum in atrocioribus obtinet sententia supra dicta, prout notatur in l. si quis non dicam rapere. C. de Episcop. et Cleric. e in ca. fur-tim 14 quaestio. 6.

¹⁾ Rebuffus. Commentarii, l. c., vidi etiam in Montepessulano Manellum locumtenentem praepositi condemnasse quendam, qui attentaverat cognoscere filiam cuiusdam servientis boni latronis nuncupati ad furcas, et fuit suspensus, sed iam pervenerat ad actum quantum ad eum, licet non potuisset eam cognoscere, sed per eum non steterat... Paponius, Corpus iuris, l. c., sufficit, crimen coeptum fuisse: ac licet non perficiatur, poena dignum est, maxime vero si per eum non stetit..

²⁾ Tiraquellus, De poenis, Causa XXXVII, n. 1. Trigesimoseptimo, licet de iure communi conatus proximus delicto aequè puniatur in atrocioribus, ac si delictum fuisset consummatum... tamen si ex statuto delictum quodpiam certa poena puniatur, certe, qui huiusmodi delictum conatus fuerit perpetrare, quantumcunque proxime ad delictum accesserit, tamen nisi perfecerit, non ea poena punietur, sed alia mitiori poena, secundum qualitatem admissi facinoris. Causa XXXVIII, Trigesimo octavo. Non solum si ex statuto puniantur delicta, sed etiam si ex communi conatus etiam proximus delicto, aequè puniatur, atque si delictum ipsum consummatum foret, quemadmodum nos amplissime, et copiose in superiori causa. nempe 37. disseruimus, et in casibus, in quibus dicitur delictum attentatum aequè puniri ac consummatum. Ex generali tamen consuetudine non tam graviter punitur, qui attentavit, quam qui perfecit. Cuiacius. Observationes, lib. XV, cap. XXV.

³⁾ Tiraquellus. De poenis, Causa XXXVIII, n. 10. Valet ergo (ut tandem ad principale nostrum institutum redeamus) consuetudo, ut non puniatur attentatum, ut perfectum, nec dici potest, esse contra Jus divinum. Sed non obtinet in crimine laesae maiestatis, et patriae, in quo cognatus etiam de consuetudine punitur, atque si secus esset effectus... nam in hoc crimine sola scientia non revelata punitur... Paponius, Corpus iuris, lib. XXIII, tit. X, arr. III.

⁴⁾ Rebuffus, Commentarii, l. c., vidi etiam in Montepessulano Manellum locumtenentem praepositi condemnasse quendam, qui attentaverat cognoscere filiam cuiusdam servientis boni latronis nuncupati ad furcas, et fuit suspensus...

⁵⁾ Ordonnance de Blois (1579), art. 195, art. 1. Pour le regard des assassinats, et ceux qui pour prix d'argent, ou autrement, se loient

правила дѣлается исключеніе и покушеніе карается наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ. Обыкновенное убійство, въ эту эпоху, уже не относится къ кругу наиболѣе тяжкихъ преступленій и, изъ ихъ круга, выдѣляется также и похищеніе женщинъ ¹⁾.

III. Обращаясь ко французскому праву XVII столѣтія, мы видимъ, что юристы этого времени придерживаются прежнихъ воззрѣній на существо покушенія. Допуская наказуемость голаго умысла, по-прежнему, только въ видѣ исключенія, при государственныхъ преступленіяхъ ²⁾, къ составу наказуемаго покушенія они относятъ, какъ начало исполненія состава преступленія, такъ и приготовительныя къ нему дѣйствія ³⁾. Таковую же характеристику покушенія даетъ и законодательство того времени ⁴⁾.

pour tuer, outrager, excéder aucuns, ou récourir prisonniers criminels des mains de Justice: ensemble ceux qui les auront loüez, ou induicts pour ce faire: Nous voulons la seule machination et attentat estre puny de peine de mort à tous, encores que l'effect ne s'en soit ensuiuy: Dont n'entendons donner aucune grace ne remission. Et ou aucune par importunité seroit octroyée, deffendons à nos Juges y avoir esgard, encore qu'elle fust signée de nostre main, et contre-signée par un de nos Secretaires d'estat. Tiraquellus, De poenis, Causa XXXVII, n. 4. Sed hoc proculdubio intelligendum est, quando verba statuti non verificarentur (ut nostri loquuntur) in attentante solum, puta quia statutum punit homicidam, adulterum, et cetera id genus. Secus si verificarentur in solo conatu, verbi gratia, si puniat assassinatum. Nam cum assassinatus crimen sit perpetratum, ex eo solum quod quis pecuniam recepit, ut faciat homicidium, et si nondum fecerit.

¹⁾ Paponius, Corpus iuris, lib. XXIII, tit. X, arr. I. Conatus in perpetrando delicto, veluti raptu, homicidio et aliis, pro ipso delicto non habetur, neque in Francia punitur...

²⁾ Mornacius, Observationes in XXIV priores libros Digestorum, 1654, ad lib. II, tit. 2, l. 1.

³⁾ Mornacius, Posteriorum viginti sex librorum pandectarum synopsis, 1660, p. 474: Sollicitatores alienarum nuptiarum; itemque matrimoniorum interpellatores, etsi effectu sceleris potiri non possunt, propter voluntatem tamen perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur.

⁴⁾ Ordonnance de Louis XIV (1670), Tit. XVI, art. IV: Ne seront données aucunes Lettres d'abolition pour les duels, ni pour les assassinats premeditez, tant aux principaux auteurs, qu'à ceux qui les auront assistez, pour quelque occasion ou pretexte qu'ils puissent avoir esté commis, soit pour venger leurs querelles, ou autrement; ni à ceux qui à prix d'argent ou autrement se loüent ou s'engagent pour tuer, outrager, excéder, ou recourir des mains de la Justice les prisonniers pour crimes: ni à ceux qui es auront loüez ou induits pour ce faire, encor qu'il n'y ait eu que la seule machination ou attentat, & que l'effet n'en soit ensuivi...

Покушеніе карается только при болѣе тяжкихъ преступленіяхъ ¹⁾).

Наказуемость покушенія, по-прежнему, обусловливается фактомъ перерыва преступной дѣятельности, вопреки желанію виновнаго ²⁾). Но прежнія правила опредѣленія размѣра наказуемости покушенія подвергаются существенной переработкѣ. Въ XVII столѣтіи, уже далеко не всякое покушеніе на наиболѣе тяжкое преступленіе можетъ быть подвергнуто, слѣдующему за оконченное преступленіе, наказанію. Наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ въ эту эпоху, карается такое только покушеніе на наиболѣе тяжкія преступленія, которое приняло форму близкаго къ окончанію преступленія покушенія, при которомъ виновный успѣлъ уже произвести нападеніе на жертву, примѣнилъ къ ней насиліе и т. п. Въ остальныхъ случаяхъ, покушеніе подлежало редуцированному, экстраординарному наказанію ³⁾).

IV. Французскіе юристы дореволюціонной эпохи придержи-

¹⁾ Mornacius, Synopsis, p. 474. Bart. tenet ex hoc textu extraordinariae locum esse ex solo mandato in atrocioribus.

²⁾ Theveneau, Commentaire sur les Ordonnances, 1629, p. 914: c'est pourquoy Decianus, In tract. criminal. lib. 9, cap. 30 dit que pour punir de la peine des assassins il faut que trois choses concurrent: La premiere. Quod deventum sit ad actum mortui proximum. La seconde. Quod non steterit per assassinum quin consummaretur delictum.

³⁾ Mornacius, Synopsis, p. 502: in maleficiis voluntas spectatur, non exitus. Hoc in atrocissimis delictis et nefandis actibus, ut docet Boerius qu. 316, num. 4. Vide et ad l. 1 supra de extr. crimin. Theveneau, Commentaire, p. 914: La seule machination et attentat. Il faut prendre icy le mot d'attentat, Cum deventum est ad actum proximum, et non ad remotum tantum: c'est à dire quand il y a eu main basse, et attaque, encores que mort n'en soit ensuivie; et cela est conforme à la disposition de la loy Cornelia de sicariis, la peine de laquelle est en ce cas seulement et non quand il y a mine, menace, ostentation, et quelque acte de volonté, et non d'effect: parce que tout cela estant de actis remotis, n'est pas sujet à la peine ordinaire et establie contre les assassins, mais à autre peine extraordinaire à l'arbitrage des Juges... parce que l'Ord. a parlé non seulement de machination, ains d'attentat, il semble qu'elle aye voulu du moins que la personne aye esté assaillie: car combien qu'elle die, encore que l'effet ne s'en soit ensuivy, elle a entendu de la consommation de l'acte, et non de l'acte... a quoy Balde ayant approché, dit que l'action est punissable, Quando est de eius esse, et quasi delicti intrinseca pars, comme l'attentat à la personne, encore que la mort ne s'en soit ensuivie: l'action plus esloignée, comme d'avoir esté vu cum telo, en lieu suspect, n'estant pas intrinseque en l'assassinat, et ne faisant partie necessaire d'iceluy.

ваются тѣхъ же воззрѣній на покушеніе, что и доктрина XVII вѣка. Въ видѣ общаго правила, голый умыселъ освобождается отъ отвѣтственности ¹⁾. Исключеніе изъ этого правила допускается только при государственныхъ преступленіяхъ, при которыхъ наказанію подлежитъ уже принятіе рѣшенія совершить преступленіе ²⁾. Къ составу наказуемаго покушенія относится начало исполненія преступленія и приговорительныя къ нему дѣйствія ³⁾.

Наказуемость покушенія можетъ имѣть мѣсто только въ случаѣ перерыва преступной дѣятельности, вопреки волѣ виновнаго ⁴⁾. Отвѣтственность за покушеніе, по общему правилу, представляется болѣе мягкой, чѣмъ отвѣтственность за оконченное преступленіе: обыкновенно, въ этихъ случаяхъ, допускается только примѣненіе экстраординарнаго наказанія ⁵⁾. По-

¹⁾ Jousse, Traité de la justice criminelle de France, II, 1771, p. 639; la seule pensée de commettre un crime, ne se punit point; à moins qu'elle ne soit manifestée par quelque acte extérieur.

²⁾ Jousse, II, p. 639: Dans le crime de Leze-Majesté, la seule pensée manifestée par des paroles, se punit. Jousse, III, p. 696, 697.

³⁾ Jousse, II, p. 637: on peut établir comme une regle générale en matiere de crimes, que la simple volonté, ou attentat, quoique non suivie d'effet, doit être punie. Jousse, IV, p. 43: Si celui qui a acheté, composé, ou préparé du poison pour empoisonner quelqu'un, n'avoit pas mis son dessein à exécution, parce qu'il en auroit été empêché, il ne paroît pas même qu'alors il dut être puni de la peine de mort; mais seulement d'une autre peine grave, suivant les circonstances & la qualité des personnes. Muryart de Vouglans, Les loix criminelles de France, 1780, p. 186. De l'Empoisonnement. cet Edit... déclare également coupable de ce Crime, & punissables de la Peine de mort, ceux qui ont causé la mort par le Poison, & ceux qui ont seulement attenté à la vie par ce moyen, comme aussi ceux qui ont composé & distribué le Poison dont on s'est servi. p. 7: Au reste, toutes ces exceptions ne peuvent avoir lieu qu'en fait de crimes ordinaires, & non point lorsqu'il s'agit de crimes atroces de leur nature, tel que l'assassinat, pour lequel nos Loix veulent que l'on punisse également. & le mandant, & le mandataire, encore que l'effet ne s'en seroit point ensuivi, & qu'il n'y auroit eu que la seule machination ou attentat

⁴⁾ Jousse, III, p. 250: Au reste, on doit observer que pour qu'il y ait lieu dans ce cas à la peine portée par l'Ordonnance, il faut qu'il n'ait pas tenu aux assassins que l'effet se soit ensuivi.

⁵⁾ Jousse, II, p. 638: Les crimes qu'on a dessein de commettre, & pour l'exécution desquels on n'a pas fait tout son possible, en ne prenant pas les dernières mesures nécessaires à cet effet, doivent être punis d'une peine plus légère, que si pour les exécuter. on avait fait tout ce qui est en soi; & on ne les punit alors que d'une peine arbitraire, suivant les circon-

кушеніе карается ординарнымъ наказаніемъ только при наиболѣе тяжкихъ преступленіяхъ и только при условіи принятія имъ формы, ближайшаго къ окончанію преступленія, покушенія ¹⁾. Къ числу такихъ тяжкихъ преступленій относились всѣ вообще предумышленныя преступленія ²⁾, въ частности, лишеніе жизни по подкупу ³⁾, убійство восходящихъ родственниковъ ⁴⁾, убійство посредствомъ отравленія ⁵⁾, поджогъ ⁶⁾, квалифицированное изнасилованіе ⁷⁾ и др.

V. Изъ предыдущаго видно, что постановленія французскаго права о покушеніи оставались неизмѣнными въ теченіе XVII и XVIII столѣтій и основы репрессіи предварительной дѣятельности, выработавшіяся въ началѣ XVII вѣка, сохраняли свое дѣйствіе, вплоть до французской революціи. Подобной неподвижности этихъ постановленій вполнѣ соотвѣтствовала косность другихъ

stances. Cette règle que la simple volonté, ou machination, non suivie d'effet, ne doit point être punie de la peine ordinaire due au crime, mais d'une autre peine à l'arbitrage du Juge, souffre encore moins de difficulté, quand il ne s'agit que de delits legers.

¹⁾ M u y a r t de V o u g l a n s, p. 13: pour les Crimes atroces de leur nature, la Loi veut que l'on considere moins l'événement que la volonté; c'est-à-dire, qu'il suffit d'avoir manifesté cette volonté par quelque acte prochain, pour être puni de même que si on avoit entierement consommé le Crime; p. 43: la Loi veut en général que l'on punisse moins ceux qui., auroient été seulement commencés, que ceux qui auroient été entierement consommés; en exceptant toutefois les Crimes atroces de leur nature, à l'égard desquels nous avons vu que la Loi vouloit que l'on considerât moins l'événement que la volonté.

²⁾ J o u s s e, I, p. 16: quand le crime est tel qu'il ne peut être commis, ni par emportement, ni par imprudence, & qu'il est l'effet d'un dessein premedité, comme l'assassinat, le meurtre de guet-à-pens, & les autres crimes semblables; si le dessein conçu dans l'esprit a produit une action qui ait paru à l'extérieur; & que la volonté du coupable ait été accompagnée des derniers efforts, en sorte qu'il ne fut plus besoin d'un nouvel acte de sa part, pour produire l'effet, quoique l'événement n'ait pas répondu à ses desirs; cette action alors est considerée dans la police comme un trouble qui blesse l'ordre public; & les Loix prennent pour événement les simples entreprises des crimes de cette nature, & les punissent de la même maniere que si elles étoient suivies d'exécution.

³⁾ J o u s s e, III, p. 250; M u y a r t de V o u g l a n s, p. 7.

⁴⁾ J o u s s e, IV, p. 10, 11; M u y a r t de V o u g l a n s, p. 177.

⁵⁾ J o u s s e, IV, p. 43.

⁶⁾ J o u s s e, III, p. 661; M u y a r t de V o u g l a n s, p. 191.

⁷⁾ J o u s s e, III, p. 750.

областей тогдашняго французскаго права, совершенно не считавшаяся съ поступательнымъ ходомъ развитія французской культуры. Это состояніе права не могло не вызвать глубокой неудовлетворенности прогрессивныхъ круговъ французскаго общества; съ середины XVIII вѣка, общественное мнѣніе Франціи начинаетъ протестовать противъ суровости уголовного права и, въ наукѣ, возникаетъ могущественное теченіе, настаивающее на его реформѣ. Правда, прогрессивные мыслители того времени обращали главныя свои силы на борьбу съ жестокостью карательныхъ мѣръ и настаивали, главнымъ образомъ, на гуманизации уголовныхъ наказаній. Но нѣкоторые изъ гуманистовъ этой эпохи коснулись также и вопроса о системѣ репрессіи предварительной дѣятельности и указали на тѣ измѣненія, которыя, по ихъ мнѣнію, въ ней было необходимо произвести.

Представители гуманитарнаго направленія рѣшительно встаютъ противъ начала наказуемости преступныхъ вождельній, которое, какъ мы знаемъ изъ предыдущаго, еще сохраняло дѣйствіе въ нѣкоторыхъ областяхъ дореволюціоннаго французскаго права. Обнаруженіе умысла, по ихъ взгляду, ни въ какомъ случаѣ не можетъ подлежать наказанію, даже при государственныхъ преступленіяхъ ¹⁾. Напротивъ, другихъ областей ученія о составѣ покушенія это направленіе не касается и, изъ разсмотрѣнія сочиненій сторонниковъ его видно, что къ покушенію по прежнему относятся не только акты, начинающіе выполненіе преступленія, но и приготовительныя дѣйствія ²⁾.

Равнымъ образомъ, это направленіе не касается и прежнихъ ученій объ области наказуемости покушенія и о спеціальныхъ основаніяхъ отпаденія отвѣтственности за него. Но оно энергично протестуетъ противъ начала равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія, еще извѣстнаго отчасти тогдашнему праву. Покушеніе на преступленіе, по воззрѣнію пред-

¹⁾ Montesquieu, De l'esprit des lois (1748), liv. XII, Ch. XI. Carrard, De la jurisprudence criminelle, 1785, p. 9.

²⁾ Montesquieu, De l'esprit des lois, liv. XII, Ch. XIII. Des écrits. Les écrits contiennent quelque chose de plus permanent que les paroles; mais lorsqu'ils ne préparent pas aus crime de lèse-majesté, ils ne sont point une matière du crime de lèse-majesté. Carrard, l. c. p. 40. Les crimes commencés ou simplement projetés, dont la délibération est connue et prouvée, doivent sans doute être punis, mais jamais autant que s'ils avoient été consommés.

ставителей этого направленія, во всѣхъ случаяхъ, должно подлежать менѣе строгому наказанію, чѣмъ оконченное преступленіе ¹⁾).

VI. Предшествующее изложеніе было посвящено разсмотрѣнію развитія постановленій о покушеніи во французскомъ правѣ XII—XVIII столѣтій. Изъ сказаннаго легко заключить, что эти постановленія медленно, но неуклонно смягчались и что энергія дополнительныхъ мѣръ правового мотивационнаго давленія постепенно падала, сообразуясь съ непрерывно повышающимся уровнемъ человѣческой культуры. Но необходимо замѣтить, развитіе права не всегда идетъ этимъ путемъ и не всегда перемѣны въ содержаніи права возникаютъ постепенно и безъ рѣзкихъ скачковъ. Право представляетъ собою психическое явленіе и оно подчиняется, въ своемъ развитіи, тѣмъ же законамъ, которымъ подчинены всѣ духовныя явленія вообще. Неизбѣжно отражаются на развитіи права и колебанія въ теченіи социальнo-психической жизни.

Дѣйствующія въ общественной жизни положенія права обыкновенно представляютъ собою продуктъ правовой совѣсти людей и, въ моментъ своего появленія, положительное право, по общему правилу, совпадаетъ съ требованіями правосознанія индивидовъ и массъ. Но, въ дальнѣйшемъ, положеніе мѣняется. Преобладающее вначалѣ, во время возникновенія позитивнаго права, согласіе между этимъ правомъ и общественной совѣстью, имѣетъ тенденцію постепенно замѣняться все возрастающими несогласіями, вслѣдствіе фиксированности содержанія позитивнаго права и свободнаго дальнѣйшаго развитія правосознанія. Но, по мѣрѣ появленія и усиленія этихъ несогласій, появляется и усиливается психическое давленіе правосознанія въ пользу уничтоженія противорѣчащаго ему положительнаго права и замѣны инымъ, согласнымъ по содержанію, въ частности, въ пользу ослабленія и

¹⁾ Observations sur le traité des délits et des peines, 1767 (Brissot de Warville, Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, du jurisconsulte, I, 1782), p. 288. Celui qui se dispose au crime est moins coupable que celui qui le consomme. Letrosne, Réflexions sur la réforme de la législation criminelle (Brissot de Warville, Bibliothèque, II, 1782), p. 333. N'y-a-t-il pas de même quelque distance entre le dessein d'un crime et le crime même, entre la machination et l'exécution... Carrard, l. c. p. 40. Les crimes commencés ou simplement projetés, dont la délibération est connue et prouvée, doivent sans-doute être punis, mais jamais autant que s'ils avoient été consommés.

разрушенія или соотвѣтственнаго измѣненія подлежащаго обычнаго права или въ пользу законодательной реформы. Если въ этомъ разрушительномъ и обновительномъ процессѣ происходитъ, несмотря на возрастающее давленіе правосознанія, задержка, вслѣдствіе сопротивленія представителей связанныхъ съ существующимъ правомъ интересовъ, напр., правящихъ и имѣющихъ въ своихъ рукахъ законодательство, или вслѣдствіе иныхъ причинъ, и дѣло касается важныхъ и существенныхъ вопросовъ права и общественного строя, то происходитъ дальнѣйшій ростъ давленія правовыхъ убѣжденій, которыя, вслѣдствіе сопротивленія пріобрѣтаютъ все большую силу, доходящую у все большаго числа людей до энтузіазма и фанатизма и доводящую ихъ до фанатической ненависти къ существующему порядку и его представителямъ, вызываютъ въ концѣ концовъ революцію ¹⁾.

Революція, влекущая за собою паденіе прежнихъ органовъ законодательной власти и устраняющая препятствія къ реформѣ права, казалось, должна бы замыкать собою кругъ развитія интуитивно-правовыхъ идей и ликвидировать процессы соотвѣтственнаго правового творчества. Прогрессивныя стремленія общества, получивъ гарантію своей реализаціи въ жизни, должны бы утратить свою остроту и пріобрѣсти болѣе спокойный характеръ. Но, фактически, дѣло обстоитъ иначе. Поскольку революція бываетъ связанною съ подлиннымъ правовымъ энтузіазмомъ и подъемомъ политическаго настроенія, содержаніе проектовъ правовыхъ реформъ, послѣ революціи не только не остается неизмѣннымъ, но, напротивъ, оно получаетъ дальнѣйшее и ускоренное развитіе. Людямъ вообще свойственно стремленіе преувеличивать цѣнность благопріятныхъ и желательныхъ шансовъ при соображеніяхъ вѣроятности и дѣйствовать сообразно съ такою несоразмѣрною оцѣнкою и, чѣмъ сильнѣе одухотворяющее людей, при этомъ, желаніе достигнуть намѣченнаго, тѣмъ болѣе рѣзкимъ является уклоненіе соотвѣтственной оцѣнки отъ правильнаго учета свойствъ цѣлесообразной дѣятельности ²⁾. Понятно отсюда, что и въ соціальной жизни политическій энтузіазмъ долженъ приводить къ радикализму въ области концепціи правовыхъ реформъ и ихъ проведенія въ дѣйствительности и что законодательство соотвѣтствующихъ эпохъ должно отражать въ себѣ

¹⁾ Петражицкій, Теорія права, II, стр. 496—498.

²⁾ Петражицкій, Акціи, биржевая игра и теорія экономическихъ кризисовъ, 1911 стр. 51.

охватывающей общество политической оптимизмъ. Впослѣдствіи, по общимъ психическимъ законамъ, этотъ оптимизмъ смѣняется противоположнымъ настроеніемъ, разочарованіемъ общества и проч. Въ политической исторіи замѣчается «цикличность»; повторяются подъемы политической температуры съ розовыми надеждами, съ оптимистическими ожиданіями, кажущимися потомъ, послѣ «отрезвленія», чѣмъ-то наивнымъ, страннымъ и непонятнымъ; затѣмъ слѣдуютъ крахи, разочарованія, паники, переходящія на нѣкоторое время въ пессимистическое, угнетенно-боязливое состояніе—до новаго подъема политическаго настроенія съ повтореніемъ чрезмѣрныхъ надеждъ, иллюзій, нерезонныхъ политическихъ актовъ и т. д. ¹⁾.

Знакомство съ этими психическими процессами, въ области общественной жизни, объясняетъ намъ характеръ и направленіе законодательства начальныхъ періодовъ французской революціи. Законодательство этого времени проникнуто необыкновеннымъ оптимизмомъ и предполагаетъ у населенія такой уровень культуры, котораго тогда, въ дѣйствительности, еще не было на лицо. Объясняется это тѣмъ политическимъ энтузіазмомъ, который былъ вызванъ французскою революціею и охватывалъ собою законодательные и общественные круги того времени; этому энтузіазму и обязана происхожденіемъ та переоцѣнка культуры населенія, которая такъ ясно выразилась въ тогдашнихъ законодательныхъ актахъ. Оптимизмъ законодателя, проявлявшійся во всѣхъ сферахъ правосозданія, не остался чуждымъ и тогдашнему уголовному праву: характернымъ примѣромъ карательнаго права, построеннаго на вышеуказанныхъ началахъ, является право уголовного кодекса 1791 года.

Оптимизмъ французскаго уголовного уложенія 1791 г. находитъ себѣ яркое выраженіе въ произведенной имъ гуманизациі наказаній. Этотъ кодексъ вызываетъ такое пониженіе суровости карательнаго права, которое не находило себѣ оправданія въ состояніи тогдашней общественной культуры. Но, сверхъ того, этотъ кодексъ существенно смягчаетъ и характеръ дополнительныхъ мѣръ мотивационнаго воздѣйствія. Анализъ его положеній раскрываетъ намъ чрезвычайную гуманную систему наказуемости покушенія на преступленіе. Покушеніе карается только при двухъ, наиболѣе тяжелыхъ преступленіяхъ—предумышленномъ убійствѣ

¹⁾ Петражицкій. Акціи, Предисловіе, стр. VI.

и отравленіи,—и при томъ, только тогда, когда оно выразилось въ формѣ покушенія, ближайшаго къ окончанію преступленія. Для наказуемости покушенія на убійство необходимо, чтобы виновный совершилъ уже нападеніе на свою жертву; для наказуемости покушенія на отравленіе,—чтобы онъ примѣшалъ ядъ къ веществамъ, специально предназначеннымъ для употребленія жертвы. Наказуемость покушенія обусловливается фактомъ прерыва преступной дѣятельности, вопреки волѣ виновнаго. Покушеніе карается наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ ¹⁾).

Нетрудно видѣть, что эта система значительно смягчаетъ уголовную отвѣтственность за покушеніе. Она чрезвычайно сокращаетъ кругъ наказуемыхъ случаевъ покушенія: вмѣсто прежней наказуемости покушенія при всѣхъ преступленіяхъ, покушеніе признается наказуемымъ только въ видѣ исключенія, при нѣкоторыхъ преступленіяхъ. Она чрезвычайно сокращаетъ объемъ наказуемой предварительной дѣятельности, освобождая отъ наказанія всѣ приговорительныя дѣйствія и многіе изъ случаевъ начала исполненія преступленія. Наконецъ, если эта система не смягчаетъ правилъ опредѣленія наказуемости покушенія, провозглашая принципъ равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія, то она и не усиливаетъ прежней отвѣтственности за покушеніе: ближайшее къ окончанію преступленія покушеніе, какъ мы знаемъ, при наиболѣе тяжкихъ преступленіяхъ, каралось наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ и въ дореволюціонную эпоху.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, анализъ постановленій кодекса 1791 г. показываетъ, что они не стояли ни въ какой связи съ ученіями французскаго гуманитарнаго направленія конца XVIII вѣка. Соз-

¹⁾ Code pénal (1791). I section, tit. II, deuxième partie, art. 13. L'assassinat, quoique non consommé, sera puni de mort, lorsque l'attaque à dessein de tuer aura été effectuée; art. 15. L'homicide par poison, quoique non consommé sera puni de mort, lorsque l'empoisonnement aura été effectué, ou lorsque le poison aura été présenté ou mêlé avec des aliments ou breuvages spécialement destinés, soit à l'usage de la personne contre laquelle ledit attentat aura été dirigé, soit à l'usage de toute une famille, société ou habitants d'une même maison, soit à l'usage du public; art. 16. si toutefois avant l'empoisonnement effectué, ou avant que l'empoisonnement ait été découvert, l'empoisonneur arrêtait l'exécution du crime, soit en supprimant lesdits aliments ou breuvages, soit en empêchant qu'on en fasse usage, l'accusé sera acquitté.

давая крайне гуманную систему репрессии предварительной дѣятельности, этотъ кодексъ руководился не тѣми проектами реформы, которые были предложены гуманистами, а предпринялъ совершенно самостоятельную передѣлку системы репрессии покушенія стараго права. Въ противоположность гуманистамъ, кодексъ не мѣняетъ ни одного изъ положеній стараго права по этому предмету, но зато онъ сдаетъ въ архивъ значительное большинство прежнихъ положеній и, изъ всѣхъ прежнихъ нормъ о покушеніи, сохраняетъ дѣйствіе только однихъ правилъ, регулирующихъ наказуемость ближняго покушенія на убійство и отравленіе.

VII. Разсмотрѣнная система репрессии покушенія, какъ замѣчено, была продуктомъ, охватившаго французское общество, въ начальную эпоху великой революціи, социальное-политическаго оптимизма и воплощенная въ ней правовыя начала отнюдь не соотвѣтствовали подлинному уровню тогдашней французской культуры. Отсюда ясно, что эта система въ моментъ своего появленія таила въ себѣ залогъ своей недолговѣчности и что во французскихъ законодательныхъ кругахъ должно было въ весьма скоромъ времени появиться стремленіе къ сообщенію болѣе суроваго характера принципамъ наказуемости предварительной дѣятельности. Таково существо перваго фактора, опредѣлявшаго собою дальнѣйшее развитіе французскаго законодательства, въ интересующей насъ области. Но, на ряду съ нимъ, существовалъ еще и другой факторъ, вліявшій на тогдашнюю законодательную дѣятельность въ томъ же направленіи—общественная реакція во Франціи поздняго времени революціи. Соединенное дѣйствіе этихъ причинъ и вызвало тѣ перемѣны въ пониманіи уголовноюридическаго значенія покушенія, которыя замѣчаются въ послѣдующемъ революціонномъ законодательствѣ. Знакомство съ ними объясняетъ намъ и характеръ современной французской системы репрессии покушенія на преступленіе.

Первый актъ новаго курса законодательной дѣятельности переходной эпохи выражается въ законѣ 22 преріала IV года, который постановляетъ, что всякое покушеніе на преступленіе (въ техническомъ смыслѣ), выразившееся во внѣшнихъ дѣйствіяхъ и сопровождавшееся началомъ исполненія этого преступленія, подлежитъ наказанію, наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ, коль скоро оно было прервано случайными, независѣвшими отъ воли

виновнаго обстоятельствомъ ¹⁾. Этимъ существенно расширяется объемъ наказуемой предварительной дѣятельности—подъ понятіе о покушеніи подводится не только ближайшее къ окончанію преступленія покушеніе, но и всякая предварительная дѣятельность, выразившаяся въ началѣ исполненія преступленія—и значительно раздвигается кругъ наказуемыхъ случаевъ покушенія—покушеніе подвергается наказанію не только при предумышленномъ убійствѣ и отравленіи, но и при всякомъ преступленіи въ техническомъ смыслѣ. Въ виду этого, система репрессіи покушенія, по закону IV года несомнѣнно суровѣе соотвѣтствующей системы кодекса 1791 года. Но нельзя не добавить, что нѣкоторые элементы этой системы представляются болѣе суровыми, чѣмъ соотвѣтствующія имъ начала дореволюціонной системы наказуемости покушенія. По старому французскому праву, покушеніе каралось наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ только при наиболѣе тяжкихъ преступленіяхъ; по закону 22 преріаля, оно влечетъ за собою такое наказаніе при всѣхъ преступленіяхъ въ техническомъ смыслѣ. По старому праву, примѣненіе полной мѣры наказанія къ покушенію было возможно лишь въ случаѣ принятія имъ формы ближайшаго къ окончанію преступленія покушенія; по закону 22 преріаля, для примѣненія этой мѣры, достаточно принятія покушеніемъ формы акта, начинающаго выполнение преступленія.

VIII. Законъ 25 фримера VIII года вызываетъ дальнѣйшее усиленіе дѣйствія мѣръ дополнительнаго мотивационнаго давленія во Франціи. Къ прежнимъ случаямъ наказуемаго покушенія, этотъ законъ добавляетъ покушеніе на извѣстные, особо предусмотрѣнные въ законѣ, проступки (въ техническомъ смыслѣ), которое карается наравнѣ съ оконченнымъ проступкомъ, въ томъ случаѣ, когда оно выразилось въ началѣ исполненія состава проступка и было прервано по обстоятельствамъ отъ воли виновнаго независѣвшимъ ²⁾. Этотъ законъ расширяетъ кругъ на-

¹⁾ L. 22 prairial, an IV. Toute tentative de crime, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prevenu.

²⁾ L. 25 frim. an VIII. Art. 17. La loi du 22 prairial an IV, contre les tentatives du crime, est applicable à tous les délits sus-énoncés ainsi qu'à ceux mentionnés en l'article 32 du Code de police correctionnelle: en conséquence, toute tentative desdits délits, manifestée par des actes exté-

казуемыхъ случаевъ покушенія и тѣмъ усиливаетъ суровость французскаго права переходной эпохи, которое до него не знало наказуемости покушенія при проступкахъ. Онъ караетъ покушеніе на проступки наравнѣ съ оконченными проступками и тѣмъ дѣлаетъ право переходной эпохи болѣе суровымъ, чѣмъ дореволюціонное право, которое подвергало покушеніе на болѣе легкія преступленія редуцированной наказуемости.

Итакъ, система репрессіи покушенія, выработанная законодательствомъ переходной эпохи и перешедшая затѣмъ въ уголовное уложеніе 1810 года, не отражаетъ въ себѣ идей гуманитарнаго направленія XVIII столѣтія, а представляетъ собою продуктъ борьбы прогрессивныхъ и реакціонныхъ теченій въ эпоху французской революціи. Каждое изъ этихъ теченій наложило на эту систему свою печать и она представляетъ собою не гармоническое сочетаніе исторически выработавшихся началъ права, а искусственное, случайное, сочетаніе радикально-прогрессивныхъ и глубоко-реакціонныхъ началъ политики репрессіи покушенія. Прогрессивнымъ элементомъ этой системы является санкція безнаказанности приговорительныхъ къ преступленію дѣйствій, узаконеніе такого прогрессивнаго пониманія существа предварительной дѣятельности, которое дотолѣ оставалось неизвѣстнымъ не только французскому, но и вообще европейскому праву. Реакціоннымъ ея элементомъ является провозглашеніе принципа равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія, означавшее собою возведеніе въ общее правило суроваго принципа, дѣйствіе котораго, при старомъ режимѣ, допускалось лишь въ видѣ рѣдкаго исключенія. Поэтому, съ одной стороны, если въ виду сокращенія объема наказуемой предварительной дѣятельности и общаго смягченія наказаній и можно утверждать, что со времени революціи, покушеніе во Франціи каралось мягче, чѣмъ при старомъ режимѣ, то, съ другой стороны, принимая во вниманіе установленіе начала равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія, нельзя не сказать, что оно каралось строже, чѣмъ это было нужно для успѣшнаго хода французской культуры въ началѣ XIX столѣтія.

IX. Постановленія о наказуемости покушенія, изданныя въ

rieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le délit même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites. indépendantes de la volonté du prevenu.

эпоху переходнаго французскаго законодательства, были окончательно введены въ систему французскаго уголовного права кодексомъ 1810 года. Статьи 2 и 3 этого кодекса объединяють вышедшія раньше положенія въ одно цѣлое и устанавливаютъ слѣдующій порядокъ отвѣтственности за покушеніе ¹⁾).

Подъ понятіе о наказуемомъ покушеніи, уложеніе 1810 г. подводитъ только предварительную дѣятельность, выразившуюся во внѣшнихъ дѣйствіяхъ и сопровождавшуюся началомъ исполненія преступленія. Это уложеніе, хотя и разсматриваетъ приготовительныя дѣйствія какъ видъ покушенія, но, выдѣляетъ ихъ изъ состава наказуемой предварительной дѣятельности. Приготовление карается имъ только въ видѣ исключенія, при государственныхъ преступленіяхъ, причемъ оно квалифицируется какъ видъ посягательства въ техническомъ смыслѣ и приравнивается къ акту лишенія жизни монарха и началу исполненія этого акта ²⁾).

Покушеніе при преступленіяхъ въ техническомъ смыслѣ карается всегда; покушеніе при проступкахъ—только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ.

Покушеніе карается только въ случаѣ перерыва дѣятельности виновнаго по обстоятельствамъ отъ воли виновнаго не зависѣвшимъ; добровольный отказъ отъ покушенія устраняетъ отвѣтственность. Покушеніе наказывается такъ же строго, какъ и оконченное преступленіе.

Х. Уголовное уложеніе 1810 года представляетъ собою и въ настоящее время сводъ дѣйствующаго уголовного права Франціи, за время своего болѣе, чѣмъ столѣтняго, существованія, этотъ кодексъ подвергся лишь частичнымъ измѣненіямъ. Обращаясь къ разсмотрѣнію судьбы спеціально интересующихъ насъ постановленій, приходится признать, что происшедшія за время

¹⁾ Code pénal (1810), art. 2. Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même. Art 3. Les tentatives de délits ne sont considérées comme délits que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi.

²⁾ Code pénal, art. 88. Il y a attentat dès qu'un acte est commis ou commencé pour parvenir à l'exécution de ces crimes, quoiqu'ils n'aient pas été consommés.

дѣйствія французскаго кодекса, измѣненія ихъ представляются особенно ничтожными, хотя они и носятъ весьма интересный съ научно-исторической точки зрѣнія, характеръ.

Первая переменна въ составѣ разсматриваемыхъ постановленийъ заключается въ измѣненіи законной формулы покушенія. Текстъ уложенія 1810 года зналъ два вида покушенія: покушеніе въ обширномъ смыслѣ и покушеніе въ тѣсномъ смыслѣ или наказуемое покушеніе. Подъ покушеніемъ перваго вида разумѣлась всякая, выразившаяся во внѣшнихъ дѣйствіяхъ, попытка совершить преступленіе; подъ покушеніемъ втораго вида—только попытка реализаціи преступленія, выразившаяся въ дѣйствіи, начинающемъ выполнение этого преступленія. При пересмотрѣ уголовного уложенія въ 1832 году, было рѣшено отказать отъ этого взгляда на покушеніе и, въ результатѣ происшедшей въ это время переработки кодекса, получилась новая, существенно отличная отъ прежней, формула предварительной дѣятельности. Съ 1832 года, французское законодательство уже не знаетъ понятія о покушеніи въ обширномъ смыслѣ, включающаго въ себя, на ряду съ актами, начинающими выполнение преступленія, и приговорительныя дѣйствія. Французское право отказывается отъ этого наслѣдія дореволюціонной эпохи и усваиваетъ формулу, въ силу которой покушеніемъ признается только дѣйствіе, выразившееся въ актѣ, начинающемъ выполнение преступленія. Никакого другаго вида покушенія (хотя бы ненаказуемаго), французское право съ этого времени не знаетъ и въ немъ устанавливается единое понятіе о покушеніи какъ о дѣйствіи, начинающемъ выполнение преступленія¹⁾.

Другая реформа, внесенная закономъ 1832 года въ систему кодекса 1810 года состояла въ смягченіи системы квалификаціи наказуемыхъ приговорительныхъ дѣйствій. Приготовленіе къ государственнымъ преступленіямъ, подводившееся уложеніемъ 1810 г. подъ понятіе о посягательствѣ на жизнь монарха, выдѣляется закономъ 1832 года въ самостоятельный составъ преступленія

¹⁾ Code pénal (Texte de 1832), art 2. Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même.

и облагается значительно болѣе низкимъ, чѣмъ ранѣе, наказаніемъ ¹⁾).

Этимъ ограничились перемѣны въ содержаніи постановленій французскаго права о покушеніи и никакихъ другихъ законовъ, которые бы измѣняли его систему репрессіи предварительной дѣятельности, не было издано. Но постановление о наказуемости приготовленія къ посягательству на жизнь монарха, введенное закономъ 1832 г. утратило свою силу, вслѣдъ за паденіемъ во Франціи монархіи, въ 1870 году. Съ этого времени, французское право болѣе не знаетъ начала наказуемости приготовительныхъ къ преступленію дѣйствій.

XI. Таковы немногочисленныя перемѣны, происшедшія въ постановленіяхъ французскаго законодательства о покушеніи, со времени появленія кодекса 1810 года. Но, несмотря на неподвижность законодательства въ этой области, французское правосознаніе постепенно развивалось и усваивало себѣ все болѣе и болѣе отличныя отъ законныхъ возрѣнія на наказуемость покушенія. При этомъ, соотвѣтственныя уклоненія научной и практической юриспруденціи во Франціи отъ точнаго смысла положеній кодекса не были произвольными, а подчинялись общимъ законамъ развитія положеній о покушеніи. На разсмотрѣніи закономѣрнаго хода развитія соотвѣтствующихъ положеній доктрины и практики во Франціи, мы и должны остановиться.

Приступая къ выполненію этой задачи, необходимо замѣтить, что развитіе французской доктрины о покушеніи, въ XIX вѣкѣ, проходитъ черезъ два, существенно отличныхъ другъ отъ друга, фазиса. Въ первомъ фазисѣ, ученія криминалистовъ проникнуты началами реакціи—авторы ихъ охвачены стремленіемъ къ борьбѣ съ гуманитарными идеями XVIII вѣка. Во второмъ фазисѣ, эти ученія принимаютъ прогрессивный характеръ и стремятся смягчить систему репрессіи предварительной дѣятельности.

Существо ученій первой группы можетъ быть понято только при принятіи во вниманіе тѣхъ осложненій въ развитіи фран-

¹⁾ Code pénal (Texte de 1832), art. 88. L'exécution ou la tentative constitueront seules l'attentat. Art. 90. Lorsqu'un individu aura formé seule la résolution de commettre l'un des crimes prévus par l'article 86, et qu'un acte pour en préparer l'exécution aura été commis ou commencé par lui seul et sans assistance, la peine sera celle de la détention.

цузскаго права, которыя были вызваны реакціоннымъ направленіемъ законодательства поздней республики и имперіи. Система репрессіи покушенія, по кодексу 1810 года не стояла въ генетической связи съ исторически сложившимися воззрѣніями французскаго правосознанія на этотъ предметъ. Это обстоятельство вызвало, въ раннія эпохи дѣйствія этого уложенія, разобщенность между законодательствомъ и доктриною: французскіе криминалисты, продолжая исходить изъ традиціоннаго пониманія началъ репрессіи покушенія, приводили свои проекты реформы права въ связь не съ положеніями французскаго уложенія, а съ ученіями гуманистовъ конца XVIII вѣка. Отсюда возникло чрезвычайно своеобразное отношеніе между тогдашнею доктриною и законодательствомъ. Представляя собою переработку положеній гуманитарныхъ ученій о покушеніи въ реакціонномъ направленіи и примыкая къ началамъ, совершенно отличнымъ отъ началъ кодекса 1810 г., ученія ранней французской доктрины оказываются съ одной стороны, болѣе консервативными, чѣмъ тогдашнее дѣйствующее право, съ другой стороны, болѣе прогрессивными, чѣмъ это право.

Въ предшествующемъ изложеніи, мы подробно указывали на тѣ различія, которыя существовали между воззрѣніями гуманитарнаго направленія на наказуемость покушенія и соотвѣтствующими положеніями уложенія 1810 г. Зная подлежащее различіе, легко понять, почему доктрина начала XIX вѣка, примыкавшая къ ученіямъ XVIII столѣтія, была консервативнѣе французскаго кодекса, въ области ученій о составѣ покушенія. Юристы этой эпохи совершенно не раздѣляютъ усвоеннаго кодексомъ начала безнаказанности приготовительныхъ дѣйствій. По мнѣнію однихъ криминалистовъ, къ области покушенія должны быть относимы и приготовительныя дѣйствія ¹⁾. По мнѣнію другихъ, пригото-

¹⁾ Le Graverend. Traité de législation criminelle en France, I, 1816, p. 95, Rem. 1: La tentative du crime, manifestée par des actes extérieurs, mais suspendue par des circonstances non fortuites et dépendantes de la volonté de l'auteur, serait punie d'une peine correctionnelle, que les magistrats pourraient graduer dans un cercle donné suivant la nature, la gravité et les circonstances du crime: la société a été troublée par cette manifestation extérieure; et ce trouble qu'elle a éprouvé, doit être réprimé. Только голый умыселъ, по взгляду Le Graverend, ни въ коемъ случаѣ не подлежитъ наказанію. Le projet de crime qui n'aurait point été manifesté par des actes extérieurs, ne pourrait donner lieu à l'application d'aucune peine, ni servir de base à aucune poursuite, quand même l'existence en se-

ніе составляет покушеніе въ томъ случаѣ, когда оно предпринимается съ цѣлью совершенія одного изъ тяжкихъ преступленій¹⁾. Такой же взглядъ на приготовленіе раздѣляется въ это время и широкими общественными кругами и случаи оправданія судами лицъ, совершившихъ приготовленіе къ отравленію, вызываютъ неодобреніе въ обществѣ²⁾. Французское правосознаніе

rait constante et prouvée (sauf toutefois les complots contre la personne du Roi et de sa famille, et contre la sûreté intérieure de l'Etat): la pensée, quelque criminelle qu'elle puisse être, n'est point du ressort de la justice humaine.

¹⁾ Lelievre. Commentatio juridica de conatu delinquendi, 1828, p. 23, 199, 279, 283.

²⁾ Le Graverend. I. p. 94, 95: Un procès fameux, jugé à Paris en 1811 (relatif à la veuve Levailant) fixa particulièrement, à cette époque, l'attention publique sur la législation française relative à la tentative. Une jeune femme, accusée et convaincue, d'après la déclaration du jury, d'une tentative d'empoisonnement commise sur sa belle-mère, tentative qui avait été manifestée par des actes extérieurs, fut acquittée et dut l'être, conformément à la loi, parce qu'il fut déclaré par le jury que la tentative n'avait pas été suivie d'un commencement d'exécution, et qu'elle n'avait pas été suspendue seulement par des circonstances fortuites et indépendantes de la volonté de l'accusée. Ceux qui n'étaient pas familiarisés avec les matières criminelles, furent extrêmement surpris d'un semblable résultat, dont ils ne pouvaient se rendre compte; ceux qui n'étaient pas étrangers à la législation, se demandaient si ce n'était pas un vice, une lacune dans la loi, et si des peines correctionnelles ne devraient pas au moins, en pareil cas, prévenir le scandale apparent ou réel d'un acquittement pur et simple, malgré l'existence reconnue et la manifestation extérieure de la tentative. Quoi qu'il en soit de cette dernière opinion, le Gouvernement ne crut pas devoir faire modifier la loi sur une matière aussi délicate, et les choses restèrent, et sont encore aujourd'hui, à cet égard fixées par le Code pénal.

На ряду съ этими прямыми свидѣтельствами о существованіи убѣжденія о наказуемости приготовленія у французскихъ юристовъ разсматриваемой эпохи, мы располагаемъ и косвенными указаніями на то же явленіе. Французскіе юристы конца двадцатыхъ и начала тридцатыхъ годовъ, признавая безнаказанность приготовительныхъ дѣйствій, вовсе не считаютъ, однако, этого положенія за ясный и несомнѣнный выводъ изъ текста закона, а признаютъ его за принципъ, вытекающій изъ общихъ положеній права и, въ качествѣ такового, нуждающійся въ спеціальному догматическому и политическому обоснованіи. Въ доктринѣ этого времени, мы встрѣчаемъ воодушевленную пропаганду признанія начала безнаказанности приготовленія. приведеніе многочисленныхъ доводовъ въ пользу его справедливости, такъ что, какъ можно убѣдиться изъ предыдущаго (§ 3), аргументы ученыхъ этого періода и до сихъ поръ составляютъ собою главное содержаніе ученія объ основаніяхъ безнаказанности приготовленія къ преступленію. Это доказываетъ, что положе-

этой эпохи все еще раздѣляетъ старый взглядъ на покушеніе, какъ на дѣйствіе, начинающее выполнение преступленія, или подготавливающее его реализацію, и, находясь подъ вліяніемъ реакціи, не обнаруживаетъ склонности къ рецепціи, предложеннаго положительнымъ правомъ, болѣе прогрессивнаго воззрѣнія на этотъ предметъ.

Въ такомъ же своеобразномъ отношеніи находятся ученія тогдашней доктрины къ положеніямъ кодекса и въ области установленія началъ наказуемости покушенія ¹⁾. Уложение 1810 г. карало покушеніе наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ и знало одно только специальное основаніе отпаденія отвѣтственности за покушеніе—добровольный отказъ виновнаго отъ доведенія преступленія до конца. Подобное постановленіе заключало въ себѣ гарантію достаточной суровости репрессіи покушенія и, если бы реакціонное направленіе этой эпохи преслѣдовало цѣль установленія вообще какой либо суровой системы наказуемости предварительной дѣятельности, то оно могло бы ограничиться воспроизведеніемъ соотвѣтствующаго положенія закона. Но, какъ замѣчено, это направленіе, проводя реакціонныя начала, имѣло въ виду не столько установить суровую систему репрессіи покушенія вообще, сколько усилить суровость соотвѣтствующихъ положеній гуманитарнаго направленія XVIII вѣка. Отсюда, своеобразное рѣшеніе имъ вопроса о наказуемости покушенія: удерживая принципъ редуцированной наказуемости покушенія, провозглашенный гуманитарнымъ направленіемъ, сторонники реакціи усиливаютъ строгость наказаній за покушеніе путемъ отмѣны начала безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія. Добровольный отказъ отъ покушенія, по ученію этихъ

ніе о безнаказанности приготовленія еще и въ началѣ тридцатыхъ годовъ XIX вѣка, несмотря на рецепцію его французскимъ кодексомъ, не представляло собою общепризнаннаго положенія во Франціи и что, для обезпеченія признанія его, корифеямъ тогдашней французской науки, въ особенности, знаменитому криминалисту Росси, пришлось затратить немало энергіи.

¹⁾ Le Graverend, I, p. 95 Rem. 1. La tentative du crime, manifestée par des actes extérieurs, suivie d'un commencement d'exécution, et suspendue par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, serait punie d'une peine d'un degré immédiatement inférieur à celle du crime consommé. Quoique le hasard seul ait empêché l'exécution, on ne peut nier que le trouble ne soit moindre, et cela doit être pris en considération. Lelievre, p. 246, 247, 291, 292.

юристовъ, можетъ приводить только къ пониженію наказаній за покушеніе ¹⁾).

XII. Вслѣдъ за эпохою господства реакціонныхъ ученій, въ двадцатыхъ годахъ истекшаго столѣтія, начинаетъ пріобрѣтать все болѣе и болѣе значенія гуманный взглядъ на наказуемость покушенія, существенно смягчающій провозглашенныя предшествующей группою юристовъ положенія. При этомъ, происходитъ перемѣна не только въ идейной основѣ прежней системы репрессіи покушенія, но измѣняется и техника формулировки этой системы. Анализъ ученій этого періода показываетъ, что они оказываются уже несравненно болѣе близкими къ той системѣ нормировки покушенія, которая нашла себѣ выраженіе въ уложеніи 1810 года, чѣмъ къ идеямъ гуманистовъ XVIII вѣка. Къ разсматриваемому времени, кодексъ 1810 года успѣваетъ уже настолько перевоспитать правосознаніе французскихъ юристовъ, что ученые, проводя гуманныя начала права, примыкаютъ уже къ положительному праву, развивая и дополняя его прогрессивные элементы (положенія о составѣ покушенія и о спеціальныхъ основаніяхъ отпаденія отвѣтственности за покушеніе) и ограничивая кругъ дѣйствія его регрессивныхъ элементовъ (положенія о размѣрѣ отвѣтственности за покушеніе).

Такъ, въ области ученія о составѣ покушенія, криминалисты разсматриваемаго періода присоединяются ко всѣмъ ограниченіямъ объема покушенія, которыя заключаются въ уложеніи 1810 года и исключаютъ приготавительныя дѣйствія изъ области наказуемой предварительной дѣятельности ²⁾).

¹⁾ Le Graverend. I, p 95 Rem. 1; Lelievre, p. 350: Ceterum, licet ex nostra sententia delinquens qui nulla vi externa coactus, sed vera poenitentia, vel poenae metu motus a consilio destitit, ab omni poena non sit liberandus, ex altera parte tamen aequitas postulat, ut multo levius coerceatur, ac si casus fortuitus executionem impedisset..

²⁾ Carnot. Commentaire sur le code pénal, I, 1823, p. 14; Rossi, Traité de droit pénal, II, 1872 (1 éd. 1829), p. 129, 133; Chauveau-Hélie, Théorie du code pénal, I, 1861 (1 éd. 1834), p. 369; Boitard, Leçons de droit criminel, 1867 (1 éd. 1835), p. 28; Trébutien, Cours élémentaire de droit criminel, I, 1854, p. 96; Rauter, Traité théorique [et pratique] du droit criminel, I, 1836, p. 198. Bertauld, Cours de code pénal et leçons de législation criminelle, 1873 (1 éd. 1855), p. 218; Ortolan, Eléments de droit pénal, 1859 (1 éd. 1856), p. 410; Le Sellyer, Traité de la criminalité, de la pénalité et de la responsabilité, I, 1867, p. 25; Lainé, Traité élémentaire de droit criminel, 1879, p. 109; Villey, Précis d'un cours de droit criminel, 1891 (1 éd. 1888).

Въ составѣ покушенія, различается покушеніе прерванное или неоконченное покушеніе, къ которому относятся случаи неоконченнаго выполненія виновнымъ необходимыхъ для реализаціи преступленія дѣйствій, и неудавшееся преступленіе или оконченное покушеніе, которое обнимаетъ собою случаи безрезультатнаго выполненія субъектомъ всего необходимаго, съ его стороны, для реализаціи преступленія 1).

При опредѣленіи области наказуемости покушенія, большинство криминалистовъ присоединяется къ закону и признаетъ покушеніе наказуемымъ при преступленіяхъ въ техническомъ смыслѣ всегда а при проступкахъ—только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ 2). Лишь весьма немногіе ученые подвергаютъ это положеніе критикѣ, указывая на его произвольность 3) и на техническія его неудобства 4).

Законныя начала наказуемости покушенія подвергаются весьма существенной переработкѣ. Воспроизводя начало безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, криминалисты не ограничиваются ссылкой на это спеціальное основаніе отпаденія наказуемости покушенія 5) и приводятъ, сверхъ того, и другія основанія этого рода. По взгляду французской юриспруденціи этого времени, покушеніе должно быть оставляемо безъ наказанія и въ томъ случаѣ, когда оно не причинило результата, вслѣдствіе совершенной негодности, примѣненныхъ виновнымъ, средствъ. Господствующее, въ доктринѣ и практикѣ, направленіе признаетъ негодность средствъ за объективное

p. 91; Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, I, 1888, p. 291; Lacointa. De la criminalité morale et légale spécialement de la tentative et du mefait manqué, Revue critique de législation et de jurisprudence, XXIII, 1863, p. 441.

1) Bertauld, p. 196, 197; Ortolan, p. 412; Lacointa, l. c. p. 451; Lainé, p. 112, 126; Villey, p. 90; Garraud, I, p. 295.

2) Carnot, I, p. 20, 21; Rauter, I, p. 199; Morin, Dictionnaire du droit criminel, 1842, p. 749; Répertoire, II, p. 750; Trébutien, I, p. 103 Bertauld, p. 216; Blanche, I, p. 37; Lainé, p. 123; Villey, p. 94; Garraud, I, p. 306, 309.

3) Boitard, p. 36, Ortolan, p. 432, 433; Bernard, Revue critique de législation et de jurisprudence, XX, 1862, p. 465.

4) Rossi, II, p. 173, 174.

5) Carnot, I, p. 13; Rossi, II, p. 177; Chauveau - Hélie, I, p. 370; Rauter I, p. 201; Boitard, p. 32; Morin, Dictionnaire, p. 749; Répertoire, II, p. 748; Trébutien, I, p. 99. Bertauld, p. 196, 215; Ortolan, p. 412; Blanche, I, p. 28; Lacointa, l. c. p. 449; Le Sellyer, I, p. 60; Lainé, p. 117; Villey, p. 95; Garraud, I, p. 293.

условіе отпаденія наказуемости покушенія и освобождаетъ виновнаго отъ отвѣтственности, совершенно безотносительно къ тому, были ли негодныя средства употреблены имъ по ложному убѣжденію въ ихъ пригодности, или же они были примѣнены имъ по случайной ошибкѣ ¹⁾. Въ пользу наказуемости употребленія негодныхъ средствъ по случайной ошибкѣ, высказываются только единичныя мнѣнія ²⁾.

Слѣдующимъ спеціальнымъ основаніемъ отпаденія отвѣтственности за покушеніе, французская юриспруденція этого времени признаетъ негодность объекта совершеннаго посягательства. Этотъ взглядъ нашель себѣ признаніе и въ доктринѣ и въ практикѣ французскаго права ³⁾.

Наконецъ, юристы этого времени выдѣляютъ въ особую рубрику еще и покушеніе надъ отсутствующимъ объектомъ, причемъ, на протяженіи этого періода, происходитъ три смѣны воззрѣній на юридическое значеніе этого вида покушенія. Ранніе представители этого періода полагаютъ, что отсутствіе объекта посягательства въ предположенномъ мѣстѣ не имѣетъ никакого юридическаго значенія и не освобождаетъ виновнаго отъ наказанія ⁴⁾. Представители середины разсматриваемой эпохи высказываютъ противоположный взглядъ и провозглашаютъ начало безнаказанности покушенія надъ отсутствующимъ объектомъ, которое и отстаивается большинствомъ французскихъ криминалистовъ въ это время ⁵⁾. Но въ концѣ періода, это рѣшеніе

¹⁾ Rossi, II, p. 153; Chauveau-Hélie, I, p. 383; Rauter, I, p. 193; Trébutien, I, p. 93.

Bertauld, p. 205; Ortolan, p. 419, 431; Blanche, I, p. 8; Lacoïnta, I, c. p. 474; Le Sellyer, I, p. 42; Lefort, De la tentative des crimes impossibles, Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger, II, 1878, p. 162; Lainé, p. 107, 129; Villey, p. 98; Garraud, I, p. 304. Въ томъ же смыслѣ рѣшенія судовъ: Rouen (Ср., Blanche, Etudes pratiques sur le code pénal, I, 1861, p. 11) Riom, 25 avr. 1855; того же взгляда, придерживался и касс. судъ. Cass. 29 nov. 1812; 4 févr. 1814.

²⁾ Ср. рѣшеніе суда, Agen, 8 déc. 1849.

³⁾ Rossi, II, p. 152; Chauveau-Hélie, I, p. 383; Rauter, I, p. 185. Ср. также рѣшенія касс. суда: Cass. 29 nov. 1812; 16 oct. 1817; 17 mars 1827; 15 avr. 1830; 29 janv. 1852; 20 janv. 1853; 24 juin 1858; 7 oct. 1858; 6 janv. 1859; 4 févr. 1859. Bertauld, p. 205; Ortolan, p. 417, 431; Lacoïnta, I, c. p. 474; Lefort, I, c. p. 162; Lainé, p. 107, 129; Villey, p. 98; Garraud, p. 301. Въ томъ же смыслѣ, рѣшеніе кассационнаго суда. Cass. 6 janv. 1859.

⁴⁾ Carnot, I, p. 16; рѣшеніе кассац. суда: Cass. 29 oct. 1813.

⁵⁾ Chauveau-Hélie, I, p. 383; Trébutien, I, p. 93; Bertauld, p. 206; Blanche, I, p. 12; Lacoïnta, I, c. p. 474; Lefort, p. 161, 162; Lainé, p. 132, 134; Garraud, I, p. 304. Въ томъ же смыслѣ, рѣшеніе суда—Chambery, 20 janv. 1877.

вопроса подвергается критикѣ и французская практика возвращается къ прежнему взгляду на наказуемость покушенія надъ отсутствующимъ объектомъ ¹⁾).

Что касается размѣра наказуемости покушенія, то лишь немногіе ученые воспроизводили, безъ протеста, положеніе закона о равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія ²⁾). Большинство признаетъ допустимымъ примѣненіе полной мѣры наказанія только къ тому виду покушенія, который былъ извѣстенъ подъ названіемъ оконченнаго покушенія или неудавшагося преступленія ³⁾). Покушеніе неоконченное, по мнѣнію этихъ криминалистовъ, должно караться менѣе сурово, чѣмъ оконченное преступленіе ⁴⁾). Еще болѣе прогрессивный взглядъ отстаиваютъ третьи криминалисты, высказываясь въ пользу редуцированной наказуемости всѣхъ вообще видовъ покушенія ⁵⁾).

XIII. Мы видѣли, что начало равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія, появившееся во французскомъ правѣ, какъ результатъ реакціи общества противъ великой революціи, никогда не встрѣчало сочувствія во французской доктринѣ. Правда, нѣкоторые изъ криминалистовъ воспроизводили это положеніе кодекса 1810 года и иногда даже пробовали отстаивать его, но большинство французскихъ ученыхъ энергично протестовало противъ распространенія его дѣйствія на всѣ случаи покушенія. Наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ, по мнѣнію большинства, можетъ караться только оконченное покушеніе; наказуемость неоконченнаго покушенія должна быть, во всякомъ случаѣ редуцированной. Мало того, нѣкоторые юристы настаивали на полномъ упраздненіи начала равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія и замѣнѣ его принципомъ редуцированной наказуемости всякаго вообще покушенія. По-

¹⁾ Рѣшеніе кассац. суда: 4 nov. 1876; 12 avr. 1877.

²⁾ Blanche, I, p. 7; Lacoïnta, I. c. p. 455; Rauter, I, p. 203.

³⁾ Carnot, I, p. 12; Chauveau-Hélie, I, p. 381, 382; Boitard, p. 33; Morin Répertoire, II, p. 747; Trébutien, I, p. 104; Bertauld, p. 197; Bernard, I. c. p. 465; Le Sellyer, I, p. 40; Lainé, p. 112, 126; Villey, p. 96.

⁴⁾ Carnot, I, p. 11, 12; Chauveau-Hélie, I, p. 373; Boitard, p. 32; Morin Répertoire, II, p. 747; Trébutien, I, p. 104, 105.

⁵⁾ Rossi, II, p. 150, 158, 183; De Molènes, De l'humanité dans les lois criminelles, 1830, p. 287, 553, 554, 558. Ortolan, p. 413, 414; Garraud I, p. 307

слѣдній взглядъ, высказывавшійся первоначально лишь немногими криминалистами, впослѣдствіи сталъ раздѣляться весьма авторитетными представителями юридической науки. Однако, прежде, чѣмъ онъ успѣлъ получить значеніе господствующаго мнѣнія въ наукѣ, онъ нашелъ себѣ признаніе въ вышедшемъ въ 1889 году проектѣ новаго французскаго уголовного уложенія.

Анализируя постановленія этого проекта, мы видимъ, что онъ сохраняетъ прежнюю формулу покушенія, признавая послѣднее за дѣйствіе, начинающее выполнение преступленія. Приготовление не признается за наказуемый видъ предварительной дѣятельности. Покушеніе наказуется при преступленіяхъ въ техническомъ смыслѣ всегда, при проступкахъ—только въ случаяхъ, особо закономъ предусмотрѣнныхъ.

Наказуемость покушенія, по проекту, менѣе неизбежна, чѣмъ наказуемость оконченнаго преступленія: въ случаѣ добровольнаго отказа отъ покушенія, виновный оставляется безъ наказанія. Покушеніе, прерванное обстоятельствами, отъ воли виновнаго независѣвшими, карается менѣе строго, чѣмъ оконченное преступленіе ¹⁾).

XIV. Изъ изложеннаго видно, что во второмъ періодѣ развитія положеній французскаго права о покушеніи въ XIX вѣкѣ, принципы наказуемости предварительной дѣятельности становились все болѣе и болѣе мягкими и что это время характеризуется пониженіемъ энергіи дѣйствія дополнительныхъ мѣръ правовой мотивации. Но начиная съ девяностыхъ годовъ истекшаго столѣтія, развитіе разсматриваемыхъ нормъ принимаетъ иное направленіе и господствующій теперь взглядъ на репрессію поку-

¹⁾ *Projet de la commission de revision du code pénal (1889). Chapitre VIII. De la tentative. art. 83. Toute tentative de crime ou de délit qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, sera punie conformément aux dispositions suivantes:*

Si la peine prononcée par la loi est la mort, le coupable sera puni de l'emprisonnement perpétuel; si la peine prononcée par la loi est l'emprisonnement perpétuel, le coupable sera puni de l'emprisonnement de dix à vingt ans:

Si la peine prononcée par la loi est l'emprisonnement temporaire ou la détention, le maximum de la peine sera abaissé d'un tiers.

Art. 84. Les tentatives de délit ne sont punissables que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi.

шенія не можетъ быть признанъ за болѣе гуманную, чѣмъ изложенная выше, нормировку предварительной дѣятельности. Объясняется это тѣмъ, что, въ концѣ XIX вѣка, прежнее соотношеніе факторовъ, опредѣляющихъ энергію мотиваціоннаго дѣйствія карательнаго права, рѣзко измѣняется. Въ противоположность прежнимъ принципамъ карательной политики, проводившимъ начало точнаго примѣненія правилъ закона о наказаніяхъ и допускавшимъ значительную свободу при истолкованіи его положеній о покушеніи, современная политика проводитъ начало гуманизации наказаній и усиленія строгости нормъ о покушеніи. Стремясь къ смягченію грубости карательной мотиваціи, современное право выдѣляетъ изъ своего состава тѣ элементы, которые обусловливаютъ собою эту грубость, и замѣняетъ ихъ элементами, усиливающими энергію дѣйствія права, не сообщая ему грубаго характера. Процессъ гуманизации наказаній во Франціи, въ настоящее время достигаетъ весьма значительнаго развитія и приводитъ, также, какъ и въ Германіи, къ преобладанію краткосрочнаго тюремнаго заключенія, въ ряду карательныхъ мѣръ. Понятно, что и политика компенсированія паденія энергіи основныхъ мотиваціонныхъ мѣръ усиленіемъ дѣйствія дополнительныхъ мотиваціонныхъ средствъ, получаетъ яркое выраженіе во французскомъ правѣ. Впрочемъ, упоминая объ усиленіи, въ послѣднее время, строгости постановленій, карающихъ предварительную дѣятельность во Франціи, необходимо сдѣлать слѣдующую оговорку.

Увеличеніе энергіи мотиваціоннаго давленія нормъ, карающихъ неоконченную преступную дѣятельность, какъ мы уже неоднократно указывали, можетъ быть какъ результатомъ возвышенія слѣдующихъ за эту дѣятельность наказаній, такъ и результатомъ усиленія неумолимости наказаній за покушеніе и, конечно, французскіе криминалисты, идя на встрѣчу вышеуказанной потребности, могли прибѣгнуть какъ къ первому, такъ и ко второму способу ея удовлетворенія. Но усиленіе строгости наказаній за предварительную дѣятельность не гармонировало съ общимъ стремленіемъ эпохи къ пониженію суровости наказаній и потому общественная мысль не только не прибѣгла къ нему, но, напротивъ, послѣдовала прямо противоположному приему и провозгласила начало редуцированной наказуемости всякаго вообще покушенія. Тѣмъ болѣе единодушія должны были проявить криминалисты, при примѣненіи второго приема усиленія

дѣйствія нормъ о покушеніи. И, дѣйствительно, изученіе развитія положеній о покушеніи въ этомъ періодѣ убѣждаетъ въ значительномъ усиленіи неумолимости наказаній за покушеніе: въ этомъ періодѣ, уже болѣе не признается безнаказанности покушенія съ негодными средствами, покушенія надъ негоднымъ объектомъ и покушенія надъ отсутствующимъ объектомъ.

Обращаясь къ болѣе подробному разсмотрѣнію возрѣній современныхъ криминалистовъ на покушеніе, мы видимъ, что они, по-прежнему, исключаютъ приготовленіе изъ области наказуемаго покушенія ¹⁾ и признаютъ наказуемымъ покушеніемъ только начало исполненія преступленія ²⁾. Въ составѣ покушенія различается покушеніе оконченное (неудавшееся преступленіе) и покушеніе неоконченное или прерванное покушеніе ³⁾. Покушеніе наказуется при преступленіяхъ въ техническомъ смыслѣ всегда, при проступкахъ—только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ ⁴⁾.

Покушеніе освобождается отъ наказанія въ случаѣ добровольнаго отказа виновнаго отъ продолженія преступной дѣятельности ⁵⁾. Но прежній, освященный шестидесятилѣтней традиціей, взглядъ на значеніе негоднаго покушенія утрачиваетъ

¹⁾ Normand, *Traité élémentaire de droit criminel*, 1896, p. 145, 148; Roux, *De la tentative*, *Bulletin de l'Union internationale de droit pénal*, VI, 1897, p. 343; Laborde, *Cours de droit criminel*, 1898 (1 éd. 1891), p. 69; Vidal, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 1901 (1 éd. 1895), p. 129; Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, I 1898 (2 éd.), p. 373; Garraud, *Précis de droit criminel*, 1907, p. 139; Champcommunal, *Étude [critique de législation comparée sur la tentative]*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Nouvelle série, XXIV, 1895, p. 50; Garçon, *Code pénal annoté*, I, 1901, p. 19; Foignet-Dupont, *Manuel élémentaire de droit criminel*, 1907, p. 51; Degois, *Traité élémentaire de droit criminel*, 1911, p. 147.

²⁾ Normand, p. 149; Laborde, p. 67; Vidal, p. 130; Champcommunal, I. c. p. 55; Garraud, I, p. 382; Précis, p. 141; Garçon, I, p. 19; Foignet-Dupont, p. 50; Degois, p. 151.

³⁾ Laborde, p. 71; Vidal, p. 130; Garraud, I, p. 386; Précis, p. 147; Champcommunal, p. 58; Gallet, p. 218; Foignet-Dupont, p. 52; Degois, p. 150.

⁴⁾ Normand, p. 153, 154; Laborde, p. 77; Vidal, p. 140; Garraud, I, p. 409; Précis, p. 158; Champcommunal, p. 105; Garçon, I, p. 18; Foignet-Dupont, p. 54, 55; Degois, 159.

⁵⁾ Normand, p. 150; Laborde, p. 69; Vidal, p. 130; Garraud, I, p. 383; Précis, p. 145; Gallet, p. 310; Champcommunal, p. 59; Garçon, I, p. 22; Foignet-Dupont, p. 51; Degois, p. 147.

свое господство. Лишь немногіе криминалисты придерживаются прежнихъ взглядовъ на значеніе употребленія негодныхъ средствъ ¹⁾. Большинство юристовъ придерживается совершенно иной точки зрѣнія на этотъ предметъ. Господствовавшее въ пятидесятихъ годахъ воззрѣніе освобождало употребленіе негодныхъ средствъ отъ наказанія въ томъ только случаѣ, когда оно было вызвано суевѣріемъ виновнаго или крайней глупостью его ²⁾. Господствующій въ настоящее время взглядъ признаетъ наказуемыми всѣ безъ исключенія случаи употребленія негодныхъ средствъ ³⁾.

Аналогичная перемѣна происходитъ и въ воззрѣніяхъ на значеніе негодности объекта при покушеніи. Ранніе представители этого періода признаютъ это обстоятельство за основаніе освобожденія виновнаго отъ отвѣтственности ⁴⁾. Господствующій въ настоящее время взглядъ высказывается въ пользу наказуемости покушенія надъ негоднымъ объектомъ ⁵⁾.

Наконецъ, согласно ученію большинства представителей современной французской юриспруденціи не освобождается отъ наказанія и покушеніе на отсутствующій объектъ ⁶⁾ и противоположный взглядъ находитъ себѣ теперь лишь немногихъ представителей ⁷⁾.

Въ заключеніе необходимо замѣтить, что въ настоящее время во Франціи пріобрѣлъ господство взглядъ, отстаивающій принципъ редуцированной наказуемости всякаго вообще покушенія и большинство современныхъ ученыхъ высказывается въ пользу

¹⁾ Normand, p. 149, 152, 153; Roux, p. 343.

²⁾ Garraud, I, p. 401; Gallet, p. 297; Calon, Étude sur la tentative des crimes impossibles, 1907, p. 71—73; Champcommunal, p. 95.

³⁾ Vidal, p. 139; Garraud, Précis, p. 154; Foignet-Dupont, p. 53, 54; Degois, p. 157.

⁴⁾ Normand, p. 152, 153; Roux, p. 342, 343; Garraud, I, p. 400; Précis, p. 155; Laborde, p. 75; Champcommunal, p. 95.

⁵⁾ Vidal, p. 139; Gallet, p. 274, 293; Calon, p. 43; Garçon, p. 25; Foignet-Dupont, p. 53, 54; Degois, p. 157.

⁶⁾ Vidal, p. 139; Garraud, I, p. 394; Précis, p. 153; Champcommunal, p. 96; Garçon, p. 25; Foignet-Dupont, p. 53, 54; Degois, p. 152. Рѣшенія французскихъ судовъ: Cass. 4 janv. 1895; Orléans, 19 fevr. 1895.

⁷⁾ Laborde, p. 74, 75; Roux, p. 344, допускаетъ наказуемость покушенія на отсутствующій объектъ въ томъ только случаѣ, когда существовала опасность реализаціи посягательства.

смягченной наказуемости какъ неоконченнаго, такъ и оконченнаго покушенія ¹⁾),

§ 12. Историческое развитие постановлений русскаго права о наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

1. Развитие постановлений о покушеніи въ русскомъ правѣ обладаетъ особенностями, существенно отличающими его отъ хода развитія этихъ положеній на Западѣ. Подобно другимъ правамъ древняго періода, древнѣйшее русское право не знаетъ наказуемости неоконченной преступной дѣятельности и преступныя попытки наказываются имъ лишь постольку, поскольку онѣ нарушаютъ самостоятельныя правовыя блага и воплощаютъ въ себѣ признаки оконченныхъ преступленій. Но и послѣ минованія примитивной стадіи развитія уголовного права и послѣ перехода карательной власти въ руки государства, русскому праву, въ отличіе отъ разсмотрѣнныхъ выше западныхъ правъ, въ продолженіи долгаго времени, остаются чуждыми начала репрессіи покушенія. Объясняется это тѣмъ, что необходимость въ усиленіи дѣйствія карательнаго права, возникшая въ эпоху объединенія Руси, была удовлетворена при помощи усиленія жестокости уголовныхъ наказаній, въ силу чего и въ созданіи специальныхъ мѣръ дополнительнаго правового давленія не было нужды. Принципъ наказуемости предварительной дѣятельности былъ усвоенъ нашимъ правомъ лишь гораздо позднѣе и появленіе его у насъ стояло въ связи съ процессомъ общей гумани-

1) Rivière, Frankreich, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung (herausgegeben v. Liszt), I, 1894, s. 438; Normand, p. 150, 151; Roux, p. 346; Garraud, I. p. 407; Laborde, p. 69, 70; Champcommunal, p. 108, 109; Foignet-Dupont, p. 55. Vidal, p. 127, органичивается воспроизведеніемъ текста закона.

Впрочемъ, и въ настоящее время существуетъ группа юристовъ, утверждающихъ, что покушеніе должно подлежать тому же наказанію, что и оконченное преступленіе. Ср. Gallet, p. 36, 344—349; Saleilles, L'individualisation de la peine, 1898, p. 201; Garçon, I, p. 27; Garraud, Précis, p. 135, 137; Garraud, Dans quelle mesure faut-il attacher plus d'importance aux facteurs psychiques qu'aux effets matériels, Bull. de l'Union intern. de droit pénal, X, 1902, p. 102; Gauckler, De l'importance à attribuer dans la loi criminelle aux éléments psychiques du crime par comparaison avec ses conséquences matérielles, ibid, X, 1902, p. 434; Degois, p. 160. О причинѣ появленія подобнаго воззрѣнія и о социальномъ значеніи его, мы будемъ говорить подробно вполсѣдствіи.

зації нашего права и смягченіемъ грубости исходящихъ отъ чего мотивовъ. Наказуемость покушенія устанавливается у насъ одновременно съ пониженіемъ суровости наказаній въ видахъ компенсаціи обусловленнаго послѣднимъ чрезмѣрнаго ослабленія дѣйствія карательнаго права.

Институтъ наказуемости покушенія у насъ возникъ не сразу и исторія появленія соотвѣтствующихъ постановленій распадается на два періода. Первый періодъ относится къ петровской эпохѣ и характеризуется появленіемъ въ нашемъ правѣ понятія о покушеніи при нѣкоторыхъ отдѣльныхъ преступленіяхъ (убійствѣ, самоубійствѣ, изнасилованіи, воровствѣ и т. п.). Эти постановленія, однако, не пускаютъ корней въ наше правѣ и долго остаются сингулярными постановленіями, не стоящими въ связи съ общею системою права. Второй періодъ относится къ началу XIX вѣка и ознаменовывается появленіемъ у насъ понятія о покушеніи, какъ объ общей формѣ преступности, и къ этому времени относится окончательная рецепція нашимъ правомъ института наказуемости предварительной дѣятельности.

Памятники перваго изъ указанныхъ періодовъ — Воинскій и Морской Уставы Петра Великаго—относятъ къ наказуемому покушенію не только дѣйствія, начинающія выполненіе преступленія, но и приготовительныя дѣйствія ¹⁾. Покушеніе карается только въ случаѣ перерыва его по обстоятельствамъ, отъ воли виновнаго независѣвшимъ ²⁾. При опредѣленіи размѣра отвѣт-

¹⁾ Морской Уставъ, Кн. V, гл. XV, ст. 107: Всѣмъ убійцамъ и намѣреннымъ на то смертная казнь. Всѣ убійцы или намѣренные ко убивству будутъ казнены смертію. Толкованіе:... Равно же разумѣтся и о тѣхъ, которые, хотя не ружьемъ, но отравою убивство учинятъ, или учинить намѣрены... Толкованіе къ Арт. 185 Арт. Воинскаго.

²⁾ Толкованіе къ ст. 107, гл. XV, кн. V Морск. Устава: Убивство двоякое есть: одно безъ вымыслу во время драки, другое же съ вымыслу коли противникъ ничего ему не дѣлаеть, и тако съ вымысломъ убивство, также и намѣреніе; но убивство, которое воспрепятствуется не отъ его воли, но другою причиною помѣшено будетъ, и таковое оба безъ всякія пощады будутъ казнены смертію; Морской Уставъ. Кн. V, гл. XV, ст. 117. Кто самъ себя убьеть. Кто захочеть самъ себя убить и его въ томъ застануть, того повѣсится на райнѣ; а ежели кто самъ себя уже убьеть; тотъ и мертвой за ноги быть имѣеть. Толкованіе къ арт. 164 Артикула Воинскаго. Ежели солдатъ пойманъ будетъ въ самомъ дѣлѣ, что хотѣлъ себя убить, и въ томъ ему помѣшали, и того исполнить не могъ,... онаго казнить смертію.

ственности за покушение, проводилось различіе между отдѣльными видами преступленій. Покушеніе на изнасилованіе или воровство каралось мягче, чѣмъ оконченное преступленіе ¹⁾. Покушеніе на болѣе тяжкія преступленія, по общему правилу, наказывалось наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ ²⁾. Исключеніе составляло покушеніе на квалифицированное убійство, которое, какъ бы оно ни было близко къ окончанію преступленія, всегда влекло за собою меньшее наказаніе, чѣмъ оконченное преступленіе ³⁾.

Какъ уже замѣчено, постановленія петровской эпохи о покушеніи, съ исторической точки зрѣнія представляютъ собою результатъ случайной рецепціи соотвѣтствующихъ началъ западно-европейскаго права, не оправдывавшейся условіями тог-

¹⁾ Воинскій Артикулъ, Толкованіе къ арт. 167: Начатое изнасилствіе женщины, а не оконченное, наказуется по разсмотрѣнію. Морск. Уст., Толкованіе къ ст. 120, гл. XVI, кн. V: Начатое изнасилствіе, а не кончанное, наказуется по разсмотрѣнію. Толкованіе къ арт. 185, Воинск. Арт.: Ежели кто ворвется безъ оружія или войдетъ въ домъ безъ насильства, въ конюшню или хоромы, или отопретъ сундуки, хоромы воровскими ключами, отъ чего никакого насилія или убійства опасаться не надлежало, онаго шпицрутеномъ яко прочихъ воровъ наказать. Такожъ ежели воръ, правда, ворвется въ намѣреніи украсть, но и въ томъ пойманъ или отогнанъ, или помѣшаетъ ему кто, что ничего съ собою не унесъ, онаго такожъ шпицрутеномъ полегче наказать надлежитъ.

²⁾ Морской Уставъ, Кн. V, гл. XV, ст. 107: Всѣ убійцы или намѣренные ко убивству будутъ казнены смертью. Толкованіе:... таковыя оба безъ всякія пощады будутъ казнены смертью... Само собою разумѣется, что условіе тождества наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія не могло быть соблюдено при преступленіи самоубійства. Ср., Воинск. Арт., арт. 164; Морск. Уст., Кн. V, гл. XV, ст. 117.

³⁾ Простое убійство (Воинск. Арт. 154) и подстрекательство къ нему (Воинск. Арт. 155) карались смертною казнью черезъ отсѣченіе головы. Убійство по подкупу каралось квалифицированной смертною казнью, форма которой была болѣе суровою въ томъ случаѣ, когда преступленіе увѣнчалось успѣхомъ, чѣмъ когда оно осталось безъ результата. Воинск. Арт. 161: А ежели кто для прибыли договорится, найметъ, или дастъ себя подкупить, или готова себя учинить кого убить смертно; тогда оный купно съ тѣмъ, кто его нанялъ, подкупилъ или упросилъ, колесомъ разломанъ, и тѣла ихъ на колеса положены быть имѣютъ. Толкованіе... Ежели тотъ, котораго умертвить хотѣли, подлинно не убить, однакожъ на него нападеніе было, и оный побить или раненъ, то какъ подкупщикъ, такъ и наемщикъ мечами казнены и обоихъ тѣла на колеса положены будутъ.

дашней общественной жизни Россіи. Суровый характер нашей старой карательной системы исключалъ необходимость созданія дополнительныхъ мѣръ правового мотивационнаго давленія и сдѣланный законодателемъ опытъ установленія наказуемости покушенія не принесъ плодовъ. Постановленія о покушеніи Воинскаго Артикула и Морского Устава не стали основою нашего законодательства о покушеніи и, въ теченіе долгаго времени, оставались сингулярными постановленіями, не оказывая никакого вліянія на систему нашихъ уголовно-юридическихъ понятій¹⁾. Покушеніе на преступленіе, въ качествѣ общей формы преступности, становится извѣстнымъ у насъ лишь въ началѣ XIX вѣка, причемъ появленіе его стоитъ въ тѣсной связи съ процессомъ гуманизации карательнаго права. Появленіе мѣръ дополнительнаго мотивационнаго давленія позволило смягчить суровость карательной системы, безъ ущерба для правильнаго теченія общественной жизни и ея развитія.

II. Появленіе сознанія необходимости установленія наказаній за предварительную дѣятельность можетъ быть отмѣчено у насъ уже во второй половинѣ XVIII вѣка и оно стоитъ въ тѣсной связи съ гуманитарнымъ теченіемъ, охватившимъ западную Европу въ то время. Важнѣйшимъ факторомъ, опредѣлившимъ собою распространеніе соответствующихъ идей въ русской юридической наукѣ, была рецепція ученія итальянскихъ гуманистовъ о покушеніи на преступленіе Наказомъ императрицы Екатерины II.

¹⁾ Составители Свода Законовъ, формулируя существо покушенія на преступленіе, ссылаются на цѣлый рядъ постановленій нашего стараго права, какъ на источникъ предлагаемой ими юридической нормы. Этотъ пріемъ способенъ вызвать предположеніе, что наказуемость покушенія и дѣйствительно представляетъ собою институтъ, издавна знакомый нашему праву. Однако, ближайшее изслѣдованіе подлежащихъ цитатъ показываетъ несправедливость подобнаго историческаго предположенія. Изъ приведенныхъ подъ статьями 8 и 9 Свода (изд. 1832 г.) источниковъ только положенія Воинскаго Устава говорятъ о покушеніи. Остальныя же положенія касаются либо угрозъ и заведенія смуты (1682, Дек. 31; 1737, Сент. 30); либо обиды дѣйствіемъ (1787, Апр. 21; 1799, Ноября 12, гл. III § 9); либо бунта (Полевое уложеніе, 1812 г. Янв. 27, § 38, 40); либо обнаженія оружія въ присутственномъ мѣстѣ (Улож. 1649 г. гл. III, ст. 4, 5; гл. X, ст. 15); либо усѣченныхъ (государственныхъ) преступленій (Улож. 1649, гл. II, ст. 1); либо преступленій крѣпостныхъ противъ ихъ господъ (Улож. 1649, гл. XXII, ст. 8). Подлиннымъ источникомъ формулы Свода является не наше старое право, а западно-европейская литература уголовного права.

Согласно взглядамъ этого памятника, попытка совершить преступленіе вовсе не представляется юридически безразличнымъ явленіемъ. Дѣйствіе, которымъ начинается совершеніе преступленія, уже само по себѣ взятое, заслуживаетъ наказанія, такъ какъ существенно необходимо предупреждать уже самыя раннія попытки къ совершенію преступленій ¹⁾. Эти положенія Наказа, вводяшія въ кругъ русскихъ юридическихъ понятій неизвѣстную ему дотолѣ идею о наказуемости предварительной дѣятельности, по характеру своему были въ высшей степени пригодны къ насажденію у насъ соотвѣтствующихъ правовыхъ убѣжденій. Съ одной стороны, уже высокій авторитетъ Наказа, какъ сборника предположеній законодательной власти, обезпечивалъ институту наказуемости покушенія признаніе со стороны русскихъ юридическихъ круговъ. Съ другой стороны, Наказъ не ограничивался приведеніемъ содержанія проектированной имъ нормы, но онъ приводилъ также и основанія, говоряція въ пользу ея установленія, ссылаясь на цѣлесообразность соотвѣтственнаго постановленія. И дѣйствительно, уже въ началѣ XIX вѣка, мы видимъ, что приведенное положеніе Наказа пріобрѣтаетъ нормативный характеръ: юристы ссылаются на него, какъ на источникъ дѣйствующаго права и основываютъ на немъ начало наказуемости покушенія въ нашемъ правѣ.

Но если положенія Наказа представляютъ собою главную основу ученій о предварительной дѣятельности въ русской юриспруденціи начала XIX столѣтія, то они не могутъ быть признаны за единственный ихъ источникъ. Положенія Наказа дали поводъ къ возникновенію у насъ ученій о покушеніи, но при разработкѣ

¹⁾ Наказъ Е. И. В. Екатерины Вторья данный Комиссіи о сочиненіи проекта новаго уложенія, 1770, стр. 135, 156. Ст. 201: Хотя законы и не могутъ наказывать намѣренія, однакожъ нельзя сказать, чтобъ дѣйствіе, которымъ начинается преступленіе, и которое изъявляетъ волю стремящуюся произвести самимъ дѣломъ то преступленіе, не заслуживало наказанія, хотя меньшаго, нежели какое установлено за преступленіе самую вещь уже исполненное. Наказаніе потребно для того, что весьма нужно предупреждать и самыя первыя покушенія ко преступленію: но какъ между сими покушеніями и исполненіемъ беззаконія можетъ быти промежутка времени, то не худо оставить большее наказаніе для исполненнаго уже преступленія, что бы тѣмъ начавшему злодѣянію дать нѣкоторое побужденіе, могущее его отвратить отъ исполненія начатаго злодѣянія. Ст. 201 Наказа представляетъ собою точное воспроизведеніе ученія Беккариа о покушеніи.

этихъ ученій юристы прибѣгали также и къ другимъ источникамъ. Въ частности, въ дѣлѣ выработки у насъ понятія о покушеніи и отдѣльныхъ видовъ его выдающуюся роль сыграли труды германскихъ ученыхъ конца XVIII и начала XIX столѣтій и труды нашихъ ученыхъ, воспроизводившихъ начала германской юридической науки, съ одной стороны ¹⁾, и основанный на ученіяхъ этихъ криминалистовъ проектъ уголовного уложенія 1813 года, съ другой ²⁾.

¹⁾ Ср., напр., Нейманъ, Начальныя основанія уголовного права, 1814, стр. 60 — 62. Покушеніе на преступленіе бываетъ тогда, когда преступленіе, кѣмъ либо предпринятое, не совершенно исполнится. Есть многія степени покушенія. Главнѣйшія изъ нихъ суть: 1) Дѣйствительное совершеніе дѣянія, по общему порядку дѣлъ производящаго нарушеніе безопасности, но по какому нибудь случаю неимѣвшаго тѣхъ вредныхъ послѣдствій, съ которыми сопрягается въ законахъ понятіе сего преступленія и которыя преступникъ хотѣлъ произвести въ дѣйствіе; 2) начатіе самого совершенія преступленія; 3) приуготовленіе къ совершенію онаго другими дѣяніями... должно въ уголовныхъ законахъ опредѣлить наказанія и за одно покушеніе на преступленія: однако же наказанія сіи должны быть менѣе опредѣленныхъ за самое исполненіе преступленій, ибо сими послѣдними безопасность нарушается въ большей степени, нежели однимъ предпріятіемъ преступленія... когда предпринявшій оное добровольно оставитъ свое предпріятіе, его менѣе должно наказывать нежели того, который другимъ образомъ былъ остановленъ въ совершеніи преступленія. Ср., о Нейманѣ, Фельдштейнъ, Главныя теченія въ исторіи науки уголовного права въ Россіи, 1909, стр. 439 и сл.

²⁾ Проектъ уголовного уложенія 1813 г. заключаетъ въ себѣ слѣдующія положенія о покушеніи: § 11. Преступленіе бываетъ или содѣянное или несодѣянное. § 12. Содѣяннымъ преступленіемъ почитается, когда противозаконное дѣяніе самымъ дѣломъ исполнено и довершено. Преступленіемъ несодѣяннымъ почитается: 1) Когда на противозаконное дѣяніе одно только покушеніе было: 2) Когда противозаконное дѣяніе самымъ дѣломъ начато, но еще не совсѣмъ довершено. § 14. Покушеніе тѣмъ важнѣе, чѣмъ болѣе оное приближалось къ совершенію самаго преступленія. § 15. Учинившій покушеніе на преступленіе подлежитъ меньшей отвѣтственности: ежели доказано будетъ, что преступникъ, умысливъ учинить противозаконное дѣяніе и послѣ раскаявшись, или убоясь наказанія, или по другимъ какимъ либо причинамъ, самъ собою оставилъ свое злодѣйственное намѣреніе безъ исполненія, или начавъ уже оное самымъ дѣломъ, оставилъ его недовершеннымъ по собственной своей волѣ. § 16. Покушеніе подлежитъ большей отвѣтственности: ежели преступникъ при содѣянніи имъ преступленія воспрепятствованъ будетъ посторонними и отъ него независящими причинами.

Смыслъ послѣдняго положенія раскрывается при разсмотрѣннй постановленій особенной части проекта о наказуемости покушенія. Изъ этихъ

Наконецъ, третьимъ источникомъ ученій нашей юриспруденціи о покушеніи явились постановленія нашего стараго права. Подъ явнымъ вліяніемъ этихъ постановленій сложились взгляды нашихъ криминалистовъ на наказуемость покушенія, въ частности, правило о различной наказуемости покушеній на легкія и тяжкія преступленія: положеніе о равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія при важнѣйшихъ преступленіяхъ, представляющее собою такое рѣзкое отступленіе отъ завѣтовъ Наказа, обязано своимъ происхожденіемъ именно постановленіямъ нашего права. Отстаивая это положеніе, юристы ссылались, съ одной стороны, на тѣ постановленія нашего права, которыя дѣйствительно касались покушенія — приведенныя выше положенія петровскаго права ¹⁾. Но, съ другой стороны, они приводили въ подкрѣпленіе его и такія положенія нашего права, которыя вовсе не относились къ покушенію, а опредѣляли на-

постановленій явствуетъ, что покушеніе подлежитъ всегда меньшей отвѣтственности, чѣмъ оконченное преступленіе. Ср., § 157. Другіе же участники и вспомогатели бунта и тѣ, которые обличены въ покушеніи на оный (14—17), подвергаются, по мѣрѣ вины своей, вѣчному или временному лишенію свободы и чести по §§ 38, 40, 59 и 65, и другимъ позорнымъ наказаніямъ (вмѣсто смертной казни—§ 155). § 203. Участники такового насилія (§ 17) и обличенные въ покушеніи на оное подвергаются тѣмъ же наказаніямъ, но въ меньшей степени, по мѣрѣ вины. § 341. Обличенный въ покушеніи на жизнь другого наказывается на равнѣ съ содѣявшимъ смертоубійство, ежели по розыску явствуетъ, что произведенное покушеніе было дѣйствительною причиною послѣдовавшей смерти; а ежели смерть не послѣдовала, то на основаніи §§ 13, 14, 15 и 16 налагать наказаніе въ меньшихъ степеняхъ, по мѣрѣ вины. § 342. Равно какъ за покушеніе наказывается и тотъ, кто изъ мщенія или для вынужденія чего либо, угрожалъ другому смертію, но былъ пойманъ при выполненіи умысла, или удержанъ отъ того посторонними обстоятельствами. § 490. За одно покушеніе на сіе преступленіе (противоестественное половое сношеніе) наказывать по Полицейскимъ законамъ. § 517. За одно покушеніе къ разбою или за доказанное составленіе на сей конецъ скопа, или заговора, хотя бы оные и не приведены были въ исполненіе, наказывать главныхъ зачинщиковъ по § 39, по мѣрѣ вины, а прочихъ по § 40, и послѣ наказанія отдавать подъ надзоръ Полиціи. § 536. На томъ же основаніи наказывается покушеніе къ воровству, обнаруженное явными и доказанными къ тому приуготовленіями, и обличенные въ ономъ подвергаются, по мѣрѣ важности преступленія, ближайшему роду наказанія, за участіе слѣдующаго, на основаніи §§ 14, 15, 16 и 17.

¹⁾ Воинскій Артикулъ, 161, 164, 167, 185; Морской Уставъ, Кн. V, гл. 15, ст. 107, 117; гл. 16, ст. 120.

казуемость виновниковъ усѣченныхъ преступленій. Такова ссылка ихъ на постановленія тогдашняго права о посягательствахъ на особу монарха ¹⁾, о государственной измѣнѣ ²⁾ и на нѣкоторыя другія постановленія нашего права ³⁾.

Обращаясь къ разбору первоначальныхъ воззрѣній русскихъ юристовъ на покушеніе по существу, мы убѣждаемся въ большой самостоятельности ихъ обработки. Выработывая ученіе о покушеніи, эти юристы пользуются своими источниками съ большою свободою и независимостью и отдѣльныя положенія послѣднихъ заимствуются ими не буквально, а въ извѣстной, соотвѣтствующей тогдашнему правосознанію, переработкѣ. Критическое отношеніе нашихъ старыхъ юристовъ къ рецепируемому ими институту сообщаетъ ихъ ученіямъ о покушеніи чрезвычайно серьезное историческое значеніе. Въ этомъ ученіи приходится видѣть не простое воспроизведеніе западныхъ воззрѣній на покушеніе, а отраженіе наиболѣе раннихъ русскихъ взглядовъ на наказуемость предварительной дѣятельности.

Преступная предварительная дѣятельность возводится этими юристами на степень самостоятельной формы преступности и неоконченная преступная дѣятельность рѣзко противопоставляется оконченному преступленію ⁴⁾. Къ составу ея относятся только

¹⁾ Уложеніе 1649 года, Гл. II, ст. 1; Артикуль Воинскій, Гл. III, арт. 19; Морской Уставъ, Кн. V, гл. I, 1.

²⁾ Уложеніе 1649 года, Гл. II, ст. 2; Арт. Воинскій, Толкованіе къ арт. 99. Ср. также ст. 83, гл. XII, кн. V, Морск. Устава.

³⁾ Генеральный регламентъ, 1720 года, гл. V, in fine: Ежели кто противъ сего поступитъ и пренебрежетъ: тотъ наказанъ будетъ денежнымъ штрафомъ, а ежели отъ того кому какой вредъ, или убытокъ учинится, то оной на нихъ доправить, какъ въ четвертой главѣ изображено. А въ Государственныхъ дѣлахъ, и то за дѣйствительно принимается, отъ чего убытокъ или вредъ случится могъ, хотя его не было.

⁴⁾ Гореглядъ, Опытъ начертанія російскаго уголовного права, I, 1815, стр. 4. Преступленіе совершенно исполнено, когда всѣ средства, клонящіяся къ произведенію онаго въ дѣйство, употреблены преступникомъ, хотя бы впрочемъ по какимъ либо обстоятельствамъ и не имѣли полного дѣйствія. Преступленіе несовершенно исполнено, когда употреблены не всѣ средства, служащія къ дѣйствительному произведенію онаго. Несовершенно учиненное преступленіе есть покушеніе, коего степени могутъ быть различны. Солнцевъ, Россійское уголовное право, 1820 (изд. Фельдштейна, 1907), стр. 61: Смотри по тому въ дѣйствіе ли самое произведено какое либо преступленіе, или еще дѣйствіемъ самымъ не окончено, преступленія раздѣляются на содѣянные, оконченныя или со-

одни внѣшнія, учиненныя съ намѣреніемъ выполнения преступленія, дѣйствія: преступныя вожделѣнія выдѣляются изъ сферы наказуемыхъ случаевъ покушенія ¹⁾). Но подъ покушеніемъ разумѣются не только дѣйствія, начинающія выполнение преступленія, но и приготовительныя дѣйствія ²⁾). Въ составѣ покушенія различаются покушеніе ближайшее и покушеніе отдаленное. По воззрѣнію однихъ ученыхъ, подъ покушеніемъ ближайшимъ необходимо разумѣть дѣйствія, начинающія выполнение преступленія, а подъ покушеніемъ отдаленнымъ — приготовительныя къ преступленію дѣйствія ³⁾). По взгляду другихъ, понятіе о поку-

вершенныя, и намѣренныя. Преступленіями содѣянными или оконченными (*delicta confecta*) именуется, когда все то, что къ содѣянію преступленія способствуетъ, преступникомъ было предпринято и въ самое дѣйствіе произведено, такъ что и преднамѣренный вредъ отъ того уже послѣдовалъ. Преступленіями несодѣянными, неоконченными, преднамѣренными, (*delicta attentata, effectui non data*) называются тѣ, къ дѣйствительному произведенію коихъ служащія средства еще не всѣ предприняты и употреблены, и когда преднамѣренный преступникомъ вредъ, или по какому либо встрѣтившемуся препятствію, или по другимъ обстоятельствамъ, еще не воспослѣдовалъ. Преступленія сего рода обыкновенно именуется въ наукѣ уголовного права покушеніемъ преступленія (*conatus delinquendi*). Гуляевъ, Россійское уголовное право, 1833, (1 изд. 1826), стр. 18: Преступленія раздѣляются еще на преступленія исполненныя и неисполненныя. Преступленія исполненныя суть тѣ, когда всѣ способы, относящіяся къ преступленію, приведены въ дѣйствіе, не смотря на то, если бы, по обстоятельствамъ, и не достигли свой цѣли. Преступленія неисполненныя состоятъ въ томъ, когда способы къ произведенію преступленія не всѣ употреблены были, и слѣдовательно преступникъ нѣкоторымъ образомъ откладывалъ исполненіе, чувствуя при томъ отвращеніе отъ онаго.

¹⁾ Гореглядъ, стр. 3: Преступныя намѣренія до тѣхъ поръ, пока самимъ дѣломъ не обнаружены и не означаютъ явнаго покушенія на злодѣяніе, не подлежатъ никакому взысканію. Цвѣтаевъ, Начертаніе теоріи уголовныхъ законовъ, 1825, стр. 13: Гдѣ было одно намѣреніе къ преступленію, но не было дѣйствія, тамъ нѣтъ вины.

²⁾ Гореглядъ, стр. 92, 93. Покушеніе бываетъ, когда кто учинить или предприметь такія наружныя дѣянія, кои или прямо стремятся къ совершенію преступленія, или означаютъ приготовленіе къ оному. Гуляевъ, стр. 18, 19: Преступленіе, несовершенно учиненное, называется иначе покушеніемъ, которое есть предпріятіе къ преступленію, остановленное обстоятельствами, или приготоительное только дѣйствіе къ совершенію преступленія. Цвѣтаевъ, стр. 13: Должно разумѣть намѣреніе, не обнаруженное приготовленіями и расположеніями къ предпріятію преступленія...

³⁾ Гореглядъ, стр. 94: Покушеніе раздѣляется: 1) на ближайшее или сильное, и 2) на отдаленное или слабое. Первое есть такое дѣяніе,

шеніи ближайшемъ обнимаетъ собою только случаи покушенія оконченнаго, а всѣ остальные виды предварительной дѣятельности входятъ въ понятіе объ отдаленномъ покушеніи ¹⁾).

Никакихъ особыхъ указаній на область наказуемости покушенія въ сочиненіяхъ этихъ юристовъ мы не находимъ. Можно предполагать, что они допускали наказуемость покушенія при всѣхъ вообще преступленіяхъ.

Наказаніе слѣдуетъ за покушеніемъ съ тою же неизбѣжностью, какъ и за оконченнымъ преступленіемъ и никакихъ специальныхъ основаній отпаденія отвѣтственности за покушеніе юристы разсматриваемаго времени не знаютъ. Въ частности, покушеніе подлежитъ наказанію не только въ случаѣ недобровольнаго оставленія виновнымъ своей преступной дѣятельности, но и въ случаѣ добровольнаго отъ нея отказа. Единственная льгота, на которую можетъ рассчитывать въ послѣднемъ случаѣ виновный— это нѣкоторое пониженіе размѣра его отвѣтственности ²⁾.

съ окончаніемъ котораго совершилось бы преступленіе и которое воспрепятствовано токмо внѣшними обстоятельствами, или же преступникъ по нѣкоторымъ особеннымъ видамъ отложилъ предпріятіе свое до другого времени: второе же состоитъ въ предуготовительныхъ токмо поступкахъ къ главному дѣйствію.

¹⁾ Солнцевъ, стр. 92: Покушеніе на преступленіе (*conatus delinquendi*) правовѣды раздѣляютъ на три степени, а именно на покушеніе отдаленное, менѣе отдаленное и самое ближайшее. 1) Покушеніе отдаленное (*conatus remotus*) состоитъ въ томъ, когда кто либо предпріемлетъ еще приготовительныя только дѣйствія къ совершенію преступленія, напр., когда для умерщвленія кого либо ядомъ еще только изготавляетъ оной и въ семь своемъ приготовительномъ дѣйствіи будетъ кѣмъ либо обнаруженъ. 2) Покушеніе менѣе отдаленное (*conatus proximus, inchoatus delicti*) состоитъ въ томъ, когда кто началъ уже главное дѣйствіе, должствующее и могущее произвести непосредственное противузаконное послѣдствіе, напр., ежели кто для отравы приготовить ядъ, но при подачѣ онаго кому либо въ то самое время что-либо воспрепятствуетъ ему къ совершенію сего преступленія. 3) Самое ближайшее покушеніе (*summus conatus*) состоитъ въ оконченномъ преступномъ предпріятіи (*in conamine perfecto*), но коего ожидаемыя дѣйствія невосплѣдовали по какой либо особенной причинѣ, т. е., когда злодѣй совершитъ всѣ дѣянія, могущія произвести замышленное имъ преступленіе, но оныя на самомъ дѣлѣ не возымѣли по чему либо преднамѣреннаго дѣйствія. Сего однакожъ троякаго раздѣленія покушенія на преступленія въ Россійскихъ положительныхъ законахъ мы не усматриваемъ; но выводимъ только два отличительные онаго вида, а именно: покушеніе отдаленное и покушеніе ближайшее.

²⁾ Гореглядъ, стр. 88 — 90: Вина преступника уменьшается... 4. когда самъ по угрызенію совѣсти раскаялся и оставилъ дальнѣйшее совершеніе преступленія. Цвѣтаевъ, стр. 13: произведенное преступленіе маловажное. тѣмъ паче оставленное.

По общему правилу, покушение карается менѣе строго, чѣмъ оконченное преступленіе. Исключеніе составляютъ покушенія на важнѣйшія преступленія, которыя наказываются наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ ¹⁾).

III. Изложенныя воззрѣнія на существо и наказуемость покушенія господствовали въ нашей литературѣ, вплоть до изданія Свода Законовъ въ 1832 году. Постановленія этого памятника законодательной дѣятельности представляютъ собою дальнѣйшую стадію въ развитіи русскихъ нормъ о покушеніи, характеризующуюся смягченіемъ наказуемости покушенія. Своду Законовъ уже неизвѣстны приведенныя нами выше исключенія изъ принципа редуцированной наказуемости покушенія. Однако, необходимо замѣтить, что постановленія Свода стоятъ въ тѣсной преемственной связи съ изложенными только что ученіями о покушеніи. Знакомство съ этими постановленіями лишній разъ убѣждаетъ въ томъ, что процессъ рецепціи начала наказуемости предварительной дѣятельности закончился въ нашемъ правѣ уже въ началѣ XIX вѣка и что, вслѣдъ за этимъ, развитіе положеній о покушеніи идетъ у насъ самостоятельнымъ путемъ.

¹⁾ Гореглядъ, стр. 94: Покушеніе на самыя важнѣйшія преступленія наказывается на равнѣ, какъ и сіи преступленія. За покушеніе на нѣкоторыя менѣе важныя преступленія опредѣлено легчайшее наказаніе, нежели за дѣйствительное совершеніе оныхъ; о покушеніяхъ же на многія другія преступленія вовсе не упоминается. Солнцевъ, стр. 93: По общему правилу за покушеніе на преступленіе наказаніе полагается меньшее нежели какое установлено за преступленіе самою вещью уже исполненное: однакожъ бываютъ случаи, въ коихъ и за самое покушеніе полагается такое же большое наказаніе, какое постановлено и за самое совершенное преступленіе, а именно, когда большая предлежитъ опасность отъ замышляемаго преступленія или цѣлому государству или даже и частному гражданину, напр., въ случаѣ оскорбленія Величества, бунта, заговора, измѣны, убійства, грабежа, а также преступныя покушенія вопреки воинскихъ законовъ въ смутное или военное время обнаруженныя. Ср., также Солнцевъ, стр. 187. Гуляевъ, стр. 19: Покушеніе на преступленія важнѣйшія, хотя по узаконеніямъ признается наравнѣ съ самимъ преступленіемъ, однако, въ томъ же Наказѣ (ст. 201), покушеніе отъ настоящаго преступленія различается и не признается за равное, въ томъ намѣреніи, чтобъ тѣмъ дать преступнику нѣкоторое побужденіе, могущее его отвратить отъ исполненія начатаго злодѣянія.

Нужно, однако, замѣтить, что нѣкоторые изъ юристовъ не знаютъ этихъ исключеній изъ принципа редуцированной наказуемости покушенія и общимъ образомъ заявляютъ, что «непроизведенное преступленіе маловажнѣе», чѣмъ оконченное. Цвѣтаевъ, стр. 13.

Сводъ Законовъ рѣзко противопоставляетъ покушеніе или предварительную преступную дѣятельность, какъ голому умыслу совершить преступленіе, такъ и оконченному преступленію ¹⁾. Подъ покушеніемъ, онъ разумѣетъ всякую дѣятельность, учиненную съ намѣреніемъ выполнить преступленіе, но не приведшую къ этому результату и подводитъ подъ понятіе о покушеніи не только начало исполненія преступленія, но и приготовительныя преступныя дѣйствія ²⁾.

¹⁾ Св. Зак., Т. XV, Разд. I, гл. 1, отд. 2, ст. 7. При сужденіи объ умысленныхъ преступленіяхъ надлежитъ принимать въ уваженіе различіе между умысломъ къ преступленію, покушеніемъ на оное и самимъ совершеніемъ. Ст. 8. Умысломъ къ преступленію почитается обнаруженное какимъ либо дѣйствіемъ намѣреніе учинить оное, хотя бы притомъ и не было произведено ни самаго преступнаго дѣйствія, ни покушенія на оное.

²⁾ Ст. 9. Покушеніемъ къ преступленію почитается намѣреніе учинить оное, когда намѣреніе сіе обнаружено такимъ дѣйствіемъ, коего необходимымъ слѣдствіемъ было-бы совершеніе преступленія, если-бы сіе совершеніе или не было остановлено собственною волею умышлявшаго, или не было отвращено какимъ либо внѣшнимъ препятствіемъ. Кистяковскій, Учебникъ, 1882, стр. 563, полагалъ, что Св. Зак., въ этой статьѣ, подъ покушеніемъ разумѣетъ не только начало исполненія преступленія, но и приготовленіе къ преступленію. Противъ этого возражаетъ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 141, пр. 35, находя, что, для подобнаго предположенія нѣтъ никакихъ данныхъ въ законѣ. Но внимательный разборъ этого вопроса съ очевидностью показываетъ справедливость перваго мнѣнія. Во-первыхъ, въ Сводѣ есть статья, изъ которой ясно видно, что, по взгляду составителей Свода, къ покушенію относится не только начало исполненія преступленія, но и приготовленіе къ послѣдному. Ст. 117 (128, изд. 1842 г.). Когда покушеніе на преступленіе состоитъ въ дѣяніи, которое само по себѣ, отдѣльно отъ покушенія, не составляетъ преступленія, какъ напримѣръ: когда воръ, войдя въ домъ безъ оружія и безъ насильства въ намѣреніи украсть, но воровства не учинить, тогда сіе покушеніе подлежитъ наказанію... Входъ въ чужой домъ безъ оружія и безъ насилія не представляетъ собою начала исполненія воровства, являясь приготовительнымъ къ воровству дѣйствіемъ. Во-вторыхъ, въ пользу справедливости приведеннаго въ текстъ взгляда говоритъ еще и другое вѣское соображеніе: этотъ взглядъ раздѣлялся современниками Свода и, въ частности, его придерживались и составители уложенія о наказаніяхъ 1845 года. Вводя въ уложеніе опредѣленіе приготовленія къ преступленію, они сознавали, что это постановленіе являлось новостью въ нашемъ тогдашнемъ правѣ (ср., Объясненіе къ проекту, стр. 8), что раньше наше право противопоставляло совершенію преступленія только умыселъ совершенія преступленія и покушеніе на преступленіе. Возводя приготовленіе на степень особаго юридическаго понятія, составители уложенія понимали, что

Сводъ Законовъ не заключалъ въ себѣ никакихъ постановленийъ объ области наказуемости покушенія, признавая, очевидно, покушеніе наказуемымъ при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ.

Покушеніе карается въ тѣхъ же случаяхъ, что и оконченное преступленіе, и специальныхъ основанийъ отпаденія отвѣтственности за покушеніе сводъ не знаетъ. Въ частности, добровольный отказъ отъ покушенія не признается за основаніе осво-

они расчленяютъ прежнія наши юридическія понятія и обогащаютъ число этихъ понятій за счетъ ихъ объема. И хотя, при этомъ, они прямо и не говорятъ, изъ области какого изъ прежнихъ понятій они выдѣляютъ приготовленіе, но изслѣдованіе текста уложенія даетъ намъ точный и опредѣленный отвѣтъ на этотъ вопросъ. Дѣло въ томъ, что, въ зависимости отъ источника заимствованія составителей уложенія, при созданіи понятія о приготовленіи, неизбѣжно должно было быть различнымъ и отношеніе ихъ ко вновь образованной юридической категоріи. Если акты приготовленія выдѣлялись ими изъ области понятія объ обнаруженіи умысла Свода, то категорія приготовительныхъ дѣйствій должна была вырасти въ глазахъ составителей уложенія, сдѣлаться болѣе важною юридическою фигурою, чѣмъ она была раньше, и дѣйствія, подходящія подъ понятіе о приготовленіи, должны были встрѣтить съ ихъ стороны болѣе внимательное отношеніе, чѣмъ прежде. Напротивъ, если приготовленіе выдѣлялось изъ понятія о покушеніи нашего стараго права, то оно должно было встрѣтить, со стороны юристовъ того времени, обратное отношеніе,— значеніе этихъ актовъ должно было упасть въ глазахъ составителей уложенія. И вотъ, изслѣдованіе текста уложенія показываетъ, что авторы его усвоили къ созданной имъ категоріи приготовленія къ преступленію именно второе отношеніе. Пріисканіе или пріобрѣтеніе средствъ для совершенія преступленія, замѣчаютъ они (ст. 10 (8)), признается лишь приготовленіемъ къ оному (курсивъ нашъ). Въ этомъ слѣдуетъ видѣть признаніе составителей уложенія, что производя реформу положеній о предварительной дѣятельности, они умаляютъ значеніе актовъ приготовленія къ преступленію. Интонація приведенной статьи можетъ быть понята лишь при допущеніи того, что акты пріисканія и пріобрѣтенія средствъ для совершенія преступленія, имѣвшіе раньше значеніе покушенія на преступленіе, считаются уложеніемъ только за приготовленіе къ преступленію.

Нельзя, однако, не замѣтить, что и составители уложенія о наказаніяхъ еще не успѣли вполне освободиться отъ взгляда на приготовленіе какъ на форму покушенія на преступленіе. Въ статьѣ 1928 (1457) они говорятъ о причинахъ, воспрепятствовавшихъ виновному перейти отъ приготовленія къ убійству къ настоящему на оное покушенію (курсивъ нашъ), признавая, очевидно, что и приготовленіе къ преступленію представляетъ собою покушеніе, хотя, правда, и не совсѣмъ подлинное, не «настоящее».

божденія виновнаго отъ отвѣтственности и приводитъ только къ нѣкоторому пониженію размѣра наказуемости покушенія ¹⁾).

Покушеніе карается мягче, чѣмъ оконченное преступленіе, совершенно безотносительно къ характеру задуманнаго преступленія и свойствамъ совершеннаго покушенія ²⁾).

IV. Постановленія Свода Законовъ легли въ основу ученій нашихъ криминалистовъ тридцатыхъ и сороковыхъ годовъ о покушеніи. Несмотря на все увеличивавшееся вліяніе западной доктрины на нашу юриспруденцію, русскіе криминалисты того времени, въ своихъ трудахъ, излагали и развивали ученія, соотвѣтствовавшія постановленіямъ нашего положительнаго права. И если уже вскорѣ послѣ изданія Свода, наша наука нашла нужнымъ дополнить положенія его новыми началами, то она сдѣлала это не въ отмѣну воззрѣній русскаго права, а въ развитіе ихъ. Разсматривая ученія, появившіяся въ эпоху дѣйствія Свода, мы замѣчаемъ, что они, воспроизводя вообще положенія Свода о покушеніи, сообщаютъ имъ нѣсколько болѣе гуманный характеръ, возставая противъ прежней неумолимости репрессіи поку-

¹⁾ Ст. 115 (126, изд. 1842). Покушеніе на совершеніе преступленія, неприведеннаго въ дѣйствіе по собственному произволенію, а не по однимъ только внѣшнимъ препятствіямъ, подлежитъ меньшему наказанію, нежели самое совершеніе преступленія. Ст. 117 (128, изд. 1842 г.)... покушеніе хотя и подлежитъ наказанію, но съ уменьшеніемъ въ видѣ его и степени по усмотрѣнію Суда и особенно по уваженію того, самъ ли виновный, одумавшись, удержался отъ совершенія преступленія, остановясь на одномъ покушеніи, или былъ удержанъ и остановленъ внѣшнимъ обстоятельствомъ.

²⁾ Ст. 117 (128, изд. 1842). Когда покушеніе на преступленіе состоитъ въ дѣяніи, которое само по себѣ, отдѣльно отъ покушенія, не составляетъ преступленія, какъ на примѣръ: когда воръ, войдя въ домъ безъ оружія и безъ насильства въ намѣреніи украсть, но воровства не учинить, тогда сіе покушеніе хотя и подлежитъ наказанію, но съ уменьшеніемъ въ видѣ его и степени по усмотрѣнію Суда и особенно по уваженію того, самъ ли виновный, одумавшись, удержался отъ совершенія преступленія, остановясь на одномъ покушеніи, или былъ удержанъ и остановленъ внѣшнимъ обстоятельствомъ.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣяніе виновнаго воплощало въ себѣ признаки самостоятельнаго преступленія, онъ отвѣчалъ только за послѣднее, а не за покушеніе. Ст. 116 (127, изд. 1842 г.). Когда покушеніе на преступленіе само по себѣ составляетъ особое преступленіе, какъ на примѣръ, когда покушеніе къ нанесенію кому либо вреда учинено будетъ поднятіемъ руки или оружія, тогда оно подлежитъ наказанію за то особое преступленіе опредѣленному.

шенія. Криминалистамъ этого времени уже знакомо спеціальное основаніе отпаденія отвѣтственности за покушеніе: по ихъ взгляду, не можетъ подлежать наказанію лицо, совершившее покушеніе съ негодными средствами.

Въ юридическихъ сочиненіяхъ этой эпохи, по-прежнему, отстаивается принципъ безнаказанности преступныхъ вожделній¹⁾, а къ области покушенія на преступленіе относятся не только дѣянія, начинающія исполненіе преступленія, но и приготовительныя дѣйствія²⁾. Область наказуемости покушенія также, какъ и раньше, остается безъ опредѣленія.

Зато въ области ученія о наказуемости покушенія, въ это время, происходятъ существенныя перемѣны. Сохраняя за добровольнымъ отказомъ отъ покушенія значеніе обстоятельства, уменьшающаго отвѣтственность виновнаго³⁾, представители разсматриваемаго періода вырабатываютъ понятіе объ обстоятельстве, устраняющемъ отвѣтственность за покушеніе и оставляютъ виновнаго безъ наказанія, въ случаѣ употребленія имъ, по суетвѣрью, при выполненіи покушенія, негодныхъ средствъ⁴⁾. Наказаніе за покушеніе налагается въ редуцированномъ размѣрѣ, независимо отъ того, носило ли покушеніе неоконченный характеръ или оно было покушеніемъ оконченнымъ⁵⁾.

Такимъ образомъ, уже разборъ сочиненій болѣе старыхъ юристовъ эпохи дѣйствія Свода знакомитъ насъ съ попытками смягченія системы репрессіи предварительной дѣятельности. Еще рельефнѣе выступаетъ это стремленіе въ сочиненіяхъ болѣе молодыхъ ученыхъ этого періода. Положенія о покушенія, въ обработкѣ этихъ юристовъ, получаютъ еще болѣе гуманный характеръ, такъ какъ, истолковывая постановленія нашего права, они гораздо рѣшительнѣе, чѣмъ ихъ предшественники, отступаютъ отъ буквального ихъ смысла. Въ частности, эти юристы

¹⁾ Баршевъ, Общія начала теоріи и законодательства о преступленіяхъ и наказаніяхъ, I, 1841, стр. 21.

²⁾ Баршевъ, II, стр. 153: Напротивъ, преступленіе приготовительное и мы, по примѣру многихъ криминалистовъ, думаемъ принять подъ свою защиту. Несправедливо, дѣйствительно, ограничивать наказаніе за покушеніе только такими дѣйствіями, которыя содержатъ въ себѣ начало совершенія предполагаемаго преступленія. Баршевъ, О мѣрѣ наказаній, 1840, стр. 122.

³⁾ Баршевъ, Начала, II, стр. 135: О мѣрѣ наказаній, стр. 71, 72, 78.

⁴⁾ Баршевъ, Начала, II, стр. 139: О мѣрѣ наказаній, стр. 98, 100.

⁵⁾ Баршевъ, Начала, II, стр. 135, 150, 151: О мѣрѣ наказаній, стр. 69.

видоизмѣняютъ не только прежнія начала отвѣтственности за покушеніе, но высказываютъ новые взгляды и на существо наказуемой предварительной дѣятельности.

Такъ, прогрессивные юристы этого времени не ограничиваются исключеніемъ голаго умысла изъ области наказуемой предварительной дѣятельности ¹⁾ и, по ихъ ученію, уголовныя наказанія, въ видѣ общаго правила, не должны примѣняться и къ приготовительнымъ къ преступленію дѣйствіямъ. Покушеніемъ они признаютъ только дѣйствія, близко граничащія съ совершеніемъ преступленія и составляющія его начало ²⁾. Лишь въ видѣ исключенія, при отдѣльныхъ преступленіяхъ, подлежитъ наказанію и приготовленіе къ преступленію ³⁾.

Высказываясь въ пользу такого ограниченія состава наказуемой предварительной дѣятельности разбираемое направленіе закрѣпляетъ добытые его предшественниками результаты въ области ученія о наказуемости покушенія. Добровольный отказъ отъ покушенія признается за основаніе смягченія наказуемости покушенія ⁴⁾, а употребленіе негодныхъ средствъ по крайнему суевѣрью, — за основаніе, освобождающее виновнаго отъ всякой уголовной отвѣтственности ⁵⁾. Наказуемость покушенія должна быть во всякомъ случаѣ меньшей, чѣмъ отвѣтственность за оконченное преступленіе ⁶⁾.

V. Такимъ образомъ, уже на основаніи изслѣдованія нашей доктрины въ эпоху дѣйствія уголовныхъ постановленій Свода Законовъ, можно убѣдиться въ существованіи неуклоннаго хода измѣненій правовыхъ воззрѣній на наказуемость покушенія, въ направленіи все большаго и большаго ихъ смягченія. Но развитіе нашего права, въ эту эпоху, выражалось не только въ измѣненіи взглядовъ доктрины, но и въ законодательныхъ реформахъ. Въ 1845 году, карательныя положенія Свода Законовъ были замѣнены новымъ уголовнымъ кодексомъ—уложеніемъ о наказаніяхъ 1845 г. Эта законодательная реформа сопровождалась существенными измѣненіями и въ области дѣйствовавшей у насъ системы репрессіи предварительной дѣятельности.

¹⁾ Ратовскій. О покушеніи на преступленіе, 1842, стр. 21.

²⁾ Ратовскій, стр. 95, 96.

³⁾ Ратовскій, стр. 27, 28.

⁴⁾ Ратовскій, стр. 47, 48.

⁵⁾ Ратовскій, стр. 45.

⁶⁾ Ратовскій, стр. 29, 30, 101.

Разсматривая существо тѣхъ постановленій уложенія о наказаніяхъ, которыя опредѣляютъ наказуемость предварительной дѣятельности, необходимо замѣтить, что, вообще говоря, они представляютъ несомнѣнный шагъ впередъ, по пути гуманизации репрессіи соотвѣтствующихъ дѣйствій въ нашемъ правѣ. Но подобная оцѣнка справедлива лишь по отношенію къ общему характеру новыхъ постановленій о предварительной дѣятельности. Разборъ отдѣльныхъ элементовъ предлагаемой ими системы репрессіи показываетъ, что если нѣкоторые изъ нихъ и представляются гораздо болѣе гуманными, чѣмъ соотвѣтствующія части ученія о покушеніи нашихъ старыхъ ученыхъ, то другіе ея элементы находятся въ обратномъ отношеніи къ этимъ ученіямъ и проводятъ болѣе суровыя, чѣмъ они, начала. Причина этого явленія кроется въ томъ, что составители уложенія 1845 года, обрабатывая положенія о наказуемости покушенія, ставили себѣ задачей не развитіе и улучшеніе постановленій нашего права по этому предмету, а переработку и приспособленіе положеній о покушеніи западнаго права, для перенесенія ихъ началъ въ наше право. Въ результатѣ этого и получилась система репрессіи покушенія, представлявшая собою продуктъ модифицированной рецепціи положеній западно-европейскаго права, и не стоявшая въ преемственной связи со сложившимися у насъ взглядами на наказуемость предварительной дѣятельности. При разсмотрѣніи постановленій о покушеніи западныхъ кодексовъ разсматриваемой эпохи, мы видѣли, что усвоенная ими система репрессіи покушенія характеризовалась началами: безнаказанности (въ видѣ общаго правила) приготовленія къ преступленію, безнаказанности добровольно прерванной преступной дѣятельности, безнаказанности покушенія съ негодными средствами и редуцированной наказуемости всѣхъ случаевъ покушенія. Составители уложенія восприняли два первыхъ начала и установили (въ видѣ общаго правила) безнаказанность приготовительныхъ дѣйствій и безнаказанность добровольно прерванной преступной дѣятельности. Но они не считали возможнымъ перенести цѣликомъ всей западной системы репрессіи покушенія въ наше право, ихъ правосознаніе находило ее черезчуръ мягкой и, для сообразованія ея съ условіями русской общественной жизни, они сочли нужнымъ нѣсколько усилить ея суровость, упразднивъ безнаказанность покушенія съ негодными средствами и отмѣнивъ начало редуцированной наказуемости покушенія для случаевъ такъ наз. окон-

ченнаго покушенія ¹⁾. Въ результатѣ такой умѣренной рецепціи началъ западнаго права, получилась система репрессіи покушенія, представлявшая собою несомнѣнный прогрессъ въ развитіи нашихъ постановленій по этому предмету, но не стоявшая въ преемственной связи съ исторически сложившимися у насъ взглядами на наказуемость предварительной дѣятельности.

Переходя къ ближайшему разсмотрѣнію интересующихъ насъ постановленій уложенія о наказаніяхъ, мы видимъ, что оно выдѣляетъ голый умыселъ изъ области предварительной преступной дѣятельности и если составленіе умысла совершить преступленіе и подвергается иногда наказанію, то только въ качествѣ акта, удовлетворяющаго признакамъ самостоятельнаго преступленія ²⁾.

¹⁾ Правда, составители уложенія о наказаніяхъ, сокращая область дѣйствія начала редуцированной наказуемости покушенія, ссылаются на авторитетъ западнаго права и, постановляя, что оконченное покушеніе карается наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ, замѣчаютъ, что въ лучшихъ иностранныхъ законодательствахъ принято сіе правило (Объясненія, стр. 67). Однако, это замѣчаніе не соотвѣтствуетъ дѣйствительности, такъ какъ важнѣйшіе изъ тогдашнихъ кодексовъ не знали вводимаго уложеніемъ о наказаніяхъ начала. Французское уложеніе наказывало всякое покушеніе наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ и потому редакторы нашего уложенія не могли заимствовать изъ него правила о полной наказуемости оконченнаго покушенія. Германскіе же партикулярные кодексы того времени заключали въ себѣ специальную оговорку, что оконченное покушеніе, хотя и карается строже, чѣмъ покушеніе не оконченное, но во всякомъ случаѣ, подлежитъ меньшему наказанію, чѣмъ оконченное преступленіе.

²⁾ Уложеніе о наказаніяхъ. Часть I, Глава I, Отд. II. Объ умыслѣ, о приготовленіи къ преступленію, о покушеніи на оное и о совершеніи преступленія. Ст. 6. При сужденіи о преступленіяхъ умысленныхъ, принимаются въ уваженіе и различаются: одинъ лишь чрезъ что либо обнаруженный на преступленіе умыселъ, приготовленіе къ приведенію онаго въ дѣйство, покушеніе на совершеніе и самое совершеніе преступленія. Ст. 7. Изъявленіе на словахъ, или письменно, или же инымъ какимъ либо дѣйствіемъ, намѣренія учинить преступленіе почитается признакомъ умысла. Къ числу такихъ признаковъ принадлежатъ угрозы, похвалбы и предложенія сдѣлать какое либо зло. Ст. 117. Изъявившій на словахъ или письменно, или же обнаружившій какимъ либо дѣйствіемъ намѣреніе совершить преступленіе, наказывается за сіе, какъ за преступный умыселъ. Случаи, въ коихъ умыселъ, смотря по роду и важности преднамѣреннаго преступленія, назначается наказаніе, именно означены въ законахъ.

Послѣдняя статья помѣщена въ заголовкѣ подъ названіемъ: о наказаніи по мѣрѣ покушенія на преступленіе. Отсюда можетъ показаться,

Предварительная дѣятельность распадается на приготовленіе къ преступленію и покушеніе на его совершеніе. Нормальнымъ видомъ предварительной дѣятельности признается покушеніе, подъ которымъ разумѣется дѣйствіе, начинающее выполненіе преступленія ¹⁾. Въ составѣ покушенія, въ свою очередь, различается покушеніе неоконченное и покушеніе оконченное. Къ послѣднему относятся случаи, въ которыхъ виновный совершилъ все, что онъ могъ считать нужнымъ для приведенія своего намѣренія въ исполненіе, но задуманный имъ результатъ не наступилъ только по особеннымъ, непредвидѣннымъ обстоятельствамъ ²⁾. Иными словами, покушеніе оконченное отождествляется съ неудавшимся преступленіемъ.

Второй видъ предварительной дѣятельности—приготовленіе

что уложеніе о наказаніяхъ разсматриваетъ обнаруженіе умысла какъ видъ предварительной дѣятельности. Подобное мнѣніе было бы неправильнымъ. Покушеніе, по уложенію, не обладаетъ характеромъ родовой формы предварительной дѣятельности: въ статьѣ 6, уложеніе противопоставляетъ другъ другу умыселъ, приготовленіе, покушеніе и совершеніе, какъ совершенно равноправныя, не соподчиненныя другъ другу, понятія. Съ другой стороны, въ особенной части уложенія, преступный умыселъ выступаетъ не въ видѣ разновидности предварительной дѣятельности, а въ видѣ формы проявленія оконченнаго преступления. Ср., ст. 263 (241). Всякое злоумышленіе и преступное дѣйствіе противъ жизни, здравія или чести Государя Императора и всякій умыселъ свергнуть Его съ Престола, лишить свободы и Власти Верховной, или же ограничить права оной, или учинить Священной Особѣ Его какое либо насиліе, подвергаютъ виновныхъ въ томъ: лишенію всѣхъ правъ состоянія и смертной казни. Ст. 264 (242). Злоумышленіе во всѣхъ вышеозначенныхъ видахъ почитается дѣйствительнымъ преступленіемъ 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 изъясненіе своихъ о томъ мыслей и предположеній, или инымъ образомъ, приступилъ къ какому либо для сего приготовленію.

¹⁾ Ст. 10 (8). Покушеніемъ на преступленіе признается всякое дѣйствіе, коимъ начинается или продолжается приведеніе злаго умысла въ исполненіе.

²⁾ Ст. 121. Когда при покушеніи на преступленіе подсудимымъ сдѣлано все, что онъ могъ считать нужнымъ для приведенія своего намѣренія въ дѣйство, и только по особеннымъ непредвидѣннымъ обстоятельствамъ преднамѣренное имъ зло не совершилось, то онъ наказывается столь же строго, какъ и за совершенное вполнѣ преступленіе.

къ преступленію, — разсматривается, какъ экстраординарная форма наказуемой неоконченной дѣятельности. Приготовление опредѣляется какъ присканіе или приобрѣтеніе средствъ для совершенія преступленія и наказывается лишь при нѣкоторыхъ, особо указанныхъ закономъ преступленіяхъ ¹⁾, — а именно, при убійствѣ ²⁾ и при поджогѣ ³⁾.

¹⁾ Ст. 10 (8). Присканіе или приобрѣтеніе средствъ для совершенія преступленія признается лишь приготовленіемъ къ оному. Ст. 118 (112). За приготовленіе къ совершенію преступленія, виновный подвергается наказанію смотря по тому, во первыхъ, употребленныя имъ для сего средства были ль противозаконныя, во вторыхъ, самое приобрѣтеніе сихъ средствъ не было ль 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.

²⁾ Ст. 1928 (1457). За всякія принимаемая для совершенія убійства мѣры, каковы суть: приобрѣтеніе или приготовленіе нужныхъ для того оружія, или иныхъ орудій и снарядовъ, или яда и т. п., когда сіи приготовленія были дѣлаемы съ намѣреніемъ совершить убійство, но однакожь 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 одного года до двухъ лѣтъ.

Когдажь, напротивъ, онъ вполне изобличенъ въ томъ, что лишь обстоятельству воспрепятствовали ему 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, а буде онъ по закону не изъятъ отъ наказаній тѣлесныхъ и къ наказанію плетьюми чрезъ палачей въ мѣрѣ, опредѣленной статьею 22 сего Уложенія для второй степени наказаній сего рода.

³⁾ Ст. 2111 (1611). За приготовленіе къ учиненію поджога присканіемъ, приобрѣтеніемъ или приспособленіемъ нужныхъ для сего матеріаловъ, когда въ умыслѣ на оный виновный достаточно изобличенъ, онъ приговаривается, смотря по роду употребленныхъ имъ для сего приготовленія средствъ, другихъ его притомъ дѣйствій и вообще по обстоятельствамъ дѣла: къ лишенію всѣхъ особенныхъ лично и по состоянію присвоенныхъ ему правъ и преимуществъ и къ ссылкѣ на житье въ губерніи Томскую или Тобольскую съ заключеніемъ на время отъ одного года до двухъ лѣтъ, или безъ оного, или, буде, онъ по закону не изъятъ отъ наказаній тѣлесныхъ, къ наказанію розгами въ мѣрѣ, опредѣленной статьею 35 сего Уложенія для четвертой или пятой степени наказаній сего рода и къ отдачѣ въ исправительныя арестантскія роты гражданскаго вѣдомства на время отъ одного года до четырехъ лѣтъ.

По господствующему въ нашей литературѣ мнѣнію, уложеніе о наказаніяхъ предусматриваетъ еще и приготовленіе къ государственнымъ

Уложение о наказаніяхъ не заключаетъ въ себѣ никакихъ ограниченій области наказуемости покушенія, карая его при всѣхъ преступленіяхъ.

Наказуемость покушенія менѣе неумолима, чѣмъ наказуемость оконченнаго преступленія и, въ случаѣ добровольнаго отказа виновнаго отъ доведенія преступной дѣятельности до конца, онъ освобождается отъ всякой уголовной отвѣтственности¹⁾. При опредѣленіи размѣра наказуемости покушенія, проводится различіе между покушеніемъ неоконченнымъ и оконченнымъ. Первое наказывалось (въ зависимости отъ большей или меньшей степени близости дѣйствія виновнаго къ окончанію преступленія) одною или двумя степенями ниже наказанія, слѣдующаго за оконченное преступленіе²⁾. Покушеніе оконченное каралось наравнѣ съ совершеніемъ преступленія³⁾.

VI. Изъ вышесказаннаго видно, что постановленія уложения о наказаніяхъ о покушеніи, по времени своего появленія, отличались безусловно прогрессивнымъ характеромъ. Однако, по прошествіи 10—15 лѣтъ по изданіи этого уложения, установлен-

преступленіямъ и къ поддѣлкѣ монетъ и денежныхъ знаковъ. Это неправильно. Въ подлежащихъ случаяхъ, нашъ законъ квалифицируетъ дѣятельность виновнаго какъ оконченное преступленіе (преступленіе съ усѣченнымъ составомъ), а не какъ предварительную дѣятельность. Ср., ст. 263 (241), 264 (242), 266 (244), 271 (249), 272 (250), 275 (253), 591 (559) и 606 (573). Сообразно съ этимъ въ соотвѣтственныхъ случаяхъ, не можетъ быть рѣчи о безнаказанности виновнаго, добровольно прервавшаго развитіе своей преступной дѣятельности.

¹⁾ Ст. 119 (113). Когда учинившій приготовленіе къ преступленію или уже покусившійся на оное, остановился при томъ, и по собственной волѣ не совершилъ преднамѣреннаго, то онъ подвергается наказанію лишь въ томъ случаѣ, если содѣянное имъ при семъ приготовленіи и покушеніи есть само по себѣ преступленіе, и только за сіе преступленіе, а не за то, которое онъ былъ прежде намѣренъ совершить.

²⁾ Ст. 120. Мѣра наказанія за покушеніе на преступленіе, когда оно остановлено не по собственной волѣ подсудимаго, а по другимъ незави-сѣвшимъ отъ него обстоятельствамъ, опредѣляется по большей или меньшей близости сего покушенія къ совершенію преступленія, одною или двумя степенями ниже противъ наказанія, постановленнаго за самое совершеніе преступленія.

³⁾ Ст. 121. Когда при покушеніи на преступленіе подсудимымъ сдѣлано все, что онъ могъ считать нужнымъ для приведенія своего намѣренія въ дѣйство, и только по особеннымъ не предвидѣннымъ обстоятельствамъ преднамѣренное имъ зло не совершилось, то онъ наказывается столь же строго, какъ и за совершенное вполнѣ преступленіе.

ная имъ система репрессіи покушенія перестала удовлетворять правовымъ запросамъ нашихъ тогдашнихъ криминалистовъ и изучая литературу шестидесятыхъ годовъ, мы встрѣчаемся съ новыми, еще болѣе гуманными, взглядами на наказуемость покушенія. Криминалисты этого времени высказываются за смягченіе неумолимости репрессіи покушенія и настаиваютъ на расширеніе круга основаній отпаденія отвѣтственности за это дѣяніе.

Примыкая къ закону, доктрина этой эпохи раздѣляетъ предварительную дѣятельность на два вида: покушеніе на преступленіе и приготовленіе къ нему. По общему правилу, наказанію подлежитъ только покушеніе на преступленіе, которое опредѣляется доктриною какъ дѣйствіе, начинающее выполненіе преступленія ¹⁾; какъ дѣйствіе, раскрывающее существо намѣренія преступника ²⁾, или какъ дѣйствіе, являющееся частью объективнаго состава преступленія ³⁾. Въ составѣ покушенія различается покушеніе неоконченное и покушеніе оконченное. Подъ покушеніемъ оконченнымъ, одни ученые, присоединяясь къ закону, разумѣютъ случаи безрезультатнаго выполненія виновнымъ всего, что онъ могъ считать нужнымъ для совершенія преступленія ⁴⁾. Но большинство высказываетъ иной взглядъ и говоритъ объ оконченомъ покушеніи въ тѣхъ только случаяхъ, въ которыхъ виновный совершилъ все, что было нужно для совершенія преступленія (т. е., что требовалось здравымъ смысломъ для причиненія преступнаго результата), но ожидаемый результатъ не наступилъ, только вслѣдствіе непредвидѣнныхъ преступникомъ обстоятельствъ ⁵⁾.

Приготовленіе карается только въ исключительныхъ случаяхъ ⁶⁾, а именно, согласно господствующему взгляду, только

¹⁾ Калмыковъ (+ 1860), Учебникъ уголовного права, 1866, стр. 123; Проскураковъ, Руководство къ познанію дѣйствующихъ русскихъ государственныхъ, гражданскихъ, уголовныхъ и полицейскихъ законовъ, III, 1862, стр. 3; Спасовичъ, Учебникъ уголовного права, 1863, стр. 133, 134; Жиряевъ, Уголовное право, Юридическій Вѣстникъ, 1863, № 4, стр. 17.

²⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, Очеркъ теоріи уголовного права, Юридическій Журналъ, 1860, № 2, стр. 133.

³⁾ Полетаевъ, Граница наказуемости покушенія, Юридическій Вѣстникъ, 1863, № 11, стр. 39, 40.

⁴⁾ Проскураковъ, стр. 21.

⁵⁾ Калмыковъ, стр. 124; Спасовичъ, стр. 132; Чебышевъ-Дмитріевъ, в. с. стр. 134.

⁶⁾ Проскураковъ, III, стр. 21; Спасовичъ, стр. 140, 410; Жиряевъ, стр. 6, 17; Полетаевъ, стр. 32.

при убійствѣ и поджогѣ¹⁾. Но нѣкоторые изъ представителей этого періода высказываютъ иной взглядъ на этотъ предметъ. Въ сознание ихъ проникаетъ убѣжденіе, что нѣкоторыя дѣянія, разсматриваемыя уложеніемъ о наказаніяхъ какъ оконченныя преступленія (преступленія съ усѣченнымъ составомъ) было бы справедливѣе признать за приготовленіе къ преступленію и, въ соотвѣтствіи съ этимъ, назначить за нихъ редуцированное наказаніе, ослабивъ, при томъ, его неумолимость допущеніемъ безнаказанности этихъ дѣяній, въ случаѣ добровольнаго отказа виновника ихъ отъ доведенія ихъ до конца. Отсюда утвержденіе нѣкоторыхъ криминалистовъ, что наше право караетъ приготовленіе не только при убійствѣ и поджогѣ, но и при государственныхъ преступленіяхъ²⁾.

Большинство криминалистовъ не даетъ никакихъ указаній на область наказуемости покушенія. Но нѣкоторые, вопреки положенію закона, признавали справедливымъ наказывать покушеніе только при болѣе тяжкихъ преступленіяхъ³⁾.

При опредѣленіи наказуемости покушенія доктрина этого времени существенно расходится съ закономъ. Разсматривая ея правовыя воззрѣнія, мы убѣждаемся, что они проникнуты стремленіемъ къ расширенію круга спеціальныхъ основаній безнаказанности предварительной дѣятельности. Юристы этой эпохи не только воспроизводятъ положеніе закона о безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія и приготовленія⁴⁾, но большинство ихъ, сверхъ того, настаиваетъ еще и на безнаказанности покушенія съ негодными средствами, при чемъ одни распространяютъ начало безнаказанности на всѣ случаи употребленія негодныхъ средствъ⁵⁾, а другіе допускаютъ освобожденіе виновнаго отъ отвѣтственности лишь въ случаѣ употребленія имъ негодныхъ

¹⁾ Калмыковъ, стр. 438, 454; Проскуряковъ, III, стр. 141, 171.

²⁾ Спасовичъ, стр. 410; Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 132. Мнѣніе Потаева, допускающаго наказуемость приготовленія только при преступленіяхъ государственныхъ (стр. 51) и отрицающаго возможность репрессіи приготовленія при поддѣлкѣ монеты (стр. 51, 64) и убійствѣ (стр. 62, 63), является очевиднымъ воспроизведеніемъ взглядовъ западной доктрины. Это воззрѣніе не оказало вліянія на развитіе нашихъ ученій о покушеніи.

³⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 134.

⁴⁾ Калмыковъ, стр. 123, 127; Проскуряковъ, III, стр. 21; Спасовичъ, стр. 138; Жиряевъ, стр. 18; Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 134.

⁵⁾ Калмыковъ, стр. 124.

средствъ по суевѣрiю ¹⁾). Вопросъ о значенiи употребленiя негодныхъ средствъ при покушенiи обратилъ на себя также и вниманiе практики того времени, при чемъ, въ однихъ случаяхъ, практика разсматривала этотъ видъ покушенiя какъ приготовленiе къ преступленiю и назначала за него наказанiе въ уменьшенномъ размѣрѣ ²⁾, а въ другихъ случаяхъ, она приравнивала этотъ видъ покушенiя къ обычному покушенiю ³⁾. Въ эту эпоху впервые появляется у насъ взглядъ и на безнаказанность покушенiя надъ негоднымъ объектомъ ⁴⁾.

При опредѣленiи размѣровъ наказуемости покушенiя, большинство криминалистовъ присоединяется къ закону. Дѣйствиe начала редуцированной наказуемости покушенiя распространяется только на случаи неоконченнаго покушенiя ⁵⁾. Покушенiе оконченное карается наравнѣ съ совершенiемъ преступленiя и только нѣкоторые изъ представителей этой эпохи высказываются въ пользу смягченiя наказуемости виновнаго и въ этомъ случаѣ ⁶⁾.

VII. Стремленiе къ смягченiю наказуемости предварительной дѣятельности, охватившее нашу доктрину въ началѣ шестидесятихъ годовъ, не осталось чуждымъ и законодательству того времени. 9 мая 1864 года былъ изданъ законъ, существенно смягчившiй суровость усвоенной уложенiемъ о наказанiяхъ 1845 года системы репрессii покушенiя. Въ силу этого закона, покушенiе остается безъ наказанiя не только въ случаѣ добровольнаго отказа виновнаго отъ продолженiя преступной дѣя-

¹⁾ Спасовичъ, стр. 138; Чебышевъ-Дмитрiевъ, стр. 137.

²⁾ Рѣшенiе Сената 8 iюля 1849 года, по дѣлу Ладыгиной (Ж. М. Ю. 1865, № 5, стр. 132); рѣшенiе Сената (общаго собранiя) по дѣлу Васильевой (Ж. М. Ю. 1865, кн. 12).

³⁾ Рѣшенiе Общаго собранiя Московскихъ департаментовъ Сената 1859 г. по дѣлу Романовой (Ж. М. Ю. 1865, кн. 12); рѣшенiе Государственнаго Совѣта, 1859 года, по дѣлу Бейгуль; рѣшенiе Общаго собранiя Сената, 1863 г., по дѣлу Иванова (Ж. М. Ю. 1865, кн. 12).

⁴⁾ Калмыковъ, стр. 123, 124; Спасовичъ, стр. 136; Чебышевъ-Дмитрiевъ, стр. 137.

⁵⁾ Калмыковъ, стр. 127; Проскуряковъ, III, стр. 21; Спасовичъ, стр. 136; Жириевъ, стр. 20; Полетаевъ, стр. 30.

⁶⁾ Калмыковъ, стр. 124, 127; Проскуряковъ, III, стр. 21; Спасовичъ, стр. 133, 409; Полетаевъ, стр. 57.

⁷⁾ Жириевъ, стр. 20; Чебышевъ-Дмитрiевъ, стр. 134, 136; Баршевъ, Къ ученiю о покушенiи, Московскiя Университетскiя Извѣстiя, 1865, № 4, стр. 257.

тельности¹⁾, но и въ случаѣ употребленія имъ, при совершеніи покушенія, по крайнему невѣжеству или суевѣрію, совершенно негодныхъ средствъ²⁾. Смягчая неумолимость наказаній за покушеніе, этотъ законъ понижаетъ, сверхъ того, и размѣръ соотвѣтственныхъ наказаній. Согласно его постановленіямъ, покушеніе уже ни въ какомъ случаѣ не подлежитъ наказанію наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ. Оконченное покушеніе, каравшееся раньше столь же строго, какъ и совершеніе преступленія, теперь наказывается одною, двумя или тремя степенями ниже противъ наказанія, постановленнаго за совершеніе преступленія. Законъ 1864 г. одновременно измѣняетъ и формулу оконченнаго покушенія. Въ противоположность уложенію 1845 года, признававшему покушеніе оконченнымъ въ томъ случаѣ, когда виновный сдѣлалъ все, что онъ могъ считать нужнымъ для приведенія своего намѣренія въ исполненіе, этотъ законъ принимаетъ субъективный критерій опредѣленія оконченнаго покушенія и признаетъ наличность послѣдняго въ случаѣ, когда виновный сдѣлалъ все, что онъ считалъ нужнымъ для совершенія преступленія³⁾.

Существенно понижая размѣръ наказуемости оконченнаго покушенія, разсматриваемый законъ смягчаетъ также и отвѣтственность за неоконченное покушеніе. По ул. о нак., наказаніе за покушеніе неоконченное могло быть ниже наказанія за оконченное преступленіе только на одну или двѣ степени. По

¹⁾ Это положеніе было подтверждено ст. 17 Устава о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, 1864: Покушеніе на проступокъ, оставленное по собственной волѣ подсудимаго, не подлежитъ наказанію.

²⁾ Ст. 127 (115) уложенія о наказаніяхъ, Прим. I. Если при покушеніи на преступленіе подсудимымъ, по крайнему невѣжеству или суевѣрію, употреблены были только средства вполнѣ и очевидно неэффективные для совершенія преступленія, какъ-то: нашептыванія, наговоры, заклинанія и т. п., то онъ подвергается наказанію какъ за преступный умыселъ по ст. 123 (111) сего уложенія.

³⁾ Ст. 127 (115). Когда при покушеніи на преступленіе подсудимымъ сдѣлано все, что онъ считалъ нужнымъ для приведенія своего намѣренія въ исполненіе и преднамѣренное имъ зло не совершилось только по особннымъ, непредвидѣннымъ имъ обстоятельствамъ, или вслѣдствіе безвредности употребленныхъ средствъ, то онъ подвергается, смотря по обстоятельствамъ дѣла, наказанію одною, двумя или тремя степенями ниже противъ наказанія, постановленнаго за самое совершеніе преступленія.

закону 1864 года, наказаніе за неоконченное покушеніе могло быть ниже наказанія за совершеніе преступленія на двѣ, три и четыре степени ¹⁾. Наконецъ, этотъ законъ расширяетъ право судей, при опредѣленіи наказаній за всѣ вообще виды покушеній на преступленіе, переходитъ отъ одной мѣры наказанія къ другой ²⁾.

VIII. Законъ 1864 года оказалъ громадное вліяніе на развитіе воззрѣній на наказуемость покушенія въ нашей наукѣ. Этотъ законъ привелъ у насъ къ окончательному утвержденію принципа редуцированной наказуемости покушенія и сильно содѣйствовалъ разрѣшенію вопроса о юридическомъ значеніи покушенія съ негодными средствами. Вскорѣ вслѣдъ за изданіемъ этого закона, въ нашей доктринѣ складываются тѣ воззрѣнія на наказуемость покушенія, которыхъ она придерживается вплоть до настоящаго времени.

При разборѣ постановленій уложенія о наказаніяхъ, мы показали, что оно вызвало значительное сокращеніе области наказуемой предварительной дѣятельности въ нашемъ правѣ. Въ видѣ общаго правила, это уложеніе наказываетъ только акты, начинающіе выполненіе преступленія, а приготовительныя дѣй-

¹⁾ Ст. 126 (114). Наказаніе за покушеніе на преступленіе, когда покушеніе сіе остановлено не собственною волею подсудимаго, а другими независѣвшими отъ него обстоятельствами, опредѣляется, по большей или меньшей близости такого покушенія къ совершенію преступленія, двумя, тремя или четырьмя степенями ниже противъ наказанія, постановленнаго за самое совершеніе преступленія.

²⁾ Ст. 127, прим. II. Статью 163-ю уложенія о наказаніяхъ Св. зак. 1857 г. т. XV кн. 1-й дополнить слѣдующимъ постановленіемъ: При опредѣленіи наказанія за покушеніе на преступленіе, судъ не стѣсняется правилами 163-й статьи сего уложенія, воспреещающими переходъ отъ ссылки въ отдаленныя губерніи и отъ заключенія въ рабочемъ домѣ, крѣпости или смирительномъ домѣ, къ болѣе легкимъ наказаніямъ.

Въ противорѣчій съ изложенною тенденціею закона стоитъ постановленіе ст. 172 Мирового Устава, въ силу котораго «за покушеніе на кражу, остановленное по независѣвшимъ отъ подсудимаго обстоятельствамъ, а равно за участіе въ кражѣ и за укрывательство похищеннаго, виновные подвергаются наказаніямъ, опредѣленнымъ за кражу; но Мировому Судѣ предоставляется уменьшать это наказаніе до половины, соображаясь съ важностью покушенія, или участія виновныхъ». Это положеніе представляетъ собою сингулярное постановленіе нашего права и практика не склонна придавать ему значеніе нормы, устанавливающей принципъ равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія. Ср. разъясненіе Сената (Касс. рѣш. 71/1087, по дѣлу Чолока).

ствія признаются имъ наказуемыми только въ исключительныхъ случаяхъ, тогда какъ раньше у насъ наказывались всѣ случаи предварительной преступной дѣятельности. Но, выдвигая подобныя начала наказуемости предварительной дѣятельности, уложеніе ставило доктринѣ права новыя задачи: отвергая принципиальную наказуемость приготовленія, но допуская, въ исключительныхъ случаяхъ, примѣненіе къ нему репрессіи, уложеніе создавало необходимость въ выработкѣ такой формулы предварительной дѣятельности, которая обнимала бы, на ряду съ актами, начинающими выполненіе преступленія, и случаи наказуемыхъ приготовительныхъ дѣйствій.

Мы указывали уже выше, что подлежащая проблема допускаетъ двоякаго рода рѣшеніе. Съ одной стороны, возможно стремиться къ отысканію общихъ признаковъ у актовъ, начинающихъ выполненіе преступленія, и наказуемыхъ случаевъ приготовительныхъ къ преступленію дѣйствій и созданію общей для нихъ формулы. При этой постановкѣ вопроса исходятъ изъ воззрѣнія о единствѣ формы предварительной дѣятельности. Съ другой стороны, возможно раздѣлить предварительную дѣятельность на два вида: покушеніе на преступленіе, наказуемое въ видѣ общаго правила, и приготовленіе къ преступленію, подлежащее наказанію лишь въ видѣ исключенія. Подобное воззрѣніе признаетъ существованіе двухъ различныхъ формъ предварительной дѣятельности.

Какъ мы указывали выше, первое рѣшеніе вопроса было предложено впервые германскою доктриною сороковыхъ годовъ истекшаго столѣтія и было обусловлено необходимостью сообразованія тогдашнихъ ученій о покушеніи съ постановленіями Каролины, признававшей существованіе одной только формы предварительной дѣятельности—покушенія на преступленіе. Вслѣдъ за появленіемъ уложенія о наказаніяхъ, у насъ, для избранія этой альтернативы, не существовало рѣшительно никакихъ основаній: законъ совершенно отчетливо проводилъ различіе между покушеніемъ на преступленіе и приготовленіемъ къ нему и, тѣмъ самымъ, предрѣшалъ вопросъ о формулѣ предварительной дѣятельности во второмъ смыслѣ. Но, подъ несомнѣннымъ вліяніемъ германской юридической мысли, нѣкоторые изъ нашихъ криминалистовъ пытались отстаивать ученіе о единствѣ формы предварительной дѣятельности, примѣнительно къ нашему праву. По взгляду нѣкоторыхъ представителей нашей науки, покуше-

ніе имѣется налицо въ тѣхъ случаяхъ, когда существуетъ, умышленно направленное на совершеніе преступленія, внѣшнее дѣйствіе, въ которомъ уже ясно объективируется, и изъ котораго несомнѣнно распознается злой умыселъ. Покушеніе, по взгляду этихъ криминалистовъ, имѣется налицо иногда и въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ на дѣлѣ еще нѣтъ начала выполненія дѣянія, напр., при приготовленіи печатнаго станка для поддѣлки кредитныхъ билетовъ ¹⁾.

Изъ сказаннаго ясно, что факторомъ возникновенія субъективныхъ формулъ покушенія было стремленіе отыскать опредѣленіе предварительной дѣятельности, которое охватывало бы собою всѣ наказуемые случаи этой дѣятельности и онѣ появились какъ результаты сознанія неспособности объективныхъ формулъ къ разрѣшенію этой задачи. Но, какъ мы знаемъ, послѣднее убѣжденіе вызвало еще и другое научное теченіе, выражавшее свое отрицательное отношеніе къ объективнымъ формуламъ покушенія въ иной формѣ, чѣмъ представители субъективнаго направленія: неспособность формулы покушенія, какъ начала исполненія преступленія, охватить собою наказуемые случаи приготовленія была принята нѣкоторыми юристами за доказательство невозможности опредѣленія существа покушенія, какъ наказуемой формы предварительной дѣятельности, и принципіальнаго отграниченія его отъ приготовленія, какъ ненаказуемой формы предварительной дѣятельности. Это отношеніе къ объективнымъ формуламъ покушенія было усвоено и нѣкоторыми изъ нашихъ криминалистовъ. Въ нашей наукѣ также встрѣчается взглядъ, отрицающій существованіе принципіальнаго различія между покушеніемъ и приготовленіемъ и утверждающій, что между этими дѣйствіями существуетъ только количественное различіе ²⁾.

Указанныя явленія, однако, представляютъ у насъ рѣдкое исключеніе. Большинство русскихъ криминалистовъ, въ полномъ согласіи съ закономъ, раздѣляетъ предварительную дѣятельность на два вида: покушеніе на преступленіе и приготовленіе къ нему. По общему правилу, предварительная дѣятельность признается наказуемою только въ случаѣ, когда она выражается въ формѣ покушенія на преступленіе. Покушеніе, по господ-

¹⁾ Орловъ, О покушеніи на преступленіе по началамъ науки и современнымъ законодательствамъ, 1868, стр. 107.

²⁾ Сергѣевскій, Русское уголовное право, 1887, стр. 353, 354.

ствующему у насъ возрѣнію, представляетъ собою принципиально отличное отъ приготовленія дѣяніе. Однако, при опредѣленіи его существа, криминалисты расходятся между собою. Одни опредѣляютъ покушеніе какъ дѣйствіе исполненія преступленія ¹⁾; другіе — какъ начатое, но приостановленное посягательство ²⁾, третьи — какъ воспроизведеніе одной или нѣсколькихъ частей законнаго состава преступленія ³⁾ (нѣкоторые изъ представителей этого взгляда требуютъ, сверхъ того, чтобы дѣйствіе виновнаго было подозрительнымъ ⁴⁾, наконецъ, по взгляду четвертой группы ученыхъ, покушеніе является безрезультатнымъ приведеніемъ въ дѣйствіе средствъ реализаціи преступленія ⁵⁾.

Ранніе криминалисты этого періода, воспроизводя законное дѣленіе покушенія на неоконченное и оконченное, относятся къ этому дѣленію сочувственно и признаютъ его правильнымъ ⁶⁾. Но, начиная съ конца семидесятыхъ годовъ, въ нашей наукѣ

¹⁾ Неклюдовъ, Приложенія къ учебнику Бернера, 1865, стр. 505.

²⁾ Неклюдовъ, Общая часть уголовного права, 1875, стр. 65.

³⁾ Кистяковскій, Элементарный учебникъ общаго уголовного права, 1875, стр. 174; Таганцевъ, Курсъ русскаго уголовного права, II, 1878, стр. 162; Владиміровъ, Учебникъ русскаго уголовного права, 1889, стр. 101, 102; Лякубъ, О покушеніи на преступленіе, 1866, стр. 12.

⁴⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, О покушеніи, 1866, стр. 88.

⁵⁾ Будзинскій, Начала уголовного права, 1870, стр. 182; Лохвицкій, Курсъ русскаго уголовного права, 1871 (2 изд.), стр. 247; Есиповъ, Очеркъ русскаго уголовного права, 1894, стр. 258, 259. Впрочемъ, нѣкоторые представители нашей литературы находили, что подъ покушеніемъ, въ смыслѣ уголовного права, слѣдуетъ разумѣть одно только оконченное покушеніе. Ср., Колоколовъ. Къ ученію о покушеніи, 1884, стр. 290, 291; Платоновъ, О покушеніи на преступленіе, Журналъ Юридическаго Общества, 1898, кн. 8, стр. 109, 112, 113. Для установленія наказуемости покушенія неоконченнаго, по мнѣнію Платонова, стр. 114, необходимо создать спеціальныя составы преступленій, которые охватывали бы важнѣйшіе виды этого покушенія. Этотъ взглядъ не нашелъ себѣ отклика въ нашей литературѣ.

⁶⁾ Неклюдовъ, Прил. стр. 507; Общ. часть, стр. 65; Лохвицкій, стр. 254; Сергѣевскій, стр. 356; Владиміровъ, стр. 192. Эти юристы понимаютъ подъ оконченнымъ покушеніемъ, вмѣстѣ съ закономъ, неудавшееся преступленіе. Но, нѣкоторые криминалисты, защищая понятіе объ оконченномъ покушеніи, разумѣютъ подъ послѣднимъ и такую дѣятельность виновнаго, наступленіе результатовъ которой онъ имѣлъ возможность предотвратить. Ср., Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 133, 137; Будзинскій, стр. 205, 206; Лякубъ, стр. 24.

приобрѣтаетъ господство иной взглядъ, полагающій, что это дѣленіе покушенія не можетъ быть признано правильнымъ и подлежитъ упраздненію ¹⁾).

Вторая форма предварительной дѣятельности — приготовленіе къ преступленію — въ видѣ общаго правила, признается ненаказуемой и приготовленіе подлежитъ наказанію только при отдѣльныхъ преступленіяхъ ²⁾). При опредѣленіи области наказуемости приготовленія, большинство ученыхъ этого времени существенно отступаетъ отъ воззрѣнія своихъ предшественниковъ. Если нѣкоторые криминалисты, еще и въ этотъ періодъ, продолжаютъ считать приготовленіе наказуемымъ только при убійствѣ и поджогѣ ³⁾, то громадное большинство криминалистовъ твердо придерживается того мнѣнія, что, по нашему праву, надо признавать наказуемымъ приготовленіемъ не только приготовленіе къ убійству или поджогу, но и приготовленіе къ государственнымъ преступленіямъ, хотя послѣднее, формально, и признается закономъ за оконченное преступленіе ⁴⁾). По убѣжденію большинства ученыхъ, несправедливо подвергать эти дѣйствія наказаніямъ, слѣдующимъ за оконченное преступленіе ⁵⁾).

Мало того, поступательный ходъ развитія правосознанія нашихъ криминалистовъ, въ этотъ періодъ времени обуславливаетъ расширеніе круга случаевъ наказуемаго приготовленія еще и въ другомъ отношеніи. Стремясь къ пониженію суровости постановленій нашего права, доктрина признаетъ акты изготовленія орудій и средствъ для поддѣлки монеты и денежныхъ знаковъ, почитаемые закономъ за самостоятельныя преступле-

¹⁾ Таганцевъ, Курсъ II, стр. 196: Таганцевъ, Лекціи по русскому уголовному праву, II. 1888, стр. 827: Есиповъ, стр. 267.

²⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 59: Будзинскій, стр. 178: Лохвицкій, стр. 243: Неклюдовъ, Прил. стр. 504: Общ. часть, стр. 63: Кистяковскій, стр. 173: Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 146: Сергѣевскій, стр. 352: Есиповъ, стр. 257: Владиміровъ, стр. 100: Лякубъ, стр. 12, 13; Набоковъ, Психическая оцѣнка виновности и объективная мѣра наказуемости покушенія, 1901 (Сборникъ статей), стр. 83, 84.

³⁾ Будзинскій, стр. 179.

⁴⁾ Неклюдовъ, Прил. стр. 504: Общ. часть, стр. 64: Лохвицкій, стр. 243: Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 150—152: Лекціи II, стр. 794: Есиповъ, стр. 257: Объясненія, II, стр. 46, 47: Владиміровъ, стр. 101: Сергѣевскій, стр. 352.

⁵⁾ Кистяковскій, стр. 174 (изд. 1882, стр. 569): Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 150: Объясненія, II, стр. 47.

нія ¹⁾, за приготовленіе къ преступленіямъ поддѣлки монеты и денежныхъ знаковъ ²⁾. Сообразно съ этимъ, сторонники послѣдняго взгляда высказываются за значительное пониженіе наказаній, слѣдующихъ за вышеприведенныя дѣйствія ³⁾.

Равнымъ образомъ, видоизмѣняются и прежнія начала опредѣленія области наказуемости покушенія. Прежній порядокъ наказуемости покушенія при всѣхъ преступленіяхъ признается несправедливымъ и криминалисты допускаютъ наказуемость покушенія только при болѣе важныхъ преступленіяхъ ⁴⁾. Нѣкоторые изъ нихъ пытаются даже доказывать, что это пониманіе области наказуемости покушенія соотвѣтствуетъ положеніямъ нашего дѣйствующаго права ⁵⁾. Послѣдній взглядъ находитъ себѣ откликъ и въ нашей практикѣ ⁶⁾.

Въ области ученія о наказуемости покушенія, разбираемое направленіе не только упрочиваетъ выработанныя ранѣе гуманныя положенія, но и вноситъ новые, понижающіе суровость репрессіи предварительной дѣятельности, элементы. Покушеніе признается безнаказаннымъ не только въ случаѣ добровольнаго отказа виновнаго отъ продолженія преступной дѣятельности ⁷⁾, но и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ.

¹⁾ Уложеніе о наказаніяхъ, ст. 559, 563, 573. Точка зрѣнія закона раздѣляется Сенатомъ, Касс. рѣш. 74/80: 84/34.

²⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 151: Есиповъ, стр. 257: Объясненія, V, стр. 117: Владиміровъ, стр. 101.

³⁾ Кистяковскій, стр. 174: Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 151: Объясненія, V, стр. 119.

⁴⁾ Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 125: Кистяковскій, стр. 179: Таганцевъ Курсъ, II, 187: Сергѣевскій, стр. 350: Объясненія, I, стр. 420, 421.

⁵⁾ Неклюдовъ, Прил. стр. 502, 503, 505: Общ. часть, стр. 67.

⁶⁾ Сенатъ утверждаетъ, что «такъ какъ въ мировомъ уставѣ, независимо отъ случаевъ наказуемаго покушенія, указанныхъ въ ст. 172 и 176, не установлено никакихъ общихъ правилъ для опредѣленія мѣры наказанія за покушеніе, какъ это сдѣлано въ уложеніи, гдѣ въ ст. 114 115 преподаны общія правила для опредѣленія мѣры наказанія за покушеніе, то нельзя не придти къ тому заключенію, что покушеніе на проступки, предусмотрѣнные въ мировомъ уставѣ, наказуемо только въ случаяхъ, особо въ законѣ указанныхъ». Касс. рѣш. 79/20, Зайцевскаго.

⁷⁾ Лохвицкій, стр. 249: Владиміровъ, стр. 102: Лякубъ, стр. 43, 45: Платоновъ, стр. 109: Неклюдовъ, Прил. стр. 507: Общ. часть, стр. 66: Кистяковскій, стр. 177: Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 205: Лекціи, II, стр. 839: Сергѣевскій, стр. 350: Есиповъ, стр. 259: Объясненія, I, стр. 429: Набоковъ, стр. 80, 81. Понимая оконченное покушеніе какъ неудавшееся преступленіе, большинство нашихъ криминалистовъ не допускаетъ воз-

Такъ, криминалисты провозглашаютъ принципъ безнаказанности покушенія съ негодными средствами. Нѣкоторые изъ нихъ освобождаютъ отъ наказанія всякое употребленіе негодныхъ средствъ, безотносительно къ характеру, вызвавшихъ это употребленіе, причинъ ¹⁾, но большинство, для безнаказанности покушенія требуетъ, чтобы виновный употребилъ негодныя средства вслѣдствіе своего суевѣрія или невѣжества ²⁾, или вслѣдствіе ошибочнаго убѣжденія въ пригодности примѣняемыхъ средствъ ³⁾.

Дальнѣйшимъ спеціальнымъ основаніемъ отпаденія наказуемости покушенія признается негодность объекта преступнаго посягательства ⁴⁾. Лишь немногіе изъ представителей нашей науки настаиваютъ на наказуемости покушенія въ этомъ случаѣ ⁵⁾ или допускаютъ въ этомъ случаѣ только смягченіе отвѣтственности виновнаго ⁶⁾.

возможности добровольнаго отказа отъ оконченнаго покушенія. Иной взглядъ проводятъ ученые, считающіе необходимымъ признакомъ оконченнаго покушенія только фактъ оконченной реализаціи виновнымъ, характернаго для преступления, исполнительнаго дѣйствія. Добровольный отказъ (предупрежденіе результатовъ дѣянія) возможенъ и при оконченномъ покушеніи, но виновный въ этомъ случаѣ не остается безнаказаннымъ, а только понижается размѣръ его уголовной отвѣтственности. Ср. Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 133, 137, 148; Будзинскій, стр. 206; Колоколовъ, стр. 230. Эта конструкція совершенно не соотвѣтствуетъ нашему праву и она не оказала никакого вліянія на развитіе воззрѣній на покушеніе въ Россіи.

¹⁾ Будзинскій, стр. 186; Есиповъ, стр. 268; Владиміровъ, стр. 104.

²⁾ Неклюдовъ, Прил. стр. 501, 502; Общ. часть, стр. 66; Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 119; Кистяковскій, стр. 188; Рудинскій, О покушеніи съ негодными средствами и надъ негоднымъ объектомъ, Юридическій Вѣстникъ, 1877, № 9—10, стр. 67; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 224; Набоковъ, стр. 79; Колоколовъ, стр. 232; Лякубъ, стр. 53, 54; Орловъ, стр. 134, 148, 157; Трегубовъ, Покушеніе на убійство съ негодными средствами, Ж. М. Ю. 1899, кн. 2, стр. 13, 14; Платоновъ, стр. 118 прим.

³⁾ Лохвицкій, стр. 256; Сергѣевскій, стр. 357, 358.

⁴⁾ Неклюдовъ. Прил. стр. 508, 509. Общ. часть, стр. 66; Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 93; Будзинскій, стр. 186; Лохвицкій, стр. 258; Кистяковскій, стр. 185; Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 231; Сергѣевскій, стр. 360; Владиміровъ, стр. 104; Набоковъ, стр. 83; Есиповъ, стр. 270; Объясненія, I, стр. 387. Ср., также замѣчанія практиковъ въ Матеріалахъ для пересмотра нашего уголовного законодательства, III, 1881, стр. 128. Рѣш. Сената, 74/99, Пономарева. 83/29, Городилова.

⁵⁾ Колоколовъ, стр. 232; Лякубъ, стр. 52; Орловъ, стр. 139.

⁶⁾ Рудинскій, Юрид. Вѣст. 1877. № 9—10, стр. 70, 74.

Нѣкоторые криминалисты этого періода распространяють безнаказанность еще и на покушеніе надъ отсутствующимъ объектомъ, въ томъ случаѣ, когда этотъ предметъ находился въ такомъ пространственномъ удаленіи отъ виновнаго, что не могло быть рѣчи о нападеніи его на этотъ предметъ ¹⁾. Но такой взглядъ не получилъ распространенія въ нашей литературѣ.

Покушеніе карается мягче, чѣмъ оконченное преступленіе ²⁾. Нѣкоторые ученые возражаютъ противъ сообразованія мѣры наказанія за покушеніе со степенью близости покушенія къ окончанію и протестуютъ противъ принципа примѣненія къ виновнику оконченнаго покушенія болѣе суровыхъ наказаній, чѣмъ къ виновнику покушенія неоконченнаго ³⁾.

IX. Какъ мы уже указывали, воззрѣнія нашей доктрины на наказуемость покушенія окончательно сложились уже въ семидесятыхъ годахъ истекшаго столѣтія и уже съ этого времени въ нашей наукѣ было достигнуто соглашеніе въ пониманіи принциповъ репрессіи предварительной дѣятельности. Въ началѣ XX вѣка, вышеизложенныя положенія доктрины получили также и санкцію законодательной власти и уголовное уложеніе 1903 года воспроизводитъ въ формѣ закона уже знакомыя намъ начала наказуемости покушенія. По уложенію 1903 года, предварительная преступная дѣятельность раздѣляется на двѣ формы: покушеніе на преступленіе и приготовленіе къ нему. Въ видѣ общаго правила, наказанію подлежитъ только покушеніе, подъ которымъ разумѣется дѣйствіе, начавшее приведеніе преступленія въ исполненіе, но не доведшее его до конца ⁴⁾. Приготовленіе признается исключительною формою предварительной дѣятельности: законъ

¹⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 233, 234: Объясненія, I, стр. 392, 393. Господствующее мнѣніе и практика (касс. рѣш. 68/568; 83/29) признають этотъ видъ покушенія за наказуемое дѣяніе.

²⁾ Неклюдовъ, Прил. стр. 507: Общ. часть, стр. 66: Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 126, 135: Будзинскій, стр. 199, 204: Лохвицкій, стр. 251, 254: Кистяковскій, стр. 179, 183: Колоколовъ, стр. 227: Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 200, 201: Сергѣевскій, стр. 350: Есиповъ, стр. 266 — 268: Объясненія, I, стр. 425; Владиміровъ, стр. 102: Лякубъ, стр. 34, 37: Платоновъ, стр. 128, 136: Набоковъ, стр. 82.

³⁾ Таганцевъ, Курсъ, II, стр. 196.

⁴⁾ Уголовное уложеніе 22 марта 1903 года, Ст. 49. Дѣйствіе, коимъ начинается приведеніе въ исполненіе преступнаго дѣянія, учиненія коего желалъ виновный, не довершеннаго по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему, почитается покушеніемъ.

опредѣляетъ его какъ пріобрѣтеніе или приспособленіе средства для приведенія въ исполненіе преступнаго дѣянія и наказываетъ только въ особыхъ случаяхъ ¹⁾, а именно, при преступленіяхъ государственныхъ ²⁾: при поддѣлкѣ монеты и денежныхъ знаковъ ³⁾: при убійствѣ ⁴⁾ и при общепасномъ поврежденіи имущества ⁵⁾.

Покушеніе наказывается уголовнымъ уложеніемъ уже не при

¹⁾ Ст. 50. Пріобрѣтеніе или приспособленіе средства для приведенія въ исполненіе умышленнаго преступнаго дѣянія почитается приготовленіемъ. Приготовленіе наказывается въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ, и если притомъ оно было остановлено по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему.

²⁾ Приготовленіе къ бунту: ст. 101. Виновный въ приготовленіи къ тяжкому преступленію, статьею 100 предусмотрѣнному, наказывается: каторгою не свыше десяти лѣтъ. Если притомъ виновный имѣлъ въ своемъ распоряженіи средства для взрыва или складъ оружія, то онъ наказывается: срочною каторгою. Виновный въ приготовленіи къ тяжкому преступленію, статьею 99 предусмотрѣнному, наказывается: смертною казнью. Изъ этого видно, что уголовное уложеніе смягчаетъ репрессию этихъ дѣйствій, допуская безнаказанность добровольнаго отказа отъ ихъ продолженія, а не понижая размѣръ, слѣдующей за нихъ, уголовной отвѣтственности.

Ст. 105, ч. 4. Виновный въ приготовленіи къ посягательству на жизнь Члена Императорскаго Дома или въ участіи въ сообществѣ, составившемся для учиненія такого посягательства, наказывается ссылкой на поселеніе.

³⁾ Ст. 431. Виновный: 1) въ приготовленіи къ поддѣлкѣ монеты, билетовъ, бумагъ, купоновъ или талоновъ, въ статьяхъ 427 или 428 поименованныхъ:... наказывается: заключеніемъ въ тюрьмѣ на срокъ не ниже шести мѣсяцевъ.

⁴⁾ Ст. 457. Виновный въ приготовленіи къ убійству, предусмотрѣнному статьями 453—456, или въ участіи въ сообществѣ, составившемся для учиненія убійства, наказывается: заключеніемъ въ тюрьмѣ. Если для учиненія убійства заготовлены взрывчатые вещество или снарядъ, то виновный наказывается: заключеніемъ въ исправительномъ домѣ на срокъ не ниже трехъ лѣтъ.

⁵⁾ Приготовленіе къ общепасному поврежденію имущества и поджогу. Ст. 564. Виновный въ приготовленіи или участіи въ сообществѣ для учиненія: 1) поврежденія желѣзной дороги, подвижнаго одной состава или знака, установленнаго для безопасности желѣзнодорожнаго движенія, съ цѣлью причинить крушеніе желѣзнодорожнаго поѣзда: 2) поврежденія парохода или морскаго судна или знака, установленнаго для безопасности судоходства, съ цѣлью причинить крушеніе парохода или морскаго судна: 3) поврежденія, статьею 563 предусмотрѣннаго, наказывается: заключеніемъ въ тюрьмѣ.

всѣхъ наказуемыхъ дѣяніяхъ, а только при преступленіяхъ тяжкихъ и въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ, при преступленіяхъ въ техническомъ смыслѣ ¹⁾.

Наказуемость предварительной дѣятельности, по уголовному уложенію, несравненно менѣе неумолима, чѣмъ наказуемость оконченныхъ преступленій. Наказаніе за покушеніе (и приготовленіе) отпадаетъ, въ случаѣ добровольнаго отказа виновнаго отъ доведенія своей дѣятельности до конца ²⁾; въ случаѣ употребленія виновнымъ, при совершеніи покушенія, по крайнему невѣжеству или суевѣрію, очевидно негодныхъ средствъ ³⁾ и въ случаѣ направленія посягательства виновнаго на объектъ, въ силу физическихъ и юридическихъ своихъ свойствъ, неспособный стать элементомъ задуманнаго виновнымъ преступленія ⁴⁾.

Покушеніе наказуется уложеніемъ менѣе строго, чѣмъ оконченное преступленіе. Размѣръ ответственности за покушеніе не стоитъ въ зависимости отъ свойствъ содѣяннаго покушенія. Въ частности, уголовное уложеніе не знаетъ дѣленія покушенія на неоконченное и оконченное и не придаетъ ему никакого значенія при опредѣленіи размѣра наказаній за покушеніе ⁵⁾.

Х. Современная доктрина тѣсно примыкаетъ къ вышеизложеннымъ воззрѣніямъ на покушеніе. Новѣйшіе криминалисты, подобно прежнимъ нашимъ ученымъ, продолжаютъ проводить

¹⁾ Ст. 49, ч. 2. Покушеніе на тяжкія преступленія, а въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ, и на преступленія — наказуемо... Покушеніе на проступки не наказуемо.

²⁾ Ст. 49. Дѣйствіе, коимъ начинается приведеніе въ исполненіе преступнаго дѣянія, учиненія коего желалъ виновный, не довершеннаго по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему, почитается покушеніемъ. Ст. 50, ч. 2. Приготовленіе наказуется въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ, и если притомъ оно было остановлено по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему.

³⁾ Ст. 49, ч. 4. Покушеніе учинить преступное дѣяніе очевидно негоднымъ средствомъ, выбраннымъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію, ненаказуемо.

⁴⁾ Ст. 47. Не почитается преступнымъ дѣяніе, направленное, на предметъ несуществующій или очевидно негодный для учиненія того рода преступнаго дѣянія, которое замыслено.

⁵⁾ Ст. 49, ч. 2. Покушеніе на тяжкія преступленія, а въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ, и на преступленія — наказуемо, но наказанія, положенныя въ законѣ за сіи преступныя дѣянія, смягчаются на основаніяхъ, статьею 53 установленныхъ.

принципіальное различіе между покушеніемъ и приготовленіемъ и только единичные ученые высказываются за подведеніе случаевъ наказуемаго приготовленія подъ понятіе о покушеніи, пытаясь внести въ наше право ученіе о единствѣ наказуемой предварительной дѣятельности ¹⁾). Согласно признавая покушеніе нормальною формою предварительной дѣятельности, ученые, однако, расходятся при опредѣленіи существа этого дѣйствія. Одни опредѣляютъ покушеніе какъ дѣйствіе, воспроизводящее, хотя и не вполнѣ, составъ преступления ²⁾; другіе — какъ безрезультатное употребленіе наличныхъ средствъ въ дѣйствіе, на мѣстѣ преступления, для содѣйствія осуществленію замышленнаго дѣянія ³⁾; третьи — какъ дѣйствіе, которое, въ своемъ общемъ уголовно-правовомъ значеніи, служитъ условіемъ наступленія результата съ такимъ же абстрактнымъ, т. е., существеннымъ для даннаго преступнаго рода, характеромъ, въ отличіе отъ приготовленія, какъ конкретнаго условія наступленія такого же результата ⁴⁾; четвертые находятъ необходимымъ различать покушеніе на преступления формальныя и покушеніе на преступления матеріальныя. Въ преступленияхъ формальныхъ, покушеніе начинается съ момента начала тѣхъ дѣйствій, которыя запрещены закономъ. Въ преступленияхъ матеріальныхъ, покушеніе начинается съ момента начала той дѣятельности, посредствомъ которой субъектъ имѣетъ въ виду, посредственно или непосредственно, причинить избранными имъ средствами преднамѣренный преступный результатъ ⁵⁾.

Дѣленіе покушенія на неоконченное и оконченное, по-прежнему, не встрѣчаетъ сочувствія въ нашей доктринѣ ⁶⁾). Только отдѣльные криминалисты признаютъ это дѣленіе правильнымъ и оправдываемымъ существомъ дѣла ⁷⁾.

Вторая форма предварительной дѣятельности — приготовленіе къ преступленію — признается наказуемой лишь въ видѣ исклю-

¹⁾ Мокринскій, Наказаніе, его цѣли и предположенія, III, 1905, стр. 437.

²⁾ Таганцевъ, Русское уголовное право, I, 1902, стр. 696; Бѣлогриць-Котляревскій, Учебникъ русскаго уголовного права, 1903, стр. 171, 172.

³⁾ Пусторослевъ, Русское уголовное право, I, 1912, стр. 368.

⁴⁾ Хейфицъ, Приготовленіе и покушеніе, Ж. М. Ю. 1904, Кн. 5, стр. 86.

⁵⁾ Познышевъ, Основныя начала науки уголовного права 1912, стр. 355.

⁶⁾ Таганцевъ, I, стр. 710 сл.; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 177; Пусторослевъ, стр. 378, 379.

⁷⁾ Познышевъ, стр. 361, 369.

ченія, при нѣкоторыхъ преступленіяхъ ¹⁾). Къ числу этихъ преступленій относятся: преступленія государственныя ²⁾ (этотъ взглядъ пріобрѣлъ теперь опору въ законѣ, въ виду введенія въ дѣйствіе соотвѣтствующихъ статей уложенія 1903 года), убійство ³⁾, поджогъ ⁴⁾ и поддѣлка монетъ и денежныхъ знаковъ ⁵⁾.

По мнѣнію современныхъ криминалистовъ, покушеніе должно подлежать наказанію только при болѣе серьезныхъ преступленіяхъ, а покушеніе на мелкіе проступки должно быть свободнымъ отъ наказанія ⁶⁾.

Наказуемость покушенія менѣе неумолима, чѣмъ наказуемость оконченныхъ преступленій. Покушеніе освобождается отъ наказанія не только во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ остается безнаказаннымъ оконченное покушеніе, но, сверхъ того, еще и тогда, когда виновный добровольно отказался отъ доведенія своей дѣятельности до конца ⁷⁾, когда виновный, при совершеніи престу-

¹⁾ Таганцевъ, I, стр. 689; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 169; Пусторослевъ стр. 371; Познышевъ, стр. 345, 346.

²⁾ Таганцевъ, I, стр. 689; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 170; Пусторослевъ, стр. 372; Познышевъ, стр. 346; Познышевъ, Особенная часть уголовного права, 1909, стр. 383; Червонецкій, Система государственныхъ преступленій по русскому праву. Журналъ уголовного права и процесса, I, 1912, стр. 35.

³⁾ Таганцевъ, I, стр. 689; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 170; Пусторослевъ, стр. 372; Познышевъ, стр. 346.

⁴⁾ Таганцевъ, I, стр. 689; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 170; Познышевъ, Особенная часть, 1909, стр. 501, 502.

⁵⁾ Таганцевъ, I, стр. 689; Пусторослевъ, стр. 372; Познышевъ, стр. 346. Постановленіе уголовного уложенія о наказуемости приготовленія къ поддѣлкѣ монеты и т. п. не введено въ дѣйствіе, а уложеніе о наказаніяхъ квалифицируетъ подлежащее дѣяніе, какъ самостоятельное преступленіе. Поэтому, нѣкоторые криминалисты еще и въ настоящее время не признаютъ за приготовительными дѣйствіями къ поддѣлкѣ монеты и денежныхъ знаковъ характера предварительной дѣятельности, квалифицируя ихъ, вмѣстѣ съ нашею практикою, какъ самостоятельныя преступленія. Ср., Касс. рѣш. 74/80: 84/32; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 613. Этотъ взглядъ встрѣчаетъ энергичныя возраженія со стороны представителей господствующаго мнѣнія. Ср., въ особенности, Пусторослевъ Русское уголовное право, Особенная часть, I, 1913, стр. 374.

⁶⁾ Таганцевъ, I, стр. 708; Мокринскій, Наказаніе, II, стр. 237; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 177; Пусторослевъ, стр. 374, 375; Познышевъ, стр. 369.

⁷⁾ Таганцевъ, I, стр. 717; Мокринскій, Наказаніе, II, стр. 264; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 180, 181; Пусторослевъ, стр. 377; Познышевъ, стр. 362, 363.

пленія, употребилъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію, негодныя для реализаціи преступленія средства ¹⁾ и когда при покушеніи, посягательство виновнаго направилось на негодный объектъ ²⁾.

Что касается случаевъ покушенія на отсутствующій объектъ, то при обсужденіи ихъ юридической природы, современные криминалисты расходятся между собою. Большинство ученыхъ относить это дѣяніе къ числу наказуемыхъ видовъ покушенія ³⁾. Однако, нѣкоторые криминалисты высказываютъ иной взглядъ и ставятъ рѣшеніе этого вопроса въ зависимость отъ того, было ли нахожденіе объекта въ предположенномъ виновнымъ мѣстѣ вѣроятнымъ или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ покушеніе на отсутствующій объектъ подлежитъ наказанію, во второмъ—нѣтъ ⁴⁾.

Наконецъ, большинство современныхъ криминалистовъ высказывается за начало редуцированной наказуемости покушенія, возражая, вмѣстѣ съ тѣмъ, противъ принципа сообразованія размѣра наказанія за покушеніе со степенью близости покушенія къ окончанію преступленія ⁵⁾.

§ 13. Историческое развитіе постановленій римскаго права о наказуемости матеріально неоконченной преступной дѣятельности.

Изучая историческое развитіе постановленій о наказуемости предварительной дѣятельности въ итальянскомъ, германскомъ, французскомъ и русскомъ правахъ, мы познакомились съ за-

¹⁾ Таганцевъ, I, стр. 794; Мокринскій, Наказаніе, III, стр. 476; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 185; Пусторослевъ, стр. 387; Познышевъ, стр. 365, 366.

²⁾ Таганцевъ, I, стр. 727; Мокринскій, Наказаніе, III, стр. 468, 469; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 182; Пусторослевъ, стр. 389 сл. Познышевъ, стр. 367.

³⁾ Мокринскій, Наказаніе, III, стр. 472; Пусторослевъ, стр. 394; Познышевъ, стр. 366.

⁴⁾ Таганцевъ, I, стр. 728, 730; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 182.

⁵⁾ Таганцевъ, I, стр. 714; Мокринскій, Наказаніе, II, стр. 239; Бѣлогриць-Котляревскій, стр. 178; Пусторослевъ, стр. 379. Впрочемъ, нѣкоторые ученые и въ настоящее время отстаиваютъ принципъ равной наказуемости оконченнаго покушенія и оконченнаго преступленія. Ср., Познышевъ, стр. 379. О причинѣ появленія подобнаго взгляда и о соціальномъ его значеніи, мы будемъ говорить подробно ниже.

кономъ постепеннаго приноровленія этихъ положеній къ повышающемуся уровню человеческой культуры и убѣдились, что, по мѣрѣ повышения культуры Италиі, Германіи, Франціи и Россіи, постепенно падала энергія, примѣнявшихся въ этихъ странахъ, мѣрѣ дополнительнаго мотивационнаго давленія. Но, какъ мы указывали уже выше, далеко не во всѣхъ странахъ развитіе культуры шло въ прогрессивномъ направленіи. Культура нѣкоторыхъ народовъ, достигнувъ извѣстнаго уровня развитія, подвергалась регрессивному перерожденію и послѣдующее развитіе ея шло въ обратномъ порядкѣ, такъ что, по мѣрѣ хода исторіи, степень культурности этихъ странъ становилась все болѣе и болѣе низкой. Сообразно съ регрессивнымъ ходомъ развитія народной культуры шло и развитіе права и, по мѣрѣ паденія этой культуры, становилось болѣе грубымъ и право. Въ силу постепеннаго приспособленія ко все понижающемуся уровню культуры, постепенно ожесточались и мѣры дополнительнаго мотивационнаго давленія, примѣнявшіяся правомъ, и постановленія о наказуемости матеріально неоконченной преступной дѣятельности пріобрѣтали все болѣе суровый характеръ. Разсмотрѣніемъ этой формы развитія постановленій о неоконченной преступной дѣятельности мы и должны заняться въ настоящее время. Съ этою цѣлью мы остановимся на анализѣ исторической смѣны нормъ въ государствѣ, являющемъ наиболѣе рѣзкій примѣръ правового развитія этого рода—древнемъ Римѣ. Но, прежде чѣмъ перейти къ выполненію этой задачи, необходимо опредѣлить юридическую природу постановленій о неоконченной преступной дѣятельности въ Римѣ и установить ту форму квалификаціи соотвѣтственной дѣятельности, которая была усвоена римскимъ правомъ.

Источники римскаго права безусловно знакомы съ началомъ наказуемости неоконченной преступной дѣятельности. Римское право несомнѣнно, караетъ нѣкоторые виды матеріально неоконченной преступной дѣятельности при убійствѣ ¹⁾, при отцеубійствѣ ²⁾, при поджогѣ ³⁾, при изгнаніи плода ⁴⁾, при насильственныхъ посягательствахъ противъ судовъ ⁵⁾, при насиліи

¹⁾ D. 48, 8, 1 пр. С. IX, 16, 7.

²⁾ D. 48, 9, 7; С. IX, 1, 14.

³⁾ D. 47, 9, 9.

⁴⁾ D. 48, 8, 8; 48, 19, 38, 5.

⁵⁾ D. 48, 6, 10.

противъ могиль ¹⁾, при подлогѣ (falsum) ²⁾, при crimen maiestatis ³⁾, при stuprum ⁴⁾ и др. Но какую юридическую форму усваивали эти источники подлежащей преступной дѣятельности? Признавали ли они ее за предварительную преступную дѣятельность или же за оконченное преступленіе съ усѣченнымъ составомъ? На эти вопросы въ литературѣ уголовного права даютъ различные отвѣты.

Старая доктрина уголовного права полагала, что римское право признавало матеріально неоконченную преступную дѣятельность за предварительную преступную дѣятельность въ техническомъ смыслѣ или за покушеніе на преступленіе. Этому взгляда придерживаются и нѣкоторые современные криминалисты. Римскому праву была извѣстна наказуемость дѣйствій, учиненныхъ съ намѣреніемъ выполнить преступленіе, но не приведшихъ къ этому результату, и это предрѣшаетъ собою вопросъ о томъ, отличало ли римское право покушеніе отъ оконченнаго преступленія и наказывало ли оно покушеніе или нѣтъ, въ утвердительномъ смыслѣ ⁵⁾. Но большинство современныхъ ученыхъ совершенно справедливо отвергаетъ эту точку зрѣнія. Дошедшія до насъ положенія римскаго права, обыкновенно, объявляютъ наказуемою не всякую неоконченную преступную дѣятельность, а лишь нѣкоторыя формы этой дѣятельности и они точно обрисовываютъ существо подлежащихъ уголовной репрессіи дѣйствій этого рода. Это означаетъ, что въ видѣ общаго правила, неоконченная преступная дѣятельность, по римскому праву, каралась лишь въ формѣ самостоятельныхъ преступленій.

Другая группа ученыхъ, вполне соглашаясь съ тѣмъ, что въ республиканскую эпоху матеріально неоконченная преступная дѣятельность наказывалась только въ формѣ самостоятельныхъ преступленій, думаетъ, тѣмъ не менѣе, что въ императорскій періодъ римской исторіи, выработалась система наказуемости этихъ дѣйствій въ формѣ предварительной дѣятельности. Въ подтвержденіе своего взгляда это мнѣніе приводитъ рядъ положеній изъ сочиненій присателей древности, какъ юристовъ, такъ

¹⁾ D. 48, 6, 5 pr.; 47, 12, 8.

²⁾ D. 48, 10, 1, 1, 2; 48, 10, 9, 3.

³⁾ D. 48, 4, 2—4; C. IX, 8, 5; I. IV, 18, 3.

⁴⁾ D. 48, 5, 13.

⁵⁾ Seeger, Der Versuch der Verbrechen nach Römischen Recht, 1879, s. 3.

и не юристовъ ¹⁾. Но и этотъ взглядъ не выдерживаетъ научной критики. Сужденія римскихъ писателей не юристовъ имѣютъ весьма важное значеніе въ качествѣ свидѣтельства объ отношеніи тогдашняго правосознанія къ началу репрессіи неоконченной преступной дѣятельности, съ несомнѣнностью доказывая, что это начало вполне соотвѣтствовало требованіямъ правовой совѣсти римлянъ. Но эти сужденія не имѣютъ никакого вѣса при опредѣленіи формы репрессіи подлежащей дѣятельности, вопросъ о природѣ которой носить технически-юридическій характеръ, трудно уловимый для неспеціалистовъ. Что касается сужденій римскихъ юристовъ, то они относятся спеціально къ преступленію лишенія жизни ²⁾ и потому, въ лучшемъ случаѣ, могутъ свидѣтельствовать лишь о существованіи, въ императорскомъ періодѣ, общей нормы о наказуемости покушенія на убійство.

Послѣдній взглядъ и высказываетъ третья группа юристовъ, по мнѣнію которой начало наказуемости покушенія и въ позднемъ римскомъ правѣ не приобрѣло общаго значенія, но за то въ императорскомъ періодѣ была введена наказуемость всякаго

¹⁾ Bar. Gesetz, II, s. 494 ff.; Geib, II, s. 288: Servius in Virgil. Aen. VI. 624. «Ausi omnes»... illic sunt et qui fecerunt et qui conati sunt. Dicit autem secundum Romanum ritum, in quo non tantum exitus punitur, sed et voluntas. Seneca de constant. c. 7. Omnia scelera etiam ante effectum operis, quantum culpaе satis est, perfecta sunt. Idem de benefic. V. 14. Latro est. etiam antequam manus inquinet: quia ad occidendum iam armatus est, et habet spoliandi atque interficiendi voluntatem. Quintilian, Declamat. 274. Insidiatus civi, etiamsi non effecerit scelus, poenas tamen legibus solvet. 281. Primum hoc mihi responde, an occisuri habitu fueris: non enim tibi proderit dixisse, Non feci. Nunquam mens exitu aestimanda est. Nam et qui impetum in patrem stricto gladio fecisset, retentus, diceret, Non occidi; si venenum paratum deprehendissem, diceres, Non occidi; quin etiam si permittitur ista defensio, et ille potest dicere se non occidisse, qui percussorem summiserit. Satis ergo est probare animum parricidae. Superest, ut cogitetis, an hic animum habuerit... Non, inquit, occidi. Hoc quidem in genere nemo non defendi potest, cui voluntas parricidii obiicitur. Appuleius Florid. IV. 20. ed. Oudendorp p. 98. in maleficiis etiam cogitata scelera, non perfecta, adhuc, vindicantur... ergo sicut ad poenam sufficit meditari punienda cet. Sueton. Tiber. c. 19. Sed, re prospere gesta, non multum abfuit, quin a Bructero quodam occideretur: cui inter proximos versanti, et trepidatione detecto, tormentis expressa confessio est cogitati facinoris. Ammianus Marc. XXIX. 1. Quumque ad facti vel tentati quaestionem acrius veniretur, exclamabat Palladius cet. Harmenopolus VI. 6. 1. Seneca Controver. Excerpt. VII. 3.

²⁾ Seeger, s. 10, 11.

вообще покушения при нѣкоторыхъ преступленіяхъ, какъ, напр., при убійствѣ ¹⁾. Преимущество этого взгляда состоитъ въ томъ, что онъ правильно опредѣляетъ объемъ наказуемыхъ видовъ неоконченной преступной дѣятельности, при нѣкоторыхъ преступленіяхъ, въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ, но онъ впадаетъ въ несомнѣнную ошибку, при опредѣленіи формы наказуемости соотвѣтствующихъ дѣйствій. Если дѣйствительно, въ императорскій періодъ, при нѣкоторыхъ преступленіяхъ наказывалась всякая неоконченная преступная дѣятельность, то она каралась не въ качествѣ покушенія на преступленіе, а въ качествѣ модальности преступленія, въ качествѣ формы его проявленія.

Наконецъ, по мнѣнію четвертой группы ученыхъ, римское право вообще не знало наказуемости неоконченной преступной дѣятельности въ формѣ предварительной дѣятельности, а это право наказывало подобную дѣятельность только въ формѣ самостоятельныхъ преступленій ²⁾. Этотъ взглядъ и представляетъ собою единственно правильное рѣшеніе разбираемаго вопроса. Римское право не знало противоположенія оконченнаго преступленія неоконченному или предварительной преступной дѣятельности ³⁾; наказуемая матеріально неоконченная преступная

¹⁾ Köstlin, System, I, s. 215; Pernice, Marcus Antistius Labeo, II, 1878, s. 42. D. 48, 8, 1, 3: Divus Hadrianus rescripsit eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit absolvi posse, et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum. D. 48, 8, 14: Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: «in maleficiis voluntas spectatur, non exitus».

²⁾ Luden, Abhandlungen, I, s. 9, 259; Zachariae, I, s. 110, 125; II, s. 89; Lelièvre, Commentatio juridica de conatu delinquendi, 1828, p. 65 seq.. Rein, Das Criminalrecht der Römer, 1844, s. 124, 126; Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts, 1902, s. 117; Mommsen, Romisches Strafrecht, 1899, s. 95, Liszt, s. 207; Gallet, p. 57 и др.,

³⁾ Противоположенія этихъ понятій не заключаетъ въ себѣ и извѣстное мѣсто: D. 47, 11, 1, 2: Qui puero stuprum abducto ab eo vel corrupto comite persuaserit aut mulierem puellamve interpellaverit quidve impudicitiae gratia fecerit, donum praebuerit pretiumve, quo is persuadeat, dederit: perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur: corrupti comites summo supplicio adficiuntur. Слово flagitium не означаетъ собою преступленія въ техническомъ смыслѣ: оно употреблено здѣсь въ смыслѣ названія задуманнаго виновнымъ постыднаго дѣла. Сверхъ того, приведенный текстъ объявляетъ наказуемымъ не всякое посягательство на цѣломудріе, а только точно упомянутые имъ виды дѣяній. Остальные виды посягательствъ на цѣломудріе подводились римскими юристами подъ

дѣятельность разсматривалась имъ какъ форма проявленія, задуманнаго виновнымъ, типа преступленія и заключалась въ одинъ общій составъ съ матеріально-оконченною преступною дѣятельностью (усѣченный составъ преступленія).

Итакъ, римское право не знало понятія о предварительной дѣятельности въ техническомъ смѣслѣ. Но изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобы, при историческомъ изслѣдованіи постановленій о покушеніи, положенія римскаго права о наказуемости матеріально неоконченной преступной дѣятельности не представляли никакого интереса. Если смотрѣть на исторію права, какъ на изложеніе постепеннаго хода измѣненій формулировки правовыхъ положеній, то, конечно, вышеприведенныя положенія римскаго права, для исторіи спеціально интересующаго насъ вопроса, не могутъ имѣть значенія. Но если относить къ исторіи права также и изслѣдованіе историческихъ модификацій въ функціяхъ права—ходъ перемѣнъ мотиваціоннаго и педагогическаго дѣйствія права,—то подлежащія положенія представляютъ для историка покушенія значительный интересъ. Мы уже указывали, что возведеніе матеріально неоконченной преступной дѣятельности на степень оконченнаго преступленія—образование преступленій съ усѣченнымъ составомъ —, представляетъ собою пріемъ, выполняющій тѣ же правнополитическія функціи, что и пріемъ установленія наказуемости предварительной дѣятельности и что развитіе составовъ усѣченныхъ преступленій подчиняется тѣмъ же законамъ, какъ и развитіе положеній о покушеніи. Отсюда и вышеприведенныя положенія римскаго права представляютъ собою однородный историческій матеріалъ съ разобранными выше положеніями о наказуемости покушенія. Но для пониманія конкретной исторической судьбы соответствующихъ римскихъ нормъ, необходимо имѣть въ виду особенности развитія римской культуры, обусловившія собою совершенно своеобразное развитіе римскаго права, въ болѣе позднія эпохи его существованія.

Культурное развитіе Рима распадается на два періода. Первый, болѣе ранній, характеризуется тѣмъ, что римское государство, постепенно расширяясь, присоединяетъ къ себѣ народности одно-

понятіе объ обидѣ, *iniuria*. Ср., D. 47, 10, 9, 4: *Si quis tam feminam quam masculum, sive ingenuos sive libertinos, impudicos facere adtemptavit, iniuriarum tenebitur, sed et si servi pudicitia adtemptata sit, iniuriarum locum habet.*

родной съ римскою культурою. Побѣждая силою оружія этрусковъ, самнитовъ и другихъ своихъ ближайшихъ сосѣдей и вводя ихъ въ свой государственный организмъ. Римъ приходитъ, въ этотъ періодъ, въ соприкосновеніе съ равноправными съ собою въ культурномъ отношеніи народами и происходящій при этомъ процессъ сліянія различныхъ народовъ сопровождается выгоднымъ, для обѣихъ сторонъ, обмѣномъ культурныхъ цѣнностей. Ассимиляція побѣжденныхъ съ римскими гражданами въ этотъ періодъ не вноситъ осложненій въ развитіе соціальныхъ элементовъ государства и не противоѣйствуетъ поступательному развитію его культуры.

Но во второмъ періодѣ, начиная съ первой половины III вѣка до Р. Х., характеръ развитія римскаго государства существенно измѣняется. Къ этому времени, римское государство достигаетъ естественныхъ границъ Италіи (которыя на сѣверѣ, въ древности, проходили вдоль хребта Аппенинъ ¹⁾) и въ составъ его включаются уже всѣ равныя по культурѣ римлянамъ народности ²⁾. Дальнѣйшее расширеніе Рима съ этого времени выражается уже въ формѣ присоединенія къ нему народовъ менѣе культурныхъ, чѣмъ его населеніе. Вступленіе этихъ народовъ въ среду Рима нарушаетъ гармоническое развитіе его культуры и вызываетъ осложненія въ его соціальной жизни, существо которыхъ заключается въ слѣдующемъ.

Смысль и значеніе римской имперіи состояли въ томъ, что она, съ помощью греко-римской культуры, объединила и переработала народности, жившія вокругъ Средиземнаго моря. Но разрѣшеніе этой задачи совершалось, если можно такъ выразиться, процессомъ двухстороннимъ. Кельты, иберы, реты, мавры, илирійцы, еракійцы цивилизовались до извѣстной степени, подвигались впередъ въ хозяйствѣ, гражданскомъ устройствѣ и образованіи; сирійцы, египтяне, племена Малой Азіи отчасти измѣнили свои привычки и воззрѣнія, приноравливаясь къ требованіямъ имперіи. Но если смѣшеніе племенъ и проникновеніе ихъ греко-римскою культурою было, съ одной стороны, великимъ прогрессомъ, то, съ другой, оно составляло регрессъ, сопровождалось пониженіемъ уровня самой преобразующей культуры. Осилывая варварство и народные элементы, греко-римская куль-

¹⁾ Mommsen, Römische Geschichte, I, 1907, s. 5.

²⁾ Mommsen, I, s. 418, 540.

тура воспринимала множество чертъ отъ побѣжденныхъ противниковъ, сама понижалась и грубѣла. Процессъ, который совершался въ странахъ, покоренныхъ римлянами, можно сравнить съ тѣмъ, что произойдетъ, если къ жидкостямъ разнаго цвѣта примѣшати яркій окрашивающій составъ. Густая примѣсь придастъ свою окраску всѣмъ веществамъ, которыя придуть съ нею въ соприкосновеніе: но, чѣмъ больше будетъ количество этихъ веществъ, чѣмъ шире разольется новый составъ, тѣмъ слабѣе и блѣднѣе будетъ достигнутая окраска, тѣмъ сильнѣе будутъ сказываться въ ней оттѣнки, напоминающіе первоначальные цвѣта, съ которыми боролась новая примѣсь. Римъ объединилъ Италію, римскія учрежденія и языкъ вытѣснили этрусскія, самнитскія, оскскія нарѣчія и учрежденія. Италія романизовалась, стала римскою, и, въ свою очередь, сдѣлалась очагомъ романизации для провинцій. Ея населеніе культурно, такъ сказать, переливалось въ провинціи и преобразовывало ихъ на римскій ладъ, такъ что различія въ образованности постепенно сглаживались. Распространеніе однообразной культуры въ политической жизни сопровождалось постепеннымъ уравниемъ въ правахъ Италіи и провинцій, постепеннымъ уничтоженіемъ итальянскихъ привилегій—своеобразнаго мѣстнаго управленія, свободы отъ военного постоя легионовъ, освобожденія отъ земельного налога и т. п. Въ началѣ III вѣка Каракалла призналъ равноправность провинціального и итальянскаго населенія, распространивъ права римскаго гражданства на все свободное населеніе имперіи.

Объединенію и переработкѣ народностей, стоявшихъ первоначально на низкихъ ступеняхъ гражданственности, отвѣчаетъ интересный рядъ явленій во всѣхъ областяхъ жизни, и всѣ эти явленія отмѣчены одною общею чертой, съ точки зрѣнія развитія высшей культуры, получившей преобладаніе надъ остальными: они сводятся къ пониженію уровня, къ упрощенію задачъ, къ вырожденію. Этотъ процессъ замаскировывается успѣхами и пріобрѣтеніями, достигнутыми благодаря политическому прогрессу времени имперіи: созданіе прочной власти, обезпеченіе мира (рах Романа) и гражданскаго оборота, соединеніе различныхъ странъ въ одну экономическую систему со свободною торговлею и живымъ обмѣномъ благъ и услугъ, привлеченіе все болѣе и болѣе широкихъ круговъ общества къ гражданственности и къ гражданству— всѣ эти условія произвели благосостояніе, промышленный и духовный прогрессъ, который выкупалъ и прикры-

валъ неблагопріятное отягощеніе культурнаго общества варварскими, слабо переработанными элементами. Но довольно скоро, уже въ III вѣкѣ, наступило время политическихъ невзгодъ: вторженія варваровъ, усобицы изъ-за императорской власти, соревнованіе армій и провинцій подорвали порядокъ и благосостояніе и стали угрожать самому существованію имперіи. И вмѣстѣ съ тѣмъ, все сильнѣе стали обнаруживаться варваризація римской культуры, регрессивное движеніе во всѣхъ областяхъ, регрессивное движеніе, которое, однако, совсѣмъ не было возвращеніемъ къ старымъ привычкамъ и жизненнымъ условіямъ, а приводило къ образованію новыхъ своеобразныхъ формъ. Имперія постепенно впадала въ варварство и такъ называемое переселеніе народовъ лишь завершило процессъ, начавшійся задолго до V вѣка ¹⁾.

По мѣрѣ варваризаціи населенія Рима становилось болѣе грубымъ и римское право. Прежнія системы направленія общественнаго поведенія и воспитанія психики людей, въ сторону общаго блага, по мѣрѣ успѣховъ изложеннаго соціального процесса, становились недостаточными и должны были уступать мѣсто новымъ, болѣе суровымъ системамъ правовой мотиваціи и педагогики. Этимъ и объясняется то ожесточеніе публичнаго права вообще и уголовного права, въ частности, которое наблюдается въ Римѣ, въ болѣе позднія эпохи его существованія.

Исслѣдованіе этого явленія ожесточенія позднѣйшаго римскаго уголовного права, показываетъ, что оно выразилось не только въ увеличеніи суровости наказаній, но и въ появленіи дополнительныхъ мѣръ усиленія мотиваціоннаго давленія права и, спеціально, въ появленіи нормъ, карающихъ неоконченную преступную дѣятельность. Извѣстные намъ усѣченные составы преступленій возникаютъ именно въ концѣ республиканскаго періода Рима и уже самое появленіе ихъ, въ эту эпоху, указываетъ на происшедшее приспособленіе права къ измѣнившемуся уровню культуры тогдашняго общества. Но параллелизмъ варваризаціи римской культуры и регрессивнаго хода развитія римскаго права еще болѣе ярко иллюстрируется послѣдовательными перемѣнами въ строеніи римскихъ усѣченныхъ составовъ преступленій.

Какъ было сказано выше, установленіе наказаній за мате-

¹⁾ Виноградовъ, Подготовка феодализма. Книга для чтенія по исторіи среднихъ вѣковъ, II, 1912, стр. 4, 5, 11.

риально неоконченную преступную дѣятельность вызываетъ усиленіе мотивационнаго давленія карательнаго права, заставляя лицъ, задумывающихъ совершеніе преступленій, считаться съ возможностью претерпѣть наказаніе не только въ случаѣ успѣшнаго доведенія ихъ до конца, но и въ случаѣ неудачнаго ихъ выполненія, причемъ, подлежащее импульсивное дѣйствіе называется тѣмъ болѣе сильнымъ, чѣмъ болѣе широко очерчивается правомъ область наказуемой матеріально неоконченной преступной дѣятельности. И вотъ, изучая развитіе усѣченныхъ составовъ преступленія въ Римѣ, мы видимъ, что они, съ теченіемъ времени, приобрѣтали все болѣе и болѣе широкой объемъ. Такъ, напр., если уже въ концѣ республиканскаго періода была весьма широко опредѣлена область наказуемой матеріально неоконченной дѣятельности при убійствѣ — на основаніи закона объ убійствѣ каралось хожденіе съ оружіемъ съ цѣлью лишенія кого либо жизни, приготовленіе яда, продажа и покупка его, приобрѣтеніе яда, храненіе и передача его другому лицу, коль скоро эти дѣянія были совершены съ цѣлью лишенія кого либо жизни, принятіе магистратомъ или судьей денегъ, въ качествѣ платы за подлежащій постановленію неправомѣрный смертный приговоръ, и дача ложнаго показанія, могущаго привести къ постановленію неправильнаго смертнаго приговора ¹⁾—, то, въ послѣдующее время, во II вѣкѣ по Р. Х., область неоконченной смертоносной дѣятельности опредѣлялась еще шире и наказанію подвергалась всякая неуспѣшная попытка совершить убійство ²⁾. Въ концѣ республиканскаго періода наказанію за отцеубійство подвергалось лицо, купившее ядъ для отравленія своего отца ³⁾,

¹⁾ D. 48, 8, 1. Marcianus libro quarto decimo institutionum. Lege Cornelia de sicariis et veneficiis tenetur, qui hominem occiderit; cuiusve dolo malo incendium factum erit: quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit: quive, cum magistratus esset publicove iudicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum indicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur condemnaretur, Praeterea tenetur, qui hominis necandi causa venenum confecerit dederit: quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico iudicio rei capitalis damnaretur: quive magistratus iudexve quaestionis ob capitalem causam pecuniam acceperit, ut publica lege reus fieret.

²⁾ D. 48, 8, 14. Ad legem Corneliam de sicariis et veneficiis. Callistratus libro sexto de cognitionibus. Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: «in maleficiis voluntas spectatur, non exitus».

³⁾ D. 48, 9, 1. Marcianus libro quarto decimo institutionum. Lege Pompeia de parricidiis cavetur, ut, si quis patrem... occiderit... ut poena ea teneatur, quae est legis Corneliae de sicariis... et praeterea qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare.

а поздніе классическіе юристы подвергаютъ тому же наказанію и лицо, ссудившее отцеубійцу деньгами для покупки яда ¹⁾. Въ республиканскомъ періодѣ, посягательство на магистратовъ считалось законченнымъ съ момента причиненія магистрату вреда ²⁾, въ эпоху классическихъ юристовъ за оконченное преступленіе признавался уже подговоръ кого либо убить магистрата ³⁾, а въ концѣ IV вѣка по Р. Х., посягательство на магистратовъ почиталось окончаннымъ уже съ момента принятія виновнымъ рѣшенія совершить это преступленіе ⁴⁾. И этому процессу подчинялось не только развитіе составовъ публичныхъ преступленій, какъ обыкновенно думаютъ въ наукѣ, но и развитіе составовъ частныхъ преступленій. Такъ, напр., воровство, въ республиканское время, почиталось окончаннымъ съ момента уноса вещи виновнымъ ⁵⁾, а въ эпоху классическихъ юристовъ

¹⁾ D. 48, 9, 7. Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum. Si sciente creditore ad scelus committendum pecunia sit subministrata, ut puta si ad veneni mali comparationem vel etiam ut latronibus adgressoribusque daretur, qui patrem interficerent. parricidii poena tenebitur, qui quaesierit pecuniam quique eorum ita crediderint aut a quo ita caverint.

²⁾ Lex Valeria-Horatia: Ut, qui tribunis plebis, aedilibus, iudicibus, decemviris nocuisset, ejus caput Jovi sacrum esset: familia ad aedem Cereris, Liberi, Liberaeque venum iret. Livius, III, 55.

³⁾ D. 48, 4, 1. Ulpianus libro septimo de officio proconsulis. Proximum sacrilegio crimen est, quod maiestatis dicitur. Maiestatis autem crimen illud est, quod adversus populum Romanum vel adversus securitatem eius committitur, quo tenetur is, cuius... opera consilio malo consilium inutum erit, quo quis magistratus populi Romani quive imperium potestatemve habet occidatur.

⁴⁾ C. IX, 8, 5. Imp. Arcadius et Honorius AA. Eutychiano pp. Quisquis cum militibus vel privatis, barbaris etiam sclestam inierit factionem aut factionis ipsius susceperit sacramenta vel dederit, de nece etiam virorum illustrium qui consiliis et consistorio nostro intersunt, senatorium etiam (nam et ipsi pars corporis nostri sunt), cuiuslibet postremo qui nobis militat cogitarit (eadem enim severitate voluntatem sceleris qua effectum puniri iura voluerunt), ipse quidem utpote maiestatis reus gladio feriat, bonis eius omnibus fisco nostro addictis..

⁵⁾ На это совершенно справедливо указываетъ Mommsen, Römische Strafrecht, 1899, s. 738. Въ пользу необходимости уноса вещи, для первоначальнаго состава *furtum*, говоритъ, съ одной стороны, названіе этого преступленія, происходящее отъ *ferre*, нести (Mommsen, s. 733, 734), съ другой стороны, въ пользу того же свидѣтельствуеетъ фактъ существованія въ законодательствѣ XII таблицъ особыхъ преступленій присвоенія опекуномъ имущества подопечнаго и присвоенія ввѣреннаго. Ср., Leg. XII tab. VIII, 19. Paulus, (Coll. leg. Mos. et Rom. 10, 7, 11): Ex causa depositi lege XII tab. in duplum actio datur. VIII, 20, Ulpianus l. XXXV ad

оно признавалось оконченнымъ уже съ момента прикосновенія виновнаго къ вещи ¹⁾).

Въ виду того, что римское право наказывало материально неоконченную дѣятельность только въ формѣ оконченныхъ преступленій съ усѣченнымъ составомъ, то оно не заключало въ себѣ и никакихъ общихъ правилъ, опредѣляющихъ объемъ наказуемыхъ случаевъ соотвѣтственной дѣятельности. Не заключало въ себѣ римское право и общаго опредѣленія специальныхъ основаній отпаденія наказаній за материально неоконченную преступную дѣятельность. Обычно, наказаніе за покушеніе отпадало въ тѣхъ же случаяхъ, что и при оконченномъ преступленіи, римское право устанавливало иной порядокъ только при отдѣльныхъ преступленіяхъ и въ крайне рѣдкихъ случаяхъ. Такъ, при преступленіи поддѣлки монеты, специальнымъ основаніемъ безнаказанности материально неоконченной преступной дѣятельности признавался добровольный отказъ виновнаго отъ доведенія ея до конца ²⁾, тогда какъ при другихъ преступленіяхъ этому обстоятельству не придавалось никакого значенія ³⁾. Равнымъ образомъ, римское право не заключало въ себѣ общаго правила, опредѣлявшаго значеніе негодности объекта задуманнаго виновнымъ

ed. (D. 26, 10, 1, 2): Sciendum est suspecti crimen e lege XII tab. descendere; Tryphonius disputat. (D. 26, 7, 55, 1): Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur...

¹⁾ Paulus (D. 47, 2, 1, 3): Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere.

²⁾ D. 48, 10, 19. Paulus libro quinto sententiarum. Qui falsam monetam percusserint, si id totum formare noluerunt, suffragio iustae paenitentiae absolvuntur.

³⁾ При falsum, римское право освобождало отъ отвѣтственности, въ случаѣ добровольнаго отказа отъ пользованія подложнымъ документомъ, не составителя документа, а преемника этого составителя, воздержавшагося отъ употребленія, попавшаго въ его руки подложнаго документа, здѣсь имѣется, слѣдовательно, налицо не добровольно прерванная преступная дѣятельность, а воздержаніе отъ самаго приступа къ преступной дѣятельности. С. IX, 22, 8. Impp. Valerianus et Gallienus AA. et C. Marino. Si falsos codicillos ab his contra quos supplicis factos esse contendis, non ideo accusationem evadere possunt, quod se illis negent uti. nam illis prodest instrumentu usu abstinere, qui non ipsi machinatores falsi esse dicuntur et quos periculo solus usus adstrinxerit. qui autem compositis per scelus codicillis in severitatem legis Corneliae inciderunt, non possunt defensiones eius recusando crimen evitare.

посягательства. При однихъ преступленіяхъ, негодность объекта приводила къ безнаказанности виновника матеріально неоконченной преступной дѣятельности ¹⁾, при другихъ, она не имѣла этого значенія ²⁾. Эти различія въ нормировкѣ специальныхъ основанийъ безнаказанности неоконченной преступной дѣятельности обуславливались разною степенью потребной энергіи дополнительныхъ мотивационныхъ воздѣйствій при разныхъ преступленіяхъ и стояли въ зависимости какъ отъ характера задуманнаго преступленія, такъ и отъ характера и размѣровъ грозящаго за него наказанія.

§ 14. Осложненія въ историческомъ развитіи положеній о наказуемости предварительной преступной дѣятельности.

При разсмотрѣннн историческаго развитія постановленій о покушеніи мы видѣли, что несмотря на общую закономерность хода измѣненій содержанія этихъ правовыхъ нормъ, эволюція интересующей насъ области права не оставалась чуждою и нѣкоторыхъ осложненій. Изъ вышесказаннаго видно, что на развитіе нормъ о покушеніи оказывалъ существенное вліяніе про-

¹⁾ Напр., при преступленіи *furtum* въ эпоху классическихъ юристовъ. Ср., Gai, III, 197; Inst. IV, 1, 6; Paulus, D. 47, 19, 6; Ulpianus, D. 47, 2, 43, 5; 47, 2, 46, 8; 47, 8, 2, 18.

²⁾ Напр., при *falsum*. D. 48, 10, 6. Africanus libro tertio quaestionum. Si quis legatum sibi adscripserit, tenetur poena legis Corneliae, quamvis inutile legatum sit: nam et eum teneri constat, qui eo testamento, quod postea ruptum vel etiam quod initio non iure fieret, legatum sibi adscripserit. hoc tamen tunc verum est, cum perfectum testamentum erit. ceterum si non signatum fuerit, magis est ut senatus consulto locus non sit, sicuti nec interdictum de tabulis testamenti exhibendis locum habet: prius enim oportet esse aliquod testamentum vel non iure factum, ut senatus consulto locus sit. nam et falsum testamentum id demum recte dicitur, quod si adulterinum non esset, verum tamen testamentum recte dicitur. similiter igitur et non iure factum testamentum id appellatur, in quo si omnia rite facta essent, iure factum diceretur. Этому не противорѣчитъ D. 48, 19, 38. Paulus libro quinto sententiarum. 6. Testamentum, quod nullo iure valet, impune supprimitur: nihil est enim, quod ex eo aut petatur aut consistere possit. По разъясненію Luden'a *Abhandlungen*, I, s. 290, и Seeger'a *Versuch*, s. 26, 27, это постановленіе относится специально къ случаю сокрытія завѣщанія и предполагаетъ, что дѣйствующее лицо знаетъ о недѣйствительности укрываемаго имъ завѣщанія.

являвшийся въ революціонныя эпохи общественный оптимизмъ, что на немъ сильно отражались соціально-реакціонныя теченія и что развитіе нормъ о покушеніи принимало весьма своеобразныя формы въ эпоху интенсивной гуманизации мотиваціи карательнаго права, посредствомъ значительнаго пониженія суровости его наказаній. Однако, раскрытіе причинъ появленія этихъ осложненій могло быть произведено попутно съ изложеніемъ исторіи постановленій о покушеніи и не требовало спеціального изслѣдованія. Теперь намъ надлежитъ обратиться къ разсмотрѣнію такихъ осложненій въ развитіи интересующихъ насъ нормъ, которыя хотя и отмѣчались нами уже ранѣе, но еще не были объяснены, осложненій, состоящихъ въ періодическомъ появленіи ученій, провозглашающихъ принципъ равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія, въ эпохи признаннаго господства принципа редуцированной репрессіи покушенія. Появленіе этихъ ученій представляетъ собою рѣзкое отступленіе отъ обычныхъ линій развитія нормъ о покушеніи и, конечно, также нуждается въ объясненіи. Но рѣшеніе этой задачи немыслимо безъ нѣкоторыхъ предварительныхъ замѣчаній. Именно, при разрѣшеніи ея, необходимо имѣть въ виду слѣдующее.

Праву и правовой психикѣ, вслѣдствіе притязательной ея природы, свойственны стремленія къ насильственному добыванію причитающагося и къ одіозно-репрессивнымъ дѣйствіямъ въ случаѣ нарушенія. Если одни приписываютъ другимъ правовыя обязанности, а себѣ соотвѣтственныя права, а эти другіе не признаютъ существованія этихъ обязанностей-прагъ, вообще или въ утверждаемомъ другими сторонами объемѣ, то это представляетъ благопріятную психическую почву для возникновенія опасныхъ споровъ и конфликтовъ, ожесточенія, насилій, кровопролитій, подчасъ взаимоистребленія цѣлыхъ группъ людей. Съ этимъ, на почвѣ соціально-культурнаго приспособленія, связана и этимъ объясняется тенденція права къ такому развитію и приспособленію, которое направлено на приведеніе къ единству, къ тождеству и совпаденію правовыхъ мнѣній между сторонами, вообще на достиженіе, по возможности, единыхъ, совпадающихъ по содержанію для обѣихъ сторонъ, исключаящихъ или устраняющихъ разногласія, рѣшеній, относительно обязанностей - правъ. Однимъ изъ важнѣйшихъ проявленій этой тенденціи права является (безсознательное) стремленіе права къ выработкѣ единыхъ общихъ пра-

вилъ, единого шаблона общихъ нормъ, изъ которыхъ должны выводиться конкретныя права и обязанности и по которымъ должны рѣшаться возникающія разногласія, стремленіе права къ принятію формы позитивнаго права.

Особенность позитивнаго права состоитъ въ томъ, что здѣсь мнѣнія относительно того, что причитается однимъ отъ другихъ, представляютъ не индивидуально-самостоятельныя, автономныя мнѣнія, а гетерономныя, опредѣляемая разными объективными фактами: тѣмъ, что такъ поступали отцы и дѣды, таковъ установившійся порядокъ, такъ поступаютъ другіе (обычное право), тѣмъ, что такъ приказано свыше (законное право) и т. д. На этой почвѣ получается однообразный для массъ людей шаблонъ нормъ, опредѣляющихъ взаимныя права и обязанности и разрѣшающихъ возникающія сомнѣнія и разногласія¹⁾.

Такимъ образомъ: позитивація права имѣетъ громадное социальное значеніе, въ качествѣ явленія, устраняющаго опасныя социальныя столкновенія, по поводу разногласія въ пониманіи людьми взаимныхъ правъ и обязанностей. Но эта позитивація сообщаетъ также праву и характеръ неподвижности, она въ значительной мѣрѣ затрудняетъ свободное развитіе права и устраняетъ возможность быстрого приспособленія права ко все измѣняющемуся уровню человѣческой культуры. Позитивное право способно измѣняться лишь крайне медленно, оно претерпѣваетъ измѣненія лишь въ незамѣтной формѣ. Сообразно съ этимъ, различно и вліяніе позитивной формы права на общественную жизнь въ разныя эпохи развитія человѣческой культуры. Косность позитивнаго, въ частности, обычнаго права; медленность его развитія и относительная неподвижность, на низшихъ ступеняхъ человѣческой цивилизаціи, не представляютъ существеннаго недостатка, съ точки зрѣнія народной жизни и культуры и ея прогресса, вслѣдствіе относительной неизмѣнности самой жизни, духовной, экономической и т. д. Мало того, консерватизмъ позитивнаго права на низшихъ ступеняхъ культуры можно признать свойствомъ, полезнымъ для народной жизни. Онъ способствуетъ накопленію и наслѣдственной передачѣ изъ поколѣнія въ поколѣніе безсознательныхъ, но цѣнныхъ добычъ коллективнаго опыта, предупреждаетъ растрату добытой вѣковымъ опытомъ общественной безсознательной нормативной муд-

¹⁾ Петражицкій. Теорія права. I, стр. 172—174.

рости. При относительной неизмѣнности жизни, выработанная предыдущими поколѣніями, бессознательная нормативная мудрость остается годною и цѣнною и для слѣдующихъ поколѣній. Но, по мѣрѣ роста человѣческой культуры, положеніе измѣняется. Человѣческая культура, въ томъ числѣ хозяйственная жизнь, техника, орудія и способы производства матеріальныхъ благъ и т. д., движется впередъ не пропорціонально времени, а въ ускоряющейся прогрессіи по отношенію времени ¹⁾. Для разслабленія и разрушенія упроченныхъ въ теченіе сотенъ тысячелѣтій и окаменѣвшихъ психическихъ кристаллизаций требовалось не мало времени. Но когда эти окаменѣлости уже разрушены или сильно разслаблены, психика дѣлается болѣе похожею на гипсъ, чѣмъ на гранитъ и измѣненія ея происходятъ несравненно быстрѣе ²⁾. Столь сильныя измѣненія человѣческой жизни, для которыхъ на примитивныхъ стадіяхъ требуются десятки тысячъ лѣтъ, происходятъ на послѣдующихъ ступеняхъ въ теченіе тысячелѣтій, затѣмъ столѣтій, а теперь, въ частности подъ вліяніемъ могучаго фактора человѣческаго прогресса — науки, десятилѣтія вносятъ болѣе сильныя измѣненія, чѣмъ какія прежде достигались въ теченіе тысячелѣтій ³⁾. Въ виду этого, чѣмъ выше ступень культуры, тѣмъ болѣе консерватизмъ позитивнаго права дѣлается отрицательнымъ факторомъ соціальной жизни и культуры и ея прогресса. Чѣмъ быстрѣе измѣняются условія и потребности жизни, тѣмъ меньше малоподвижное право можетъ поспѣвать за этимъ развитіемъ, тѣмъ больше оно отстаетъ отъ жизни, тѣмъ быстрѣе прежняя нормативная мудрость теряетъ свою годность и приспособленность и превращается въ соціальное неразуміе, искажаетъ и тормозитъ развитіе народнаго духа, народнаго хозяйства и т. д.

Въ соотвѣтствіи съ этимъ различіемъ въ соціальномъ значеніи позитивнаго права въ разныя эпохи исторіи является различнымъ и отношеніе общественной психики къ позитивному праву и его видамъ. На примитивныхъ ступеняхъ человѣческой культуры, авторитетъ положительнаго права стоитъ тѣмъ выше, чѣмъ оно старше: авторитетность этого права опредѣляется по началу: чѣмъ старѣе, тѣмъ правѣе. Наибольшимъ авторитетомъ

¹⁾ Петражицкій. Теорія права, II, стр. 567—568.

²⁾ Петражицкій. Къ вопросу о соціальномъ идеалѣ и возрожденіи естественнаго права. Юридическій Вѣстникъ, 1913, II, стр. 47.

³⁾ Петражицкій. Теорія права, II, стр. 567.

въ эту эпоху пользуется наиболѣе архаичный и наиболѣе косный изъ видовъ положительнаго права—обычное право. Сообразно великой цѣнности обычнаго права и вообще обычаевъ предковъ, въ томъ числѣ нравственныхъ, техническихъ и иныхъ, на низшихъ ступеняхъ культуры, какъ основного разумнаго руководства въ соціальной и индивидуальной жизни, и сообразно слабости и неудачности продуктовъ сознательнаго индивидуальнаго мышленія, на низшихъ ступеняхъ культуры, обычаи предковъ пользуются (безсознательно удачною, соотвѣтственно массовому опыту) весьма высокою соціальною оцѣнкою, имѣютъ великій престижъ и ореолъ, а всякое новшество, выдумываніе новаго собственнымъ умомъ вмѣсто соблюденія священныхъ традицій считается зломъ, постыднымъ и т. д. Сообразно съ этимъ, обычное право имѣетъ великую, мотиваціонную и культурно-воспитательную, силу и цѣнность, а законодательство относительно безсильно и малоцѣнно. Напротивъ, на высшихъ ступеняхъ культуры отношеніе общественной психики къ позитивному праву измѣняется. Авторитетъ наиболѣе консервативнаго вида этого права—обычнаго права—рѣзко падаетъ, престижъ и эмоціонально мотиваціонная сила обычаевъ ослабляются и разрушаются. Напротивъ, авторитетъ тѣхъ видовъ позитивнаго права, которые способны къ болѣе быстрымъ измѣненіямъ, которые отличаются большею подвижностью содержанія, возрастаетъ, вслѣдствіе чего увеличивается и уваженіе къ законному праву и т. д. ¹⁾). Но и авторитетъ законнаго права на высшихъ стадіяхъ человѣческой культуры бываетъ не всегда одинаковымъ и престижъ законовъ стоитъ въ зависимости отъ степени ихъ соотвѣтствія уровню достигнутой обществомъ культуры. При согласіи закона съ запросами общественной правовой совѣсти, авторитетъ закона стоитъ высоко, при несогласіи его съ народнымъ правосознаніемъ, авторитетъ закона падаетъ. Въ послѣднемъ случаѣ, въ общественной жизни возникаетъ рядъ осложненій, знакомство съ существомъ которыхъ и необходимо для рѣшенія интересующей насъ проблемы. X

Въ тѣ эпохи, когда на почвѣ культурнаго воспитанія и прогресса народной психики, фиксированія и отставанія позитивныхъ элементовъ и факторовъ культуры: позитивныхъ правилъ общежитія и вѣрованій, получается несоотвѣтствіе этихъ пози-

¹⁾ Петражицкій. Теорія права. II, стр. 568.

тивныхъ элементовъ уровню народной психики, можно подмѣтить появленіе ученій, высказывающихъ рѣзко отрицательный взглядъ на право и его общественное значеніе. На почвѣ глубокаго и продолжительнаго неудовлетворенія дѣйствующимъ позитивнымъ правомъ, въ обществѣ вырабатывается убѣжденіе въ негодности всякаго вообще права и сомнѣніе въ значеніи всякаго вообще этическаго и нормативнаго начала для общественной жизни. Въ эти періоды исторіи человѣческой мысли, появляются такія теоріи, которыя сводятъ все право, какъ и нравственность, религіозныя вѣрованія и т. д. къ хитрой выдумкѣ людей для того, чтобы лучше господствовать надъ другими и осуществлять свои интересы. Такъ древніе софисты отрицали божественное происхожденіе законовъ общежитія, а равно существованіе естественнаго права, справедливаго по природѣ и т. д. и считали все право и нравственность продуктомъ сознательно-умышленнаго творчества, выдумыванія и навязыванія другимъ для осуществленія извѣстныхъ цѣлей и интересовъ. По ученію софиста Эразимаха, право есть продуктъ силы и существуетъ въ интересахъ сильныхъ. По ученію Калликла, законы общежитія—продуктъ выдумки толпы слабыхъ, не желающихъ допустить, чтобы сильные индивиды имѣли больше, пользовались лучшимъ положеніемъ, нежели они слабые и ничтожные. Сильные должны освободиться отъ этой рабской цѣпи, на нихъ наложенной, поставить себя выше подлежащихъ условностей и нормъ и т. д. Аналогичныя ученія выставлялись софистами относительно религіи. Она выдумана умными и изобрѣтательными людьми для того, чтобы внушить людямъ страхъ и въ той области, гдѣ надъ ихъ поведеніемъ не можетъ быть человѣческаго надзора, и проч.

Аналогичныя ученія выставлялись въ эпоху кризиса средне-вѣковой теократической культуры (Макіавелли и др.). Дальнѣйшій періодъ производства и проповѣди такихъ ученій—эпоха передъ французской революціей (Вольтеръ, ученіе Руссо о положительномъ историческомъ правопорядкѣ, какъ о продуктѣ насилія и др.). Въ новѣйшее время воспроизведеніе ученія Калликла представляетъ ученіе Ничше о нормахъ общежитія, какъ о цѣпи, наложенной толпою слабыхъ на сильныхъ, которые должны быть выше этихъ условностей, и т. д.: ученію Эразимаха и др. соотвѣтствуетъ въ наше время ученіе Геринга и проч. Впрочемъ, несмотря на поразительное подчасъ совпаденіе этихъ ученій разныхъ періодовъ, напр. ученій Ничше и Калликла (от-

части и Маккіавелли), дѣло идетъ вовсе не о заимствованіи, а о самостоятельныхъ продуктахъ самостоятельныхъ, но аналогичныхъ, соціально-психическихъ причинъ (и соотвѣтственнаго индивидуальнаго направленія развитія характера и мышленія; ученія Калликла, Маккіавелли, Ничше и т. п. представляютъ симптомы атрофіи этической психики и гипертрофіи эстетизма; декадентство въ области искусства, тоже явленіе, повторяющееся въ исторіи періодически, означаетъ дальнѣйшій процессъ дегенерации и эстетической психики ¹⁾).

Соціально-критическія ученія, будучи обязанными своимъ происхожденіемъ разладу между нормативною (позитивною) культурою и общественною психикою, оказываются чрезвычайно распространенными и популярными въ эпохи возникновенія такого разлада. Но, по минованіи этого разлада и ликвидаціи соціальнаго кризиса, вслѣдствіе проведенія въ жизнь необходимыхъ реформъ, ученія эти быстро сходятъ со страницъ науки и перестаютъ быть выразителями живыхъ общественныхъ настроеній. Новые соціальные кризисы, въ вышеуказанномъ смыслѣ, вновь влекутъ за собою образование подобныхъ ученій и ихъ пропаганду и т. д.

Знакомство съ явленіемъ соціальныхъ кризисовъ и обусловленнымъ имъ направленіемъ общественной мысли позволяетъ намъ дать объясненіе причинъ появленія, въ разные періоды исторіи, такихъ ученій въ области уголовного права, которыя рѣзко критикуютъ исторически сложившуюся систему уголовного права и выступаютъ съ самостоятельною программою мѣръ борьбы съ преступностью, принципиально отличною отъ традиціонныхъ пріемовъ рѣшенія соотвѣтствующихъ соціальныхъ задачъ. Изученіе исторіи уголовного права показываетъ, что культурные кризисы оказываютъ серьезное вліяніе не только на развитіе общихъ правовыхъ идей, но и на развитіе специальныхъ правовыхъ областей и, въ частности, на эволюцію уголовно-правовыхъ воззрѣній. Въ эпохи общественного недовольства существующей позитивною правовою культурою, въ области уголовного права, появляются взгляды, вполне гармонирующие съ характерными для этихъ эпохъ правно-философскими воззрѣніями. Криминалисты этихъ періодовъ относятся крайне скептически къ культурнымъ функціямъ уголовного права и не вѣрятъ въ

¹⁾ Петражицкій, Теорія права, II, стр. 748, 749.

способность его воздѣйствовать на общество предупредительно-психическимъ путемъ, признавая невозможнымъ направлять поведение людей и развитіе общественной психики при посредствѣ угрозъ наказаніями. Уголовное право, по ихъ взгляду, должно быть несравненно болѣе реалистично построено и въ отношеніи преслѣдуемыхъ имъ задачъ, и въ отношеніи примѣняемыхъ имъ средствъ. Задача уголовного права должна состоять въ борьбѣ съ преступностью и искорененіи преступныхъ влеченій въ личности преступника и въ обществѣ. Средствомъ достиженія этой цѣли должно быть дѣйствительное примѣненіе наказанія въ такой формѣ, которая была бы способна необходимое воздѣйствіе на преступника и достаточное впечатлѣніе на общество. Для задачъ нашего изслѣдованія особый интересъ представляютъ критическія уголовно-правовыя ученія конца XVIII и начала XIX вѣка, и критическія ученія настоящаго времени.

Обращаясь къ первой группѣ ученій, мы совершенно не встрѣчаемъ въ нихъ указаній на правовой или этической характеръ карательной дѣятельности государства. Примѣненіе наказанія, согласно этимъ ученіямъ, обусловливается исключительно цѣлевыми соображеніями. Карающіе преступленіе законы стремятся воспрепятствовать преступнику совершать новыя посягательства на общество и они ставятъ себѣ задачей отвращеніе другихъ отъ подражанія преступнику, доставляя имъ зрѣлище его наказанія ¹⁾. Дѣйствительною цѣлью наказанія является устрашеніе населенія. Наказаніе стремится не столько къ воздѣйствію на виновнаго, сколько къ улучшенію нравовъ остальныхъ гражданъ и отвращенію ихъ отъ преступленія ²⁾. Всѣ наказанія должны быть организованы такимъ образомъ, чтобы производить на людей устрашающее впечатлѣніе ³⁾. Наказанія за преступленіе преслѣдуютъ тройкую цѣль: они должны возмѣщать причиненный общественному порядку вредъ; они должны служить назиданіемъ для членовъ общегитія; они должны препятствовать виновному вредить обществу въ будущемъ ⁴⁾. Дѣйствительною задачею наказанія является отвращеніе отъ престу-

¹⁾ Filangieri, La scienza della legislazione, IV, 1783, p. 15.

²⁾ Cremani, De iure criminali, I, 1791, p. 128.

³⁾ Cremani, I, p. 132.

⁴⁾ Brissot de Warville, Théorie des lois criminelles, I, 1836. (1 ed. 1781), s. 135, 136.

пленія лицъ, склонныхъ его совершить, и наказаніе выполняетъ эту задачу посредствомъ устрашающаго своего вліянія, т. е., путемъ внушенія страха гражданамъ ¹⁾. Главная задача наказанія состоитъ въ предупрежденіи будущихъ преступленій и наказанія должны приводить къ исправленію преступника и къ устрашенію остальныхъ гражданъ ²⁾. Цѣль наказанія состоитъ въ предупрежденіи вторженій въ область права. Удержать злобно настроенныхъ людей отъ совершенія преступленій возможно только путемъ наказаній, устрашающихъ и обезвреживающихъ ихъ ³⁾.

Эти ученія представляютъ собою характерное отраженіе идей соціально-критическаго направленія, господствовавшаго въ Европѣ въ концѣ XVIII и началѣ XIX столѣтій. По минованіи породившаго эти ученія кризиса, исчезли и вышеприведенныя воззрѣнія и, въ области ученій о карательной дѣятельности, оппортунистическія воззрѣнія смѣнились принципиальными ученіями. Но съ этого времени, европейская культура успѣла пережить еще и другой критическій періодъ своего развитія; позитивная культура въ XIX вѣкѣ еще разъ настолько серьезно отстала отъ потребностей соціальной жизни, что въ общественныхъ наукахъ появилось вновь соціально-критическое направленіе. Зародившись во второй половинѣ XIX вѣка, это направленіе имѣетъ немало представителей и въ настоящее время и, охватывая собою широкую область гуманитарныхъ наукъ, оно касается и науки уголовного права. Соціально - критическое направленіе научнаго творчества и мышленія нашло себѣ здѣсь яркое выраженіе въ ученіяхъ уголовно-антропологической школы и нѣкоторыхъ представителей уголовно-соціологической школы.

Въ основѣ ученій этихъ криминалистовъ лежитъ глубокое разочарованіе въ исторически сложившейся системѣ уголовного права. Современное уголовное право, по ихъ взгляду, совершенно неспособно бороться съ преступностью. Это право построено на такихъ началахъ, которыя вообще представляются несостоятельными, какъ, напр. идея общаго предупрежденія преступленій. Угроза уголовного закона неспособна удержать кого либо отъ

¹⁾ Servin De la législation criminelle. 1782, p. 26.

²⁾ Globig-Huster, Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung. 1783, s. 51, 52.

³⁾ Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, I, 1822 (1 ed. 1806), s. 85, 86.

совершенія преступленія. Предупреждать преступленія возможно не угрозою наказаніемъ, а мѣрами соціальной политики. Уголовное право будущаго должно стремиться къ достиженію тѣхъ только задачъ, выполнение которыхъ ему подъ силу и оно должно быть построено такимъ образомъ, что эти задачи будутъ имъ дѣйствительно достигаться. Достижимою для уголовного права цѣлью является специальное предупрежденіе преступленій, т. е. борьба съ повтореніемъ преступленій или рецидивомъ преступности. Уголовное право должно бороться не съ преступленіемъ, а съ преступникомъ и оно должно обращать главное вниманіе не на свойства дѣянія, а на свойства проявленнаго виновнымъ антисоціального характера. Наказаніе должно сообразоваться съ тою соціальною опасностью, которую представляетъ собою преступникъ и мѣра его должна находиться въ соотвѣтствіи съ размѣрами этой опасности для общества. При этомъ, разъ установлена опасность личности виновнаго, борьба съ его анти-соціальными наклонностями должна вестись возможно болѣе радикально и быть чуждою сантиментальности. Человѣкъ не что иное, какъ общественная молекула, а потому нельзя церемониться съ его правами, какъ скоро его существованіе ставитъ въ опасность общественный организмъ. Необходимо расширить примѣненіе смертной казни и тѣлесныхъ наказаній, отмѣнить судъ присяжныхъ, апелляцію, кассацію, ограничить адвокатуру и т. д.

Положенія уголовно-антропологической школы встрѣтили различное отношеніе со стороны представителей уголовно-юридической литературы. Одна группа криминалистовъ рѣшительно отвергла пріемлемость всѣхъ вообще ученій этой школы и отстаивала прежнее пониманіе основныхъ началъ уголовного права. Эта группа криминалистовъ получила названіе классической школы уголовного права. Другая группа ученыхъ, напротивъ, полагая, что выводы антропологической школы должны быть значительно умѣрены и, въ частности, настаивая на смягченіи предложенной этою школою программы борьбы съ преступностью, тѣмъ не менѣе, усвоила основныя положенія антропологической школы. Эти криминалисты, также какъ и сторонники антропологической школы, выдвигаютъ на первый планъ специальное предупрежденіе преступленій въ качествѣ основной задачи уголовного права и настаиваютъ на необходимости, при опредѣленіи свойствъ и размѣра наказаній за преступленія, обращать

главное внимание на свойства личности преступника. Эта группа криминалистов известна в литературе под названием социологической школы уголовного права.

Влияние указанных течений сказывается в изменении весьма многих традиционных взглядов науки уголовного права и в эпохи появления этих учений, многие проблемы этой науки получают новое решение. Но для задач нашего исследования, интересно познакомиться только с тем влиянием, которое социально-критические учения оказали на разработку проблемы о существе и наказуемости покушения. И вот, изучая развитие учений о покушении в соответствующие эпохи, можно видеть, что социально-критическое направление общественной мысли оказывает на содержание этих учений всегда одно и то же влияние, отчего и учения юристов конца XVIII века поразительно сходны с учениями многих современных криминалистов о покушении. Как прежде, так и теперь, приводят учение о покушении в связь с воззрениями на задачи карательной деятельности и, ставя целью уголовного права подавление проявленной преступником злой воли и испорченности, совершенно последовательно приходят к требованию восстановления принципа равной наказуемости покушения и оконченного преступления, указывая на тождество субъективных моментов обоих деяний. Возникновение социально-критических учений в конце XVIII века ознаменовывается началом борьбы с редуцированной наказуемостью покушения, успевшей уже утвердиться в тогдашних итальянском и германском, а отчасти и французском, правах. Задача наказаний, аргументируют свой взгляд криминалисты конца XVIII века, состоит в охране общества от посягательства виновного и воспрепятствовании другим следовать его примеру, но оба эти основания заключаются уже в воле совершить преступление, если она проявилась в запрещенном законом действии. Виновный обнаруживает при этом всю свою нравственную порчу; для общества возникает пагубный пример. Увидалось ли посягательство успехом или нет,— оба основания для применения наказания имеют налицо. Тождественные причины должны приводить к одинаковым последствиям, т. е., вызывать применение равных наказаний¹⁾. Нет никаких оснований относиться к субъекту, приложившему все

¹⁾ Filangieri, IV, p. 202.

свои старанія къ тому, чтобы лишить жизни человѣка, но не успѣвшему достигнуть этого результата, иначе, чѣмъ къ дѣйствительному убійцѣ. Неудача злодѣянія уменьшаетъ горе тѣхъ, чья жизнь или цѣломудріе были въ опасности, но эта неудача нисколько не извиняетъ того, чья надежда была обманута дѣйствіемъ силы или случая ¹⁾. Для примѣненія къ виновному наказанія въ полномъ размѣрѣ, вовсе нѣтъ нужды, чтобы задуманное имъ преступленіе было окончено. Можетъ случиться, что субъектъ обнаружить полную преступность своей воли, а дѣйствіе не будетъ имъ вполнѣ завершено и окажется или начатымъ или даже только предположеннымъ. Наказуемость виновнаго, въ этихъ случаяхъ, должна опредѣляться характеромъ задуманнаго имъ преступленія и онъ долженъ быть подвергнутъ полному наказанію, если природа этого преступленія такова, что для одного принятія рѣшенія совершить его, необходима значительная испорченность и твердая и обдуманная воля ²⁾. Лицо, приступившее къ преступной дѣятельности заслуживаетъ почти того же наказанія, какъ и лицо, окончившее преступленіе; воля совершить преступленіе ставитъ лицо на одну доску съ подлиннымъ преступникомъ ³⁾. Коль скоро преступникъ совершилъ со своей стороны все, что было потребно для реализаціи преступленія, онъ долженъ подлежать той же отвѣтственности, что и виновникъ оконченнаго преступленія. Случай, предупредившій наступленіе вреднаго результата, не можетъ смягчать отвѣтственности виновнаго, такъ какъ этотъ случай не въ силахъ уменьшить проявленной человѣкомъ злостности. Равнымъ образомъ, и примѣръ, подаваемый покушеніемъ, также пагубенъ, какъ и впечатлѣніе отъ оконченнаго преступленія. Отсюда, должно быть одинаковымъ и слѣдующее за это дѣяніе покушеніе ⁴⁾. Наступленіе вреда менѣе значительнаго, чѣмъ тотъ, на

¹⁾ Servin, p. 31, 32.

²⁾ Cremani, I, p. 79, 80.

³⁾ Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des arts, des sciences et des métiers, Art. «Crime» (Jurisprudence): La volonté qu'un homme peut avoir eu de commettre un crime dont l'exécution n'a point été commencée, n'est point punie en justice, cogitationis poenam nemo patitur. Mais celui qui ayant dessein de commettre un crime s'est mis en état de l'exécuter, quoiqu'il en ait été empêché, mérite presque la même peine que si le crime avoit été consommé; la volonté dans ce cas est réputée pour le fait: in maleficiis voluntas spectatur, non exitus.

⁴⁾ Globig-Huster, Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung, 1783 s. 140, 141.

который разсчитывалъ виновный, можетъ вліять на его отвѣтственность лишь постольку, поскольку субъектъ былъ сознательною причиною меньшей степени причиненнаго зла. Отсюда, оконченное покушеніе, т. е., безрезультатное приложеніе виновнымъ всѣхъ своихъ усилій для реализаціи преступленія, должно подлежать тому же наказанію, что и оконченное преступленіе ¹⁾.

Таковы ученія о покушеніи, защищавшіяся представителями социальна-критическаго направленія въ концѣ XVIII и началѣ XIX вѣковъ. Аналогичныя воззрѣнія на покушеніе проводятъ и современные представители социальна-критическаго направленія: такъ же какъ и ихъ предшественники, они настаиваютъ на равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія. Впрочемъ, изучая современныя ученія этого направленія о покушеніи, необходимо проводить различіе между тѣмъ рѣшеніемъ этой проблемы, которое было предложено представителями антропологической школы, и тѣмъ рѣшеніемъ ея, которое отстаивается послѣдователями уголовно-соціологическаго направленія.

Уголовно-антропологическая школа, разбирая вопросъ о покушеніи, отступаетъ отъ господствующихъ въ наукѣ уголовного права воззрѣній, не только при опредѣленіи размѣра наказуемости покушенія, но и при опредѣленіи условій наказуемости покушенія и даже при формулировкѣ состава его. По взгляду представителей этой школы, субъектъ, предпринявшій преступную дѣятельность, но не успѣвшій довести ее до конца, долженъ подлежать наказанію во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда при этомъ обнаружилась его социальная опасность. А опасность личности виновнаго можетъ явствовать не только изъ актовъ, начинающихъ выполненіе преступленія, но и изъ приготовительныхъ къ преступленію дѣйствій, вслѣдствіе чего, при условіи опасности личности виновнаго, должно подлежать наказанію не только покушеніе, но и приготовленіе ²⁾. Далѣе, коль скоро виновникъ неоконченной преступной дѣятельности, при выполненіи ея, обнаружилъ социальна-опасныя свойства своей личности, онъ долженъ быть наказанъ и въ томъ случаѣ, когда онъ употребилъ совершенно негодныя для реализаціи преступленія средства ³⁾. Наконецъ, наказаніе за покушеніе должно быть равнымъ

¹⁾ Tittmann, s. 194.

²⁾ Ferri, *La sociologie criminelle*, 1893, p. 425; Garofalo, *La criminologie*, 1890, p. 349, 350.

³⁾ Garofalo, p. 344; Ferri, p. 425.

карѣ за оконченное преступленіе, разъ установлено, что опасность личности виновника покушенія такъ же значительна, какъ и опасность личности виновника оконченнаго преступленія ¹⁾).

Представители уголовно-соціологической школы не идутъ такъ далеко въ своихъ проектахъ реформы современныхъ постановленій о покушеніи. Большинство ученыхъ этого направленія, въ ущербъ послѣдовательности проведенія своего основного взгляда ²⁾, не возражаетъ противъ господствующаго нынѣ пониманія существа покушенія. Покушеніе и по воззрѣнію этихъ ученыхъ представляется началомъ исполненія преступленія и только немногіе изъ сторонниковъ соціологическаго направленія допускаютъ наказуемость, совершившихъ пригостовленіе къ преступленію, соціально-опасныхъ субъектовъ ³⁾. Точно также, вопреки требованіямъ послѣдовательности ⁴⁾, это направленіе не измѣняетъ и современнаго ученія объ условіяхъ наказуемости покушенія и только нѣкоторые представители его, исходя изъ началъ борьбы съ соціально-опасными субъектами, настаиваютъ на признаніи покушенія съ негодными средствами и покушенія надъ негоднымъ объектомъ за наказуемая дѣянія ⁵⁾. Но весьма

¹⁾ Garofalo, p. 349; Ferri, p. 424.

²⁾ На это справедливо указываютъ: Overbeck, Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Lichte der modernen Strafrechtsschule, 1909, s. 26; Delaquis, Der untätigliche Versuch, 1904, s. 201, 202.

³⁾ Tesar, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, 1907, s. 266; Miler, Welche Konsequenzen ergeben sich in Rücksicht auf die zukünftige Strafgesetzgebung aus dem Prinzip der neuen Schule, dass den psychischen Faktoren mehr Bedeutung zuzumessen sei als dem materiellen Erfolge? Mitt. der IKV, X, 1902, s. 77; Redslob, Versuch und Vorbereitung, 1908, s. 152.

⁴⁾ Cp., Beling, Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, 1908, s. 110; Overbeck, l. c. s. 32—36.

⁵⁾ Nicoladoni, Der Einfluss der neuern strafrechtlichen Anschauungen auf die gesetzgeberische Behandlung des Versuches und der Teilnahme, Mitt. der IKV, V, 1896, s. 342; Miler, Mitt. der IKV, X, 1902, s. 77; Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, 1903, s. 201; Kantorowicz, Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, VII, 1911, s. 341; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, III, 1905, s. 132; Saleilles, Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable, Revue pénitentiaire, XX, 1897, p. 355; Garçon, Code pénal annoté, I, 1901, p. 19.

Нѣкоторые изъ представителей этого направленія спеціально оговариваются, что покушеніе должно подлежать наказанію и въ томъ случаѣ, когда виновный употребилъ негодныя средства по невѣжеству или суетвѣрью: Thiry, De la tentative, Mitt. der IKV, VI, p. 308; Finkelnburg, Mitt. der IKV, X, 1902, s. 501, 502; Garçon, Code pénal annoté, 1901, p. 25.

многіе изъ адептовъ соціологической школы соглашаются съ антропологической школою при опредѣленіи размѣра наказуемости покушенія. Личность виновника покушенія, замѣчаютъ эти криминалисты, ничѣмъ не отличается отъ личности автора оконченнаго преступленія и потому и наказаніе за оба эти дѣянія должно обладать равнымъ размѣромъ. Въ обоихъ случаяхъ, имѣется одна и таже субъективная виновность ¹⁾, въ обоихъ случаяхъ, мы встрѣчаемъ одну и ту же непокорную праву волю ²⁾; оба случая характеризуются одинаковою нравственною порчею преступника ³⁾ и, въ обоихъ случаяхъ, преступника представляютъ собою равную опасность для общества ⁴⁾; въ обоихъ случаяхъ, виновный можетъ проявить одинаковую злостность и обдуманность ⁵⁾; въ обоихъ случаяхъ, онъ можетъ обнаружить одинаковое упорство преступной воли ⁶⁾. Отсюда, виновникъ покушенія долженъ быть наказанъ также строго, какъ и лицо, совершившее оконченное преступленіе, коль скоро дѣяніе его свидѣтельствуеетъ о той же опасности и неизмѣнности его воли, которая встрѣчается при оконченномъ преступленіи ⁷⁾. Во всякомъ случаѣ, для покушенія оконченнаго, законодатель не долженъ устанавливать смягченной отвѣтственности, а долженъ лишь предоставить судѣ право, нѣсколько болѣе, чѣмъ при оконченномъ преступленіи, уменьшать наказаніе въ случаѣ признанія субъекта заслуживающимъ снисхожде-

¹⁾ Liszt, Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen? Aufsätze, II, s. 377; Meyer-Allfeld, Lrb. 1907, s. 179; Saleilles, L'individualisation de la peine, 1898, p. 201; Degois, Traité élémentaire de droit criminel, 1911, p. 160.

²⁾ Prins, Science penale et droit positif, 1899, p. 147; Thiry, Mitt. der IKV, VI, 1897, p. 307, Makarewicz, Einführung in die Philosophie des Strafrechts, 1906, s. 417, 432.

³⁾ Gallet, La notion de la tentative punissable, 1899, p. 344, 349; Kantorowicz, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, VII, 1911, s. 303, 304.

⁴⁾ Nicoladoni, Mitt. der IKV, V, 1896, s. 341; Garraud, Précis, p. 1907, p. 135, 159; Garçon, Code, I, 1901, p. 27.

⁵⁾ Seuffert, Über einige Grundfragen des Strafrechts, 1886, s. 24; Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland, 1902, s. 53; Seuffert, Mitt. der IKV, IX, 1902, s. 111; Seuffert, Einfluss des objektiven Erfolges auf die Strafbarkeit vorsätzlicher Straftaten, insbesondere bei Versuch und Teilnahme Mitt. der IKV, X, 1902, s. 475; Gauckler, Mitt. der IKV, X, 1902, s. 434, Harburger, Mitt. der IKV, X, 1902, s. 491.

⁶⁾ Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, 1903, s. 202.

⁷⁾ Redslob, Versuch und Vorbereitung, 1908, s. 151, 159, 160; Miler, Mitt. der IKV, X, 1902, s. 76, 77; Garraud, Mitt. der IKV, X, 1902, p. 102.

нія. Въ этомъ случаѣ имѣется налицо преступная рѣшимость, поборовшая всѣ встрѣченныя ею препятствія ¹⁾. Покушеніе оконченное должно подлежать тому же наказанію, что и оконченное преступленіе, при всѣхъ наиболѣе тяжкихъ преступленіяхъ ²⁾. Принципъ редуцированной наказуемости покушенія, съ правно-политической точки зрѣнія, долженъ быть признанъ весьма сомнительнымъ ³⁾.

Положеніе о равной наказуемости покушенія и оконченнаго преступленія встрѣтило одобреніе и со стороны германской группы Международнаго союза криминалистовъ ⁴⁾.

Воззрѣнія представителей уголовно-антропологической и уголовно-юридической школъ на покушеніе не могутъ быть принимаемы за положительныя правовыя ученія или за рѣшеніе вопроса объ отношеніи правосознанія къ началамъ нормировки репрессіи покушенія. Появленіе этихъ ученій свидѣтельствуетъ о неудовлетворенности общества дѣйствующей правовой системой и указываетъ на неотложную необходимость ея реформы, но, сами по себѣ, эти ученія не содержатъ въ себѣ объективно-удачнаго проекта этой реформы, не воплощаютъ въ себѣ проекта нормъ права, сообразованныхъ съ подлиннымъ уровнемъ общественной культуры въ данную эпоху. Содержаніе этихъ уче-

¹⁾ Rosenfeld, Mitt. der IKV, X, 1902, s. 503; Rosenfeld. Die richterliche Strafzumessung (V. D. A. III), s. 155; Germann, Ueber den Grund der Strafbarkeit des Versuchs 1914, s. 179, 180, 187, 212.

²⁾ Bierling, Juristische Prinzipienlehre, III, 1905, s. 437; Rudert, Die subjektive und objektive Seite im Tatbestande des untauglichen Versuches; 1907, s. 75.

³⁾ Liszt, Lrb, 1911, s. 211; Liszt, Z XXX, 1909, s. 272; E. v. Liszt, Z, XXV, s. 62, 63, 93; Roever, Der untaugliche Versuch de lege lata und de lege ferenda, 1905, s. 94.

⁴⁾ Internationale Kriminalistische Vereinigung, VIII Landesversammlung der Landesgruppe Deutsches Reich. Bremen, 17—19 April 1902.

1. Die Aufnahme einer Versuchsdefinition in das Strafgesetzbuch ist wünschenswert.

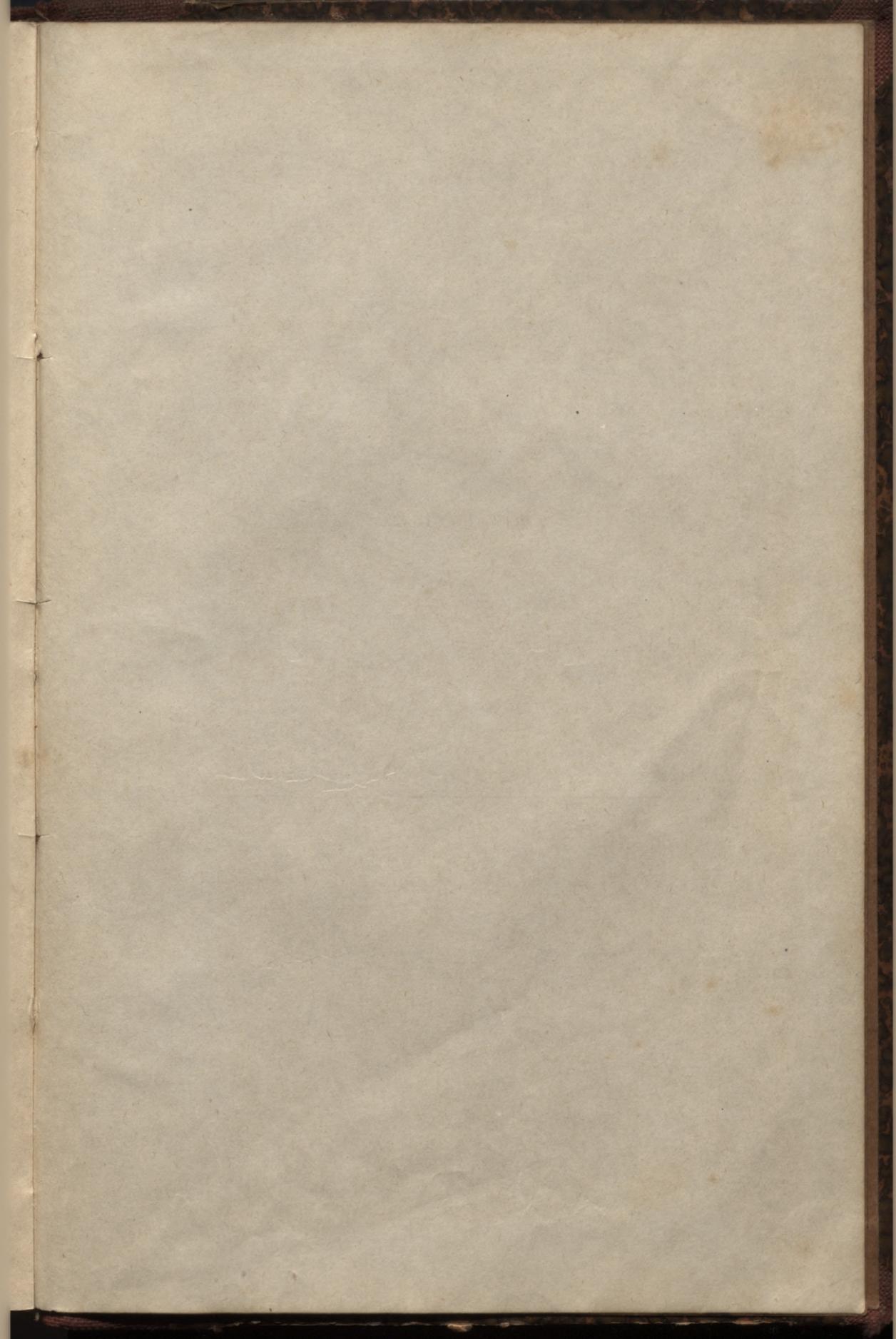
2. Diese Definition hat sich von dem überlieferten «Anfang der Ausführung» frei zu machen.

3. Der Versuch ist nur in denjenigen Fällen strafbar, in welchen das Gesetz dies bestimmt.

4. Die Strafbarkeit des Versuches ist grundsätzlich dieselbe wie die der Vollendung, vorbehaltlich einer zu begrenzenden richterlichen Ermässigungsbefugnis.

5. Bei Versuchsreue tritt Straflosigkeit ein für denjenigen Beteiligten, der sie bethätigt hat.

ній, не заключаючи въ себѣ объективно-удачнаго рецепта реформы права, оказывается, вмѣстѣ съ тѣмъ, чуждымъ всякой исторической эпохи. Соціально-критическое направленіе представляетъ собою актъ протеста общественной мысли противъ устарѣвшей позитивной культуры, но это направленіе выражаетъ этотъ протестъ всегда въ одной и той же формѣ, совершенно не считаясь съ особенностями подлежащей проведенію правовой реформы. Повторяясь періодически въ исторіи, эти ученія обладаютъ поразительно сходнымъ содержаніемъ, несмотря на различіе эпохъ своего появленія. Но при изученіи права важно установить, что эти ученія не представляютъ собою отраженія народнаго правосознанія, не являются звеномъ въ развитіи права и не могутъ быть признаны за фазисъ въ его эволюціи.



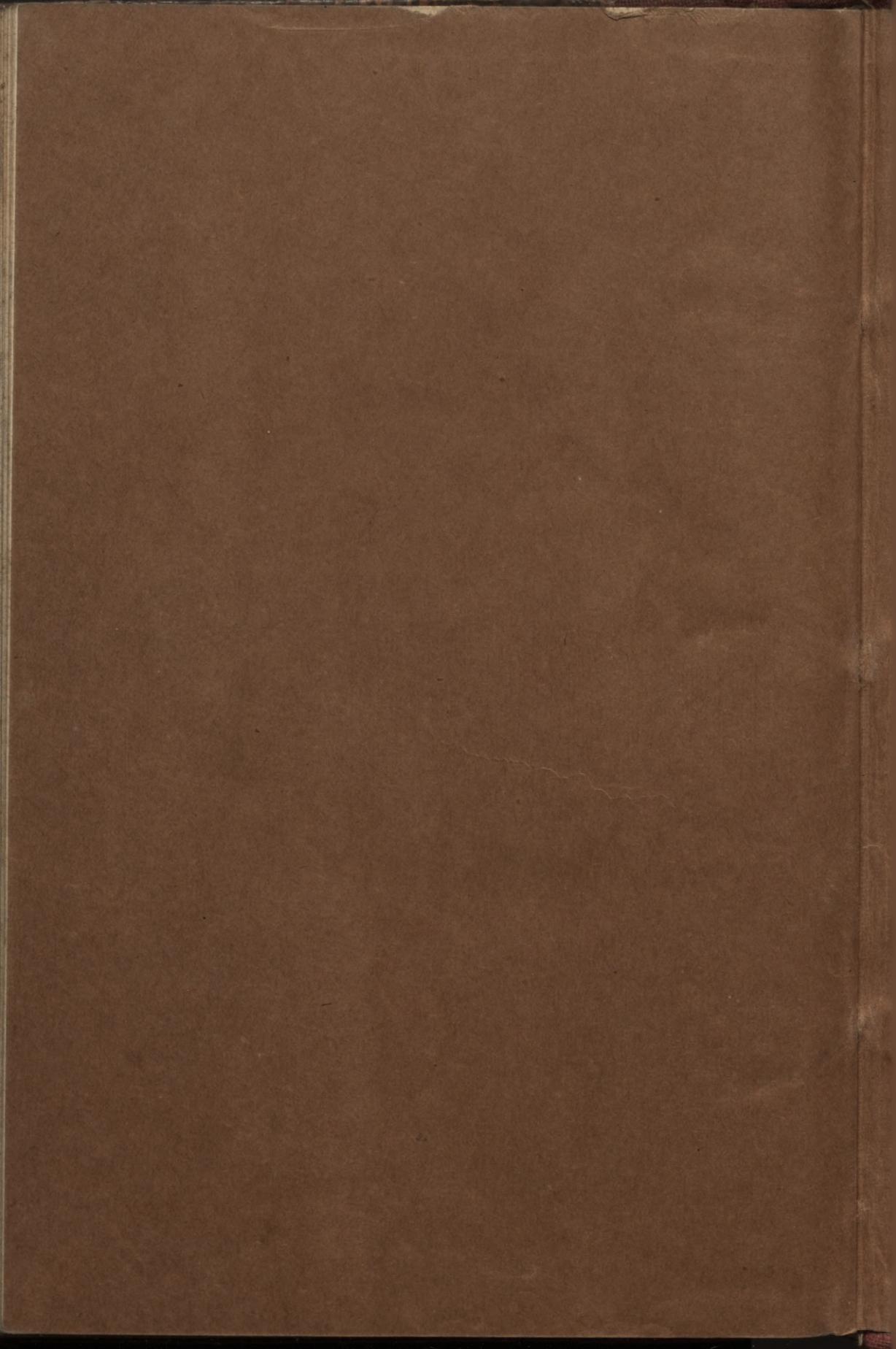
77. 85. 110. 121. (one year more)

¹¹²
~~77~~ 114, 122, 120, 16,

Lozano, ref.

37, 38, 39, 40,

205. 277 - *Microgobius*



425883

LATVIJAS UNIVERSITĀTES BIBLIOTĒKA



0509035533