

ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА
УГОЛОВНОГО ПРАВА И
УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Г. А. Есаков

MENS REA
В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ
СОЕДИНЕННЫХ
ШТАТОВ
АМЕРИКИ

Геннадий Александрович Есаков
Mens Rea в уголовном праве
Соединенных Штатов Америки
Серия «Теория и практика уголовного
права и уголовного процесса»

Текст предоставлен правообладателем

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=11152620

*Mens rea в уголовном праве США: историко-правовое исследование / Предисловие докт. юрид.
наук. проф. О. Ф. Шишова.: Юридический центр Пресс; Москва; 2003
ISBN 5-94201-232-6*

Аннотация

В монографии впервые в отечественной литературе сделана попытка рассмотреть в историческом ключе на примере Соединённых Штатов Америки одну из центральных категорий англо-американского уголовного права – категорию mens rea как субъективную составляющую преступного деяния. Вплоть до сегодняшних дней проблематика mens rea рассматривалась в российской науке уголовного права лишь на уровне частных вопросов, тогда как комплексное осмысление категории mens rea, совершенно не похожей на российскую категорию вины, не просто углубляет наши познания о зарубежном праве, но и способно в ином свете отразить достоинства и недостатки традиционных представлений о субъективной стороне преступления в отечественной доктрине.

Придерживаясь историко-догматического подхода, автор подробно исследует истоки mens rea в общем праве Англии; рецепцию последнего американским правом и дальнейшие вехи развития категории mens rea на американской почве. Не ограничиваясь сугубо теоретическими вопросами, автор стремится показать практическое приложение в американском праве доктринальных концепций на примере учения о юридической ошибке, тяжкого убийства по правилу о фелонии и процессуальных аспектов доказывания mens rea. Особое внимание в работе уделяется анализу Примерного уголовного кодекса 1962 г. и современного американского уголовного законодательства.

Для научных и практических работников, студентов и аспирантов, а также всех интересующихся теорией и практикой зарубежного уголовного права и его историей.

Содержание

Предисловие	6
Введение	8
Глава I	17
§ 1. Уголовное право англосаксонского периода и первых десятилетий после норманнского завоевания (V – первая половина XII вв.)	17
§ 2. Зарождение и становление mens rea в английском уголовном праве (вторая половина XII–XVI вв.)	34
Глава II	53
§ 1. Концепция mens mala в английской уголовно-правовой доктрине XVII – третьей четверти XVIII вв.	53
§ 2. Практическое преломление концепции mens mala в английском уголовном праве	69
1. Юридическая ошибка	69
2. Тяжкое убийство по правилу о фелонии	77
3. Материально-правовые средства доказывания mens rea	102
Глава III	109
§ 1. Уголовное право Соединённых Штатов и теория mens rea: периодизация истории	109
§ 2. Теория mens rea в американском уголовном праве XVII – конца XIX вв.	113
Конец ознакомительного фрагмента.	131

Геннадий Есаков

Mens rea в уголовном праве США: историко-правовое исследование

Уважаемый читатель!

Вы открыли книгу, входящую в серию работ, объединенных общим названием «Теория и практика уголовного права и уголовного процесса».

Современный этап развития уголовного и уголовно-процессуального законодательства напрямую связан с происходящими в России экономическими и политическими преобразованиями, которые определили необходимость коренного реформирования правовой системы. Действуют новые Уголовный и Уголовно-исполнительный кодексы, с 1 июля 2002 г. вступил в силу Уголовно-процессуальный кодекс РФ.

В этих законах отражена новая система приоритетов, ценностей и понятий, нуждающихся в осмыслении. Появившиеся в последнее время комментарии и учебники по данной тематике при всей их важности для учебного процесса достаточно поверхностны. Стремление познакомить читателя с более широким спектром проблем, с которыми сталкиваются как теоретики, так и практики, и породило замысел на более глубоком уровне осветить современное состояние отраслей криминального цикла. Этой цели и служит предлагаемая серия работ, посвященных актуальным проблемам уголовного права, уголовно-исполнительного права, криминологии, уголовного процесса и криминалистики.

У истоков создания настоящей серии книг стояли преподаватели юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета. Впоследствии к ним присоединились ученые Санкт-Петербургского юридического института Генеральной прокуратуры Российской Федерации, Санкт-Петербургского университета МВД и других вузов России, а также ряд известных криминалистов, обладающих большим опытом научных исследований в области уголовного права, уголовно-исполнительного права, криминологии, уголовного процесса и криминалистики.

В создании серии принимают участие и юристы, сочетающие работу в правоохранительных органах, других сферах юридической практики с научной деятельностью и обладающие не только богатым опытом применения законодательства, но и способностями к научной интерпретации результатов практической деятельности.

С учетом указанных требований формировалась и редакционная коллегия, которая принимает решение о публикации.

Предлагаемая серия основывается на действующем российском законодательстве о противодействии преступности и практике его применения с учетом текущих изменений и перспектив развития. В необходимых случаях авторы обращаются к опыту зарубежного законодательства и практике борьбы с преступностью, с тем, чтобы представить отечественную систему в соотношении с иными правовыми системами и международным правом.

Подтверждением тому служат вышедшие из печати работы Б. В. Волженкина, А. И. Бойцова, В. И. Михайлова, А. В. Федорова, Е. В. Топил ьской, М. Н Становского, В. Б. Малинина, Д. В. Ривмана, В. С. Устинова, В. М. Волженкиной, Р. Д Шарапова, М. Г. Миненка, С. Д Шестаковой, И. Ю. Михалева, Г. В. Овчинниковой, О. Н Кориуновой, С. Ф. Милюкова, А. Л. Протопопова, В. Г. Павлова, В. И Емельянова, В. И Коняхина, Г. В. Назаренко, И. М. Тяжковой, А. А. Струковой, С. С. Тихоновой, А. В. Мадьяровой, М. Л. Прохоровой, Л. А. Андреевой, К В. Александрова, Л. С. Аустовой, А. И. Бойко, Т Б. Дмитриевой, Б. В Шостаковича, А. И. Рарога, А. А. Сапожкова, Д А. Корецкого, Л. М. Землянухина, Л. В. Головки, Л. Л. Кругликова,

А. Д. Назарова, А. Е. Якубова, А. Н. Попова, С. В. Бородина, А. Г. Кибальника, Л. И. Романовой, А. И. Коробеева, Д. А. Шестакова, В. Д. Филимонова, И. А. Возгрина, А. А. Эксархопуло, В. В. Орехова и др., в которых анализируются современные проблемы борьбы с преступностью.

Надеемся, что найдем в Вас взыскательного читателя, если Ваша принадлежность к юридико-образовательной или правоприменительной деятельности вызовет интерес к этой серии книг.

Редакционная коллегия

Июль 2003 г.

Предисловие

До сравнительно недавнего времени проблемы уголовного права США, Великобритании, Франции и других так называемых «капиталистических» государств излагались с позиций классового подхода и подвергались, как правило, однобокой критике.

Достаточно вспомнить, что на протяжении многих десятилетий книги и журнальные статьи, посвященные зарубежному уголовному праву, пестрели такими заголовками: «реакционная сущность англо-американского уголовного права», «антинародный характер буржуазного уголовного законодательства», «классовая сущность буржуазных уголовно-правовых теорий» и т. д. и т. и. Те из отечественных ученых-криминалистов, которые с точки зрения официальной коммунистической доктрины недостаточно последовательно и глубоко критиковали зарубежные уголовно-правовые концепции, институты и нормы уголовного права, подвергались шельмованию, обвинениям в потере политической бдительности и прочих смертных грехах. И тем не менее в трудах таких ученых, как Н. Н. Полянский, Б. С. Никифоров, Ф. М. Решетников содержался интереснейший фактический материал по англо-американскому уголовному праву.

Что же касается зарубежных авторов, то за последние восемьдесят лет в нашей стране не было опубликовано ни одной американской работы, а применительно к Великобритании увидели свет всего лишь три книги, посвященные уголовному праву и написанные английскими юристами. Это книга Дженкса «Английское право» (уголовному праву посвящен один раздел); «Основы уголовного права» Кенни и солидный раздел в третьем томе «Современное уголовное право зарубежных стран» (перевод был осуществлён под редакцией виднейшего отечественного криминалиста члена-корреспондента АН СССР А. А. Пионтковского). По проблемам вины в английском уголовном праве была в 1945 г. защищена кандидатская диссертация Б. С. Никифоровым, не опубликованная, к сожалению, даже фрагментарно.

Выносимая на суд читателей книга принадлежит перу молодого и бесспорно талантливого ученого Г. А. Есакова. Это его первая научная работа, и она несомненно привлечет внимание многих. Прежде всего, она интересна тем, что посвящена сравнительно малоисследованной тематике – англо-американскому уголовному праву в той его части, что затрагивает проблематику субъективной составляющей преступного деяния. Представляемая работа в сравнении с вышеназванными исследованиями отечественных криминалистов имеет то несомненное преимущество, что оживляет ныне практически заброшенную область сравнительного правоведения.

Интересно монографическое исследование Г. А. Есакова и широтой теоретического и одновременно с тем практического охвата аспектов затронутой им проблемы. Данная работа, по сути своей, есть не просто срез одного из крупнейших институтов уголовного права, но является большим наброском истории английского уголовного права и его ответвления – американского уголовного права.

Представляемое исследование интересно и той источниковедческой базой, на которой оно покоится. Начиная с англосаксонских правд, Г. А. Есаков последовательно проходит по всем крупнейшим в истории общего права доктринальным трудам и памятникам применения права, предлагая читателю вдумчивый и скрупулёзный разбор их вплоть до слов и запятых.

Но довольно о том интересе, какой вызывает предлагаемая вниманию читателей монография. Гораздо важнее ответить на другой, весьма значимый вопрос: а в чём ценность такого рода работ для отечественного уголовного права? И здесь достаточно, по нашему мнению, указать на мысль автора, сквозящую во введении, прорывающуюся на поверхность в тексте работы и, наконец, наиболее отчётливо звучащую в заключении: при всей внешней

несхожести российской и англо-американской уголовно-правовых систем есть нечто глубинное, что их объединяет, и этим нечто, в частности, является идея виновной ответственности за совершённое преступление.

Схожесть же основополагающих принципиальных постулатов может иногда способствовать уточнению и углублению некоторых позиций в отечественной доктрине уголовного права. Достаточно указать на один пример. Исследуя проблему юридической ошибки, Г. А. Есаков отмечает, что современные уголовно-правовые реалии не позволяют считать справедливым наказание за нарушение человеком определённых запретов, если при этом он полагался на официально данный совет должностного лица. Во всяком случае, идея истинно виновной ответственности запрещает уголовно наказывать лицо, оказавшееся в такой ситуации.

А теперь обратимся к отечественной доктрине уголовного права и вспомним, как ещё совсем недавно с категоричностью, достойной лучшего применения, в любом учебнике и любой монографии утверждалось, что юридическая ошибка не влияет на уголовную ответственность, и лишь только год тому назад А. И. Рарог, крупнейший из ныне здравствующих специалистов по проблеме вины, обратил внимание на то, что разъяснение компетентного должностного лица правоохранительных органов должно признаваться извинительной юридической ошибкой. И как тут не вспомнить один из ранних проектов ныне действующего Уголовного кодекса России, где в формуле умысла виднейшими учёными-криминалистами предлагалось заменить туманное и неопределённое «осознание общественной опасности» более отвечающим требованиям субъективного вменения «осознанием противоправности». К сожалению, эта принципиальная новелла не нашла поддержки законодателя.

В целом же, обозревая проделанную Г. А. Есаковым работу, мы не сомневаемся, что она будет одобрительно воспринята научным сообществом, а также принесет пользу и юристам-практикам, и студентам, и всем интересующимся зарубежным уголовным правом и его историей.

О. Ф. Шишов, доктор юридических наук, профессор

Введение

I

Исследования в области зарубежного уголовного права являют собой пример старой доброй традиции отечественной науки, относимой в своих самых отдалённых корнях к переводу в 1720-х гг. работы Самуила Пуфендорфа «О должности человека и гражданина по закону естественному»,¹ а в собственно англо-американском аспекте берущей своё начало от издания в 1780-х гг. с оригинальными примечаниями С. Е. Десницкого «Комментариев» сэра Уильяма Блэкстоуна с их центральной мыслью о том, что «первоначальными и главнейшими предметами Аглинского закона должны быть *права и преступления*».² В наше время это направление теоретической мысли переживает вполне оправданный ренессанс, что находит своё отражение в появлении значительного массива работ, посвящённых самым разнообразным аспектам иностранного уголовного права и его сопоставлению с российской уголовно-правовой системой.

На этом фоне часто незаслуженно забываемыми видятся проблемы уголовного права стран семьи общего права.³ Такое положение вещей можно было бы объяснить подмеченной В.Д. Спасовичем ещё в середине XIX в. в предисловии к переводу работы сэра Джеймса Ф. Стифена «Уголовное право Англии в кратком очертании» близостью отечественной науки уголовного права немецкой (или, говоря в более общем плане, романо-германской) точке зрения,⁴ но это всего лишь *объяснение*, но никак не *оправдание* сложившегося *status quo*.

¹ См.: Пуфендорф С. О должности человека и гражданина по закону естественному, книги две. Ныне же На Россіискій съ Латінскаго преведенныя, Повеленіемъ Благочестивейшія Великія Государыни Екаторіны Алексіевны, Імператріцы и Самодержицы Всероссійскія, Благословеніемъ же святейшаго Правительствующаго Всероссійскаго Синода. СПб.: Напечатаны же въ Санкѣпетербургскои Типографіи, 1726. Примечателен тот факт, что четвёртый том комментариев, озаглавленный «О публичных деликтах» («Of Public Wrongs») и посвящённый материальному уголовному праву, а также уголовному процессу, переведён С.Е. Десницким на русский язык не был. Не произошло этого (насколько удалось установить) и при последующих изданиях перевода блэкстоуновской работы. Данное обстоятельство весьма и весьма прискорбно, поскольку, во-первых, четвёртый том «Комментариев» по догматичности, красочности языка и фундаментальности едва ли не превосходит остальные три и, во-вторых, единственный из них, пожалуй, сохраняет свою основополагающую значимость вплоть до сегодняшнего дня в уголовно-правовых системах стран семьи общего права.

² *Блакстонъ*. Истолкованія Аглинскихъ законовъ. Переведенныя по Всевысочайшему Повеленію Великой Законодательницы Всероссійской. Съ подлинника Аглинскаго. Книга I. М.: Печатаны въ Университетской Типографіи у Н. Новикова, 1780. С. 310. Примечателен тот факт, что четвёртый том комментариев, озаглавленный «О публичных деликтах» («Of Public Wrongs») и посвящённый материальному уголовному праву, а также уголовному процессу, переведён С.Е. Десницким на русский язык не был. Не произошло этого (насколько удалось установить) и при последующих изданиях перевода блэкстоуновской работы. Данное обстоятельство весьма и весьма прискорбно, поскольку, во-первых, четвёртый том «Комментариев» по догматичности, красочности языка и фундаментальности едва ли не превосходит остальные три и, во-вторых, единственный из них, пожалуй, сохраняет свою основополагающую значимость вплоть до сегодняшнего дня в уголовно-правовых системах стран семьи общего права.

³ В настоящем исследовании под семьёй общего права при всей условности столь обобщённого подхода понимается группа правовых систем ряда стран, объединяющих, конечно же, Соединённое Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединённые Штаты Америки и иные государства, чьи правовые системы испытали на себе в силу определённых причин заметное влияние английского общего права. Часто используемый для обозначения данной группы правовых систем термин «англосаксонская правовая семья» представляется более предпочтительным не употреблять, поскольку это выглядело бы не совсем корректно, если принять во внимание, что прилагательное «англосаксонский» относится в точном своём смысле лишь к периоду в истории Англии, охватывающему V – середину XI вв. (до 1066 г.). Соответственно, прилагательное «англо-американский», используемое в настоящем исследовании в различных контекстах, ограничивается в сфере своего охвата лишь уголовным правом Англии и Соединённых Штатов. Также следует оговориться о том, что прилагательное «американский», используемое в настоящем исследовании, относится лишь к Соединённым Штатам, равно как и этот последний термин означает Соединённые Штаты Америки.

⁴ См.: *Стифень Дж. Ф.* Уголовное право Англіи въ краткомъ очертаніи / Переводъ и предисловіе В. Спасовича. СПб.,

Первым шагом к преодолению доминирующей романо=германской направленности российской уголовно-правовой мысли должно, как видится, стать изучение центрального института любой уголовно-правовой системы – института субъективной составляющей преступления, являющегося, как образно заметил Г. С. Фельдштейн в теоретическом афоризме, ставшем в отечественной науке классическим, «барометром уголовного права» и «лучшим показателем его культурного уровня».⁵

В отображении идеи субъективного вменения страны семьи общего права прошли долгий путь от объективного вменения до точных психологических определений различных форм *mens rea* как субъективной составляющей преступления. Особенно показательным в затронутом аспекте видится развитие категории *mens rea* в уголовном праве Соединённых Штатов, рецепировавших в XVII–XVIII вв. английскую доктрину и разработавших её в достаточно своеобразную теорию, в которой уживаются прошлое и настоящее, психологизм и оценочность, объективное вменение и субъективное, нормы кодифицированного законодательства и нормы общего права и в которой находят своё преломление все иные институты уголовного права.

Тем не менее вплоть до сегодняшнего дня данная тема ещё не получила своего должного комплексного теоретического исследования в отечественной науке уголовного права.

Так, носящая фундаментальный характер и защищённая в 1945 г. кандидатская диссертация Б. С. Никифорова («Учение о виновности в английском уголовном праве»)⁶ является единственной применительно к затрагиваемой области уголовного права стран семьи общего права. В той или иной мере отдельные вопросы доктрины *mens rea* затрагивались в трудах многих специалистов, среди которых можно назвать П. И. Гришаева, К. Ф. Гуценко, И. Д. Козочкина, Н. Е. Крылову, Н. В. Лясс, А. В. Наумова, А. С. Никифорова, Б. С. Никифорова, Н. Н. Полянского, Ф. М. Решетникова, М. Д. Шаргородского, Н. А. Шульженко и др. Вместе с тем многие работы были написаны до 1990-х гг., когда по вполне понятным причинам в них часто не могла быть дана адекватная научная оценка уголовному праву Соединённых Штатов. В свою очередь, исследования, появившиеся в последнее время, касаются, как правило, лишь частных вопросов теории *mens rea*, а равно отдельных прикладных аспектов на уровне общей части уголовного права.

Как следствие отмеченных обстоятельств, в российской науке на настоящий момент отсутствует именно комплексное исследование проблемы *mens rea* в уголовном праве Соединённых Штатов, базирующееся на понимании обусловленности современного состояния американского уголовного законодательства и его теории их историческим развитием на родине семьи общего права, в Англии, а также неразрывной взаимозависимости общей теории *mens rea* с её прикладными аспектами.

II

Actus non facit reum nisi mens sit rea – действие не делает виновным, если не виновна мысль – являет собой легальную максиму, чьё происхождение теряется в глубине веков. Но несмотря на свой весьма почтенный возраст, неуклюжую и сомнительную латынь, она сохраняет основополагающее значение в уголовном праве всех стран семьи общего права.⁷ При-

1865. С. v.

⁵ Фельдштейн Г.С. Учение о формах виновности в уголовном праве. М.: Тип. Тов. Влад. Чичеринъ, 1902. С. 53.

⁶ См.: Никифоров Б.С. Учение о виновности в английском уголовном праве: Дисс... канд. юрид. наук / Институт права Академии наук СССР. М., 1945.

⁷ Выбрав единичные прецеденты, одновременно создававшиеся в уголовноправовых системах различных стран семьи общего права, можно сказать, что максима *actus non facit reum nisi mens sit rea* постулируется в следующих прецедентах соответственно: английского происхождения: *Fowler v. Padget*, 7 T.R. 509, 514, 101 Eng. Rep. 1103, 1106 (K.B. 1798) (*per Lord*

чина этого, в свою очередь, кроется в том, что она является образной и привычной *квинт-эссенцией принципа mens rea*, согласно которому субъективная (психическая, внутренняя) составляющая деяния, по общему правилу, является необходимым элементом в структуре преступления, подлежащим вместе с *actus reus* как объективным (физическим, внешним) элементом содеянного доказыванию и установлению вне разумных сомнений в судебном процессе, прежде чем человеку могут быть применены уголовно-правовые санкции, или, передавая изложенное в более доступной форме, согласно которому «люди не должны клеймиться как преступники на основе случайностей либо же несчастий».⁸

Обозначающим уголовно-правовую категорию субъективной составляющей преступного деяния термином, освящённым веками и оттого ставшим классическим, является латинское выражение «*mens rea*»: как было сформулировано в известном решении Палаты Лордов, «лицо не может быть осуждено за преступление, если *mens* не была *rea*».⁹

Перевод данного термина на русский язык затруднителен, и в литературе встречаются такие его варианты, как «злой разум» (или «запрещённое умонастроение»),¹⁰ «виновный разум»,¹¹ «виновная воля»,¹² «виновный дух»,¹³ «душевное состояние»,¹⁴ «виновное сознание»,¹⁵ «преступное намерение»¹⁶ и даже «вина»¹⁷ или совсем уж отечественно-доктринальное «психическое отношение к деянию и его последствиям».¹⁸

Kenyon, C.J.); *Harding v. Price*, [1948] 1 K.B. 695, 700 (*per* Lord Goddard, C.J.) («Общее правило, применимое к уголовным делам, заключается в том, что *actus non facit reum nisi mens sit rea*»); австралийского происхождения: *Rex v. Hayes*, [1829] NSWSC 24 (*Sydney Gazette*, 23 June 1829) (*per* Forbes, C.J.) («универсальная максима, применимая ко всем уголовным процессам, заключается в том, что *actus non facit reum, nisi mens sit rea*»); *Ryan v. The Queen*, (1967) 121 C.L.R. 205, 239 (*per* Windeyer, J.); канадского происхождения: *Regina v. Mellon*, (1900) 7 C.C.C. 179, 181 (*per* Rouleau, J.); *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, 513 (*per* Lamer, J.) («С незапамятных времён частью нашей системы законов было то, что невиновный не наказывается. Этот принцип был давно признан как существенный элемент системы отправления правосудия, которая основывается на вере в достоинство и ценность человеческой личности и на правлении закона. Он настолько стар, что его первая формулировка сводилась к латинскому изречению *actus non facit reum nisi mens sit rea*»); и американского происхождения: *Maher v. People*, 10 Mich. (6 Cooley) 212, 217 (1862); *Stein v. State*, 37 Ala. (17 Shep.) 123, 131 (1861) («теория права заключается в том, что преступное намерение является необходимым ингредиентом каждого преследуемого по обвинительному акту преступления. Максима состоит в том, что *Actus non facit reum nisi mens sit rea*»); *State v. Chicago, Milwaukee & St. Paul R. Co.*, 122 Iowa 22, 25 (1903); *United States v. Hill*, 55 F.3d 1197, 1202 (6th Cir. 1995). Однако ср.: *Regina v. Tolson*, (1889) L.R. 23 Q.B.D. 168, 185 (*per* Stephen, J.) (где используется выражение *non est reus, nisi mens sit rea*) с *Ibid*, at p. 181 (*per* Cave, J.) (где используется выражение *actus non facit reum, nisi mens sit rea*).

⁸ Intention, Recklessness and Moral Blameworthiness: Reflections on the English and Australian Law of Criminal Culpability: Address of the Right Honourable the Lord Irvine of Lairg, Lord Chancellor// *The Sydney Law Review. Sydney, 2001. Vol. 23, № 1. P. 6.*

⁹ *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479, 504 (*per* Lord Birkenhead, L. C.).

¹⁰ См.: Малиновский А.А. Сравнительное правоведение в сфере уголовного права. М.: Междунар. отношения, 2002. С. 57. Необходимо сразу же оговориться о том, что даваемые А.А. Малиновским варианты перевода далеки от дословности, и потому в дальнейшем анализе они не рассматриваются.

¹¹ См.: Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 132.

¹² См.: Кенни К. Основы уголовного права / Пер. с англ. В.И. Каминской; Под ред. и с вступ. ст. Б.С. Никифорова. М.: Издательство иностр. лит., 1949. С. 39 сн. *; Уголовное право зарубежных государств. Общая часть: Учебное пособие / Под ред. и с предисл. И.Д. Козочкина. М.: Омега-Л, Институт Международного права и экономики им. А.С. Грибоедова, 2003. С. 23; Никифоров А.С. Уголовное право современной Англии (обзор английской литературы по уголовному праву) // *Советское государство и право. М., 1954. № 6. С. 141–142.*

¹³ См.: Полянский Н.Н. Уголовное право и уголовный суд Англии. Изд. 2-е, испр. и доп. М.: Юридическая литература, 1969. С. 84; Власов И.С., Гуценко К.Ф., Решетников Ф.М., Штромас А.Ю. Уголовное право зарубежных государств. Вып. 2: Понятие преступления и вина. М.: Унив. др. народов им. Патриса Лумумбы, 1972. С. 110.

¹⁴ См.: Уголовное право зарубежных государств. Общая часть. С. 23, 28.

¹⁵ См.: Чигринцев О.М. Учение о вине по уголовному праву Англии // *Известия высших учебных заведений. Правоведение. Л., 1979. № 6. С. 77.*

¹⁶ См.: Шульженко Н.А. Ответственность за предварительную преступную деятельность по англо-американскому уголовному праву: Дисс... канд. юрид. наук / ВНИИ сов. законодательства. М., 1982. С. 5.

¹⁷ См.: Уголовное право зарубежных государств. Общая часть. С. 128, 130; Гуценко К.Ф., Головкин Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. М.: ИКД «Зерцало-М», 2001. С. 96; Шульженко Н.А. Указ. дисс. С. 55, 130–131; Трикоз Е.Н. Эволюция системы источников и основных институтов уголовного права Австралии в XIX–XX вв.: Автореф.

Представляется, что наиболее корректный дословный перевод выражения *mens rea* должен звучать как «виновная мысль».

Основное различие, таким образом, кроется в передаче смысла слова *mens*. Его действительно можно перевести и как «разум», и как «воля», и как «дух».¹⁹ Предпочитая вариант его перевода как «мысль», можно указать на то, что слово «разум» имеет в латинском языке достаточно точный аналог – *ratio*, слово «воля» – *voluntas*, а слово «дух» (а равно «сознание») – *animus* (в принципе, два последних слова можно перевести и как «намерение», и в ряде случаев контекст требует именно этого). В конечном счёте, это, возможно, не более чем чересчур углублённая игра словами, столь часто ставящая в затруднение при переводе и столь часто позволяющая не без удовольствия «долго и сладострастно»²⁰ критиковать коллег по цеху.

Примечательно и то, что англоязычные авторы передают смысл термина *mens rea* на английском языке используя преимущественно выражение «*guilty mind*».²¹ Представляющийся наиболее точным перевод последнего уже на русский язык звучит как «виновный ум», хотя при этом не исключается и такой вариант, как «виновная мысль».

Все эти словесные вариации убеждают лишь в одном: какой бы ни был избран дословный перевод выражения *mens rea*, он с необходимостью будет вводить в заблуждение своей явно не юридической, а скорее моральной, социально-оценочной природой. Столь же неудачной будет и попытка придать этому выражению строго юридическую окраску, прибегнув к привычному для сегодняшней российской юридической мысли слову «вина» (или даже «субъективная сторона преступления»), поскольку, наводя на осознанные и неосознанные параллели с отечественным уголовным правом, последнее искажает, как следствие, совершенно особую формальноюридическую и философско-правовую трактовку рассматриваемого термина в его родном контексте. При этом, возможно, слово «вина» и отразило бы наиболее адекватно содержание выражения *mens rea*, но лишь если взять, приложив к мыслительной, внутренней стороне деяния и ограничив его тем самым, *исключительно* то привычное понимание данного слова, которое сложилось в русском языке и которое может быть раскрыто, если прибегнуть к помощи таких характеристик, как «прегрешение, грех (в знач. проступка), всякий недозволенный, предосудительный поступок».²² Однако реально существующая угроза подмеченного возможного смешения господствующего легального и естественного значений этого слова²³ вынуждают отказаться от такого перевода.

дисс... канд. юрид. наук / МГУ им. М.В. Ломоносова. Юрид. фак. М., 2002. С. 13, 22–23.

¹⁸ См.: Шульженко Н.А. Указ. дисс. С. 55.

¹⁹ См.: Полный латинский словарь / Состав, по совр. лат. словарямъ Ананьевымъ, Яснецкимъ и Лебединскимъ. М.: ВТ-пографш Каткова и К., 1862. С. 513.

²⁰ Эпитет принадлежит В.М. Рыбакову (см.: Уголовные установления Тан с разъяснениями (Тан люй шу и). Цзюани 1–8. Введ., пер. с кит. и коммент. В.М. Рыбакова. СПб.: «Петербургское Востоковедение», 1999. С. 31 см. 38).

²¹ См., напр.: Roulston R.P. Introduction to Criminal Law in New South Wales. Sydney: Butterworths, 1975. P. 17; Parker J.S. The Economics of Mens Rea // *Virginia Law Review. Charlottesville (Va.)*, 1993. Vol. 79, № 4. P. 741; Hart H.L.A. Intention and Punishment // Hart H.L.A. Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law. Oxford: Clarendon Press, 1968. P. 114.

²² Даль Владимир. Толковый словарь живого великорусского языка: Т. 1–4. Т. 1: А–З. М.: Рус. яз., 1989. С. 204. Ср. также: «Так, чтобы выразить всё то, что она обозначает, максима (*actus non facit reum, nisi mens sit rea*. – Г.Е.) совсем непереводима; вероятно, её можно было бы перевести в том плане, что физическое деяние не делает действующего виновным, если его психическое состояние не является одним из тех состояний, с которым закон связывает ответственность; вероятно, слово *уличность настолько же адекватно выражает многочисленные вариации таких состояний ума, как и какого-нибудь из них* (курсив мой. – Г.Е.)» (см.: Barnes H. Liability for Crime // *The Cambridge Law Journal. L*, 1946. Vol. 9, № 2. P. 212).

²³ Реальность (а не призрачность) этой угрозы подтверждается тем, что в ряде исследований она объективируется в действительности. Так, к примеру, В.А. Нерсисян, критикуя сложившееся обыденное понимание слова «вина» в его приложении к уголовному праву, смешивает тем самым два самостоятельных его значения (см.: Нерсисян В.А. Ответственность за неосторожные преступления. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. С. 10–12). Между тем следует ещё раз подчеркнуть, необходимо *строго различать* легальное и естественное значения слова «вина» и по возможности избегать как их сравнения в одной плоскости, так и дубликативного использования.

Таким образом, исследуя проблему субъективной составляющей преступления, наиболее приемлемым представляется подход, отказывающийся от какого бы то ни было перевода термина *mens rea* на русский язык и использующий его в приложении к уголовному праву стран семьи общего права как в исторической перспективе, так и в современном контексте в качестве единственно приемлемого и возможного обозначения «психического элемента для совершения преступления».²⁴

III

В самом первом приближении *mens rea* можно определить как релевантный для целей уголовного права заслуживающий морального порицания настрой ума деятеля,²⁵ характеризующийся намеренностью, неосторожностью или небрежностью по отношению к объективным элементам совершённого преступного деяния.

В своём развитии категория *mens rea* прошла долгий путь, претерпев за столетия существенные изменения, так и не приведшие, как справедливо отмечает Джон К. Смит, к единообразному пониманию того, что данным термином обозначается сегодня.²⁶ Как образно и вместе с тем весьма точно подметил Глэнвилл Л. Уильямс, «обыватель мог бы счесть неприятно нелепым то, что после тысячи лет легального развития юристы всё ещё должны спорить относительно выражений, используемых для обозначения базисных идей нашей правовой системы».²⁷ Созвучна этому высказыванию и мысль, выраженная в одном из решений Верховного Суда Соединённых Штатов, в котором он в какой-то мере пессимистично отметил, что «немногие области уголовного права ставят большие трудности по сравнению с правильным определением *mens rea*, требуемой для какого-либо отдельного преступления».²⁸

Категория *mens rea*, будучи привнесена в английское общее право канонико-юридической мыслью и означая исходно не более чем общее представление о заслуживающем морального порицания настрое ума деятеля, оцениваемом с объективной точки зрения, точки зрения общества, постепенно пришла к современному тонкому элементному анализу психического настроя ума человека, рассматриваемому с истинно субъективных позиций и заключающему в себе «моральные основания уголовного права».²⁹ Рука об руку с этим процессом шло развитие и теории *mens rea* как обособленной в массиве уголовно-правовой теории в целом системе взглядов, идей и представлений о категории субъективной составляющей преступного деяния, её содержании, социальной обусловленности и перспективах развития. Структурно в ней можно выделить две крупных составляющих, которые условно могут быть названы «общей» и «специальной» теориями *mens rea*. Общая теория посвящена проблемам понятия, содержания и значения категории *mens rea*: конкретным психическим состояниям, в которых она проявляется (например, намерение, неосторожность, небрежность); её месту в структуре преступного деяния и так далее. Соответственно, специальная

²⁴ Williams G.L. The Mental Element in Crime / The Hebrew University of Jerusalem: Lionel Cohen Lectures. Jerusalem: At the Magnes Press The Hebrew University, 1965. P. 10. Нельзя не отметить и того, что это соответствует и определённой традиции в отечественной науке (см.: Кенни К. Указ. соч. С. 39 сл. *; Уголовное право зарубежных государств. Общая часть. С. 23–24, 27–28; Шульженко Н.А. Указ. дисс. С. 59, 130–132, 155).

²⁵ Необходимо оговориться о том, что используемое здесь и далее понятие «настрой ума» в ряде случаев следует понимать достаточно широко, т. е. даже как состояние психики человека в целом, связанное с совершением преступления (ср.: Никифоров Б.С., Решетников Ф.М. Современное американское уголовное право. М.: Наука, 1990. С. 44).

²⁶ См.: Smith J.C. The Guilty Mind in the Criminal Law // *The Law Quarterly Review*. L, 1960. Vol. 76, № 301. P. 79.

²⁷ Williams G.L. The Mental Element in Crime. P. 9.

²⁸ *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394, 403 (1980).

²⁹ *United States v. International Minerals & Chemical Corp.*, 402 U.S. 558, 565 (1971) (Stewart, J., diss. op.).

теория охватывает широкий круг прикладных вопросов, таких как *mens rea* в соучастии, покушении, сговоре и тому подобное.

Настоящее исследование посвящено изучению в историческом контексте ядра общей теории *mens rea* в уголовном праве Соединённых Штатов. Насколько перспективна такая задача, принимая во внимание традиционно отмечаемую в науке разность между англоамериканской и романо-германской правовыми семьями? Попытаемся в самом первом приближении ответить на этот принципиальный и сложный вместе с тем вопрос.

IV

Российский юрист, воспитанный в духе романо-германской правовой традиции и привыкший к трём с половиной сотням статей Уголовного кодекса РФ, комментарию к нему на все (или почти все) случаи жизни и десятку-другому постановлений Пленума Верховного Суда РФ, сталкиваясь с уголовно-правовыми системами стран семьи общего права с неизбежностью при этом сталкивается с кажущейся на первый взгляд неразрешимой проблемой источников.³⁰ Многословные кодексы либо вообще отсутствие таковых как в формальном смысле (например, в Англии и Шотландии), так и в структурно-правовом (например, в некоторых американских штатах – Вермонте, Западной Вирджинии, Массачусетсе, Южной Каролине и ряде других), тысячетомные сборники судебных решений³¹ и «седые» доктринальные труды, уходящие вглубь веков, – всё это столь непривычно, что исходно отвращает от исследования англо-американского права в силу представляющейся бесперспективности и невыполнимости задачи.

Обратимся для примера к Англии, имеющей наиболее причудливую систему источников в уголовно-правовой области.

Здесь нет кодифицированного акта, содержащего нормы уголовного права, и все попытки принять его, с регулярностью имевшие место на протяжении последних двух столетий, с аналогичной же регулярностью проваливались, и, как верно подмечено Т. В. Апаровой, часто отмечаемое «“вытеснение” прецедентного права статутами было непродолжительным» явлением в британской правовой действительности.³² Следствием такого положения вещей является «распылённость» английского уголовно-правового материала во времени и пространстве. Так, для определения «великой измены» (*high treason*) необходимо обратиться к Закону об измене, принятому на парламентской сессии 1351–1352 гг.³³ Наказание же за это преступление, в свою очередь, предусматривается актом, изданным четыре с половиной столетия спустя с изменениями, внесёнными в него ещё спустя почти сто девяносто лет.³⁴ Для уяснения современного содержания понятия «тяжкое убийство» (*murder*) сле-

³⁰ Своеобразным символом данной проблемы можно считать заглавие главы первой «“Источники” английского права. Литература» сохранившей своё значение вплоть до наших дней работы Н.Н. Полянского, где слово «источники» взято автором в кавычки (см.: Полянский Н.Н. Уголовное право и уголовный суд в Англии: Очерк. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1937. С. 9). Во втором издании книги (которое используется в настоящем исследовании) этот подход не претерпел изменений (см.: Полянский Н.Н. Указ. соч. С. 31).

³¹ «Расшифровка» изумляющих своей непонятностью и загромождённостью ссылок на судебные решения приведена в конце работы в справочной информации. Также следует оговориться, что законодательство и судебная практика приведены в работе по состоянию на 31 мая 2003 г.

³² Апарова Т.В. Прецедент в английском праве (историко-юридическое исследование): Дисс... канд. юрид. наук / Все-союз. юрид. заоч. ин-т. М., 1968. С. 16.

³³ См.: *Treason Act, 25 Edw. III, Stat. 5, c. 2.*

³⁴ В соответствии с фиксировавшими нормы общего права и действовавшими вплоть до 30 сентября 1998 г. ст. 1 Закона об измене 1790 г. (*Treason Act, 30 Geo. III, c. 48*) и ст. 1 Закона об измене 1814 г. (*Treason Act, 54 Geo. III, c. 146*) наказанием за великую измену являлась только смертная казнь. С 30 сентября 1998 г. вступил в силу Закон о преступлениях и беспорядках (*Crime and Disorder Act, 1998, c. 37*), в соответствии со ст. 36 которого наказанием в случае великой измены является пожизненное лишение свободы.

дует для начала изучить «Институты права Англии» Эдуарда Коука, датируемые XVII в.³⁵ А термин «невменяемость» (*insanity*) и сейчас толкуется с отсылкой к решению Палаты Лордов по делу Даниэля МакНатена.³⁶ Иными словами, эти источники уголовного права Англии – статут, прецедент и доктрина – складываются для юриста с романо-германским мышлением в весьма и весьма неприглядную картину.

Более понятна в этом отношении уголовно-правовая система Соединённых Штатов, где кодификационные идеи попали на более благоприятную по сравнению с английской почву. И хотя к процессу кодификации в штатах отнеслись по-разному или, говоря точнее, с различной степенью глубины подвергли систематической обработке уголовно-правовой материал, всё же можно сказать, что, в отличие от Англии, применительно к Соединённым Штатам исследователь сталкивается с *кодифицированным* (хотя бы и номинально) уголовным законодательством. Тем не менее и здесь продолжают в какой-то мере «давить» традиционные черты общего права: сила прецедента с его *per curiam & en banc, concurring & dissenting opinions, ratio & dicta*, значимость доктрины, казуистичность закона, освещение материально-правовых вопросов через призму процессуальных и т. д.

Сопоставляя, с одной стороны, это причудливое нагромождение казуистичного законодательства, прецедента и доктрины, охватывающих в своём развитии многие и многие столетия, и, с другой, абстрактные нормы довлеющих над всем и вся кодексов с доктриной и судебной практикой на заднем плане, кто-то откажется от всякой идеи постижения непознаваемого, а кто-то сделает поспешный вывод о принципиальности различий и бесперспективности любых исследований.

Но всё это, как представляется, лишь условности, воссоздаваемые, к несчастью, вновь и вновь с новыми поколениями юристов.

В опровержение этих условностей можно указать на бесспорно наметившееся между романо-германской правовой семьёй и семьёй общего права сближение в вопросе об источниках уголовного права. Стремление, с одной стороны, англичан кодифицировать своё уголовное законодательство и осуществлённая кодификация его в Соединённых Штатах, переосмысление роли прецедента не как явления *ante legem*, а как явления преимущественно *post legem*, и, с другой, заимствование опыта неполной кодификации вместе с приданием определённого веса судебному правотворчеству есть реалии современности, требующие скорректировать существующие представления о правовых семьях.

На этом в вопросе о двух правовых семьях можно было бы поставить точку, но не стоит, поскольку истинное, как видится, решение проблемы сопоставимости семей заключается в том, что они построены в своём ядре на ряде *исходных принципов, единая сущность* которых не может быть скрыта за пестротой национального законодательства и *единая природа*

³⁵ Так, исходя из позиции Палаты Лордов, «дефиниция тяжкого убийства, данная сэром Эдуардом Коуком... является отправным источником права», и «нет необходимости заглядывать за это утверждение в более ранние источники, ибо его корректность как общего принципа... никогда не оспаривалась», *Attorney-General's Reference (No. 3 of 1994)*, [1998] A.C. 245, 253 (*per Lord Mustill, J.*). Согласно с этим же и доктрина, последовательно на протяжении последних столетий считающая, что «привычной отправной точкой в изучении элементов тяжкого убийства является дефиниция, предложенная Коуком...», которая и для XVI в., и для последующих веков являлась «триумфом абстракции» и, как следствие, стала со временем просто-напросто «классической» (см. соотв.: *Dine J., Gobert J. Cases and Materials on Criminal Law*. 3rd ed. L.: Blackstone Press Ltd., 2000. P. 243; *Watkin T.G. Hamlet and the Law of Homicide // The Law Quarterly Review*. L., 1984. Vol. 100, № 2. P. 288; *Кенни К.* Указ. соч. С. 138). Сама же по себе коуковская дефиниция тяжкого убийства такова: «Тяжкое убийство имеет место тогда, когда человек, находясь в здравой памяти и достигнув возраста, с которого он может быть ответствен за свои поступки (а *man of sound memory, and of the age of discretion*), в пределах какого-либо графства королевства неправомерно причиняет смерть любому разумному существу *in rerum natura*, находящемуся под охраной королевского мира, со злым предумышлением, либо точно выраженным стороною, либо подразумеваемым правом (*with malice fore-thought, either expressed by the party, or implied by law*), так что сторона раненная или изувеченная &c. умирает от раны или от увечья &c. в течение года и дня после оного» (см.: *Coke E. The Third Part of the Institutes of the Laws of England; Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown. And Criminal Causes*. L.: Printed for W. Clarke, and Sons, 1809. P. 47).

³⁶ См.: *M'Naghten's Case*, 1 °Cl. & F. 200, 8 Eng. Rep. 718 (H.L. 1843).

которых подтверждает не просто родство, но тесную связь различных уголовно-правовых культур цивилизованного мира.

Попыткой доказать этот тезис применительно к *mens rea* как субъективной составляющей преступного деяния в уголовном праве Соединённых Штатов является предлагаемая работа.

V

В основу дальнейшего исследования должны быть положены, как видится, следующие четыре предпосылки.

Первая из них касается *преемственности* исследования. Современную американскую теорию *mens rea* невозможно познать без обращения к её истокам. Это предполагает не просто изучение американской уголовно-правовой теории конца XVIII–XIX вв., но и освещение её корней в английском общем праве предшествующих столетий. С этой целью следует обратиться и к трактату «О законах и обычаях Англии» Генри де Брактона (*circa* 1254–1256 гг.), и к «Местному правосудию» Майкла Далтона (1618 г.), и к «Институтам права Англии» Эдуарда Коука (1628–1644 гг.), и к «Истории тяжб короны» Мэттью Хэйла (впервые опубликованы в 1736 г.), и к «Отчёту о ряде процессов...» Майкла Фостера (1762 г.), и к «Комментариям к законам Англии» Уильяма Блэкстоуна (1765–1769 гг.).

При этом, говоря словами Оливера У. Холмса-мл., «мы должны остерегаться ловушки антикварности и помнить, что для наших целей наш единственный интерес в прошлом заключён в том свете, который оно проливает на настоящее».³⁷

Не только в исторической перспективе, но и в плане современности будут также востребованы работы таких английских авторов постблэкстоуновской эпохи, как Уильям О. Расселл, Джон Остин, Джеймс Ф. Стифен, Люк О. Пайк, Фредерик У. Мэйтланд, Фредерик Поллок, Кортни С. Кенни, Дж. У. Сесил Тёрнер, Джон К. Смит, Глэнвилл Л. Уильямс, Герберт Л.А. Харт и др., а равно труды их американских коллег: Франциса Уортона, Джоэля П. Бишопа, Оливера У. Холмса-мл., Роско Паунда, Франциса Б. Сэйра, Роллина М. Перкинса и др.

И, наконец, при освещении проблем современной теории *mens rea* в американском уголовном праве необходимо обратиться к работам Джерома Холла, Генри М. Харта-мл., Герберта Уэкслера, Герберта Л. Пакера, Джорджа П. Флетчера, Майкла Ч. Бассиони, Уэйна Р. Ла-Фейва, Остина У. Скотта-мл., Сэнфорда Х. Кадиша, Гайоры Биндер, Пола Х. Робинсона, Кеннета У. Симонса, Ричарда Дж. Сингера и др.

Далее, при анализе теории *mens rea* нельзя не опереться на предпосылку *целостности* исследования. Это означает не просто изложение общей теории *mens rea*, но и одновременное преломление её положений в ряде практических аспектов. Иное означало бы скатывание в чрезмерно абстрактное теоретизирование с присущим ему риску быть обвинённым в неверифицированности.

Кроме того, исследование проблемы *mens rea* невозможно без её *критического анализа*, поскольку «чистое описание фактов не может... достигнуть научного уровня без методичной классификации».³⁸ При этом «подобно инструктированию судьёй присяжных» необходимо по возможности стремиться к анализу *sine ira et studio*.³⁹

Из этого, в свою очередь, вытекает последняя предпосылка, сводящаяся к *избеганию* по возможности напрашивающихся параллелей с отечественной доктриной уголовного права,

³⁷ Holmes, Jr., O.W. The Path of the Law // *Boston University Law Review*. Boston (Mass.), 1998. Vol. 78, № 3. P. 712.

³⁸ Schmitthoff M. The Science of Comparative Law // *The Cambridge Law Journal*. L., 1939. Vol. 7, № 1. P. 99.

³⁹ *Ibid.*

поскольку *сравнительно-правовая цель в строгом смысле этого слова в настоящей работе не ставится*. Отношение в предлагаемом изыскании к англо-американскому уголовному праву с необходимостью носит, говоря словами Жана Праделя, «унитарный и пассивный» характер,⁴⁰ а задача собственно сравнительно-правового, «плюралистичного и активного»⁴¹ сопоставления понятий, категорий и концепций российского уголовного права с уголовным правом стран, входящих в семью общего права, ещё ждёт своих исследователей.

Основываясь на изложенных предпосылках, можно обратиться к собственно исследованию исторического развития теории *mens rea* в уголовном праве Соединённых Штатов.

⁴⁰ Pradel J. Droit penal compare. P.: Dalloz, 1995. P. 4.

⁴¹ Ibid.

Глава I

Истоки mens rea в уголовном праве Англии

§ 1. Уголовное право англосаксонского периода и первых десятилетий после норманнского завоевания (V – первая половина XII вв.)

Исследование права, ставящее своей целью познание его в исторической перспективе, изначально и неизбежно сталкивается с необходимостью определения момента времени, могущего послужить ему отправной точкой. В особенности это касается правовых теорий, уходящих столь далеко в глубь веков, что ни одна работа, сколь бы досконально она ни была проделана, не в состоянии удовлетворительно установить хотя бы приблизительно ту дату, которая могла бы послужить своеобразным историческим водоразделом, по одну сторону которого лежало право без, а по другую – с привнесённой в него новой концепцией.

Mens rea относится к числу таковых правовых теорий. Неразрывно вплетённая в метко определённую Фредериком У. Мэйтландом как «бесшовную паутину»⁴² историю права, она представляет собой правовую идею, постулирование которой с той или иной степенью обобщённости и с едва ли не равной долей убедительности можно приписать и лорду Кеньэну, выразившему её в 1798 г.,⁴³ и «Институтам права Англии» Эдуарда Коука, увидевшим свет между 1628 и 1644 гг.,⁴⁴ и *Leges Henrici Primi*, появившимся в начале XII в.,⁴⁵ и Св. Августина Аврелию, писавшему на исходе IV в.,⁴⁶ и Луцию Аннею Сенеке, размышлявшему в 60–65 гг.,⁴⁷ и Евангелию от Марка, записанному между 64 и 70 гг. на основе устной традиции более древнего происхождения.⁴⁸ Как следствие, подход к поиску и определению её корней

⁴² Pollock F., Maitland F.W. The History of English Law Before the Time of Edward I. 2nd ed. Volume I. Cambridge: At the University Press, 1898. P. 1.

⁴³ «Принцип естественной справедливости и нашего права заключается в том, что *actus non facit reum nisi mens sit rea*. Для того, чтобы образовать преступление, намерение и деяние должны оба совпадать», *Fowler v. Padget*, 7 T.R. 509, 514, 101 Eng. Rep. 1103, 1106 (K.B. 1798) (*per* Lord Kenyon, C.J.).

⁴⁴ «... Ибо в уголовных процессах о фелонии и проч. деяние и правонарушение сумасшедшего не должно вменяться ему, поскольку норма в таковых делах заключается в том, что *actus non facit reum, nisi mens sit rea*», (см.: Коке Е. The First Part of the Institutes of the Laws of England; Or, A Commentary Upon Littleton. Not the Name of the Author Only, but of the Law Itself. 19th ed., corr., by Charles Butler. Volume II. L.: Printed for J. & W.T. Clarke, 1832. Sect. 405 [247b],

⁴⁵ «*Reum non facit nisi mens rea*», *cap. 5 De causarum proprietatibus*, 28b («Ничто не делает виновным, кроме как виновная мысль»). Здесь и далее текст *Leges Henrici Primi* цит. по: *Leges Henrici Primi* / Edited with Translation and Commentary by L.J. Downer. Oxford: At the Clarendon Press, 1972).

⁴⁶ «*Ream linguam non facit, nisi mens rea*», *Sermones, Sermo 180, 2* («*De verbis apostoli iacobi (5, 12): «Ante omnia nolite iurare», etc.*») («Язык не делает виновным, если не виновна мысль», «Проповеди», Проповедь 180, 2 «О словах апостола Иакова (глава 5, стих 12): «Прежде всего, не клянитесь» и т. д.»).

⁴⁷ «*Actio recta non erit nisi recta fuerit voluntas* (курсив мой. – Г.Е.); *ab hac enim est actio. Rursus voluntas non erit recta nisi habitus animi rectus fuerit; ab hoc enim est voluntas*», *Lucii Annaei Senecae, Epistularum Moralium Ad Lucilium, XCV, 57* («*Действие не будет правильным, если не будет правильным намерение* (курсив мой. – Г.Е.), ибо от него порождается действие. Опять-таки, намерение не будет правильным, если не будет правильным состояние души, ибо от него порождается намерение», Луций Анней Сенека, «Нравственные письма к Луцилию», письмо XCV, 57 (перевод приводится по изданию: Сенека Луций Анней. Нравственные письма к Луцилию / Изд. подгот. Ошеров С.А. М.: Издательство «Наука», 1977. С. 238; частичная коррекция перевода моя. – Г.Е.)).

⁴⁸ «Dicebat autem: «*Quod de homine exit, illud coinquinat hominem; ab intus enim de corde hominum cogitationes malas procedunt* (курсив мой. – Г.Е.), *fornicationes, furta, homicidia, adulteria, avaritiae, nequitiae, dolus, impudicitia, oculus malus, blasphemia, superbia, stultitia: omnia haec mala ab intus procedunt et coinquant hominem*»...», *Evangelium Secundum Marcum, VII, 20–23* («Говорилось же: «Что из человека исходит, то оскверняет человека; ибо изнутри, из сердца человеческого, исхо-

в большей или меньшей мере, но с неизбежностью *произволен*. Даже Папская революция конца XI – начала XII вв., создавшая западную традицию права, не предопределяет точки отсчёта в истории теории *mens rea*, хотя, как будет показано в дальнейшем, её влияние, бесспорно, было определяющим.

Имея в виду сказанное, можно приступить к приблизительному, – а потому отчасти произвольному, и как следствие, приемлемому для одних и необоснованному для других, – определению момента привнесения в понятие преступления по английскому уголовному праву элемента, отражающего внутренний, психический настрой человека, сопутствовавший причинению вреда личности или имуществу, с которым (т. е. вредом), в свою очередь, изначально было связано неразделённое понятие правонарушения (*wrong*), а в дальнейшем – получившее самостоятельное существование понятие преступления (*crime*; в средневековом обозначении – *Plea of the Crown* или, используя латинское выражение, *Placita Cogonoe* (буквально последнее переводится как «тяжба короны»)). В то же время определить его и посчитать на этом поставленную задачу выполненной было бы ошибкой, поскольку помимо установления временной точки зарождения *mens rea* для успеха последующего анализа необходимо также раскрыть её содержание на начальном этапе существования.

В юридической компаративистике широко распространена привязка даты начала истории права Англии к норманнскому завоеванию последней в 1066 г., поскольку «норманнское завоевание... способствовало объединению обычаев и традиций в систему общего права»⁴⁹ и «в дальнейшем влияние норманнского владычества в области права было столь значительным, что предыдущим периодом в развитии английского права можно спокойно пренебречь».⁵⁰ Нельзя сказать о том, чтобы эта дата была полностью неприемлема, но нельзя не указать и на неотъемлемо присущую ей весьма и весьма сильную условность и символичность. С полной уверенностью можно утверждать, что, по крайней мере, применительно к английскому уголовному праву даже условная привязка его появления к 1066 г. выглядит слишком сомнительной, чтобы такого подхода можно было придерживаться. Современное уголовное право стран семьи общего права не может быть постигнуто без донорманнского уголовного права. Его исследование обусловлено не столько содержательным совпадением уголовного права догастингской эпохи и последовавшей за ней, сколько требованием придерживаться логико-исторической последовательности в изучении правовых институтов. Каким бы отличным содержанием ни было наполнено донорманнское уголовное право, пренебрегать им – всё равно, что, не видя корней (пусть они символизируют уголовное право этой эпохи), скрытых веками нанесённой землёй и большей частью отживших, считать, что крона дуба, раскинувшего, как образно выразился В. Д. Спасович, «во все стороны свои бесчисленные, сучковатые ветви»⁵¹ (обозначающая, таким образом, в предложенном понимании современное уголовное право стран семьи общего права) произрастает исключительно из ствола, которым является английское право после 1066 г.

дят злые мысли (курсив мой. – Г.Е.), блуд, кражи, убийства, прелюбодеяния, лихоимство, нерадивость, обман, бесстыдство, дурное око, ересь, гордыня, глупость: всё это зло изнутри исходит и оскверняет человека)...», Евангелие от Марка, глава VII, стихи 20–23).

⁴⁹ Боботов С.В., Жигачев И.Ю. Введение в правовую систему США. М.: Издательство НОРМА, 1997. С. 8.

⁵⁰ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Том I. Основы: Пер. с нем. М.: Междунар. отношения, 2000. С. 275. См. также: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. М.: Междунар. отношения, 1996. С. 209; Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / Под ред. В.А. Туманова. М.: «Юрист», 2000. С. 242; Крылова Н.Е., Серебренникова А.В. Уголовное право зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии): Учебное пособие. Изд. 2-е, перераб. и доп. М.: Издательство «Зерцало», 1998. С. 29; Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М.: Издательство НОРМА, 1996. С. 121; Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 1, 6.

⁵¹ Стифень Дж. Ф. Указ. соч... Предисловие В. Спасовича. С. vii.

Примечательно, но и авторы, датирующие начало истории права Англии норманнским покорением острова, оговаривают то обстоятельство, что «1066 год не внёс... коренных изменений» в существовавшее право,⁵² а «обычное право англо-саксов было оставлено завоевателями в полной неприкосновенности»,⁵³ и лишь последующее влияние привнесённой Вильгельмом I Завоевателем (1066–1087 гг.)⁵⁴ сильной централизованной власти предопределяет принятие 1066 г. за отправную точку в развитии общего права.⁵⁵ Думается, не будет большим преувеличением сказать, что изложенный подход (весьма спорно связывающий появление собственно английского уголовного права с норманнским владычеством) присущ, пожалуй, лишь европейской континентальной компаративистике, и уже из неё позаимствован отечественной наукой. Сколь влиятельна такая позиция в российской доктрине видно на примере работы Т.В. Апаровой, осуществившей одно из наиболее фундаментальных в отечественной литературе исследование истоков общего права:⁵⁶ указывая в конечном счёте, что «для понимания материальных норм английского права надо прежде всего обратиться к англо-саксонскому периоду»⁵⁷ и что ещё «в царствование Генриха I (третьего монарха норманнской династии, правившего в 1100–1135 гг. – Г.Е.) право было главным образом англо-саксонским, и правосудие отправлялось местными шерифами в соответствии с обычаями мест»,⁵⁸ она изначально полагает именно «период нормандского завоевания Англии началом образования общего права».⁵⁹

Данное отступление не следует расценивать как попытку доказать, что современное уголовное право стран семьи общего права включает в себе в большей или меньшей мере слегка видоизменённое временем донорманнское уголовное право. Оно всего лишь стремится отвратить от привлекающей своей примитивной простотой попытки привязать тот или иной правовой институт или право в целом, чьё происхождение скрыто во тьме веков, к точно определённой дате.

Так что начать поиск корней *mens rea* следует не с эпохи, последовавшей за норманнским завоеванием, а с уголовного права предшествующих столетий.

Обратившись к этому времени, можно выделить три крупных историко-временных промежутка, кардинально отличающихся друг от друга.

Первый из них, чьи истоки теряются во тьме веков, а конец можно связать с римским завоеванием британского острова в 43 г. н. э., – это кельтская эпоха. Она не оставила сколь-нибудь заметных достоверных следов не только в области уголовного права, но и применительно к праву в целом. Всё, на что можно опираться при изучении кельтской культуры, – это сообщения римских историков, интересные сами по себе, но малоценные и сомнительные со строго научной точки зрения.⁶⁰ Пожалуй, не подлежит сомнению лишь итоговый вывод: кельтская эпоха, подавленная вначале римлянами и затем окончательно разрушенная вторгшимися на остров варварами-англосаксами, едва ли может стать отправной точкой в предлагаемом исследовании.

⁵² Цвайгерт К, КётцХ. Указ. соч. Том I. С. 275.

⁵³ Никифоров Б. С. Указ. дисс. С. 6.

⁵⁴ Здесь и далее применительно к монархам Англии в скобках указываются даты их правления.

⁵⁵ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 210; Крылова Н.Е., Серебренникова А.В. Указ. соч. С. 29–30.

⁵⁶ См.: Апарова Т.В. Указ. дисс. С. 40–81.

⁵⁷ Там же. С. 53.

⁵⁸ Там же. С. 54.

⁵⁹ Там же. С. 41.

⁶⁰ См. подр.: Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I. P. xxviii–xxx; Pike L.O. A History of Crime in England. Illustrating the Changes of the Laws in the Progress of Civilisation. Written from the Public Records and Other Contemporary Evidence. Volume I: From the Roman Invasion to the Accession of Henry VII. L.: Smith, Elder & Co., 1873. P. 7–12.

Не столь однозначен на первый взгляд период римского владычества, продлившийся в Британии с середины I по начало V вв.

Бесспорно, влияние римской культуры на современную западную цивилизацию и, в частности и в особенности, на право огромно. Но, вместе с тем, момент принципиальной важности заключается в следующем: если у континентальных народов романизация была глубокой настолько, насколько оказалось возможным, то Британия, напротив, по практически общепризнанному мнению, «восприняла лишь слабые зачатки римских искусств, ремёсел и образованности»⁶¹ и «сравнительно с Галлией и Испанией... оставалась слабо романизированной римской провинцией».⁶² Иными словами, восприятие римского уклада жизни впоследствии, с варварскими завоеваниями, оказалось способно создать на континенте непрерывную традицию определённой цивилизованности, преемственности (хотя бы по большей части и только внешней) двух исторических эпох. На британском же острове, напротив, можно, уподобляясь скоттовскому антикварию, м-ру Олдбоку, разыскивать лишь скрытые веками руины лагеря Гнея Юлия Агриколы, но бессмысленно искать значимые культурные следы более чем трёхвекового римского владычества, пережившие последнее в общественной жизни.

Суммируя сказанное, нельзя не согласиться с замечанием Шарля Пти-Дютайи, согласно которому историк английского права *ex officio* должен быть «германистом», но никак не «романистом».⁶³ Наблюдение это, в свою очередь, подтверждается тем, что «германский» подход присущ ведущим исследованиям по английскому праву в целом и уголовному праву в частности.⁶⁴

Таким образом, само по себе римское господство непосредственно не повлияло на будущее английское право и, как справедливо отмечают Фредерик Поллок и Фредерик У. Мэйтланд, в этой области «всё, что является римским или романизированным, может быть объяснено более поздними привнесениями».⁶⁵

Придерживаясь «германской» концепции, необходимо, следовательно, обратиться к праву англосаксонских племён, завоевавших британский остров в V – начале VII вв. и господствовавших на нём вплоть до XI в.⁶⁶

Отдалённость этого времени от сегодняшнего дня, незначительность первоисточников и противоречивость истолкования имеющихся безмерно усложняют поставленную задачу. Всё же в своих самых общих чертах картина англосаксонского уголовного права может быть прорисована с определённой долей полноты.

Как и все уголовно-правовые системы раннего средневековья, англосаксонское уголовное право стремилось прежде всего водворить мир в общине и предотвратить кровную месть. Средством к достижению этого служила своеобразная система наказаний, видами

⁶¹ Маколей Т.Б. Англия и Европа. Избранные эссе / Пер. с англ. Д.В. Соловьева. СПб.: Алетей, 2001. С. 14; см. также: Петрушевский Д.М. Очерки из истории средневекового общества и государства. М.: Издат. дом «Книжная находка», 2003. С. 284288. Сравнительно веское, но сделанное мимоходом замечание *contra* изложенной точки зрения см.: Моммзен Т. История Рима: В 4 томах. Том четвёртый (кн. VIII продолжение). Ростов н/Д.: Изд-во «Феникс», 1997. С. 101–103.

⁶² Петрушевский Д.М. Указ. соч. С. 286.

⁶³ См.: Пти-Дютайи III. Феодальная монархия во Франции и в Англии X–XIII веков / Пер. с франц. С.П. Моравского. СПб.: Издательская группа «Евразия», 2001. С. 39–41.

⁶⁴ См., напр.: Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I. P. xxviii et seq.; Pike L.O. Op. cit. P. 7 et seq.; Стифень Дж. Ф. Указ. соч. С. 14–19; Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 2–5.

⁶⁵ Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I. P. xxxi–xxxii.

⁶⁶ Великолепные теоретические исследования уголовного права англосаксонской эпохи содержатся в следующих работах: Plucknett T.F.T. Edward I and Criminal Law: The Wiles Lectures Given at the Queen's University, Belfast, 1958. Cambridge: At the University Press, 1960. P. 3–50; Pollock F., Maitland F.W. The History of English Law Before the Time of Edward I. 2nd ed. Volume II. Cambridge: At the University Press, 1898. P. 448511; Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England. In Three Volumes. Vol. I. L.: MacMillan and Co., 1883. P. 51–74; Pike L.O. Op. cit. P. 7–95; Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 55–111.

которой были объявление вне закона, смертная казнь, членовредительство, но преимущественно – хорошо тарифицированная система композиций или денежных штрафов.

Существовавшая система отправления правосудия сталкивалась, во-первых, с реальным, осязаемым вредом – гибелью или увечьем человека либо имущественным ущербом; во-вторых, с человеком, чьими активными действиями он был причинён; и, в-третьих, с необходимостью восстановить доступными средствами мир и спокойствие в общине и предотвратить кровную месть.

На этой основе должно разрешить следующий вопрос: имел ли, и если да, то какое, значение настрой ума деятеля, связанный с причинением вреда?

Два крупных теоретических направления по-разному отвечают на этот вопрос. Согласно одному из них, образно выраженному Оливером У. Холмсом-мл., «даже собака различает, случайно ли споткнулись об неё или пнули ногой». ⁶⁷ Менее утончённо, но более абсолютистски сформулирован второй подход, по которому «такие слова, как те, что произнёс в конце средневековья Главный судья Брайан: “Мысли человека не должны быть судимы, ибо самому дьяволу неизвестны мысли человека”, – могли бы вполне быть девизом ранней истории уголовного права». ⁶⁸

Рассмотрим подробнее и проанализируем обе концепции.

Первая из них применительно к англосаксонскому праву была впервые теоретически сформулирована Оливером У. Холмсом-мл. и получила наиболее полное отражение в его книге «Общее право», опубликованной в 1881 г. Соображения, которые привели его к выдвиганию положения об ограничении ответственности в древнем праве лишь случаями намеренного причинения вреда (т. е., в конечном счёте, о наличии в последнем такой правовой идеи, которая в будущем оформится в теорию *mens rea*), можно суммировать следующим образом:

«Общеизвестно, что древние формы правового процесса основывались на мести... Кровная месть склоняла к соглашению о перемирии, сначала необязательному, а затем принудительному, посредством которого она выкупалась... Но так как компенсация, взыскивавшаяся на основании обращения к суду, была альтернативой мести, то мы вполне ожидаемо можем обнаружить, что её сфера ограничивалась кругом ситуаций, связанных с местью. Мечь привносит чувство порицания, а также убеждение, хотя и искажённое душевным порывом, что совершено правонарушение. Мечь едва ли может слишком далеко отойти от случаев намеренного причинения ущерба... По этой ли причине или по другой, но древне-английские обращения к суду в связи с насилием над личностью, как представляется, были ограничены намеренными правонарушениями... Может показаться, что такая последовательность развития не совсем согласуется с существующим мнением о том, что характери-

⁶⁷ Holmes, Jr., O.W. The Common Law / With a New Introduction by Sheldon M. Novick. N.Y.: Dover Publications, Inc., 1991. P. 3. Приведённая фраза, охарактеризованная Верховным Судом Соединённых Штатов как «сильное высказывание», *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246, 252 n. 9 (1952), со временем стала легальным афоризмом, нередко цитирующимся судами (см., напр.: *Garnett v. State*, 332 Md. 571, 604 (1993) (Bell, J., diss. op.); *C & A Carbone, Inc. v. Ciarkstown*, 511 U.S. 383, 423 n. 12 (1994) (Souter, J., diss. op.); *United States v. Masquelier*, 210 F.3d 756, 759 (7th Cir. 2000) (обвиняемый «не случайно споткнулся о Министерство обороны; он пнул его»)).

⁶⁸ Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 474–475. Что до приводимой в цитате сентенции Главного судьи Брайана, то она содержится в судебном отчёте о деле, разрешённом на Пасхальной судебной сессии в седьмой год правления короля Эдуарда IV, т. е. в 1468 г. (Y. B. 7 Edw. IV. f. 2 (Pasch, pi. 2), A. D. 1468). Она также приобрела афористичный характер – так, ср., напр.: «Нет необходимости вторить скептицизму, выраженному в пятнадцатом столетии Главным судьёй Брайаном, что “самому дьяволу неизвестны мысли человека”, для того, чтобы понять насколько громадной темнотой всё ещё окутано человеческое понимание ума человека», *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790, 803 (1952) (Frankfurter, J., diss. op.). Примечателен изначальный смысл произнесённого, который сводился к тому, что человека нельзя осудить за его мысли до тех пор, пока они не проявились вовне в каком-либо преступном действии, а не к тому, что его мысли нельзя познать (см.: *Hall J. General Principles of Criminal Law*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Publishers, 1947. P. 177–178). Однако со временем сентенция, цитируясь, как правило, будучи вырванной из контекста, изменила своё значение на то, в котором она используется сейчас.

стика древнего права заключалась в отсутствии проникновения за границы исключительно видимого факта: *damnum corpore corpori datum* (вред, причинённый телу телом. – Г.Е.). Было высказано, что исследование внутреннего мира человека, его виновности или невиновности подразумевает изысканную юридическую концепцию, равно чуждую и Древнему Риму до Аквилеяева закона, и Англии, когда иск о нарушении права принимал своё очертание. *Я же не знаю какого-либо достаточно удовлетворительного доказательства, которое подтвердило бы обычность признания человека ответственным... в Англии за случайные последствия даже его собственного действия* (курсив мой. – Г.Е.)... Каким бы ни могло быть древнее право, высказанное выше мнение обозначает отправную точку системы права, с которой мы имеем дело. *Наша система частной ответственности за последствия собственных действий человека (т. е. за нарушения им чьих-либо прав) произошла из понятия реального намерения и подлинной личной виновности* (курсив мой. – Г.Е.).⁶⁹

Концепция Оливера У. Холмса-мл. была одобрительно воспринята многими специалистами. Так, в середине XX в. в её поддержку высказался видный американский правовед Джером Холл, по мнению которого «теория, заключающаяся в том, что англосаксонское право проявляло полное безразличие к тому, было ли правонарушение совершенно намеренно, по небрежности или случайно, является громадным упрощением».⁷⁰

На первый взгляд, приведённые теоретические соображения находят своё подтверждение в правовых источниках. И Оливером У. Холмсом-мл., и Джеромом Холлом, и другими учёными,⁷¹ воспринимающими данную точку зрения, в обоснование приводятся отрывки из различных англосаксонских правд, причём многочисленность таких цитат могла бы послужить лишним веским доводом в её поддержку.

Обращаясь с целью решить, насколько она приемлема, непосредственно к указанным первоисточникам, нельзя не отметить того обстоятельства, что они, на первый взгляд, действительно подтверждают её. Во всяком случае, нормы, содержащие упоминание о психической составляющей поступка и придающие ей юридическую значимость, неоднократно встречаются во многих законодательных установлениях поздней англосаксонской эпохи, охватывающих период с конца IX по середину XI вв.⁷²

Первым примечательным памятником права в предлагаемом анализе является Правда Альфреда, короля Уэссекса (871–899 гг.), составленная не позднее 889–893 гг. В различных частях этого документа помещены нормы, специально выделяющие случаи ненамеренного убийства человека. Так, согласно гл. 13, ненамеренное (*ungewealdes*) причинение смерти другому человеку падением дерева при рубке леса влечёт за собой так называемую «ноксальную» выдачу предмета, причинившего смерть, клану погибшего (*Alfred, 13*).⁷³

Более интересна глава 36, строго разграничивающая, на первый взгляд, случаи намеренного и случайного нанесения увечья:

«36. Далее постановляется: если человек носит копье выше своего плеча, и вследствие этого кто-либо пронзается им, первый должен уплатить виру (*wer*) без вита (*wite*).

⁶⁹ Holmes, Jr., O.W. The Common Law. P. 2–4. Пространность приведённой цитаты представляется вполне оправданной важностью затронутого в ней вопроса.

⁷⁰ Hall J. General Principles... P. 143.

⁷¹ В поддержку данной концепции см., напр.: Leges Herici Primi... Introduction by L.J. Downer. P. 11, 78; Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England... Vol. I. P. 54–55; Winfield P.H. The Myth of Absolute Liability // The Law Quarterly Review. L, 1926. Vol. 42, № 165. P. 37–51.

⁷² Здесь и далее тексты англосаксонских правд цит. по: The Laws of the Earliest English Kings / Edited and Translated by F.L. Attenborough. N.Y.: Russell & Russell Inc., 1963; The Laws of the Kings of England from Edmund to Henry I / Edited and Translated by A.J. Robertson. Cambridge: At the University Press, 1925.

⁷³ О ноксальной выдаче в аспекте Правды Альфреда и прочих англосаксонских правд см. подр.: Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I. P. 55; Holmes, Jr., O.W. The Common Law. P. 6–24, 34–35; De Visscher F. La nature juridique de l'abandon noxal // Revue historique de droit français et étranger. P., 1930. 4^e serie, 9^e annee. P. 411–412, 444–454, 467–471.

§ 1.... И если он обвинён в намерении (*gewealdes*) в деянии, он должен очистить себя клятвой, равной виту, и тем самым уничтожить притязание на вит...» (*Alfred*, 36).

Заслуживают внимания положения законодательства англосаксонских королей последующего времени.

В главе 52 Шестой Правды Этельреда, короля Англии (978/1013, 1014–1016 гг.), изданной около 1008 г., наряду с неоднократным ударением на необходимость выносить решение в соответствии с характером злодеяния,⁷⁴ содержится следующее обширное установление:

«§ 1. Если случится так, что человек совершит злодеяние, непроизвольно или ненамеренно (*unwilles orpe ungewealdes cenig ping misdred*), то случай отличается от ситуации, в которой некто совершает правонарушение по своей собственной свободной воле, добровольно и намеренно (*willes & gewealdes sylfwilles misdred*) (курсив мой. – Г.Е.); и подобным же образом тот, кто непроизвольно действует в своих злодеяниях, должен всегда иметь право на милосердие и более лучшие условия вследствие того факта, что он действовал непроизвольно» (*VI JEthelred*, 52, § 7).

Положение, аналогичное только что приведённому, встречается в §§ 2–3 главы 68 Второй Правды Канута (*II Canute*, 68, §§ 2–3), датского короля Англии (1016–1035 гг.), изданной, вероятно, между 1029 и 1034 гг.:

«§ 2. Подобным образом, во многих случаях причинения вреда, когда человек действует непроизвольно, он вправе более рассчитывать на милосердие, поскольку он действовал так, как будто он действовал под принуждением.

§ 3. И если кто-либо совершает что-нибудь ненамеренно (*ungewealdes*), случай всецело отличается от случая с тем, кто действует намеренно (*gewealdes*) (курсив мой. – 727?.)» (*II Canute*, 68, §§ 2–3).

Бесспорно, эти нормы действительно можно было бы рассматривать как *prima facie* подтверждение того, что будущая категория *mens rea* зародилась уже в англосаксонском уголовном праве.

Вторая из упомянутых ранее точек зрения, отстаивающая юридическую иррелевантность психического состояния деятеля для наступления ответственности по англосаксонскому уголовному праву (говоря иначе, концепция строгой или, что более точно, абсолютной ответственности), была обоснована Фредериком У. Мэйтландом следующим образом:

«Стоило признать, что смерть человека была причинена деянием другого, и этот другой нес ответственность независимо от того, каковы могли быть его намерения или его мотивы (курсив мой. – 727?.). К этому принципу наши доказательства склоняют нас... На своей ранней стадии развития право рассматривало намеренное убийство как не более худшее по сравнению с ненамеренным... Оно не могло выйти за пределы видимого факта. Ущерб есть ущерб и за него должно уплатить. С другой стороны, если не причинён ущерб, не совершено и преступление».⁷⁵

⁷⁴ Ср.: «Но каждое деяние должно быть тщательно различаемо и решение должно выноситься в соответствии с правонарушением, как это будет оправданно пред ликом Господа и приемлемо в глазах людей» (*VI Aethelred*, 10, § 1). Подобная же мысль встречается в других частях документа, и, как пример, можно сослаться на главы 52 и 53 (*VI Ethelred*, 52–53).

⁷⁵ Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 471, 475; см. также: *Ibid.* Volume I. P. 53–54. В поддержку данной концепции см., напр.: Perkins R.M. Criminal Law. Brooklyn: The Foundation Press, Inc., 1957. P. 650; Кенни К. Указ. соч. С. 26, 114; Dillof A.M. Transferred Intent: An Inquiry into the Nature of Criminal Culpability // *Buffalo Criminal Law Review*. Buffalo (N.Y.), 1998. Voi. 1, № 2. P. 508–510; Barnes H. Op. cit. P. 215–219; Turner J.W.C. The Mental Element in Crimes at Common Law // *The Modern Approach to Criminal Law / Collected Essays by D. Seaborne Davies, R.M. Jackson, C.S. Kenny, & c.; Preface by P.H. Winfield.* (English Studies in Criminal Science / Edited by L. Radzinowicz and J.W.C. Turner. Volume IV). L.: MacMillan and Co., Ltd., 1945. P. 201 *et seq.* В отечественной литературе одна из наиболее обоснованных позиций в поддержку той точки зрения, согласно которой объективное вменение «наблюдается во всех законодательствах на первых шагах их развития», была высказана Г. С. Фельдштейном (см.: Фельдштейн Г.С. Указ. соч. С. 38). Вместе с тем в своей работе он не использовал англосаксонских источников, а опирался, помимо прочего, на весьма схожие с последними древнегерманские памятники права (см.: Там же. С. 38–53). Из отечественных источников см. также: Кистяковский А.Ф. Исследование о смертной казни.

Итак, согласно данной концепции, для англосаксонского уголовного права не имел юридического значения тот морально упречный психический настрой ума деятеля, с которым впоследствии будет связано понятие *mens rea*. Независимо от того, была ли смерть человеку или же вред его здоровью либо ущерб его имуществу причинены намеренно, по небрежности или случайно, деятель должен был нести ответственность. Именно она представляется в своих общих чертах верной в приложении к англосаксонскому уголовному праву.

Для обоснования отстаиваемой точки зрения необходимо прежде всего согласовать её с процитированными ранее отрывками из англосаксонских правд. Здесь можно привести несколько соображений, которые, как представляется, являются правильным истолкованием приведённых положений англосаксонского уголовного права.

Во-первых, навряд ли непрофессионализированная система отправления правосудия в англосаксонскую эпоху могла удовлетворительно проводить различие между намеренным и случайным. Это, как отмечает Фредерик У. Мэйтланд, «является, вероятно, наилучшим объяснением норм такого рода».⁷⁶ Кроме того, можно указать и на идею справедливости, воплощённую, согласно бытовавшим тогда воззрениям, в Божьем суде, изначально защищающем и, что более важно, *не могущем не защитить* невиновного и покарать злодея. При этом вопрос о виновности или невиновности ответчика, выходявшего на битву с обвинителем, зависел, как справедливо отмечает Францис Б. Сэйр, не от «утончённых вопросов о намерениях, но, скорее, от способности обвиняемого сражаться».⁷⁷

Интересно то, как сторонники противоположной точки зрения объясняют этот момент в приложении к своим взглядам. Так, Перси Х. Уинфилд, признавая отсутствие в англосаксонском праве развитого механизма для установления психического состояния человека, всё же отстаивает оспариваемую концепцию на том основании, что «ни одно вменяемое человеческое существо, из древности либо из современности, не нуждается» в дополнительном образовании для того, чтобы рассмотреть и разрешить вопрос о состоянии ума обвиняемого.⁷⁸ Здесь, как представляется, имеет место смешение *способности (возможности) установления* психического состояния и *юридического значения* последнего: бесспорно, в англосаксонскую эпоху люди *могли* рассмотреть и оценить настрой ума деятеля, но они *не* стремились придать ему универсального правового значения. Его же ссыла на то, что англосаксонское право на «подсознательном» уровне придавало юридическое значение состоянию ума человека,⁷⁹ вызывает лишь недоумение.

Следуя далее, можно указать и на пережитки кровной мести, всё ещё сохранявшиеся в ту эпоху,⁸⁰ которые исходно предопределяли острую вражду между двумя сторонами, встретившимися на суде, так что позволить одной из них остаться безнаказанной в силу весьма умозрительного довода о случайности с неизбежностью означало бы вместо восстано-

Тула: Автограф, 2000. С. 80–108.

⁷⁶ Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I. P. 55; а также: *Ibid.* Volume II. P. 474476. См. также: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2- изд. М.: Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА-М – НОРМА, 1998. С. 8586; Turner J.W.C. Russell on Crime. A Treatise on Felonies and Misdemeanors. 10th ed. Volume I. L.: Stevens & Sons, Ltd., 1950. P. 21–23, 30 (далее цит. как: *Russell on Crime...* Volume I.); Стифень Дж. Ф. Указ. соч. С. 16–20; Нукифоров Б.С. Указ. дисс. С. 107–111.

⁷⁷ Sayre F.B. *Mens Rea II Harvard Law Review. Cambridge (Mass.), 1932. Vol. 45, № 6. P. 976.*

⁷⁸ Winfield P.H. The Myth of Absolute Liability. P. 37.

⁷⁹ *Ibid.* P. 37, 40.

⁸⁰ Так, согласно главе 1 Второй Правды Эдмунда I (*II Edmund, 1*), изданной во время его правления в 939–946 гг., дозволяется применять кровную месть, если виновный не выплачивает денежную компенсацию за содеянное в течение двенадцати месяцев. Живучесть кровной мести в англосаксонском обществе подтверждается и тем, что ещё более поздняя, уже норманнская, компиляция законов, *Leges Henrici Primi*, также не исключает применение кровной мести: так, согласно главе 70, если женщина совершает убийство, то кровная месть может последовать лишь против неё или её кровных родичей, но не против мужа и его родичей (*cap. 7 °Consuetudo Westsexe, 12*).

ния мира в общине, бывшего основной целью права и судебных процедур в то время,⁸¹ провоцирование нового кровавого конфликта. Естественно, что меньшим из двух зол в такой ситуации виделось взыскание денежной компенсации с лица, причинившего смерть другому или нанёсшего ему увечье, независимо от того, намеренным, небрежным либо же случайным было деяние. При этом существовавшая и широко распространённая практика своеобразной «солидарности» (условно говоря) рода потерпевшего и рода обвиняемого в деле, соответственно, получения и уплаты выкупа (либо, в исключительных ситуациях, осуществления и претерпевания кровной мести)⁸² очевидно не способствовала индивидуализации обидчика и неотъемлемо связанному с этим привнесением идеи о субъективной составляющей деликта.⁸³

Оспаривая этот момент, Оливер У. Холмс-мл. указывает следующее: «Мсть привносит чувство порицания, а также убеждение, хотя и искажённое душевным порывом, что совершено правонарушение. *Мсть едва ли может слишком далеко отойти от случаев намеренного причинения ущерба...* (курсив мой. – Г.Е.)».⁸⁴ Всё же более обоснованной – и научно, и подсознательно – представляется противоположная позиция: «Лицо мстящее не способно произвести хладнокровного расследования в своём деле. Оно бессильно, в сущности, констатировать, виновно ли в нашем современном смысле лицо, причинившее ему обиду».⁸⁵

Примечательно то, что следы именно такой «безотчётной реакции»⁸⁶ сохранялись в английском уголовном праве достаточно долго, вплоть до середины XIX в. продолжая своё во многом первобытно-примитивное существование в институте так называемого «деоданда» (*deodand*).⁸⁷ Последний, представляя собой орудие совершения убийства, подлежал безусловной конфискации в пользу короны независимо от того, принадлежал ли он лицу, причинившему смерть, либо же нет и, что более интересно, *независимо от того, признавалось ли содеянное в конкретном случае фелонией убийства либо же извинительным лишением жизни* (т. е. случайным, *per infortunium*, причинением смерти при совершении правомерного деяния либо убийством в состоянии самообороны, *se defendendo*). Классическая максима, восходящая к началу XIV в., гласит следующее: «Когда человеку причиняется смерть повозкой или падением дома, или каким-нибудь другим подобным образом, то вещь, которая движется, является причиной смерти и должна быть деодандом».⁸⁸ Согласно более

⁸¹ Так, глава 42 Правды Альфреда (*Alfred, 42*) предписывает не прибегать к насилию, не попытавшись сначала добиться правосудия от виновного мирными способами, и устанавливает конкретные сроки для применения соответствующих, выражаясь современным правовым языком, правовых процедур. Ср. также: «Итак, нам всем очевидно, что прежде всего особенно необходимо, чтобы мы непоколебимо поддерживали мир и согласие среди нас на всём пространстве владения моего...», § 1 Второй Правды Эдмунда I (*// Edmund, § 1*).

⁸² Примеры «солидарной» ответственности встречаются в главе 14 Правды Альфреда (*Alfred, 14*), гласящей, что «если кто-либо рождён немым или глухим, так что он не может ни отрицать, ни признать совершённые им проступки, то его отец должен уплатить компенсацию за его злодеяния». В § 1 главы 6 более поздней Второй Правды Ательстана (*II /Ethelstan, 6, § 1*), изданной во время его правления между 925 и 939 гг., содержится указание на то, что родственники лица, обвинённого в колдовстве, могут выкупить его из тюрьмы, дав при этом поручительство на будущее в том, что оно прекратит колдовскую практику. Попытка ограничения такого рода ответственности имеет место в главе 1 Второй Правды Эдмунда I (*II Edmund, 1*), предусматривающей, что «... если кто-либо убьёт человека, он единолично должен претерпевать кровную мсть» (курсив мой. – Г.Е.)...»

⁸³ Ср.: *Фельдштейн Г.С.* Указ. соч. С. 39–41; *Кистяковский А.Ф.* Указ. соч. С. 90–97; *Никифоров Б. С.* Указ. дисс. С. 60–64.

⁸⁴ *Holmes, Jr., О. И.* The Common Law. P. 3.

⁸⁵ *Фельдштейн Г.С.* Указ. соч. С. 39.

⁸⁶ Там же.

⁸⁷ Термин «деоданд» латинского происхождения, и происходит от словосочетания «*Deo dandum*», что означает «передаваемый Богу». Институт деоданда был отменён лишь *Законом о деодандах 1846 г. (Deodands Act, 9 & 10 Vic., с. 62)*. О деоданде см. подр.: *Кенни К.* Указ. соч. С. 114–115; *Pollock F., Maitland F.W.* Op. cit. Volume II. P. 473–474; *Holmes, Jr., О. И.* The Common Law. P. 24–26.

⁸⁸ Помещена данная сентенция в сборнике отчётов о судебной сессии в Корнуолле в тридцатый – тридцать первый

поздней формулировке сути этого института, данной Эдуардом Коуком, «когда любая движимая вещь, неодушевленное или живое существо, движется или причиняет безвременную смерть любому разумному существу вследствие случайности... без воли, правонарушения или вины (*fault*) его самого либо какого-нибудь человека», тогда она является деодандом, подлежащим «конфискации в пользу Господа Бога, т. е. короля как представителя Господа Бога на земле, для посвящения благотворительности в целях смягчения ярости Божией».⁸⁹ Прецеденты признания предметов деодандом, накопившиеся за столетия, многочисленны и разнообразны: мальчик упал в наполненный молоком таз и утонул – таз является деодандом;⁹⁰ человек случайно гибнет, упав с дерева или утонув в источнике, – дерево надлежит продать, а источник закрыть; смерть причиняется мечом, принадлежащим другому, – меч всё равно изымается как деоданд, хотя собственник и не связан никоим образом с происшедшим; лошадь лягает человека и впоследствии продаётся, а после этого человек умирает – лошадь должна быть конфискована.⁹¹ Ничем иным, кроме как характерным пережитком эпохи абсолютной ответственности с её слепой, восходящей ещё к библейским источникам,⁹² акцентированностью на деянии *per se*, на учинившем его орудии «как проклятой вещи»,⁹³ но не на совершившем его *in personam*, назвать институт деоданда нельзя.

Продолжая обоснование отстаиваемой точки зрения, можно указать и на то, что обстоятельства, при которых совершалась в англосаксонском обществе основная масса преступлений (да и совершается донныне в любом обществе), и их характер, связанный с очевидной направленностью на причинение вреда личности и имуществу, неразрывно были сопряжены в подавляющем большинстве случаев с намеренным совершением деликта, заслуживающим как таковым моральной порицаемости.⁹⁴ Как следствие, предположительно сталкиваясь, допустим, в девяноста девяти случаях из ста с намеренным злодеянием, люди считали таковым и сотовое, которое, вполне возможно, носило неосторожный или небрежный характер.

Подтверждением концепции абсолютной ответственности служат также источники ряда приведённых положений англосаксонских правд. Их происхождение явно прослеживается к ведущим свою историю с VI в. так называемым *Canones Poenitentiales* («Покаянным канонам»), составленным в монастырях и служившим сводом церковных наказаний за грехи.⁹⁵ Один из них, приписываемый Св. Беде Достопочтенному (672/673–735 гг.), теологу, историку и хроникёру англосаксонской эпохи, указывает, помимо прочего, на то, что при рассмотрении человеческих грехов «следует делать различие между характерами грехов

годы правления короля Эдуарда I, т. е. в 1302 г. (Y. B. 30–31 Edw. I, Cornish Iter, Rolls Series *525, A. D. 1302) (цит. по: Year Books of the Reign of king Edward the First / Edited and Translated by Alfred J. Horwood. L.: Longman, Green, Longman, Roberts, and Green, 1863. P. 524–525).

⁸⁹ Coke E. The Third Part... P. 57.

⁹⁰ Пример приводится по: Кенни К. Указ. соч. С. 115.

⁹¹ Примеры приводятся по: Holmes, Jr., O. W. The Common Law. P. 24–25.

⁹² В английских источниках институт деоданда по своему содержанию традиционно сравнивается с установлением, встречающимся в ветхозаветном Исходе: «Si bos cornu percusserit virum aut mulierem, et mortui fuerint, lapidibus obruetur, et non comedentur carnes eius (курсив мой. – Г.Е.); dominus autem bovis innocens erit», Liber Exodus, XXI, 28 («Если бык ударит рогом мужчину или женщину, и последует смерть, забивается он камнями и мясо его не употребляется в пищу (курсив мой. – Г.Е.); владелец же быка будет невиновен», Исход, глава XXI, стих 28).

⁹³ Blackstone W. Commentaries on the Laws of England: In Four Books / First Edition. Volume I: Of the Rights of Persons. Oxford: Printed at the Clarendon Press, 1765. P. 291.

⁹⁴ Во всяком случае, отмечает Дж. М. Кэй, вплоть до конца XIII в. подавляющее большинство убийств, к примеру, совершалось в ходе пьяных ссор при помощи ножей и кинжалов, которые носились каждым человеком как само собой разумеющееся (см.: Kaye J.M. The Early History of Murder and Manslaughter. Part I // The Law Quarterly Review. L., 1967. Vol. 83, № 331. P. 370, 380; см. также: Sayre F.B. Mens Rea. P. 981). Следовательно, из этого вполне можно заключить, что вряд ли возникал вопрос о ненамеренности причинения смерти или, более того, о ненамеренности нанесения удара самого по себе.

⁹⁵ См. подр.: Plucknett T.F.T. Op. cit. P. 53–65; Фельдштейн Г.С. Указ. соч. С. 58–60.

и людей; воздержанный ли человек или невоздержанный, *намеренно или случайно* (курсив мой. – Г.Е.); [совершён ли грех] при всех или тайно; с какой степенью угрозы [виновник] исправляет свою вину, по необходимости или по желанию; место и время [проступков]». ⁹⁶ Нетрудно увидеть в приведённом отрывке прообраз норм, содержащихся в главе 52 Шестой Правды Этельреда (*VI Æthelred*, 52) и повторяющихся впоследствии в главе 68 Второй Правды Канута (*II Canute*, 68, §§ 2–3).

Более того, нельзя не отметить и того обстоятельства, что, в частности, Шестая Правда Этельреда (*VI Æthelred*) имеет преимущественно церковную направленность. ⁹⁷ При этом практически полное текстуальное совпадение цитировавшихся фрагментов Шестой Правды Этельреда (*VI Æthelred*) и Второй Правды Канута (*II Canute*) следует рассматривать исключительно как повторение *привычной* церковной идеи и не более того, но отнюдь не как формулирование норм права, безразлично, записанных ли как уже существующих либо же вводимых в практику впервые.

Таким образом, можно сказать, что положения, которыми, казалось бы, в общих терминах придаётся юридическое значение психической составляющей преступления, являются в англосаксонских правдах не более чем христианским нравоучительным «призывом», который было едва ли возможно применить на практике, руководствовавшейся скорее не христианскими идеями о грехе, а более привычным общинным мировоззрением. Способствовало последнему и положение церкви: хотя и интегрированная в лице своих служителей в мирские суды, она занимала в рассматриваемое время «в отношении общественных институтов по существу, пассивную позицию» ⁹⁸ и не стремилась привнести идею субъективной виновности в понимание учинённого деликта. Направленное на восстановление мира в общине и предотвращение кровной мести, англосаксонское уголовное право ориентировалось лишь на характер и степень серьёзности проступка, элиминируя малодоступный для установления и сомнительный с точки зрения его правовой ценности для достижения указанных целей психический элемент.

Приведённые положения англосаксонских правд, как представляется, следует толковать именно в предложенном понимании, т. е. не как придающие юридическую значимость психической составляющей проступка, а как попытку отразить в праве христианские воззрения на должное покаяние, не идущую далее своего простого формулирования и предназначенную для того, чтобы лишь отразить *рекомендуемые* канонические положения, а не сформулировать *обязательную* норму права.

Осталось лишь сказать ещё несколько слов об интерпретации приведённых ранее двух отрывков из Правды Альфреда, которым сторонники оспариваемой концепции придают достаточно большое значение.

Согласно главе 13 этого памятника, «если, во время их совместной работы, один человек ненамеренно (*ungewealdes*) причинит смерть другому, допустив падение дерева на него, пусть дерево будет выдано членам клана погибшего и пусть они в течение тридцати дней держат его за пределами местности. Или пусть оно будет взято тем, кто владеет лесом» (*Alfred*, 13). Видимо, речь здесь идёт не о причинении смерти падением дерева, вызванном *человеком*, а о причинении смерти падением дерева, вызванном какими-либо *другими факторами* (например, падением дерева, обусловленном его рубкой самим потерпевшим). Во всяком случае, составитель *Leges Henrici Primi*, относящихся к норманнской эпохе и отстоящих от Правды Альфреда более чем на два столетия, отражая это положение, толкует его

⁹⁶ Цит. по: Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 82.

⁹⁷ См.: Plucknett T.F.T. Op. cit. P. 60–62; The Laws of the Kings of England from Edmund to Henry I. P. 47.

⁹⁸ Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 84–85.

именно в таком плане, добавляя оговорки о том, что случившееся должно произойти случайно и без вмешательства человеческого фактора.⁹⁹

Что же до главы 36 Правды Альфреда, то в ней, как видится, ответственность дифференцируется, в конечном счёте, в зависимости от объективных обстоятельств, не колебля общего принципа абсолютной ответственности. Именно в таком плане трактуется данное положение в *Leges Henrici Primi*.¹⁰⁰

Таким образом, оспариваемая теоретическая концепция, основывающаяся преимущественно на англосаксонских правдах как своих первоисточниках,¹⁰¹ не может быть признана удовлетворительной. Как верно подмечает А.Ф. Кистяковский, она представляет собой «стремление отыскать в первобытной эпохе подтверждение явлений и понятий позднейшего времени». ¹⁰² Уголовное право англосаксонской эпохи, имея дело в основном с намеренными (в современном смысле этого слова) посягательствами, угрожавшими в той или иной мере жизни и здоровью человека, которые в силу сохранявшихся пережитков ещё более древних времён влекли кровную месть со стороны рода выжившего или погибшего, не рассматривало психическую составляющую преступления как необходимое основание для наступления ответственности, считая совершение деяния *per se* необходимым и достаточным условием для назначения наказания¹⁰³.

При этом необходимо оговориться о том, что, конечно же, лишь пренебрежение идеей *mens rea* в памятниках права позволяет высказываться в пользу концепции абсолютной ответственности в англосаксонскую эпоху. Нельзя исключать того, что право в жизни отходило в той или иной мере от суровых установлений законодательства. Не имея сколь-нибудь значимых материалов о реальном применении права в рассматриваемую эпоху, можно остановиться на том, что *формально* (или, если угодно, *de iure*, «догматически») англосаксонское уголовное право не знало категории *mens rea*. Остальное скрыто непроницаемой завесой прошедшего тысячелетия.

Если проследить дальнейший ход истории, то в нём найдётся лишь дополнительное подтверждение отстаиваемой концепции. Рассмотрим развитие уголовного права в эпоху, последовавшую непосредственно за норманнским завоеванием Англии в 1066 г.

⁹⁹ См.: *cap. 90 Si quis nolens aliquos inter se dimicantes diuidere occidatur*, 6–6b.

¹⁰⁰ См.: *cap. 88 De commissione armorum quibus aliquis occidatur*, 3–3b.

¹⁰¹ Оливер У. Холмс-мл., помимо англосаксонских правд, приводит в поддержку своей концепции отрывки из «Трактата о законах и обычаях Англии» («*Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Angliæ*»), датируемого около 1187 г. и приписываемого Ранульф де Глэнвиллю, хотя авторство последнего сомнительно, и из трактата Генри де Брактона «О законах и обычаях Англии» («*De Legibus Et Consuetudinibus Angliæ*»), появившегося в середине XIII в. (см.: *Holmes, Jr., O.W. The Common Law*, P. 3–4). Что касается первого из этих источников, то хотя в литературе и встречается утверждение о том, что в его трактовке «для привлечения к уголовной ответственности необходима *mens rea* в конкретном деле при данных обстоятельствах» (см.: *Хатунов С.Ю. Уголовно-правовая доктрина Ранульфа Гленвилля (1187–1189) // История государства и права. М., 2001. № 1. С. 37*), всё же это утверждение представляется весьма и весьма спорным. «Трактат о законах и обычаях Англии» почти исключительно посвящён процессуальным вопросам, в котором вопросы материального права проявляются лишь случайно, и идея *mens rea*, как следствие, ещё не получает должного освещения (ср.: *Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 428–430; Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I. P. 166; Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 20–21*). В свою очередь, ко времени появления работы Генри де Брактона психическая составляющая преступления стала уже юридически значимой.

¹⁰² Кистяковский А.Ф. Указ. соч. С. 86.

¹⁰³ В свете сказанного двойственной представляется позиция Б.С. Никифорова, который, не придерживаясь оспариваемой концепции, усматривает, тем не менее, «в ранних памятниках англо-саксонского законодательства... намеки на то, что законодатель придает известное значение внутренней стороне вредоносной деятельности» (см.: *Никифоров Б. С. Указ. дисс. С. 137*). Схожей точки зрения придерживается также Франсис Б. Сэйр, один из наиболее крупных исследователей проблемы *mens rea* в англо-американском уголовном праве. Опираясь на исследуемые источники и выдвигая в качестве своего основного постулата отсутствие идеи *mens rea* в англосаксонском праве (см.: *Sayre F.B. Mens rea. P. 981*), он при этом оговаривает, что, хотя в большинстве случаев намеренность деяния и игнорировалась, но, по меньшей мере, относительно некоторых преступлений намерение «имело значение как для определения преступности, так и для фиксации наказания» (см.: *Ibid. P. 982*).

Принципиальный момент здесь заключается в следующем. Несмотря на распространённость оценки норманнского завоевания как катастрофы, «которой предопределяется вся будущая история английского права»,¹⁰⁴ её следует рассматривать скорее как эмоциональную характеристику событий 1066 г.¹⁰⁵ Само по себе норманнское завоевание мало что изменило в области уголовного права и отправления правосудия по уголовным делам. Притязания норманнского герцога Вильгельма на Англию основывались на пусть и сомнительном, но всё же формально наследственном праве, а не на праве завоевателя; как следствие, едва покорив Англию, он подтвердил действие всех старых законов и обычаев англосаксонских монархов.¹⁰⁶ Изменения, привнесённые на первых порах в действовавшее англосаксонское право, были незначительны и никоим образом не могут рассматриваться как заложившие основу или, даже более того, создавшие новую уголовно-правовую систему.

Наиболее сильным аргументом в пользу этой точки зрения является изданный в правление Генриха I (1100–1135 гг.) между 1108 и 1118 гг. свод законов, известный как *Leges Henrici Primi* («Законы Генриха I»), который зафиксировал действовавшее на тот момент право (в том числе и уголовное).¹⁰⁷ Как указывает Фредерик У. Мэйтланд, «составитель *Leges Henrici* представляет уголовное право своего времени как являющееся по большей части старым правом, и у нас нет причин сомневаться в истинности того, что он говорит нам».¹⁰⁸

Однако именно в *L.H.P.* впервые встречается правовое установление, которое невозможно обойти молчанием. Речь идёт о легальной максиме, содержащейся в § 28b главы 5 «Об особых свойствах исков» («*De causarum proprietatibus*»), и являющейся в настоящее время в слегка видоизменённой форме «краеугольным камнем» англо-американского уголовного права: «*Reurn non facit nisi mens rea*» («Ничто не делает виновным, кроме как виновная мысль»).

Необходимо рассмотреть два аспекта данной максимы: во-первых, её происхождение и, во-вторых, значение её появления в *L.H.P.* для теории *mens rea*.

Что до изначального источника выражения *reum non facit nisi mens rea*, то, по мнению Фредерика У. Мэйтланда, им является Св. Августин Аврелий (354–430 гг.).¹⁰⁹ В работе «Проповеди» («*Sermones*»), писавшейся в течение ряда лет начиная с 391 г., в анализе лжесвидетельства им рассматривается ситуация «обмана самого себя», в которой человек, уверовав в ложность чего-либо, в действительности являющегося правдой, говорит это другому, надеясь обмануть его:

¹⁰⁴ Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I. P. 79.

¹⁰⁵ В других частях своей работы Фредерик У. Мэйтланд и Фредерик Поллок неоднократно подчёркивают, что само по себе норманнское завоевание не прервало предшествовавшей правовой традиции, так как изменения, привнесённые на первых порах в англосаксонское право норманнами, были незначительны; а к пользе первого, кроме того, сыграло и то обстоятельство, что собственно норманнское право было большей частью не зафиксировано в письменной форме. Так, ср.: «... Мы должны воспротивиться слишком привычному предположению, что английское право последующих времён должно в некотором роде являться лишь смесью или соединением двух старых национальных законодательств» (см.: Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I. P. 80; а также: Ibid. Volume I. P. 27–29, 79–80, 88–90, 95, 97; Ibid. Volume II. P. 456–458).

¹⁰⁶ См.: «*Hoc quoque praecipio et volo, ut omnes habeant et teneant legem Edwardi Regis in terris et omnibus rebus, adauctis iis quae constitui ad utilitatem populi Anglorum*», *Laws of William*, c. 7 («Следующее также я предписываю и желаю, чтобы все знали и для всех имел обязательную силу закон короля Эдуарда (имеется в виду англосаксонский король Эдуард Исповедник (1042–1066 гг.). – Г.Е.) в отношении земель и всяких имуществ, дополненный тем, что я установил к пользе английского народа», Законы Вильгельма I Завоевателя, глава 7 (представляя собой более позднюю, составленную приблизительно в начале XII в., компиляцию ранее изданных постановлений)). Здесь и далее тексты законодательства ранненорманнской эпохи приводятся по: Stubbs W. *Select Charters and Other Illustrations of English Constitutional History from the Earliest Times to the Reign of Edward the First*. 5th ed. Oxford: At the Clarendon Press, 1884; а также по источникам указанным в сн. 72.

¹⁰⁷ Далее цит. как *L.H.P.*

¹⁰⁸ Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 457. См. также: Plucknett T.F.T. Op. cit. P. 45–50; Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I. P. 105–107.

¹⁰⁹ Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 476–477 п. 5. О Св. Августине Аврелии см. подр.: Реале Дж., Антисери Д. *Западная философия от истоков до наших дней. Том 2: Средневековье*. СПб.: ТОО ТК «Петрополис», 1995. С. 49–74.

«Fac alium, putat falsum esse, et iurat tamquam verum sit, et forte verum est. Verbi gratia, ut intellegatis: Pluit in illo loco? interrogas hominem; et putat non pluisse, et ad negotium ipsius competit, ut dicat: Pluit. Sed putat non pluisse. Dicitur ei: Vere pluit? Vere, et iurat; et tamen pluit ibi, sed ille nescit, et putat non pluisse; periurus est. Interest quemadmodum verbum procedat ex animo. *Ream linguam non facit, nisi mens rea* (курсив мой. – Г.Е.). Quis est autem qui non fallatur, etsi noluit fallere? Quis est homo cui non subrepat fallacia? Et tamen iuratio ab ore non discedit, frequentatur; plura sunt plerumque iuramenta, quam verba. Si discutiat homo quoties iuret per totum diem, quoties se vulneret, quoties gladio linguae se feriat et transfigat, quis in illo locus invenitur sanus? Quia ergo grave peccatum est peierare, compendium tibi dedit Scriptura: Noli iurare».¹¹⁰

При этом Фредерик У. Мэйтланд указывает, что составитель *L.H.P.*, вероятно, позаимствовал фразу *reum non facit nisi mens rea* из манускриптов, следовавших в течение столетий с рубежа IV–V вв., в которых слово *linguam* (язык), содержащееся в изначальном тексте Св. Августина Аврелия, было опущено, придав при этом максиме тот вид, который она имеет в тексте *L.H.P.*¹¹¹ К этому можно сделать одно существенное уточнение, сводящееся к тому, что слово *linguam* из изначальной фразы исключил непосредственно составитель *L.H.P.*, поскольку в труде, послужившем ему непосредственным источником цитирования максимы (а им является VIII книга из трактата «*Panormia*» известного канониста Св. Иво Шартрского (1040–1116 гг.)), мысль Св. Августина Аврелия приведена без искажений.¹¹²

Джером Холл, исследуя этот же вопрос, предлагает считать источником максимы «Нравственные письма к Луцилию» Луция Аннея Сенеки (4 г. до н. э. – 65 г. н. э.). В параграфе 57 письма XCV Сенека, обсуждая вопрос о добродетелях человека, указывает на то, что они предопределяются знанием самих себя и окружающих вещей, порождающих правильное состояние души, ведущее к правильным поступкам:

«*Actio recta non erit nisi recta fuerit voluntas* (курсив мой. – Г.Е.); *ab hac enim est actio. Rursus voluntas non erit recta nisi habitus animi rectus fuerit; ab hoc enim est voluntas*».¹¹³

По мнению Джерома Холла, Св. Августин Аврелий, опустив важное слово *actio* (действие), просто переформулировал мысль Сенеки в терминах неправомерности.¹¹⁴ Завершая свой анализ, Джером Холл указывает, что «Сенека мог бы предъявить более лучшее притязание на знаменитую формулу, хотя, несомненно, истинно и то, что Св. Августин являлся наиболее вероятным источником в средних веках».¹¹⁵

¹¹⁰ *Sermones, Sermo 180, «De verbis apostoli Iacobi (5, 12): «Ante omnia nolite iurare», etc.»* («Положим другое: некто думает, что нечто ложно, и клянётся как будто истинно есть, и случайно то истинно есть. Например, думаете, идёт ли дождь в том месте, и спрашиваете о том человека; и он думает, что не идёт дождь, но к выгоде своей стремится и говорит, что идёт. Но думает, что не идёт. Говорится ему: «Истинно ли идёт дождь?» Истинно, и в том клянётся; и всё-таки идёт дождь там, но то он не знает, и думает, что не идёт дождь; лжесвидетельствует он. Значимо то, каким образом слово происходит из души. *Язык не делает виновным, если не виновна мысль* (курсив мой. – Г.Е.). Кто же здесь тот, кто не обманут, хотя и не хотел обмануть? Кто есть человек, к которому не подкрадывается обман? И всё-таки клятва от уст неотделима, ибо делается на людях; более того, по большей части есть клятва, нежели чем слово. Если разрушается человек, всякий раз клянясь весь день, всякий раз рана себя, всякий раз пронзая и прокалывая себя мечом языка, то что в месте том найдётся здорового? Следовательно, так как тяжкий грех есть лжесвидетельство, да сбережёт тебя Святое писание: Не клянись», «Проповеди», Проповедь 180, 2 «О словах апостола Иакова (глава 5, стих 12): «Прежде всего, не клянись» и т. д.)).

¹¹¹ См.: Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 476–477 n. 5.

¹¹² См.: Leges Henrici Primi... Commentary by L.J. Downer. P. 311–312.

¹¹³ *Lucii Annaei Senecae, Epistularum Moralium Ad Lucilium, XCV, 57* («Действие не будет правильным, если не будет правильным намерение (курсив мой. – Г.Е.), ибо от него порождается действие. Опять-таки, намерение не будет правильным, если не будет правильным состояние души, ибо от него порождается намерение», Луций Анней Сенека, «Нравственные письма к Луцилию», письмо XCV, 57 (касательно перевода см. сн. 47. – Г.Е.)).

¹¹⁴ См.: Hall J. General Principles... P. 145.

¹¹⁵ Ibid.

Кроме того, Джером Холл также отмечает значительное влияние библейских постулатов на средневековую правовую мысль.¹¹⁶ Действительно, вполне разумно и обоснованно предположить, что ряд сентенций из Библии мог оказать и реально оказал влияние на мысль Св. Августина Аврелия, тем более что схожие с августинианской максимой выражения нередко встречаются в тексте как Старого, так и Нового Завета. В частности, внимание на себя обращает следующий отрывок из Евангелия от Марка:

«Dicebat autem: “Quod de homine exit, illud coinquinat hominem; *ab intus enim de corde hominum cogitationes make procedunt* (курсив мой. – Г.Е.), fornicationes, furta, homicidia, adulteria, avaritiae, nequitiae, dolus, impudicitia, oculus malus, blasphemia, superbia, stultitia: omnia haec mala ab intus procedunt et coinquant hominem”...».¹¹⁷

Подводя итог изложенному, можно сказать, что источник максимы в *L.H.P.* установить с абсолютной точностью не представляется возможным. *Communis opinio doctorum* наиболее вероятным считает всё же мысль Св. Августина Аврелия,¹¹⁸ с чем и следует согласиться.

Переходя к анализу содержательного значения рассматриваемой максимы в тексте *L.H.P.*, необходимо отметить следующее. Значение, приданное фразе *reum non facit nisi mens rea* в последующие века, могло бы навести на мысль, что во время появления *L.H.P.* психический настрой человека, связанный с совершением преступления, либо, как и прежде, имел, либо уже приобрёл юридическое значение.¹¹⁹ Этот вывод представляется неверным: *несмотря на текстуальное появление в законодательстве термина mens rea, в начале XII в. уголовное право всё ещё не рассматривало психическое состояние человека как обязательный элемент в структуре преступления, оставаясь на позициях, заложенных в более раннюю эпоху.* В доказательство данного тезиса можно привести ряд соображений.

Во-первых, окружающий максиму *reum non facit nisi mens rea* контекст свидетельствует о том, что её появление в тексте *L.H.P.* следует рассматривать скорее всего как «кусковое» заимствование из канонических источников, не имеющее своей целью сформулировать основополагающий принцип, или, по крайней мере, как установление нормы, относящейся исключительно к лжесвидетельству. В пользу той точки зрения, согласно которой данный фрагмент является лишь заимствованием из канонических текстов, говорят и окружающие его иные положения, в равной мере взятые из церковных трактатов и посвящённые различным каноническим вопросам, таким как ответственность священников, грехи самоубийства, лжесвидетельства и тому подобное.¹²⁰ Следовательно, вряд ли максима *reum non facit nisi*

¹¹⁶ См.: *Ibid.*

¹¹⁷ *Evangelium Secundum Marcum, VII, 20–23* («Говорилось же: «Что из человека исходит, то оскверняет человека; *ибо изнутри, из сердца человеческого, исходят злые мысли* (курсив мой. – Г.Е.), блуд, кражи, убийства, прелюбодеяния, лихоимство, нерадивость, обман, бесстыдство, дурное око, ересь, гордыня, глупость: всё это зло изнутри исходит и оскверняет человека»...), Евангелие от Марка, глава VII, стихи 20–23)). Аналогичный смысл заключён в ряде сентенций из других книг Библии. Так, ср., напр.: «Dolosum est cor super omnia et insanabile; quis cognoscet illud?» *Liber Ieremiae, XVII, 9* («Коварно сердце превыше всего и безумно; кто познает его?») Иеремия, глава XVII, стих 9); «Adhuc et vos sine intellectu estis? Non intellegitis quia omne quod in os intrat, in ventrem vadit et in secessum emittitur? *Quae autem procedunt de ore, de corde exeunt, et ea coinquant hominem. De corde enim exeunt cogitationes maiae, homicidia, adulteria, fornicationes, furta, falsa testimonia, blasphemiae* (курсив мой. – Г.Е.). Haec sunt, quae coinquant hominem; non lotis autem manibus manducare non coinquant hominem», *Evangelium Secundum Matthaeum, XV, 16–20* («До сих пор и вы не понимаете? Не понимаете, что всё, что в уста входит, во чрево направляется и вон будет извергнуто? *Что же выходит из уст, то из сердца исходит и то оскверняет человека. Ибо из сердца исходят мысли злые, убийства, прелюбодеяния, блуд, кражи, лжесвидетельства, ереси* (курсив мой. – Г.Е.). Это и есть то, что оскверняет человека; есть же неумытыми руками не оскверняет человека», Евангелие от Матфея, глава XV, стихи 16–20).

¹¹⁸ См.: *Leges Henrici Primi... Commentary by L.J. Downer. P. 311–312; Hall J. General Principles... P. 145; Кенни К. Указ. соч. С. 37 сн. 3; Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 476–477.*

¹¹⁹ В поддержку этой позиции см., напр.: *Cremona M. Criminal Law / Macmillan Law Masters. Basingstoke & L.: The Macmillan Press Ltd., 1989. P. 14; Bassiouni M.C. Substantive Criminal Law. Springfield (Ill.): Charles C. Thomas Publisher, 1978. P. 172; Intention, Recklessness and Moral Blameworthiness... P. 16.*

¹²⁰ См.: *cap. 5 De causarum proprietatibus, 27–27a* (ответственность клириков); *28c* (грех самоубийства); *28–28a, 29–30*

mens rea несла в себе обобщённую светскую смысловую нагрузку. Как считает Фредерик У. Мэйтланд, самое большое, с чем она может быть связана, так это лжесвидетельство, да и то в плане изложения канонических воззрений на этот грех.¹²¹ Как бы это абсурдно ни звучало, но представляется, что если бы составитель *L.H.P.* сохранил слово *linguam*, цитируя Св. Августина Аврелия и Св. Иво Шартрского, он бы избавил последующих исследователей от возникающей при трактовке анализируемого отрывка неясности и двусмысленности.

Более весомые доводы в поддержку отстаиваемой позиции можно привести, изучив иные части *L.H.P.*, в которых неоднократно подчёркивается нерелевантность для целей уголовного наказания психической составляющей преступления. Так, примечательны следующие положения *L.H.P.*:

«Равно как намеренно (*sponte*) или же ненамеренно (*non sponte*) содеяно что, всё же оно поправляется. Ибо совершая грех по незнанию (*per inscientiam peccamus*), по трудолюбию мы исправляем его. Всё же дружба и снисхождение более близки или более отдалённые будут в зависимости от того, заслуженно ли тем, кто убит, последнее, и как оно произошло.

... Убийство совершается множеством способов, различие между которыми заключается в причине и в лицах... Убийство также совершается случайно (*casu*) или намеренно (*consilio*) (курсив мой. – Г.Е.).

... Если кто в ходе игровой стрельбы из лука или иным каким-либо занятием копьём или чем-нибудь подобным случайно (*casu*) убьёт другого, содеянное возмещается. Ибо закон гласит, что совершая грех по незнанию, со знанием исправляем его (*Legis enim est, qui inscienter peccat, scienter emendet*) (курсив мой. – Г.Е.). Всё же милосердие и любовь от родителей погибшего подходящи постольку, поскольку мы понимаем, что человеческий род обречён покорно и со слезами сносить жестокости сурового жребия.

... Существует также множество несчастий, которые происходят скорее случайно (*casu*), нежели чем по намерению (*consilio*), и скорее милосердию, чем судебному решению, должны они вверяться.

Ибо закон гласит, что совершая грех по незнанию (*qui inscienter peccat*), со знанием исправляем его (*scienter emendet*)...».¹²²

Тем самым анализ текста выявляет, что составитель *L.H.P.*, выделяя такие понятия, как намерение и намеренно (*consilium, sponte*), со знанием (*scienter*) и случайно (*casu*), не считал их релевантными для целей уголовного права. Что же касается указаний на необходимость проявлять милосердие в зависимости от меры упречности проступка, то это следует рассматривать как не более чем эхо церковных «Покаянных канонов», повлиявших на англосаксонское законодательство, ставшее, в свою очередь, основной базой положений *L.H.P.* Нелишне отметить, кроме того, что, исходя из текста *L.H.P.*, положения о милосердии сами по себе не колеблют общего принципа наступления уголовной ответственности и за случайное причинение вреда.

Перси Х. Уинфилд, отстаивая противоположную концепцию, отмечает, что приведённым нормам придаётся слишком большое значение. По его мнению, в их истолковании не исключена возможность ошибки, сводящейся к наполнению термина *inscienter* и подобных ему современным содержанием, заключённым в понятиях намерения и небрежности; причём такая возможность, которая многократно увеличивается некорректными примерами, приводимыми в разграничение используемых составителем *L.H.P.* терминов.¹²³ Кроме того, он полагает невозможным примирить максимум *legis enim est, qui inscienter peccat, scienter*

(лжесвидетельство).

¹²¹ См.: Pollock F., Maitland F. W. Op. cit. Volume II. P. 476.

¹²² См. соотв.: сэр. 7 °Consuetudo Westsaxe, 12-12c\ cap. 72 Diffinitio homicidii, 1, 2; cap. 88 De commissione armorum quibus aliquis occidatur; 6-6b\ cap. 90 Si quis nolens aliquos inter se dimicantes diuidere occidatur; 11-11a.

¹²³ См.: Winfield P. H. The Myth of Absolute Liability. P. 40–42.

emendet с максимой *reum non facit nisi mens rea*. Как следствие, он предлагает не обращать на них внимания как на взаимоисключающие и в силу этого бесполезные, поскольку «иначе *mens rea* в одной говорит нам не больше, чем *insciet* в другой».¹²⁴ И, напротив, особое внимание им обращается на положения о снисхождении, следующие сразу же за формулированием норм абсолютной ответственности. Как итоговый вывод Перси Х. Уинфилд считает, что в англосаксонском праве «теоретически была тенденция считать человека ответственным за некоторый (но не весь) чисто случайный ущерб; что на практике эта суровая норма претворялась в жизнь судебской вариацией наказаний (т. е. через применение положений о милосердии человек освобождался от ответственности за некоторый случайно причинённый ущерб. – Г.Е.), и что имело место грубоватое понимание различия между намерением, небрежностью и неизбежной случайностью».¹²⁵

В опровержение этих доводов можно привести следующие соображения. Так, если уж отбрасывать две максимы, то первую из них нужно отбрасывать вместе с её продолжением, т. е. вместе с положениями о необходимости применять милосердие, тем более что их происхождение, прослеживаемое исключительно к церковно-нравственным положениям, вызывает подозрение в том, что они были включены в текст *L.H.P.* (как и в текст ранее появившихся англосаксонских правд) лишь постольку, поскольку составитель *L.H.P.* в те времена не мог обойтись без учений отцов церкви и христианской доктрины милосердия. Далее, что касается реального применения на практике указанных положений, то, во-первых, конкретных примеров в подтверждение этого из рассматриваемой эпохи ни Перси Х. Уинфилдом, ни иными сторонниками его точки зрения не приводится;¹²⁶ и, во-вторых, будь это так, приведённые нормы скорее всего потеряли бы свой церковно-нравоучительный характер, приняв вид строгой правовой нормы, такой, как, например, *legis enim est, qui insciet peccat, sciet emendet*. Что же до грубоватого, по словам Перси Х. Уинфилда, понимания различия между намерением, небрежностью и неизбежной случайностью, то оно, вполне возможно, имело место, однако *юридического* значения, как представляется, ему не придавалось. Таким образом, соображения, высказанные Перси Х. Уинфилдом, вызывают весьма и весьма сильные сомнения в их обоснованности.

На *L.H.P.* можно окончить анализ англосаксонского уголовного права и уголовного права первых десятилетий норманнского господства. Как итог исследования, проведённого в настоящем параграфе, можно сделать вывод о том, что уголовное право в его формальном бытии в рассмотренную эпоху не знало понятия *mens rea* как обязательного элемента в структуре преступления, считая содеянное *per se* необходимым и достаточным основанием для применения уголовно-правовых санкций.

¹²⁴ *Ibid.* P. 41.

¹²⁵ *Ibid.* P. 42.

¹²⁶ Необходимо признать, что за недостаточностью источников из той эпохи данный аргумент не совсем корректен, но всё же необходим.

§ 2. Зарождение и становление mens rea в английском уголовном праве (вторая половина XII–XVI вв.)

L.H.P. являют собой последний памятник уголовного права собственно англосаксонской эпохи и первых десятилетий норманнского владычества. Всего лишь через несколько десятилетий после их появления старая уголовно-правовая система «исчезает с изумительной внезапностью»,¹²⁷ уступая место совершенно новому праву, чьё последующее развитие в течение столетий приведёт к современному англо-американскому уголовному праву. Придерживаясь образного выражения, использованного ранее, можно сказать, что ствол дуба появился из-под земли с тем, чтобы расти далее.

Движущим фактором изменений в правовой области стала Папская революция конца XI – начала XII вв.¹²⁸ На её волне возникла система права как самостоятельное образование, а вместе с нею «класс профессиональных адвокатов и судей, иерархия судов, юридические школы, юридические трактаты и концепция права как автономного, интегрированного, развивающегося свода принципов и процедур».¹²⁹ С появлением правовой науки вышло из забвения римское право, которое стало изучаться и преподаваться в университетах.¹³⁰ Воскрешение римского права привело к восприятию каноническим правом ряда его концепций, в том числе и концепции виновности.

Привнесение последней в систему канонического уголовного права было связано с появлением его новой теологической доктрины, закладку основ которой можно приписать Св. Ансельму Кентерберрийскому (д'Аоста) (1033–1109 гг.)¹³¹ и Пьеру Абеляру (1079–1142 гг.).¹³²

Ранее преступление в целом воспринималось как единство двух сторон: во-первых, это был проступок, направленный против жертвы и её клана, общины, но никак не против общества в целом и мира короля;¹³³ и, во-вторых, «это был также и проступок перед Господом – грех».¹³⁴ Естественной реакцией со стороны социума на него была кровная месть, которой можно было избежать, лишь пройдя последовательно через покаяние, восстановление чести и примирение с обиженными посредством уплаты композиции. Взаимозаменяемость понятий «преступление» и «грех» предопределяла отсутствие чётких разграничительных линий между тем, что следует искупать покаянием, а что – заглаживать примирением. В таком единстве двух сторон – мирской и церковной – безусловно доминировали мирские идеи, оттеснявшие на задний план канонические представления о субъективной моральной

¹²⁷ Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 458.

¹²⁸ Ей посвящена упомянутая обстоятельная работа Гарольда Дж. Бермана, концепция которого представляется убедительной и обоснованной.

¹²⁹ Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 122; а также: Там же. С. 93–95.

¹³⁰ О возобновлении изучения римского права см. подр.: Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 124–165; Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I. P. 21–24, 110 et seq.; Pike L.O. Op. cit. P. 133–134.

¹³¹ О Св. Ансельме Кентерберрийском см. подр.: Реале Дж., Антисери Д. Указ. соч. Том 2. С. 97–103.

¹³² О Пьере Абеляре см. подр.: Там же. С. 109–115.

¹³³ В англосаксонские времена преступлением нарушался мир каждого конкретного человека, его дома и его слуг, и с миром короля отождествлялось не состояние защищённости общества от преступных посягательств в целом, как сказали бы сейчас в самом общем виде, а мир, связанный с домом монарха, его присутствием и защитой, предоставлявшейся им его слугам, т. е. в конечном счёте мир более высокого по положению в обществе человека. Лишь с дальнейшей историей связывается постепенное, начавшееся не позднее конца X в. и окончившееся приблизительно в конце XIII в., распространение сферы охвата миром короля всех правонарушений, подлежащих юрисдикции его суда. См. подр.: Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I. P. 44–45; Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 114–117; Pollock F. The King's Peace // *The Law Quarterly Review*. L., 1885. Vol. 1, № 1. P. 37–50.

¹³⁴ Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 179.

греховности. Обусловлено это было как направленностью законодательства на скорейшее восстановление мира, а не на обуздание аморальности, так и пассивностью церкви в привнесении идеи субъективной греховности в мировоззрение общества. Суммировав данные факторы, можно понять, почему каноническая доктрина в её приложении к обычному праву (именно к нему и только к нему!) особенно и, что более важно, *концептуально* не интересовалась в предшествовавшую Папской революции эпоху мерой нравственной испорченности конкретного человека.

Новая каноническая доктрина, основанная на идеях греха, наказания и искупления, изменила подход к преступлению, обосновав это концепцией справедливости: «Справедливость требует, чтобы за каждый грех (преступление) было заплачено временным страданием; чтобы это страдание, т. е. наказание, было адекватно греховному поступку, и чтобы оно защищало (“отмщало”) конкретный закон, который нарушается».¹³⁵ Доктрина искупления, таким образом, разделила прежде единое в своих двух сторонах деяние на преступление, за которое виновный должен ответить перед законом, и грех, смыаемый покаянием. Выкристаллизовавшийся аспект греха привнёс с собой сильный акцент на греховность субъекта, безнравственное содержание поступка, сознательный выбор пути зла. Последнее требовало, в свою очередь, оценки церковью степени развращённости ума, сердца и души, проявленной в том или ином поступке. Средством же такой оценки с необходимостью мог служить лишь характер деяния, а более конкретно – отразившийся в его объективной реализации субъективный момент, виновность лица, его психическое отношение к совершённом.

Стремясь как можно точнее установить через виновность греховность лица, канонисты позаимствовали из римского права теорию первой. Некоторые понятия при этом получили новое значение, в ряде случаев была углублена дифференциация терминов. Но всё это, в отличие от римского права, было связано с оценкой безнравственности, греховности как таковых и нацелено на это.¹³⁶ Тем самым вместе со сменой доктрины уголовное право получило новую ориентацию, которая, если учесть активизацию роли церкви в общественной жизни, должна была стать ведущей доминантой в этой области: взамен направленности на восстановление мира его целью стало обуздание аморальности.

Таким путём в право была привнесена через понятие греховности позаимствованная у римлян и получившая у канонистов дальнейшее развитие концепция виновности.

В эту же эпоху происходят значительные перемены в устройстве политических и правовых институтов Англии, и связано это прежде всего с правлением Генриха II (1154–1189 гг.). С целью понять их значимость, вернёмся на некоторое время назад.

С норманнского завоевания и до середины XII в. система отправления правосудия по уголовным делам *не претерпела* серьёзных преобразований по сравнению с англосаксонской эпохой. Дела разбирались в местечковых и феодальных судах на основе уголовного права, являвшего собой частично записанный свод сугубо локальных обычаев, значительно отличавшихся друг от друга по всей Англии. Норманнское завоевание – и это следует подчеркнуть ещё раз – *не изменило* кардинальным образом действовавшего англосаксонского уголовного права.

Во второй половине XII в. старая система отправления правосудия и старая система уголовного права исчезли. Связано это было с реформами, проведёнными Генрихом II, движущей силой которых, в свою очередь, стала Папская революция, вызвавшая появление вначале системы канонического права, а вслед за нею – системы королевского права.

¹³⁵ Там же. С. 181.

¹³⁶ Ср.: канонисты «беспокоились прежде всего не о вине, а о грехе... Напротив, римское уголовное право и раньше, и особенно в эпоху Юстиниана, не особенно интересовалось нравственной стороной конкретного преступного деяния» (см.: Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 187, 189).

Взамен старой структуры местной и феодальной юрисдикции по уголовным делам, базировавшейся на местных и феодальных правовых порядках, была создана королевская уголовная юрисдикция.

Согласно Кларендонской ассизе 1166 г. жюри присяжных в определённой местности было уполномочено обвинить то или иное лицо в совершении убийства, кражи, грабежа или их укрывательства, передавая тем самым дело на рассмотрение королевских разъездных судей (*justiciarii itinerantes*), небольшой корпус которых был единым для всей страны.¹³⁷ И хотя процессуально институт признания человека виновным в совершении преступления еще некоторое время после принятия Кларендонской ассизы продолжал оставаться прежним, т. е. основанным на «магико-механических», по выражению Гарольда Дж. Бермана,¹³⁸ методах доказывания путём судебного испытания, компургации и поединка, а разъездные судьи посещали подпадавшие под их юрисдикцию земли хотя и регулярно, но редко, но всё же *основа для выработки единого для всей страны королевского уголовного права была заложена.*

Создавали это новое уголовное право появившиеся в XII в. с образованием постоянно действующих Вестминстерских королевских судов профессиональные королевские судьи, которые либо являлись прелатами церкви, либо выходили из стен университетов, вобрав в себя римское право и доктрину канонического уголовного права. Последнее же к тому времени имело достаточно разработанный категориальный аппарат теории виновности. Тем самым проявились все предпосылки для привнесения идеи *mens rea* в английское уголовное право. Обратимся непосредственно к этому процессу.

Всего через несколько десятилетий после появления *L.H.P.*, отобразивших старую уголовно-правовую систему, её сменила новая, основные характеристики которой могут быть сведены к следующим: «(1) Есть несколько преступлений с широкими дефинициями, которыми жизнь и члены тела предаются на милость короля; (2) другие преступления наказываются главным образом произвольными денежными наказаниями, которые заняли место старых предустановленных *wites*, в то время как старые предустановленные *bot* уступают дорогу “убыткам”, оцениваемым судом; (3) объявление вне закона более не является наказанием; это просто “процесс”, принуждающий обвиняемого появиться».¹³⁹ К моменту составления в правление Ричарда I (1189–1199 гг.) первых письменных судебных отчётов, «Судейских свитков» (*Plea Rolls*), смена одной уголовноправовой системы другой уже завершена.

В новую систему уголовного права канонистами-судьями и юристами, вышедшими из стен университетов, где ими изучалась каноническая доктрина уголовного права и воскрешённое из забвения римское право, и были привнесены идеи о *dolus*, *culpa* и *casus*. *Таким образом, именно конец XII—начало XIII вв. можно считать временем подлинного зарождения в английском уголовном праве концепции mens rea.*

¹³⁷ Институт разъездных судей, посылаемых в провинцию с фискальными и судейскими функциями, зародился ещё в первые годы норманнского завоевания, однако до Кларендонской ассизы их деятельность в посещении графств являлась, во-первых, *нерегулярной*, во-вторых, лишь *побочно* носила судебный характер, и, более того, прекратилась при короле Стефане (1135–1154 гг.), чьё правление характеризуется значительным ослаблением центральной королевской власти и практически полной анархией. Кларендонская ассиза, напротив, сделала судебную деятельность одной из *основных* целей *регулярных объездов* графств разъездными судьями. В последующем развитии деятельность разъездных судей постепенно специализировалась в зависимости от характера дел, которые они должны были разрешать. Принятая десятью годами позже, Нортгэмптонская ассиза 1176 г. подтвердила и уточнила нормы Кларендонской ассизы, добавив к списку преступлений поджог и подделку монеты. См. подр.: Берман Г. Дж. Указ. соч. С. 421–423; Пти-Дютайи Ш. Указ. соч. С. 128–133; Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I. P. 137–144, 151–158; Stubbs W. Op. cit. P. 140–143, 150; Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England... Vol. I. P. 75–144, 184–188; Pike L.O. Op. cit. P. 108–109, 120–133, 452–453; Гуценко К. Ф., Головкин Л. В., Филимонов Б. А. Указ. соч. С. 73–75.

¹³⁸ Берман Г. Дж. Указ. соч. С. 86. Добавим, что суд Божий как способ доказывания был вскоре отменён IV Латеранским Собором в 1215 г.

¹³⁹ Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 458–459.

К сожалению, скудость имеющихся первоисточников из второй половины XII в. не позволяет подробно описать процесс привнесения в право *mens rea*. И всё же доступные легальные материалы дают возможность выдвинуть ряд гипотетических предположений о ходе этого процесса.

По всей видимости, почвой для появления *mens rea* в общем праве (как и во многих иных уголовно-правовых системах¹⁴⁰) стали нормы, посвящённые ответственности за причинение смерти человеку. Чтобы доказать этот тезис, сравним ответственность за убийство по англосаксонскому уголовному праву с ответственностью по пришедшей ему на смену новой уголовно-правовой системе.

Согласно уголовному праву донорманнской эпохи, человек, причинивший смерть другому, нёс ответственность за содеянное независимо (хотя это и более-менее предположительно) от того, было ли убийство намеренным либо же случайным. Восстановление нарушенного злодеянием мира в общине осуществлялось преимущественно посредством *денежного выкупа* (вергельда, *wergild* или виры, *wer*). Если говорить в самом обобщённом виде, то той его частью, которая носила наименование бота (*bot*), восстанавливался мир с родичами погибшего, а частью, именовавшейся вит (*wite*), – мир короля (*mund*). В англосаксонских правдах содержится разработанная подробнейшим образом система денежных тарифов.

Несомненно, наряду с денежными выкупами существовало и такое «истинное», по выражению Фредерика У. Мэйтланда,¹⁴¹ наказание как смертная казнь; практиковалось и объявление вне закона. Однако последнее отступало на второй план перед системой денежных компенсаций, а первая применялась либо к наиболее отягчённым случаям убийства, либо в случае, если виновный не мог расплатиться.¹⁴² Важно подчеркнуть здесь то, что, несмотря на громадный размер денежных выкупов, убийство *в принципе* было «выкупаемым» (*emendable*) преступлением.

Норманнское завоевание не изменило в целом существовавшей системы ответственности за убийство, что подтверждается *L.H.P.*, которые содержат тщательно разработанные положения об ответственности за убийство. Согласно им, ряд убийств наказывается смертной казнью; прочие же остаются «выкупаемым» преступлением.¹⁴³

Пришедшее на смену англосаксонскому праву королевское уголовное право *в корне* поменяло подход к ответственности за преступления. Убийство наряду с поджогом, изнасилованием, грабежом, бёрглэри, отягчённым хищением и, возможно, побегом из тюрьмы стало *фелонией* (*felony*), каковое наименование было присвоено наиболее тяжким преступ-

¹⁴⁰ Как справедливо отмечалось М.Д. Шаргородским, убийству «всегда уделялось в теории и истории уголовного права исключительно большое внимание» и «большинство проблем общей части уголовного права – вопрос о субъективной стороне состава, вопрос о причинной связи, вопросы о соучастии, о приговоре и покушении – в значительной мере решались именно в связи с этим конкретным преступлением» (см.: Шаргородский М.Д. Преступления против жизни и здоровья. М.: Юрид. изд-во Мин-ва юстиции СССР, 1947. С. 39).

¹⁴¹ Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. P. 451.

¹⁴² Ср., напр.: «... Если кто-либо убивает человека, он должен сам претерпеть кровную месть, если с помощью своих друзей он в течение двенадцати месяцев не уплатит композицию за содеянное в полном размере вергельда убитого человека в соответствии с его унаследованным рангом», глава I Второй Правды Эдмунда I (*II Edmund*, c. 1).

¹⁴³ См., напр.: *cap. 69 De occisione Angl id*, 1–2; *cap. 7 °Consuetudo Westsexe*, 1–15 (нормы, устанавливающие размеры денежных компенсаций за причинение смерти в зависимости от региона страны, обстоятельств происшедшего, личности убийцы и убитого); *cap. 80 De homicidio in curia Regis, exercitu, burgo uel castello*, 1, 7–7b (нормы, санкционирующие применение смертной казни или, по меньшей мере, нанесение увечья за убийство, совершённое в присутствии короля, в его суде и тому подобное); *cap. 88 De commissione armorum quibus aliquis occidatur*, 3–3b (нормы, регулирующие размер денежной компенсации за смерть, причинённую ношением копья за спиной). В ряде норм окончательное наказание может варьироваться: так, за убийство в доме архиепископа, епископа или герцога полагается смертная казнь либо денежный штраф (см.: *cap. 80 De homicidio in curia Regis, exercitu, burgo uel castello*, 8), а за убийство при тех же обстоятельствах в состоянии самообороны, что подтверждается свидетелями – только денежный штраф (см.: *cap. 80 De homicidio in curia Regis, exercitu, burgo uel castello*, 7b). См. также: Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 457–458.

лениям. Исчезла система денежных выкупов, и любое убийство независимо от того, было ли оно совершено намеренно или произошло по случайности, стало караться смертной казнью¹⁴⁴.

Попытаемся теперь обобщить всё сказанное. Итак, к концу XII – началу XIII вв. проявились три значимых фактора.

Во-первых, появился профессионализированный судебский корпус, который смог приступить к более детальной разработке тех юридических процедур, которые в целом составят в будущем основу современного уголовного процесса, тем самым продвигаясь вперёд по пути «более тонкого исследования обвинений, выдвинутых против правонарушителей, чем то было возможно ранее».¹⁴⁵

Во-вторых, выявилась очевидная несправедливость безмерно ужесточённого по сравнению с ранее существовавшим подхода к наказуемости ряда случаев причинения смерти. Так, если ранее человек и отвечал за гибель другого, которая явилась простым стечением обстоятельств либо же была слишком отдалённым последствием его действий, либо же наступила вследствие некоторой вмешивающейся причины, то отвечал он в таких ситуациях неотягчённого убийства денежным выкупом. Новая же уголовно-правовая система здесь предавала виновного смерти.

В-третьих, в каноническом уголовном праве сформировалась концепция виновности, и с ней были хорошо знакомы королевские судьи. Являясь плодом развития теории греха и справедливого воздаяния за него, она служила лучшим проводником теологических постулатов, формировавших новую каноническую идеологию преступления и наказания, которая одновременно с тем становилась доминирующей в мирском уголовном праве.

Сложившись вместе, эти три фактора привели к привнесению в английское уголовное право понятия причинения смерти *per infortunium* (по случайности),¹⁴⁶ с необходимостью предполагавшего в большей или меньшей степени оценку психической связи лица с совершённым им деянием. Таким образом и было положено начало *mens rea*.

Подтверждением этой гипотезы служит то обстоятельство, что к первой половине XIII в. в английском уголовном праве утверждается понятие «основания защиты *per infortunium*» (*defense per infortunium*).¹⁴⁷ В этом убеждают многочисленные судебные протоколы этого времени. Судебная процедура в таких случаях состояла в следующем. Против лица, которое успешно выдвинуло и отстояло перед присяжными основание защиты *per infortunium* от обвинения в убийстве, выносился вердикт о том, что смерть другому была причинена им случайно «и не чрез фелонию или обдуманную злобу» (*«et non per feloniam vel malitiam excogitatum»*). Судьи, получив этот вердикт и не имея полномочий оправдать обвиняемого,

¹⁴⁴ Исключением в рассматриваемую эпоху из общего правила о наказуемости причинения смерти человеку являлось лишь исполнение смертного приговора, убийство объявленного вне закона, вора, пойманного с поличным, любого лица, очевидно совершившего фелонию и сопротивляющегося задержанию, а также любовника женщины, застигнутого *in flagrante delicto* мужем, отцом, братом или сыном. Часть этих случаев получила впоследствии название «оправданного» (*justifiable*) причинения смерти. См. подр.: *Russell on Crime... Volume I*. P. 20–21; *Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I*. P. 53; *Ibid. Volume II*. P. 478–479.

¹⁴⁵ *Russell on Crime... Volume I*. P. 22.

¹⁴⁶ Б.С. Никифоров переводит понятие *per infortunium* как «невольное», обосновывая это тем, что в нём «слиты представления о неосторожном и случайном причинении вреда», обобщающиеся «отсутствием в тех и других моментах злой, порочной воли» (см.: *Никифоров В.С. Указ. дисс. С. 158* сн. 1). Против такого понимания в принципе нет возражений, и, как следствие, предлагаемый здесь дословный перевод носит условный характер.

¹⁴⁷ О понятии «основание защиты» (*defense*), его содержании и проблемах перевода на русский язык см. подр.: *Флетчер Дж., Хаутов А.В. Основные концепции современного уголовного права*. М.: Юристъ, 1998. С. 14–18, 265 и сл.; *Williams G.L. Criminal Law: The General Part*. L.: Stevens & Sons Ltd., 1953. P. 719; *Robinson P.H. Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis* // *Columbia Law Review*. N.Y., 1982. Vol. 82, A/p 2. P. 203–243 et cet.] *Fletcher G.P. Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion in Criminal Cases* // *The Yale Law Journal*. New Haven (Conn.), 1968. Vol. 11, № 5. P. 884–886.

выработали практику направлять дело королю, который один мог помиловать осуждённого. В свою очередь, дарование королевского помилования в таких случаях стало в XIII в. обыденной практикой, но сопровождалось оно применением к виновному (поскольку убивший другого *per infortunium* всё же не считался *всцело* невиновным и не оправдывался в строго легальном смысле этого слова) своеобразного квази-наказания, сводившегося к конфискации у него всего движимого имущества.¹⁴⁸

В 1278 г. обычай был законодательно подтверждён с незначительным реформированием процедуры Глочестерским статутом.¹⁴⁹ В соответствии с ним дела с вердиктом о случайном причинении смерти подлежали направлению королю, который мог предоставить помилование по своему усмотрению. Согласно сложившейся практике, судебный протокол, в котором фиксировалось, что смерть другому была причинена случайно, обычно формулировался следующим образом: «*Et quia eum interfecit per infortunium et non per feloniam vel malitiam excogitatam* (курсив мой. – Г.Е.) *ideo ad gaolam ad expectandum gratiam domini Regis*». ¹⁵⁰ Королевское помилование, в свою очередь, даровалось в следующих выражениях: «*Quia testificatum est coram nobis per... justiciarios nostros itinerantes... quod WU interfecit MC per infortunium et non per feloniam aut malitiam excogitatam* (курсив мой. – Г. Е.), *Nos pietate moti...*». ¹⁵¹ Позднее получение помилований в этих ситуациях стало, так сказать, само собой разумеющимся явлением: случаев отказа в нём в судебных протоколах последующих эпох не зафиксировано.

В истолковании понятия *infortunium* не вызывает сомнения то, что оно основывалось отчасти на известной канонической доктрине *versanti in re illicitae*. Последняя, как отмечает Фредерик У. Мэйтланд, «в целом... никоим образом не была чрезмерно снисходительной; она полностью оправдывала человека, который убивал своего собрата случайно, если и только если его деяние само по себе было правомерным и совершалось со всей надлежащей внимательностью». ¹⁵² Наиболее полное своё воплощение она нашла в знаменитом принципе *versanti in re illicitae imputantur omnia quae sequuntur ex delicto* (занимающемуся незаконным делом вменяется всё, что следует из деликта), впервые появляющемся между 1191 и 1198 гг. в трактате *Summa Decretalium* известного канониста рубежа XII–XIII вв. Бернарда Павийского.

Из труда последнего доктрина *versanti in re* с определёнными изменениями заимствуется его современником Св. Раймондом де Пенафортом, который включает её в написанную им между 1222 и 1228 гг. и выходящую в свет не позднее 1234 г. *Summa de casibus*. С данным источником, в свою очередь, практически дословно совпадает соответствующий фрагмент из трактата Генри де Брактона «О законах и обычаях Англии» («*De Legibus Et Consuetudinibus Anglice*»). В нём содержится весьма примечательное ограничение действия основания защиты *per infortunium*. Отрывок этот расположен в *fol 120b-121* главы «О преступлении убийства и на какие виды оно делится» («*De crimine homicidii et qualiter dividitur*»). Перечисляя различные виды убийств, Генри де Брактон выделяет среди них ненаказуемое случайное убийство (*per infortunium*) и указывает в связи с этим следующее:

¹⁴⁸ Такая практика, просуществовавшая до 1828 г. (когда она была отменена *ст. 10 Закона о преступлениях против личности* (*Offences against the Person Act, 9 Geo. IV, c. 31*)), сложилась ко второй половине XIII в., хотя с течением времени она применялась всё реже.

¹⁴⁹ *Statute of Gloucester, 6 Edw. I, c. 9.*

¹⁵⁰ «И так как он убил его *через случайность и не чрез фелонию или обдуманную злобу* (курсив мой. – Г.Е.), по той причине [он направляется] в тюрьму для ожидания милости Господина Короля».

¹⁵¹ «Так как засвидетельствовано в Нашем присутствии... Нашими разъездными судьями, что WU убил MC *через случайность и не чрез фелонию или обдуманную злобу* (курсив мой. – Г.Е.), Мы, побуждаемые милосердием...»

¹⁵² Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 477. См. подр. также: Фельдштейн Г.С. Указ. соч. С. 60–61; Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 184–196, 569–584; Sayre F.B. *Mens Rea*. P. 984–985.

«Sed corporate est quo homo occiditur corporaliter, et hoc dupliciter committitur, lingua vel facto... Facto quatuor modis, scilicet iustitia, necessitate, casu et voluntate... Casu, sicut per infortunium, cum aliquis proicit lapidem ad avem vel animal et alius transiens ex insperato percutitur et moritur, vel si quis arborem inciderit, et per casum arboris aliquis opprimatur, et huiusmodi. *Sed hie er it distinguendum utrum quis dederit operam rei licitae vel illicitae* (курсив мой. – Г.Е.). Si illicitae, ut si lapidem proiciebat quis versus locum per quern consueverunt homines transitum facere... et huiusmodi, hie imputatur ei. Si vero licitae rei operam dabat, ut si magister causa disciplinae discipulum verberat... et huiusmodi, hie si adhibuit diligentiam quam potuit... non imputatur ei. Sed si dabat operam rei licitae et non adhibuit diligentiam debitam, imputabitur ei».¹⁵³

Сложно сказать о том, насколько последовательно применялась английскими судами столь суровая доктрина канонического права. Во всяком случае, как указывает Дж. М. Кэй, имеются примеры противоположного рода, в которых основание защиты *per infortunium* успешно выдвигалось, даже если смерть случайно причинялась очевидно неправомерными действиями.¹⁵⁴

Что касается непосредственного содержания понятия *infortunium*, то исключительная краткость судебных протоколов рассматриваемой эпохи позволяет сделать лишь некоторые предположения.

Представляется, что в XIII в. понятие *infortunium* применялось к ситуациям с отклонением действия, когда смерть человека являлась непредвиденным последствием деяния совершенно иной направленности.¹⁵⁵ Так, приводимые Генри де Брактоном в процитированном отрывке примеры с броском камня в животное или рубкой леса, следствием чего стала смерть человека, могут быть охарактеризованы именно в таком плане.¹⁵⁶

Необходимо также обратить внимание на словосочетание «*non per malitiam excogitatam*», использовавшееся в судебных протоколах, представлявшихся королю для решения вопроса о даровании помилования. Истолкование фразы, базирующееся на её дословном переводе как «не чрез обдуманную злобу», может ввести в заблуждение, поскольку предполагает отсутствие *заранее обдуманного намерения* (используя эти слова в самом общем виде) причинить смерть человеку.¹⁵⁷ Такое понимание, как вполне убедительно показано Дж. М. Кэйем, слишком узко, и в контексте судебных протоколов XIII в. фраза «*non per malitiam excogitatam*» должна рассматриваться как обозначающая то, что деяние «не совершено при обстоятельствах, к которым неприменимо ни одно из признанных оснований защиты».¹⁵⁸ Аналогичной позиции в целом придерживается и Фредерик У. Мэйтланд,

¹⁵³ «Телесное убийство учиняется, когда человек убивается телесно, и совершается двумя способами: словом и деянием... Деянием— четырьмя способами; т. е. при отправлении правосудия, из необходимости, случайно и намеренно... Случайно, как, например, *per infortunium*, когда кто-то бросает камень в птицу или животное, и другой, проходящий мимо, неожиданно поражён и умирает, либо если некто срубает дерево, и случайно дерево в падении давит кого-то, и тому подобное. Но здесь мы должны различать, было ли его деяние надлежащим либо же ненадлежащим (курсив мой. – Г.Е.). Если ненадлежащее, как если некто сбросил камень на место, где обычно проходят люди... и тому подобное, то оно вменяется ему. Но если его деяние было правомерным, как если учитель порол ученика в качестве дисциплинарной меры... и тому подобное, и если здесь он проявил всю возможную внимательность, то оно не вменяется ему. Но если его деяние было правомерным и он не проявил должной внимательности, оно вменяется ему». Здесь и далее текст трактата Генри де Брактона цит. по: *Bracton Henry de. On the Laws and Customs of England / Edit, by G.E. Woodbine; Translated, with revisions and notes, by Samuel E. Thorne; Published in association with The Seiden Society. Volume two. Cambridge (Mass.): The Belknap Press of Harvard University Press, 1968* (перевод везде мой. – Г.Е.).

¹⁵⁴ См.: *Kaye J.M. The Early History of Murder and Manslaughter. Part II // The Law Quarterly Review. L, 1967. Vol. 83, № 332. P. 580.*

¹⁵⁵ См. также: *Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 484; Sayre F.B. Mens Rea. P. 980–981.*

¹⁵⁶ См. также далее, сн. 170.

¹⁵⁷ Данная точка зрения отражена, напр., у Б.С. Никифорова (см.: *Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 207–210*).

¹⁵⁸ *Kaye J.M. Op. cit. Part I. P. 374; а также ср.: Ibid. P. 377.*

считающий, что фраза «*malitia excogitata*» (или её вариант «*malitia prēcogitata*») в эпоху своего зарождения едва ли обозначала большее, чем просто намеренное совершение преступления.¹⁵⁹

Верна ли, и если верна, то насколько, предложенная гипотеза,¹⁶⁰ либо же нет, но нельзя отрицать того, что уже к середине XIII в. *mens rea* становится одним из необходимых составляющих элементов в структуре преступления.

Следует заметить, что приведённые соображения о движущих силах привнесения идеи *mens rea* в английское уголовное право несколько расходятся с являющейся на сегодняшний день в отечественной науке уголовного права единственной в своей фундаментальности точкой зрения, авторство которой принадлежит Б.С. Никифорову.

Он увязывает данное событие с переходом от частноправовой, композиционной концепции преступления, понимающей последнее как причиняющее вред миру лишь одного лица, который и должен сам добиться его возмещения, к публично-правовой концепции, рассматривающей оное как угрожающее миру короля, т. е. обществу в целом. Б.С. Никифоров утверждает, «что до тех пор и в той мере, пока и в какой частно-правовая концепция преступного деяния сохраняет значение, остается и ее неизменный и неперемный спутник — равнодушие законодательства к субъективной стороне вредоносной деятельности».¹⁶¹ С течением времени, по его мнению, публично-правовой трактовкой преступления «на первый план выдвигается момент социальной опасности деятеля и учиненного им деяния», что «неизбежно предполагает и суждение о внутренней стороне вредоносной деятельности».¹⁶² Иными словами, исходную точку привнесения категории *mens rea* он усматривает в развитии королевского уголовного права, позаимствовавшего из канонического права учение о виновности.¹⁶³

В отличие от позиции Б.С. Никифорова, в настоящем исследовании делается попытка не просто увязать появление категории *mens rea* с созданием королевского уголовного права, но отнести корни идеи субъективной составляющей преступления даже не к более отдалённым по времени событиям, но к иному источнику: основанной на канонической доктрине преступления теории виновности. Не последняя была позаимствована самостоятельно развившимся первым, но *первое было разработано теми, кто знал, понимал, ценил и готов был применить последнюю*. Разница, таким образом, заключается в корнях и движущих силах развития.

Тем не менее, если оставить в стороне доктринальные споры, то неоспоримым свидетельством в пользу того, что к середине XIII в. в английском праве появилась категория *mens rea*, является трактат Генри де Брактона «О законах и обычаях Англии» («*De Legibus Et Consuetudinibus Anglice*»). Могущая быть определённой с точностью до нескольких лет датировка появления его первой редакции продолжает оставаться спорным вопросом; при этом более обоснованной видится привязка указанной даты к 1254–1256 гг.¹⁶⁴

В работе уголовному праву непосредственно посвящён раздел, озаглавленный «О тяжбах короны» («*De Placitis Coronæ*») и охватывающий *fol 115b-159b*. Для его правильного

¹⁵⁹ См.: Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 468–469.

¹⁶⁰ В целом можно сказать, что привнесение в английское уголовное право концепции *mens rea* связывается с концом XII – началом XIII вв. (причём аргументируется это более-менее подробно и с теми или иными оговорками) следующими авторами: Bassiouni M.C. Op. cit. P. 168, 171–172; Perkins R.M. Criminal Law. P. 650; Russell on Crime... Volume I. P. 19 et seq.; Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 470 et seq.; Полянский Н.Н. Указ. соч. С. 84; Sayre F.B. Mens Rea. P. 975–987.

¹⁶¹ Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 554–555.

¹⁶² Там же. С. 557.

¹⁶³ См. подр.: Там же. С. 112–182, 552–563.

¹⁶⁴ См. подр.: Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I. P. 206–207; Richardson H.G. Azo, Drogheda, and Bracton // The English Historical Review. L, 1944. Vol. 59, № 233. P. 27, 33–37.

понимания необходимо ясно представлять источники, на которые опирался Генри де Брак-тон, описывая уголовное право современной ему эпохи, т. е. прежде всего разрешить вопрос о том, насколько на содержание этой части трактата повлияло римское и каноническое право.

Что касается римского права, то, думается, правы те исследователи, которые считают бесспорным факт наличия достаточно глубоких познаний Генри де Брактона в этой области.¹⁶⁵ Вместе с тем, подчеркнем, вполне убедительно доказано и то, что *прямое* влияние римского права на части трактата, связанные с уголовным правом, было незначительным.¹⁶⁶ Там же, где оно прослеживается, излагаемые положения нередко вступают в противоречие с нормами собственно английского происхождения.

Незначительное прямое влияние римского права на трактат Генри де Брактона в части, касающейся уголовного права, *не следует смешивать с опосредованным воздействием* первого на второе. Римское право, прошедшее сквозь «горнило» трудов канонистов и романистов-гlossаторов, несомненно оказало опосредованное воздействие на ряд положений работы. Чтобы убедиться в этом, достаточно обратиться к источникам, легшим в основу сочинения Генри де Брактона в его уголовно-правовой части. Среди наиболее значимых можно отметить такие труды, как *Summa* Азо (1150–1230 гг.), крупнейшего романиста той эпохи; уже упомянутые *Summa Decretalium* Бернарда Павийского и *Summa de casibus* Св. Раймонда де Пенафорты (у последнего автора Генри де Брактон с малыми изменениями позаимствовал не только доктрину *versanti in re illicitae*, но и дискурс об убийстве в целом); знаком он был также с Дигестами и Кодексом Юстиниана. При оценке их влияния на труд Генри де Брактона необходимо принимать во внимание и то, что средневековыми канонистами и правоведами широко практиковался плагиат. В связи с этим Х.Г. Ричардсон указывает следующее: «Для них (правоведов и канонистов. – Г.Е.) является исключением, а не правилом, отмечать свою опору на более ранних авторов. Следовательно, то, что может показаться оригинальной мыслью автора, может в действительности быть извлечено из другого, который, в свою очередь, позаимствовал у третьего, и задача распутывания обязательств одного пред другим не всегда проста».¹⁶⁷ Воздействие упомянутых источников на мысль Генри де Брактона бесспорно, но через них римское право воздействовало на трактат в его уголовно-правовой части лишь *опосредованно*, через, повторимся, каноническую доктрину или glossы романистов.

Обращаясь к отражению понятия *mens rea* в труде Генри де Брактона, следует прежде всего отметить, что *термин mens rea сам по себе не используется им для обозначения психи-*

¹⁶⁵ В обсуждение доводов *pro et contra* ср., напр.: «... Если мы обратимся к так называемым римско-правовым частям его работы, где он цитировал или использовал римские и канонические правовые источники, он явно окажется некомпетентным знатоком римского права. Тексты нужно только положить рядом, чтобы стало очевидно, что нет ошибок более вопиющих, чем были совершены им, нет более простых текстов или элементарных руководств, чем были неправильно поняты им» (см.: *Bracton Henry de. On the Laws and Customs of England...* Translator's Preface by S.E. Thorne. P. vi); «Романизированный по форме, английский в сущности – это, вероятно, наилучшая краткая характеристика, которую мы можем найти для итога его трудов... Но, далее, его собственное знание римского права никоим образом не было очень глубоким, если смотреть с позиций его времени, и у нас мало оснований быть уверенными в том, что он изучил его академически» (см.: *Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I. P. 207–208*); «... Брактон является преданным толкователем английской судебной практики именно потому, что им усвоены терминология, членения и методы *Jus Civile*» (см.: *Vinogradoff P. Les maxims dans l'ancien droit commun anglais II Revue historique de droit frangais et etranger. P., 1923. 4^e seche, 2^e annee. P. 335*). См. также: *Стифень Дж. Ф.* Указ. соч. С. 43; *Анапоеа Т.В.* Указ. дисс. С. 58–61; *Нукифоров Б.С.* Указ. дисс. С. 23–25; *Грюнхут М.* Английское уголовное право // Современное зарубежное уголовное право / Пер. с нем. С.Л. Либермана; Под ред. и с предисл. А.А. Пионтковского. Т. 3: Чили. Англия. Греция. Австрия. М.: Издательство иностр. лит., 1961. С. 192–193; *Yntema H.E. Roman Law and Its Influence on Western Civilization II Cornell Law Quarterly. Ithaca (N.Y.), 1949. Vol. 35, № 1. P. 86–88*; *Richardson H.G. Azo, Drogheda, and Bracton. P. 38–47*; *Scrutton T.E. Roman Law in Bracton II The Law Quarterly Review. L., 1885. Vol. 1, A1^o 4. P. 425–441*; *Святовец О.А.* Проблемы королевской власти в трактате Генри Брактона «О законах и обычаях Англии» // *Известия высших учебных заведений. Правоведение. СПб., 1997. № 4. С. 41–42.*

¹⁶⁶ См.: *Scrutton T.E. Op. cit. P. 425–426, 429–430, 435–441.*

¹⁶⁷ *Richardson H.G. Tancred, Raymond, and Bracton II The English Historical Review. L., 1944. Vol. 59, № 235. P. 376.*

ческой составляющей преступного деяния. Два значимых вывода вытекают из этого обстоятельства. Во-первых, придание словосочетанию *mens rea* значения субъективного составляющего элемента преступления есть заслуга более поздней эпохи. Во-вторых, что более важно, это подтверждает, если можно так выразиться, «мимолётность» появления максимы *reum non facit nisi mens rea* в *L.H.P.* В особенности в пользу второго тезиса свидетельствует тот факт, что, не используя максиму из *L.H.P.*, с которыми он был, бесспорно, знаком (так как их рукописные манускрипты существовали в то время и были доступны королевским судьям), Генри де Брактон, тем не менее, излагает в *fol. 101-101b* заимствованный им из римского права общий принцип, относящийся к юридическому значению психического настроя деятеля, связанному с совершением преступления:

«Oriuntur etiam obligationes ex delicto vel quasi, ex maleficio vel quasi. Delicta vero et maleficia ex dictis et factis praecedentibus, quae quidem distinguuntur quo animo fiant et qua voluntate. Voluntas enim et propositum distinguunt maleficia, secundum quod inferius dicetur. Ex maleficiis autem procedunt crimina maiora vel minima, sicut crimen laesae maiestatis, homicidia, furta vel rapinae, et alia plura de quibus inferius dicetur... Iniuria autem dici poterit omne illud quod non iure fit... Et in his casibus considerandum erit quo animo, quave voluntate quid fiat in facto vel in dicto, ut perinde sciri possit quae sequatur actio et quae poena. Tolle enim voluntatem et erit omnis actus indifferens, quia affectio tua nomen imponit operi tuo, et crimen non contrahitur, nisi nocendi voluntas¹⁶⁸ intercedat (курсив мой. – Г.Е.) nee furtum committitur nisi ex affectu furandi».¹⁶⁹

Эта генерализация неоченима тем, что несмотря на её явно романизированный характер, несмотря на неразработанность понятийного аппарата *mens rea* применительно к тем или иным отдельным преступлениям, несмотря на отсутствие единого систематического подхода к принципу *mens rea*, остающегося привязанным исключительно к отдельным преступлениям, несмотря на несогласованность отдельных положений, Генри де Брактон, опираясь на сложившуюся к его времени собственно английскую практику, формулирует на достаточно абстрактном уровне и строго придерживается (во всяком случае, судя по тексту трактата) одного из исходных начал, ставшего со временем неотъемлемым постулатом общего права.

И всё же, учитывая очевидно романизированный характер как приведённого отрывка из *fol. 101-101b*, так и ряда других, содержащих аналогичный принцип,¹⁷⁰ можно было

¹⁶⁸ Напомним, что слово *voluntas* можно переводить и как «воля», и как «намерение». Соответственно, далее при переводе используется лишь слово «воля». – Г.Е.

¹⁶⁹ «Обязательства также возникают из деликта или квази [-деликта], из злодеяния или квази [-злодеяния]. Деликты же и злодеяния – из слов и действий предшествующих, которыми деликты и злодеяния различаются между собой, совершаясь из души и из воли. Из злодеяний же проистекают преступления большие или меньшие преступления, как, например, преступление оскорбления величества, убийства, кражи или ограбления и множество других, о которых будет рассказано ниже... *Неправомерным же может быть названо всё то, что не совершается правомерно.*... И в последних случаях следует рассмотреть, какова душа или какова воля, что образуют содеянное или сказанное, поскольку только так возможно узнать, каковой причитается иск и каковое наказание. Ибо отдалённая воля и всякое деяние будут безразличны, так как намерение твоё даёт название действию твоему, **и преступление не совершается, если не участвует вредоносная воля** (курсив мой. – Г.Е.), и ***не совершается кража, разве только из намерения украсть***. В сопоставлении данного фрагмента (заимствованного в основе своей из «Суммы» Азо) с римскими источниками выясняется следующее: отрывок, отмеченный как *...*, текстуально схож с *l.4.4.1.* \ как **...** – с *C.9.16.1.1.*, как ***...*** – с *l.4.1.4.*, ср. также с *Gai. III. 197.* и *Gai. III. 208.* О романизованном характере приведённого пассажа и его соответствии реальному праву Англии брактоновской эпохи см. подр.: Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 477–478; Sayre F.B. *Mens Rea*. P. 982–987.

¹⁷⁰ Так, ср., напр., романизованную *fol. 136b* \ «De homicidio vero casuali quod multipliciter fieri potest... ut si quis telum in feram mittere volens, vel quid tale egerit, vel si cum socius luderet cum socio et iocosa levitate percusserit, vel cum longius staret cum arcu traheret vel lapidem proiceret, et hominem quem non vidit percusserit, vel si cum pila luderet quis manus tonsoris quem non vidit pila percusserit, ita quod gulam alicuius praeciderit et sic hominem interfecerit, non tamen occidendi animo absolvi debet, quia crimen non contrahitur nisi voluntas nocendi intercedat. Et voluntas et propositum distinguunt maleficia (курсив мой. – Г.Е.), et furtum non committitur sine affectu furandi... In maleficiis autem spectatur voluntas et non exitus (курсив мой. – Г.Е.)» («Об истинно случайном убийстве..., которое может быть совершено множеством способов, подобно тому,

бы поставить под сомнение жизненность рассматриваемых положений в уголовном праве Англии XIII в. и приписать их чрезмерному увлечению Генри де Брактона римским правом. Тем не менее, данный предположительный вывод не имеет под собой достаточных оснований, поскольку и вне романизированных пассажей, прилагая свои максимы к отдельным (хотя и не всем) преступлениям, он формулирует, исходя из собственно английской практики, целый ряд терминов, предназначенных для описания психической составляющей содеянного.

Так, разделяя убийство на четыре вида (*fol 120b-121*), один из них Генри де Брактон описывает как совершаемый волимо (или намеренно) (*voluntate*), что связывается с точным знанием (*ex certa scientia*), предумышленным нападением (*ex assultu praemeditato*),¹⁷¹ гневом, ненавистью и страстью к наживе (*causa lucri*). Грабёж (*fol. 146—146b*) им характеризуется как учиняемый из злости (*nequiter*), причём термин этот достаточно часто встречается при описании и других преступлений. Поджог, наказуемый уголовно (*fol 146b*), отграничивается при помощи всё того же понятия злости (*nequiter*) от поджога, преследуемого в частноправовом порядке и происходящего по случайности (*quia incendia fortuita*) либо совершаемого по небрежности (*per negligentiam*) и не из нечистой совести (*non mala conscientia*).¹⁷² Обращение к суду (*appeal*) в связи с изнасилованием (*fol 147b-148*) также должно, по Генри де Брактону, содержать ссылку на злостность (*nequiter*) учинённого. Кража (*fol 150b*) формулируется как совершаемая обманно (*fraudulenta*) и с намерением украсть (*cum animo furandi*).¹⁷³

Подытоживая сказанное, можно утверждать, что в работе Генри де Брактона неоднократно встречаются положения, придающие юридическую значимость психическому (или, если угодно, внутреннему, субъективному) настрою (деятельности) лица, связанному с совершением преступления, т. е. тому, с чем впоследствии будет связан не использующийся в его труде термин *mens rea*. И хотя он бесспорно слишком большое внимание уделяет кано-

как если человек, намереваясь бросить копьё в дикое животное или сделать что-нибудь подобного рода, убивает человека или, играя с товарищем, поражает его в результате глупой выходки, или если он стоял далеко, натягивая свой лук или бросая камень, так что поразил человека, которого он не видел, или *если, играя в мяч, он попал по руке цирюльника, которого он не видел, так что последний перерезал другому глотку, убив таким образом человека, не имея, тем не менее, намерения убить его,* **он должен быть освобождён,** поскольку ***преступление не совершается, если не имеет место воля нанести вред*** И воля, и предположение формируют злодеяние (курсив мой. — Г.Е), и ****кража не совершается без намерения украсть. ****... *****В злодеяниях же принимается во внимание воля, но не результат***** (курсив мой. — Г.Е.)). В сопоставлении данного фрагмента с римскими источниками выясняется следующее: отрывок, отмеченный как *...*, является классическим римским казусом, встречающимся в *D.9.211pr.* \ как**...** — текстуально схож с *D. 48.8.1.3.*; как***...*** — с *C.9.16.1.1.*, а заимствован из «Суммы» Азо; как **** * — с *14.1.4.*, ср. также с *Gai.111.197.* и *Gai.111.208.*, как*****...***** — с *D.48.8.14.*

¹⁷¹ «Из предумышленного нападения» является буквальный перевод выражения *ex assultu praemeditato*. Такого перевода данной фразы придерживаются, в частности, Оливер У. Холмс-мл., который приводит её в поддержку выдвинутой им концепции (см.: *Holmes, Jr., O.W. The Common Law*. P. 3), а также в целом Фредерик У. Мэйтланд и Б.С. Никифоров (см.: *Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II*. P. 468469; *Никифоров Б.С.* Указ. дисс. С. 174—176). Этот перевод оспаривается Дж. М. Кэйем, полагающим, что *ex assultu praemeditato* обозначало не столь узкое понятие, как предумышленное нападение, а скорее являлось выражением самого общего значения, подразумевавшим субъективный элемент *mens rea* во всей его целостности (см.: *Kaye J.M. Op. cit. Part I*. P. 371—377). Думается, можно согласиться именно с этим мнением, и перевод, данный в тексте, следует рассматривать не более как перевод в едином (т. е. дословном) плане всех терминов.

¹⁷² Конструкция мысли Генри де Брактона здесь схожа с *D.48.19.28.12.*

¹⁷³ Относительно субъективного элемента в краже необходимо отметить, что здесь, возможно, Генри де Брактон чересчур романизировал свою мысль, заимствовав слишком многое из «Суммы» Азо и — остаётся лишь догадываться, насколько осознанно, — из римских источников (ср.: *1.4.1.4.*, *Gai.111.197.* и *Gai.111.208.*). В противоположность этому, английское общее право той эпохи всё ещё допускало предъявление обращения к суду (*appeal*) в связи с кражей, в котором в совершении последней мог быть просто обвинён тот человек, в чьём владении оказались похищенные у обвинителя вещи. Соответственно, в краже мог быть обвинён и, что принципиально, осуждён за неё человек, не совершавший её, т. е. не учинявший даже *actus reus* кражи и, как следствие, не обладавший *mens rea* кражи — брактоновским *animus furandi* (см. подр.: *Никифоров Б.С.* Указ. дисс. С. 197, 213—214; *Sayre F.B. Mens Rea*. P. 986—987). При этом следует признать, что, конечно же, последний пример не совсем корректен, поскольку нерелевантность *mens rea* в нём с неизбежностью следует из отсутствия *actus reus*.

ническим доктринам и слишком много заимствует из римского права, невозможно отрицать то, что установления собственно английского происхождения в тексте трактата отражают уголовно-правовую реальность его дней с наличествовавшей в ней идеей *mens rea*.

Проанализировав труд Генри де Брактон как завершающее звено на этапе зарождения *mens rea*, необходимо теперь попытаться воссоздать концепцию последней в ту эпоху.

Думается, можно сказать, нисколько не преувеличивая, что при рассмотрении основных черт *mens rea* первое, что обращает на себя внимание, так это сильное влияние канонических воззрений на её содержание. Именно оно и обусловило изначальное становление в категории *mens rea* двух самостоятельных, равноправных концептуальных характеристик: во-первых, социально-этической сущности *mens rea* и, во-вторых, проявления указанной сущности в том или ином психическом настрое, состоянии ума деятеля. Принципиальность такого деления для всей последующей истории *mens rea* нельзя преуменьшать, и в дальнейшем изложении это ещё будет показано; в данный же момент следует подчеркнуть лишь то, что в таком раздвоении категории *mens rea* заключён фундамент всей англо-американской теории *mens rea*.

Социально-этическая сущность *mens rea* в рассматриваемую эпоху может быть определена предельно чётко: это такое состояние духа (термин не вполне юридический, но наиболее точно подходящий к нижеследующему), которое характеризуется христианской греховностью, т. е. сознательным внутренним выбором пути зла, безнравственностью, проявившейся в поступке и заслуживающей морального порицания. Следствием восприятия правом канонической доктрины виновности стала следующая максима: чтобы быть преступным, деяние должно быть совершено из греховной моральной злобности. Насколько бы поступок ни был обдуманным и намеренным, насколько бы желаемым ни было причинение вредных последствий, деяние не является преступным, если оно не совершается из греховной моральной злобности.

Значимое подтверждение последнего тезиса можно найти в развитии норм уголовного права, связанных с такими основаниями защиты, появляющимися приблизительно в это же время, как, например, самооборона (*se defendendo*) и малолетне (*infancy*). И при самообороне, и при малолетни базисом смягчения ответственности или освобождения от неё по английскому уголовному праву рассматриваемой эпохи является субъективный критерий – отсутствие *mens rea* (частичное или полное) как необходимого составляющего элемента преступного деяния. В свою очередь, отсутствие *mens rea* здесь обусловлено отсутствием (опять же, частичным или полным) в деянии лица греховной моральной злобности, заслуживающей порицания.

Основание защиты вследствие самообороны (*se defendendo*) наиболее ярко иллюстрирует приведённое положение. Данное основание защиты развивалось параллельно с основанием защиты *per infortunium* и, как представляется, из сходных предпосылок. Так, если по англосаксонскому уголовному праву, в том виде, в каком оно отображено в *L.H.P.*, убийство в состоянии самообороны искупалось денежным штрафом,¹⁷⁴ то пришедшая ему на смену уголовно-правовая система изначальным образом сурово обращалась с деянием такого рода, рассматривая его как преступление, карающееся смертной казнью. Таковой подход не мог не противоречить теории греховности, разработанной канонистами и становившейся необходимой предпосылкой применения уголовно-правовых санкций, что и дало жизнь основанию защиты *se defendendo*.¹⁷⁵ Сущность же её заключалась в том, что каким бы намеренным

¹⁷⁴ См. примеры, цит. ранее в сн. 143.

¹⁷⁵ Процессуально она сводилась, как и в основании защиты *per infortunium*, к вердикту о виновности с последующим дарованием королевского помилования. Так, судебный отчёт о делах, разрешённых в пятом году правления короля Джона (т. е. в 1203 г.) в сотне Оуверс местечка Шрусбери, входившего в судебный округ Шропшира, содержит указание на то, что некто Роберт Хэртэйл в состоянии самообороны причинил смерть человеку, который до этого в припадке безумия убил

(в привычном понимании) ни было причинение смерти другому, человек, совершивший это, *не может и не должен* претерпевать строгое уголовное наказание за содеянное, поскольку незначительной моральной порицаемостью его образа мыслей предопределяется малосерьёзность поступка с позиций *mens rea*.

Не менее весомым в рассматриваемом аспекте выглядит и такое основание защиты, как малолетне (*infancy*). В более раннем по сравнению с рассматриваемым временем праве малолетне не служило к оправданию,¹⁷⁶ хотя ребёнку, совершившему преступление, обычно даровалось королевское помилование. Однако с появлением *mens rea* уголовное право приблизительно к началу XIV в. претерпело изменения,¹⁷⁷ и ссылка на малолетний возраст стала рассматриваться как основание защиты. В свою очередь, малолетние подразделялись на две возрастные группы: первая объединяла самых юных, чьё освобождение от уголовной ответственности было безусловным; вторая – тех, которые могли понести наказание, если обвинением доказывалось, что, совершая преступление, ребёнок мог отличить дурное от хорошего.¹⁷⁸ Тем самым в основу освобождения от ответственности ввиду малолетства клались канонические представления о способности грешить: ребёнок, не способный согрешить, не способен, как следствие, обладать необходимой *mens rea*.

Судебная практика той эпохи подтверждает этот тезис. Так, судебный отчёт о деле, разрешённом в 1338 г., указывает, что девочка тринадцати лет была сожжена за так называемую «малую измену» (*petty treason*),¹⁷⁹ выразившуюся в убийстве ею женщины, у которой она находилась в услужении.¹⁸⁰ Примечательна мотивировка вынесенного решения: суд, соглашаясь с тем, что «в соответствии со старым правом никто ниже возраста (подразумевается, как можно было бы сказать сейчас, возраст, с которого наступает уголовная ответственность. – Г.Е.) не вешался и не претерпевал наказание жизнью либо членами»,¹⁸¹ сослался на более ранний прецедент по делу одиннадцатилетнего подростка. В отношении последнего, убившего сотоварища, судья счёл возможным вынести смертный приговор, указав при этом

пятерых; как указывает источник, дело было направлено королю, что, по-видимому, было связано с дарованием помилования. В целом процедура получения последнего совпадала с освещённой ранее, применявшейся по делам об убийстве *per infortunium*, а Глoucestersкий статут 1279 г. (*Statute of Gloucester*, 6 Edw. I, c. 9), в свою очередь, распространялся на обе категории дел. Соответственно, судебный протокол и королевское помилование вместо слов *per infortunium* содержали слова *se defendendo*. Кроме того, у виновного точно также подлежало конфискации движимое имущество, каковая практика была отменена лишь в 1828 г. ст. 10 Закона о преступлениях против личности (*Offences against the Person Act*, 9 Geo. IV, c. 31).

¹⁷⁶ Ср. L.H.P.: «Если ребёнок убьёт или будет убит, то имеет ли он имя или же не имеет имя, взыскивается полный вергельд», *cap. 7 °Consuetudo Westsexe*, 15.

¹⁷⁷ Интересно, что указание на неприменение к малолетним (наряду с невменяемыми) уголовного наказания указывает и Генри де Брактон в *fol. 136b* своего трактата: «Et voluntas et propositum distinguunt maleficia... Et secundum quod did poterit de infante et furioso, cum alterum innocentia consilii tueatur et alterum fati infelicitas excuset» («И воля, и предположение формируют злодеяние... И сообразно с этим может быть сказано о ребёнке и безумном, поскольку первый защищён невиновностью намерения [его], а второго извиняет несчастье судьбы [его]»). Источником для этого постулата послужил фрагмент из Дигест (*D.48.8.12*).

¹⁷⁸ Точную возрастную границу, отделяющую одну группу от другой, установить применительно к рассматриваемому времени достаточно сложно (см. подр.: Кенни К. Указ. соч. С. 52–54; Kean A.W.G. *The History of the Criminal Liability of Children* // *The Law Quarterly Review*. L., 1937. Vol. 53, № 211. P. 366–370).

¹⁷⁹ Малая измена в истории английского уголовного права представляла собой особую разновидность убийства, сводившегося не просто к причинению смерти другому человеку, но в нарушении таким деянием долга верности по отношению к вышестоящему в социальной иерархии человеку. Закон об измене 1351–1352 гг. (*Treason Act*, 25 Edw. III, Stat. 5, c. 2) определял это преступление следующим образом: «... Более того, существует другой вид измены, т. е. когда слуга убивает своего господина или жена своего мужа (но не наоборот! – Г.Е.) либо когда светский или духовный человек убивает своего прелата, которому он обязан верностью и повиновением...». Все разновидности малой измены были отнесены к тяжкому убийству ст. 8 Закона о преступлениях против личности 1861 г. (*Offences against the Person Act*, 24 & 25 Vic., c. 100).

¹⁸⁰ Дело было разрешено на Троицкой судебной сессии в двенадцатый год правления короля Эдуарда III (Y. B. Trin. 12 Edw. III, Rolls Series *627, A. D. 1338) (цит. по: Year Books of the Reign of King Edward the Third. Years XI and XII / Edited and Translated by Alfred J. Horwood; With Preface and Index by Luke Owen Pike. L.: Longman & Co., Trübner & Co. & c., 1883. P. 626–627).

¹⁸¹ *Ibid.*

на то, что, принимая меры к сокрытию содеянного, он тем самым проявил свою способность «распознавать между добром и злом, и потому коварство замещает возраст (*malitia supplet oetatem*)»¹⁸². Подобным же образом полтора столетия спустя, в 1488 г., было разрешено дело ребёнка девяти лет, убившего своего одноклассника: он был приговорён к повешению, поскольку, как было установлено, «когда он убил его, он скрыл тело; а кровь, забрызгавшую его, он попытался оправдать, сказав, что она пошла из его носа»¹⁸³.

В точно таком же плане сформулированы положения об ответственности малолетних в трактатах юристов XVI в. Так, 1503 г. датируется книга Мароу «О мире страны и церкви и о сбережении их» («*De Pace Terre et Ecclesie & Conservacione eiusdem*»), где ответственность малолетнего за убийство связывается с установленной судьями способностью его различать добро и зло («*le discreccion de l'enfant*»). Уильям Ламбард в написанном в 1579 г. и опубликованном в 1581 г. наставлении для мировых судей, поименованном как «Эйринарха, или о службе мировых судей» («*Eirenarcha: or of the Office of the Justices of Peace*»), указывает следующее: «Если... ребёнок, очевидно не имея знания о добре и зле, убивает человека, это не является фелонией». В третьем издании своей работы, появившемся в 1588 г., Уильям Ламбард добавляет, что ребёнок несёт ответственность за убийство, если он «имел понимание о добре и зле, ибо тогда в нём *Malitia supplebit aetatem* (Коварство будет замещать возраст. – Г.Е.)» Фердинанд Палтэн, автор труда «О мире короля и королевства» («*De Pace Regis et Regni*»), появившегося в 1609 г., следующим образом определяет условия ответственности ребёнка за кражу: «Если ребёнок любого возраста возьмёт вещи другого, и если судьи, пред которыми он обвинён, сочтут, что он совершил это с намерением учинить фелонию (*felonious intent*), имея способность понимать и то, что он сделал, и правонарушение, и риск, навлекаемый последним, то тогда он совершает фелонию».¹⁸⁴

Таким образом, именно положение об отсутствии моральной злобности стало базисом основания защиты и в силу самообороны, и в силу малолетства.

Выдвинутое канонистами требование исследовать греховность, моральную испорченность предопределило развитие второй концептуальной характеристики *mens rea*, т. е. учения об определённых психических состояниях, отражающих ту или иную степень моральной испорченности деятеля. Как указывает Гарольд Дж. Берман, «подчёркивая субъективные факторы уголовной ответственности, канонисты использовали различия, сложившиеся в более ранней римской науке права, но превратили их в более сложные и весьма дифференцированные понятия».¹⁸⁵ Но здесь важно подчеркнуть следующий момент: восприняв изначально и в целом доктрину греховной моральной злобности как сущности *mens rea*, английское уголовное право (впрочем, как и иные уголовно-правовые системы средневековья) лишь постепенно, достаточно медленно развивало понятийный аппарат, посредством которого можно было охарактеризовать то или иное психическое состояние. Поясним этот тезис. С самого своего появления *mens rea* стала описываться применительно к каждому конкретному преступлению своим конкретным термином.¹⁸⁶ Но сами по себе эти термины на этапе зарождения и становления концепции *mens rea* не следует рассматривать как напол-

¹⁸² Ibid. Решение по этому последнему делу было вынесено приблизительно между 1302 г. и 1313–1314 гг., а рассматривал его известный судья рубежа XIII–XIV вв. Генри Спигурнель. Именно им и была сформулирована в 1302 г. на судебной сессии в Корнуолле в тридцатый – тридцать первый годы правления короля Эдуарда I (Y. B. 30–31 Edw. I, Cornish Iter, Rolls Series *511, A. D. 1302) максима, согласно которой «если он (ребёнок, обвиняемый в преступлении. – Г.Е.) совершил деяние, не достигнув возраста семи лет, он не должен подвергаться осуждению...» (цит. по: Year Books of the Reign of king Edward the First. P. 510–511).

¹⁸³ Дело было разрешено на Зимней судебной сессии в третий год правления короля Генриха VII (Y. B. НП. 3 Hen. VII, fol. 1, pi. 4, A. D. 1488) (цит. по: Kean A.W.G. Op. cit. P. 367).

¹⁸⁴ Все мнения цит. по: Ibid. P. 369.

¹⁸⁵ Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 189.

¹⁸⁶ См., напр., приведённые ранее примеры из трактата Генри де Брактона.

ненные реальным содержанием, т. е. теми основными видами психического отношения к совершённомu преступлению, которые в будущем получают название намерения (*intention*), неосторожности (*recklessness*) и небрежности (*negligence*). Такие понятия из трактата Генри де Брактона, как, например, *voluntate, ex certa scientia, ex assultu pcceditato, nequiter, per negligentiam, fraudulenta, cum animo furandi*, в эпоху своего появления не несли в себе психического содержания. Тот или иной термин из области *mens rea* в рассматриваемое время, как справедливо отмечается Дж. М. Кэйем, «был общим выражением, обозначающим любой элемент *voluntas* (воли, намерения. – Г.Е.) или *mens rea*, который требовалось установить в отдельной фелонии». ¹⁸⁷ Определённое понятие, использовавшееся для описания *mens rea* какого-либо преступления, изначально подразумевало не реальное психическое состояние обвиняемого в момент совершения преступления, а, скорее, отсутствие обстоятельств, делающих его деяние правомерным или извиняющих его на основе одного из признанных оснований защиты. ¹⁸⁸ Можно даже сказать, что в более общем плане тот или иной термин просто служил обозначением социально-этической сущности *mens rea*, причём обозначением весьма и весьма символичным и увязанным в своём существовании не столько с мыслительной деятельностью человека *in abstracto*, сколько с определёнными частями его тела *in concreto*: к примеру, сожжение сердца, печени, лёгких и прочих внутренностей как одна из частей ритуала казни за великую измену в рассматриваемое время объяснялось тем, что из них «такие извращённые мысли воспоследовали (*tarn perversce cogitationes processerunt*)». ¹⁸⁹

Первоначальная невосприимчивость общего права к каноническим понятиям, заимствованным из римского права и описывающим различные виновные психические состояния, может быть объяснена двумя другими институтами уголовного права.

Так, сопоставив систему наказаний, практиковавшихся канонистами и существовавшую в английском праве, нетрудно увидеть в последней одну из причин тормозящего воздействия на содержательное развитие понятийного аппарата *mens rea*.

Каноническая схема ответственности предусматривала весьма широкий спектр наказаний, варьиовавшихся по своей тяжести; она, как указывает Фредерик У. Мэйтланд, «могла предписать шкалу наказаний, простиравшуюся от пожизненного заключения до простого лишения возможности дальнейшего продвижения как наказания для клирика, проявившего лишь незначительную невнимательность». ¹⁹⁰ Иными словами, каноническое право было в состоянии реально применить принцип адекватности подлежащего к претерпеванию страдания учинённому греху, положенный в основу его доктрины; оно, в конечном счёте, могло воздать должное в соответствии с оценкой той степени развращённости ума, сердца и души, которая нашла своё проявление в конкретном преступлении. Английское же право предусматривало за подавляющее большинство преступлений-фелоний лишь один вид наказания – смертную казнь. Следствием этого и было исходное отсутствие заинтересованности у английских судей в раскрытии понятий из области *mens rea* через определение соответствующих им психических состояний: то было бы для них не имеющим смысла занятием, поскольку ответ и на, говоря современным языком, намеренное, и на неосторожное, и на небрежное убийство (нанесение увечий и так далее) был один – смертная казнь. Соответственно, в трактате Генри де Брактона «мы можем увидеть доктрину убийства из Бернарда» ¹⁹¹

¹⁸⁷ Kaye J.M. Op. cit. Part I. P. 372.

¹⁸⁸ Ср. с приведённым на С. анализом фразы «*non per malitiam excogitatum*».

¹⁸⁹ Приведённая цитата содержится в приговоре по делу Уильяма Уалласа, казнённого за великую измену в августе 1305 г., который помещён в «Ежегоднике» за 1337 г., содержащем отчёты о делах, разрешённых на Троицкой судебной сессии в одиннадцатый год правления короля Эдуарда III (*Judicium Willelmi Waleys, Y. B. Trin. 11 Edw. III, Rolls Series *171, A. D. 1337*) (цит. no: Year Books of the Reign of King Edward the Third. Years XI and XII. P. 170–171).

¹⁹⁰ Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 477; ср. также: Нукифоров Б.С. Указ. дисс. С. 149–152, 192–195.

¹⁹¹ Здесь Фредерик У. Мэйтланд полагает первоисточником положений об убийстве в брактоновском трактате *Summa*

плавающей на поверхности и вряд ли смешивающейся с более грубым английским правом, которое едва ли знало, что делать с убийцей, который не был невиновен, но и не заслуживал того, чтобы быть названным совершившим фелонию (*felon*) и быть преданным смерти».¹⁹² Так что, как образно подмечает Б.С. Никифоров, при формулировании понятий из области *mens rea* «на грубую лапу, едва начинавшую раздельно шевелить пальцами, Бракстон попытался надеть тонкую перчатку тщательно обработанных канонических дефиниций».¹⁹³

Не менее существенное замедляющее воздействие на развитие понятийного аппарата *mens rea* оказал другой, связанный с применением уголовного наказания и широко практиковавшийся в средневековой Англии институт, именовавшийся «привилегией церкви» (*privilege clerical, benefice du clerge*). Не освещая подробно истории его зарождения и обоснования, подведённого под него *post hoc*,¹⁹⁴ обратимся непосредственно к его содержанию в XIII–XV вв.

Последнее может быть сформулировано предельно чётко: клирик, совершивший фелонию, по осуждении его светским судом и до вынесения приговора мог заявить о распространяющейся на него привилегии церкви.

Сфера её действия охватывала изначально малую измену и фелонии, каравшиеся смертной казнью, т. е. все фелонии, кроме мелкого хищения (*petit larceny*), поскольку все они (опять же, за исключением мелкого хищения) наказывались смертной казнью. Из сферы её действия изначально, согласно общему праву, были исключены все мисдиминоры как не наказуемые смертной казнью, фелония засады на дороге с целью убить кого-либо, фелония набегов и опустошения графств, фелония поджога жилых домов, а также великая измена и фелонии, направленные против короля и его супруги. Впоследствии изъятие из-под действия привилегии церкви великой измены и фелоний, направленных против короля и его супруги, было подтверждено в 1351 г. статутом *De Clero, 25 Edw. III, Stat. 6, c. 4*. Кроме того, предположительно, к ней не могли прибегнуть лица, обвинённые в фелонии святотатства и подобных преступлениях.¹⁹⁵ Также статутом *De Bigamis, 4 Edw. I, c. 5*, принятым в 1276 г. (чьё действие подтверждается статутом 1344 г. *18 Edw. III, Stat. 3, c. 2* и аннулируется в 1547 г. статутом *1 Edw. VI, c. 12*) была исключена возможность применения привилегии церкви к виновному в церковном двоебрачии, т. е. к лицу, женившемуся на вдове, либо же к вдовцу, вторично вступившему в брак. При этом из мирян, умевших читать, пользовались привилегией церкви вплоть до 1692 г. лишь мужчины; согласно Кортни С. Кенни, женщины могли во многих случаях избежать осуждения, прибегнув к такому выработанному средневековым

Decretalium Бернарда Павийского (см.: Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 477–478; ср. также: Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 185–187, 571–573). Однако соответствующие фрагменты у Генри де Брактона практически дословно совпадают отнюдь не с работой Бернарда Павийского (хотя несомненно и то, что два текста весьма и весьма схожи), а с трудом Св. Раймонда де Пенафорта, который и следует считать основой брактоновской мысли (см. подр.: Schulz F. Bracton and Raymond de Penafort // *The Law Quarterly Review. L., 1945. Vol. 61, № 243. P. 286–290*). Тем не менее, отмеченное обстоятельство не столь принципиально в затронутом аспекте, поскольку и *Summa Decretalium* Бернарда Павийского, и *Summa de casibus* Св. Раймонда де Пенафорта в равной мере отражают каноническую доктрину с её дифференцированными мерами наказаний. – Г.Е.

¹⁹² Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 478.

¹⁹³ Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 196.

¹⁹⁴ См. подр.: Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 246–254; Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I. P. 130–131, 439–457; Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England... Vol. I. P. 458–471; Pike L.O. Op. cit. P. 104–105, 297–304, 482–483; Стифенъ Дж. Ф. Указ. соч. С. 91–93; Кистяковский А.Ф. Указ. соч. С. 146–151; Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 237–239; Грюнхут М. Указ. соч. С. 198–199; Genestal R. Les origines du privilege clerical // *Nouvelle Revue historique de droit frangais et etranger. P., 1908. 32^e année. P. 161–212*.

¹⁹⁵ Так, судебный отчёт о деле, разрешённом в 1338 г. на Осенней судебной сессии в двенадцатый год правления короля Эдуарда III (Y. B. Mich. 12 Edw. III, Rolls Series *69, p. 31, A. D. 1338), содержит указание на то, что архиепископ не позволил прибегнуть к привилегии церкви клирику, обвинённому в святотатстве, и он был повешен (цит. по: Year Books of the Reign of King Edward the Third. Years XII and XIII / Edited and Translated by Luke Owen Pike. L.: Longman & Co., Triibner & Co. & c., 1885. P. 68–69).

уголовным правом обстоятельству, исключаящему ответственность, как презумпция принуждения женщины к совершению преступления её мужем.¹⁹⁶

Первоначально принадлежность к церкви лица устанавливалась письменным свидетельством епископа и – предположительно, да и не всегда требовавшейся – тонзурой на голове обвиняемого; приблизительно к концу XIV в. критерием применения привилегии церкви, носящим ярко фиктивный характер, стало умение читать: поскольку грамотность в то давнее время была распространена в основном среди служителей церкви, каждый, могший прочесть текст 51 псалма «*Miserere mei, Deus, secundum misericordiam tuam; et secundum multitudinem miserationum tuarum dele iniquitatem meam...*»,¹⁹⁷ предположительно являлся клириком. Подтвердивший своё умение прочесть указанный текст считался клириком; с него снимался постановленный обвинительный приговор, и он отсылался епископу для нового разбирательства дела церковным судом и назначения, в случае признания его виновным, соответствующего наказания.¹⁹⁸ На практике это означало либо полное оправдание при помощи очистительной присяги, либо несоизмеримо меньшее по сравнению со светским наказанием, которое даже за самое серьёзное преступление могло сводиться к церковному покаянию. При этом, исходя из критерия чтения, реально воспользоваться привилегией церкви могли как клирики высокого ранга, так и миряне с достаточно высоким социальным статусом.

Таким образом, следствием применения привилегии церкви, с одной стороны, было фактически по большей части неосознанное смещение центра тяжести в процессе, становившемся, говоря словами Джеймса Ф. Стифена, «разновидностью фарса»,¹⁹⁹ с установления реальных обстоятельств происшедшего на применение привилегии церкви, так как, предвидя возможность последнего, судьи не могли не относиться к делу несколько по-иному, т. е. стремились не слишком углубляться в него само по себе. Своеобразным подтверждением последнему предположению служит то, что во время правления Генриха VI (1422–1461, 1470–1471 гг.), согласно Уильяму Блэкстоуну, окончательно сложилась практика, позволявшая подсудимому заявить о применимости привилегии церкви посредством так называемого «юрисдикционного возражения» (*declinatory plea*) в самом начале процесса, сразу же после официального предъявления обвинения.²⁰⁰ И хотя наиболее часто практиковался второй вид заявления о применимости привилегии, т. е. после осуждения, «так как для суда было более приемлемым предварительно установить преступление через признание или вердикт присяжных»,²⁰¹ само по себе наличие возможности изначально избежать процедур светского суда показательно. С другой стороны, те, кто не мог прибегнуть к привилегии церкви, принадлежали в основном к низшим слоям общества. Иными словами, судьи не чувствовали необходимости в развитии понятийного аппарата *mens rea*, поскольку это либо не несло с собой целевой нагрузки в плане определения степени моральной упречности конкретного человека ввиду применения привилегии церкви, либо не интересовало их, так как, видя перед собой человека «из низов», совершившего преступление, они скорее стремились побыстрее избавиться от него, отправив на виселицу, чем углубляться в изыскания относительно его виновности или невиновности в аспекте *mens rea*.

¹⁹⁶ См.: Кенни К. Указ. соч. С. 79.

¹⁹⁷ «Помилуй мя, Боже, споспешествующим милосердием твоим; и споспешествующим обилием жалости твоей уничижь несправедливость мою...»

¹⁹⁸ См.: Blackstone W. Commentaries... Volume I. P. 364–365; Blackstone W. Commentaries on the Laws of England: In Four Books / First Edition. Volume IV: Of Public Wrongs. Oxford: Printed at the Clarendon Press, 1769. P. 358–367; Coke E. The Third Part... P. 113–114.

¹⁹⁹ Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England... Vol. I. P. 463.

²⁰⁰ См.: Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 359–360.

²⁰¹ Ibid.

Итак, концептуальные характеристики *mens rea* в конце XIII – начале XIV вв. могут быть сведены к двум дуальным составляющим: социально-этической сущности *mens rea* и её проявлению в том или ином психическом состоянии деятеля. Степень их разработанности характеризуется неоднородно: с одной стороны, развитые представления о моральной упречности, христианской греховности и, с другой, не более чем общее представление о заслуживающем порицания умственном настрое деятеля, не связанное с его глубинным внутренним наполнением психическом содержанием.

По изложению концептуальных характеристик *mens rea*, а также движущих и сдерживающих сил в их становлении, проясняется основное направление развития *mens rea* в период, последовавший за появлением трактата Генри де Брактона.

Им становится процесс постепенного (хотя весьма и весьма медленного) наполнения конкретных терминов из области *mens rea* таким содержанием, в котором находило бы своё отражение то или иное психическое состояние обвиняемого, связанное с совершением преступления. Сопряжено это было, во-первых, с общим развитием уголовного права и его доктрины, и, во-вторых и преимущественно, с сужением сферы применимости института привилегии церкви.

Основное, о чём здесь следует сказать, заключается в том, что разрабатываемый судами и воспринимаемый развивающимся статутным правом понятийно-категориальный аппарат *mens rea* в рассматриваемую эпоху характеризуется своей узкой специализацией. В уголовном праве говорится об обманном (*fraudulent*) и с намерением учинить фелонию (*felonious*)²⁰² изъятии имущества, образующими в своём соединении *animus furandi* (намерение украсть), т. е. *mens rea* хищения (*larceny*); о злом предумышлении (*malice prepensed*), т. е., как его определяет Эдуард Коук, предустановленной цели, в фелонии вырывания языка и выкалывания глаз;²⁰³ о похищении женщины, совершаемом заведомо против её воли;²⁰⁴ о намерении убить или совершить иную фелонию в бёрг-лэри;²⁰⁵ о совершаемом злоумышленно (*maliciously*), но не случайно (*by mischance*) или небрежно (*by negligence*), поджоге жилья;²⁰⁶ о преднамеренном (*wilfull*) лжесвидетельстве.²⁰⁷ Примеры можно было бы продолжить, но достаточно приведённых для утверждения о том, что определяющим моментом второй из сформулированных концептуальных характеристик *mens rea* в рассматриваемый период является отсутствие сколь-нибудь значимой генерализации понятийного аппарата: все термины из области *mens rea* создаются и наполняются содержательно *ad hoc*, имея ограниченную лишь одним преступлением сферу действия.²⁰⁸

Причина такого подхода связана не просто с историческими особенностями формирования общего права, развивавшегося преимущественно судьями (с постепенным вовле-

²⁰² Слово *felonious* является прилагательным от *felony*. Но если перевод *felony* на русский язык образует удобопроизносимое по-русски слово «фелония», то прилагательное такого же характера от последнего образовать невозможно. Соответственно, *felonious* можно переводить на русский язык словосочетанием «с намерением учинить фелонию». Включение сюда другого термина из области *mens rea* – «намерение» – соответствует тому значению слова *felonious*, которое Эдуард Коук придаёт ему в контексте хищения (см.: *Coke E. The Third Part...* P. 106–110). Следует отметить, что такой перевод слова *felonious* возможен не всегда и зависит от смысла, придаваемого ему в той или иной работе.

²⁰³ Фелония создана в 1403 г. статутом 5 *Hen. IV*, c. 5 (см.: *Coke E. The Third Part...* P. 62).

²⁰⁴ Фелония создана Законом о похищении женщин 1487 г. (*Abduction of Women Act*, 3 *Hen. VII*, c. 2) (см.: *Ibid.* P. 60–61).

²⁰⁵ См.: *Ibid.* P. 63–65.

²⁰⁶ См.: *Ibid.* P. 65–67.

²⁰⁷ Так его определяет принятый в 1563 г. статут 5 *Eliz. I*, c. 9 (см.: *ibid.* P. 162—

²⁰⁸ Ср.: «Редкие судебские попытки выработать обобщённые стандарты кажутся родственными апокрифической характеристике слона из описаний, составленных по описаниям слепцов, ошупавших его... Содержательные перечисления необходимых психических элементов ограничивались теми, которые касались поведения в конкретных случаях, в которых возникали вопросы» (см.: *Gainer R.L. The Culpability Provisions of the Model Penal Code / Symposium «The 25th Anniversary of the Model Penal Code» // Rutgers Law Journal. Camden (N.J.), 1988. Vol. 19, № 3. P. 576–577; ср. также: Sayre F.B. Mens Rea. P. 988 et seq.).*

чением законодателя в этот процесс) *ad hoc*, от-случая-к-случаю. Она лежит более глубоко и кроется в изначальном ударе в английском уголовном праве на сущностную концептуальную характеристику *mens rea*. Акценты в понимании *mens rea* в рассматриваемое время расставляются таким образом, что преступление образует не субъективно намеренное, неосторожное или небрежное совершение деяния, являющееся, как следствие, отражением моральной упречности, а объективно морально порицаемое и лишь как следствие этого являющееся злоумышленным, обманным и так далее совершение неправомерного деяния. В течение нескольких последующих столетий будет доминировать именно такое расположение центра тяжести в доктрине *mens rea*, уходящее своими корнями вглубь христианской доктрины греха и искупления.

Таковыми основными чертами характеризуется этап зарождения и становления *mens rea*, охватывающий вторую половину XII–XVI вв. Присущий ему акцент на греховности, моральной упречности поступка и сравнительная неразработанность обобщенного понятийного аппарата *mens rea* позволяют именовать его периодом *mens mala*, злого духа.

С концом XVI в. отнюдь не следует связывать окончание периода *mens mala*, поскольку он растянется ещё на два с лишним столетия. Однако в XVII–XVIII вв. на смену судейскому правотворчеству и трактатам-комментариям судебной практики приходят крупные доктринальные уголовно-правовые построения, которые становятся основным источником в понимании теории *mens rea*. Их рассмотрению посвящена следующая глава.

Глава II

Теория *mens rea* в английском уголовном праве XVII – третьей четверти XVIII вв.

§ 1. Концепция *mens mala* в английской уголовно-правовой доктрине XVII – третьей четверти XVIII вв.

К концу XVI – началу XVII вв. общее право подошло со сформировавшимся в течение столетий и постоянно прирастающим массивом уголовно-правового материала, не подвергшимся, однако, сколь-нибудь значимому доктринальному оформлению. Во всяком случае, появляющиеся с конца XV – начала XVI вв. юридические трактаты в той своей части, которой отображаются «тяжбы короны», представляют скорее компиляционную выборку из накопившихся за столетия судебных решений, подвергнутых сравнительно поверхностному комментированию, нежели чем их систематическую обработку. Тем не менее, следует подчеркнуть, что нельзя недооценивать значение этих работ для последующего развития уголовного права и его доктрины: во-первых, ими был предоставлен отобранный с точки зрения его прецедентной ценности судебный материал и, во-вторых, в ряде случаев в попытке согласовать противоречивые решения часто неявно вырабатывались новые принципы, которые в последующем найдут своё теоретическое отражение.

Как следствие такого положения вещей, теория *mens rea* в эпоху, охватывающую XIII–XVI вв., может быть воссоздана лишь в своих самых общих чертах, каковая попытка подвержена всем рискам, связанным с реконструкцией теории *post factum*.

Качественно отличаются в этом плане XVII–XVIII вв., в течение которых появляется целый ряд настолько значимых доктринальных работ в области уголовного права, что это позволяет изложить концептуальные характеристики *mens rea*, опираясь уже на более систематизированную и теоретизированную по сравнению с предшествующим временем почву.

Отправной точкой здесь, бесспорно, должно стать юридическое значение субъективной составляющей преступного деяния.

Со всей определённостью можно сказать, что принцип необходимости наличия в совершённом деянии для признания его преступным *mens rea* (или *principium mens rea*), сформулированный Генри де Брактоном как *crimen non contrahitur, nisi nocendi voluntas intercedat* (преступление не совершается, если не участвует вредоносная воля), безоговорочно воспринимается доктриной уголовного права. При этом он принимает иную, теперь уже классическую форму, облекаясь в максимум *actus non facit reum nisi mens sit rea* (действие не делает виновным, если не виновна мысль).

Насколько удалось установить происхождение последней по доктринальным работам той эпохи, первым прибегнул к ней Эдуард Коук. В своих монументальных «Институтах права Англии» он придал ей немаловажное значение, поименовав как *regula* английского права. Используется же максима в «Институтах» в различных контекстах: во-первых, для отграничения случайного причинения вреда от намеренного, поскольку лишь с последним увязывается наступление уголовной ответственности;²⁰⁹ во-вторых, для формулирования

²⁰⁹ «Так что здесь (в великой измене. – Г.Е.) должно быть замышление или воображение, ибо деяние, совершаемое *per infortunium*, без замышления, намерения или воображения, не охватывается этим актом (Законом об измене 1351–1352 гг. (*Treason Act, 25 Edw. III, Stat. 5, c. 2*). – Г.Е.), как это явствует из точных слов последнего. *Et actus non facit reum, nisi mens sit rea*» (см.: *Coke E. The Third Part...* P. 6).

общего постулата о необходимости субъективной составляющей применительно к отдельному преступлению;²¹⁰ и, в-третьих, для обособления деяния, не образующего преступления за отсутствием упречного психического состояния (т. е. в конечном счёте в силу отсутствия *mens rea*) вследствие душевной болезни или принуждения.²¹¹

Лингвистически истоки максимы в том её виде, в каком она появляется в «Институтах», прослеживаются к *L.H.P.* В распоряжении Эдуарда Коука имелся датируемый приблизительно 1225 г. манускрипт, озаглавленный «Красная книга казначейства» (*Red Book of the Exchequer*), в котором содержался текст *L.H.P.*²¹² При этом видоизменение, которое максима претерпела по сравнению с *L.H.P.* (где, напомним, она излагается как *reum non facit nisi mens rea*), практически не повлияло на её смысловую нагрузку. Единственное уловимое различие кроется в слове *actus*: строго говоря, последний вариант есть не что иное, как отражение канонической концепции *voluntas reputabitur pro facto*, бытовавшей в средневековом английском уголовном праве.²¹³

Кроме того, следует отметить, что, хотя в структуре труда Эдуарда Коука (и, в особенности, в третьей части «Институтов», непосредственно посвящённых «тяжбам короны») принцип *mens rea* не получает универсального звучания, подразумеваемо он является для автора необходимым постулатом уголовного права, отражающимся либо в конкретном психическом состоянии, с которым должно быть совершено то или иное деяние, чтобы образовать преступление, либо в сформулированном в общих терминах изъятии из-под действия уголовно-правовых санкций лиц, по отношению к которым нельзя констатировать наличие морально упречного состояния ума.

Подход к принципу *mens rea*, использованный Эдуардом Коуком, не единичен для трудов по уголовному праву XVII в. Для сравнения обратимся к работе Майкла Далтона «Местное правосудие», третье издание которой появилось в 1630 г., уже после выхода в свет в 1628 г. первой части «Институтов». Максима *actus non facit reum nisi mens sit rea* встречается в ней дважды, причём оба раза она цитируется с отсылкой к первой части «Институтов»: во-первых, при изложении вопроса о соотношении вменяемости и *mens rea*²¹⁴ и, во-вторых, при формулировании нормы об ответственности несовершеннолетних.²¹⁵

²¹⁰ Хищение «должно быть с намерением совершить фелонию, *id est cum animo furandi*, как было сказано. *Actus non facit reum, nisi mens sit rea*» (см.: *ibid.* P. 107).

²¹¹ «... Ибо в уголовных процессах о фелонии и проч. деяние и правонарушение сумасшедшего не должно вменяться ему, ибо норма в таковых делах заключается в том, что *actus non facit reum, nisi mens sit rea*, и он *amens (id est) sine mente*, без своего ума или благоразумия; и *furius solo furore punitur*, сумасшедший наказан единственно своим безумием. И аналогично – относительно ребёнка до тех пор, пока он не достиг возраста четырнадцати лет, каковой по праву считается возрастом наступления ответственности» (см.: *Coke E. The First Part...* Volume II. Sect. 405 [247b]); «... Но всё это (конкретные действия. – Г.Е.) было сочтено совершённым *pro timore mortis, et quod recesserunt, quam cito potuerunt*: и было вынесено решение, что это не является изменой, поскольку было совершено из страха смерти. *Et actus non facit reum, nisi mens sit rea*» (см.: *Coke E. The Third Part...* P. 10); «Если некто, будучи в некоторое время *non compos mentis*, наносит себе смертельную рану, от которой он, когда к нему вернулась его память, умирает, он не является *felo de se*, поскольку удар, который стал причиной его смерти, был нанесён, когда он был не *compos mentis: et actus non facit reum, nisi mens sit rea*» (см.: *Ibid.* P. 54).

²¹² См. подр.: *Leges Herici Primi...* Introduction by L.J. Downer. P. 45 *et seq.*; *Pollock F., Maitland F.W.* Op. cit. Volume II. P. 476–477 n. 5.

²¹³ О ней см. подр. в конце настоящего параграфа.

²¹⁴ «Если некто, будучи *Non compos mentis* или идиотом, убивает человека, это не является фелонией, ибо они не обладают представлением о добре и зле и не могут иметь ни намерения учинить фелонию (*felonious intent*), ни воли или мысли на причинение ущерба. И не может быть совершена фелония или тяжкое убийство без намерения учинить фелонию (курсив мой. – Г.Е.) или цели, ибо это называется фелонией *Felonia, quia fieri debet felleo animo...* И, кроме того, *Actus non facit reum, nisi mens sit rea* и сумасшедший есть *Amens, id est, scire mente*, без своего ума или благоразумия и единственно и достаточно наказан своим безумием» (см.: *Dalton M. The Country Justice: Containing the Practice of the Justices of the Peace out of Their Sessions.* L: Printed by William Rawlins and Samuel Roycroft, Assigns of Richard and Edward Atkyns, and are to be Sold by Samuel Keble, 1690. P. 350).

²¹⁵ «Ребёнок восьми лет и старше может совершить убийство и будет повешен за него, если сможет показать (сокрытием ли убитого лица, оправдание ли содеянного или же любым другим действием), что он имел представление о хорошем и

Описывая отдельные преступления, Майкл Далтон излагает и их субъективную составляющую. Таким образом, как и для Эдуарда Коука, для него последняя является необходимым элементом преступления, и это, пожалуй, им выражено даже более определеннее, чем в коуковских «Институтах», в высказывании, что «не может быть совершена фелония или тяжкое убийство без намерения учинить фелонию».²¹⁶ При этом методика его изложения идентична принятой в работе Эдуарда Коука: *mens rea* без формулирования её как общего принципа уголовного права рассматривается, во-первых, с точки зрения обстоятельств, исключающих её наличие (таких, как невменяемость и малолетне), и, во-вторых, при освещении конкретных преступлений.

Первое систематическое постулирование принципа *mens rea*, связанное с выделением в структуре доктринального исследования того, что можно назвать общей частью, осуществляется следующим после Эдуарда Коука крупным правоведом XVII в., Мэттью Хэйлом, в его работе «История тяжб короны» («*Historia Placitorum Corone*» (английский вариант заглавия – «*The History of the Pleas of the Crown*»)), опубликованной лишь после смерти автора в 1736 г. Как общий принцип, уголовная ответственность им основывается на «двух великих способностях: понимании и свободе воли».²¹⁷ Соответственно, «когда нет воли совершить правонарушение,²¹⁸... не может существовать... справедливого основания для претерпевания наказания»,²¹⁹ ибо «содержание воли есть то, что делает человеческие действия либо похвальными, либо виновными...».²²⁰ Метод его анализа, отмечает Джером Холл, также значим: начиная с постулирования приведённого общего принципа наступления уголовной

дурном, а также о риске и опасности такого преступления... В уголовных делах... его (несовершеннолетнего. – Г.Е.) деяние и правонарушение не должны вменяться ему из-за того, что *Actus non facit reum, nisi mens sit rea, &c.*... Лишь если ребёнок таких незрелых лет, что он не обладает благоразумием и пониманием, убивает человека, это не является фелонией для него» (см.: *ibid.* P. 350–351).

²¹⁶ *Ibid.* P. 350.

²¹⁷ *Hale M. Historia Placitorum Coronas = The History of the Pleas of the Crown / Now First Pub. from His Lordship's Original Manuscript, and the Several References to the Records Examined by the Originals, with Large Notes; by Sollom Emlyn. Volume I. L.: In the Savoy, Printed by E. and R. Nutt, and R. Gosling for F. Gyles &c., 1736. P. 14.* Здесь необходимо сделать одно немаловажное уточнение. В оригинале «Истории...» используется слово *will*, которое на русский язык в рассматриваемом контексте переводится преимущественно как «воля» (или «сила воли»). Однако данный перевод (хотя он и используется при цитировании приводимых далее фрагментов) не следует воспринимать слишком буквально. По всей видимости, у Мэттью Хэйла (как, впрочем, и у Уильяма Блэкстоуна) за категорией *will* скрываются не просто волевые способности человека, но и лежащая в их основе и предвещающая их способность *понимания*, т. е. практически объединяются волевой характер действия и его осознанность (намеренность). Во всяком случае, именно на такой вывод наталкивают следующие приводимые в основном тексте цитаты, а также то, что, по мнению Мэттью Хэйла, невменяемый не несёт уголовной ответственности не просто за отсутствием у него свободы воли, но именно за *отсутствием предшествующей последней и предполагающей её способности понимания*, ибо, говоря его словами, тогда, «когда наличествует полный дефект понимания, нет свободной воли в выборе дел или действий» (см.: *Ibid.* P. 15).

²¹⁸ Поскольку настоящий параграф уже неотъемлемо связан с современным англо-американским уголовным правом, следует оговориться об одной терминологической особенности. Дело в том, что в целом понятие «преступления», единственно использующееся в русском языке для обозначения «уголовно-наказуемого правонарушения», передаётся в английском языке при помощи двух слов – *crime* и *offense*. Если попытаться провести между ними различие, то можно было бы сказать, что первое из них более-менее точно соответствует русскому слову «преступление» (с учётом того, что отечественное уголовное право не выделяет особой категории незначительных уголовно-наказуемых правонарушений, т. е. проступков), а второе может быть использовано в двух значениях: во-первых, более узком – «уголовно наказуемое нарушение (проступок)», т. е. менее опасное по сравнению с *crime* посягательство, и, во-вторых, более широкое (т. е. охватывающим и термин *crime*) – «преступное посягательство» в целом. Подобная многозначность терминов (имеющая в ряде случаев определённое значение) станет в особенности заметна впоследствии, при цитировании современного законодательства и судебной практики (см. подр.: Власов И.С., Гуценко К.Ф., Решетников Ф.М., Штромас А.Ю. Указ. соч. С. 5 и сл.; Шахуняц Е.А. Преступление и проступок по уголовному праву Англии и США: Дисс... канд. юрид. наук / Всесоюз. ин-т по изуч. прич. и разр. мер предупр. прест.-ти. М., 1976. С. 11 и сл.). Далее термин *offense* будет всегда переводиться как «правонарушение»; при этом, конечно же, необходимо иметь в виду указанную многозначность. Его же не следует смешивать с широко использующимся сегодня термином «нарушение» (*violation*), не предполагающим, как правило, какую-либо связь с уголовным наказанием. – Г.Е.

²¹⁹ *Hale M. Op. cit.* P. 15.

²²⁰ *Ibid.* P. 14–15.

ответственности, он переходит к ситуациям, в которых отсутствует *mens rea*, что вызвано либо аномальными психическими способностями (дети, невменяемые), либо внешним воздействием на процесс нормального волеобразования (принуждение, необходимость), причём именно этим вопросам и посвящена исключительно та часть его исследования, которая может быть названа общей частью.²²¹

Завершающим доктринальным звеном, в котором теория *mens rea* окончательно оформилась как концепция *mens mala*, стал посвящённый преступлениям четвёртый том «Комментариев» Уильяма Блэкстоуна.²²²

Придерживаясь сформировавшихся к его времени постулатов наступления уголовной ответственности, он указывает следующее:

«... Теперь мы подошли... к вопросу о том, какие лица *способны* или *неспособны* к совершению преступлений; или, что одно и то же, кто изъят от порицания правом за совершение тех деяний, за которые другие лица сурово наказываются...

Все особые возражения (*pleas*) и извинительные обстоятельства (*excuses*), которые защищают совершившего запрещённое деяние от наказания, которое в иной ситуации связывается с первым, могут быть сведены к простому обсуждению отсутствия или дефекта намерения (*will*).²²³ Непроизвольное деяние... никогда не может вызвать какой-нибудь виновности: совпадение с намерением, когда наличествует выбор или совершить, или избежать рассматриваемого деяния, является единственным явлением, которое возводит человеческие действия или в похвальные, или в виновные. Действительно, для того, чтобы оконченное преступление стало подсудно человеческим законам, должны наличествовать как намерение, так и деяние. Ибо хотя *in foro conscientie* сформировавшийся замысел или намерение совершить неправомерное деяние так же ужасны, как и совершение последнего, тем не менее, поскольку ни один земной суд не может исследовать сердце или вникнуть в намерения ума, иначе чем по проявлении их в видимых действиях, постольку, следовательно, невозможно наказывать за то, что невозможно узнать. По каковой причине во всех земных юрисдикциях *явное* действие (*overt act*), т. е. некоторое открывшееся доказательство намеренного преступления, необходимо для демонстрации развращённости намерения, прежде чем человек будет подлежать наказанию. И так как злобное намерение (*vitious will*) без злобного деяния не является гражданским преступлением, то, с другой стороны, непростительное деяние (*unwarrantable act*) без злобного намерения вовсе не является преступлением. Так что для того, чтобы составить преступление против человеческих законов, должны наличествовать, во-первых, злобное намерение и, во-вторых, неправомерное деяние, являющееся результатом такового злобного намерения».²²⁴

²²¹ См.: Hall J. General Principles... P. 4–6, 147–148.

²²² В трактовке Б.С. Никифорова блэкстоуновские «Комментарии» отражают не концепцию *mens mala* (или, как он имеет то, что в настоящем исследовании называется ею, «доктрину злого человека» (см.: Никифоров В.С. Указ. дисс. С. 331)), а преимущественно «доктрину юридического вменения» (см.: Там же), позиционирующуюся на углублённом по сравнению с первой анализе собственно психической составляющей содеянного (см. подр.: Там же. С. 330–335, 609–615). Всё же представляется, что такая оценка труда Уильяма Блэкстоуна слишком «осовременивает» его. Построения «Комментариев» в их сопоставлении, например, с коуковскими «Институтами» бесспорно отражают более развитые представления о психической деятельности виновного, однако в общем и целом являются плодом и венцом концепции *mens mala* с присущей ей этизацией идеи *mens rea*.

²²³ Отметим, как и применительно к Мэттью Хэйлу (см. ранее, сн. 217), что слово *will* в рассматриваемом контексте переводится на русский язык преимущественно как «воля» («сила воли»). Однако в том понимании, какое ему придаёт Уильям Блэкстоун, оно в общих чертах соответствует, как указывает Кортни С. Кенни (см.: Кенни К. Указ, соч. С. 52), понятию «намерения» (*intention*). По изучении текста «Комментариев» с этим нельзя не согласиться, причём этот вывод применительно к последним можно сделать более уверенно, нежели чем относительно работы Мэттью Хэйла. Соответственно, именно такой перевод данного слова используется при цитировании отрывков из блэкстоуновского труда. – Г.Е.

²²⁴ Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 20–21.

Отталкиваясь от сформулированного Уильямом Блэкстоуном и покоящегося на охватывающем несколько столетий развития принципа *mens rea*,²²⁵ логически последовательно и теоретически верно будет рассмотреть, во-первых, содержание концептуальных характеристик *mens rea* и, во-вторых, их соотношение с целью выявить из них двоих ведущую доминанту.

Обращаясь к развитию понятийного аппарата *mens rea*, можно сказать, что процесс разработки последнего, начавшийся в XIII в. и шедший непрерывно на протяжении столетий, продолжился и в XVII–XVIII вв. При этом отличительными чертами образуемой им концептуальной характеристики *mens rea* стали или, вернее, продолжали оставаться, во-первых, узкоспециализированная направленность терминологии, во-вторых, сравнительно редкое наполнение её истинно психическим содержанием, замещаемое, в-третьих, частым раскрытием понятий при помощи использования морально-оценочных характеристик. Если говорить об этих чертах условно, то понятийный аппарат *mens rea* в «горизонтальном срезе» характеризуется в рассматриваемое время множественностью терминов, призванных описать *mens rea* того или иного преступления. Соответственно, в своём «вертикальном срезе» он отличается сравнительной неуглублённостью терминологии, т. е. частым заполнением понятий не реальным психическим содержанием, а морально-оценочной характеристикой настроя ума деятеля в целом.

Так, согласно источникам XVII–XVIII вв., великая измена в одной из её разновидностей сводится к замыслению или воображению смерти (*fait compasser ou imaginer la mort*) короля, его супруги или их старшего сына и наследника,²²⁶ чему противопоставляется совершение деяния «*per infortunium*, без замысления, намерения или воображения».²²⁷ Тяжкое убийство характеризуется наличием злого предумышления (*malice prepensed*), описываемого как «когда некто замышляет убить, ранить или избить другого и замышляет это *sedato animo*»;²²⁸ такое злое предумышление, в свою очередь, связывается в самом общем, неконкретизированном плане с предвидением последствий и направленностью к смерти человека.²²⁹ Далее, дефиниция поджога включает в себя обязательно «злоумышленное (*malicious*) и преднамеренное (*wilful*)»²³⁰ сожжение жилого дома или надворного строения, причём ни небрежное, ни случайное совершение деяния в данном случае не образуют злоумышленности.²³¹ Краже (*theft*) присуще «намерение похитить их (т. е. вещи. – Г.Е.) против (или без) воли» владельца,²³² а хищение (*larceny*) заключается во взятии и перемещении (*taking and carrying away*) в другое место личных вещей другого, которое «также должно быть с намерением учинить фелонию (*felonious*), т. е. совершено *animo furandi*».²³³ И, завершающий

²²⁵ Интересно, но ни Мэттью Хэйлом, ни Уильямом Блэкстоуном понятие *mens rea* не используется для обозначения субъективной составляющей преступления. Соответственно, для первого заменой ему служит *ex animi intentione* (см.: *Hale M. Op. cit.* P. 38), а для второго — *vitious will* (см.: *Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 21 et cet.*). Термин *mens rea* станет использоваться для обозначения субъективной составляющей преступления несколько позднее, приблизительно с конца XVIII – начала XIX вв. (см., напр.: *Fowler v. Padget*, 7 T.R. 509, 514, 101 Eng. Rep. 1103, 1106 (K.B. 1798) (*per Lord Kenyon*, C.J.)), однако это не играет принципиального значения, поскольку *содержательно* теория, которая в будущем будет отображаться под этим термином, оформляется в XVII–XVIII вв., зародившись ещё раньше.

²²⁶ См.: *Закон об измене 1351–1352 гг. (Treason Act, 25 Edw. III, Stat. 5, c. 2)*.

²²⁷ *Coke E. The Third Part... P. 6.*

²²⁸ *Ibid.* P. 50.

²²⁹ Так, ср.: «... Без какого-либо дурного намерения, *направленного к смерти человека* (курсив мой. – Г.Е.)... Хотя такое намерение не простиралось к смерти (курсив мой. – Г.Е.)...» (см.: *Ibid.* P. 56).

²³⁰ *Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 220*; а также: *Ibid.* P. 222.

²³¹ См.: *Coke E. The Third Part... P. 66*; *Dalton M. Op. cit.* P. 376.

²³² *Dalton M. Op. cit.* P. 363.

²³³ *Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 232*. См. также: *Coke E. The Third Part... P. 106–110*; *Dalton M. Op. cit.* P. 365.

пример, бёрглэри как ночное вторжение в жилище другого совершается лишь при наличии намерения (*intent*) убить человека внутри или совершить любую иную фелонию.²³⁴

Нетрудно заметить отличительную черту в характеристике *mens rea* приведённых преступлений: *каждому* преступному деянию соответствует *свой* термин, описывающий его субъективную составляющую. Наиболее точно такой подход можно именовать *подходом от-преступления-к-преступлению*, формальные и сущностные предпосылки бытия которого, сформировавшиеся в средние века, сохраняются и в XVII–XVIII вв.

Далее, рельефно выделяется также особенность содержания (её можно именовать «негативно-дефинитивной») многих терминов: они определяются *отрицательно*, т. е. не с помощью понятий предвидения, желания, безразличия и тому подобных, через которые раскрываются сейчас некоторые из них, дожившие до сего дня, а посредством формулирования условий, при наличии которых они отсутствуют.

Данный подход сводится либо к указанию на общие условия, исключаящие виновность (*excuses*) (такие, как невменяемость или малолетне), либо к общему указанию на ту форму *mens rea*, которая исключает требуемую для данного преступления. Образцом использования первого варианта является хищение, где, согласно Эдуарду Коуку, «с намерением совершить фелонию подразумевает, что хотя взятие и является реальным, всё же оно должно быть совершено такими лицами, которые могут совершить фелонию. Сумасшедший, который *non compos mentis*, или дитя, не достигший возраста ответственности, не могут совершить хищение...».²³⁵ Аналогично (посредством исключения невменяемых как не способных сформировать замышление или воображение смерти короля) в части своей описывается *mens rea* великой измены, однако основное ограничение сферы охвата приведёнными понятиями различных проявлений психической деятельности осуществляется по второму варианту, т. е. через указание на совершение деяния «*per infortunium*, без замышления, намерения или воображения».²³⁶ Как пример второго варианта, кроме того, можно привести конструкцию «злоумышленного и преднамеренного» поджога, которым не является поджог по случайности или по небрежности;²³⁷ намерения убить или совершить иную фелонию в бёрглэри, каковым понятием исключается намерение совершить простое нарушение права (*trespasse*) внутри жилого помещения.²³⁸

Там же, где помимо своего отрицательного определения термин раскрывается через перечисление составляющих его элементов, последние часто содержат в себе не более, чем просто морально-оценочные характеристики. Так, согласно Уильяму Блэкстоуну, «злоумышленное причинение вреда имуществу... совершается... или *из духа распутной жестокости, или из чёрной и дьявольской мести* (курсив мой. – Г.Е.)»,²³⁹ а в тяжком убийстве «... злое предумышление, *malitia praeconitata*, является собственно не столь злобой или недоброжелательностью к погибшему в частности, сколь любым дурным замыслом (*evil design*) в общем; *велением испорченного, извращённого и злобного сердца* (курсив мой. – Г.Е.)»²⁴⁰ Ещё большую этическую нагрузку несёт в себе определение злого предумышления в тяжком убийстве, даваемое Майклом Фостером: «Злой умысел... означает, что учинённое сопровождалось такими обстоятельствами, которые являются *обычными признаками испорченного,*

²³⁴ См.: Coke E. The Third Part... P. 64–65; Dalton M. Op. cit. P.359, 362–363; Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 227–228.

²³⁵ Coke E. The Third Part... P. 107. См. также: Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 232.

²³⁶ Coke E. The Third Part... P. 6.

²³⁷ См.: Coke E. The Third Part... P. 66; Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 222.

²³⁸ См.: Coke E. The Third Part... P. 64–65; Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 227–228.

²³⁹ Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 243.

²⁴⁰ Ibid. P. 199.

извращённого и злобного духа; сердца, равнодушного к социальной обязанности и непреодолимо склонного к злодеянию (курсив мой. — Г.Е.)»²⁴¹.

Как следствие, реальным психическим содержанием (ограниченным, конечно же, знаниями того времени о психической деятельности человека, чью сумму, в свою очередь, вполне обоснованно можно свести к тому, что «мотивы и намерения человека лежат единственно в сердце человека, из которого никто не может ничего узнать»²⁴²) наполнены лишь единичные понятия. К примеру, в фелонии похищения женщины против её воли виновный должен действовать против воли женщины, зная (*knowing*) это,²⁴³ а в фелонии вырывания языка и выкалывания глаз совершение преступления со злым предумышлением (*malice prepensed*) характеризуется Эдуардом Коуком как содеянное «добровольно и из предустановленной цели (курсив мой. — Г.Е.), хотя бы это и произошло внезапно (*upon sudden occasion*), ибо если оно было добровольно, то право подразумевает злой умысел».²⁴⁴ По Майклу Далтону, бунт не может считаться имеющим место, если у собравшихся нет намерения или цели, сводящихся к заранее сформировавшемуся намерению учинить с применением насилия некое неправомерное деяние.²⁴⁵ Можно также сослаться и на Мэттью Хэйла, согласно которому фактический злой умысел является «обдуманном намерением нанести некий телесный вред личности другого».²⁴⁶ В общем аналогична и мысль Уильяма Блэкстоуна: «Точно выраженный злой умысел имеет место тогда, когда некто со спокойным обдуманным умом и сформировавшимся замыслом убивает другого, каковой сформировавшийся замысел доказывается внешними обстоятельствами, открывающими таковое внутреннее намерение...».²⁴⁷

Как представляется, такой уровень развития понятийного аппарата *mens rea* в рассматриваемую эпоху может быть объяснён не только скромностью познаний о внутреннем мире человека и не только сравнительной слабостью уголовно-правовой доктрины, но преимущественно через сохраняющееся ударение на второй концептуальной характеристике *mens rea* — её социально-этической сущности, продолжающей удерживать ведущее положение в теории.

Доминирование сущностной концептуальной характеристики *mens rea* помимо момента, связанного с относительно слабым развитием терминологии в этой области и её наполнением понятиями морально-этического плана, прослеживается также по учению об обстоятельствах, исключающих ответственность, вследствие того, что «намерение не соединено с деянием».²⁴⁸

Классически последнее излагается у Уильяма Блэкстоуна. Суммировать его положения можно следующим образом:

«... Так что для того, чтобы составить преступление против человеческих законов, должны наличествовать, во-первых, злобное намерение и, во-вторых, неправомерное деяние, являющееся результатом такового злобного намерения.

²⁴¹ Foster M. A Report of Some Proceedings on Commission of Oyer and Terminer and Goal Delivery for the Trial of the Rebels in the Year 1746 in the County of Surry, and of other Crown Cases; To Which Are Added Discourses upon a Few Branches of the Crown Law. Oxford: Printed at the Clarendon Press; sold by M. Withers and T. Osborne; L.: Sold by J. Worrell and B. Tovey &c., 1762. P. 256.

²⁴² Приведённая сентенция была озвучена поверенным по одному делу, рассмотренному в 1338–1339 гг. на Зимней судебной сессии в тринадцатый год правления короля Эдуарда III (Y. B. НИ. 13 Edw. III, Rolls Series *81, pi. 1, A. D. 1338-39) (цит. no: Year Books of the Reign of King Edward the Third. Years XII and XIII. P. 80–81).

²⁴³ См.: Coke E. The Third Part... P. 60–61.

²⁴⁴ Ibid. P. 62.

²⁴⁵ См.: Dalton M. Op. cit. P. 321–322.

²⁴⁶ Hale M Op. cit. P. 451.

²⁴⁷ Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 199.

²⁴⁸ Ibid. P. 21.

Далее, существуют три случая, в которых намерение не соединено с деянием: 1. Когда имеет место дефект понимания. Ибо когда нет умения различения, нет выбора, а когда нет выбора, тогда не может быть намеренного действия, которое есть не что иное, как разрешение человеческого выбора в пользу совершения или воздержания от совершения конкретного действия; следовательно, тот, кто не обладает пониманием, не имеет намерения, руководящего его поведением. 2. Когда имеет место понимание и намерение, присущие стороне в достаточной мере, но не вызванные и не приложенные в момент совершения действия, чем и являются случаи всех правонарушений, совершённых случайно или в неведении. Здесь намерение остаётся нейтральным; оно не совпадает с деянием, но и не несогласно с ним. 3. Когда действие сдерживается некоторой внешней силой или насилием. Здесь намерение противодействует деянию, и настолько далеко от совпадения с ним, что оно ненавидит и не соглашается с тем, что человек обязан совершить».²⁴⁹

Рассматривая более подробно каждое из обстоятельств, исключаящих, согласно Уильяму Блэкстоуну, ответственность, становится очевидно, что основанием для оправдания лица является *отсутствие именно заслуживающего морального порицания состояния его ума, т. е. в конечном счёте отсутствие христианской греховности*.

К первой группе приведённых обстоятельств относятся малолетне, невменяемость и опьянение. Ребёнок, не достигший семи лет, может, несомненно, действовать с предвидением последствий своего поступка и желанием их наступления, т. е. действовать намеренно в обыденном значении этого слова, но, в силу закона неопровержимо презюмируясь не имеющим «понимания и суждения», будучи не в состоянии «различить между хорошим и дурным»,²⁵⁰ он действует морально неупречно, и, как окончательное следствие, ненамеренно в уголовно-правовом смысле. И, напротив, в случае совершения злодеяния ребёнком в возрасте от семи до четырнадцати лет «если суду и присяжным представляется, что он был *doli capax* и мог различить между добром и злом во время совершения правонарушения, он может быть осуждён»,²⁵¹ поскольку в таких ситуациях «способность совершать злодеяние... не столько измеряется годами и днями, сколько силой понимания и суждения преступника».²⁵² Невменяемый, в силу болезни обладающий «дефектным или искажённым пониманием»,²⁵³ морально непорицаем за свой поступок.²⁵⁴ И, напротив, действующий преступно в состоянии опьянения, вызванного его собственными предшествующими действиями, хотя бы он и не осознавал совершаемого, «заслуживает осуждения с точки зрения как морали,

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ *Ibid.* P. 23.

²⁵¹ *Hale M.* Op. cit. P. 26.

²⁵² *Blackstone W.* Commentaries... Volume IV. P. 23. См. также: *Coke E.* The First Part... Volume II. Sect. 405 [247b]; *Dalton M.* Op. cit. P. 350–351. Ср. также: *Dean's Case*, 1 Hale P.C. 25 n. (u) (Abingdon Assiz. 1629) (ребёнок восьми лет признан виновным в поджоге двух амбаров, и поскольку в ходе процесса выяснилось, что «он проявил злой умысел, мстительность, ловкость и умение, он был приговорён к повешению и, соответственно, повешен»), Ср. также: *Russell on Crime*... Volume I. P. 41 *et seq.* \ *Кенни К.* Указ. соч. С. 52–54; *Kean A.W.G.* Op. cit. P. 364–370; *Sayre F.B.* *Mens Rea*. P. 1007–1010.

²⁵³ *Blackstone W.* Commentaries... Volume IV. P. 24. Ср. также: «Если он (обвиняемый. – Г.Е.)... не мог различить между добром и злом и не осознавал учиняемое им, то, хотя бы и совершил он наивеличайшее правонарушение, он, тем не менее, вообще не может быть виновен в каком-либо правонарушении против какого-нибудь закона, поскольку виновность возникает из ума, а также злобной воли и намерения человека... Не каждый вид неистового нрава или некоей странности в действиях человека... образует такое сумасшествие, что отвратит от него наказание: это должен быть человек, который полностью лишён присущего ему понимания и памяти и не знает, что он делает, не знает настолько же, насколько не знает дитя, а равно жестокий или дикий зверь...», *Rex v. Arnold*, 16 How. St. Tr. 695, 764–765 (1724) (*per Tracey, J.*).

²⁵⁴ Ср.: «... Тот, кто является *non compos mentis* и полностью лишён всех замыслов и воображений, не может совершить великую измену посредством замышления или воображения смерти короля, ибо *furiosus furore solum punitur*» (см.: *Coke E.* The Third Part... P. 6; а также: *Ibid.* P. 54, 107). Ср. также: *Perkins R.M.* Criminal Law. P. 740–742; *Sendor B.B.* Crime as Communication: An Interpretive Theory of the Insanity Defense and the Mental Elements of Crime // *The Georgetown Law Journal*. Washington, 1986. Vol. 74, № 6. P. 1372–1380; *Sayre F.B.* *Mens Rea*. P. 1004–1007.

так и права»,²⁵⁵ так что подлежит наказанию за учинённое: «Что касается пьяницы, который является *voluntaries daemon*, он не имеет... привилегии в связи с этим...».²⁵⁶

Вторую группу обстоятельств, исключających ответственность, образуют случай и ошибка, в которых морально неупречное состояние ума является основанием освобождения человека от применения уголовно-правовых санкций.²⁵⁷

В третьей группе сознание человека, отвергающее намеренно содеянное и, как следствие, морально непорицаемое, присутствует в случаях принуждения и неизбежной необходимости. Таковы исполнение смертного приговора;²⁵⁸ действия жены под влиянием мужа, которые правом рассматриваются как совершённые «под принуждением и не из её собственного намерения»;²⁵⁹ *duress per minas*, намеренное совершение неправомерного деяния вследствие страха наступления в случае отказа смерти или вреда здоровью, каковые страхи «исключают виновность (*guilt*) во многих преступлениях и мисдиминорах, по крайней мере, перед земным судом»;²⁶⁰ выбор из двух зол наименьшего как вид необходимости, где о намерении нельзя сказать, что оно «свободно действует, будучи скорее пассивно, чем активно, или же, если активно, то активно скорее в отвержении большего зла, чем в выборе меньшего». ²⁶¹ И, напротив, действия в состоянии голода и холода не оправдывают себя, поскольку с позиций общества являются морально упречными.²⁶²

²⁵⁵ Кенни К. Указ. соч. С. 64.

²⁵⁶ Coke E. The First Part... Volume II. Sect. 405 [247a]. См. также: Dalton M. Op. cit. P. 351; Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 25–26. Ср. также: «Но когда человек нарушает предписания закона вследствие добровольного неведения, он не должен быть извиняем. Так, если пьяный человек убивает другого, содеянное будет фелонией, и он будет повешен за неё, хотя бы он и совер-

²⁵⁷ шил это в незнании, вызванном тем, что, будучи пьян, он не обладал ни пониманием, ни памятью; ибо постольку, поскольку такое незнание было вызвано его собственным действием и по глупости, и он мог избежать его, он не должен получать преимущество из этого. И Аристотель говорит, что такой человек заслуживает двойного наказания, поскольку он дважды совершил правонарушение, т. е. напившись, подав дурной пример другим и совершив преступление убийства», *Renigerv. Fogossa*, 1 Plowden 1, 19, 75 Eng. Rep. 1, 31 (Exch. Ch. 1551); «Хотя тот, кто пьян, является в это время *non compos mentis*, всё же его опьянение не оправдывает его деяние или правонарушение и не обращается к его выгоде; ибо это есть великое правонарушение само по себе и, как следствие, оно отягчает его правонарушение...», *Beverley's Case*, 4 Co. Rep. 123b, 125a, 76 Eng. Rep. 1118, 1123 (K.B. 1603).

²⁵⁸ Исторический анализ влияния опьянения (в широком смысле) на уголовную ответственность см. в: Report: Criminal Liability for Self-Induced Intoxication / Parliament of Victoria, Law Reform Committee. Melbourne, 1999. P. 15–17; Russell on Crime... Volume I. P. 62 et seq.; Hall J. General Principles... P. 427 et seq.; Singer R., Husak D. Of Innocence and Innocents: The Supreme Court and *Mens Rea* Since Herbert Packer // *Buffalo Criminal Law Review*. Buffalo (N.Y.), 1999. Vol. 2, № 2. P. 914–920; Brookman H.J. Note, To Drink or Not to Drink: The Supreme Court Delivers a Sobering Blow to the Intoxication Defense by Placing Due Process on the Rocks // *Seton Hall Law Review*. Newark (N.J.), 1997. Vol. 28, № 2. P. 516–517, 520–522, 527–528; Ashworth A.J. Reason, Logic and Criminal Liability // *The Law Quarterly Review*. L, 1975. Vol. 91, № 361. P. 112–119; Singh R.U. History of the Defence of Drunkenness in English Criminal Law // *The Law Quarterly Review*. L, 1933. Vol. 49, № 196. P. 528–535; Sayre F.B. *Mens Rea*. P. 1013–1014; Chang S.J.K. Drunkenness and Criminal Responsibility in the Anglo-American Law // *The China Law Review*. Shanghai, 1932. Vol. 5, № 3. P. 155–156; O'Keefe P. Note, Criminal Law: Voluntary Intoxication as Affecting Criminal Intent // *The Cornell Law Quarterly*. Ithaca (N.Y.), 1921. Vol. 6, № 2. P. 193–196. Ср.: *Montana v. Egelhoff*, 518 U.S. 37 (1996) (история общего права свидетельствует, что обвиняемому не позволялось даже «доказать, что опьянением исключалась требуемая *mens rea*», *Ibid*, at p. 45; «с 1551 г. и до своего изменения в XIX в. господствовала норма общего права, заключающаяся в том, что обвиняемый не мог использовать опьянение как извинительное или оправдывающее обстоятельство для правонарушения или, следует предположить, для опровержения установленного требуемого психического состояния», *ibid*, at p. 68 (O'Connor, J., diss. op.)).²⁵⁷ См.: Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 26–27. Со. также: Кенни К. Указ. соч. С. 71–75; Sayre F.B. *Mens Rea*. P. 1014–1016.²⁵⁸ См.: Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 28.

²⁵⁹ *Ibid*. P. 28–29. Ср. также: Sayre F.B. *Mens Rea*. P. 1011–1013.

²⁶⁰ См.: Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 30. Ср.: доставка продовольствия восставшим имела место «*pro timore mortis, et quod recesserunt, quam cito potuerunt*: и было вынесено решение, что это не является изменой, поскольку было совершено из страха смерти. *Et actus non facit reum, nisi mens sit rea*» (см.: Coke E. The Third Part... P. 10). Ср. также: Кенни К. Указ. соч. С. 80–81; Ashworth A.J. Reason, Logic and Criminal Liability. P. 103–105; Sayre F.B. *Mens Rea*. P. 1011.

²⁶¹ Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 31. Ср. также: Кенни К. Указ. соч. С. 81–83; Ashworth A.J. Reason, Logic and Criminal Liability. P. 106; Stephen H. Homicide by Necessity // *The Law Quarterly Review*. L, 1885. Vol. 1, № 1. P. 51–61.

²⁶² Ср.: «В нашей стране в особенности было бы весьма и весьма неуместно до

Помимо этих общих оснований для изъятий, заслуживают внимания также случаи оправданного (*justifiable*) и извинительного (*excusable*) лишения жизни.²⁶³ Согласно Уильяму Блэкстоуну, оправданное убийство «не имеет ни частички вины вообще», тогда как извинительное — «весьма мало».²⁶⁴ К первой разновидности относятся, во-первых, неизбежная необходимость, заключающаяся в исполнении смертного приговора, где палач действует «без какой-либо воли, намерения или желания, а также без какой-либо невнимательности или небрежности... и, следовательно, без какой-либо тени упречности»;²⁶⁵ во-вторых, содействие правосудию, к которому сводятся случаи убийства при пресечении неправомерных деяний;²⁶⁶ и, в-третьих, ситуации предотвращения преступлений.²⁶⁷ Основанием оправдания действия здесь служит отсутствие у деятеля «какого бы то ни было вида вины (*fault*), хотя бы и в наименьшей степени», так что оправдывается он «скорее с похвалой, чем с упрёком»,²⁶⁸ т. е. отсутствие *mens rea*, понимаемой именно в смысле морально порицаемого состояния ума, хотя само деяние бесспорно являлось намеренным в обыденном значении этого слова.

Совершенно иной подход имеет место при извинительном убийстве, т. е. убийстве *per infortunium* и *se defendendo*. Как случайное причинение смерти при совершении правомерного деяния, так и убийство в состоянии самообороны хотя и освобождают человека от строгого уголовного наказания,²⁶⁹ сопряжены, по мнению Уильяма Блэкстоуна, с некоей толикой моральной порицаемости настроя ума деятеля:

«Поскольку право наделяет столь высокой ценностью жизнь человека, то оно всегда предполагает некоторое ненадлежащее поведение (*misbehaviour*) в том человеке, который отбирает её, если это не совершается по предписанию или точному разрешению права. В ситуации со случайностью оно презюмирует небрежность или, по крайней мере, отсутствие достаточной внимательности у того, кто был столь неудачен, что допустил её, и кто, следовательно, не вполне невиновен. Что же до необходимости, которая извиняет человека, который

²⁶³ пускать столь сомнительное извиняющее обстоятельство, поскольку нашими законами для бедноты предусмотрены такие достаточные установления..., что невозможно, чтобы наиболее нуждающийся бродяга когда-либо был бы доведён до необходимости украсть с целью подкрепить организм» (см.: *Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 32*; а также: *Ibid. P. 31–32*).

²⁶⁴ Ср. также *Hall J. General Principles... P. 158*.

²⁶⁵ В сущности, и оправданное, и извинительное причинение смерти во всех своих разновидностях либо являются тем или иным частным видом из группы обстоятельств, исключающих ответственность, либо схожи с одним из них. Так, с оправданным причинением смерти можно соотнести понятие «необходимости», а с извинительным — «случайности». Необходимо также отметить, что термины оправданное (*justifiable*) и извинительное (*excusable*) причинение смерти, являющиеся производными от терминов *justification* и *excuse*, достаточно сложно, в чём следует согласиться с Джорджем П. Флетчером, перевести на русский язык, поскольку заложенная в них концепция не имеет даже хотя бы приблизительных аналогов в российском уголовном праве. Соответственно, Джорджем П. Флетчером понятие *justification* переводится как «обстоя-

²⁶⁶ тельство, исключающее противоправность», а *excuse* — как «обстоятельство, исключающее виновность» (см.: *Флетчер Дж., Наумов А.В. Указ. соч. С. 15–19*; а также: *Fletcher G.P. The Right and the Reasonable I I Harvard Law Review. Cambridge (Mass.), 1985. Vol. 98, № 5. P. 954–957*). Не касаясь в деталях аргументированности такого перевода, выглядящего достаточно обоснованным, отметим, что применительно к убийству использование этих выражений слишком «утяжелило» бы конструкцию перевода; поэтому в настоящем исследовании используется, как правило, более привычный российский перевод указанных терминов как «оправдание» и «извинение» (и производные от обоих).

²⁶⁷ О понятиях «оправдания» и «извинения» в целом, а также оправданного и извинительного убийств в частности см. подр.: *Кенни К. Указ. соч. С. 110–119*; *Huigens K. Virtue and Inculcation // Harvard Law Review. Cambridge (Mass.), 1995. Vol. 108, № 6. P. 1428–1444*; *Anooshian J.S. Note, Should Courts Use Principles of Justification and Excuse to Impose Felony-Murder Liability? // Rutgers Law Journal. Camden (N.J.), 1988. Vol. 19, № 2. P. 457–459, 473–478*; *Kadish S.H. Excusing Crime // California Law Review. Berkeley (Cal.), 1987. Vol. 75, № 1. P. 257–258 et cet.*²⁶⁸ *Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 177.*²⁶⁵ *Ibid. P. 178.*²⁶⁶ См.: *Ibid. P. 179–180.*²⁶⁷ См.: *Ibid. P. 180–182.*

²⁶⁸ ²⁶⁸ *Ibid. P. 182.*

²⁶⁹ Единственное наказание (или, скорее, квазинаказание), которому подвергался во времена Уильяма Блэкстоуна в этих случаях виновный, заключалось в конфискации его движимого имущества, причём эта практика применялась всё реже.

убивает другого *se defendendo*, то лорд Бэкон²⁷⁰ называет её *necessitas culpabilis* и тем самым отделяет её от вышеупомянутой (имеется в виду в ситуации оправданного убийства. – Г.Е.) необходимости в убийстве вора или злодея. Поскольку право подразумевает, что ссора или нападение возникли из некоторого неизвестного правонарушения или некоторой провокации, или словом, или делом, и так как в ссорах обеим сторонам может быть (и обычно так оно и есть) приписана некоторая вина (*fault*), хотя и редко можно установить, кто изначально совершил правонарушение, то право не считает выжившего полностью невиновным».²⁷¹

Анализируя приведённое, нельзя не сослаться на слова Кортни С. Кенни о дефектах блэкстоуновского учения с его психологической стороны.²⁷² Действительно, со строго психологических позиций сегодняшнего дня едва ли можно сказать, что, например, причиняющий смерть *случайно* проявляет *небрежность*,²⁷³ или что исполняющий смертный приговор действует «без какой-либо воли, намерения или желания, а также без какой-либо невнимательности или небрежности»,²⁷⁴ или что жена, совершающая под влиянием мужа преступление, действует «не из её собственного намерения».²⁷⁵ Однако в теории XVII–XVIII вв. господствовал именно такой подход к *mens rea*.

Согласно ему, *не может быть конкретного психического состояния, требуемого дефиницией того или иного преступления, без морально упречного настроя ума человека* или, говоря иными словами, *выглядящий в глазах сообщества морально неупречным настрой ума исключает злоумышленность, намеренность и прочие психические состояния в уголовно-правовом смысле, снимая тем самым вопрос о mens rea*. Как образно подмечает Б. С. Никифоров применительно к содержанию понятия «злобы» в построениях Эдуарда Коука, «холодное и недоброе сердце – вот обиталище этого чувства, этого этического переживания, в котором психический элемент умысла отступает на второй план, и если существует, то только потому, что он необходим: нельзя ненавидеть то, чего не создаешь и о чем не знаешь».²⁷⁶ Расстановка приоритетов в концепции *mens mala* сводится к тому, что не моральная упречность настроя ума обуславливается установленной намеренностью в причинении вреда, а последняя предопределяется первой. При этом такая моральная упречность отражается на теоретическом уровне в сущностной концептуальной характеристике *mens rea*, остающейся в глубине своей христианско-греховным и, как следствие, заслуживающим морального порицания, упрека состоянием духа, проявившимся в виде «злого намерения (*vitious will*)»²⁷⁷ в совершении преступления.

Акцент на моральной упречности, наложенный на сравнительную неразвитость познаний о психике человека, позволяет объяснить весьма важную отличительную черту концеп-

²⁷⁰ Здесь Уильям Блэкстоун имеет в виду Фрэнсиса Бэкона (1561–1626 гг.) и его работу «Элементы общего права» (*The Elements of Common Law*), увидевшую свет в 1630 г. — Г.Е.

²⁷¹ *Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 186–187.* О «живучести» такого подхода свидетельствует канадская уголовно-правовая доктрина, ещё каких-то шестьдесят лет тому назад считавшая, что извинительное убийство «подразумевает некоторую вину (*some fault*) на стороне, которой оно учинено, хотя вину настолько тривиальную по природе, что закон извиняет такое убийство от [статуса] виновной фелонии, хотя по строгости рассматривает его заслуживающим некоторой меры наказания» (см.: *Tremeeer W.J. Tremeeer's Annotated Criminal Code. Canada / Fifth edition by Alan B. Harvey. Calgary: Burroughs & Company Ltd.; Toronto: The Carswell Co., Ltd., 1944. P. 283* (далее цит. как: *Tremeeer's Annotated Criminal Code.*)).

²⁷² Ср.: «Предлагаемая Блэкстоном классификация различных условий, с точки зрения права исключающих наличие вины..., получила настолько широкую известность, что, несмотря на её *дефекты с психологической стороны* (курсив мой. – Г.Е.), целесообразно придерживаться её...» (см.: Кенни К. Указ. соч. С. 52).

²⁷³ См.: *Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 186.*

²⁷⁴ *Ibid. P. 178.* По мнению Кортни С. Кенни, Уильям Блэкстоун ошибочно полагал, что в действиях палача отсутствует *mens rea*: обоснованнее считать, что здесь отсутствует даже *actus reus* (см.: Кенни К. Указ. соч. С. 110–111).

²⁷⁵ *Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 28.*

²⁷⁶ Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 251–252.

²⁷⁷ *Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 21.*

ции *mens mala*: объективизацию *mens rea*, следы которой можно наблюдать и в американском уголовном праве сегодняшнего дня.

Данный аспект объективизации есть не что иное, как критерий уголовно-правовой оценки *mens rea* в конкретном преступлении. Согласно ему, *mens rea* образуется не столько установлением реально наличествующего *личного* (или *субъективного*) морально порицаемого настроения ума деятеля, сколько приложением стандарта *общества*, представленного судьями, присяжными и адвокатами, к конкретным действиям человека. Иными словами, в рассматриваемое время «вопрос для судей заключался не в том, считал ли сам правонарушитель своё поведение правым либо же неправым, но в том, *было* ли оно правым либо же неправым в соответствии с принятыми взглядами времени». ²⁷⁸ Обвиняемый, принадлежавший к сообществу, считался разделяющим его взгляды, представления и ценности, и, бросая им вызов фактом совершения преступления, полагался морально испорченным субъектом настолько и постольку, насколько и поскольку любой другой был бы таковым в данной ситуации. На языке уголовного права, в свою очередь, это означало, что деяние, которое было бы *в глазах общества* морально упречным и, как следствие, содеянным со злым предумышлением, с намерением учинить фелонию и так далее, становилось *таковым* в приложении к любому данному индивиду независимо от его *реальных личных* намерений. Как справедливо отмечает Джеймс Ф. Стифен, в общем праве «учение о предумышлении превратилось в искусственный приём, с помощью которого судьи могли всякий случай смертоубийства признать смертным преступлением», поскольку «если они находили, что преступник достоин виселицы, то им только стоило сказать, что он действовал с предумышлением». ²⁷⁹

Доминирование моральной упречности в понимании *mens rea* обусловило также существование в английском уголовном праве средних веков примечательной концепции *voluntas reputabitur pro facto* (воля принимается вместо деяния), берущей свои истоки в канонической доктрине греха ²⁸⁰.

Согласно букве принципа *voluntas reputabitur pro facto* в его самом строгом виде, для осуждения лица достаточно одного намерения учинить преступное деяние, хотя бы к его реальному совершению и не было предпринято никаких шагов. Иначе говоря, виновный карается, пользуясь более привычным языком российской доктрины уголовного права, за обнаружение умысла или, прибегая к формулировкам англо-американской теории, при отсутствии так называемого «явного действия» (*overt act*) во исполнение преступного намерения.

Если же отойти от букв теоретических построений, то реальную сферу применения данной концепции в практике общего права установить сложно. Во всяком случае, доктринальные и прецедентные источники достаточно осторожны в её формулировании и склонны придавать принципу *voluntas reputabitur pro facto* несколько иное (по сравнению с приведённым) значение, используя его преимущественно для обоснования уголовной ответственности в сложных (со стандартной точки зрения) ситуациях.

К примеру, в XVI в. он кладётся в обоснование ответственности тогда, когда само деяние, причинившее преступный результат, совершается действием сил природы или животных, а не обвиняемого, проявившего при этом, тем не менее злоумышленность в достижении поставленной цели. Так, в 1560 г. на Честерских ассизах рассматривалось дело, вошедшее в историю под наименованием «дело шлюхи». ²⁸¹ Согласно его фактическим обстоятельствам,

²⁷⁸ Turner J.W.C. The Mental Element... P. 201.

²⁷⁹ Стифень Дж. Ф. Указ. соч. С. 57.

²⁸⁰ Ср.: «Ego autem dico vobis: Omnis, qui viderit mulierem ad concupiscendum eam, iam mcechatus est eam in corde suo», *Evangelium Secundum Matthaeum*, I, 28 («Я же говорю вам: Всякий, кто осматривает женщину с желанием, уже прелюбодействовал с нею в сердце своём», Евангелие от Матфея, глава V, стих 28).

²⁸¹ См.: *The Harlot's Case*, Crompton 24 (Chester Assiz. 1560).

разрешившись от бремени живым ребёнком, женщина оставила его в саду, забросав листвою; спустя некоторое время дитя там было растерзано коршунами. Осуждая её к повешению за тяжкое убийство, суд указал при этом, что «она намеревалась причинить смерть ребёнку и *voluntas reputatur pro facto*».²⁸² Обосновывая ответственность в данном и подобных ему случаях, доктрина XVII в. использует принцип *voluntas reputabitur pro facto*, перемещая центр тяжести в понимании совершённого преступления в сторону злобной *mens rea* и избегая тем самым обсуждения неоднозначного, по всей видимости, для того времени вопроса об уголовно-правовом значении нечеловеческих действий и сил, ставших непосредственной причиной гибели человека. Подтверждение тому можно найти у Майкла Далтона, указывающего на центральность вопроса о злом умысле в таких ситуациях и отводящего проблеме причинности второстепенную роль: «И в этих... случаях *voluntas reputabitur pro facto*..., ибо... они (виновные лица. — Г.Е.) обладали намерением (*will*) и пониманием того вреда, который последует, каковое намерение в них суммируется в злой умысел, так что делает их правонарушения тяжким убийством, и в таких случаях, где воспоследует смерть, *Nihil interest, utrum quis occidat, an causam mortis praebeat* (Безразлично, некто ли убивает, или же причину смерти он [извне] призывает. — Г.Е.)».²⁸³

Тем не менее применение постулата *voluntas reputabitur pro facto* в приведённом казусе и ему подобных является скорее исключительным явлением, чем сложившимся правилом. Во всяком случае, иные доктринальные источники XVII–XVIII вв. обосновывают ответственность здесь без ссылки на то, что *voluntas reputabitur pro facto*, подтверждение чему можно найти и у Эдуарда Коука,²⁸⁴ и у Уильяма Блэкстоуна.²⁸⁵

Более сложно объяснить источники, текстуально прилагающие принцип *voluntas reputabitur pro facto* к некоторым случаям великой измены.²⁸⁶ Одна из разновидностей данного преступления (как оно сформулировано в действующем до сего дня Законе об измене, принятом на парламентской сессии 1351–1352 гг.²⁸⁷) имеет место тогда, «когда человек замышляет или воображает смерть (*fait compasser ou imaginer la mort*) нашего господина короля, миледи его королевы или их старшего сына и наследника». Применительно к указанной форме великой измены в доктрине XVII в. противопоставляется это преступление и все иные. К примеру, согласно Эдуарду Коуку, во всех преступлениях кроме великой измены для привлечения к ответственности требуется установить не просто письменно или устно объективировавшееся вовне намерение учинить деяние, но и «явное действие» (*overt deed*) во исполнение такового намерения: «... Если человек замыслил смерть другого и выразил это словом или письмом, он всё же не должен умереть за это, ибо отсутствует явное действие, ведущее к исполнению его замышления».²⁸⁸ В великой же измене, напротив, «если

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ Dalton M. Op. cit. P. 344. Последняя максима взята из труда Генри де Брактона (*fol. 136b*), который, в свою очередь, позаимствовал её из Дигест (D.48.8.15.).

²⁸⁴ См.: Coke E. The Third Part... P. 47–48.

²⁸⁵ См.: Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 196–198; ср. также: Кенни К. Указ. соч. С. 139. Интересно также отметить, что со временем ссылка в решении по «делу шлюхи» на *voluntas reputabitur pro facto* утратила свою значимость, став очевидным *obiter dictum*. Прецедентную ценность, в свою очередь, сохранило лишь то, что суд констатировал наличие в ситуации этого рода (т. е. помещения беспомощного лица в таком месте, когда для действующего очевидно, что стечением времени человек неизбежно погибнет вследствие действия естественных законов природы или от диких животных) злого предумышления. Во всяком случае, в последующих доктринальных трудах данное дело и ему подобные обсуждаются именно в таком плане (см., напр.: Stephen J.F. A Digest of the Criminal Law (Indictable Offences). 9th ed. / By Lewis F. Sturge. L.: Sweet & Maxwell, Ltd., 1950. P. 214–215 & n. 3; Holmes, Jr., O.W. The Common Law. P. 53 et seq.; Кукифоров Б.С. Указ. дисс. С. 335, 651–652).

²⁸⁶ ^{Λ86} См.: Coke E. The Third Part... P. 5; Foster M. Op. cit. P. 193–195.

²⁸⁷ См.: Treason Act, 25 Edw. III, Stat. 5, c. 2.

²⁸⁸ Coke E. The Third Part... P. 5.

человек замыслил или вообразил смерть короля... и объявил его замышление или воображение словом либо письмом, это есть великая измена...». ²⁸⁹ Аналогичным образом, по Майклу Далтону, «намерения сердца здесь (т. е. в великой измене. – Г.Е.) достаточно, т. е. если некто намеревается, воображает, желает или добивается какого-либо такового происшествия, то следует ли деяние либо же нет, но если оно может быть открыто, оно образует великую измену ...». ²⁹⁰

Основание к столь суровой норме доктрина (судя по Мэттью Хэйлу ²⁹¹ и Уильяму Блэкстоуну ²⁹²) нашла в двух прецедентах XV в., где великой изменой были признаны словесные высказывания, лишь косвенно затрагивавшие монаршую власть и не сопровождавшиеся какими-либо действиями по замышлению или воображению смерти короля. Так, в 1478 г. некий лондонский горожанин был осуждён за великую измену, выразившуюся в том, что он, указывая своему сыну на корону, находившуюся на фасаде дома, обещал сделать его её наследником. ²⁹³ Около того же времени был казнён за великую измену человек, который, узнав, что король Эдуард IV (1461–1470, 1471–1483 гг.) убил на охоте любимого им оленя, в сердцах пожелал подавиться оленьим рогом тому, кто подбил суверена на это дело: на беду говорившего оказалось, что король охотился по собственному почину, и, таким образом, подавиться оленьим рогом желал он самому монарху. ²⁹⁴

Своеобразное (хотя и не прямое) подтверждение принцип *voluntas reputabitur pro facto* нашёл и в двух прецедентах XVII в. В 1615 г. Эдуард Пичем был признан виновным в великой измене на основании некоторых мест в двух проповедях, найденных написанными в его кабинете, хотя никогда им и не произносившихся. ²⁹⁵ Далее, в 1683 г. подобным же образом— *scribere est agere*— был осуждён Альджернон Сидни на основании найденной в его доме старой неопубликованной рукописи, в которой изменнически трактовалось о суверенитете ²⁹⁶.

Тем не менее, уже в XVII в. ценность этих решений была поставлена под сомнение, а в XVIII–XIX вв. они явно её утратили. Во всяком случае, прецеденты XV в., будучи следствием Войны Роз, когда монарший титул оспаривался двумя соперничающими домами, Ланкастерами и Йорками, и права любого обладателя короны были спорны, являлись скорее реакцией *ad hoc* исключительной жестокости короны на призрачные ей угрозы, чем правильным отражением норм и доктрины права. ²⁹⁷ Что же до решений по делам Эдуарда Пичема и Альджернона Сидни, то, по замечанию Кортни С. Кенни, «ни один из этих двух казусов не имеет значения прецедента», поскольку первый «не был казнён и умер в тюрьме», а второй хотя и «был казнён, но его осуждение было впоследствии отменено парламентом». ²⁹⁸

²⁸⁹ Ibid.

²⁹⁰ Dalton M. Op. cit. P. 326. Ср.: «... Измена может быть совершена воображением и решимостью исполнить или учинить какое-либо деяние, хотя бы оно и не было осуществлено... Намерение совершить фелонию или тяжкое убийство по общему праву настоящего королевства ненаказуемо до тех пор, пока не совершается деяние; однако в измене... намерение может быть наказуемо (курсив мой. – Г.Е.)» (см.: Ibid. P. 327, 348).

²⁹¹ См.: Hale M. Op. cit. P. 115.

²⁹² См.: Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 79–80.

²⁹³ См. подр.: Hale M. Op. cit. P. 115; Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 79–80; Нукифоров Б.С. Указ. дисс. С. 221–222.

²⁹⁴ См. подр.: Hale M. Op. cit. P. 115; Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 79–80; Нукифоров Б.С. Указ. дисс. С. 222.

²⁹⁵ См.: Peacham's Case, 2 How. St. Tr. 869 (1615). См. подр.: Bazan K. High Treason in England Until the End of Stuart Era. Warszawa: Nakładem Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1982. P. 33–35.

²⁹⁶ См.: Sidney's Case, 9 How. St. Tr. 818 (1683).

²⁹⁷ Аналогичное принесение в жертву сиюминутным политическим интересам правовых принципов можно наблюдать и в XVI в., в правление Генриха VIII (1509–1547 гг.), когда практика применения законодательства о великой измене соподчинялась скорее с антикатолическими устремлениями монарха и его матримониальными делами, чем с буквой закона (см. подр.: Bazan K. Op. cit. P. 23–29).

²⁹⁸ См.: Кенни К. Указ. соч. С. 292.

Кроме того, по сравнению с прецедентами XV в. они также в не меньшей мере являлись следствием сиюминутных политических веяний, вследствие которых правовые принципы нередко приносились в жертву.²⁹⁹

Переходя от указанных прецедентов к принципу *voluntas reputabitur pro facto* в доктрине уголовного права, нетрудно понять сравнительную мимолётность его появления в работах XVII в. Даже Эдуард Коук отмечает, что *voluntas reputabitur pro facto* в случае великой измены есть «древнее право»,³⁰⁰ а в соответствии с действующими нормами для образования этого преступления замышление или воображение смерти монарха должно сопровождаться «объявлением сего некоторым явным действием».³⁰¹ Основанием к тому служит для него оговорка в Законе об измене 1351–1352 гг., по которой обвиняемый в великой измене должен быть «доказано изобличён в явном к тому действию людьми его состояния (*de seo prov-ablement soit atteint de overt fact per gents de lour condition*)». По Мэттью Хэйлу, «одни лишь слова не создают великой измены или явного действия».³⁰² Ещё более определённая позиция Майкла Фостера: «... Замышление рассматривается как измена, явные же действия – как средства, использованные для осуществления намерений и воображений сердца»,³⁰³ так что «пустые слова, не относящиеся к какому-либо деянию либо замыслу, не являются явными действиями измены».³⁰⁴ В итоге у Уильяма Блэкстоуна встречается прямое указание на то, что «для осуждения изменника необходимо, чтобы наличествовало открытое или явное действие более полного и очевидного характера»,³⁰⁵ а «произнесённые слова образуют только высокий мисдиминор, но не измену», ибо «не может быть ничего более двусмысленного и неясного, чем слова».³⁰⁶ И, наконец, авторами XIX–XX вв. безоговорочно отвергается возможность осуждения за великую измену в форме замышления или воображения смерти короля при отсутствии какого-либо «явного действия».³⁰⁷

Суммируя сказанное, приложение принципа *voluntas reputabitur pro facto* к случаям великой измены в уголовно-правовой доктрине следует объяснять попыткой последней рационализировать единичные и сравнительно случайные прецеденты, появление которых являлось скорее следствием мимолётных политических веяний, чем продуктом строго юридического мышления.

²⁹⁹ В затронутом аспекте можно обратиться к труду Давида Юма, в котором правовой анализ процессов о великой измене XVII в. достаточно удачно соединяется с политическим (см.: Юм Д. Англия под властью дома Стюартов. Т. 2 / Пер. с англ. А. А. Васильева. Под общ. ред. С. Е. Федорова. СПб.: Алетей, 2002. С. 388–396).

³⁰⁰ Coke E. The Third Part... P. 5. Определённые основания к такой трактовке дают более ранние источники и, в частности, «Бриттон», появившийся в конце XIII в. В главе IX книги I этого сочинения, посвящённой изменам (*De Tresouns*), не содержится никакого указания на необходимость подтверждения замышления смерти короля каким-либо отдельным действием, свидетельствующим о готовности претворить в жизнь такое намерение, что, таким образом, позволяет (хотя и с известной долей осторожности) высказать предположение о наказуемости самого по себе преступного намерения: «Graunt tresoun est a compasser nostre mort, ou de nous desheriter de noster reaume, ou de fauser noster seal, ou de countrefere nostre monnee ou de retoundre» («Великая измена состоит в замышлении нашей (т. е. монаршей, поскольку изложение здесь ведётся от лица суверена. – Г. Е.) смерти или в лишении нас нашего королевства, или в подделке нашей печати, или в подделке нашей монеты, или в повреждении её») (цит. по: Britton. The French Text Carefully Revised, with an English Translation, Introduction and Notes, by Francis Morgan Nichols. Vol. I. Oxford: Clarendon Press, 1865. P. 40). См. также: Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 506–508; Baran K. Op. cit. P. 16–17, 19.

³⁰¹ Coke E. The Third Part... P. 3; а также: Ibid. P. 5–6, 12–14, 37–38.

³⁰² Hale M. Op. cit. P. 115.

³⁰³ Foster M. Op. cit. P. 194.

³⁰⁴ Ibid. P. 200.

³⁰⁵ Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 79.

³⁰⁶ Ibid. P. 80.

³⁰⁷ См.: Russell on Crime... Volume I. P. 129–131; Stephen J.F. A Digest of the Criminal Law (Indictable Offences). P. 55–58; Кенни К. Указ. соч. С. 86, 290–292. Ср. также: Hall J. General Principles... P. 68–71; Bagan K. Op. cit. P. 16–17; Шульженко Н. А. Указ. дисс. С. 12, 121–122; Нукифоров Б. С. Указ. дисс. С. 217–224.

Последние следы принципа *voluntas reputabitur pro facto* встречаются в источниках в приложении к неоконченным посягательствам, когда во их исполнение уже учинено некое «явное действие». Так, Эдуард Коук указывает следующее: «... Должно отметить, что... когда кто-либо нацелен совершить убийство и проявляет это неким явным действием, тогда *voluntas reputabitur pro facto*...».³⁰⁸ Согласно Майклу Далтону, применительно к бёрглэри «если человек совершает лишь попытку (*attempt*)... взлома или проникновения в жилой дом ночью с намерением ограбить либо убить любое лицо там, то, хотя бы реального проникновения и не было, тем не менее, это есть полное и оконченное бёрглэри, ибо в таких случаях *Voluntas reputabitur pro facto*».³⁰⁹ Как можно заключить из приведённого, доктрина недвусмысленно подчёркивает необходимость явного действия во исполнение сформировавшегося намерения (и в этом она следует сложившейся судебной практике³¹⁰), прибегая к постулату *voluntas reputabitur pro facto* только для обоснования ответственности в достаточно нетипичных (по отношению к стандартному пониманию преступления как единства полностью выполненного *actus reus* и сопутствовавшей ему *mens rea*) случаях отсутствия довершённого *actus reus*.

Изложенное даёт основание утверждать, что появление концепции *voluntas reputabitur pro facto* в общем праве было обусловлено не тенденцией сверхкриминализировать человеческие помышления, а неразвитостью учения о неоконченном преступлении в средние века и необходимостью обосновать ответственность за деяния подобного рода.³¹¹

Итак, относительная неразвитость понятийного аппарата *mens rea*, акцент на объективизированную моральную упречность настроя ума деятеля, предопределяющее значение последней для формально-юридического решения вопроса о наличии либо же отсутствии *mens rea* подтверждают то, что ведущей концептуальной характеристикой в понимании *mens rea* в XVII–XVIII вв. являлась её социально-этическая сущность, образующаяся вытекавшей из христианской греховности моральной порицаемости настроя ума деятеля.

Могущая быть поименованной концепцией *mens mala*, теория *mens rea* в английском уголовном праве в XVII–XVIII вв. рассматривала оцениваемую с объективных позиций общества моральную упречность психического состояния человека как доминанту, изначально предопределяющую наличие или отсутствие *mens rea* в том или ином совершённом преступлении.

³⁰⁸ Coke E. The Third Part... P. 160; а также ср.: *Ibid.* P. 4–6, 69, 160.

³⁰⁹ Dalton M. Op. cit. P. 359; а также ср.: *Ibid.* P. 363.

³¹⁰ Ср.: «Ни воображение ума учинить злодеяние без совершения деяния, ни решимость учинить такое деяние, нереализованная лицом, не являются наказуемыми в нашем праве, но совершение деяния есть единственный пункт, который закон принимает во внимание; ибо до тех пор, пока деяние не совершено, оно не может быть правонарушением для мира, а когда деяние совершено, тогда оно и наказуемо», *Hales V. Petit*, 1 Plowden 253, 259a, 75 Eng. Rep. 387, 397 (C.B. 1563); «До тех пор, пока деяние заключается в простом намерении, оно ненаказуемо нашими законами», *Rex V. Scofield*, Cald. Mag. Cas. 397, 402 (1784) (*per* Lord Mansfield, C.J.).

³¹¹ Ср.: Hall J. General Principles... P. 62–67; Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 476–477 n. 5; Стифенъ Дж. Ф. Указ. соч. С. 60; Шульженко Н.А. Указ. дисс. С. 118–119; Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 216–224, 572; Turner J.W.C. Attempts to Commit Crimes // The Modern Approach to Criminal Law / Collected Essays by D. Seaborne Davies, R.M. Jackson, C.S. Kenny, & c.; Preface by P.H. Winfield. (English Studies in Criminal Science / Edited by L. Radzinowicz and J.W.C. Turner. Volume IV). L.: MacMillan and Co., Ltd., 1945. P. 273 *et cetera*. J Sayre F.B. *Mens Rea*. P. 991–993.

§ 2. Практическое преломление концепции *mens mala* в английском уголовном праве

Изложенные в предшествующем параграфе концептуальные характеристики *mens rea*, сложившиеся к третьей четверти XVIII в. в доктрине уголовного права, в практическом преломлении просвечивают сквозь всю его структуру. Чтобы показать это, обратимся к некоторым прикладным аспектам теории *mens rea* в английском уголовном праве XVI – третьей четверти XVIII вв.

Прежде всего, определимся с теми институтами, которые будут использованы для того. Все вместе и каждый в отдельности, они, как видится, должны удовлетворять следующим требованиям: во-первых, представлять в целом широкий спектр уголовно-правовых вопросов; во-вторых, являться достаточно древнего происхождения с тем, чтобы отразить в себе теорию *mens rea* в том её виде, в каком она сложилась к третьей четверти XVIII в.; в-третьих, быть рецепированы американским уголовным правом; и, в-четвёртых, сохранять дискуссионность в своих теоретических аспектах в плане *mens rea* и в настоящее время.

С известной долей риска произвольности можно предложить рассмотреть отражение концептуальных характеристик *mens rea* в таких институтах англо-американского уголовного права, как юридическая ошибка (*error juris, mistake of law*), тяжкое убийство по правилу о фелонии (*felony-murder*) и материально-правовые средства доказывания *mens rea*. Все они, как покажет дальнейшее, отвечают выдвинутым критериям и их теоретико-практическое развитие в аспекте *mens rea* с момента появления и до сегодняшних дней станет одной из сквозных нитей последующего изложения.

1. Юридическая ошибка

Ignorantia juris neminem excusat – незнание права никого не извиняет – являет собой глубоко укоренившуюся в уголовном праве легальную максиму.³¹² Её абсолютность в прошлом и дискуссионность в настоящем побуждают вновь и вновь обращаться к тем теоретическим основам, в силу которых рассматриваются как не имеющие для целей уголовного права в подавляющем большинстве случаев юридического значения (или как нерелевантные) различные заблуждения, ошибочные представления лица о юридической характеристиках в частности или юридической запрещённости в целом совершаемого им деяния.

Отталкиваясь от этого постулата, необходимо прежде всего оговориться о двух значимых для последующего изложения моментах.

Во-первых, следует различать ошибку в праве (или юридическую ошибку в собственном смысле этого слова) (*mistake of law*) и незнание права (*ignorance of law*). Первое понятие связано с осведомлённостью лица об уголовно-правовом запрете, но неверной интерпретацией последнего как не относящегося к его действиям. Второе, напротив, сводится к полной неосведомлённости человека о запрещённости его поведения уголовным законом.³¹³ Данное

³¹² Данная легальная максима постулируется по-разному; естественно, в ряде случаев в той или иной формулировке отлично от другой расставляются акценты, что может иметь определённое значение. Однако для целей настоящего исследования это не столь принципиально. Кроме приведённого, можно сослаться ещё и на такие варианты: (1) *ignorantia legis non excusat* (незнание закона не извиняет); (2) *ignorantia eorum, quae quis scire tenetur, non excusat* (незнание того, что некто знать обязан, не извиняет); (3) *ignorantia juris, quod quisque tenetur scire, neminem excusat* (незнание права, которое каждый обязан знать, никого не извиняет); (4) *ignorantia juris haud excusat* (незнание права вовсе не извиняет).

³¹³ Ср., напр.: незнание и ошибка «не подразумевают одинакового значения и не должны быть смешиваемы. Незнание подразумевает полное отсутствие знания относительно затронутого предмета. Ошибка допускает знание, но подразумевает неверный вывод», *Hulton V. Edgerton*, 6 S.C. 485, 489 (1875). В разграничение этих понятий см., напр.: *Cremona M.* Op.

различие в ряде ситуаций действительно имеет юридическое значение, однако для удобства восприятия в дальнейшем (если специально не оговорено иное) термином «юридическая ошибка» (*error juris*) охватываются оба понятия.

В свою очередь и во-вторых, используемый в таком понимании термин «юридическая ошибка» необходимо считать юридической ошибкой в узком смысле этого слова, т. е. юридической ошибкой относительно собственно уголовного права, его существования и применения.

Иное понятие, которое также может быть (но лишь условно!) поименовано юридической ошибкой, связано с ошибкой в истолковании и применении *не-уголовного права* (например, ошибка относительно права собственности в посягательствах на собственность, относительно юридической действительности супружеских отношений в бигамии и т. д.). В литературе данная разновидность ошибки именуется по-разному: «ошибка относительно гражданского права»,³¹⁴ «легальная ошибка относительно элемента правонарушения»,³¹⁵ ошибка относительно «легального факта»,³¹⁶ «косвенная» (*collateral*) юридическая ошибка³¹⁷ и так далее. Соответственно, согласно господствующей точке зрения, она образует составную часть института фактической ошибки (*error facti*) и должна рассматриваться по её правилам, т. е. как исключаящая в ряде ситуаций *mens rea* совершённого деяния.³¹⁸ Несколько иной точки зрения придерживается Кеннет У. Симонс, полагающий, что «легальная ошибка относительно элемента правонарушения» в силу своего большего сходства именно с юридической ошибкой в узком смысле этого слова, чем с фактической ошибкой, а также вследствие своей более вероятной избегаемости по сравнению с последней должна рассматриваться как релевантная лишь тогда, когда она является обоснованной: «Такое решение более ограничивает обвиняемых, чем то, что существует применительно к фактической ошибке, которая может извинить за преступление, требующее знания или цели, даже если ошибка необоснованна. Но решение и более широко по сравнению с существующим применительно к легальной ошибке относительно контролирующего права (т. е. относительно той разновидности *error juris*, что именуется в настоящем исследовании как юридическая ошибка в узком смысле этого слова. — *Г.Е.*), которая может извинить только в очень ограниченных обстоятельствах».³¹⁹

Таким образом, ошибку относительно не-уголовного права не вполне корректно считать разновидностью *error juris*. Стремление проводить данное весьма тонкое различие является продуктом теоретической мысли второй половины XX в. До того случаи такого

cit. P. 219–223; *LaFave W.R., Scott, Jr., A.W. Criminal Law / Hornbook Series; Student Edition. 2nd ed. St. Paul (Minn.): West Publishing Co., 1986. P. 406, 412–420; Bassiouni M.C. Op. cit. P. 449–451; Simons K.W. Mistake and Impossibility, Law and Fact, and Culpability: A Speculative Essay // Journal of Criminal Law & Criminology. Baltimore (Md.), 1990. Vol. 81, № 1. P. 462–463; De Gregorio D. Comment, People v. Marrero and Mistake of Law // Brooklyn Law Review. Brooklyn (N.Y.), 1988. Vol. 54, № 1. P. 247–250.*

³¹⁴ Gross H. Mistake // Encyclopedia of Crime and Justice / Sanford H. Kadish, editor in chief. Vol. 1–4. Vol. 3. N.Y.: The Free Press A Division of Macmillan, Inc., 1983. P. 1068.

³¹⁵ Simons K.W. Mistake and Impossibility... P. 457.

³¹⁶ Kelman M. Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law // Stanford Law Review. Stanford, 1981. Vol. 33, № 4. P. 631.

³¹⁷ Brett P. Mistake of Law as a Criminal Defence // Melbourne University Law Review. Melbourne, 1966. Vol. 5, № 2. P. 186.

³¹⁸ Ср., напр.: *Long v. State*, 44 Del. (5 Terry) 262, 278–283 (1949) (юридическая ошибка относительно не-уголовного права исключает *mens rea*; основываясь на этом, суд счёл, что ошибка относительно легального статуса развода исключает *mens rea*, требуемую для образования преступления бигамии, хотя бы эта ошибка и была вызвана неверным советом частного поверенного), откоммент. в: *Aikins L.R. Note, Cases, Criminal Law: Mistake of Law Based Upon Advice of Counsel as a Defense: Long v. State*, 65 A. 2d 489 (Del. 1949) 11 *Cornell Law Quarterly. Ithaca (N.Y.), 1950. Vol. 35, № 2. P. 415–420; Recent Cases, Criminal Law—Defenses—Reasonable Mistake of Law May Be a Defense to Bigamy Prosecution // Harvard Law Review. Cambridge (Mass.), 1949. Vol. 62, № 8. P. 1393–1394.*

³¹⁹ Simons K.W. Mistake and Impossibility... P. 500.

плана рассматривались преимущественно как подпадающие в общую категорию юридической ошибки, признававшейся в этой ситуации релевантной в силу исключения ею «специального намерения» как особой формы *mens rea*, включённой в дефиницию преступления, и лишь этим можно, как представляется, оправдать точку зрения Б.С. Никифорова (основывающегося на позиции Кортни С. Кенни), освещающего данную разновидность ошибки под общей рубрикой *error juris*.³²⁰

Обращаясь непосредственно к теоретическим основам учения общего права об *error juris* в их исторической перспективе, следует отметить, что происхождение максимы *ignorantia juris* и производного от неё понятия юридической ошибки связывается, как правило, с римским правом. При этом преимущественно утверждается, что нерелевантность *error juris* для целей уголовного права обосновывалась в Древнем Риме презумпцией всеобщего знания законов, которые, по мнению самих римлян, являлись определёнными и познаваемыми.³²¹ Наиболее часто цитируемым отрывком здесь является фрагмент из Дигест (D.22.6.9pr.), сводящийся к следующему: «*Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*» – «Существует правило, что хотя каждому вредит незнание права, но не вредит незнание факта».

И всё же, считают некоторые исследователи, делать на основе процитированного положения вывод о том, что римское право считало *error juris* нерелевантной для целей уголовного права, было бы, по меньшей мере, слишком поспешным умозаключением. Так, в начале XX в. Карл Биндинг попытался доказать, что, во-первых, римляне не знали аналогичного современному праву деления ошибок на *error juris* и *error facti* и что, во-вторых, «римское уголовное право всегда рассматривало знание о незаконности, т. е. по сути определённое пренебрежение или неуважение к праву, как существенную составляющую *dolus mains* (намерения) или *culpa lata* (грубой небрежности)».³²² Как считал Карл Биндинг, понятие *error juris*, вытекающее из приведённого фрагмента, означает в его правильном истолковании не *error juris* в собственном смысле этого слова (т. е. юридическую ошибку в современном значении), а *error juris sui* – заблуждение лица относительно некоего правового акта, на основе которого у него возникает то или иное субъективное право.

Неправильность истолкования отрывка из Дигест, отмечается в литературе, связана ещё и с ошибочным пониманием его как относящегося в равной мере и к уголовному, и к частному праву. В реальности же он был связан исключительно с частноправовой концепцией и не имеет никакой связи с областью уголовного права.³²³

³²⁰ См.: Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 536–538, 720; ср.: Кенни К. Указ. соч. С. 74–75; Turner J.W.C. Attempts to Commit Crimes. P. 283. См. подр. также: Williams G.L. Criminal Law: The General Part. P. 383; Hall J. General Principles... P. 364–372; Simons K.W. Mistake and Impossibility... P. 450–462, 482502 et cet.; Grace B.R. Ignorance of the Law as an Excuse // *Columbia Law Review*. N.Y., 1986. Vol. 86, № 7. P. 1393–1396; Kelman M. Interpretive Construction... P. 630–633; Ryu P.K., Silving H. Error Juris: A Comparative Study // *The University of Chicago Law Review*. Chicago, 1957. Vol. 24, № 3. P. 435–438; Winfield P.H. Mistake of Law // *The Law Quarterly Review*. L., 1943. Vol. 59, № 236. P. 327 et seq.

³²¹ См., напр.: Davies S.L. The Jurisprudence of Willfulness: An Evolving Theory of Excusable Ignorance // *Duke Law Journal*. Durham (N.C.), 1998. Vol. 48, № 3. P. 350–351; Ryu P.K., Silving H. Op. cit. P. 425–431. В российской доктрине происхождение господствующего в отечественном уголовном праве учения о юридической ошибке также связывается либо (исходя из формально-юридических позиций) с римским правом и указанной презумпцией (см., напр.: Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть: Курс лекций. 2- изд. перераб. и доп. М.: Издательство БЕК, 1999. С. 251–252; Фаткуллина М.В. Юридические и фактические ошибки в уголовном праве: проблемы квалификации: Автореф. дисс... канд. юрид. наук / Урал. гос. юрид. акад. Екатеринбург, 2001. С. 12–13), либо же (исходя из содержательно-теоретического обоснования) с тем, что «российское уголовное право последовательно придерживается принципа *ignorantia legis neminem excusat*», поскольку «закон не включает осознание противоправности совершаемого деяния в содержание умышленной формы вины» (см.: Парог А.И. Субъективная сторона и квалификация преступлений. М.: ООО «Профобразование», 2001. С. 29).

³²² Ryu P.K., Silving H. Op. cit. P. 425.

³²³ См.: Brett P. Op. cit. P. 185; Ryu P.K., Silving H. Op. cit. P. 425–427.

Нельзя не осветить и противоположной позиции, которой, в частности, придерживался Г. С. Фельдштейн.³²⁴ Так, им указывалось следующее: «... Только в исключительных случаях относительно субъективного состава преступлений может быть принято то предположение, что точка зрения римского уголовного права требует наличности в *dolus*’е сознания противозаконности предпринимаемого действия не факультативно, но *de jure*». ³²⁵ Применительно к таким исключениям из максимы *ignorantia juris* Г. С. Фельдштейн отмечал, что «сознание противозаконности подразумевается само собой, в качестве элемента умысла, в тех случаях, в которых идёт речь о нарушении закона лицами, поставленными на страже закона, — лицами, допущение относительно которых предположения, что они не сознавали противозаконности своих действий, представляется абсурдным». ³²⁶ Суммируя его позицию, «взгляд, по которому постановления римского уголовного права применяются в каждом отдельном случае независимо от того, было ли известно это постановление лицу, его нарушившему, представляется одним из самых бесспорных». ³²⁷

Тем не менее, каким бы ни было правильное истолкование положений римского права касательно *error juris*, очевидно, что английская доктрина XVII–XVIII вв. воспринимала его как считавшее юридическую ошибку нерелевантной для целей уголовного права и основывала соответствующие нормы общего права именно на этом постулате.

Заслуживает внимание замечание Б.С. Никифорова, возводящего ещё более отдалённо истоки учения о юридической ошибке в английском уголовном праве «к... древним постановлениям Моисеева закона». ³²⁸ Однако такая связь едва ли может быть удовлетворительно доказана; как следствие, данная точка зрения не является общепринятой и крайне редко встречается в первоисточниках. Схожая позиция высказывается отдельными авторами, когда они усматривают в положениях общего права связь с канонической доктриной *error juris*, ³²⁹ хотя и этот взгляд представляется сомнительным. Как правило, английские комментаторы прямо указывают на то, что «норма (о *error juris*. — *Г.Е.*) заимствована из гражданского права (*civil law*) (D. lib. 22, tit. 6) (т. е. здесь под “гражданским правом” подразумевается римское право. — *Г.Е.*) без восприятия с ней, тем не менее, тех справедливых модификаций, которыми изначально сопровождалась норма...» ³³⁰

Насколько то удалось установить, первое упоминание об *error juris* и её нерелевантности встречается в труде, появившемся в 1518 г. и озаглавленном как «Диалоги между доктором богословия и студентом, изучающим право Англии» («*Dialogues Between a Doctor of Divinity and a Student in the Laws of England*»). Согласно данному источнику, «незнание закона (хотя бы оно было неизбежно) не извиняет относительно закона, кроме как в немногих случаях, ибо каждый человек обязан на свой риск познать, каков закон королевства...» ³³¹

³²⁴ См.: Фельдштейн Г.С. Указ. соч. С. 543–550.

³²⁵ Там же. С. 550.

³²⁶ Там же.

³²⁷ Там же.

³²⁸ Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 719 сн. 3. Ср. библейский текст: «Eadem lex erit indigenae et colono, qui peregrinatur apud vos...», *Liber Exodus*, XII, 49 («Того же закона да не будет лишён и переселенец, который чужой для вас...», Исход, глава XII, стих 49); «Equum iudicium sit inter vos, sive peregrinus sive civis peccaverit; quia ego sum Dominus Deus vester...», *Liber Leviticus*, XXIV, 22 («Равное решение будет между вами, будь то чужеземец или будь то соотечественник согрешит, ибо Я есть Господь Бог ваш...», Левит, глава XXIV, стих 22).

³²⁹ См., напр.: Ryu P.K., *Silving H.* Op. cit. P. 427–430.

³³⁰ Blackstone W. Commentaries on the Laws of England: In Four Books / With Notes Selected from the Editions of Archbold, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr and Others, Barron Field’s Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author, by George Sharswood. In Two Volumes. Volume II: Books III & IV. Philadelphia: J.B. Lippincott Company, 1859. P. 348–349 n. 7 by Chitty (далее цит. как: *Sharswood’s Blackstone... Volume II.*).

³³¹ Цит. по: Davies S.L. Op. cit. P. 352 n. 48.

В дальнейшем максима *ignorantia juris* формулируется уже Эдуардом Коуком. Вместе с тем, в первой части «Институтов» содержится лишь её простое постулирование, причём помещена она в предисловии в объяснение того, почему трактат написан на английском языке:

«Я не могу предполагать, что общее изложение этих законов на английском языке может создать какое-нибудь неудобство, но приведёт лишь к большей пользе, принимая во внимание, что *Ignorantia juris non excusat*, незнание закона не извиняет»³³².

Таким образом, представляется возможным сказать, что ввиду отсутствия у первого из упомянутых источников авторитетного правового значения, а у второго – ясно выраженного теоретического обоснования, им обоим лишь номинально можно приписать заслугу первого доктринального установления максимы *ignorantia juris*.

Своё теоретическое развитие последняя, будучи уже безоговорочно воспринята на практике,³³³ получает в дальнейшем в «Истории» Мэттью Хэйла. Им указывается следующее:

«Незнание местного права королевства (*the municipal law of the kingdom*) или наказания, налагаемого им на правонарушителей, не освобождает кого-либо, достигшего возраста, с которого он может быть ответственен за свои поступки (*age of discretion*), и являющегося *compos mentis*, от наказания за нарушение его, поскольку каждое лицо, достигшее возраста, с которого оно может быть ответственно за свои поступки, и являющееся *compos mentis*, обязано знать право и презюмируется знающим его ...»³³⁴.

С незначительными изменениями эти положения воспроизводятся Уильямом Блэкстоном, на «Комментарии» которого и следует опереться в исходном анализе.

Учение об *error juris* излагается в главе II четвёртого тома «Комментариев», посвящённой лицам, способным к совершению преступлений, под рубрикой, связанной с рассмотрением оснований освобождения от уголовной ответственности вследствие «отсутствия или дефекта воли».³³⁵ Формулируется теория юридической ошибки следующим образом:

«... Незнание или ошибка есть другой дефект воли, когда человек, намереваясь совершить правомерное деяние, совершает то, что оказывается неправомерным. Поскольку здесь деяние и воля действуют раздельно, нет такого совпадения между ними, которое необходимо для образования преступного деяния. Но незнание или ошибка должна быть фактической, а не ошибкой в положении права. Так, если человек, намереваясь убить вора или взломщика, проникшего в принадлежащий ему дом... по ошибке убивает кого-нибудь из своей собственной семьи, это не является уголовно наказуемым; но если человек полагает, что он имеет право убить отлучённого от церкви или объявленного вне закона, где бы он ни встретил его, и действительно так поступает, это является преднамеренным тяжким убийством. Ибо ошибка в положении права, которое каждое лицо, могущее быть ответственным за свои поступки, не только может, но обязано знать и презюмируется знающим, в уголовных делах не является видом основания защиты (курсив мой. – Г.Е.). *Ignorantia juris, quod*

³³² Coke E. The First Part of the Institutes of the Laws of England; Or, A Commentary Upon Littleton. Not the Name of the Author Only, but of the Law Itself. 19th ed., corr., by Charles Butler. Volume I. L.: Printed for J. & W.T. Clarke, 1832. P. xxxviii-xxxix.

³³³ См., напр.: «Что максима права *Ignorantia juris non excusat* означает для публики, так это то, что незнание не может пледироваться в извинение преступлений (т. е. в данном контексте выдвигаться в суде в оправдание какого-либо деяния. – Г.Е.), хотя в гражданских делах решение иное», *Lansdown v. Lansdown*, Mos. 364, 365 (Ch. 1730) (*per* Lord King, L.C.); *Rex v. Bailey*, Russ. & Ry. 1, 168 Eng. Rep. 651 (Cr. Cas. Res. 1800) (*per* Lord Eldon, J.) (незнание статута и объективная невозможность его узнать не исключают ответственности за его нарушение).

³³⁴ Hale M. Op. cit. P. 42.

³³⁵ Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 20.

quisque tenetur scire, neminem excusat, является настолько же максимой нашего собственного права, насколько она была таковой в римском». ³³⁶

Обратимся к первоисточникам, на которых основываются тезисы Уильяма Блэкстоуна.

Что до римского права, то им цитируется приведённый выше и уже проанализированный с точки зрения его исторической ценности для учения об *error juris* фрагмент из Дигест. ³³⁷

Более интересен источник, в котором, как полагает Уильям Блэкстоун, сформулирована максима *ignorantia juris* по английскому праву. ³³⁸ Им является решение XVI в. по гражданско-правовому спору, возникшему на основе иска о возвращении владения (*action for the replevin*) над имуществом, изъятым у владельца в обеспечение исполнения обязательства. ³³⁹ Из всех обстоятельств, связанных с данным делом, заслуживает внимания лишь одно положение, выдвинутое в суде, в силу которого «должно презюмироваться, что всякий подданный нашего королевства осведомлён о праве, посредством которого он управляется». ³⁴⁰ Примечательно, но такой довод не получил поддержки суда, поскольку решение было вынесено против стороны, которую представлял адвокат, сформулировавший его, что, однако, не мешало Уильяму Блэкстоуну использовать этот прецедент в поддержку максимы *ignorantia juris*.

Опираясь на работы Мэттью Хэйла и Уильяма Блэкстоуна, можно сделать, на первый взгляд, вывод, что теоретическим обоснованием максимы *ignorantia juris* для доктрины рассматриваемого времени служит презумпция всеобщего знания уголовного законодательства. Но, как представляется, данная презумпция являет собой лишь внешнее, формально-юридическое обоснование нерелевантности *error juris*, в то время как истинное, сущностное залегает более глубоко.

В доказательство этого тезиса обратимся к социальной характеристике деяний, признающихся преступлениями и, в частности, являвшихся таковыми в английском праве XVII–XVIII вв.

Исходные посылки здесь следующие. Любое преступление причиняет вред личности, обществу или государству, т. е., в конечном счёте, социуму в целом. Говоря в общем, деяние, признающееся преступлением, *a priori* презюмируется наносящим вред, что и оправдывает единственно применение уголовно-правовых санкций, причём опровержение такой презумпции означает потерю уголовным законодательством своего базиса, своей моральной обоснованности и социальной приемлемости. По своим внешним характеристикам этот вред разнится, заключаясь либо во вреде здоровью человека, либо в ущербе его имуществу,

³³⁶ *Ibid.* P. 27.

³³⁷ См.: *Ibid.* P. 27 п. а. Отметим, что Мэттью Хэйл в своей работе ссылки на Дигесты не делает.

³³⁸ См.: *ibid.* P. 25 п. z. В свою очередь, эта ссылка встречается и у Мэттью Хэйла.

³³⁹ См.: *Brett V. Rigden*, 1 Plowden 340, 75 Eng. Rep. 516 (Q.B. 1568). Из более ранних интересных прецедентов, не упоминаемых в блэкстоуновских комментариях, нельзя не отметить дело, разрешённое в 1338 г. на Осенней судебной сессии в двенадцатый год правления короля Эдуарда III (Y. B. Mich. 12 Edw. III, Rolls Series *67, pi. 29, A. D. 1338), в котором сказано, что обвиняемые в нарушении права (*trespass*) и нанесении побоев (*battery*) могли бы выдвинуть в своё оправдание ссылку на предполагавшееся ими наличие у другого права захватить силой скот истца; не выдвинув же этого довода, они были правомерно осуждены (цит. по: Year Books of the Reign of King Edward the Third. Years XII and XIII. P. 66–67). Также примечательно дело Вернона, разрешённое на Осенней судебной сессии в двадцатый год правления короля Генриха VII, т. е. в 1505 г. (*Vernon's Case*, Y. B. Mich. 20 Hen. VII, fol. 2, pi. 4, A. D. 1505). Согласно его фактам, обвиняемые увезли жену истца, сопровождая её в Вестминстер, где она намеревалась добиться развода, и привели этот довод в своё оправдание. Истец попытался опровергнуть его, указав, что дела о разводе слушаются не в Вестминстерских королевских судах, а в церковных судах; однако суд поддержал доводы обвиняемых, отметив, что «они, возможно, не знали закон (курсив мой. — Г.Е.) в той его части, которая касается того, где следует предъявлять иск о разводе» (цит. по: *Sharswood's Blackstone*... Volume II. P. 348349 n. 7 by Chitty). Конечно же, если придирчиво рассматривать оба данных дела со строго современных позиций, то они, как можно судить из их фактов, связаны с ошибкой относительно не-уголовного права.

³⁴⁰ *Brett V. Rigden*, 1 Plowden 340, 342, 75 Eng. Rep. 516, 520 (Q.B. 1568).

либо в оскорблении общественной нравственности и так далее. Разноплановость причиняемого преступлениями вреда предопределяет существование другой, не менее важной его характеристики, являющейся отчасти субъективной и заключающейся в очевидности вреда, его явности, могущей разниться от случая к случаю. Сосуществование обеих характеристик даёт основание для выделения в англо-американском уголовном праве двух категорий преступлений – *mala in se* и *mala prohibita*. Не вдаваясь в теоретически дискуссионные вопросы об их различении (особенно спорные в настоящее время), суммировать применительно к рассматриваемой эпохе отличительные черты преступлений *mala in se*, имеющих значение в настоящий момент, можно так, что в эту категорию попадут преступления, сводящиеся к причинению такого вреда, который очевидно опасен, недопустим и неприемлем в обществе. Как следствие, совершающий преступление *mala in se* очевидно и неизбежно осознаёт либо в момент причинения вреда (если последнее намеренно), либо сразу же после того (если он действовал небрежно) социальную неприемлемость своего поведения. Последняя же, в свою очередь, обосновывает отрицательную оценку его личности и, что более важно, предопределяет моральную упречность настроя его ума.

Переходя теперь к английскому уголовному праву затронутого времени, можно увидеть, что деяния, которые в нём были уголовно наказуемы, являлись, исходя из морали той эпохи, если не исключительно, то уж во всяком случае *в подавляющей своей массе* преступлениями *mala in se*. Рассматриваемый с позиций общества совершающий их взрослый человек, обладающий достаточно здравым рассудком, не мог не осознавать их социальной опасности и неприемлемости и, следовательно, *a priori* действовал, с позиций общества, морально упречно, проявляя заслуживающий порицания настрой своего ума.

Для примера обратимся к известному делу Бароне,³⁴¹ француза по национальности, обвинённого вместе с несколькими сотоварищами-французами в том, что будучи секундантами на дуэли, происшедшей в Виндзоре, близ Лондона, они соучаствовали тем самым в тяжком убийстве одного из дуэлянтов, Курне, тоже француза: сколь бы обоснованными ни были их представления о том, что дуэли, практиковавшиеся в то время на их родине, во Франции, и считавшиеся правомерными постольку, поскольку они укладывались в рамки правил дуэлей и представлений о чести, не будут преследоваться в уголовном порядке как тяжкое убийство в Англии, они, с точки зрения английского общества, *не могли не осознавать*, что в плоскости социальных оценок *in abstracto* любое причинение смерти другому невиновному (в строго легальном смысле этого слова) человеку есть непохвальное деяние, хотя бы с личных позиций убийство на дуэли и представлялось им вынужденным поступком, направленным к восстановлению оскорблённой чести. Иными словами, знание о конечной порицаемости убийства невиновного человека можно в данном случае рассматривать как *необходимую и достаточную* основу к моральному осуждению поступка сообществом³⁴².

Особенно важен здесь момент объективности, той самой пресловутой *объективизации mens rea*: исключительно обществом, представленным взглядами судей, присяжных и адвокатов, решается, что морально упречно, а что – нет; если оно считает, что действия обвиняемого заслуживают порицания, то оно осуждает его, или же, в противном случае, оправдывает. Возвращаясь к делу Бароне, в решении по нему нельзя не отметить объективизацию *mens rea*, неоднократно проскальзывающую в суждениях судей, оценивающих

³⁴¹ См.: *Regina v. Barronet & Allain*, Dears. 51, 169 Eng. Rep. 633 (Q.B. 1852). Хотя данное дело и выходит за временные рамки, условно поставленные для настоящей главы, в нём слишком ярко проявляется объективизация стандарта суждений о *mens rea*, чтобы им можно было пренебречь.

³⁴² Любопытно, что в итоге, руководствуясь более чем мягким напутствием председательствовавшего судьи, лорда-главного судьи Кэмпбелла, присяжные признали подсудимых виновными всего лишь в простом убийстве; судом же они были приговорены к двухмесячному тюремному заключению, полностью отбытому ими к тому времени в рамках досудебного содержания под стражей.

поступки дуэлянтов и секундантов с позиций именно и только англичан, но не французов.³⁴³ Иллюстрируя объективный подход, можно воспользоваться также примерами, приводимыми Уильямом Блэкстоуном: с точки зрения общества непорицаемо причинение смерти невиновному, ошибочно принятому за взломщика (*error facti*), но – всё с тех же самых позиций принятых стандартов сообщества – морально упречно убийство отлучённого от церкви или объявленного вне закона человека, хотя бы убийца и полагал ошибочно, что он имеет право совершить это (*error juris*).³⁴⁴ К таковой моральной упречности мало что добавляется знанием либо же незнанием действующим уголовным законом, поскольку она, с позиций социума, предопределена очевидно опасным характером совершаемого деяния. Более того, в подавляющем большинстве ситуаций вопрос о таком знании не может даже возникнуть: тесная взаимосвязь деяний, признававшихся преступлениями в то время, с моральными воззрениями общества, при которой всякое преступление являлось очевидно аморальным поступком, а многие аморальные поступки – преступлениями соответственно, позволяла вполне обосновано сделать вывод о том, что человек, могущий различить дурное и хорошее в этическом плане, способен также различить запрещённое и разрешённое в юридическом плане. И, напротив, неспособность к последнему вызывала сомнение во вменяемости человека. Как справедливо отмечает Джордж П. Флетчер, «на ранних стадиях развития уголовного права, когда круг преступлений был ограничен насильственным и очевидно аморальным поведением, можно было предполагать, что правовые запреты известны каждому. И если кто-то не осознавал, что изнасилование или убийство – это преступление, то его могли посчитать душевнобольным, чтобы получить правдоподобное объяснение его поведения».³⁴⁵ Последний момент весьма важен, ибо от него ведёт своё начало данное теоретиками XVII–XVIII в. внешнее или формально-юридическое презумпционное обоснование максимы *ignorantia juris*: совершающий морально порицаемый поступок не может не знать (если он не невменяем и не дитя) о его уголовной наказуемости, поскольку предположительно всё, что морально упречно, то уголовно наказуемо.³⁴⁶

Подводя итог изложенному, можно сказать, что фундаментальное основание максимы *ignorantia juris* в рассматриваемое время лежит в социально-этической концептуальной характеристике *mens rea*: лицо, совершающее преступление, не может оправдываться незнанием уголовного закона, которым наказывается конкретное поведение, поскольку такой поступок с позиций общества *a priori* порицаем, отражает морально упречный настрой ума

³⁴³ Ср.: «Эти два человека находятся в точно такой же ситуации, как если бы они были прирождёнными подданными нашего королевства (курсив мой. – Г.Е.), и в отправлении правосудия к ним оно будет таким же, каким оно было бы в отправлении к прирождённым подданным... Лица, что прибывают в нашу страну как в убежище, должны повиноваться законам страны и довольствоваться таким же положением, что и прирождённые подданные», *Regina v. Barronet & Allain*, Dears. 51, 169 Eng. Rep. 633, 635 (Q.B. 1852) (per Lord Campbell, C.J.); «Незнание закона в случае с урождённым жителем не может быть принято как извинение за преступление и не может в какой-либо большей мере быть отстаиваемо в пользу иностранца», *Ibid.*, 169 Eng. Rep. at p. 636 (per Coleridge, J.).

³⁴⁴ См.: *Blackstone W. Commentaries...* Volume IV. P. 27.

³⁴⁵ Флетчер Дж., Наумов А.В. Указ. соч. С. 381. Отчасти совпадает с изложенной, однако является менее разработанной и набросанной лишь в общих чертах позиция Петера Бретта, согласно которой от совершения преступления человека удерживает сила этических взглядов сообщества, к коему он принадлежит; так что и его утверждение о том, что он вообще не знал о запрещённости поведения уголовным законом, и его ошибка относительно точных границ указанной запрещённости не имеют никакого значения, поскольку изначально «он не может сказать и не скажет, что «я не знал, что грабить – это дурно» (см.: *Brett P. Op. cit.* P. 195–196). Ср. также: *Yochum M.D. The Death of a Maxim: Ignorance of Law is No Excuse (Killed by Money, Guns and a Little Sex) // St. John's Journal of Legal Commentary. Jamaica (N.Y.), 1999. Vol. 13, № 3. P. 635–637; Turner J.W.C. The Mental Element...* P. 201–202.

³⁴⁶ Ср.: «... Подавляющее большинство древних преступлений были *talum in se* и как таковые были неразрывно переплетены с моралью времени, т. е. убивать, красть и сжигать дом своего соседа было настолько же греховно, насколько и преступно (курсив мой. – Г.Е.). Зло, сопутствовавшее этим деяниям, являлось самоочевидным, поскольку всякий человек не согласился бы быть убитым, а равно утратить свою собственность в результате хищения или потерять дом в результате пожара», *People V. Studifin*, 132 Misc. 2d 326, 329 (N.Y. Sup. Ct. 1986).

человека, и это в своей совокупности позволяет сделать вывод о том, что он не мог не знать о его запрещённости.

2. Тяжкое убийство по правилу о фелонии

Тяжкое убийство по правилу о фелонии (*felony-murder*) (иногда именуемое конструктивным тяжким убийством (*constructive murder*)³⁴⁷) являет собой, пожалуй, один из самых поразительных уголовно-правовых институтов стран семьи общего права. Такие его нелицеприятные эпитеты, как «живое ископаемое»,³⁴⁸ «аномалия в праве убийства»³⁴⁹ и «легальная фикция»,³⁵⁰ не имеющая «логического или практического базиса для существования в современном праве»,³⁵¹ «несовместимая с концепцией виновности»,³⁵² создающая проблемы своей «моральной тупостью»³⁵³ и позволяющая осудить человека «на основе просто вероятности вины»,³⁵⁴ казалось бы, не оставляют ему никакого права на жизнь, однако он не только продолжает существовать, но и, более того, часто ревностно отстаивается и юристами-практиками, и теоретиками.

Прежде всего, постараемся предложить в самом первом приближении определение тяжкого убийства по правилу о фелонии. Представляется, что его можно сформулировать следующим образом: причинение смерти человеку *per se* образует тяжкое убийство (*murder*) безотносительно к *mens rea*, сопутствовавшей такому причинению смерти, если последняя причинно наступила вследствие намеренного (*intentional*) совершения либо покушения на совершение или бегства после намеренного совершения либо покушения на совершение другого преступления, являющегося фелонией (*felony*) (базисной, исходной фелонии).

Конструктивное тяжкое убийство получило широкое распространение в странах семьи общего права, куда оно пришло вместе с уголовным правом Англии. И если, к примеру, в Ирландской Республике этот институт был законодательно отменён в 1964 г.,³⁵⁵ а в

³⁴⁷ Всё же если подходить точнее к этому моменту, то понятие «конструктивное тяжкое убийство» является в основе своей более общим по отношению к понятию «тяжкое убийство по правилу о фелонии», поскольку им охватывается не только последнее, но и упоминаемое далее тяжкое убийство при сопротивлении служителю правосудия. Однако весьма часто термин «конструктивное тяжкое убийство» используется как синоним тяжкого убийства по правилу о фелонии, хотя таковой подход распространён не столько в Соединённых Штатах, сколько в других странах семьи общего права, сохраняющих рассматриваемую разновидность тяжкого убийства (см., напр.: *Regina v. Ng*, [2002] VSC 561, [9] (*per* Teague, J.) (понятие «конструктивного тяжкого убийства» аналогично понятию «тяжкого убийства по правилу о фелонии»). При этом, отмечается в одном из рабочих документов по составлению австралийского Примерного уголовного кодекса, в связи ограничением действия старой доктрины предпочтительнее использовать термин «конструктивное тяжкое убийство», нежели чем «тяжкое убийство по правилу о фелонии», поскольку совершение не всех фелоний, повлекших смерть человека, даёт сегодня основание для применения рассматриваемой нормы (см.: Model Criminal Code. Chapter 5. Fatal Offences Against the Person: Discussion Paper. Barton, 1998. P. 61). Аналогичная точка зрения высказывается и в австралийской судебной практике, считающей понятие «конструктивное тяжкое убийство» более предпочтительным в силу того, что законодательством замещены нормы общего права, в рамках которых существовало тяжкое убийство по правилу о фелонии (см.: *Regina v. Spathis & Patsalis*, [2001] NSWCCA 476, [209] (*per* Carruthers, A.J.)). Исходя из сказанного, оговоримся, что в настоящем исследовании, если специально не означено иное, оба понятия будут условно использоваться как синонимы.

³⁴⁸ *Tison v. Arizona*, 481 U.S. 137, 159 (1987) (Brennan, J., diss. op.).

³⁴⁹ Note, *Felony Murder: A Tort Law Reconceptualization* // *Harvard Law Review*. Cambridge (Mass.), 1986. Vol. 99, № 8. P. 1919.

³⁵⁰ *State v. Harrison*, 90 N.M. 439, 442 (1977).

³⁵¹ *People v. Aaron*, 409 Mich. 672, 689 (1980).

³⁵² Note, *Felony Murder as a First Degree Offense: An Anachronism Retained* // *The Yale Law Journal*. New Haven (Conn.), 1957. Vol. 66, № 3. P. 428.

³⁵³ Givelber D. The New Law of Murder // *Indiana Law Journal*. Bloomington, 1994. Vol. 69, № 2. P. 385.

³⁵⁴ Roth N.E., Sundby S.E. The Felony-Murder Rule: A Doctrine at Constitutional Crossroads // *Cornell Law Review*. Ithaca (N.Y.), 1985. Vol. 70, № 3. P. 447.

³⁵⁵ См. подп.: Consultation Paper on Homicide: The Mental Element in Murder / LRC-CP 17 – 2001. Dublin: The Law Reform Commission, 2001. P. 7–9.

Канаде нормы Уголовного кодекса 1892 г.,³⁵⁶ инкорпорировавшие его в статутное право, сравнительно недавно признаны Верховным Судом Канады неконституционными,³⁵⁷ то в ряде штатов Австралии и в Новой Зеландии он (правда, кое-где сильно видоизменившись) существует и поныне.³⁵⁸ быть приговорено к уровню заключения 1 (пожизненному) или к

³⁵⁶ См.: *Пересмотренные статуты Канады, глава C-46, 1985 г. (Revised Statutes of Canada, 1985, с. C-46)*. Из теоретических работ эпохи господства доктрины конструктивного тяжкого убийства см., напр.: *Tremear's Annotated Criminal Code*. P. 290–292.

³⁵⁷ См. подр. отдел второй § 2 главы VI.

³⁵⁸ Нормы, образующие по своему содержанию тяжкое убийство по правилу о фелонии (с рядом ограничений) имеются в уголовном законодательстве Нового Южного Уэльса (ст. 18 Акта о преступлениях 1900 г., воспроизводящая в затронутом аспекте более ранние положения Акта об изменении уголовного права 1883 г.) и Южной Австралии (ст. 12А Акта о консолидации уголовного права 1935 г. в ред. 1994 г.). Судебная практика Нового Южного Уэльса рассматривает соответствующее установление как отражающее в статутной форме доктрину общего права (ср.: *Regina v. Spathis & Patsalis*, [2001] NSWCCA 476, [209] (*per Carruthers, A.J.*) («положения о «тяжком убийстве по правилу о фелонии» в ст. 18 (Акта о преступлениях 1900 г. – Г.Е.) замещают принципы общего права»)), а в Южной Австралии считается, что норма «общего права относительно тяжкого убийства по правилу о фелонии... отменена законом как следствие отмены концепций фелонии и мисдиминора (в 1994 г. – Г.Е.) и заменена более или менее эквивалентным положением», *Regina v. R. & G.*, (1995) 63 S.A.S.R. 417, 420 (*per King, C.J.*). Виктория, законодательно отменив в 1981 г. старую норму общего права о тяжком убийстве по правилу о фелонии, одновременно в сущности восстановила последнее, но уже в более ограниченном виде. Ст. 3А Акта о преступлениях 1958 г. в ред. 1981 г. предусматривает следующее: «(1) Лицо, которое ненамеренно причиняет смерть другому лицу актом насилия, совершённым в ходе или в способствовании преступления, необходимые элементы которого включают насилие и за которое лицо при первом осуждении может в соответствии или в силу какого-либо установления В Куинсленде (ст. ст. 302.(1)(b)-(е), 302.(2)-(4) УК 1899 г.), Северной территории (ст. ст. 162.(1)(b)-(d), 162.(2)-(5) УК 1983 г.), Западной Австралии (ст. 279.(2)-(5) УК 1913 г.) и Тасмании (ст. 157.(1)(с) УК 1924 г.) формально нет института конструктивного тяжкого убийства, но, как сформулировал Высокий Суд Австралии применительно к УК Тасмании, «в условных терминах» восприняты нормы общего права (см.: *Bouhey v. The Queen*, (1986) 161 C.L.R. 10, 35 (*per Brennan, J.*)). Содержательно последние воспроизводят родственную рассматриваемой доктрине общего права о тяжком убийстве по правилу о неотъемлемой опасности (*inherently dangerous rule*). Истоки её прослеживаются к Джеймсу Ф. Стифену, судье и крупнейшему теоретику в области уголовного права в викторианской Англии. Рассматривая ещё на заре своей научной деятельности тяжкое убийство по правилу о фелонии, он крайне отрицательно отнесся к нему, указав, что «правило, по которому всякое намерение учинить фелонию считается злоумышленностью, достаточно для полноты понятия мёрдера, подлежит строгой критике» (см.: *Стифен Дж. Ф.* Указ. соч. С. 153). В попытке смягчить изначальную суровость конструктивного тяжкого убийства, элиминирующего всякий вопрос о *mens rea* в отношении смерти, наступившей в ходе учинения фелонии, Джеймс Ф. Стифен в ст. ст. 174(d), 175 проекта уголовного кодекса, подготовленного им в 1878–1879 гг. совместно с Бароном Блэкбурном и судьями Бэрри и Нашем, изложил нормы, ставшие впоследствии основой доктрины о тяжком убийстве по правилу о неотъемлемой опасности. Согласно данной доктрине в её самых общих чертах, тяжкое убийство образуется причинением смерти в ходе (а) совершения деяния, направленного к достижению неправомерной цели и ставящего в опасность жизнь человека, либо (б) совершения деяния (входящего в перечень специально поименованных преступлений), для цели учинения которого обвиняемый намеревался причинить тяжкий телесный вред другому человеку, использовать в отношении него усыпляющие препараты или преднамеренно остановить его дыхание. Соответственно, отсутствие намерения причинить смерть или отсутствие предвидения смерти (в ситуации (а)), а также отсутствие намерения причинить смерть или отсутствие знания об опасности действия для человеческой жизни (в ситуации (б)) не исключают ответственности за тяжкое убийство. Как судья, аналогичную попытку Джеймс Ф. Стифен принял в 1887 г., председательствуя в Центральном уголовном суде Лондона на известном процессе по обвинению Леона Серне и его соучастника. Серне поджёг свой дом, застрахованный на сумму, значительно превышавшую его стоимость. В результате пожара погибло двое детей обвиняемого, которым он был заботливым отцом и которых он, естественно, не хотел убивать. В соответствии с доктриной тяжкого убийства по правилу о фелонии в её классическом виде, Серне как совершивший фелонию поджога был, несомненно, виновен в тяжком убийстве, несмотря на то, что дети погибли совершенно случайно. Джеймс Ф. Стифен, инструктируя присяжных, подверг доктрину конструктивного тяжкого убийства резкой уничижительной критике, поставив под сомнение её юридическую силу как нормы английского права: «В силу дефиниции тяжкое убийство есть противоправное человекоубийство со злым предумышлением; и слова «злое предумышление» являются техническими... Одно из их значений заключается в убийстве другого лица деянием, учинённым с намерением совершить фелонию. Другое значение заключается в деянии, учинённом со знанием о том, что деяние вероятно причинит смерть некоему лицу... Если вы сочтёте, что один из или оба этих человека на скамье подсудимых убили этого мальчика либо деянием, совершённым с намерением учинить фелонию, т. е. поджогом дома с целью обмануть страховую компанию, либо поведением, которое, исходя из их знания, вероятно причинит смерть и, следовательно, является очевидно опасным само по себе, то в обоих этих случаях обвиняемые виновны в предумышленном тяжком убийстве в ясном значении этого слова. Я скажу пару слов об одной части этой дефиниции, поскольку ей присуща способность быть применённой слишком жестоко в определённых случаях и поскольку, хотя я и пользуюсь правом в том виде, в каком я нахожу его существующим, я весьма сильно сомневаюсь, не является ли дефиниция, которую я дал — хотя это и обычная дефиниция — отчасти слишком широкой... Возьмём... весьма древний пример (см.: *Coke E. The Third Part...* P. 56. — Г.Е.): было сформулировано, что если человек выстрелил в домашнюю птицу с намерением похитить её и случайно убил человека, то он должен рассматриваться

заклучению на срок 10 лет и более, должно подлежать осуждению за тяжкое убийство как если бы оно убило такое лицо намеренно. (2) Норма права, известная как норма о тяжком убийстве по правилу о фелонии (в силу которой лицо, ненамеренно причиняющее смерть другому актом насилия, совершённым в ходе или в содействие насильственной фелонии, должно подлежать осуждению за тяжкое убийство как если бы оно убило такое лицо намеренно), настоящим отменяется». Судебная практика Виктории воспринимает эту норму как «статутно изменённое тяжкое убийство по правилу о фелонии» (*statutory modified felony murder*) или тяжкое убийство «*sui generis*», *Regina v. Ng*, [2002] VSC 561, [13] (*per Teague, J.*).

Но, бесспорно, наиболее прочно тяжкое убийство по правилу о фелонии укоренилось на американской почве, где теоретические дискуссии, связанные с ним, не утихают и по сей день, находя своё отражение в законодательстве и судебной практике. Это обстоятельство и обусловило его выбор для целей настоящего исследования.

Корни конструктивного тяжкого убийства по правилу о фелонии лежат в позднем средневековье. Соответственно, как и относительно многих уголовно-правовых институтов, соотносимых в своих истоках с этим временем, дать исчерпывающе-точный ответ на вопрос о его происхождении не представляется возможным, да и каким бы он ни был, итоговый вывод, если заимствовать цитату из одного калифорнийского судебного решения, с неизбежностью всегда будет один и тот же: «Доктрине тяжкого убийства по правилу о фелонии в общем праве присуще сомнительное происхождение... Точные истоки нормы... далеки от ясности».³⁵⁹

как виновный в тяжком убийстве, поскольку деяние было совершено при учинении фелонии. Я, однако, весьма сильно сомневаюсь, является ли это в реальности нормой права либо же решил бы так дело Суд для рассмотрения резервированных дел короны.... По моему мнению, дефиниция права, которая объявляет тяжким убийством причинение смерти деянием в ходе совершения фелонии может и должна быть сужена, хотя на таковой части права в данном случае корона отстаивает позицию, что содеянное является тяжким убийством. Я полагаю, что *вместо высказывания, по которому любое деяние, совершённое с намерением содейть фелонии и причиняющее смерть, образует тяжкое убийство, было бы обоснованнее сказать, что любое деяние, причинившее смерть и совершённое с целью содействия фелонии, о котором известно, что оно опасно для жизни и вероятно само по себе причинит смерть, должно быть тяжким убийством* (курсив мой. – Г.Е.), *Regina v. Seme & Goldfinch*, 16 Cox C.C. 311, 312–313 (Cent. Crim. Ct. 1887) (*per Stephen, J.*). Такое резюме практически отменяло доктрину тяжкого убийства по правилу о фелонии в целом. Примечательно, что оба обвиняемых были оправданы, хотя всего лишь через месяц Серне всё-таки был осуждён за поджог своего дома, и, как совершенно справедливо отмечает Кортни С. Кенни, «если он был виновен в поджоге, он, с точки зрения юридической, был, несомненно, виновен и в тяжком убийстве» (см.: Кенни К. Указ. соч. С. 148). Однако в дальнейшем столь существенному видоизменению старой доктрины Джеймс Ф. Стифен отказался придать правополагающее значение, предпочтя использовать в своих знаменитых «Дигестах уголовного права» классическую формулу конструктивного тяжкого убийства (см.: *Stephen J.F. A Digest of the Criminal Law (Indictable Offences)*. P. 211–214). Последнее обстоятельство, тем не менее, не помешало австралийским штатам, опиравшимся при кодификации своего уголовного законодательства в значительной мере на проект уголовного кодекса 1879 г., воспринять изложенную доктрину тяжкого убийства по правилу о неотъемлемой опасности, являющуюся, как отмечается в судебной практике, «реликтом старой нормы общего права о тяжком убийстве по правилу о фелонии», *Regina v. Fitzgerald*, [1999] QCA 109, [17] (*per McPherson, J.A.*).

³⁵⁹ И, наконец, в Австралийской столичной территории не восприняты ни та, ни другая доктрины (ст. 12 Акта о преступлениях 1900 г.). Что касается новозеландского уголовного законодательства, то ст. ст. 167–168 Акта о преступлениях 1961 г. практически дословно воспроизводят положения ст. ст. 174(d), 175 английского проекта уголовного кодекса 1879 г., видоизменяющие тяжкое убийство по правилу о фелонии. Так, ср., напр.: «Ст. 168 (Акта о преступлениях 1961 г. – Г.Е.) отражает точку зрения, считающую виновными в тяжком убийстве лиц, когда они намеренно причиняют серьёзный вред с целью содействия совершению специально означенных правонарушений... Единственная в своём роде, здесь дефиниция тяжкого убийства не требует предвидения убийства... Согласно общему праву смерть, причинённая в ходе совершения фелонии, связанной с личным насилием, образовывала тяжкое убийство... Постольку, поскольку цепочка действий, включающих насилие, началась, исполнитель должен согласиться с последствиями и не может утверждать, что в некий момент они стали ненамеренными. В том виде, в каком она выражена в ст. 168, концепция (по сравнению с концепцией общего права. – Г.Е.) менее абсолютна, требуя... намерение причинить тяжкий телесный вред для содействия совершению специально означенного правонарушения. Подверженная данному улучшению, норма о тяжком убийстве по правилу о фелонии... есть отражение законодательного намерения, согласно которому лица, готовые причинить тяжкий вред для содействия совершению тяжких преступлений, должны отвечать за последствия, если наступает смерть» (курсив мой. – Г.Е.), *Regina v. Tuhoro*, [1998] 3 N.Z.L.R. 568, 572–573 (*per Eichelbaum, C.J.*). См. подр.: *Roulston R.P. Op. cit.* P. 83–85; *Brett P., Waller P.L. Cases and Materials in Criminal Law*. Melbourne; Sydney; Brisbane: Butterworths, 1962. P. 118–133; *Carter R.F. Criminal Law of Queensland*. Brisbane; Sydney; Melbourne: Butterworths, 1958. P. 152–153; *Model Criminal*

Можно выделить несколько точек зрения, приписывающих происхождение конструктивного тяжкого убийства и лежащей в его основе теоретической доктрины разным историческим эпохам.

Так, распространено мнение, что первое формальное установление тяжкого убийства по правилу о фелонии встречается в трактате Генри де Брактона «О законах и обычаях Англии» в рамках канонической доктрины *versanti in re illicitae*.³⁶⁰ В отечественной литературе такая позиция на протяжении вот уже многих лет последовательно отражается в работах Б.С. Никифорова³⁶¹ и А.С. Никифорова.³⁶²

В ряде исследований делается иная попытка, и первоисточники конструктивного тяжкого убийства прослеживаются к двум прецедентам XVI в.: либо к делу лорда Дакреса 1535 г.,³⁶³ либо к делу Манселла и Герберта 1558 г.³⁶⁴

И всё же, пожалуй, большинство авторов склонно видеть первое формальное установление нормы в «Институтах» Эдуарда Коука с опорой или на максимум Генри де Брактона, или на интерпретацию указанных двух решений.³⁶⁵

Сравнительно недавно, кроме того, Джордж П. Флетчер предложил ещё одну версию происхождения тяжкого убийства по правилу о фелонии, приписав его создание видному юристу XVIII в. Майклу Фостеру.³⁶⁶

Code. Chapter 5. Fatal Offences Against the Person: Discussion Paper. P. 59–65; Goff R. The Mental Element in the Crime of Murder // *The Law Quarterly Review*. L., 1988. Vol. 104, № 1. P. 33 n. 12.³⁵⁹ *People v. Burroughs*, 35 Cal. 3d 824, 838, 840 (1984) (Bird, C.J., conc. op.).

³⁶⁰ Ср.: Генри де Брактон должен пониматься «как воспринимающий каноническую доктрину *versanti in re...* Следы такого подхода могут быть найдены в ныне существующей норме о тяжком убийстве по правилу о фелонии» (см.: Dillof A.M. Op. cit. P. 509–510). В поддержку этой позиции см., напр.: Bassiouni M.C. Op. cit. P. 247; Грюнхут М. Указ. соч. С. 306–307. Ещё более отдалённо происхождение рассматриваемой доктрины возводится в исследованиях, связывающих её с англосаксонским уголовным правом донорманнской эпохи (см., напр.: Mueller G.O.W. Criminal Law and Administration // *New York University Law Review*. N.Y., 1959. Vol. 34, № 1. P. 98). Тем не менее, убедительные доводы в обоснование такого подхода едва ли могут быть приведены.

³⁶¹ См.: Кенни К. Указ. соч... Вступ. ст. Б.С. Никифорова. С. xxxviii–xliii.

³⁶² См.: Никифоров А.С. Ответственность за убийство в современном уголовном праве. Комментарий. М.: Учебно-консультационный центр «ЮрИнфоР», 2000. С. 2425; Никифоров А. Ответственность за убийство в современном уголовном праве: простое убийство // *Уголовное право*. М., 1999. № 2. С. 63; Никифоров А.С. Уголовное право современной Англии... С. 142–143.

³⁶³ См.: Lord Dacres' Case, Moore 86, 72 Eng. Rep. 458 (K.B. 1535). В поддержку этой позиции см., напр.: Houck K.M. Note, *People v. Dekens*. The Expansion of the Felony-Murder Doctrine in Illinois // *Loyola University Chicago Law Journal*. Chicago (Ill.), 1999. Vol. 30, № 2. P. 360 n. 32; Anooshian J.S. Op. cit. P. 454–455; Baxley R.C. Recent Cases, Felony-Murder—Surviving Cofelons are Punishable for First Degree Murder Under California Penal Code Section 189 for the Killing of a Confederate by the Owner of the Store Which They were Robbing (*People v. Hand*, Cal. 1963) // *San Diego Law Review*. San Diego (Cal.), 1964. Vol. 1. P. 111.

³⁶⁴ См.: Mansell & Herbert's Case, 2 Dyer 128b, 73 Eng. Rep. 279 (Q.B. 1558). В поддержку этой позиции см., напр.: Note, Felony Murder as a First Degree Offense... P. 430–431 n. 23; Arent A.E., MacDonald J.W. Felony Murder Doctrine and Its Application Under the New York Statutes // *Cornell Law Quarterly*. Ithaca (N.Y.), 1935. Vol. 20, № 3. P. 288–290.

³⁶⁵ Ср.: «Эдуард Коук считается обычно ответственным за рождение доктрины тяжкого убийства по правилу о фелонии...» (см.: Hilliard J.W. Felony Murder in Illinois: The «Agency Theory» vs. the «Proximate Cause Theory»: The Debate Continues // *Southern Illinois University Law Journal*. Carbondale (Ill.), 2001. Vol. 25, № 2. P. 332). В поддержку этой позиции см., напр.: Brett P., Waller P.L. Op. cit. P. 118–119; Perkins R.M. Criminal Law. P. 33; Russell on Crime... Volume I. P. 534–535, 551; Gerber R.J. The Felony Murder Rule: Conundrum Without Principle // *Arizona State Law Journal*. Tempe (Ariz.), 1999. Vol. 31, № 3. P. 764–765; Stiles G.T. Comment, North Carolina's Unconstitutional Expansion of an Ancient Maxim: Using DWI Fatalities to Satisfy First Degree Felony-Murder // *Campbell Law Review*. Buies Creek (N.C.), 1999. Vol. 22, № 1. P. 177179; Singer R., Husak D. Op. cit. P. 915–916 n. 178; Westling W.T. Manslaughter By Unlawful Act: The «Constructive» Crime Which Serves no Constructive Purpose // *The Sydney Law Review*. Sydney, 1974. Vol. 7, № 2. P. 211–212; Recent Developments, Criminal Law: Felony-Murder Rule – Felon's Responsibility for Death of Accomplice // *Columbia Law Review*. N.Y., 1965. Vol. 65, № 8. P. 1496 n. 2. Верховный Суд Канады отразил её в одном из своих решений (см.: Regina v. Vaillancourt, [1987] 2 S.C.R. 636, 647–648 (per Lamer, J.) (Эдуард Коук ответственен за рождение тяжкого убийства по правилу о фелонии)).

³⁶⁶ Цит. по: Roth N.E., Sundby S.E. Op. cit. P. 449. Ср. также: «... До Фостера нет недвусмысленного авторитетного источника – как в лице комментаторов, так и в лице судей – в поддержку нормы. Все предполагаемые более ранние источники подвержены различным толкованиям, т. е. характер нормы, предлагаемой ими, неясен» (см.: Tomkovicz J.J. The Endurance

Отталкиваясь от приведённых точек зрения и теоретикопрактических доводов, приводимых в их обоснование, можно сказать, что ни одна из них не представляется разрешающей с достаточной убедительностью проблему генезиса рассматриваемой доктрины. Наиболее же приемлемой видится позиция, связывающая её происхождение с трудами юристов XVII в.

Что касается работы Генри де Брактона и приписываемой через неё связи канонической доктрины *versanti in re* с тяжким убийством по правилу о фелонии, то, при всей бесспорной схожести двух конструкций, признать первую историческим базисом последнего было бы достаточно поспешным умозаключением.

Авторы, придерживающиеся данной точки зрения, цитируют в её поддержку один пассаж из *fol. 120b-121*,³⁶⁷ полагая при этом, что в соответствии с изложенной в нём доктриной будущего тяжкого убийства по правилу о фелонии «в том классическом виде, в каком она была сформулирована в XIII в. английским юристом Брактоном, смерть, причинённая лицом “при занятии незаконным делом”, всегда вменяется ему в вину».³⁶⁸

Однако этот вывод весьма и весьма спорен и даже отчасти поверхностен. Фрагмент из брактоновского трактата никоим образом не говорит о том, что причинение смерти человеку при совершении неправомерного деяния *per se* образует тяжкое убийство независимо от *mens rea*, сопутствовавшей причинению смерти (а это и составляет *сущность* тяжкого убийства по правилу о фелонии), а имеет своей целью исключительно ограничение сферы действия такого основания защиты от обвинения в убийстве, как защита *per infortunium*. Соответственно, по мнению Генри де Брактона, причинение смерти в ходе учинения противоправного деяния не даёт обвиняемому права на выдвижение такой защиты и получение, как следствие, королевского помилования, но *не более того*. К тому же брактоновский трактат после его написания редко использовался судьями вплоть до середины XVI в.,³⁶⁹ а ещё примечательнее то, что сформулированные в нём нормы не были *содержательно-практически* инкорпорированы в систему английского уголовного права: там, где Генри де Бракстон отходит от своих канонических построений, он отказывается от всякой идеи «вменения в вину любого результата предпринятого субъектом незаконного действия»³⁷⁰ и готов признать право на получение помилования даже за человеком, причинившим смерть при совершении неправомерного деяния, но *per infortunium*. Нельзя не указать и на то обстоятель-

of the Felony-Murder Rule: A Study of the Forces that Shape Our Criminal Law // *Washington and Lee Law Review. Lexington (Va.)*, 1994. Vol. 51, № 4. P. 1442). Отчасти именно такая (со ссылкой на Джорджа П. Флетчера) версия происхождения тяжкого убийства по правилу о фелонии высказана в решении по одному из дел Высоким Судом Австралии (см.: *Wilson v. The Queen*, (1992) 174 C.L.R. 313, 320–328).

³⁶⁷ Фрагмент этот (в более полном виде он уже цитировался в § 2 главы I) заключается в следующем: «Casu, sicut per infortunium, cum aliquis proicit lapidem ad avem vel animal et alius transiens ex insperato percutitur et moritur, vel si quis arborem incident, et per casum arboris aliquis opprimatur, et huiusmodi. *Sed hie erit distinguendum utrum quis dederit operam rei licitae vel illicitae* (курсив мой. – Г.Е.). Si illicitae, ut si lapidem proiciebat quis versus locum per quem consueverunt homines transitum facere... et huiusmodi, hie imputatur ei. Si vero licitae rei operam dabat, ut si magister causa disciplinae discipulum verberat... et huiusmodi, hie si adhibuit diligentiam quam potuit... non imputatur ei» («Случайно (имеется в виду учиняется убийство. – Г.Е.), как, например, *per infortunium*, когда кто-то бросает камень в птицу или животное, и другой, проходящий мимо, неожиданно поражён и умирает, либо если некто срубает дерево и случайно дерево в падении давит кого-то, и тому подобное. Но здесь мы должны различать, было ли его деяние надлежащим либо же ненадлежащим (курсив мой. – Г.Е.). Если ненадлежащее, как если некто сбросил камень на место, где обычно проходят люди... и тому подобное, то оно вменяется ему. Но если его деяние было правомерным, как если учитель порол ученика в качестве дисциплинарной меры... и тому подобное, и если здесь он проявил всю возможную внимательность, то оно не вменяется ему»).

³⁶⁸ ⁶⁸ Никифоров А.С. Ответственность за убийство в современном уголовном праве. С. 25; см. также: Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 252–258; Кенни К. Указ. соч... Вступ. ст. Б.С. Никифорова. С. xxxviii–xlili; Никифоров А. Ответственность за убийство в современном уголовном праве: простое убийство. С. 63.

³⁶⁹ Что, кстати говоря, признаётся сторонниками оспариваемой точки зрения (см.: Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 25–26, 210–215), и позволяет задать вопрос: если трактат практически не использовался, то как могли его идеи попасть в действующее право Англии?

³⁷⁰ Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 575.

ство, что романизированный отрывок, на котором строится анализируемая точка зрения, как подмечает Фредерик У. Мэйтланд,³⁷¹ в определённой мере не согласуется с положениями, содержащимися в *fol 104b, 155* и в особенности в *fol 134-134b*, где ограничения применения основания защиты *per infortunium* лишь правомерным деянием не содержится, а право на получение королевского помилования формулируется в общих терминах вне зависимости от того, был ли человек убит случайно в ходе учинения неправомерного деяния либо же правомерного.³⁷²

В пользу изложенных соображений также говорит и тот факт, что в дальнейшем вплоть до XVI в. ни в судебной практике, ни в трактатах юристов не встречается достаточно авторитетной и общей нормы, которая могла бы рассматриваться как первооснова доктрины конструктивного тяжкого убийства.

И поскольку вряд ли допустимо сомневаться в важности этого момента именно применительно к общему праву, то примечательно то, что оспорить его не в состоянии даже те, кто приписывает Генри де Брактону формулирование основы будущего тяжкого убийства по правилу о фелонии. Так, Б.С. Никифоров в одной из работ указывал: «Мы не имеем возможности останавливаться на деталях процесса постепенного внедрения этой нормы (*versanti in re*. – Г.Е.) в английскую судебную практику, процесса, происходившего в течение нескольких столетий, и перейдём непосредственно к результатам этого процесса, как их сформулировал в начале XVII в. один из творцов общего права – Кок».³⁷³

При всём уважении к точке зрения Б.С. Никифорова, нельзя не сказать, что даже представился ему такая возможность, вряд ли он смог бы, опираясь на казусы докоуковского времени или, если быть более точными, на прецеденты, датирующиеся ранее, чем 1535 г., привести убедительные доводы в поддержку своей позиции. Во всяком случае, даже единственный (!) в какой-то мере вписывающийся в рамки предлагаемой им концепции случай 1301 г., связанный с рассмотрением присяжными вопроса о причине смерти (наступила ли она от болезни потерпевшего либо от лёгкой раны, нанесённой ему за несколько дней до того в ходе игры «в камни», предположительно запрещённой законом) и неоднократно цитируемый Б. С. Никифоровым в диссертации,³⁷⁴ по собственному его же признанию «представляется... сомнительным»,³⁷⁵ и, можно добавить, никак не отображает каноническую доктрину *versanti in re*. Более любопытен другой казус, согласно фактам которого некий клирик, находясь в помещении, в ссоре ударил другого человека ключами от церкви; удар же был настолько силен, что связка ключей вырвалась из его рук, разбила стекло и, вылетев из окна, выбила глаз совершенно посторонней женщине, находившейся снаружи. Осуждая службу за нанесение увечья (*mayhem*), суд обосновал это тем, что «он обладал дурным намерением вначале».³⁷⁶ По мнению Б.С. Никифорова, здесь «построения Брактона (имеется в виду доктрина *versanti in re*. – Г.Е.) подвергаются распространительному толкованию, при-

³⁷¹ См.: Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume II. P. 479 n. 3.

³⁷² Так, ср.: «Item crimen homicidii, sive sit casuale sive voluntarium (курсив мой. – Г.Е.), licet eandem poenam non contineant quia in uno casu rigor et in alio misericordia», *fol. 104b* («Таково же преступление убийства, будь оно случайно или намеренно (курсив мой. – Г.Е.), хотя и не влекут они одного и того же наказания, так как в одном случае суровость, а в другом милосердие [имеют место]»); «Tenetur etiam aliquando de gratia concedere ei vitam, ut si per infortunium vel se defendendo hominem interfecerit (курсив мой. – Г.Е.)», *fol. 134-134b* («Он (т. е. монарх. – Г.Е.) иногда обязан даровать жизнь человеку как знак милости, как если последним случайно или в самообороне был убит человек (курсив мой. – Г.Е.)»); «Item non tenetur si per infortunium et non animo et voluntate occidendi...», *fol. 155* («Также [человек] не обязан (т. е. не несёт ответственности. – Г.Е.), если убивает *per infortunium* и не душой и не волей...»).

³⁷³ Кенни К. Указ. соч... Вступ. ст. Б.С. Никифорова. С. xxxix.

³⁷⁴ См.: Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 204, 213, 215, 569.

³⁷⁵ Там же. С. 213.

³⁷⁶ Дело было разрешено в 1498 г. на Зимней судебной сессии в тринадцатый год правления короля Генриха VII (Y. B. III. 13 Hen. VII, f. 14, pi. 5, A. D. 1498) (цит. по: Sayre F.B. *Mens Rea*. P. 991).

меняясь... не только к убийству, но и к случаям нанесения телесных повреждений».³⁷⁷ Такое утверждение небесспорно: вряд ли можно рассматривать как отражающий идею вменения любых, даже непредвиденных последствий неправомерного деяния сравнительно случайно возникший вне области убийства казус, факты которого складываются в простую в общем-то ситуацию «отклонения действия» (*aberratio ictus*).³⁷⁸ Иных же прецедентов подобного рода, заслуживающих внимания, при подготовке, во всяком случае, настоящего исследования обнаружить не удалось.

Пожалуй, по большей части такое молчание судебной практики можно увязать с привилегией церкви. Её следствие в касающемся текущего обсуждения аспекте сводилось к тому, что умевший читать мог избежать осуждения в светском суде как за фелонию, так и за причинение смерти в ходе её совершения, т. е. для создания нормы, позволяющей вменить здесь убийство другого, не было рациональных оснований: и по отношению к первому, и по отношению ко второму пункту обвинения лицо спасалось от виселицы, прибегнув к привилегии церкви.

Такое положение вещей можно наблюдать до конца XV – первой половины XVI вв., когда серией «Статутов Тюдоров», появляющихся после 1488 г., из привилегии церкви исключаются тяжкое убийство со злым предумышлением и ряд иных преступлений. Так, по статуту 1488 г. *4 Hen. VII, c. 13* светские лица, умевшие читать и совершившие тяжкое убийство, изнасилование, ограбление, кражу, могли прибегнуть к привилегии церкви только один раз, для чего по осуждении они клеймились железом на большом пальце левой руки; за духовными же особами (нормы этого статута впоследствии при Генрихе VIII (1509–1547 гг.) были распространены и на собственно клириков, а затем вновь сужены до исходно сформулированных с некоторыми дополнениями в 1547 г. статутом *1 Edw. VI, c. 12*) привилегия церкви была оставлена в прежнем объёме. Принятый позднее, в 1496 г., статут *12 Hen. VII, c. 7* изъял из привилегии церкви малую измену; статут 1512 г. *4 Hen. VIII, c. 2* – тяжкое убийство и другие фелонии, совершённые в церкви и на дороге, а также тяжкое убийство и грабёж, учинённые в доме потерпевшего, собственника или живущего в доме; статут 1531 г. *23 Hen. VIII, c. 1* – всякое преднамеренное тяжкое убийство со злым предумышлением (*wylfull murder of malyce prepensed*), а также поджог домов и заполненных амбаров и некоторые виды бёрглэри, при условии, что эти преступления не содеяны клириком, начиная с чина под-дьякона и старше, сохранившими привилегию (в 1547 г. статут *1 Edw. VI, c. 12* отменил данное исключение); статут 1536 г. *28 Hen. VIII, c. 15* – любую фелонию в пределах юрисдикции адмиралтейства; статут 1547 г. *1 Edw. VI, c. 12* – любое бёрглэри, вторжение в дом, кражу лошадей; статут 1566 г. *8 Eliz., c. 4* – хищение на сумму свыше шиллинга; статут 1576 г. *18 Eliz., c. 7* – изнасилование; статут *39 Eliz., c. 9* – похищение женщины с намерением жениться на ней.

В связи с этим необходимо отметить следующее. К концу XV в. английское право не знало иной категории неправомерного и виновного причинения смерти человеку, кроме тяжкого убийства со злым предумышлением. Однако вместе с изъятием из привилегии церкви преступления тяжкого убийства сперва самостоятельно, а в дальнейшем, вполне возможно, даже сообразуясь с ним, шёл постепенный процесс выделения из категории тяжкого убийства второй разновидности неправомерного и виновного причинения смерти человеку, сохранившей за собой привилегию церкви и получившей название «простого убийства» (*manslaughter* или *chancemedley*).³⁷⁹ Появление последнего потребовало выра-

³⁷⁷ Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 229.

³⁷⁸ Если и считать данный прецедент как правополагающий источник, то связывать его скорее следует не с тяжким убийством по правилу о фелонии, а с совершенно иной концепцией общего права, так называемым «перемещённым» намерением (*transferred intent*), которой и разрешаются случаи с отклонением действия (см. подр. далее, сн. 398).

³⁷⁹ См. подр.: Oberer W.E. The Deadly Weapon Doctrine— Common Law Origin // *Harvard Law Review. Cambridge (Mass.)*, 1962. Vol. 75, A1° 8. P. 1566–1572; Kaye J.M. Op. cit. Part II. P. 569–601.

ботки точных критериев, с помощью которых его можно было бы отграничить, с одной стороны, от тяжкого убийства и, с другой, от ненаказуемого причинения смерти. И вот здесь следует подчеркнуть, что, как представляется, именно результатом последующей, во многом случайной и искажённой интерпретации ряда судебных решений XVI в., в которых была сделана попытка провести разграничительную линию между простым и тяжким убийством, стала доктрина конструктивного тяжкого убийства, впервые встречающаяся в уже оформившемся виде практически одновременно в работах Майкла Далтона и Эдуарда Коука.

Первым из этой линии прецедентов необходимо рассмотреть решение по делу лорда Дакреса, датируемое 1535 г.,³⁸⁰ которому иногда придаётся значение правополагающего источника тяжкого убийства по правилу о фелонии. Судебный отчёт так излагает его факты: «Сеньор Дакрес и прочие согласились вторгнуться в парк и охотиться там, и убить всех, кто будет им сопротивляться; и в соответствии с этим они пришли в парк, и... (столкнувшись с человеком, охранявшим его, который потребовал от них удалиться. — Г.Е.) другой его убил, в то время как сеньор находился в четверти мили от данного места, и ничего не знал об этом».³⁸¹ Лорд Дакрес и все его сотоварищи были осуждены за тяжкое убийство и повешены.

В литературе справедливо отмечается, что попытка увидеть в данном казусе *прямой* прообраз конструктивного тяжкого убийства небесспорна, поскольку определяющим моментом для разрешения дела послужило не то, что убийство имело место при совершении незаконного деяния, а то, что виновные *заранее согласились* между собой убить всякого, кто помешает им, т. е. действовали со злым предумышлением,³⁸² и факт отсутствия некоторых соучастников в месте убийства не повлиял на их ответственность. Лишь дальнейшая искажённая интерпретация рядом авторов принципов, положенных в основу решения, позволяет *косвенно* связать его с тяжким убийством по правилу о фелонии.

Другой казус, возникший чуть более двух десятилетий спустя и связанный с установлением критерия отграничения тяжкого от простого убийства, можно уже с большей обоснованностью рассматривать как основу будущего конструктивного тяжкого убийства.

На съезде судей судов общего права в Серджент Инн в 1558 г. разрешается весьма интересное дело Манселла и Герберта.³⁸³ Некто Герберт после спора, возникшего между ним и сэром Ричардом Мансфилдом, собрал банду более чем из сорока человек и пришёл к дому последнего, желая сразиться с ним «дабы силой изъять вещи под предлогом правомерного основания»,³⁸⁴ но не имея намерения причинить смерть какому-либо лицу. Возникла перебранка, и в ходе неё один из приспешников Герберта бросил камень по направлению к воротам, намереваясь поразить (хотя и не убить) одного из слуг Мансфилда. Вместо этого камень случайно попал и причинил смерть выходящей из ворот женщине, по отношению к которой, как говорит рукописный отчёт, оставленный одним из судей, разрешавших данное

³⁸⁰ См.: *Lord Dacres' Case*, Moore 86, 72 Eng. Rep. 458 (K.B. 1535).

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² Ср.: «Сеньор Дакрес и прочие согласились вторгнуться в парк и охотиться там, и убить всех, кто будет им сопротивляться...» («*Le Seignor Dacres & auters accord de enteren un pke, & de hunter la, & de tuer tous que eux resisteront...*»), *Ibid.* В поддержку удара на этом моменте см., напр.: *Recent Developments, Criminal Law: Felony-Murder Rule...* P. 1496 n. 2; *Note, Felony Murder as a First Degree Offense...* P. 430–431 n. 23.

³⁸³ См.: *Mansell & Herbert's Case*, 2 Dyer 128b, 73 Eng. Rep. 279 (Q.B. 1558). Точная датировка данного прецедента до сих пор не ясна. Иногда его относят к 1536 г. (см.: *Tomkovicz J.J.* Op. cit. P. 1442; *Note, Felony Murder as a First Degree Offense...* P. 430–431 n. 23; *Arent A.E., MacDonald J.W.* Op. cit. P. 289). Один из судей, разрешавших дело, сэр Джеймс Дайз, на чей сравнительно краткий отчёт о нём часто ссылаются, приписывает его Зимней судебной сессии второго года правления короля Филиппа и королевы Марии, т. е. 1556 г. Однако, как справедливо отмечает Дж. М. Кэй, исходя из состава суда более обоснованно считать, что дело рассматривалось на Пасхальной или Троицыной судебной сессии 1558 г. (см.: *Kaye J.M.* Op. cit. Part II. P. 577–578 n. 63).

³⁸⁴ *Mansell & Herbert's Case*, 2 Dyer 128b, 73 Eng. Rep. 279 (Q.B. 1558).

дело, Уильямом Далисоном, «указанный Герберт не имел никакого вида злого умысла или ссоры» («le dit Herbert nad nule kinde de malice ou quer eib»)³⁸⁵

Вопрос права, стоявший перед судом, сводился к тому, виновен ли Герберт с сотоварищами в тяжком убийстве либо же в простом. Здесь следует отметить два значимых правовых обстоятельства: во-первых, в середине XVI в. считалось, что обвиняемый виновен в тяжком убийстве, даже если он просто намеревался нанести лёгкую рану погибшему, но так или иначе причинил ему смерть,³⁸⁶ и, во-вторых, *ratio decidendi* решения по делу лорда Дакреса, в соответствии с которым, если лица заранее согласились совершить неправомерные действия и убить всякого, кто попытается помешать им, то все они виновны в тяжком убийстве. Эти две нормы права были малоприменимы к делу Манселла и Герберта, поскольку обвиняемые не только не имели заранее сформировавшегося намерения убить всякого, кто помешает им, но и тем более не намеревались причинить смерть посторонней женщине. Таким образом, на момент разрешения рассматриваемого казуса отсутствовала чётко применимая правовая норма, которая позволяла бы юридически оценить действия лица (лиц) (в данной ситуации — Герберта и его приспешников), случайно причинившего (причинивших) смерть (в данной ситуации — женщине) вследствие совершения иного неправомерного деяния по отношению к третьему лицу (в данной ситуации — по отношению к Мансфилду).

Образовавшие большинство при вынесении решения девять из четырнадцати судей признали обвиняемых виновными в тяжком убийстве, поскольку, приняв на себя риск совершения неправомерного деяния, они должны отвечать за все последствия, хотя бы они не были намеренными или даже предвиденными ими. В обоснование такой позиции судьи указали, что «когда человек совершает деликт, это с очевидностью рассматривается правом как суммирующееся в больший деликт, и здесь Герберт совершил деликт... (*quant home fist un torte, il sera adiuge par la ley en pluís extreme tort, et icy Herbert fist un tort...*)».³⁸⁷ Оставшиеся пять судей не поддержали данной точки зрения и сочли случайное причинение смерти (в данной ситуации — женщине) в ходе неправомерного акта насилия, направленного против третьей стороны (в данном случае — по отношению к Мансфилду), образующим простое убийство. Согласно мнению, выраженному от их лица Робертом Бруком, главным судьёй Суда общих тяжб, самой по себе неправомерности деяния ещё недостаточно для признания лица виновным в тяжком убийстве; необходимо, чтобы следствием учиняемого стало причинение смерти именно тому, против кого направлен исходный противоправный поступок; «иначе же, если посторонний убит при этом вторжении или стычке, *что не есть такое* (т. е. тяжкое. — Г.Е.) *убийство, но есть насильственное простое убийство* (*cest nest qe homicide qz cest vient par chaunce medley*) (курсив мой. — Г.Е.)...».³⁸⁸ Как явствует из изложенного, изначальный смысл созданного делом Манселла и Герберта (в чём следует согласиться с Дж. М. Кэйем³⁸⁹) сводился к проведению разграничительной линии между тяжким и простым убийством исходя из направленности неправомерного акта насилия: первое образовал бы акт насилия непосредственно против убитой стороны, а второе — против третьей, в конечном итоге не пострадавшей стороны. То, что Герберт с сотоварищами был осуждён за тяжкое убийство, является не опровержением этого критерия, а, скорее, следствием расхождения во мнениях судей в его приложении к конкретным фактам: большинство суда отождествило

³⁸⁵ Цит. по: *Kaye J.M. Op. cit. Part II. P. 578.*

³⁸⁶ См.: *Ibid. P. 579.* Ср. отражение схожей мысли у Генри де Брактона: «Item si cum levius credidit percussisse, gravius percusserit et occiderit, tenetur. Debet enim quilibet modum et mensuram adhibere in suo facto», *fol. 155* («Также если [человек], хотя и полагая слабо ударить, тяжело ударяет и убивает, он обязан (т. е. несёт ответственность. — Г.Е.). Ибо кто угодно должен придерживаться меры и взвешенности в своём действии»).

³⁸⁷ Цит. по: *Kaye J.M. Op. cit. Part II. P. 580.*

³⁸⁸ Цит. по: *Ibid. P. 582.*

³⁸⁹ См.: *Ibid. P. 581–587.*

погибшую со стороны Мансфилда (поскольку она не просто выходила из дома последнего, но и, более того, как неопределённо говорит судебный отчёт, являлась вроде бы родственницей обеим сторонам – «была кузиной обеим сторонам (*fuit cousin al ambideux parties*)»³⁹⁰), так что предпринятый по отношению к Мансфилду и его людям акт насилия достиг своей цели, оправдывая тем самым осуждение за тяжкое убийство, в то время как меньшинство суда придало ей статус постороннего, случайно пострадавшего лица, оправдывая этим осуждение Герберта с сотоварищами лишь за простое убийство.

От двух приведённых казусов праву оставалось ещё несколько шагов к доктрине конструктивного тяжкого убийства, которые последовательно были сделаны Робертом Бруком, Майклом Далтоном и Эдуардом Коуком.

Сэр Роберт Брук как главный судья Суда общих тяжб рассматривал дело Манселла и Герберта, и, более того, оказался одним из тех, кто остался в меньшинстве при вынесении решения. И вот здесь остаётся лишь догадываться, случайно или же намеренно в своём манускрипте, заголовок которого дословно переводится как «Большое извлечение» (*«La Graunde Abridgement»*), написанном не позднее 1558 г. и опубликованном только после смерти автора в 1573 г., Роберт Брук не только отошёл от ранее сформулированной им же самой позиции, но и постарался оформить противоположную точку зрения в легальную максиму, при этом исказив и *ratio decidendi* дела Манселла и Герберта, и *ratio decidendi* дела лорда Дакреса.

В указанной работе встречаются две глоссы, связанные с рассмотренными казусами и служащие провозвестниками будущей доктрины конструктивного тяжкого убийства. Согласно одной из них, случайное причинение смерти человеку «при занятии неправомерным делом (*inon in loial labour*)» не может считаться ненаказуемым деянием, но «явно образует фелонию (*semble destre felonie*)».³⁹¹ В этом нетрудно увидеть скорректированную версию позиции большинства суда по делу Манселла и Герберта, которая, повторимся, сводилась к тому, что, приняв на себя риск совершения неправомерного деяния, лицо должно отвечать за все последствия, хотя бы они не были намеренными или даже предвиденными им. Более интересен второй отрывок, в котором Роберт Брук формулирует правовую норму, касающуюся ответственности соучастников за совершённое преступление, в силу коей все лица, учинившие с применением насилия грабёж, драку, восстание и прочие незаконные деяния, следствием чего явилась смерть человека, несут ответственность за содеянное как соисполнители убийства («все другие, кто участвовал в убийстве в ходе учинения неправомерного деяния, являются исполнителями (*itouts lautres qe veignent ove luy pur faire illoial act sont principals*)»³⁹²). Основанием для такого утверждения, судя по тексту манускрипта, послужило решение по делу лорда Дакреса, *ratio decidendi* которого, по мнению Роберта Брука, заключалось в том, что все лица, совершившие неправомерное деяние, являются соисполнителями тяжкого убийства, подлежащими повешению за последнее («сеньор Дакрес и прочие охотники... были сочтены исполнителями и все повешены (*le Seignur Dacres et lauters hunters... fueront principals et fueront tous pendes*)»³⁹³). Искажённость трактовки очевидна: *ratio decidendi* дела лорда Дакреса сводилось отнюдь не к тому, что все лица, совершившие неправомерное деяние, следствием чего стало причинение смерти человеку, являются соисполнителями тяжкого убийства, а к тому, что все составившие лорду Дакресу компанию охотники заранее согласились, что любой из них убьёт всякого, кто помешает им.³⁹⁴

³⁹⁰ Цит. по: *Ibid.* P. 578.

³⁹¹ Цит. по: *Ibid.* P. 592.

³⁹² Цит. по: *Ibid.* P. 593.

³⁹³ Цит. по: *Ibid.*

³⁹⁴ См. подр.: *Ibid.*

Всё же ни та, ни другая глоссы не могут рассматриваться как заложившие основу конструктивного тяжкого убийства. Так, первая далека от абстрактного обобщения, которое произведут в дальнейшем Майкл Далтон и Эдуард Коук, и, кроме того, то, какое преступление образуется случайным причинением смерти в ходе совершения неправомерного деяния, Роберт Брук не определяет точно, указывая лишь, что «это не является несчастным случаем (*cest nisi misadventure*)», а «явно образует фелонию (*semble destre felony*)»;³⁹⁵ понятием же «фелонии» охватывается в равной мере и тяжкое, и простое убийство. Вторая же глосса, основываясь на искажённой интерпретации решения по делу лорда Дакреса, рассматривает частный аспект соучастия, касающийся вменения всем соучастникам совершённого кем-либо из них убийства.

Прежде чем следовать далее, необходимо сделать одно отступление. Отчасти намереваясь точнее интерпретировать более ранние прецеденты, связанные с разграничением тяжкого и простого убийств, а отчасти всё более желая сузить посредством расширения категории простого убийства сферу действия статутов, ограничивавших применимость к преступному лишению жизни привилегии церкви, однако судьи во второй половине XVI в. отошли от выраженного в решении по делу Манселла и Герберта меньшинством суда, но являвшегося общепринятой на тот момент правовой позицией, фактора индивидуальной направленности акта насилия как критерия для установления того или иного вида убийства.

Новый стандарт, сформулированный судами, основывался на буквальном истолковании слов «злое предумышление» (*malice pre-pensed*) в дефиниции тяжкого убийства, изъятая из-под действия привилегии церкви, и заключался, говоря в общем, в оценке того, насколько внезапно произошло убийство. Соответственно, лишь причинение смерти в ходе неожиданно возникших стычки, ссоры или дуэли могло образовать простое убийство.

Истоки данного критерия прослеживаются к прецеденту 1553 г.³⁹⁶ Согласно его фактам, к трём обвиняемым, убившим из засады человека, в ходе стычки присоединился четвёртый, некто Джон Вэйн Салисбэри, являвшийся слугой одного из троих и не посвящённым заранее в их планы. И если трое первых были осуждены за тяжкое убийство, то Салисбэри — только за простое, поскольку, как решил суд, «таковое убийство образует простое убийство, но не тяжкое, ибо он не владел злым предумышлением (*ceo est manslaughter en luy et nemy murder; pur ceo qe il navoit malice prepense*)»,³⁹⁷ вмешавшись в происходящее *внезапно и по случайному стечению обстоятельств*. Прилагая же к этой ситуации прежние взгляды на простое убийство, Салисбэри был бы, несомненно, виновен в тяжком убийстве, поскольку предпринятые им действия явно представляли собой насилие, направленное *именно* против пострадавшей стороны. Таким образом, суд, осуждая его, напротив, за простое убийство, недвусмысленно сформулировал совершенно иной стандарт разграничения двух видов преступных человекоубийств. Тем не менее, к моменту разрешения дела Манселла и Герберта данный прецедент был неизвестен, поскольку судебный отчёт о нём публикуется лишь в 1571 г.

Определяющим же в развитии нового критерия простого убийства стал казус 1573 г.³⁹⁸ Его факты достаточно интересны. Некий Джон Сондерс, намереваясь убить свою супругу,

³⁹⁵ Цит. по: *Ibid.* P. 592.

³⁹⁶ *Salisbury & Others' Case*, 1 Plowden 100, 75 Eng. Rep. 158 (Shropshire Assiz. 1553).

³⁹⁷ *Ibid.*, at p. 100b, 75 Eng. Rep. at p. 159.

³⁹⁸ *Saunders & Archer's Case*, 2 Plowden 473, 75 Eng. Rep. 706 (Warwick Assiz. 1573). Со временем рассматриваемый прецедент стал считаться отправной точкой в истории доктрины так называемого «перемещённого» намерения (*transferred intent*), сущность которой сводится к следующему: «В её классической форме доктрина перемещённого намерения применяется тогда, когда обвиняемый намеревается убить одно лицо, но ошибочно убивает другого. Намерение убить намеренную цель считается перемещающимся на ненамеренного потерпевшего, и, как следствие, обвиняемый виновен в тяжком убийстве», *People v. Bland*, 28 Cal. 4th 313, 317 (2002). Обоснованием здесь служит представление о том, что «при таких обстоятельствах обвиняемый считается настолько же виновным, а обществу причинён такой же ущерб, насколько то было

дал ей отравленное яблоко, от которого она откусила маленький кусочек, отдав остальное в присутствии обвиняемого их общей трёхлетней дочери. Сондерс упрекнул её, сказав, что яблоко вряд ли будет полезно маленькому ребёнку, однако более ничего не предпринял, позволив девочке доест фрукт. Как следствие, именно девочка (а не жена Сондерса) скончалась от отравления. Вопрос права, стоявший перед судом, сводился к тому, виновен обвиняемый в тяжком либо же только в простом убийстве, поскольку предпринятый им акт насилия был явно не направлен на ребёнка: как указывает судебный отчёт, «у него не было никакого намерения (*il n'avoit aucun entent*) отравить свою дочь и у него не было никакого злого умысла против убитой (*ne il avoit malice vers lui*), но, напротив, он был сильно привязан к ней».³⁹⁹ Очевидно, что если придерживаться принципов решения по делу Манселла и Герберта, то Сондерса следовало бы осудить за простое убийство, так как целью насильственных действий выступала его супруга, но никак не ребёнок. Тем не менее – и здесь заключён поворотный пункт в истории простого убийства – суд признал Сондерса виновным в тяжком убийстве, обосновав это тем, что когда человек «приготавливает яд с намерением убить некоего человека и другой человек, кого он не намеревается убить, отравлен им, такая смерть не должна быть ненаказуемой, но тот, кто приготавливал яд, должен быть наказан за содеянное, ибо его намерение было дурным (*car il avoit male entent*)».⁴⁰⁰ Не менее ясна в своём истолковании и другая гипотетическая ситуация, предложенная судом и ранее служившая бы очевидным примером простого убийства: «... Если человек из злого предумышления стреляет из лука в другого с намерением убить его, и ею причиняется смерть лицу, к кому он не имел злого умысла, для него это должно быть тяжким убийством».⁴⁰¹ Таким образом, суд сформулировал совершенно новый критерий разграничения тяжкого и простого убийств, и, в соответствии с ним, для решения вопроса о том, что образует содеянное, имеет значение не индивидуальная направленность акта насилия (дело Манселла и Герберта), а наличие злого предумышления в буквальном по сути своей истолковании, в силу которого оно имеет место в любом убийстве, если причинение смерти не связано с внезапным столкновением, внезапностью возникновения злого замысла (дело Салисбэри и прочих и дело Сондерса и Арчера).⁴⁰²

Ввиду изменения принципов разграничения тяжкого и простого убийств мнения судей, оставшихся в меньшинстве при разрешении дела Манселла и Герберта, потеряли свою юридическую ценность, и, как закономерный итог этого, на первый план выдвинулось сформулированное в достаточно широких выражениях мнение большинства суда, в соответствии с которым, приняв на себя риск совершения неправомерного деяния, человек должен отвечать за все последствия, хотя бы они не были намеренными или даже предвиденными им.

бы, если бы обвиняемый достигнул того, что он намеревался изначально; и правосудие достигается наказанием обвиняемого за преступление той же серьёзности, что он пытался совершить против намеренного потерпевшего», *People v. Scott*, 14 Cal. 4th 544, 549 (1996). Ср. также отражение схожей мысли у Генри де Брактона: «Item si quis unum percusserit et occiderit cum alium percutere vellet in feloniam, tenetur... Debet enim quilibet modum et mensuram adhibere in suo facto», *fol. 155* («Так-

³⁹⁹ же если кто ударит и убьёт одного, хотя бы и желал ударить другого с намерением учинить фелонию, он обязан (т. е. несёт ответственность. – Г.Е.)... Ибо кто угодно должен придерживаться меры и взвешенности в своём действии»).

⁴⁰⁰ На настоящий момент данная доктрина воспринята английской практикой (хотя и весьма ограниченно), а также законодательством и судебной практикой многих американских штатов, будучи, как то часто имеет место, серьёзно критикуема на теоретическом уровне. См. подр.: Dillof A.M. Op. cit. P. 501 *et seq.*; Husak D.N. Transferred Intent // *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy. Notre Dame (Ind.)*, 1996. Vol. 10, № 1. P. 65 *et seq.*; Hall C. A Defence of the Doctrine of Transferred Malice: Its Place in the Nigerian Criminal Code // *International and Comparative Law Quarterly. L.*, 1985. Vol. 34, № 4. P. 805–818.³⁹⁹ *Saunders & Archer's Case*, 2 Plowden 473, 474a, 75 Eng. Rep. 706, 707 (Warwick Assiz. 1573).⁴⁰⁰ *Ibid*, at p. 474b, 75 Eng. Rep. at p. 708.

⁴⁰¹ *Ibid.*, 75 Eng. Rep. at p. 708.

⁴⁰² См.: *Coke E. The Third Part...* P. 54–57; *Dalton M. Op. cit.* P. 349–350; *Blackstone W. Commentaries...* Volume IV. P. 191–192. Ср. также: *Oberer W.E. Op. cit.* P. 1566–1569; *Kaye J.M. Op. cit.* Part II. P. 584–601; *Sayre F.B. Mens Rea.* P. 996–998.

Вследствие сказанного нетрудно понять, почему некорректная трактовка Робертом Бруком решений по делам лорда Дакреса и Манселла и Герберта и в особенности в части, касающейся мнения большинства суда в последнем деле, получила распространение в источниках. Так, в 1583 г. её повторил, хотя — что подтверждает, сколь далека была ещё правовая мысль в этот период от будущей доктрины конструктивного тяжкого убийства — и с оговорками относительно универсальной применимости сформулированных Робертом Бруком принципов ответственности, Ричард Кромптон в своём труде «Служба и полномочия мировых судей» (*«Loffice et aucthoritie de Justices de Peace»*). Чуть ранее, в 1581 г., Уильям Ламбард в работе «Эйринарха, или о службе мировых судей» (*«Eirenarcha: or of the Office of the Justices of Peace»*) также прокомментировал решение по делу Манселла и Герберта, хотя и более корректно по сравнению с Робертом Бруком и Ричардом Кромптоном. Так, им указано, что мнения судей разошлись в вопросе о том, образует ли причинение смерти постороннему человеку в ходе акта насилия, направленного против другого, тяжкое либо же простое убийство; но, рассматривая решение суда само по себе, он полностью опустил суждения судей, оставшихся в меньшинстве, поскольку к его времени они потеряли свою легальную ценность, и отметил, не вдаваясь в подробности, что лучшей являлась позиция большинства суда.⁴⁰³ Как представляется, и эта глосса, не снабжённая более обширным комментарием и не формулирующая сколь-нибудь общей нормы, не может рассматриваться как заложившая основу будущей доктрины тяжкого убийства по правилу о фелонии.

Непоследовательность судебной практики и её комментариев в конце XVI в. находит своё окончательное разрешение уже в следующем столетии с выходом в свет двух работ, далеко неравновесных в своей авторитетности, что, тем не менее, не должно никоим образом влиять на правильное разрешение вопроса о приоритете в формулировании доктрины конструктивного тяжкого убийства.

В 1618 г. появляется труд Майкла Далтона «Местное правосудие», в котором он, опираясь частью на рассмотренные прецеденты, частью на доктринальные источники, излагает весьма интересные соображения о вменении действующему в незаконной манере последовавшей в результате смерти человека, сколь бы неожиданной она ни была для виновного. В частности, им указывается следующее:

«Отметьте также, что во всех случаях, когда человек приступает или берётся за совершение какого-либо неправомерного занятия (*any thing unlawful*), как, например, убийства, нанесения побоев или изгнания другого с недвижимости, которой последней владеет, а равно любого другого правонарушения, и при совершении этого им причиняется смерть любому человеку, содеянное является тяжким убийством (курсив мой. — Г.Е.).

... Так как если человек намеревается совершить какое-либо неправомерное деяние, и в результате его совершения причиняется иной ущерб, являющийся не намеренным, а случайным, лишённым всякого ожидания или желания (*not intended, but by chance, clean beyond all expectation or desire*), всё же следует сказать, что он является автором такого ненамеренного деяния (случившегося, таким образом, случайно), поскольку первое деяние им намеревалось».⁴⁰⁴

Противопоставляется этим постулатам определение причинения смерти по случайности, где специально подчёркивается *правомерность деяния*, при совершении которого погибает человек: «... Более юридически, убийство по случайности или по несчастью имеет место тогда, когда некому лицу, совершающему *правомерный поступок* (курсив мой. — Г.Е.), без

⁴⁰³ Все мнения цит. по: *Kaye J.M.* Op. cit. Part II. P. 593–594 п. 14, 599–600.

⁴⁰⁴ *Dalton M.* Op. cit. P. 346–347.

какого-либо злого намерения (*doing a lawful thing, without any evil intent*) доводится случайно (*casually*) убить человека». ⁴⁰⁵

Тем самым Майклом Далтоном (при всей сомнительной ценности использованных им в обоснование источников, которые, судя по их содержанию, частью связаны с очевидной *намеренностью* причинения смерти при совершении неправомерного деяния, а частью, напротив, со *случайностью*) на достаточно абстрактном уровне формулируется общее правило о вменении совершающему неправомерное деяние как *тяжкого убийства смерти человека, последовавшей в результате, независимо от mens rea, сопутствовавшей её причинению*. Именно в этом и заключается сущность тяжкого убийства по правилу о фелонии в том виде, в каком оно в будущем оформится в трудах Майкла Фостера и Уильяма Блэкстоуна и в судебной практике конца XVII–XVIII вв. ⁴⁰⁶

Таким образом, *со строго хронологических позиций именно мысль Майкла Далтона, опередившего на несколько лет Эдуарда Коука, можно рассматривать как первый набросок доктрины конструктивного тяжкого убийства*.

Вместе с тем, большинство научного сообщества традиционно приписывает авторство тяжкого убийства по правилу о фелонии Эдуарду Коуку. Из этого вытекает необходимость рассмотреть и проанализировать точку зрения последнего, сопоставив её с позицией Майкла Далтона, а также с мыслью Генри де Брактона.

Обратимся к третьей части коуковских «Институтов», вышедшей в свет в 1644 г., где в главе VIII, посвящённой различным видам убийств, им сформулирована общая норма, ставшая, как считается, непосредственной основой конструктивного тяжкого убийства. Будучи, несомненно, знаком с трудами Роберта Брука, Ричарда Кромптона и Уильяма Ламбарда, Эдуард Коук следующим образом излагает своё мнение:

«Существует убийство, которое не является ни предумышленным, ни волимым. Так, если человек убивает другого *per infortunium, seu casu*, это есть убийство в результате несчастного случая... *Убийство в результате несчастного случая имеет место тогда, когда человек совершает деяние, которое не является неправомерным (that is not unlawfull) и которое без какого-либо дурного намерения (without any evil intent) приводит к смерти человека*.

... *Если деяние неправомерно, то оно образует тяжкое убийство (If the act be unlawful it is murder)*. Так, если А., намереваясь похитить лань в парке В., стреляет в лань и стрела в полёте отклоняется, убивая мальчика, спрятавшегося в кустарнике, это есть *тяжкое убийство*, ибо *деяние было неправомерным, хотя А., не только не имел намерения причинить вред мальчику, но и не знал ничего о нём (had no intent to hurt the boy, nor knew not of him)*. Но если В., собственник парка, выстрелил в свою собственную лань и без какого-либо дурного намерения убил мальчика стрелой, отклонившейся в своём полёте, это образует убийство в результате несчастного случая, но не фелонию.

Точно так же, если некто без какого-либо дурного намерения в себе стреляет в какую-либо дикую птицу на дереве, и стрела убивает какое-либо разумное существо вдалеке, это

⁴⁰⁵ Ibid. P. 351. Несколько абзацами далее Майкл Далтон формулирует свою позицию в не столь абсолютных терминах. Так, ср.: «... Если человек совершает неправомерное деяние, хотя и без какого-либо дурного намерения (*without any evil intent*), и ему доводится случайно убить человека, содеянное является фелонией, /л. е. *простым убийством по крайней мере, если не тяжким убийством* (курсив мой. – Г.Е.), поскольку то, что он совершал, являлось неправомерным» (см.: Ibid. P. 352). Сомнение в том, является ли в данном случае содеянное тяжким либо же лишь простым убийством, можно приписать, по всей видимости, несогласованности данного отрывка с соображениями, излагаемыми несколькими страницами ранее, т. е. несогласованности, которая в общем и в целом является едва ли не самым большим недостатком доктринальных работ XVII–XVIII вв.

⁴⁰⁶ Потому вызывает сомнение справедливость встречающегося в литературе утверждения о том, что Майкл Далтон отвергал возможность вменения как тяжкого убийства смерти лица, последовавшей в результате совершения неправомерного деяния (см., напр.: Tomkovicz J.J. Op. cit. P. 1443 n. 59).

есть *per infortunium*, ибо стрелять в дикую птицу не неправомерно; но если он выстрелил в петуха или курицу либо какую-нибудь ручную птицу других людей, и стрела, к несчастью, убила человека, это есть *тяжкое убийство, ибо деяние было неправомерным* (курсив мой. — Г.Е.)». ⁴⁰⁷

Именно легальной максиме «если деяние неправомерно, то оно образует тяжкое убийство», сформулированной с добавлением небрежных, беспорядочно выстроенных казусов-домыслов, т. е. иными словами, в «лучшей» коуковской манере⁴⁰⁸, и приписывают первое авторитетное установление доктрины тяжкого убийства по правилу о фелонии. Однако, как было только что показано, Майкл Далтон на несколько лет опередил Эдуарда Коука, создав аналогичную в своей абстрактности и идентичную по содержанию правовую норму. Более того, первый, возможно, даже ближе подошёл к сущности будущего конструктивного тяжкого убийства, изначально элиминировав, в отличие от неясной позиции коуковских «Институтов», как нерелевантный вопрос о *mens rea*, сопутствовавшей причинению смерти: так, в далтоновской формулировке о том, что смерть в результате неправомерного деяния образует тяжкое убийство никоим образом не упоминается о случайности или намеренности причинения смерти и об их юридическом значении в данном случае. ⁴⁰⁹ Что же касается сомнения, которое вызывает точка зрения Майкла Далтона, то оно проистекает из всё той же несогласованности текста его работы, поскольку в других местах последней им всё-таки упоминается о случайности причинения смерти в такой ситуации, хотя она и рассматривается как всецело юридически нерелевантная. ⁴¹⁰

Правильный ответ на вопрос об авторском приоритете представляется следующим. Бесспорно, Майкл Далтон по времени обогнал Эдуарда Коука, сформулировав свою норму в 1618 г. Третья часть «Институтов» была написана позднее, к 1628 г., а опубликована по прошествии ещё почти двух десятилетий. Знал ли последний максимум первого либо же сконструировал своё учение о тяжком убийстве в данном аспекте самостоятельно, не столь значимо, поскольку, повторимся, *хронологически* первенствует далтоновский труд.

Однако разрешение поставленной проблемы усложняется тем, что, начиная с Майкла Фостера, чья модификация доктрины Далтона-Коука была основной, все ведущие английские авторитетные работы XVIII–XIX вв. по уголовному праву, а вслед за ними и те американские источники, которые видят истоки тяжкого убийства по правилу о фелонии в общем праве XVII–XVIII вв., приписывают авторство создания конструктивного тяжкого убийства именно коуковским «Институтам», не упоминая никоим образом о далтоновском «Местном правосудии». Причина здесь, думается, кроется в теоретическом весе двух трактатов: если труд Майкла Далтона (никоим образом не умаляя его заслуг в достаточно корректном изложении современного ему общего права) является *одной из многих* в целой серии появившихся в XVI–XVII вв. обстоятельных, но малоценных с точки зрения их доктринальной значимости работ, то с «Институтами» могут сравниться лишь *единичные* правовые творения, такие как «Комментарии» Уильяма Блэкстоуна или «История» Мэттью Хэйла.

Таким образом, подводя предварительные итоги разрешению вопроса о создании тяжкого убийства по правилу о фелонии, можно сказать, что *хронологически* приоритет, бесспорно, принадлежит Майклу Далтону; однако в аспекте доктринальных первоисточников английского общего права, с которыми единственно связано в своём происхождении конструктивное тяжкое убийство, *значимо* формулирование последнего именно Эдуардом

⁴⁰⁷ Coke E. The Third Part... P. 56.

⁴⁰⁸ Приведённая характеристика принадлежит Джеймсу Ф. Стифену (см.: Stephen J.F. A Digest of the Criminal Law (Indictable Offences). P. 476).

⁴⁰⁹ См.: Dalton M. Op. cit. P. 346.

⁴¹⁰ См.: Ibid. P. 347, 352.

Коуком.⁴¹¹ При этом, исходя исключительно из роли уголовно-правовой доктрины в общем праве, более весомой представляется последняя сторона авторства.

Рассмотрим теперь соотношение брактоновского пассажа о неприменимости защиты *per infortunium* к случаям причинения смерти в ходе совершения неправомерного деяния уже с максимой Эдуарда Коука.

По мнению Джорджа И. Флетчера, цитированный отрывок из «Институтов» следует рассматривать как имеющий своей целью всего лишь ограничить действие защиты *per infortunium* в брактоновской манере только случаями причинения смерти в результате совершения правомерного деяния; соответственно, неправомерное деяние само по себе не являлось, по мысли Эдуарда Коука, самостоятельным базисом к осуждению за тяжкое убийство.⁴¹²

Такой вывод Джорджа П. Флетчера весьма спорен. Несмотря на ссылку Эдуарда Коука на *fol. 120b* из труда Генри де Брактона (которая, пожалуй, носит в его работе своеобразный «технический» характер),⁴¹³ пассаж из третьей части «Институтов» вряд ли обоснованно считать простым повторением брактоновской мысли. Коуковской максимой не просто ограничивается действие защиты *per infortunium*, но самой по себе создаётся *общая норма*, в силу которой *совершение неправомерного деяния, следствием которого явилась смерть человека, per se образует тяжкое убийство независимо от намерений действовавшего*,⁴¹⁴ Разница между Эдуардом Коуком и Генри де Брактоном есть, во-первых, разница между изначальным отсутствием вопроса о случайности в силу неправомерности деяния, которой (по косвенно устанавливаемому мнению создателя «Институтов») образуется подразумеваемый злой умысел, и его наличием, но неприменимостью защиты *per infortunium* в силу всё той же неправомерности деяния; и, во-вторых, разница между образованием преступления тяжкого убийства (неизвестного, к тому же, автору XIII в.) *ipso iure et facto* и всего лишь невозможностью королевского помилования за недоступностью основания защиты *per infortunium*, причём невозможностью такой, что превращается в свою противоположность в других частях трактата.⁴¹⁵

Любопытно и одновременно отчасти странно, но к этому же выводу приходит и Б.С. Никифоров, когда он пишет, что «мысль Брактона, вдохновившая Кока на построение его суровой концепции, едва ли может быть положена в ее основание».⁴¹⁶ В другом же месте своей работы он указывает, что «“поразительная и чудовищная” доктрина Кока, признавшего виновным в злодейском убийстве субъекта, вознамерившегося убить чужую курицу и случайно убившего при этом ее хозяина, целиком построена на «ортодоксальном» переводе рассуждений Брактона на суровый язык уголовного права XVII столетия».⁴¹⁷ Иными

⁴¹¹ Ср.: «Безотносительно к тому, можно ли утверждение Коука правильно рассматривать как первое формальное выражение нормы о тяжком убийстве по правилу о фелонии, оно тем не менее послужило центральной точкой анализа и критики доктрины», *People v. Burroughs*, 35 Cal. 3d 824, 841 (1984) (Bird, C.J., conc. op.).

⁴¹² Цит. по: *Roth N.E., Sundby S.E.* Op. cit. P. 449.

⁴¹³ См.: *Coke E. The Third Part...* P. 56 n. m (marginal). Стоит отметить, что в далтоновском «Местном правосудии» в аспекте затронутого вопроса не встречается отсылки к труду Генри де Брактона. При этом последний используется Майклом Далтоном достаточно часто при изложении иных вопросов, что служит лишним подтверждением отстаиваемой в настоящем исследовании позиции.

⁴¹⁴ Ср.: «Пассаж из Брактона, к которому обычно обращаются, говорит только о том, что убийство, которое произрастает из неправомерного деяния, также неправомерно, но не о том, что такое убийство является тяжким убийством... К тому же, пример неправомерного деяния, использованный Брактоном (сбрасывание камня на используемую всеми дорогу), вполне доказуемо образует то, что сегодня рассматривалось бы эквивалентом неосторожного (*reckless*) психического состояния, отдельно достаточного для установления реального злого умысла, необходимого в тяжком убийстве», *People v. Burroughs*, 35 Cal. 3d 824, 842 n. 11 (1984) (Bird, C.J., conc. op.).

⁴¹⁵ См. ранее, сн. 372.

⁴¹⁶ Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 256.

⁴¹⁷ Там же. С. 583.

словами, Б.С. Никифоров, по видимости, пытается всем этим сказать, что конструкция тяжкого убийства по правилу о фелонии лишь номинально может быть связана с трудом Генри де Брактона, поскольку в нём отображена каноническая доктрина *versanti in re*, которую в свою очередь, и надлежит рассматривать как источник первого. Попытка дальнейшего примирения приведённых высказываний выходит за рамки настоящего исследования, да и едва ли возможна.

Итак, источники тяжкого убийства по правилу о фелонии – и прецедентные, и доктринальные – неопределённые. Генри де Брактон в лице своего трактата слишком стар и романтизирован, чтобы быть им. Казусы XVI в. сами по себе небесспорны и ни один из них (что неудивительно, поскольку все они имеют совершенно иную целевую направленность) прямо не разрешает проблемы ответственности за случайное причинение смерти в ходе учинения фелонии. Авторы конца XVI – первой половины XVII вв. в достаточной мере туманны, непоследовательны и противоречивы в своих построениях и, как следствие, лишь номинально могут быть связаны с будущим конструктивным тяжким убийством. И всё же, принимая во внимание, во-первых, отсутствие в рассматриваемое время более ясных источников и, во-вторых, то, что на работах начала семнадцатого столетия базируются построения юристов следующего века, представляется допустимым (хотя и с некоей долей сомнений и условностей) увязать происхождение тяжкого убийства по правилу о фелонии именно с трудами Эдуарда Коука и его современников.

Перейдём теперь к тем изменениям, которые конструктивное тяжкое убийство претерпело к третьей четверти XVIII в., поскольку именно в приобретённом к этому времени виде оно приходит уже в американское уголовное право. С целью их уяснения необходимо хронологически проследить развитие доктрины, причём логичнее это сделать, взяв за основу ряд её аспектов, таких как: (1) правовая природа фелонии как «спускового механизма» в применении рассматриваемой нормы; (2) понимание причинения смерти вследствие совершения либо покушения на совершение фелонии; (3) правовое последствие указанного причинения смерти в виде осуждения за тяжкое убийство; и, в завершение, (4) *mens rea* фелонии и *mens rea* тяжкого убийства. По их изучении будут созданы предпосылки для раскрытия основы доктрины конструктивного тяжкого убийства в плане теории *mens rea* в английском уголовном праве XVII – третьей четверти XVIII вв.

(1) Рассматривая норму о конструктивном тяжком убийстве, необходимо прежде всего определить правовую природу деяния, дающего основу к её применению.

И Майкл Далтон, и Эдуард Коук полагали, что для образования здесь тяжкого убийства виновному достаточно совершить любой неправомерный поступок. Столь суровое в своих последствиях и в особенности в своей неопределённости правило не могло не измениться в дальнейшем.

Уже первый крупный юрист Англии посткоуковской эпохи Мэттью Хэйл в своей «Истории», опираясь на прецеденты, отказавшиеся *obiter dictum* последовать сверхобширной коуковской максиме,⁴¹⁸ привёл, не проводя, однако, точной разграничительной линии, примеры убийств при совершении неправомерных деяний, охарактеризовав некоторые как тяжкие, а прочие как простые. Так, изменяя пример Эдуарда Коука, Мэттью Хэйл указал следующее:

«... Если А бросает камень в птицу, а камень попадает и убивает другого, кому он не намеревался причинить вред, содеянное является *per infortunium*. Но если он бросил камень, чтобы убить домашнюю птицу или скотину В, а камень поражает и убивает постороннего,

⁴¹⁸ См., напр.: *Sir John Chichester's Case*, Aleyn 12, 82 Eng. Rep. 888 (K.B. 1647) (хозяин, убивший слугу в ходе тренировки на шпагах, не виновен в тяжком убийстве, ибо не проявил злого умысла; тем не менее, содеянное не может быть сочтено и убийством *per infortunium*, поскольку, хотя происшедшее и было случайностью, сама по себе тренировка на шпагах была делом незаконным, так что смерть, последовавшая как её итог, образует простое убийство).

содеянное является простым убийством, поскольку деяние было неправомерно, но *не тяжким убийством, поскольку он совершил это не злоумышленно и не с намерением причинить вред постороннему (he did it not maliciously, or with intent to hurt the bystander)* (курсив мой. – Г.Е.).⁴¹⁹

Решение данного гипотетического казуса *de facto* подразумевает прямой отказ последовать коуковской максиме с присущей ей нерелевантностью намерений действовавшего в её полном объёме, поскольку связывает осуждение лица за тяжкое убийство при совершении неправомерного деяния с необходимостью установить точно такое же злое предумышление, как и во всех иных случаях тяжкого убийства, исходно не соединённых с учинением неправомерного деяния.

Тем не менее, поскольку мысль Мэттью Хэйла оставалась неизвестной вплоть до 1736 г., практика пошла по иному пути, попытавшись всего лишь смягчить исходную суровость постулатов Эдуарда Коука.

Так, в 1697 г. главный судья Холт, давая в деле некоего Кита напутствие присяжным, отметил *obiter dictum*, что для того, чтобы образовать тяжкое убийство, деяние должно быть «совершено во исполнение намерения учинить фелонию».⁴²⁰ Одновременно видоизменяя ставший к тому времени «пробным камнем» для всех построений в этой области тяжкого убийства пример с домашней птицей, он указал следующее: «В случае с убийством курицы подход Милорда Коука слишком широк, ибо здесь должен наличествовать замысел (*design*) причинить вред личности или совершить фелонию либо великий бунт».⁴²¹

В 1716 г. вышел в свет труд Иеремии Хоукинса «Тяжбы короны» (*«Pleas of the Crown»*), где он, обсуждая вопрос о том, «в каких случаях... убийство должно считаться тяжким, которое случается при учинении неправомерного деяния, намеренно направленного главным образом к некоей другой цели, а не к причинению вреда личности тому в частности, кому доводится быть убитым», отметил, что таковым будет убийство, содеянное «во исполнение обдуманной цели совершить любую фелонию».⁴²²

Окончательному ограничению легальная максима Эдуарда Коука подвергается в 1762 г. с появлением работы Майкла Фостера «Отчёт о ряде процессов...», в которой основанием для вменения тяжкого убийства становится совершение не просто любого неправомерного деяния, но лишь деяния, являющегося фелонией:

«Убийство, происходящее по случайности, которую человеческая осмотрительность не могла предвидеть или предотвратить... имеет место тогда, когда человек, совершая правомерное деяние без намерения причинить телесный вред какому-либо лицу и проявляя должную осторожность в предотвращении опасности, к несчастью, убивает человека... Для того, чтобы ситуация охватывалась данной дефиницией, деяние, которым причиняется смерть, должно быть правомерным, ибо если деяние неправомерно – я имею в виду, если оно является *malum in se* – случай образует фелонию, т. е. либо тяжкое, либо простое убийство в зависимости от того, как обстоятельства могут изменить его природу. *Если оно* (т. е. деяние. – Г.Е.) *совершается во исполнение намерения учинить фелонию (in prosecution of a felonious intention), оно будет тяжким убийством; но если намерение простиралось не далее, чем на совершение простого нарушения права (trespass), то простым убийством, хотя, я признаю, лорд Коук, кажется, полагает иначе* (курсив мой. – Г.Е.)... А стреляет в домашнюю птицу, принадлежащую В, и случайно убивает человека; если его намерение, которое следует установить из обстоятельств, было направлено на хищение птицы, содеянное будет

⁴¹⁹ Hale M. Op. cit. P. 475.

⁴²⁰ Rex v. Keate, Comb. 406, 409, 90 Eng. Rep. 557, 560 (K.B. 1697) (*per* Holt, C.J.).

⁴²¹ Ibid.

⁴²² Цит. по: Russell on Crime... Volume I. P. 623.

тяжким убийством в силу данного намерения учинить фелонию; но если содеянное было совершено безрассудно (*wantonly*) и без такого намерения, это будет только простым убийством».⁴²³

Правополагающим основанием к такому суждению, в свою очередь, стало для Майкла Фостера резюме по делу Пламмера, где главный судья Холт повторил сформулированный им четырьмя годами ранее в деле Кита тезис.⁴²⁴ В связи с этим стоит отметить, что Б. С. Никифоров,⁴²⁵ а вслед за ним и А. С. Никифоров⁴²⁶ рассматривают именно дело Пламмера как исходное в сужении сферы действия максимы Эдуарда Коука. Как представляется, учитывая то, что первое ограничение последней (а в реальности – отказ от неё) в известной мере можно приписать Мэттью Хэйлу, опирающемуся при этом на ещё более ранние прецеденты, и делу Кита 1697 г., а основополагающее — Майклу Фостеру, рассматривать дело Пламмера как прецедент, в котором «концепция вменения в вину случайного лишения жизни приобрела известную определённую»,⁴²⁷ а главного судью Холта как в «самом начале XVIII столетия» ограничившего рассматриваемое положение «действиями, подпадающими под признаки фелонии»⁴²⁸ нет оснований.

Фостеровское ограничение старой нормы было положительно воспринято уголовно-правовой теорией.⁴²⁹ Уже через несколько лет после опубликования его труда появляются блэкстоуновские «Комментарии», следующим образом формулирующие доктрину конструктивного тяжкого убийства:

«... Чтобы образовать преступление тяжкого убийства, убийство должно быть совершено *со злым предумышлением* (*;malice aforethought*). Это основополагающий критерий, который теперь отграничивает тяжкое убийство от другого убийства..., и оно может быть либо *точно выраженным* (*express*), либо *подразумеваемым* (*implied*) в праве.

... Во многих случаях, когда злой умысел точно не выражен, право подразумевает его..., и убийца будет виновен в тяжком убийстве. *И если кто-то намеревается совершить другую фелонию и ненамеренно* (*;undesignedly*) *убивает человека, это также образует тяжкое убийство* (курсив мой. – Г.Е.)».⁴³⁰

Отвлекаясь от основной нити исследования, отметим, что с этого момента берёт своё начало конструктивное простое убийство или простое убийство по правилу о неправомерном деянии (*unlawful act manslaughter*), являющееся разновидностью непроизвольного простого убийства (*involuntary manslaughter*) и схожее по своей конструкции с тяжким убийством по правилу о фелонии. В строго классическом доктринальном плане под ним понимается причинение смерти человеку при совершении неправомерного деяния, не являющегося фелонией, что *per se* образует простое убийство независимо от *mens rea*, сопутствовавшей причинению смерти.⁴³¹ Уильямом Блэкстоуном учение о нём было излагается

⁴²³ Foster M. Op. cit. P. 258.

⁴²⁴ См.: Rex V. Plummer, Kelyng, J. 109, 117, 84 Eng. Rep. 1103, 1107 (K.B. 1701) (per Holt, C.J.).

⁴²⁵ См.: Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 300–302; Кенни К. Указ. соч... Вступ. ст. Б.С. Никифорова. С. xxxix.

⁴²⁶ См.: Никифоров А.С. Ответственность за убийство в современном уголовном праве. С. 25.

⁴²⁷ Кенни К. Указ. соч... Вступ. ст. Б.С. Никифорова. С. xxxix.

⁴²⁸ Никифоров А.С. Ответственность за убийство в современном уголовном праве. С. 25.

⁴²⁹ Единственно доктрина и судебная практика весьма неопределённо подошли к восприятию прослеживаемой, в свою очередь, к мысли Мэттью Хэйла (см. подр.: Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 283 сн. 2, С. 620–622) оговорки Майкла Фостера о том, что содеянное должно быть фелонией *malum in se*. Возможно, объяснять это следует тем, что, как было показано ранее применительно к *error juris*, английское уголовное право рассматривало в XVIII в. все фелонии как фелонии *mala in se*. Тем самым в этой оговорке не было необходимости, и, что вполне естественно, с течением времени она стала либо практически забытой, либо неопределённо воспринятой, хотя, конечно же, впоследствии появились и фелонии *mala prohibita*.

⁴³⁰ Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 198–201.

⁴³¹ На языке судебных прецедентов, одновременно создававшихся в уголовноправовых системах различных стран семьи общего права, рассматриваемая доктрина (классическая суровость которой, как можно заметить из цитируемых

следующим образом: «... В общем, когда непроизвольное убийство случается как следствие неправомерного деяния, оно будет в зависимости от природы деяния, которое вызвало его, либо тяжким убийством, либо простым. Если оно совершается во исполнение намерения учинить фелонию, то оно будет тяжким убийством; *но если намерением охватывалось не более, чем простое нарушение права (trespass), то оно образует только простое убийство* (курсив мой. – Г.Е.)». ⁴³² В Соединённых Штатах конструктивное простое убийство также широко именуется простым убийством по правилу о мисдиминоре (*misdemeanor-manslaughter*), хотя как самостоятельное преступление оно признаётся в законодательстве и судебной практике менее половины штатов. При этом потенциальная сфера действия данной нормы ограничена, как правило, по кругу деяний, могущих стать основой к её применению. Само же существование такой разновидности простого убийства серьёзно критикуется в теории уголовного права: «... Порок в концепции простого убийства по правилу о мисдиминоре сводится к тому, что она наказывает действующего за случайный результат просто на основе неправомерного деяния, не позволяя присяжным определить, является ли данное лицо морально виновным за этот результат». ⁴³³

казусов, отчасти смягчена требованием доказать как опасность неправомерного деяния для жизни или здоровья человека, так и, в ряде случаев, осознанность такой опасности) звучит следующим образом: в Англии: «Если деяние, учиняемое лицом, является неправомерным, и если оно одновременно является опасным деянием, т. е. деянием, которое вероятно причинит вред другому лицу, и совершенно неожиданно совершающий деяние причиняет смерть такому другому лицу таким деянием, тогда первый виновен в простом убийстве», *Rex v. Larkin*, (1943) 29 Cr. App. Rep. 18, 23 (*per* Humphreys, J.); «... Неправомерное деяние, причиняющее смерть другому, не может просто в силу своей неправомерности сделать неизбежным вердикт о простом убийстве. Для того, чтобы такой вердикт последовал с неизбежностью, неправомерное деяние должно быть таково, чтобы все здравомыслящие и разумные люди с необходимостью осознавали бы, что другое лицо подвергается, по крайней мере, риску некоего вреда, происходящего от него, хотя и не серьёзного вреда», *Regina v. Church*, [1966] 1 Q.B. 59, 69–70 (*per* Edmund-Davies, J.); «Лицо виновно в непроизвольном простом убийстве, если оно намеревается совершить неправомерное деяние, которое вероятно причинит вред личности, и причиняет смерть, которая не была ни предвиденной, ни намеренной. Виновным в простом убийстве его делает случайность смерти...», *Regina v. Cremer*, [1966] 1 Q.B. 72, 82C-D (*per* Lord Parker, C.J.); в Канаде: *Regina v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3 (простое убийство по правилу о неправомерном деянии требует, по меньшей мере, объективной предвидимости (т. е. предвидимости со стороны «разумного человека») риска – и здесь суд разделился в своей позиции – для человеческой жизни, *Ibid*, at p. 23 (*per* Lamer, C.J.), или для здоровья человека, *Ibid*, at p. 57 (*per* McLachlin, J.)); в Австралии: «... Ныне для образования простого убийства по общему праву причинения смерти человеку в ходе неправомерного деяния любого рода недостаточно. Для того, чтобы ненамеренное и неожиданное причинение смерти стало преступлением по общему праву, оно должно быть, говоря в общем, результатом неправомерного и опасного деяния...», *Mamote-Kulang v. The Queen*, (1964) 111 C.L.R. 62, 79 (*per* Windeyer, J.); «Касательно доктрины неправомерного опасного деяния пред-

⁴³² ставляется ясным, что неправомерное деяние должно заключаться в нарушении уголовного права... Обстоятельства должны быть таковы, чтобы разумный человек в положении обвиняемого, учиняющий точно такое же деяние, что и обвиняемый, осознавал бы, что он подвергает другого или других ощутимому риску реально серьёзного вреда... Хотя в соответствии с доктриной простого убийства посредством неправомерного опасного деяния *mens rea* необходима, это требование... удовлетворяется доказанностью намерения совершить нападение или другое уголовно наказуемое неправомерное деяние...», *Regina v. Holzer*, [1968] V.R. 481,482 (*per* Smith, J.); в Соединённых Штатах: «Когда ненамеренное убийство случается в ходе учинения деяния, являющегося изначально противозаконным, тогда совершение базисного *malum in se* мисдиминора восполняет *mens rea* непроизвольного простого убийства», *People v. Datema*, 448 Mich. 585, 599–600 (1995). Из доктринальных работ различных стран семьи общего права см. подр.: английские источники: *Legislating the Criminal Code: Involuntary Manslaughter* (1996) / Law Com. No. 237. L.: The Stationery Office, 1996. P. 12–14, 23, 46; *Cremona M.* Op. cit. P. 117–119; *Кенни К.* Указ. соч. С. 128–134; *Никифоров Б.С.* Указ. дисс. С. 348361,431–444; *Clarkson C.M.V.* Context and Culpability in Involuntary Manslaughter: Principle or Instinct? // *Rethinking English Homicide Law* / Edited by Andrew Ashworth and Barry Mitchell. Oxford: University Press, 2000. P. 135, 156–163; *Buxton R.J.* By Any Unlawful Act // *The Law Quarterly Review*. L., 1966. Vol. 82, № 326. P. 174–195; *Turner J.W.C.* The Mental Element... P. 224 *et seq.*; *Note*, Death resulting from act amounting only to civil wrong // *The Law Quarterly Review*. L., 1931. Vol. 47, № 186. P. 167–168; *Никифоров А.С.* Уголовное право современной Англии... С. 143; канадские источники: *Tremear's Annotated Criminal Code*. P. 283–284; австралийские источники: *Model Criminal Code. Chapter 5. Fatal Offences Against the Person: Discussion Paper*. P. 145–149; *Roulston R.P.* Op. cit. P. 105–107; *Wes-ling W.T.* Op. cit. P. 211–223; и американские источники: *LaFave W.R., Scott, Jr., A.W.* Op. cit. P. 675–683; *Wharton F.* Wharton's Criminal Law and Procedure / By Ronald A. Anderson. Volume I. Rochester (N.Y.): The Lawyers Co-Operative Publishing Co., 1957. P. 549–551 (далее цит. как: *Wharton's Criminal Law*); *Perkins R.M.* Criminal Law. P. 56–60. ⁴³³ *Blackstone W.* Commentaries... Volume IV. P. 192–193.

⁴³³ *Harring F.T.* Note, The Misdemeanor-Manslaughter Rule: Dangerously Alive in Michigan // *The Wayne Law Review*. Detroit (Mich.), 1996. Vol. 42, № 4. P. 2180.

Ограничение Майклом Фостером старой максимы Эдуарда Коука имело в середине XVIII в. весьма существенное значение, поскольку сравнительно небольшой перечень преступлений (хотя и достаточно распространённых) признавался в английском уголовном праве фелониями. Тем самым возможная сфера действия нормы о конструктивном тяжком убийстве сужалась кругом очевидно опасных деяний, большинство из которых «либо нацеливалось на смерть или тяжкие телесные повреждения, либо включало в себя существенный риск таковой природы».⁴³⁴

(2) Немаловажный момент в практическом приложении доктрины тяжкого убийства по правилу о фелонии связан с требованием наличия причинной связи между содеянием фелонии и наступившей смертью.

Для вменения лицу тяжкого убийства в такой ситуации никогда не было достаточно простого совпадения во времени и месте совершения фелонии и смерти человека: необходимо, чтобы последняя являлась естественным и возможным последствием учинения первого. Так, можно указать на рассматривавшееся в 1862 г. дело о поджоге амбара, вследствие чего заживо сгорел бродяга, забредший туда.⁴³⁵ Инструкция присяжным содержала в себе указание на то, что они должны осудить обвиняемого за тяжкое убийство, если только смерть явилась естественным и возможным последствием поджога; если же бродяга зашёл в амбар после того, как последний был подожжён, то его действия являются вмешивающейся причиной (*intervening cause*), разрывающей причинную связь между фелонией и гибелью человека.⁴³⁶

(3) Следующий аспект конструктивного тяжкого убийства сводится к характеристике правовых последствий причинения смерти человеку в ходе намеренного совершения фелонии либо покушения на оное, т. е. каким преступлением является содеянное. В силу анализируемой правовой нормы лицо, причинившее смерть другому в указанной ситуации, признаётся виновным в тяжком убийстве, т. е. наиболее опасном и наиболее сурово наказывавшемся по английскому уголовному праву рассматриваемого времени виде преступного причинения смерти человеку.

(4) Перейдём теперь к наиболее важному аспекту доктрины конструктивного тяжкого убийства, аспекту *mens rea*, по изучении которого можно будет раскрыть обоснование исследуемой доктрины в преломлении общей теории *mens rea* XVII–XVIII вв.

Исторически «тяжкое убийство является преступлением по общему праву, и... дефиниция психического элемента, следовательно, есть дефиниция общего, но не статутного права».⁴³⁷ Общим правом коуковско-блэкстоуновского времени *mens rea* в тяжком убийстве описывается через конструирование понятия «злое предумышление» (*malice aforethought*), которым охватывается несколько различающихся по своей природе психических состояний, объединённых сначала в две, а потом в три разновидности: точно выраженный (*express*), подразумеваемый (*implied*) и позднее появившийся конструктивный (*constructive*) злой умысел.⁴³⁸

В понимании Эдуарда Коука злое предумышление распадается на два вида: точно выраженное стороной и подразумеваемое правом.⁴³⁹ Встречается мнение, что он рассматри-

⁴³⁴ Perkins R.M. Criminal Law. P. 34. Ср.: «Концепция фелонии в общем праве... значительно отличается от фелонии в том виде, в каком последняя предстаёт в современных статутных кодексах. В общем праве термин ограничивался несколькими весьма серьёзными преступлениями, почти все из которых были сопряжены с насильственным поведением либо с угрозой физического вреда», *People v. Burroughs*, 35 Cal. 3d 824, 838 n. 5 (1984) (Bird, C.J., conc. op.).

⁴³⁵ ⁴³³ См.: *Regina v. Horsey*, 3 F. & F. 287, 176 Eng. Rep. 129 (Kent Assiz. 1862) (*per* Bramwell, B.).

⁴³⁶ См.: *Ibid.*

⁴³⁷ Goff R. Op. cit. P. 33.

⁴³⁸ См. подр. также отдел третий настоящего параграфа.

⁴³⁹ См.: Coke E. The Third Part... P. 47.

вал *mens rea* в тяжком убийстве по правилу о фелонии в рамках подразумеваемого злого умысла.⁴⁴⁰ Думается, эта позиция приемлема, хотя она и не следует прямо из текста «Институтов» и может быть сформулирована с известной долей условности лишь после систематической трактовки содержания работы. Во всяком случае, её изучение показывает, что, излагая свою максиму о неправомерном деянии, образующем тяжкое убийство, Эдуард Коук никоим образом *прямо* не увязывал такое тяжкое убийство с подразумеваемым злым умыслом: так, в главе VII «О тяжком убийстве» подразумеваемый злой умысел описывается как существующий лишь в трёх ситуациях,⁴⁴¹ не соотносимых текстуально с будущей доктриной конструктивного тяжкого убийства, излагаемой в главе VIII «Об убийстве».⁴⁴² Но исходя из того, что в его понимании тяжкое убийство с необходимостью должно совершаться со злым предумышлением, «либо точно выраженным стороной, либо подразумеваемым правом»,⁴⁴³ всё же можно предположить, что *mens rea* в таком тяжком убийстве соединяется им с подразумеваемым злым умыслом.

Бесспорно туманная обрисовка Эдуардом Коуком *mens rea* в конструктивном тяжком убийстве проясняется уже ко времени Уильяма Блэкстоуна, который, характеризуя два варианта злого предумышления, вполне определённо помещает тяжкое убийство по правилу о фелонии в разновидность подразумеваемого злого умысла⁴⁴⁴.

Тем самым в общем праве окончательно оформляется доктрина тяжкого убийства по правилу о фелонии в плане *mens rea*: для осуждения за тяжкое убийство *необходимо и достаточно* установить, что у лица было *намерение* совершить фелонию; для права в такой ситуации *безразлично*, убит ли потерпевший намеренно или случайно.⁴⁴⁵ Соответственно, намерением учинить фелонию с необходимостью и достаточностью образуется злое предумышление как *mens rea* тяжкого убийства.

⁴⁴⁰ См.: Sayre F.B. *Mens Rea*. P. 997; Note, Felony Murder as a First Degree Offense... P. 430–431 n. 23.

⁴⁴¹ См.: Coke E. *The Third Part*... P. 51–52.

⁴⁴² См.: *Ibid.* P. 56.

⁴⁴³ *Ibid.* P. 47.

⁴⁴⁴ См.: Blackstone W. *Commentaries*... Volume IV. P. 200–201.

⁴⁴⁵ На языке судебных precedентов, одновременно создававшихся в уголовноправовых системах различных стран семьи общего права, изложенное звучит (или звучало, утратив ныне свою юридическую ценность) следующим образом: в Англии: «Когда обвиняемый в ходе совершения фелонии причиняет смерть человеческому существу, содеянное является тяжким убийством, хотя бы она и была ненамеренной им», *Regina v. Horsey*, 3 F. & F. 287, 288, 176 Eng. Rep. 129, 129 (Kent Assiz. 1862) (*per* Bramwell, B.); *Rex v. Jarman*, [1946] 1 K.B. 74, 80 (*per* Wrottesley, J.) (смерть, наступившая вследствие случайного выстрела в ходе вооружённого грабежа, образует тяжкое убийство, поскольку, как счёл суд, «цель и охват данной области права (о конструктивном тяжком убийстве. – Г.Е.) заключается, по крайней мере, в том, что тот, кто использует насильственные средства при совершении фелонии, связанной с насилием над личностью, действует так на свой риск и виновен в тяжком убийстве, если таковые насильственные методы даже случайно приводят к смерти потерпевшего»), откоммент. в: *Notes on Recent Cases, Criminal Law— Murder— Felony involving personal violence – Use of loaded firearm a violent measures – Death of victim caused by inadvertent discharge of firearm held to be murder. R. v. Jarman*. [1946] 1 K.B. 74 // *The Cambridge Law Journal*. L, 1946. Vol. 9, № 2. P. 243–244; *Regina v. Spence*, (1957) 41 Cr. App. Rep. 80 (случайное причинение смерти другому человеку при покушении виновного на фелонию самоубийства образует тяжкое убийство), откоммент. в: *Murder in the Course of Committing Suicide – R. v. Spence, Quarterly Summary // The Journal of Criminal Law*. No. 82. L, 1957. Vol. 21, № 2. P. 192; в Австралии: «Относительно статутного убийства (в штате Южная Австралия данным понятием охватывается статутный вариант доктрины конструктивного тяжкого убийства. – Г.Е.) нет необходимости в том, чтобы обвиняемый намеревался причинить смерть или тяжкий телесный вред», *Regina v. NJA*, [2002] SASC 113, [32] (*per* Prior, J.); в Канаде: «Положение (УК 1892 г., инкорпорировавшее конструктивное тяжкое убийство в канадское статутное право. – Г.Е.) настолько широко, что в соответствии с ним лицо может быть признано виновным в тяжком убийстве, даже если смерть стала результатом случайности», *Regina v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, 665 (*per* La Forest, J.); в Соединённых Штатах: «Всякий раз, когда некто, действуя с замыслом на совершении фелонии, отнимает жизнь у другого, даже случайно, это образует тяжкое убийство», *People v. De La Roi*, 36 Cal. App. 2d 287, 291–292 (1939); «Эффект доктрины (тяжкого убийства по правилу о фелонии. – Г.Е.) заключается в признании намерения учинить базисную фелонию самого по себе как достаточной *mens rea* для тяжкого убийства», *People v. Aaron*, 409 Mich. 672, 717 (1980); *People v. Dekens*, 182 Ill. 2d 247, 255 (1998) (Bilandic, J., diss. op.) (в соответствии с доктриной тяжкого убийства по правилу о фелонии «обвиняемому нет необходимости ни намереваться, ни даже ожидать причинения смерти кому-либо»).

В XIX в. (выходя за временные рамки исследования, которыми ограничена настоящая глава, но это требуется стоящими перед настоящим исследованием целями) намерение совершить фелонию выделилось из подразумеваемого злого умысла, образовав вместе с намерением насильственного сопротивления исполнению служителем правосудия его обязанностей самостоятельную разновидность злого предумышления – конструктивный злой умысел.

Что касается второго варианта конструктивного злого умысла, то истоки связанной с ним доктрины тяжкого убийства при сопротивлении служителю правосудия прослеживаются к концу XVI в. Первый прецедент подобного рода появился в 1586 г., когда служащий сил правопорядка был убит в ходе пресечения нарушения общественного спокойствия; суд счёл, что учинённое является тяжким убийством независимо от того, было ли содеянное совершено со злым предумышлением (это образовало бы в иной ситуации тяжкое убийство) либо же в ходе внезапной стычки (что, в свою очередь, образовало бы в иной ситуации лишь простое убийство).⁴⁴⁶ Эдуард Коук⁴⁴⁷ и Уильям Блэкстоун⁴⁴⁸ рассматривали такие случаи как охватываемые подразумеваемым злым умыслом, и, согласно изначально сформировавшейся позиции, «сопротивление правомерному аресту *per se* создаёт требуемый подразумеваемый злой умысел».⁴⁴⁹ Иными словами, в данной разновидности конструктивного тяжкого убийства не нужно доказывать (как и в тяжком убийстве по правилу о фелонии) намерение причинить смерть служителю правосудия, но при этом посягающий обязательно должен быть осведомлён о статусе потерпевшего⁴⁵⁰ (небезынтересно то, как в одном из австралийских прецедентов в своё время *obiter dictum* было отмечено, «что, по общему праву, злое предумышление являлось подразумеваемым в случае, когда убитое лицо оказывалось фактически служащим правопорядка, задерживающим обвиняемого, и, по-видимому, для объявления убийства тяжким не было необходимости в осведомлённости причиняющего смерть лица о том, что потерпевший был констеблем»;⁴⁵¹ вместе с тем данное утверждение весьма сомнительно с точки зрения классической доктрины общего права).

Итак, суммируя понятие «конструктивного злого умысла» (или, как Джеймс Ф. Стифен ещё называет его, «фиктивного злого умысла»⁴⁵²), оно «вменяет» или презюмирует психическое состояние, требуемое для деяния В, из совершения деяния А».⁴⁵³ Иными словами,

⁴⁴⁶ См.: *Young's Case*, 4 Co. Rep. 40a (Q.B. 1586).

⁴⁴⁷ См.: *Coke E. The Third Part*... P. 52.

⁴⁴⁸ См.: *Blackstone W. Commentaries*... Volume IV. P. 200–201.

⁴⁴⁹ *Dickey J.S. Culpable Homicides in Resisting Arrest // Cornell Law Quarterly. Ithaca (N.Y.), 1933. Vol. 18, № 3. P. 376.*

⁴⁵⁰ На языке судебных прецедентов, одновременно создававшихся в уголовноправовых системах различных стран семьи общего права, изложенное звучит (или звучало, утратив ныне свою юридическую ценность) следующим образом: в Англии: *Regina v. Porter*, 12 Cox C.C. 444 (Hertford Assiz. 1873) (*per* Brett, J.) (нанесение удара ногой с намерением сопротивляться правомерному аресту, хотя бы и без намерения причинить тяжкий вред здоровью, образует тяжкое убийство, если удар явился причиной смерти; если же удар был нанесён в пылу борьбы ненамеренно, то смерть, последовавшая от него, является лишь простым убийством); в Ирландии: *The State v. M'Mullen*, [1925] 2 I.R. 9, 22 (*per* Kennedy, C.J.) (убийство полицейского при задержании с целью сопротивления аресту образует тяжкое убийство, хотя бы обвиняемый и не намеревался причинить смерть, что есть «настолько же правильное изложение действующего права по этому вопросу, насколько оно было таковым в древности»); в Соединенных Штатах: *Dilger v. Commonwealth*, 88 Ky. (6 Hines) 550, 561 (1889) («нападение на него (офицера полиции. – Г.Е.) во время надлежащего исполнения им его обязанности..., совершённое лицом, знающим о том, что он является офицером, образует тяжкое убийство, хотя бы действующий и не имел какого-либо конкретного злого умысла»). Из доктринальных работ см. подр.: английские источники: *Russell on Crime*... Volume I. P. 544–551; *Кенни К.* Указ, соч. С. 150; *Никифоров Б.С.* Указ. дисс. С. 367–370; *Kaye J.M.* Op. cit. Part II. P. 591–592; *Prevezzer S.* The English Homicide Act: A New Attempt to Revise the Law of Murder // *Columbia Law Review. N.Y., 1957. Vol. 57, № 5. P. 626, 633–636; Turner J.W.C.* The Mental Element... P. 242–247; и американские источники: *LaFave W.R., Scott, Jr., A.W.* Op. cit. P. 641–642; *Wharton's Criminal Law*. P. 532–536; *Perkins R.M.* Criminal Law. P. 37–38; *Dickey J.S.* Op. cit. P. 373–379, 387–390.

⁴⁵¹ *The Queen v. Reynhoudt*, (1962) 107 C.L.R. 381, 403 (*per* Menzies, J.).

⁴⁵² *Stephen J.F.* A Digest of the Criminal Law (Indictable Offences). P. 475.

⁴⁵³ *Roth N.E., Sundby S.E.* Op. cit. P. 455–456.

mens rea деяния А становится одновременно *mens rea* деяния В.⁴⁵⁴ Исходя из сказанного, понятиями «конструктивного злого умысла» и «конструктивного тяжкого убийства» охватываются одновременно две разновидности намерения и тяжкого убийства соответственно.⁴⁵⁵

Джеймс Ф. Стифен во второй половине XIX в. описывал разновидности злого предумышления следующим образом:

«Злое предумышление означает какое-либо одно или более из следующих психических состояний, предшествующих или сосуществующих с действием или бездействием, которым причиняется смерть, и оно может иметь место и тогда, когда такое деяние является непредумышленным:

(а) намерение причинить смерть (точно выраженный злой умысел. — *Г.Е.*) или тяжкое телесное повреждение (подразумеваемый злой умысел. — *Г.Е.*) любому лицу, оказывается ли такое лицо в действительности убитым или нет;

(b) знание, что действие, которое причиняет смерть, будет вероятной причиной смерти или тяжкого телесного повреждения некоторому лицу, оказывается ли такое лицо в действительности убитым или нет, несмотря на то, что такое знание сопровождается безразличием к тому, причиняется ли смерть или тяжкое телесное повреждение или нет, либо желанием непричинения этого (подразумеваемый злой умысел по правилу о неотъемлемой опасности. — *Г.Е.*);

(с) намерение совершить какую-нибудь фелонию (первая разновидность конструктивного злого умысла. — *Г.Е.*);

(d) намерение оказать насильственное сопротивление любому служащему правопорядка на его пути для, на или по возвращении с исполнения обязанности задержания, заключения под стражу или заключения в тюрьму какого-нибудь лица, которого он имеет законное право задержать, заключить под стражу или заключить в тюрьму, либо обязанности по поддержанию общественного порядка или разгона незаконного собрания, в том случае, если правонарушитель осведомлён, что убитое лицо является таким служащим при исполнении таких обязанностей (вторая разновидность конструктивного злого умысла. — *Г.Е.*)».⁴⁵⁶

Как видно из приведённого, именно в юридическом значении психического отношения к смерти потерпевшего и коренится основное различие между конструктивным злым умыслом и точно выраженным или подразумеваемым: для первой разновидности оно безразлично, тогда как вторая и третья основываются в большей или меньшей степени на предвидении наступления рокового исхода.⁴⁵⁷

Таким образом, в силу доктрины тяжкого убийства по правилу о фелонии в том виде, в каком она складывается в общем праве к третьей четверти XVIII в., намеренным учинением фелонии, следствием чего явилась смерть человека, *per se* создаётся преступление тяжкого убийства независимо от того, была ли гибель человека намеренным последствием совершённого деяния либо же явилась результатом случайного стечения обстоятельств.

⁴⁵⁴ См. также: Кенни К. Указ. соч. С. 147–150; Note, Felony Murder as a First Degree Offense... P. 430–431 n. 23–24.

⁴⁵⁵ Напомним, что в настоящем исследовании, если иное не оговорено особо, эти два понятия условно используются как синонимы намерения совершить фелонию и тяжкого убийства по правилу о фелонии соответственно.

⁴⁵⁶ Stephen J.F. A Digest of the Criminal Law (Indictable Offences). P. 211–213; ср. также: Стифен Дж. Ф. Указ. соч. С. 147–156.

⁴⁵⁷ Так, ср.: «Различие между подразумеваемым злым умыслом и тяжким убийством по правилу о фелонии заключается в том, что в соответствии с теорией подразумеваемого злого умысла когда обвиняемый убивает человека в ходе совершения деяния, которое в силу его природы вызывает высокую вероятность того, что наступит смерть, субъект, устанавливающий факты (*trier of fact*) (специфический термин, обозначающий присяжных или судью, заседающего без присяжных. — *Г.Е.*), может сделать вывод о том, что обвиняемый совершил убийство со злым предумышлением, в то время как в соответствии с теорией тяжкого убийства по правилу о фелонии, если изначально опасное деяние является фелонией, обвиняемый в силу закона рассматривается как убивший со злым предумышлением», *People v. Sanchez*, 86 Cal. App. 4th 970, 976 (2001).

Со всей очевидностью теперь возникает вопрос, каково же обоснование столь примечательной доктрины; какой базис на протяжении более чем трёх веков с эпохи позднего средневековья поддерживал её жизненность, а также обусловил широкое распространение в прошлом в странах семьи общего права и предопределяет сохранение в качестве действующей нормы во многих из этих стран и в современную эпоху?

В структуре ответа, как видится, можно выделить два пласта соображений.

Первый из них сводится к сугубо внешней рационализации этой доктрины, сводящейся к понятию конструктивного злого умысла как непосредственно образующего намерением учинить фелонию требуемое дефиницией тяжкого убийства злое предумышление.

Однако такой строго легальный подход есть не более чем «отговорка для сохранения остатка старого правила абсолютной ответственности»,⁴⁵⁸ которая не даёт и не может дать ответа на носящий сущностной характер вопрос о том, каково истинное теоретикоправовое и социально-этическое обоснование конструктивного тяжкого убийства, или, говоря иными словами, что побудило великие юридические умы XVII–XVIII вв. создать его в качестве действующей нормы английского общего права?

Не вызывает сомнения, что удачной попытка ответа здесь будет, лишь если в качестве отправной точки взять теорию *mens rea* в её концептуальных характеристиках. В преломлении последних обоснование тяжкого убийства по правилу о фелонии в эпоху зарождения и становления этой доктрины можно сформулировать следующим образом.

Намеренно учиняющий фелонию совершает негативный проступок, в котором проявляется морально упречное, или, в конечном счёте, христиански греховное состояние его ума. Действия лица здесь опасны, и вред, проистекающий из них, велик; как следствие, будучи морально порицаемо за одно (лежащую в основе содеянного фелонию), оно должно быть морально порицаемо и за другое (гибель человека вследствие её совершения). Так что, исходя из господствовавшего понимания *mens rea*, обвиняемый *виновен* в этом другом, поскольку, проявив морально упречный образ мыслей, он выявил тем самым свой злой умысел, который по отношению к смерти человека является здесь не точно выраженным, а подразумеваемым в праве, т. е. выводимым из общеотрицательного, порицаемого настроения ума.

Подтверждение приведённого обоснования можно увидеть, если попытаться реконструировать цели, которым изначально было призвано служить конструктивное тяжкое убийство. И хотя решение данной проблемы являет собой достаточно сложную задачу за отсутствием сколь-нибудь достоверных доктринальных материалов, здесь всё же допустимо предложить следующие соображения.

В самом первом приближении тяжкое убийство по правилу о фелонии, взятое изолированно в строго юридическом аспекте, представляется не имеющим в эпоху своего зарождения рациональной цели: за совершение и тяжкого убийства, и почти всех иных фелоний английское право рассматриваемого времени устанавливало абсолютно-определённую санкцию в виде смертной казни, так что за тяжкое ли убийство либо же за фелонию, ставшую причиной гибели человека, но человек с неизбежностью должен был быть «*suspended per collum, quousque mortus fuerit*» («повешен за шею, пока он не умрёт»),⁴⁵⁹ и дважды – за первое и второе – его повесить было бы нельзя. Исходя из этого, можно было бы утверждать, как то часто имеет место, что в XVII–XVIII вв. норма о конструктивном тяжком убийстве незначительно влияла на судьбу обвиняемого.⁴⁶⁰ Однако данный вывод, отмечается в лите-

⁴⁵⁸ Turner J.W.C. The Mental Element... P. 214.

⁴⁵⁹ Coke E. The Third Part... P. 211.

⁴⁶⁰ В поддержку этой позиции см., напр.: LaFave W.R., Scott, Jr., A.W. Op. cit. P. 622 n. 4; Bassiouni M.C. Op. cit. P. 247; Houck K.M. Op. cit. P. 361; Gerber R.J. The Felony Murder Rule... P. 765, 769; Roman M.J. Comment, «Once More Unto the Breach, Dear Friends, Once More»: A Call to Re-Evaluate the Felony-Murder Doctrine in the Wake of *State v. Oimen* and *State v. Rivera* H Marquette Law Review. Milwaukee (Wis.), 1994.

ратуре, отчасти поспешен, поскольку дальнейший более глубокий анализ показывает, что удельный вес реально казнимых за ту или иную фелонию осуждённых к концу XVIII в. был неодинаков, варьируясь от совершённого преступления.⁴⁶¹ Так, у виновного в малой измене или тяжком убийстве шансы угодить на виселицу (или – до 1790 г. – на костёр, предназначенный женщинам, осуждённым за малую измену) были реальнее всего, а у учинившего иную фелонию они становились всё менее вероятными, находясь в зависимости не только от опасности и конкретных обстоятельств преступления, но даже отчасти от случайного усмотрения судьи, который, исходя из фактов конкретного дела, мог окончанием процесса поспособствовать получению приговорённым монаршего помилования.

Следовательно, конструктивное тяжкое убийство предположительно было нацелено на адекватное взглядам общества наказание совершивших фелоний через вменение им всех последствий совершённого, рассматриваемых как гнездящихся в своём корне в одном источнике: исходно морально порицаемом настрое ума действующего.

Далее, нельзя не упомянуть и о том, что применением нормы о конструктивном тяжком убийстве к неоконченным фелониям, повлекшим смерть человека, создавался юридический базис для назначения за такие деяния, *per se* являвшиеся по английскому уголовному праву лишь мисдиминарами, такого же строгого наказания, как если бы фелония была оконченной.

Таким образом, в доктрине тяжкого убийства по правилу о фелонии, нацеленной изначально на адекватное воззрениям общества наказание фелоний, отражался, как видится, взгляд общества на моральную упречность настроения ума человека как исходную предпосылку к его осуждению.

Итак, обоснование, которое лежит в фундаменте тяжкого убийства по правилу о фелонии времени зарождения доктрины, заключается в специальном преломлении социально-этической концептуальной характеристики *mens rea*: моральная упречность психического состояния человека, совершающего фелонию, предопределяет то, что смерть, последовавшая в результате, была обусловлена и сопряжена с этой изначальной моральной упречностью ума, проявившейся в фелонии, и, следовательно, причинена виновно, с требуемой дефиницией тяжкого убийства *mens rea*, т. е. злым предумышлением. Соответственно, в рассматриваемую эпоху именно социально-этической сущностью *mens rea*, выступающей как морально упречный настрой ума деятеля, предопределяется наличие в тяжком убийстве по правилу о фелонии формально-юридической *mens rea*.

3. Материально-правовые средства доказывания *mens rea*

Название настоящего отдела может ввести в заблуждение своим кажущимся смешением материального уголовного права и уголовного процесса, однако это совсем не так. В традиции англо-американской уголовно-правовой системы в её широком понимании (т. е. охватывающем и материальное право, и процесс) ряд институтов, непосредственно связанных с собственно уголовным процессом (например, так называемые «утверждающие

⁴⁶¹ Го/. 77, № 4. P. 787–790; *Albrecht K.L. Note, Iowa's Felony-Murder Statute: Eroding Malice and Rejecting the Merger Doctrine* // *Iowa Law Review. Iowa City (Iowa), 1994. Vol. 79, № 4. P. 942–943*; *Anooshian J.S. Op. cit. P. 454–455*; *Prevezer S. The English Homicide Act...* P. 634. В особенности данная точка зрения распространена в судебной практике, где прецеденты, её отражающие, поистине бесчисленны (см., напр.: *Powers v. Commonwealth*, 110 Ky. 386, 413 (1901); *Commonwealth v. Redline*, 391 Pa. 486, 494 (1958); *Jenkins v. State*, 230 A.2d 262, 268 (Del. 1967); *State v. Harrison*, 90 N.M. 439, 441 (1977); *State v. Thompson*, 88 Wash. 2d 13, 20 (1977) (*en banc*) (Utter, J., diss. op.); *People v. Aaron*, 409 Mich. 672, 695–696 (1980); *State v. O'Blasney*, 297 N.W.2d 797, 798 (S.D. 1980); *Commonwealth v. Matchett*, 386 Mass. 492, 503 n. 12 (1982); *State v. Doucette*, 143 Vt. 573, 577–578 (1983); *Tison v. Arizona*, 481 U.S. 137, 159 (1987) (Brennan, J., diss. op.); *State v. Branson*, 487 N.W.2d 880, 881–882 (Minn. 1992) (*en banc*), ср. также канадское решение: *Regina v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, 648 (*per* Lamer, J.)).⁴⁶¹ См.: *Singer R. The Model Penal Code and Two (Possibly Only One) Ways Courts Avoid Mens Rea* // *Buffalo Criminal Law Review. Buffalo (N.Y.), 2000. Vol. 4, № 1. P. 179–180 n. 108*; *Tomkovicz J.J. Op. cit. P. 1445–1446*; *Roth N.E., Sundby S.E. Op. cit. P. 450*.

защиты» (*affirmative defenses*)⁴⁶²) и по сути своей носящих смешанный материально-процессуальный характер, рассматривается как составная часть материального уголовного права. Соответственно, в рамках поставленной цели исследования далее будет анализироваться один из них: институт материально-правовых презумпций в доказывании *mens rea*.

Приступая к его освещению, не только можно, но и, пожалуй, следует ещё раз вспомнить идею, рефреном проходящую сквозь всю историю преступления и наказания и отражённую в тезисе, по которому «самому дьяволу неизвестны мысли человека». Ссылка вновь на эти слова подчёркивает неотъемлемо присущую уголовному праву сложность, заключающуюся в том, что, имея дело с общественно опасными посягательствами, оно сталкивается с необходимостью установить не только *actus reus*, т. е. внешнюю, физическую, объективную составляющую преступления, в любом случае оставляющую след в реальной действительности, но и *mens rea*, гнездящуюся в глубинах внутреннего мира человека, не столь доступного для познания извне. Англосаксонское право, столкнувшееся с этой трудностью, в какой-то мере избежало её разрешения, придерживаясь концепции абсолютной ответственности за весь причинённый лицом ущерб. На смену последней пришла идея *mens rea*, развившаяся в концепцию *mens mala*. В её рамках изначально и начал формироваться институт материально-правовых презумпций в доказывании *mens rea*. При этом, исходя из уголовно-правовой доктрины XVII–XVIII вв., в его содержании следует выделять два составляющих элемента: во-первых, понятие «подразумеваемой правом (*implied by law*) *mens rea*» и, во-вторых, позднее выкристаллизовавшуюся из последней презумпцию *mens rea*.⁴⁶³

Придерживаясь избранной ранее методики исследования, рассмотрим оба эти элемента в хронологическом порядке их появления.

Авторитетным доктринальным источником привнесения в право понятия подразумеваемой *mens rea* служат «Институты» Эдуарда Коука. Содержательно оно является преломлением в практической плоскости «негативно-дефинитивной» особенности терминологии *mens rea*, когда, раскрывая содержание понятий из этой области, право достаточно часто прибегало к их отрицательному определению, указывая не на те проявления психической деятельности, которыми они образуются, а не те, при которых они отсутствуют. Тем самым создавалась основа для обобщения: *всё, что не подпадает в предусмотренные правом исключения, образует требуемую конкретным преступлением mens rea*.

Для примера обратимся к понятию *mens rea* в тяжком убийстве. Согласно «Институтам» Эдуарда Коука, чтобы образовать данное преступление, смерть должна быть причинена «со злым предумышлением, либо точно выраженным стороной (*expressed by the party*), либо подразумеваемым правом (*implied by law*)». ⁴⁶⁴ Точно выраженный злой умысел, лишь косвенно относящийся к настоящему анализу, наличествует тогда, «когда некто замышляет убить, ранить или избить другого и замышляет это *sedato animo*». ⁴⁶⁵ Подход к определению подразумеваемого злого умысла более интересен. По Эдуарду Коуку, он имеет место в нескольких ситуациях, сведённых им в три группы.

⁴⁶² Понятие «утверждающей защиты» в американском уголовном праве связано с выдвижением обвиняемым в суде в свою защиту некоего материально-правового довода (приложимого ко всем преступлениям в целом или только к одному либо некоторым), оправдывающего или извиняющего его поведение либо же иным образом препятствующего осуждению.

⁴⁶³ Может возникнуть вопрос, почему понятие «подразумеваемой правом *mens rea*», являющееся собственно материально-правовым, рассматривается в данном разделе, который посвящён, как сказано ранее, освещению института, носящего смешанный материально-процессуальный характер. Связано это с тем, что презумпция *mens rea* произошла именно из первого понятия, и его необходимо рассмотреть прежде неё.

⁴⁶⁴ Coke E. The Third Part... P. 47. Ср. также: Dalton M. Op. cit. P. 343–344; Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 198–200.

⁴⁶⁵ Coke E. The Third Part... P. 50. Ср. также: Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 199.

К одной из них отнесены случаи убийства служителя правосудия при исполнении им его обязанностей, что «является тяжким убийством в силу злого умысла, подразумеваемого правом».⁴⁶⁶ Другая группа охватывает несколько различающихся по своей природе ситуаций, которые можно условно объединить под единой характеристикой совершения неправомерного деяния в отношении ранее неизвестного убийце лица. В качестве примера в коуковских «Институтах» приводится убийство неизвестного потерпевшего в ходе ограбления, гибель заключённого в результате жестокого обращения с ним тюремщика и совершение смертной казни над осуждённым иным способом, чем предписано в приговоре суда.⁴⁶⁷ Что до *mens rea* в обеих группах, то в первой она заключается исключительно в намерении насильственного сопротивления исполнению служителем правосудия его обязанностей. В другой действия виновного в целом присуща намеренность в причинении смерти, и описание *mens rea* здесь с помощью понятия «подразумеваемого злого умысла» должно объяснить, судя по мысли Эдуарда Коука, почему в ситуациях, когда нет заранее затаённой злобы по отношению к убитому, требующейся, если прибегнуть к буквальному истолкованию термина «злое предумышление», право рассматривает убийство как совершённое с последним, исходя при этом из моральной упречности изначального поступка, очевидно заслуживающего виселицы. Таким образом, в одном случае имеет место то, что позднее получит наименование «конструктивного злого умысла», а в другом — злоумышленность как таковая, которой присущ фикционный характер лишь в части её «предумышленности».

Третья же группа ситуаций, объёмлющихся понятием «подразумеваемого злого умысла», более сложна для истолкования. Характеризуется она Эдуардом Коуком следующим образом:

«Подразумеваемый злой умысел наличествует в трёх случаях (здесь имеются в виду разбираемые три группы казусов в целом. — Г.Е.). Во-первых, относительно способа злодеяния. Так, если один убивает другого без какой-либо провокации с его, т. е. убитого, стороны, то право подразумевает злой умысел: о чём вы можете прочитать lib. 9. fol. 67. *Mackalleyes case*».⁴⁶⁸

Легальным источником формулирования этой максимы стало, как можно судить из приведённого, решение по делу некоего Мак-Калли, вынесенное в 1611 г.⁴⁶⁹ Согласно его фактам, обвиняемый убил серджента Лондона без значимой провокации; суд решил, что в данном случае за отсутствием провокации «закон подразумевает злой умысел».⁴⁷⁰ Таким образом, с учётом непосредственной основы для её постулирования, смысл максимы Эдуарда Коука, спроецированный в целом на английское уголовное право рассматриваемого времени, позволяет следующим образом охарактеризовать сущность подразумеваемой правом *mens rea*: лицо, совершающее деяние без того или иного психического состояния,

⁴⁶⁶ *Coke E. The Third Part...* P. 52. Ср. также: *Dalton M. Op. cit.* P. 343–344; *Blackstone W. Commentaries...* Volume IV. P. 200–201.

⁴⁶⁷ См.: *Coke E. The Third Part...* P. 52.

⁴⁶⁸ *Ibid.* P. 51. Ср. также: «Так, когда один убивает другого без какой-либо провокации, право подразумевает и рассматривает это как происшедшее из злого предумышления...» (см.: *Dalton M. Op. cit.* P. 343); «... Если человек убивает другого внезапно, без какой-либо или без значительной провокации, право подразумевает злой умысел...» (см.: *Blackstone W. Commentaries...* Volume IV. P. 200).

⁴⁶⁹ См.: *Mackalley's Case*, 9 Co. Rep. 65b, 77 Eng. Rep. 828 (K.B. 1611). Следует отметить, что само по себе понятие «подразумеваемого злого умысла» используется ещё в сочинениях докоуковского периода. К примеру, отсылка к «*malice implee*», связанному, в частности, с убийством в отсутствие какого-нибудь явствующего из обстоятельств основания защиты, встречается в труде «Служба и полномочия мировых судей» Ричарда Кромптона (см.: *Kaye J.M. Op. cit.* Part II. P. 591 n. 6). С соответствующими положениями в «Институтах» Эдуарда Коука практически дословно совпадают соображения, высказанные в конце XVI в. Уильямом Ламбардом в работе «Эйринарха, или о службе мировых судей» (см.: *Никифоров Б.С. Указ. дисс.* С. 241–245). Таким образом, лишь доктринальная значимость коуковских «Институтов» предопределяет в данном случае их выбор в качестве отправной точки в исследовании понятия «подразумеваемого злого умысла».

⁴⁷⁰ *Mackalley's Case*, 9 Co. Rep. 65b, 67b, 77 Eng. Rep. 828, 833 (K.B. 1611).

исключающего *mens rea* конкретного преступления, предполагается имеющим данную *mens rea*. Так, осознанно выкалывающий другому глаз или вырывающий язык считается действующим со злым предумышлением, поскольку «право подразумевает злой умысел»,⁴⁷¹ а поджог дома другого, что является «враждебным действием, презюмируется в праве совершённым злоумышленно из мести...».⁴⁷²

Из понимания *mens rea* как подразумеваемой правом в отсутствие исключаящих её психических состояний с течением времени развилась правовая презумпция, сохраняющаяся и сейчас (естественно, в весьма изменившемся виде) в американском уголовном праве. Речь идёт об общей *презумпции mens rea* или о презумпции наличия требуемой дефиницией преступления *mens rea*, юридически действительной до тех пор, доколе противное не будет доказано обвиняемым.

Происхождение этой презумпции можно увязать с прецедентно-доктринальным развитием мысли Эдуарда Коука о подразумеваемом правом злом умысле в преступлении тяжкого убийства. Понятие последнего позволяло в сущности своей обойтись обвиняющей стороне без доказывания точно выраженного злого умысла, прибегнув к подразумеваемому. Тем самым оставалось сделать лишь один шаг к обобщению: если в некоторых ситуациях причинения смерти человеку можно, по меньшей мере, установить точно выраженный злой умысел, доказав его, и констатировать во всяком случае подразумеваемый, пока противное не будет доказано, то, таким образом, допустимо предположить, что *право презюмирует всякое причинение смерти человеку совершающимся со злым предумышлением*.

Цепочка прецедентов XVII в. демонстрирует именно такой обобщающий ход мысли судей. Так, приблизительно одновременно с написанием третьей части коуковских «Институтов», в 1628 г., появляется достаточно известное решение по делу Хэллоуэя.⁴⁷³ Последний, являясь сторожем парка, застал в нём нескольких мальчишек, рубивших деревья. Поймав одного из них, он привязал его к хвосту лошади и начал бить; лошадь же испугалась ударов и понесла, вследствие чего ребёнку были нанесены смертельные повреждения. Суд королевской скамьи, осуждая Хэллоуэя за тяжкое убийство, указал, что «закон подразумевает злой умысел» в ситуации, связанной с причинением смерти несопротивляющейся стороне.⁴⁷⁴ В 1662 г. на судебной сессии в Ньюгейте разрешается дело некоего Легга, обвинённого в тяжком убийстве.⁴⁷⁵ Несмотря на свою исключительную краткость, судебный отчёт содержит весьма примечательный тезис, согласно которому «если некто убивает другого и не явствуется внезапной ссоры, тогда это является тяжким убийством, как то [решено] в *Mackalley's case*, 9 Co. 67b., и обвиняемая сторона обременена доказыванием внезапной ссоры».⁴⁷⁶

Доктринальное обобщение накопившихся казусов было сделано вскоре после Эдуарда Коука Мэттью Хэйлом, указавшим, что «когда некто волимо убивает другого без какой-либо провокации, это является тяжким убийством, ибо закон презюмирует его (т. е. убийство. — Г.Е.) совершающимся злоумышленно (курсив мой. — Г.Е.)».⁴⁷⁷ Соответственно, основой для данного утверждения послужил тезис о «злом умысле по праву» или *ex prcesumptione legis* (из легальной презумпции).⁴⁷⁸ В 1727 г. максима Мэттью Хэйла оформилась в прецедент,

⁴⁷¹ Coke E. The Third Part... P. 62.

⁴⁷² Ibid. P. 66.

⁴⁷³ См.: *Halloway's Case*, Cro. Car. 131, 79 Eng. Rep. 715 (K.B. 1628).

⁴⁷⁴ Ibid.

⁴⁷⁵ См.: *Legg's Case*, Kelyng, J. 27, 84 Eng. Rep. 1066 (Newgate Sess. 1674).

⁴⁷⁶ Ibid.

⁴⁷⁷ Hale M. Op. cit. P. 455. Следует отметить, что хотя и Майкл Далтон (см.: *Dalton M. Op. cit.* P. 343), и Эдуард Коук (см.: *Coke E. The Third Part...* P. 66) используют понятие «презумпции» в соединении с *mens rea*, однако оно не получает у них того универсального значения, которое ему придаст Мэттью Хэйл.

⁴⁷⁸ Hale M Op. cit. P. 451.

ставший впоследствии основой и для английского, и для американского подхода к презумпции *mens rea*.⁴⁷⁹ Им стало решение по делу некоего Оэнби, который убил человека в ходе игры в карты, вступив с ним в ссору. В вердикте присяжных, рассматривавших дело, не содержалось указания на то, что содеянное ими признаётся совершённым под воздействием провокации; соответственно, суд решил, что «если А убивает В и не явствует, что имела место внезапная ссора, содеянное является тяжким убийством, поскольку на обвинённой стороне лежит бремя доказывания внезапной ссоры».⁴⁸⁰ Итогом приведённого мнения суда стало формулирование следующей легальной максимы: *всякое причинение смерти другому человеку презюмируется совершённым со злым предумышлением (говоря абсолютизированным языком другого прецедента той эпохи, «тот, кто волимо (voluntarily) учиняет жестокое деяние, учиняет его из злого преду, мышления»⁴⁸¹) и образующим в результате преступления тяжкого убийства до тех пор, доколе обратное не будет доказано обвиняемым*.

В 1762 г. Майкл Фостер так отразил сформулированный постулат:

«По каждому обвинению в тяжком убийстве с первоначальной доказанностью факта убийства все обстоятельства случая, необходимости или немоци должны быть удовлетворительно доказаны обвиняемым, если они не возникают из доказательств, представленных против него; ибо закон презюмирует, что содеянное основывалось на злом умысле, до тех пор, пока обратное не выяснится (курсив мой. — Г.Е.). И весьма правильно то, что закон должен презюмировать таким образом. Обвиняемый в этом случае находится в точно таком же положении, что и всякий другой обвиняемый: обстоятельства, способные оправдать, извинить или смягчить, должны явствовать из доказательств, прежде чем он сможет воспользоваться ими»⁴⁸².

Следуя его мысли, Уильям Блэкстоун в ещё более обобщённой формулировке воспринял презумпцию *mens rea* в преступлении тяжкого убийства:

«... Мы можем принять за общее правило, что *всякое убийство является злоумышленным и, как само собой разумеющееся, образует тяжкое убийство*, если оно не оправдано предписанием или разрешением права, не извиняемо вследствие случайности или самосохранения либо не смягчено до простого убийства, будучи либо произвольным последствием некоторого деяния, не являющегося строго правомерным, либо (если волимое) вызвано некоторой внезапной и достаточно насильственной провокацией. *И относительно всех этих обстоятельств оправдания, извинения или смягчения на обвиняемом лежит обязанность убедить суд и присяжных... Ибо всякое убийство презюмируется злоумышленным, доколе противное не будет явствовать из доказательств* (курсив мой. — Г.Е.)».⁴⁸³

В завершение исторической характеристики презумпции *mens rea* необходимо лишь отметить её юридическую природу в английском уголовном праве XVII–XVIII вв. При этом необходимо пояснить, что в общем праве начали формироваться в рассматриваемое время сохраняющие своё значение вплоть до сегодняшнего дня следующие разновидности правовых презумпций: (1) *praesumptio juris et de jure* или обязательная окончательная (неопровержимая) презумпция, не допускающая представления любой стороной опровергающих её доказательств; согласно ей, если сторона доказала «факты, которые дают основание презумпции, то окончательная презумпция удаляет презюмируемый элемент из дела»⁴⁸⁴; (2)

⁴⁷⁹ См.: *Rex v. Oneby*, 2 Ld. Raym. 1485, 92 Eng. Rep. 465 (K.B. 1727).

⁴⁸⁰ *Ibid*, at p. 1497, 92 Eng. Rep. at p. 473.

⁴⁸¹ *Mawgridge's Case*, Kelyng, J. 119, 127, 84 Eng. Rep. 1107, 1111 (Q.B. 1706) (*per* Holt, C.J.).

⁴⁸² *Foster M.* Op. cit. P. 255.

⁴⁸³ *Blackstone W.* Commentaries... Volume IV. P. 201.

⁴⁸⁴ *Francis v. Franklin*, 471 U.S. 307, 314 n. 2 (1985).

praesumptio juris или обязательная опровержимая презумпция (иногда именуемая доказательством *prima facie* презюмируемого факта), которая «не удаляет презюмируемый элемент из дела, но, тем не менее, требует от присяжных признать презюмируемый элемент, если обвиняемый не убеждает их, что такой признание необоснованно»;⁴⁸⁵ (3) *praesumptio facti* или фактическая презумпция (или допустимый вывод), который «предлагает присяжным вывести возможное заключение», если сторона по делу «доказывает факты, но не требует от них сделать такое заключение».⁴⁸⁶ Таким образом, если исходить из определения презумпции *mens rea*, она может быть (хотя и с известной долей условности, поскольку в XVII–XVIII вв. столь чёткое представление о презумпциях и бремени доказывания связанных с ними фактов отсутствовало) отнесена ко второй их разновидности.

Таким путём понятие подразумеваемого злого умысла вызвало к жизни презумпцию последнего в преступлении тяжкого убийства, которая впоследствии распространилась по всей области уголовного права. В такой презумпции *mens rea* бесспорно отражена концепция *mens mala*, и это можно доказать следующим.

Прежде всего, отметим, что, конечно же, можно усмотреть в общем праве XVII–XVIII вв. целый ряд практических факторов, давших жизнь рассматриваемой презумпции. Первым из них следует назвать уже упоминавшуюся трудность в доказывании *mens rea* как внутренней, психической составляющей, не отображающейся в подавляющем большинстве случаев во внешнем мире. Если же дополнительно принять во внимание уровень развития знаний о психике человека, то всё это можно было бы счесть достаточным основанием к возникновению презумпции *mens rea*. Здесь нелишне было бы отметить и ограниченность имевшихся у правосудия на тот момент возможностей субъективных изысканий: во всяком случае, обвиняемые были не вправе лично свидетельствовать в суде вплоть до 1898 г.,⁴⁸⁷ а адвокаты допускались только в процессы о фелониях, где они могли отстаивать лишь сугубо правовые вопросы в интересах привлекаемых к суду. Не менее обоснованным в рассматриваемом аспекте выглядело бы и предположение о том, что данная презумпция есть эхо старых, ещё англосаксонских правовых воззрений на преступления как совершаемые в подавляющем большинстве случаев намеренно и потому не требующие тонких изысканий в субъективной виновности или невиновности.

Тем не менее все эти соображения являются не более, чем внешним обоснованием презумпции *mens rea* в рассматриваемую эпоху. Не будь у неё другого, более глубокого базиса, она, возможно, не появилась бы в уголовном праве, а появившись, не укрепились бы настолько сильно, что сохраняется и в настоящее время, хотя и в изменённом виде. Попытка же найти такое сущностное основание, как представляется, может увенчаться успехом, лишь если обратиться к общей теории *mens rea*, поскольку именно в доминировании социально-этической концептуальной характеристики *mens rea* кроется фундамент презумпции последней.

Отталкиваясь от этой доминанты, нетрудно увидеть, что наличие психического состояния, требуемого дефиницией того или иного преступления, предопределяется в рассмат-

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ *Ibid.*, at p. 314. О презумпциях см. подр.: LaFave W.R., Scott, Jr., A.W. Op. cit. P. 158–165; Brett P., Waller P.L. Op. cit. P. 63; Williams G.L. Criminal Law: The General Part. P. 700–706; Кенни К. Указ. соч. С. 368–369; Уиллиш А.М. Уголовный процесс / Пер. с англ. О.Ф. Левиной; Под ред. и с предисл. М.С. Строговича. М.: Гос. изд. иностр. лит., 1947. С. 146–148; Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. Тула: Автограф, 2000. С. 149–161; Denning A.T. Presumptions and Burdens // *The Law Quarterly Review. L.*, 1945. Vol. 61, № 244. P. 379–383; Aron G. Les presumptions «juris et de jure» et leur origine historique // *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger. P.*, 1896. 20^e année. P. 500–513; а также их анализ в: *Tot v. United States*, 319 U.S. 463, 466–472 (1943); *Ulster County Court v. Allen*, 442 U.S. 140, 157–160 (1979); *Sandstrom v. Montana*, 442 U.S. 510, 517–518 (1979); *Francis v. Franklin*, 471 U.S. 307, 313–315 (1985).

⁴⁸⁷ Когда им это право было предоставлено Законом об уголовных доказательствах 1898 г. (*Criminal Evidence Act*, 61 & 62 Vic., с. 36).

риваемое время установлением морально упречного настроения ума человека. Взятые с позиций общества, осознанное и волимое совершение неправомерного, преступного деяния уже само по себе свидетельствует о таком морально упречном настрое. Достаточно обратиться к рационализации подразумеваемого злого умысла, предложенной Уильямом Блэкстоуном, и центр тяжести используемого им стандарта оценки *mens rea* отчётливо выявляется именно на стороне социума: «... Если человек убивает другого внезапно, без какой-либо или без значительной провокации, право подразумевает злой умысел, ибо *ни одно лицо, если оно не обладает распутным сердцем, не было бы виновно в таком деянии*» (курсив мой. – Г.Е.) совершённом по незначительной причине или при отсутствии очевидной причины». ⁴⁸⁸ Как следствие такого подхода к моральной упречности и для юристов, и для простых обывателей не менее логичным выглядел вывод о том, что, совершая осознанно и волимо преступное деяние, человек тем самым выявляет заслуживающий порицания настрой своего ума, действуя злоумышленно или намеренно в уголовно-правовом смысле, поскольку, используя метафору из «Ежегодника» начала XIII в., «ничто не проявляет волю человека лучше, чем его собственное деяние». ⁴⁸⁹ Самим фактом своих действий он даёт основание предположить, что им, сознававшим моральную упречность поступка и моральную упречность своего ума, был проявлен неотделимый от последней злой умысел; если же реальность была иной, то он должен доказать это, поскольку пока объективные факты говорят против него. Такая презумпция *mens rea*, прилагаемая к поступкам человека, позволяет перейти от внешних, очевидных фактов содеянного к *mens rea* конкретного преступления, минуя, по общему правилу, истинно субъективную оценку настроения ума обвиняемого. Не следует рассматривать данный подход как презумпцию виновности; скорее, это отражение в уголовном праве взгляда на моральную упречность деяния как *неотделимую* от его последствий: если в первом, бывшем намеренным, проявилась моральная упречность ума, сознательно избравшего путь зла, то и последние, прилагая к ним объективизированное мерило социума, носят такой же характер, произрастая из той же изначальной моральной упречности.

Суммируя сказанное, с позиций доктрины и практики уголовного права XVII–XVIII вв. человек, сознательно вставший на путь зла, проявляет тем самым морально порицаемый настрой своего ума, который, исходя из объективной оценки, даваемой ему и его действиям обществом, с необходимостью связан со злоумышленностью и намеренностью поступка. Если же эта презумпция неверна, то он должен опровергнуть её, поскольку пока факты говорят против него. Именно таким видится фундамент презумпции *mens rea* в английской уголовно-правовой реальности коуковско-блэкстоуновской эпохи.

* * *

Итак, в настоящем параграфе было рассмотрено практическое преломление теории *mens rea* в английском уголовном праве XVI–XVIII вв., подтвердившее, как представляется, выдвинутый ранее тезис, согласно которому теория *mens rea* в этот период может быть охарактеризована как концепция *mens mala* с присущим ей акцентом на объективизированной моральной упречности в определении реальной субъективной виновности человека в совершённом им преступлении.

⁴⁸⁸ Blackstone W. Commentaries ... Volume IV. P. 200.

⁴⁸⁹ Приведена данная сентенция как аргумент адвоката одной из тяжущихся сторон в деле, разрешённом на Троицкой судебной сессии в тридцать пятый год правления короля Эдуарда I, т. е. в 1307 г. (Y. B. Trin. 35 Edw. I, Rolls Series *533, A. D. 1307) (цит. по: Year Books of the Reign of King Edward the First. Michaelmas Term, Years XXXIII, and Years XXXIV and XXXV / Edited and Translated by Alfred J. Horwood. L: Longman & Co., Triebner & Co. & c., 1879. P. 532–533).

Глава III

Уголовное право Соединённых Штатов XVII – конца XIX вв. и теория mens rea

§ 1. Уголовное право Соединённых Штатов и теория mens rea: периодизация истории

Равно как история Соединённых Штатов в целом, так и история собственно американского права начинается с основания переселенцами из Англии 14 мая 1607 г.⁴⁹⁰ на Атлантическом берегу Северной Америки, ныне входящем в состав Вирджинии, первого поселения, названного Джеймстауном.

Прошедшие с этого момента почти четыре столетия разделяют маленькие разбросанные на побережье религиозные общины первых колонистов и страну, раскинувшуюся от Атлантики до Тихого океана. Эти же четыре столетия разделяют благоговейно вывезенную из Англии Библию, ставшую для переселенцев самым ценным источником права, и существующие ныне в Соединённых Штатах пятьдесят три уголовно-правовых системы, каждая из которых, обслуживаемая громадным корпусом судей и атторнеев, покоится на многостраничном законодательстве, тысячах томов судебных решений и лежащей в их основе теории.

Из сказанного с очевидностью явствует необходимость относительной периодизации истории американского уголовного права.

Для этого воспользуемся широко принятой и достаточно обоснованной периодизацией истории права Соединённых Штатов в целом, предложенной Роско Паундом. Согласно его позиции, «проследив общее развитие американского права, мы можем выделить четыре периода: (1) колониальную эру; (2) формационную эру от Американской революции (преимущественно именуемой в российской историографии Войной за независимость. – Г.Е.) до Гражданской войны; (3) эру экономической, политической и правовой стабильности; и (4) эру урбанизированного индустриального общества и государства благосостояния (обслуживания)».⁴⁹¹

Возможно ли спроецировать данную периодизацию, во-первых, на историю уголовного права и, во-вторых, что более важно, на развитие в последнем теории *mens rea*? Ответ – с некоторыми оговорками – представляется положительным на обе части поставленного вопроса.

История американского уголовного права действительно распадается на несколько взаимосвязанных, но качественно различающихся между собой этапов.

Первый из них связан с колониальными годами развития уголовного права. Его начало можно датировать 1607 г., а формальное окончание приписать 4 июля 1776 г. – дню принятия II Континентальным конгрессом Декларации независимости.

Второй этап— это формационный период в становлении уголовного права, охвативший почти столетие, последовавшее вслед за Американской революцией и оканчивающееся Гражданской войной.

⁴⁹⁰ Здесь имеется в виду первое жизнеспособное поселение англичан на территории современных Соединённых Штатов. До того в 1587 г. группа колонистов высадилась на островке Роуноук (нынешняя Северная Каролина), однако их судьба неизвестна: вернувшиеся на остров через несколько лет английские корабли не нашли там ни одного человека.

⁴⁹¹ Pound R. The Development of American Law and Its Deviation from English Law // *The Law Quarterly Review*. L, 1951. Vol. 67, № 265. P. 55.

Из этого же этапа вырастает третий, объемлющий вторую половину XIX в. и приблизительно первую половину XX в. и названный Роско Паундом эрой «экономической, политической и правовой стабильности». Применительно к уголовному праву его было бы точнее именовать эрой теоретизации или, воспользовавшись опять словами Роско Паунда, скорее как «время организации и систематизации, чем созидательной активности».⁴⁹²

Когда Роско Паунд в середине XX в. строил свою концепцию правовой истории, о последнем, четвертом этапе «урбанизированного индустриального общества и государства» он мог сказать только то, что «новый период правового развития очевидно близок», хотя и «всё ещё слишком рано предсказывать его ход».⁴⁹³ Тем самым история осталась недописанной (каковой ей и следует быть), дав возможность другим авторам продолжить её периодизацию.

В 1978 г. четырёхстадийная концепция Роско Паунда дополняется Майклом Ч. Бассиони пятым этапом, названным им «периодом современной кодификации».⁴⁹⁴ Возражая против включения четвертого этапа Роско Паунда в свой пятый, он пишет, что им «пятая стадия рассматривается как предвещающая тенденцию к унификации всего уголовного законодательства Соединённых Штатов», которая «может привести лишь к национальному уголовному кодексу».⁴⁹⁵

Представляется, что в уголовно-правовой области и применительно к последнему этапу Роско Паунда, и применительно к последним двум Майкла Ч. Бассиони в начале XXI в. можно сделать следующие корректировки.

Так, если в аспекте уголовного права отнести самые ранние истоки четвертого периода Роско Паунда к 1931 г. (тогда впервые была предложена идея создания Примерного уголовного кодекса⁴⁹⁶), а его формальное начало к 1962 г., когда появился официальный проект М.Р.С., то можно сказать, что им образована та стадия, которую Майкл Ч. Бассиони назвал «периодом современной кодификации». Именно с эрой урбанизированного, индустриального общества следует связывать, не выделяя в самостоятельный этап, окончившийся в 1970-х гг. кодификационный период развития американского уголовного права.

Его характерная черта заключается в проявившейся, но так и не реализовавшейся окончательно тенденции к унификации уголовного законодательства штатов. К примеру, уголовное законодательство Мэриленда, являя собой лишь частично зафиксированные в законе нормы общего права без их систематизации,⁴⁹⁷ разительно отличается от законодательства соседней Пенсильвании, где уголовный кодекс составлен под сильным влиянием положений М.Р.С.⁴⁹⁸ Как и десятилетиями раньше, так и ныне в Массачусетсе признаются преступления по общему праву,⁴⁹⁹ а в граничащем с ним Нью-Гэмпшире – нет.⁵⁰⁰ Как и двадцать

⁴⁹² Ibid. P. 57.

⁴⁹³ Ibid.

⁴⁹⁴ Bassiouni M.C. Op. cit. P. 19.

⁴⁹⁵ Ibid. P. 20, 25.

⁴⁹⁶ Далее Примерный уголовный кодекс будет цитироваться, как правило, по аббревиатуре заглавных букв его названия на языке оригинала — *Model Penal Code* – как М.Р.С. (перевод отрывков из кодекса везде мой. – Г.Е.).

⁴⁹⁷ См. посвящённую уголовному законодательству ст. 27 Кодекса Мэриленда.

⁴⁹⁸ См. Титул 18 Консолидированных статутов Пенсильвании, являющийся уголовным кодексом штата.

⁴⁹⁹ Одним из них является, например, наказуемое как мисдиминор подстрекательство (*solicitation*) другого лица к совершению фелонии. Так, «является преследуемым по обвинительному акту правонарушением по общему праву для кого-либо советовать другому совершить или подстрекать другого к совершению фелонии или другого тяжкого правонарушения, хотя бы подстрекательство и не имело эффекта, и насочетованное преступление не было совершено в реальности», *Commonwealth v. Flagg*, 135 Mass. (21 Lath.) 545, 549 (1883), что подтверждено недавними судебными решениями (см., напр.: *Commonwealth v. Barseil*, 424 Mass. 737, 738 (1997) (подстрекательство к совершению тяжкого убийства наказуемо по общему праву как мисдиминор); *Commonwealth v. Hamel*, 52 Mass. App. 250, 2001 Mass. App. LEXIS 765, *21-23

⁵⁰⁰ УК Нью-Гэмпшира («Никакое поведение или бездействие не образует правонарушения, если оно не является пре-

лет тому назад, так и сейчас для осуждения за любое тяжкое убийство в Мичигане требуется доказать, что смерть была причинена со злым умыслом,⁵⁰¹ а в граничащей с ним Индиане в случае гибели человека в ходе совершения или покушения на совершение ряда специально перечисленных felonies для признания лица виновным в тяжком убийстве доказывать *mens rea*, сопутствовавшую причинению смерти, нет необходимости.⁵⁰² Вопреки предсказанию Майкла Ч. Бассиони, принятие в большинстве штатов в 1960-70-х гг. новых уголовных кодексов не привело и, можно предположить, вряд ли приведёт в обозримом будущем к повсеместной или хотя бы преимущественной унификации уголовного законодательства.

При этом следует особо подчеркнуть, что расхождения в законодательстве штатов не предопределяли и не предопределяют характера американской теории, являвшейся и являющейся единой в своих концептуальных положениях для всех пятидесяти трёх уголовно-правовых систем.⁵⁰³ Как верно было подмечено Роско Паундом, «различия в законодательстве и в природе судебных решений среди сорока семи (напомним, что написано это было в 1951 г. – Г.Е.) штатов, которые получили или восприняли систему общего права, менее значимы по сравнению с фундаментальным единством системы английского и американского права и фундаментальным единством американского права самого по себе».⁵⁰⁴

Таким образом, подводя промежуточный итог рассмотрению столь сложного и вместе с тем принципиального вопроса, четвёртый этап в развитии американского уголовного права, охватывающий 1960-70-е гг., можно назвать кодификационным периодом или, прибегнув к характеристике Герберта Л. Пакера, данной им М.Р.С., с которым этот этап неразрывно связан, периодом восстановления «интеллектуальной респектабельности материального уголовного права в общем и в деталях».⁵⁰⁵

Ему на смену в конце 1970-х гг. пришёл качественно новый, пятый этап в развитии уголовного права, продолжающийся сегодня и направленный в будущее. Его характерная особенность состоит в попытке приспособить уголовное право к изменившимся условиям жизни постиндустриального, информационного социума, сосуществующего не только и даже не столько с угрозами «традиционных», частно-корыстных и насильственных преступлений, сколько с угрозами, ставящими под вопрос само по себе существование общества и человеческой цивилизации в целом.⁵⁰⁶ Говоря иначе, данный период связан с «подгонкой» старых, имеющих многовековую историю принципов общего права к новым условиям человеческой жизни.

Теперь обратимся к теории *mens rea* и попытаемся схематично набросать периодизацию её развития на американской почве.

На начальном этапе становления американского уголовного права концептуальные характеристики *mens rea* неизменны на протяжении более чем двух с половиной столетий.

ступлением или нарушением в соответствии с настоящим кодексом или другим статутом»),

⁵⁰¹ См. §§ 750.316–750.317 УК Мичигана. Ср.: «Чтобы доказать тяжкое убийство, народ (имеется в виду сторона обвинения. – Г.Е.) должен продемонстрировать, что обвиняемый действовал со злым умыслом, причиняя смерть другому... Злой умысел определяется как (1) намерение убить; (2) намерение причинить тяжкий телесный вред или (3) необдуманное и преднамеренное игнорирование вероятности того, что естественным стремлением поведения обвиняемого явится причинение смерти или тяжкого телесного вреда», *People v. Dumas*, 454 Mich. 390, 396 (1997).

⁵⁰² См. § 35-42-1-1 УК Индианы. Ср.: «Осуждение за тяжкое убийство по правилу о felonies требует доказанности намерения совершить базисную felonies..., но не намерения причинить смерть», *Luna v. State*, 758 N.E.2d 515, 2001 Ind. LEXIS 1014, *4 (Ind. 2001).

⁵⁰³ Данное обстоятельство иногда «забывается» в отечественной науке (см., напр.: Козочкин И.Д. Реформа американского уголовного права // *Государство и право*. М., 1993. № 9. С. 142).

⁵⁰⁴ Pound R. The Development of American Law... P. 50–51; ср. также: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 283–285; Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. Том I. С. 373–376.

⁵⁰⁵ Packer H.L. The Model Penal Code and Beyond // *Columbia Law Review*. N.Y., 1963. Vol. 63, № 4. P. 594.

⁵⁰⁶ Ср.: Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 50; Dubber M.D. Penal Panopticon: The Idea of a Modern Model Penal Code // *Buffalo Criminal Law Review*. Buffalo (N.Y.), 2000. Vol. 4, № 1. P. 53–55 et seq.

Теория *mens rea* с XVII в. и по конец XIX в., находясь в глубинах уголовного права и теории, остаётся всё той же концепцией *mens mala*.

Второй этап развития теории *mens rea* связан с паундовской эпохой «организации и систематизации» права, когда зародившаяся собственно американская уголовно-правовая доктрина создаёт концепцию *mentes reae*. За условно-символичное время его начала можно принять либо 1881 г. (год выхода работы Оливера У. Холмса-мл. «Общее право»), либо 1889 г. (год разрешения Отделением королевской скамьи Высокого суда правосудия в Англии дела Толсон⁵⁰⁷). При этом любая из двух предложенных дат (даже с оговоркой о её условной символичности) будет в значительной мере некорректной, поскольку и прецедентное, и теоретическое становление основ новой концепции *mentes reae* частично начинается в глубинах уголовного права ещё в середине XIX в.

Третий этап связан с М.Р.С. и теоретическим осмыслением его положений в 1960-х гг. Концептуальные характеристики *mens rea* в это время претерпевают изменения, связанные с доктринальным анализом теории виновности, отражённой в М.Р.С., и её инкорпорацией в законодательство штатов.

Современный период развития теории *mens rea*, чьи истоки лежат в кодификационном движении 1960-70-х гг. и теории виновности М.Р.С., покоится на прошлом, но направлен в будущее. Его отличительная черта — конвергенционность, заключающаяся в попытке объединить такую имеющую многовековую историю концептуальную характеристику *mens rea*, как моральная упречность с выработанным в прошедшем столетии истинно психологическим пониманием субъективной составляющей преступления, отражённым, в частности, в теории виновности М.Р.С.

Изложенная периодизация и послужит планом для всего последующего исследования, где, в свою очередь, она найдёт теоретическое обоснование и подтверждение.

⁵⁰⁷ О значении данного дела (см.: *Regina v. Tolson*, (1889) L.R. 23 Q.B.D. 168) для теории *mens rea* более подробно речь пойдёт далее.

§ 2. Теория mens rea в американском уголовном праве XVII – конца XIX вв.

Последовательно придерживаясь изложенной периодизации, обратимся к начальному этапу в развитии теории *mens rea* в уголовном праве Соединённых Штатов, охватывающему XVII – конец XIX вв.

Понимание теории *mens rea* в данный период невозможно без общего взгляда на истоки американского уголовного права, а уяснение последних, в свою очередь, требует освещения характера первых поселений на берегах Атлантики.

Английские пионеры-эмигранты, прибывшие в Америку и основавшие Джеймстаун, принадлежали к религиозной секте квакеров. Вскоре вслед за ними на берега Новой Англии стали переселяться последователи иных религиозных течений. Гонимые на родине, они видели по ту сторону океана «такую дику отдалённую землю, где можно было бы жить сообразно собственным принципам и свободно молиться Богу».⁵⁰⁸

Прибывая в Америку, колонисты формально приносили с собой действовавшее на тот момент общее право, в том числе и его уголовно-правовые нормы. Согласно решению по делу Кальвина, вынесенному в 1608 г.,⁵⁰⁹ поселяясь на землях, не освоенных цивилизованными народами, английские подданные подпадают под действие права метрополии, но лишь в той мере, в какой нормы последнего соответствуют условиям жизни колоний.⁵¹⁰ Кроме

⁵⁰⁸ Токвиль Алексис де. Демократия в Америке: Пер. с франц. / Предисл. Гарольда Дж. Ласки. М.: Издательство «Весь Мир», 2000. С. 46.

⁵⁰⁹ См.: *Calvin v. Smith*, 7 Co. Rep. 1a, 77 Eng. Rep. 377 (К.В. 1608). О данном деле см. подр.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 270; *Houston M.R.W. Birthright Citizenship in the United Kingdom and the United States: A Comparative Analysis of the Common Law Basis for Granting Citizenship to Children Born of Illegal Immigrants* // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Nashville (Tenn.), 2000. Vol. 33, № 3. P. 698–701.

⁵¹⁰ Заслуживает внимания, что применимость принципов решения по делу Кальвина к американским колониям оспаривалась Уильямом Блэкстоуном. Согласно его позиции, поселения в Северной Америке представляют собой такую разновидность колоний, которые были завоёваны или уступлены метрополии, и, как следствие, «общее право Англии, как таковое, не принимается во внимание... там; они (североамериканские колонии. – Г.Е.) являются не частью страны-матери, а отдельными (хотя и зависимыми) доминионами» (см.: *Blackstone W. Commentaries... Volume I*. P. 105; а также: *Ibid.* P. 104–106). Едва ли не лишь за этот вывод Уильям Блэкстоун подвергся в Соединённых Штатах наибольшей критике. Так, Джозеф Стори в своё время писал: «Доктрина м-ра судьи Блэкстоуна... очевидно ошибочна постольку, поскольку она применяется к колониям и плантациям, составившим наш Союз. В хартиях, в соответствии с которыми все наши колонии были основаны... имеется... прямое указание на то, что... все законы Англии в той мере, в какой они применимы, должны быть в силе здесь; и не должны приниматься законы, которые не соответствуют законам Англии, но первые должны соответствовать последним настолько, насколько то может быть пригодно» (см.: *Story J. Commentaries on the Constitution of the United States; With a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States, Before the Adoption of the Constitution: In Three Volumes. Volume I*. Boston: Hilliard, Gray and Company; Cambridge (Mass.): Brown, Shattuck, and Co., 1833. P. 139; а также: *Ibid.* P. 132–142). Последовательно отвергается позиция Уильяма Блэкстоуна и в судебной практике: «Общее право Англии не должно приниматься как американское общее право во всех отношениях. Наши предки принесли с собой его общие принципы и утвердили их как своё наследие; но они принесли с собой и восприняли только ту часть, которая была применима к их ситуации», *Van Ness v. Pacard*, 27 U.S. (2 Pet.) 137, 144 (1829); «Эти статуты (т. е. английские статуты. – Г.Е.), будучи приняты перед эмиграцией наших предков, применимые к нашей ситуации и изменяющие право, составляют часть нашего общего права», *Doe v. Winn*, 30 U.S. (5 Pet.) 233, 241 (1831); «Наши суды следовали и следуют английскому общему праву настолько, насколько оно обосновано само по себе, соответствует условиям и занятиям нашего народа и согласуется с буквой и духом конституций и статуты нашей федерации и штата, так что можно сказать, что оно образует часть общего права Огайо», *Bloom v. Richards*, 2 Ohio St. (1 War.) 387, 390 (1853); «Американцы отстаивают общее право как своё естественное наследие и щит... Принципы и нормы организованного сообщества, имеющиеся в общем праве Англии, настолько, насколько они применимы к нашим условиям, были и продолжают оставаться в силе, если они не отменены или не изменены прямыми конституционными или статутными положениями. Конституция и статуты должны быть толкуемы с отсылкой к доктрине общего права», *Waters & Co. v. Gerard*, 189 N.Y. (27 Bedell) 302, 308–309 (1907). См. также: *Blackstone W. Commentaries on the Laws of England: In Four Books / With Notes Selected from the Editions of Archbold, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr and Others, Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author, by George Sharpswood. In Two Volumes. Volume I: Books I & II*. Philadelphia: J.B. Lippincott Company, 1859. P. 81–83 n. 11–12 (далее цит. как: *Sharpswood's Blackstone... Volume I*); *Blackstone W. Blackstone's Commentaries: with Notes of Reference, to the*

того, хартиями, пожалованными поселенцам короной в XVII–XVIII вв., местным заморским властям было дозволено принимать законодательные постановления, необходимые для той или иной территории; однако эти локальные акты не должны были противоречить английскому праву. Например, хартия, дарованная Род-Айленду и плантации Провиденс 15 июля 1663 г., предусматривала право Генеральной ассамблеи колонии принимать законодательные установления, оговаривая при этом, что они не должны «противоречить или входить в несоответствие, но соответствовать так близко, как то может быть, законам нашего королевства Англии». Акты, не соответствовавшие этому условию, могли быть отменены короной. В аналогичных выражениях составлены и другие хартии.⁵¹¹

В реальности же на первых порах всё обстояло совсем иначе. Эмигранты, многие из которых из-за своих религиозно-политических воззрений были вынуждены фактически бежать из Англии, опасаясь преследований со стороны Суда Звёздной палаты и церковных судов, были мало заинтересованы в применении английского уголовного права, угрожавшего не только их свободе, но часто и жизни. Борясь с природой и индейцами за выживание, не имея в достаточном количестве ценных руководств по праву и в отсутствие сколь-нибудь прочных связей между собой и с Англией, колонисты в первое время существования поселений практически не прибегали к праву метрополии.

Взамен английского права они создали на основе Библии своё уголовное право. Первые собственно американские собрания норм уголовного законодательства, появляющиеся в Массачусетсе в 1641 и 1648 гг. и в Коннектикуте в 1650 г., основаны преимущественно на Моисеевом Пятикнижии.⁵¹² Следствием широкого заимствования библейских положений стал чрезмерный охват уголовными установлениями сферы человеческих чувств, а также устрашающая жестокость санкций, в которых основное место отводилось смертной казни. Томас Джефферсон так описывал это время:

«Первыми поселенцами на этой земле (в Вирджинии. – Г.Е.) были эмигранты из Англии, последователи англиканской церкви именно той поры, когда ею была одержана полная победа над верующими других вероисповеданий. Получив право издавать, контролировать и проводить в жизнь законы, они проявили ту же нетерпимость в здешних местах, как и их собратья пресвитериане, переселившиеся на север Америки. Бедные квакеры бежали из Англии от преследования. Они смотрели на эти новые земли как на убежище, где можно получить гражданскую и религиозную свободу; но они нашли эти земли свободными лишь для правящей секты... Если здесь (в Вирджинии. – Г.Е.) не было казней, как в Новой Англии, то это не из-за терпимости церкви или законодательной власти, но в силу исторических обстоятельств, о которых нам ничего не известно».⁵¹³

Стремясь претворить свои представления о нравственности в жизнь, поселенцы почти каждый религиозный грех превратили в уголовно наказуемое деяние. Например, в Массачусетсе объявленный преступным блуд наказывался принуждением жениться, штрафом или телесным наказанием. Оскорбление родителей или нанесение им побоев, совершённые ребёнком, достигшим возраста 18 лет, каралось смертной казнью. Основываясь на положениях Библии (Второзаконие, глава 21, стихи 18–20), колонисты объявили наказуемым

Constitution and Laws of the Federal Government of the United States; and of the Commonwealth of Virginia: In Five Volumes / With an Appendix to each Volume, containing, Short Tracts upon such Subjects as appeared necessary to form a connected View of the Laws of Virginia, as a Member of the Federal Union, by St. George Tucker. Volume I. Philadelphia: Published by William Young Birch, and Abraham Small, 1803. Note E, P. 372 *et seq.*; Никифоров Б.С. Юридические источники уголовного права Соединенных Штатов Америки // *Советское государство и право*. М., 1947. № 3. С. 71–72.

⁵¹¹ См. подр.: Bassiouni M.C. Op. cit. P. 17; Story J. Op. cit. Volume I. P. 44–48, 83, 93, 98, 104, 107–111, 118, 128–129; Pound R. The Development of American Law... P. 51.

⁵¹² К нему относятся Бытие, Исход, Левит, Числа и Второзаконие.

⁵¹³ Заметки о штате Вирджиния Томаса Джефферсона, Вопрос XVII, воспроизв. в: Шелдон Г.У. Политическая философия Томаса Джефферсона: Пер. с англ. / Вступ. ст. и общ. ред. Н.Е. Покровского. М.: Республика, 1996. С. 234.

смертной казнью проявленное со стороны детей упрямство и непослушание воле родителей; источники свидетельствует, что имели место реальные процессы по таким делам. И, напротив, кража не влекла за собой смертной казни, поскольку, как объясняли судьи, «в Святом Писании мы читаем иное».⁵¹⁴ История сохранила нам примеры (неизвестно, правда, насколько были обоснованы выдвинутые обвинения) вирджинских 1624 г., массачусетских 1641–1642, 1674 гг., коннектикутских 1642, 1655, 1662 гг. и нью-йоркских казней 1641, 1660 гг. за содомию и массачусетских казней 1643 г. за нарушение супружеской верности. Когда в Коннектикуте, чьё уголовное законодательство (равно как право Нью-Гэмпшира и Плимутской колонии) подверглось сильному влиянию соседнего Массачусетса, рассматривалось дело раба, кастрировавшего сына своего хозяина, судьи отказались применить английское право, сославшись на то, что основатели Нью-Хэйвена (одного из поселений в Коннектикуте) постановили считать Библию источником права до тех пор, пока ими не будет принято иное законодательство; как следствие, раб был осуждён и приговорён на основании библейского положения «око за око».⁵¹⁵

Интересны также следующие выдержки из главы 94 Массачусетского корпуса свобод 1641 г.:

«... 2. Если какой-либо мужчина или женщина является колдуном или ведьмой (в оригинале стоит одно слово *witch*. – Г.Е.), т. е. общается или советуется с хорошо знакомым духом, они должны быть преданы смерти (Исход, глава 22, стих 18; Левит, глава 20, стих 27; Второзаконие, глава 18, стих 10).

... 4. Если какое-либо лицо совершает какое-либо преднамеренное тяжкое убийство, которое образуется человекоубийством (в оригинале используется слово *manslaughter*, но вряд ли можно предположить, что ему здесь придано то юридическое значение, какое данный термин имел в Англии. – Г.Е.) совершённым с заранее обдуманым злым умыслом, из ненависти или с жестокостью, а не в состоянии человеческой необходимости или справедливой защиты, и не вследствие простой случайности против его воли, оно должно быть предано смерти (Исход, глава 21, стих 12; Числа, глава 35, стихи 13–14, 30–31).

5. Если какое-либо лицо убивает другого внезапно в своём гневе или жестокости гнева, оно должно быть предано смерти (Числа, глава 25, стихи 20–21; Левит, глава 24, стих 17).

6. Если какое-либо лицо убьёт другого через вероломство либо отравив его, либо другой такой дьявольской практикой, оно должно быть предано смерти (Исход, глава 21, стих 14).

... 11. Если каким-либо человеком выдвигается лжесвидетельство, сознательно и с целью отобрать жизнь у какого-либо человека, он должен быть предан смерти (Второзаконие, глава 19, стихи 16, 18–19)».

Оставшиеся статьи посвящены ереси (ст. 1), богохульству (ст. 3), скотоложству (ст. 7), содомии (ст. 8), прелюбодеянию (ст. 9), хищению (ст. 10) и измене (ст. 12). В целом из двенадцати норм, содержащихся в главе 94 Корпуса, посвящённой преступлениям, карающимся смертной казнью, одиннадцать обосновываются ссылкой на Библию, а единственное исключение касается измены.

Термины, характеризующие *mens rea*, встречаются лишь в ст. 4 и ст. 11, причём, употребляя их, составители корпуса вряд ли ставили перед собой сугубо юридическую цель придания *mens rea* значения конституирующего признака того или иного преступления.

⁵¹⁴ Правда, в Массачусетском корпусе свобод 1641 г. (о нём речь пойдёт далее) на этот счёт содержится противоположное указание.

⁵¹⁵ См. подр.: Токвиль Алексис де. Указ. соч. С. 49–51; Story J. Op. cit. Volume I. P. 42–43, 58, 67–68, 76–78, 84–85, 88, 102–103. Следует отметить, что в более южных колониях и в Род-Айленде (входящем в состав Новой Англии) как следствие большей религиозной свободы уголовное право в рассматриваемое время не претерпело столь сильного влияния теологической доктрины, оставаясь преимущественно английским по содержанию.

Даже если такая цель и имелась ими в виду, едва ли она могла быть достигнута в ситуации, когда, к примеру, за *любое причинение смерти независимо от сопутствовавшей этому mens rea* единственным возможным видом наказания являлась смертная казнь. Бесспорно, и в Англии многие из отмеченных преступлений карались смертной казнью, но отличие английских установлений от американских *принципиально*: если первые (во всяком случае, с точки зрения теории самой по себе) представляют из себя разработанный корпус норм, принимающий во внимание *mens rea*,⁵¹⁶ то в последних нет ни намёка на это. Скорее всего, терминология корпуса из области *mens rea* несёт в себе преимущественно социально-этическую нагрузку, каковой пропитан весь свод, и не основывается на сугубо легальном представлении о понятиях точно выраженного или подразумеваемого злого умысла, злоумышленности, намеренности и так далее, уже сформировавшихся к тому времени в Англии.

Итак, применительно к рассматриваемой эпохе вряд ли можно в аспекте *mens rea* говорить о строгой приверженности поселенцев нормам и доктринам английского уголовного права. Тем не менее, нельзя исключать и того, что *de iure* устанавливая, например, за любое причинение смерти другому человеку единственное наказание – смертную казнь – и лишь формально выделяя разновидности убийств, колонисты на практике прибегали к реальной оценке моральной испорченности индивида, проявившейся в том или ином деянии, т. е., в конечном счёте, к установлению *mens rea*.

В конце XVII – начале XVIII вв. время определённого забвения английского права и доктрины последнего, что характеризовало большую часть семнадцатого столетия, подходит к концу. Экономическое развитие колоний, укрепление связей между ними самими и между ними и метрополией порождают потребность в более развитом законодательстве и юристах, могущих претворять его в жизнь. Одновременно с этим процессом в поселениях ослабляется роль теократической верхушки, при чём деятельном участии создавалось и применялось в XVII в. религиозно-уголовное право.⁵¹⁷ В колониях появляются юридические трактаты, приобретающие большое значение.⁵¹⁸ Американские студенты обучаются в Судейских Иннах в Лондоне; английские юристы эмигрируют за океан. Тем самым создаются предпосылки для возврата-рецепции уголовного права метрополии и его доктрины, что и происходит в течение XVIII в.

Говоря об этом процессе, нельзя не упомянуть «Комментарии» Уильяма Блэкстоуна. Около двух с половиной тысяч экземпляров их разошлось по подписке на первое американское издание в Филадельфии в 1771–1772 гг. Как указывает Роско Паунд, «в Америке вплоть до двадцатого столетия Блэкстоун был правовой книгой для новичка, воспитав на

⁵¹⁶ См., напр.: *Сокке Е. The Third Part...* Р. 58–59 (где излагаются подробнейшим образом условия ответственности за содомию); *Dalton M. Op. cit.* Р. 383–385 (где содержится двадцать два пункта, охватывающих различные разновидности колдовства и способы доказывания последнего).

⁵¹⁷ К примеру, столкновение между короной Англии и Массачусетсом, возникшее отчасти вследствие духа религиозной нетерпимости, царившего в колонии, и порождённого им законодательства, привело к отзыву континентальной хартии Массачусетса, дарованной 4 марта 1629 г., приказом *quo warranto* Высокого суда канцлерства от 18 июня 1684 г. Новая хартия была пожалована 7 октября 1691 г., и ею была радикально изменена структура управления колонией. Вслед за этим реформируется и массачусетское уголовное законодательство, основой которому послужило английское право, поскольку хартия 1691 г. прямо запрещала принятие законов, не соответствующих последнему.

⁵¹⁸ Так, из биографических данных о Томасе Джефферсоне известно следующее: «Юридические тетради Джефферсона обнаруживают отнюдь не поверхностное знакомство с классической литературой по истории английского обычного (следовало бы перевести *общего*. – Г.Е.) права. Здесь представлены почти все крупные работы в этой области – как традиционные, так и современные. Большие выписки сделаны из следующих работ: «Институты» Кока (1671); «Процессы в суде Королевской Скамьи в период 1689–1712 гг». Солкида (1717–1718); «Трактаты об исторических законах» лорда Кеймса (1758);...»Комментарии к законам Англии» сэра Уильяма Блэкстона (1765–1768)... И хотя Джефферсон называл сэра Эдуарда Кока «старым занудой», в его «Тетрадах» с выписками из юридической литературы широко представлена версия истории английского обычного (см. оговорку ранее. – Г.Е.) права, разработанная Коком» (см.: *Шелдон Г.У.* Указ. соч. С. 57–58, 57).

едином систематическом базисе поколения американских юристов».⁵¹⁹ Нелишне отметить, что и сегодня ссылка на Уильяма Блэкстоуна при освещении принципиального вопроса в теоретической ли работе, в судебном ли решении рассматривается едва ли не как безусловно необходимая и уж во всяком случае как оформление мысли *de bon ton*.⁵²⁰

Таким путём в XVIII в. в Соединённых Штатах укореняется теория *mens rea*, выработанная в предшествующие столетия в Англии, причём концептуальные характеристики категории *mens rea* на американской почве не претерпевают никаких значимых изменений. Это связано как с отсутствием собственно американской уголовноправовой теории в рассматриваемое время, так и, что более важно, согласованностью английской теории *mens rea* с воззрениями американской юриспруденции.

С Войны за независимость начинается второй период в истории права Соединённых Штатов, названный Роско Паундом «формационной эрой». Но следует подчеркнуть, что применительно к уголовному праву она *не обусловила и не была связана* с дальнейшим концептуальным развитием теории *mens rea*, которая и на данном этапе продолжает оставаться неизменной.

Чтобы доказать это, обратимся для начала к общей характеристике развития американского уголовного права в столетие, последовавшее вслед за Американской революцией.

Задача формационной эры, указывает Роско Паунд, заключалась в выработке «из полученных английских правовых материалов общего корпуса права для того, что должно было стать политически и экономически объединённой страной».⁵²¹ Он же продолжает: «Это была трудная задача. Общее право в том виде, в каком его знали колонисты, было сильно обременено формализмом строгого права... Более того, на время политические условия породили общее публичное недоверие к английскому праву. Естественное, общество было враждебно настроено по отношению к Англии и всему английскому, и общему праву было нелегко вырваться из одиозности своего происхождения. Но последовавшее экономическое развитие потребовало права, и под рукой не было никакого другого права. Частью посредством законодательства, частью посредством судебных решений, частью посредством правовых трудов последовал тот период развития, который создал американское право в том виде, в каком оно предстало в конце девятнадцатого столетия».⁵²²

В целом это отражает картину развития американского уголовного права в формационную эру. Согласно Конституции Соединённых Штатов 1787 г., основным объёмом ком-

⁵¹⁹ Pound R. The Development of American Law... P. 51.

⁵²⁰ В подтверждение можно было бы привести бесчисленное множество судебных прецедентов; ограничимся лишь сравнительно недавними: *Commonwealth v. Lopez*, 433 Mass. 722, 2001 Mass. LEXIS 193, *8–9 (2001) (для решения вопроса о релевантности фактической ошибки, касающейся согласия потерпевшей, дефиниция изнасилования по общему праву заимствуется исключительно из трактата Уильяма Блэкстоуна); *People v. Nowack*, 462 Mich. 392, 404–410 (2000) (определение *mens rea* в поджоге по общему праву основывается лишь на «Комментариях»); *Montana v. Egelhoff*, 518 U.S. 37, 43–45 (1996) (в качестве одного из авторитетных источников относительно юридического значения по общему праву для целей уголовной ответственности опьянения, вызванного сознательными действиями виновного, приводится работа Уильяма Блэкстоуна); *Commonwealth v. Redline*, 391 Pa. 486, 492–494 (1958) (нормы общего права относительно общих условий ответственности за преступное причинение смерти другому человеку в целом и за тяжкое убийство в частности заимствуются из «Комментариев»),

⁵²¹ Pound R. The Development of American Law... P. 56.

⁵²² *Ibid.* Итогом восприятия общего права на американской почве является в какой-то мере восторженная оценка его, данная Джозефом Стори: «Общий принцип (и практика, соподчинённая ему) заключается в том, что общее право принадлежит нам по праву рождения и наследования, и что наши предки, эмигрируя, принесли с собой сюда всё из него, применимое к их ситуации. Вся структура нашей существующей юриспруденции покоится на изначальных базисах общего права... Ограниченное и определённое таким образом, оно стало стражем наших гражданских и политических свобод; оно защитило наши зарождавшиеся свободы; оно охраняло наш более зрелый рост; оно росло с нашими притязаниями; оно воспитало тот дух независимости, который препятствовал первым попыткам произвола; оно облегчило наш триумф среди трудностей и опасностей, угрожавших нашему политическому существованию, и, милостью Божией, мы объединены сегодня под его отчётливыми и мужественными принципами благами свободного, независимого и объединённого правительства» (см.: *Story J. Op. cit.* Volume I. P. 140–141; а также: *Ibid.* P. 132–142).

петенции в уголовноправовой области наделены штаты.⁵²³ Федеральное правительство на основании ряда прямых указаний конституционного текста⁵²⁴ и оговорки о «необходимых и подходящих» полномочиях⁵²⁵ имеет право издавать уголовное законодательство лишь в ограниченной сфере. Такая точка зрения неизменно отражается в решениях Верховного Суда Соединённых Штатов: «Само собой разумеется, что предотвращение и борьба с преступностью является в наибольшей степени делом штатов, чем федерального правительства». ⁵²⁶ Что же касается интенсивного разрастания сферы федерального уголовного законодательства в XX в., то для целей настоящего исследования это обстоятельство не имеет первостепенной важности,⁵²⁷ поскольку изначально основное бремя по развитию уголовного законодательства легло и ныне продолжает возлежать на плечах штатов.

Последние сразу после завоевания независимости на своих территориях в законодательном порядке подтвердили действие общего права, восприняв вместе с ним как составную часть английское уголовное право и его доктрину. Так, ордонансом Конвента Вирджинии, принятым в мае 1776 г., постановлено, «что общее право Англии и все статуты или акты парламента, принятые в вспомоществование общему праву до четвёртого года [правления] Джеймса I (т. е. до 1607 г. – Г.Е.) которые носят общий характер, не будучи частными для данного королевства... должны рассматриваться как остающиеся в полной силе до тех пор, пока они не будут изменены законодательной властью штата». Аналогичному подходу последовали, например, в Массачусетсе, Мэриленде, Нью-Джерси (в этих трёх штатах критерием рецепции стала принятость норм общего права в судах), Нью-Йорке (здесь взяли за

⁵²³ Согласно поправке X к Конституции Соединённых Штатов, ратифицированной в 1791 г., «полномочия, не предоставленные настоящей Конституцией Соединённым Штатам и не запрещённые для отдельных штатов, сохраняются соответственно за штатами или за народом».

⁵²⁴ В соответствии с Конституцией Соединённых Штатов Конгресс имеет право «устанавливать наказания за подделку ценных бумаг и находящейся в обращении монеты Соединённых Штатов» (абз. 6 разд. 8 ст. I), «определять и карать морской разбой, фелонии, совершенные в открытом море, и преступления против международного права» (абз. 10 разд. 8 ст. I), «определять наказание за измену» (абз. 2 разд. 3 ст. III) и «осуществлять во всех случаях исключительную законодательную власть в предоставленном какому-либо из штатов округе (не превышающем десяти квадратных миль), который с одобрения Конгресса станет местопребыванием Правительства Соединённых Штатов, и осуществлять подобную же власть на всех территориях, приобретённых с согласия Законодательного собрания штата, где они расположены, для возведения фортов, складов, арсеналов, доков и других необходимых сооружений» (абз. 17 разд. 8 ст. I). Кроме того, «Конгресс вправе распоряжаться территорией или иной собственностью, принадлежащей Соединённым Штатам, и издавать в связи с этим все необходимые правила и постановления» (абз. 2 разд. 3 ст. IV).

⁵²⁵ Конгресс имеет право «издавать все законы, которые будут необходимы и подходящи для осуществления как вышеуказанных прав, так и всех других прав, которыми настоящая Конституция наделяет Правительство Соединённых Штатов, любой его департамент или должностное лицо» (абз. 18 разд. 8 ст. I).

⁵²⁶ *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197, 201 (1977). В последующем Верховный Суд Соединённых Штатов дал следующую оценку приведённому положению: «Там (имеется в виду решение по цитированному делу. – Г.Е.) мы подчеркнули несопоставимую ни с чем роль штатов в предотвращении и борьбе с преступностью и сдержанность Суда (имеется в виду Верховный Суд Соединённых Штатов. – Г.Е.) в ниспровержении решения штата, касающегося дефиниции уголовно-наказуемого поведения и процедур, которыми уголовные законы должны претворяться в жизнь в судах», *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228, 232 (1987). Ср. также: «Полномочия общего правительства составлены из уступок от нескольких штатов, так что всё, что прямо не передано первому, определённо сохраняют за собой последние», *United States v. Hudson*, 11 U.S. (7 Cranch) 32, 33 (1812); «Хотя конституция не содержит общего или специального разрешающего полномочия конгрессу предусматривать наказание за преступления, за исключением пиратств и фелоний в открытом море, преступлений против международного права, измены и подделки ценных бумаг и находящейся в обращении монеты Соединённых Штатов, несомненно полномочие конгресса предусматривать наказание за все преступления и правонарушения против Соединённых Штатов, совершены ли они в пределах одного из штатов союза либо же внутри территории, над которой конгресс имеет полную и исключительную юрисдикцию», *Logan v. United States*, 144 U.S. 263, 283 (1892); «Главное бремя в отправлении уголовного правосудия лежит на судах штатов», *Irvine v. California*, 347 U.S. 128, 134 (1954); «Штаты обладают широкой свободой в определении элементов уголовно-наказуемых правонарушений», *Montana v. Egelhoff*, 518 U.S. 37, 58 (1996) (Ginsburg, J., conc. op.).

⁵²⁷ См. подр.: *LaFave W.R., Scott, Jr., A.W. Op. cit.* P. 115–138; *Bassiouni M.C. Op. cit.* P. 3–14; Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии): Сборник законодательных материалов / Под ред. И.Д. Козочкина. М.: Издательство «Зерцало», 1999. С. 54–57; *Noyes H.S. Felony-Murder Doctrine Through the Federal Looking Glass // Indiana Law Journal. Bloomington, 1994. Vol. 69, № 2. P. 540–541 n. 35–36.*

изначальную дату 19 апреля 1775 г.) и Южной Каролине (где сначала взяли за основу право, существовавшее на момент принятия Конституции 1776 г., а впоследствии — на момент принятия Конституции 1778 г.).⁵²⁸ По мере расширения территории Соединённых Штатов действие старого английского права, уже изменённого в той или иной степени за время, прошедшее с завоевания независимости, распространялось и на вновь образованные штаты.

Рассматривая развитие американского уголовного права в конце XVIII – первой половине XIX в., нельзя обойти вниманием вопрос его кодификации.⁵²⁹

Движение за создание в штатах уголовных кодексов началось ещё до окончательного завоевания колониями независимости. Так, ст. 38 Конституции Пенсильвании, принятой 28 сентября 1776 г., предусматривала, что «уголовные законы, которые прежде использовались, должны быть реформированы будущей Легислатурой настоящего штата так скоро, как то возможно, и наказания должны быть сделаны во многих случаях менее кровавыми и в общем более пропорциональными преступлениям».⁵³⁰ В том же 1776 г. Генеральная ассамблея Вирджинии поручила специальному комитету (в число его членов входил Томас Джефферсон) подготовить уголовный кодекс. Проект был составлен, хотя и не принят законодательным собранием штата; оставляя общему праву дефиниции преступлений, он всего лишь фиксировал в духе идей Чезаре Беккариа наказания за их совершение, смягчая суровые санкции действовавшего права.

Наиболее же широко процесс кодификации развернулся под влиянием воззрений Иеремии Бентама (1748–1832 гг.), философа, юриста и историка и одного из виднейших мыслителей в Англии рубежа XVIII–XIX вв. Полагая возможным «при хороших законах» искоренить «зло преступлений... почти вполне»,⁵³¹ он отмечал неспособность общего права достигнуть такой цели не столько из-за дефектов в его содержании, сколько вследствие самой по себе его юридической формы, вследствие того, что «большая часть законов... остаётся неопределённой и неполной»,⁵³² а законодатели, в свою очередь, уподобляются тем архитекторам, которые не в состоянии «отличать дома от риги и стены от потолка».⁵³³ Для искоренения этих недостатков Иеремия Бентам предлагал через упорядочение (кодификацию) правового материала преобразовать уголовное право, рискуя в противном случае «оставить науку в том мраке, в котором мы её находим».⁵³⁴

⁵²⁸ См. *cootb.: ct.* VI главы VI части 2 Конституции Массачусетса от 2 марта 1780 г., ст. III Декларации прав в Конституции Мэриленда от 11 ноября 1776 г., ст. XXII Конституции Нью-Джерси от 2 июля 1776 г., ст. XXXV Конституции Нью-Йорка от 20 апреля 1777 г., ст. XXIX Конституции Южной Каролины от 26 марта 1776 г. и ст. XXXIV Конституции Южной Каролины от 19 марта 1778 г. Ср. также: *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. (5 Cush.) 295, 303–304 (1850) (поскольку тяжкое убийство не определяется в статуте, следует использовать дефиниции общего права Англии, которое можно с полной обоснованностью называть «общим правом Массачусетса»; «постольку, следовательно, поскольку нормы и принципы общего права приложимы к применению уголовного права и не изменены и не преобразованы актами колониального или провинциального правительств либо легислатурой штата, они обладают той же силой и действием, что и законы, принятые формально»).

⁵²⁹ См. подр.: Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. Том I. С. 361–362; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 271–272; Bassiouni M.C. Op. cit. P. 20–22; Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира. Справочник. М.: Юридическая литература, 1993. С. 168–170; Никифоров Б.С., Решетников Ф.М. Указ. соч. С. 7–8; Kadish S.H. The Model Penal Code's Historical Antecedents / Symposium «The 25th Anniversary of the Model Penal Code» // *Rutgers Law Journal. Camden (N.J.)*, 1988. Vol. 19, № 3. P. 522–526, 534–537; Pound R. The Development of American Law... P. 56–57; Никифоров Б.С. Юридические источники... С. 77–78.

⁵³⁰ Аналогичное положение содержится в ст. XL Конституции Южной Каролины от 19 марта 1778 г.

⁵³¹ Бентам И. Основные начала уголовного кодекса // Избранные сочинения / Пер. с англ. и франц. А.Н. Пыпина и А.Н. Неведомского; Сб. предисл. Ю.Г. Жуковского. Т. 1. СПб., 1867. С. 677.

⁵³² Бентам И. Введете въ основаны нравственности и законодательства // Избранные сочинения / Пер. с англ. и франц. А.Н. Пыпина и А.Н. Неведомского; Сб. предисл. Ю.Г. Жуковского. Т. 1. СПб., 1867. С. 313.

⁵³³ Там же.

⁵³⁴ Бентам И. Основные начала уголовного кодекса. С. 473.

Воззрения Иеремии Бентама с их идеалом правового кодекса нашли живой отклик в американской действительности, и в итоге в ряде штатов в первой половине XIX в. появляется законодательство, в более-менее полном виде излагающее общее право в его уголовно-правовой части, либо предпринимаются попытки создать таковое. Например, в 1820 г. в Луизиане Эдуард Ливингстон, проникнутый бентамистскими идеями, возглавил движение, результатом которого стал подготовленный к 1826 г. проект уголовного кодекса, отвергнутый, тем не менее, легислатурой штата из-за ярой оппозиции судейско-адвокатского сословия. Чуть ранее, в 1811 г. лично Иеремиа Бейтам предложил Президенту Соединённых Штатов Джеймсу Мэдисону свои услуги по кодификации, но получил отказ. В Нью-Йорке в 1830-х гг. инициировал кодификационный процесс адвокат Дэвид Д. Филд, что спустя много лет в итоге привело, среди прочего, к принятию в 1881 г. уголовного кодекса штата; при этом несколькими годами ранее, в 1872 г., нью-йоркский проект был заимствован калифорнийскими законодателями.

Однако не следует думать, что под звучным словом «кодификация» в Соединённых Штатах в первой половине XIX в. скрывался процесс, с которым это понятие принято связывать сегодня.

Кодификация уголовного права в формационную эру представляла собой *de facto* консолидацию. Неписанные нормы общего права вместе с ранее не упорядоченными, принятыми во многих штатах на протяжении более чем столетия законами сводились вместе полностью или, как правило, частично в формально единый акт, но помещались там в большинстве случаев без систематизации материала и даже иногда просто исходя из алфавитного перечня преступлений.⁵³⁵ Девизом такого «кодификационного» движения вполне могли бы стать слова Томаса Джефферсона: «Обычное право⁵³⁶ в Англии, под которым подразумевается часть английского законодательства, предшествовавшее по времени самому старому существующему статуту, становится основой свода законов. Считали рискованным пытаться составить какой-то новый текст, поэтому было решено заимствовать его частями из обычных памятников».⁵³⁷ Одновременно в Соединённых Штатах идёт процесс постоянного приращения статутного уголовного законодательства, как заменяющего собой нормы общего права, так и создающего неизвестные ранее уголовно наказуемые деликты. При этом в большинстве случаев новое законодательство остаётся вне кодификационного охвата, усложняя и без того запутанное уголовное право. Соответственно, очевиден напрашивающийся вывод: о серьёзном теоретическом наполнении процесса кодификации в первой половине XIX в. не может идти и речи.

Он же с необходимостью проецируется и на теорию *mens rea* в рассматриваемый период. Базируясь на трудах классиков английского уголовного права, последняя не претерпевает изменений в своих характеристиках, находясь в целом в заложенных Эдуардом Коуком, Мэттью Хэйлом и Уильямом Блэкстоуном доктринальных рамках, которым едино-

⁵³⁵ Ср., напр., характеристику § 25 калифорнийского Закона касательно преступлений и наказаний 1850 г. как законодательно воспроизводящего постулаты общего права относительно тяжкого убийства по правилу о фелонии в *People v. Dillon*, 34 Cal. 3d 441, 465 (1983). Точно также уголовное законодательство Мэриленда 1809 г. применительно к тяжкому убийству (впоследствии ещё в XIX в. оно было кодифицировано без изменения содержания) может быть истолковано как просто фиксирующее нормы общего права: «Тяжкое убийство» здесь (в акте 1809 г. – Г.Е.) признаётся за общее наименование, включающее правонарушения, отличающиеся одно от другого по степени своей жестокости, но не по своей природе или виду; здесь не сделано попытки объяснить или изменить его значение либо урезать его область. *Его смысл по общему праву оставлен незатронутым... Этот Акт Ассамблеи... не создаёт нового преступления; он не добавляет и не уменьшает круг ситуаций, которыми образуется тяжкое убийство по общему праву...* (курсив мой. – Г.Е.), *Davis v. State*, 39 Md. (13 Stockett) 355, 374 (1874).

⁵³⁶ Относительно перевода см. ранее, сн. 518. – Г.Е.

⁵³⁷ Заметки о штате Вирджиния Томаса Джефферсона, Вопрос XIV, воспроизв. в: *Шелдон Г.У.* Указ. соч. С. 227.

образно следует и судебная практика.⁵³⁸ Время для развития собственно американской теории *mens rea* ещё не наступило.

Основным источником для уголовно-правовой мысли в изучаемую эпоху продолжает оставаться четвёртый том «Комментариев» Уильяма Блэкстоуна, последовательно переиздающийся со вставками, отражающими американские особенности. При этом вносимые дополнения носят сугубо практический, утилитарный характер и помещаются в сносках или прилагаемых заметках к соответствующим разделам текста «Комментариев». Последний же сам по себе и, как следствие, заложенная в нём теория остаются неизменными.

Для иллюстрации обратимся к переизданию «Комментариев», вышедшему в Филадельфии в 1859 г. под редакцией Джорджа Шарсвуда, председателя Верховного Суда Пенсильвании.⁵³⁹ Оно предназначено, следует из предисловия, для американских студентов, и, помимо оригинального текста Уильяма Блэкстоуна, содержит ряд заметок (*notes*) как из предшествующих английских переизданий, так и тех, которые, говоря его словами, «рискунул» добавить собственно сам Джордж Шарсвуд.⁵⁴⁰ Их цель — объяснить особенности американской юриспруденции, а также «исправить какое-нибудь утверждение, само по себе ошибочное, и объяснить то, что могло бы ввести в заблуждение».⁵⁴¹

Исходя из этого, можно было бы ожидать достаточно большого массива если не уточнений, то хотя бы дополнений к тексту «Комментариев», поскольку как в законодательном, так и в прецедентном плане американское уголовное право середины XIX в. накопило сравнительно много оригинального материала. Сказать, что ожидания не оправдываются, значит ничего не сказать: чтобы найти первые примечания Джорджа Шарсвуда, нужно пролистать более десятка первых страниц четвёртого тома «Комментариев», причём до того встретится множество заметок английских переиздателей Уильяма Блэкстоуна, отображающих изменения в английском праве, имевшие место в первой половине XIX в. Так, глава I «О природе преступлений и их наказании» не содержит ни одной шарсвудской заметки против двенадцати английских; глава II «О лицах, способных к совершению преступлений» — лишь две против одиннадцати; глава III «Об исполнителях и соучастниках» — снова ни одной против десяти и так далее.⁵⁴² Казалось бы, в главе XIV «Об убийстве» должны встретиться объёмные американские материалы, однако единственное примечание помещено в самом её конце

⁵³⁸ См., напр.: «... Человек может быть осуждён за преступление, когда у него не было намерения нарушить закон и когда его целью было совершить акт благотворительности, соответствующий закону. Это нарушало бы максимум, согласно которой преступное намерение существенно для образования преступления», *Myers v. State*, 1 Conn. 502, 504 (1816); «Мы (т. е. суд. — Г.Е.) не знаем случая, когда бы позитивное действие признавалось преступным в отсутствие намерения, сопутствующего деянию...», *Birney v. State*, 8 Ohio (8 Ham.) 230, 238 (1837); «Священный принцип уголовной юриспруденции заключается в том, что намерение совершить преступление является сущностью преступления, и решить, что человек должен быть уголовно ответственен за преступление, о совершении которого он не узнал своевременно, было бы нетерпимой тиранией», *Duncan v. State*, 26 Tenn. (7 Humph.) 148, 150 (1846); «Теория права заключается в том, что преступное намерение является необходимым ингредиентом каждого преследуемого по обвинительному акту преступления. Максима состоит в том, что *Actus non facit reum nisi mens sit rea*», *Stein v. State*, 37 Ala. (17 Shep.) 123, 131 (1861); «Сущность легального преступления заключается во вредоносном намерении, объединённом со вредоносным деянием», *People v. Parker*, 38 N.Y. (11 Tiff.) 85, 86 (1868).

⁵³⁹ Из других появившихся в Соединённых Штатах в первой половине XIX в. переизданий четвёртого тома «Комментариев» Уильяма Блэкстоуна отметим обстоятельное филадельфийское издание 1803 г. под ред. Джорджа Такера (см.: *Blackstone*

⁵⁴⁰ *W. Blackstone's Commentaries: with Notes of Reference, to the Constitution and Laws of the Federal Government of the United States; and of the Commonwealth of Virginia: In Five Volumes / With an Appendix to each Volume, containing, Short Tracts upon such Subjects as appeared necessary to form a connected View of the Laws of Virginia, as a Member of*

⁵⁴¹ *the Federal Union, by St. George Tucker. Volume V. Philadelphia: Published by William Young Birch, and Abraham Small, 1803).*

⁵⁴² См. *coothb.: Sharswood's Blackstone* 348 n. 4–5, 352–356.

и посвящено краткому обзору деления тяжкого убийства на степени, а также распределению *onus probandi* касательно последнего.⁵⁴³

Всё это можно было бы и, пожалуй, *следует* отчасти объяснять тем трепетно-почтительным, едва ли не свяшенным ореолом, который возник к тому времени вокруг труда Уильяма Блэкстоуна и нашёл своё отражение в восторженной его биографии, приведённой Джорджем Шарсвудом в начале изданных им «Комментариев». ⁵⁴⁴ Однако кроме столь иррационального объяснения должно найтись и более приземлённое, и оно единственно может заключаться в господстве уголовно-правовой доктрины в том её виде, в каком она была изложена Уильямом Блэкстоуном.

Последнее действительно подтверждается собственно американскими исследованиями, появляющимися в середине XIX в.⁵⁴⁵ и свидетельствующими о неизменности теоретических основ уголовного права, остающихся по существу английскими на интенсивно развивающейся американской законодательно-судебной почве.

В доказательство того рассмотрим в аспекте заложенной в нём уголовно-правовой теории весьма значимый для XIX в. и обстоятельный двухтомный «Курс уголовного права» Джоэля П. Бишопа⁵⁴⁶.

Нет необходимости далеко углубляться в текст «Курса», чтобы почувствовать тот дух, которым пропитано его содержание: это дух *английской* уголовно-правовой теории, *английского* общего права и *английской* же судебной практики.

Так, изложение прецедентных и доктринальных источников уголовного права Джоэль П. Бишоп начинает с перечисления не собственно американских сборников судебных решений, а английских серий отчётов, начиная с «Ежегодников» (*Year Books*), о которых он говорит, что в них «можно найти ряд весьма интересных уголовных дел»⁵⁴⁷ (а так как ими охватывается период с 1292 по 1534 гг., то весьма сложно сказать, представляли ли они даже в XIX в. интерес для юриста либо же были больше полезны историку или филологу), и заканчивая Уголовно-апелляционными отчётами (*Criminal Appeals Reports*), чьё первое издание появляется в 1907 г.⁵⁴⁸ В промежутке между двумя этими сериями подробно и последовательно освещаются все судебные уголовно-правовые отчёты, выходившие в Англии в XVII–XIX

⁵⁴³ См.: *Ibid.* – P. 450–470 & 467–468 n. 26.

⁵⁴⁴ См.: *Sharswood's Blackstone...* Volume I. P. v-xxi. Для примера можно привести один фрагмент из данной биографии: «Есть один английский правовед, чья судьба в этом отношении (т. е. в том отношении, что им, помимо официального и политического, с которыми связана профессия юриста, оставлено нечто в виде бесценных трудов по праву. – Г.Е.) особенна. Им написана элементарная работа, но написана со столь основательной систематичностью и аккуратностью, стилем и языком столь простыми и элегантными, что она не только сразу же заняла и с тех самых пор сохраняет место Первого Источника в правовом образовании всех тех, кто сделал общее право Англии предметом своих специальных изысканий, но стала книгой-руководством и книгой-увлечением для учёных и джентльменов всех занятий, что и стало той причиной, по которой она переведена на множество других языков. Этим юристом был сэр Уильям Блэкстоун» (см.: *Ibid.* P. vii).

⁵⁴⁵ Нелишне отметить, что, в отличие от иных отраслей права, уголовное право Соединённых Штатов вплоть до середины XIX в. не имело своих крупных теоретических трудов, в то время как, к примеру, до Гражданской войны 1861–1865 гг. конституционное право, контрактное право, право собственности, доказательственное право были изложены в целом ряде собственно американских работ (см. подр.: *Pound R. The Development of American Law...* P. 51).

⁵⁴⁶ См.: *Bishop J.P. A Treatise on Criminal Law: In Two Volumes.* 9th ed., edited by John M. Zane and Carl Zollman. Volume I: General and Elementary. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Publishers, 1923; *Bishop J.P. A Treatise on Criminal Law: In Two Volumes.* 9th ed., edited by John M. Zane and Carl Zollman. Volume II: The Specific Offences. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company Publishers, 1923. Первое издание данного труда вышло в 1856 г.; последующие — в 1858, 1865, 1868, 1872, 1877, 1882 и 1892 гг. Для целей настоящего исследования будет использоваться текст девятого издания, который в теоретическом плане не претерпел серьёзных изменений.

⁵⁴⁷ *Bishop J.P. Op. cit.* Volume I. P. 50.

⁵⁴⁸ Напомним, что используется текст девятого издания работы, вышедший в 1923 г.; соответственно, в 1865 г. ни о каких Уголовно-апелляционных отчётах не могло идти и речи. Однако выход в этом моменте за пределы поставленной в настоящем параграфе временной рамки исследования не имеет существенного значения, поскольку сама суть подхода Джоэля П. Бишопа остаётся неизменной.

вв.⁵⁴⁹ Лишь затем Джоэль П. Бишоп останавливается на собственно американских сборниках прецедентов.⁵⁵⁰ Из трактатов правоведов характеризуются с точки зрения их теоретической ценности работы Эдуарда Коука, Мэттью Хэйла, Иеремии Хоукинса и Майкла Фостера.⁵⁵¹ При этом всем английским первоисточникам даётся весьма высокая оценка: «Вышеприведённые старые английские труды и... ранние серии судебных отчётов... проясняют уголовное общее право Англии в том виде, в каком оно существовало, когда та его часть, которая была садаптирована к нашей ситуации и обстоятельствам, стала нашим общим правом. *Так что право, содержащееся в них, имеет в каждом из наших штатов такой вес авторитетности, какой не придаётся ни современным английским решениям, ни решениям соседних штатов* (курсив мой. – Г.Е.)».⁵⁵²

Сквозь весь текст «Курса» (за исключением разве что таких вопросов, которые обладают сугубо американской спецификой⁵⁵³) просвечивают теоретические положения, взятые автором из соответствующих английских источников со множественностью отсылок на последние. В некоторых моментах делаются прямые достаточно объёмные текстуальные заимствования из английских первоисточников: так, положения об оправданном и извинительном причинении смерти цитируются по соответствующей части блэкстоуновских «Комментариев».⁵⁵⁴ Обосновывая нерелевантность юридической ошибки для целей уголовного права, Джоэль П. Бишоп лишь с лингвистическими вариациями воспроизводит, ссылаясь на Уильяма Блэкстоуна, формально-юридическое обоснование, данное последним.⁵⁵⁵

При этом в раскрытии принципиальных теоретически значимых вопросов широко используется наряду и наравне с американской, а в некоторых моментах и превышая её по объёму английская судебная практика. К примеру, обсуждая в § 328 I тома теорию тяжкого убийства по правилу о фелонии и случаи тяжкого убийства с перемещённым намерением, Джоэль П. Бишоп приводит двенадцать английских прецедентов XVI–XIX вв. против восьми американских.⁵⁵⁶

Что же до теории *mens rea* в целом, отражённой в рассматриваемом труде, то она в основе своей является концепцией *mens mala*, перенесённой с английской почвы на американскую. Так, для образования преступления, по мнению Джоэля П. Бишоп, требуется наличие дурного намерения (*evil intent*), которого нет ни у детей, ни у невменяемых, ни у действующих в состоянии фактической ошибки;⁵⁵⁷ соответственно, «не может быть преступления, ни серьёзного, ни незначительного, без дурного ума» или, «другими словами, наказание является следствием злобности».⁵⁵⁸ Освещая многозначность терминологии из области *mens rea*, Джоэль П. Бишоп только пытается произвести обобщение, отмечая «главные общие тер-

⁵⁴⁹ См.: *Bishop J.P. Op. cit. Volume I. P. 50–52.*

⁵⁵⁰ См.: *Ibid. P. 52–54.*

⁵⁵¹ См.: *Ibid. P. 54–56.* Ср. также: «Непривычно, но иногда желательно распространять наши правовые изыскания в книги, написанные в период, предшествовавший написанию книг лорда Коука» (см.: *Ibid. P. 54*).

⁵⁵² *Ibid. P. 56.*

⁵⁵³ См., напр., материал, связанный с общим правом в Соединённых Штатах или освещающий разделение тяжкого убийства на степени (см. соотв.: *Bishop J.P. Op. cit. Volume I. P. 125–132; Ibid. Volume II. P. 549–559*).

⁵⁵⁴ См. **cooth.**: *Bishop J.P. Op. cit. Volume II. P. 471–474; Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 178–188.*

⁵⁵⁵ См.: «В общем, каждое лицо презюмируется знающим законы страны, в которой оно живёт... *Ignorantia juris non excusat* является, следовательно, как и в нашей юриспруденции, нормой в римском праве, откуда она заимствована» (см.: *Bishop J.P. Op. cit. Volume I. P. 197–198*). Ср. с этим: «Ибо ошибка в положении права, которое каждое лицо, могущее быть ответственным за свои поступки, не только может, но обязано знать и презюмируется знающим, в уголовных делах не является видом основания защиты. *Ignorantia juris, quod quisque tenetur scire, neminem excusat*, является настолько же максимой нашего собственного права, насколько она была таковой в римском» (см.: *Blackstone W. Commentaries... Volume IV. P. 27*).

⁵⁵⁶ См.: *Bishop J.P. Op. cit. Volume I. P. 231 n. 11–16.*

⁵⁵⁷ См.: *Ibid. P. 135.*

⁵⁵⁸ *Ibid. P. 192.*

мины» для «подавляющего большинства прочих намерений».⁵⁵⁹ Избегая дальнейшего углубления в материю понятийного аппарата *mens rea*, он тем самым оставляет в неприкосновенности подход от-преступления-к-преступлению, подчёркивая несводимость различных проявлений «дурного намерения» к сколь-нибудь малому числу терминов.⁵⁶⁰ Дальнейшее изучение «Курса» лишь всё более убеждает в том, что в нём нет серьёзных расхождений в значимых для теории *mens rea* положениях с ранее сформировавшейся английской доктриной.

При этом должно подчеркнуть, что *не следует* рассматривать изложенное как упрёк в плагиате или в чём-нибудь подобном. Цель, которая ставилась в предшествующем изложении, сводилась к стремлению показать, что *в формационную эру развития американского уголовного права теория последнего в целом и теория mens rea в своих основополагающих характеристиках в частности оставались по существу английскими*. Совершенно справедливо Роско Паунд характеризовал состояние теоретических исследований в XIX в. как имитацию блэкстоуновского образа мысли,⁵⁶¹ а Джером Холл, критически обзореая американские уголовно-правовые работы, появляющиеся в первой половине XIX в., оценивал их как практические руководства, истолкования законодательства и дигесты прецедентов, лишь пытающиеся достигнуть уровня систематического трактата.⁵⁶² Причины такого положения доктрины следующие.

Во-первых, развитие уголовного права Соединённых Штатов в формационную эру можно в целом охарактеризовать как движение «вширь», но не «вглубь». Основная направленность этого процесса заключалась в фиксации положений английского общего права в кодексах и приспособлении норм последнего к американским условиям, т. е. в конечном счёте в выработке на английской базе непосредственно американского уголовного права. Как следствие, лишь с постепенным накоплением в течение XIX в. отличий в уголовно-правовых системах двух стран появится потребность в создании собственно американской теории.

Во-вторых, определённую роль здесь сыграл и своеобразный субъективный фактор. В формационную эру ведущие правовые школы будущего (например, Гарвардская, Йельская) только начинают своё становление и далеки от того вида, который они примут к концу XIX в.

По сути, создавать теорию уголовного права в то время мало кто был в состоянии – разве только что судьи и практикующие в судах юристы.

В этом-то и заключается один из поразительных аспектов бытия *теории уголовного права* (и, в частности, теории *mens rea*) на протяжении всей формационной эры, когда в условиях отсутствия сколь-нибудь значимых собственно американских доктринальных построений судьями создаётся ряд прецедентов, развивающих и углубляющих *именно концептуальные характеристики mens rea*. Хотя их мало, а зачастую они внутренне противоречивы и последующим развитием многие будут отвергнуты, но значимо само по себе их появление, обусловленное внутренними, глубинными и в целом концептуальными изменениями в уголовно-правовой системе, которые проявятся со всей своей силой и будут теоретически осмыслены позднее, в эру стабильности.

Придерживаясь последовательно избранного метода исследования, рассмотрим подробнее прецеденты формационной эры применительно к юридической ошибке, тяжкому убийству по правилу о фелонии и материально-правовым средствам доказывания *mens rea*.

В теории юридической ошибки наблюдается полная согласованность с английской доктриной. Возникающие различные фактические ситуации получают своё разрешение в

⁵⁵⁹ Ibid. P. 309.

⁵⁶⁰ См.: Ibid. P. 195, 309.

⁵⁶¹ См.: Pound R. The Need of a Sociological Jurisprudence // *The Green Bag*. Boston (Mass.), 1907. Vol. 19, № 10. P. 609.

⁵⁶² См.: Hall J. General Principles... P. 8.

строгом соответствии с максимой *ignorantia juris*.⁵⁶³ Исключения из общего правила единичны и формулируются в таком плане, чтобы никоим образом не подорвать её универсального характера.

Для примера отметим интересное дело 1810 г.,⁵⁶⁴ в котором было решено, что судно «Коти Плантаэ», в нарушение акта об эмбарго 1808 г. осуществлявшее перевозку грузов, не может быть конфисковано за нарушение этого закона, поскольку, хотя последний и вступил в силу на момент выхода корабля в море, он не был известен и не мог стать известным в порту на тот момент, будучи получен лишь вечером того дня, когда судно покинуло порт. В обоснование своей позиции суд указал, что законы, налагающие уголовные санкции, должны считаться вступающими в силу в различных частях страны лишь с момента, когда они получены там либо иным образом в данной местности стало известно о них: «С этого времени, а не до него, должна вступать в силу норма *ignorantia legis neminem excusat*.; и смысл её... заключается не в том, что сторона должна нести потери несмотря на свою неосведомлённость в праве, с которым она не имела средства ознакомиться или которое было невозможно ей узнать, а в том, что *когда такая возможность представилась хотя бы единожды, право справедливо презюмирует каждое лицо знающим или могущим знать его, и, как следствие, закрывает свои глаза на каждое утверждение об обратном* (курсив мой. – Г.Е.)». ⁵⁶⁵ Иная позиция, по мысли суда, «нарушала бы другую максиму, по крайней мере, столь же древнюю и более очевидную, которая заключается в том, что право никогда не заставляет человека делать невозможное – “*lex neminem coget ad impossibilia*”». ⁵⁶⁶ Примечательны здесь не сами по себе постулаты решения – более интересна его исключительность, поскольку оно находится в очевидном противоречии с современным ему и вынесенным по аналогичным обстоятельствам (судно отплыло из порта в нарушение акта об эмбарго, причём столь незначительный промежуток времени прошёл между принятием закона и отплытием судна, что узнать о принятии первого не было никакой возможности), в котором суд, сославшись на максиму *ignorantia juris*, отказался признать релевантным незнание права. ⁵⁶⁷

Ведущим формально-юридическим оправданием максимы в уголовном праве рассматриваемой эпохи служит постулат, сводящийся к презумпции всеобщего знания законодательства. ⁵⁶⁸ Вместе с тем, судами делаются попытки предложить и иные доводы в её обос-

⁵⁶³ См., напр.: *Respublica v. Betsey*, 1 U.S. (1 Dali.) 469, 479 (Pa. 1789) (Bryan, J., conc. op.) (рабовладелец, пренебрегший регистрацией своих рабов, вследствие чего они стали свободными и приобрели право добиваться освобождения в силу *habeas corpus*, не может «желать, чтобы незнание закона извинило его»); *The Ann*, 1 Fed. Cas. 926 (C.C.D. Mass. 1812) (No. 397) (неосведомлённость об акте, устанавливающем эмбарго и уголовное наказание за нарушение последнего, является нерелевантной); *United States v. Smith*, 18 U.S. (5 Wheat.) 153, 182 (1820) (Livingston, J., diss. op.) («как тяжкое убийство, так и грабёж с поджогом, бёрглэри и некоторыми другими преступлениями определяются авторитетами общего права, которое является частью права каждого штата в союзе и относительно которого, по наиболее очевидным причинам, никакому лицу не дозволяется утверждать о своём неведении в извинение за любое преступление, которое оно может совершить»); *Barlow v. United States*, 32 U.S. (7 Pet.) 404, 411 (1833) («общая максима, привычная всем умам, заключается в том, что незнание закона не извинит какое-либо лицо...»).

⁵⁶⁴ См.: *The Cotton Planter*, 6 Fed. Cas. 620 (C.C.D.N.Y. 1810) (No. 3270).

⁵⁶⁵ *Ibid*, at p. 622.

⁵⁶⁶ *Ibid*.

⁵⁶⁷ См.: *The Ann*, 1 Fed. Cas. 926 (C.C.D. Mass. 1812) (No. 397).

⁵⁶⁸ См., напр.: «Считается, что незнание не извиняет; что каждый человек обязан или, по крайней мере, презюмируется знающим право... Суд не оспаривает корректности какого-либо из этих принципов», *The Cotton Planter*, 6 Fed. Cas. 620, 621 (C.C.D.N.Y. 1810) (No. 3270); *United States v. Smith*, 18 U.S. (5 Wheat.) 153, 182 (1820) (Livingston, J., diss. op.) (максима *ignorantia juris* не создаёт трудности, поскольку «большая часть сообщества в состоянии ознакомиться с уголовным кодексом, в соответствии с которым они живут»); *State v. Boyett*, 32 N.C. (10 Ire.) 336, 343 (1849) («каждый, компетентный действовать сам за себя, презюмируется знающим право»; «в уголовных делах презумпция чаще всего соответствует истине, ибо касательно преступлений *mala in se* каждый имеет врождённое знание о правом и неправом, что даёт ему возможность осознать то, что им нарушается закон...»; что же до преступлений *mala prohibita*, то они публикуются и могут быть познаны каждым); *State v. Goodenow*, 65 Me. (1 Pulsifer) 30, 33 (1876) (каждый неопровержимо презюмируется знающим право в применении к его случаю).

нование: так, встречаются ссылки на юридическую ничтожность истолкования уголовного права, даваемого не только самим человеком и базирующегося либо на его знаниях,⁵⁶⁹ либо на его вере,⁵⁷⁰ но и частным поверенным,⁵⁷¹ а также ответственным должностным лицом.⁵⁷² Указывается и на необходимость постоянно сверять своё поведение с требованиями закона, стремясь при этом правильно уяснить его содержание.⁵⁷³ Получает распространение, кроме того, довод о процессуальной сложности доказывания знания законодательства в противовес утверждению обвиняемого о его неосведомлённости в правовых запретах.⁵⁷⁴ В свою очередь, все эти теоретические по своему характеру и прецедентные по источнику оправдания максимы *ignorantia juris* будут разработаны в дальнейшем в доктринальных трудах. Предваряя будущее, можно сказать, что такая многовариантность формально-юридического обоснования нерелевантности *error juris* связана со сменой уголовно-правовых ориентиров и быстрым развитием массива преступлений *mala prohibita*, многим из которых не присуща изначальная моральная упречность, служащая базисом к выдвижению презумпции всеобщего знания законодательства.⁵⁷⁵ Тем самым в XIX в. подтачивается сущностная опора данной презумпции, что и обуславливает появление иных приведённых формально-юридических оправданий максимы *ignorantia juris*.

⁵⁶⁹ См., напр.: «Ни один человек не имеет права полагаться на истолкование права, данное им самим, и затем ссылаться на это в оправдание своего нарушения права», *United States v. Learned*, 26 Fed. Cas. 893, 896 (E.D. Mich. 1870) (No. 15580).

⁵⁷⁰ См., напр.: *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 161–167 (1878) (вторичная женитьба мормона при живом первом супруге, основанная на его вере в то, что уголовные законы, карающие двоежёнство, приниматься не должны, является нерелевантной юридической ошибкой). Суд счёл в данном деле, что «допустить это (релевантность *error juris*. – Г.Е.) значило бы сделать исповедуемые доктрины религиозной веры вышестоящими по отношению к праву и в действительности позволить каждому гражданину стать законом для самого себя. При таких обстоятельствах правительство могло бы существовать лишь на словах... Незнание факта может иногда допускаться как доказательство отсутствия преступного намерения, но не незнание права. Единственное основание защиты обвиняемого в данном деле заключается в его вере в то, что закон не должен был быть принят. Не имеет значения, что его вера была частью исповедуемой им религии: она остаётся, тем не менее, верой и только ею... Было бы опасно считать, что правонарушитель мог бы избежать наказания вследствие его религиозной веры в то, что закон, который им нарушен, никогда не должен был бы быть принят», *Ibid*, at p. 167.

⁵⁷¹ См., напр.: *State v. Armington*, 25 Minn. (5 Young) 29, 38–39 (1878) (уверенность в действительности судебного решения о разводе, основанная на заверении адвоката о последнем факте, не является релевантной *error juris*); *Weston v. Commonwealth*, 111 Pa. 251, 274 (1886) (если, полагаясь на совет адвоката о границах дозволенного в защите предполагаемого правового титула, обвиняемый совершил тяжкое убийство, то такой совет «не отягчает и не смягчает его преступления в какой-либо степени и, как следствие, нерелевантен»),

⁵⁷² См., напр.: «... Незнание чиновником обычаев относительно правильного истолкования закона не может изменить закон и сделать законным и действительным акт, который иначе был бы недействителен. Как бы ни очевидно суров мог быть данный принцип, таков есть и должен быть закон. Каждый презюмируется знающим закон, понимающим его следствия, и каждый, следовательно, должен подчиняться ему; и любая ошибка любого должностного лица, в силу которой сторона нарушила его, не может быть использована для оправдания или извинения, когда она вызвана отвечать за своё нарушение», *The Sarah B. Harris*, 21 Fed. Cas. 441, 442 (D. Me. 1867) (No. 12344); *Gardner v. People*, 62 N.Y. (17 Sick.) 299, 303–305 (1875) (ошибка в истолковании закона, основанная на совете о законности действий, не является релевантной); «... Грубое неведение мирового судьи не извиняет их (обвиняемых, добросовестно полагавшихся на его совет о законности действий. – Г.Е.). Последовав его совету, они проявили виновность в небрежности и необдуманности», *State v. Goodenow*, 65 Me. (1 Pulsifer) 30, 33 (1876).

⁵⁷³ См., напр.: «Вряд ли существует какое-нибудь право, которое не допускает некоторого искусного сомнения, и существовали бы постоянные соблазны нарушить законы, если бы люди не были обременены постоянной бдительностью в избежание их», *Barlow V. United States*, 32 U.S. (7 Pet.) 404, 411 (1833).

⁵⁷⁴ См., напр.: *State v. Boyett*, 32 N.C. (10 Ire.) 336, 343 (1849) (допущение утверждения о незнании закона к выдвижению в опровержение обвинения породило бы запутанность в процессе вследствие противоречивости доказательств по этому вопросу; как следствие, правосудие не могло бы отправляться надлежащим образом); *Marmont v. State*, 48 Ind. (19 Black) 21, 31 (1874) (положение о нерелевантности *error juris* требуется «с целью практически отправлять правосудие среди людей»).

⁵⁷⁵ Так, ср. первые, ещё не получившие должной разработки шаги в направлении новой теоретической рационализации максимы *ignorantia juris* в плане преступлений *mala prohibita*: «Эта норма (*ignorantia juris*. – Г.Е.), необходимая для правильного отправления правосудия, сурова, когда применяется к тому, что является лишь *malum prohibitum*. Но в целом в уголовном праве это не особенно проявляется, поскольку наибольшее число преследуемых по обвинительному акту правонарушений являются *mala in se...*» (см.: *Bishop J.P. Op. cit.* Volume I. P. 198).

Перейдём теперь к тяжкому убийству по правилу о фелонии. В том виде, в каком его доктрину сформулировал Уильям Блэкстоун, оно претерпевает в конце XVIII – первой половине XIX вв. весьма существенное видоизменение вследствие смены legislatures многих штатов подхода к тяжкому убийству в целом.

По английскому уголовному праву преступление тяжкого убийства является в рассматриваемое время единым (смысл такой характеристики станет ясен чуть позже) с абсолютно-определённой санкцией в виде смертной казни. Ряд американских штатов вскоре после завоевания независимости отказался следовать столь суровому в аспекте наказания подходу.

Первым из них стала Пенсильвания, разделившая *для целей наказуемости* законом, принятым 22 апреля 1794 г., тяжкое убийство на две степени:

«Всякое тяжкое убийство, которое будет осуществлено посредством отравления или из засады, или посредством любой другой разновидности преднамеренного (*wilful*), заранее обдуманного (*premeditated*) и обдуманного (*deliberate*) причинения смерти;⁵⁷⁶ или которое будет совершено при учинении или покушении на учинение любого поджога, изнасилования, грабежа или бёрглэри, должно считаться тяжким убийством первой степени; любые другие разновидности тяжкого убийства должны считаться тяжким убийством второй степени».

Тем самым к тяжкому убийству первой степени, караемому смертной казнью, был отнесён ряд случаев тяжкого убийства по правилу о фелонии, выделенных по базисной фелонии. Все остальные случаи тяжкого убийства стали рассматриваться, соответственно, как тяжкое убийство второй степени, причём категория эта охватила не только ситуации причинения смерти со злым предумышлением, точно выраженным или подразумеваемым, но и ситуации тяжкого убийства по правилу о фелонии, если исходной фелонией являлась любая другая фелония, нежели чем перечисленные в дефиниции тяжкого убийства первой степени. В течение первой половины XIX в. пенсильванскому подходу последовали во многих штатах.

При этом важно подчеркнуть, что само по себе понятие тяжкого убийства *не изменилось*,⁵⁷⁷ и рассмотренное деление затронуло лишь аспект наказания за данное преступление.⁵⁷⁸ Как следствие, остался неизменным и подход к *mens rea* в тяжком убийстве по правилу о фелонии.

⁵⁷⁶ Перевод трёх понятий основывается на близком к рассматриваемому статуту по времени их судебном истолковании в Пенсильвании (см.: *Commonwealth v. Drum*, 58 Pa. (8 Smith) 9, 16 (1868)). – Г.Е.

⁵⁷⁷ См., напр.: *Grainger v. State*, 13 Tenn. (5 Yerg.) 459 (1830), где, определяя злое предумышление, суд избрал фостеровскую дефиницию последнего, описав его как коренящееся в «сердце, потерянном для всякого социального порядка и непреодолимо склонном к злодеянию», *Ibid*, at p. 462; *M'Whirt's Case*, 44 Va. (3 Gratt.) 594 (1846), где в обсуждение вопроса о тяжком и простом убийстве суд привлёк фостеровско-блэкстоуновско-истовскую характеристику данных преступлений, *Ibid*, at p. 604–607, сочтя предложенные указанными авторами принципы «решающими относительно характера рассматриваемого (в данном деле. – Г.Е.) убийства», *ibid*, at p. 607; *Smith v. State*, 33 Me. (3 Red.) 48 (1851), где суд, разграничивая тяжкое убийство по правилу о фелонии и простое убийство по правилу о мисдиминоре, прибегнул к фостеровской мысли: «Когда смерть воспоследует в ходе осуществления неправомерного замысла, без какого-либо намерения убить, содеянное будет или тяжким убийством, или простым, что зависит от того, было ли намеренное правонарушение фелонией или только мисдиминором», *Ibid*, at p. 55.

⁵⁷⁸ Ср.: «Они (эти законы. – Г.Е.) не изменяют границ преступления тяжкого убийства и не создают какое-то тяжкое убийство, которого не существовало прежде. Они просто проводят разделяющую линию через старую область и дают новые имена двум частям» (см.: *Bishop J.P. Op. cit. Volume II. P. 551*). Ср. также: «... Этот акт (пенсильванский 1794 г. – Г.Е.) не определяет преступление тяжкого убийства, но отсылает к нему как к известному правонарушению; не меняет он – постольку, поскольку это касается тяжкого убийства первой степени – наказания, которое всегда заключалось в смертной казни. Всё, что он делает, так это определяет различные виды тяжкого убийства, которые должны быть ранжированы в различные классы и подвергаться различным наказаниям», *White v. Commonwealth*, 6 Binn. 179, 182–183 (Pa. 1813); «Статут, установивший степени тяжкого убийства, не создал какого-либо нового преступления или изменил дефиницию «тяжкого убийства», существовавшую в том виде, в каком она понималась общим правом...», *Green v. Commonwealth*, 94 Mass. (12 Allen) 155, 170 (1866); *Davis v. Utah Territory*, 151 U.S. 262, 266–270 (1894) (аналогично); *Bergemann v. Backer*, 157 U.S. 655,

Вместе с тем на фоне общего сохранения блэкстоуновской концепции тяжкого убийства по правилу о фелонии в 1863 г. появляется весьма интересное дело, которым заложена основа так называемой «агентской» теории («*agency*» theory) последнего.⁵⁷⁹ Важно вновь подчеркнуть, что хотя её теоретическое развитие принадлежит XX столетию, именно XIX веком она была порождена. Смысл агентской теории сводится к такому ограничению сферы действия нормы о тяжком убийстве по правилу о фелонии, при котором совершающий фелонию не может «быть признан виновным в убийстве, если деяние не является либо реально, либо конструктивно его деянием, а оно не может быть его деянием в обоих смыслах, если оно не совершено его собственными руками или кем-то ещё, действующим согласованно с ним или в способствование общему плану или цели».⁵⁸⁰ Это означает, что если потерпевшим либо офицером сил правопорядка, либо посторонним лицом в ходе отражения посягательства, образующего фелонию или покушение на её совершение, причиняется смерть кому-либо (в том числе и одному из соучастников), то учиняющий фелонию не может нести уголовную ответственность за гибель человека по норме о тяжком убийстве по правилу о фелонии. Так называемой теории «непосредственной причины» («*proximate cause*» theory), противоположной агентской теории, ещё не существует, да и в отношении последней невозможно отойти сколь-нибудь дальше от простого факта её появления в середине XIX в., поскольку и её теоретическое обоснование, а также дальнейшее развитие, и аналогичный процесс в отношении соперничающей теории являются делом будущего. Опять же, предваряя последующий анализ, можно увязать рождение агентской теории с начинающейся сменой парадигм в теории *mens rea*, т. е. со сдвигом от социальноэтической сущности *mens rea* как ведущей её концептуальной характеристики в направлении более тонкого изучения конкретного психического состояния деятеля.

Обращаясь к последнему аспекту, через который в настоящем исследовании преломляется теория *mens rea*, следует сказать о том, что институт материально-правовых средств доказывания *mens rea*, если рассматривать его в целом, в своих теоретических основах в американском уголовном праве конца XVIII – конца XIX вв. не претерпевает значимых изменений.

Практикой почти безоговорочно воспринимается презумпция *mens rea*, сформулированная английским общим правом, в том числе и в аспекте бремени её полного опровержения, покоящемся на обвиняемом.⁵⁸¹

656–658 (1895) (аналогично). Ср. уже более современную оценку: «... В 1794 г. Пенсильвания попыталась ослабить оковы права, сохранив смертную казнь лишь за «тяжкое убийство I степени»...», *McGautha v. California*, 402 U.S. 183, 198 (1971); «Из зафиксированной истории пенсильванского статута 1794 г. очевидно явствует, что... правильно охарактеризовать его скорее как способ фиксации степени (имеется в виду степени тяжкого убийства. – Г.Е.)... Пенсильванский статут 1794 г. толкуется в таком плане пенсильванскими судами..., и... сходные статуты в других штатах рассматриваются подобным же образом лишь как способы фиксации степени», *People v. Dillon*, 34 Cal. 3d 441, 464, 464 п. 9 (1983); «Акт 1809 г. (в Мэриленде, воспринявший пенсильванскую модель. – Г.Е.) не отменил концепции тяжкого убийства по общему праву, а просто разделил его на степени для целей наказания», *Hardy v. State*, 301 Md. 124, 137 (1984); «... В соответствии с правом Северной Каролины существует только одно преступление тяжкого убийства по общему праву, которое статутом (принятым первоначально в 1893 г. по пенсильванскому образцу. – Г.Е.) разделено на две степени», *Hartman v. Lee*, 283 F.3d 190, 2002 U.S. App. LEXIS 3448, *22 (4th Cir. 2002).

⁵⁷⁹ См.: *Commonwealth v. Campbell*, 89 Mass. (7 Allen) 541 (1863). В данном деле, согласно его фактам, в ходе подавления восстания воинскими подразделениями были сделаны ружейные залпы в собравшийся народ; в завязавшей перестрелке был убит посторонний наблюдатель, причём осталось невыясненным, выстрел с какой стороны оказался фатальным. Один участник восстания был обвинён в тяжком убийстве этого прохожего, однако при инструктировании присяжных судьи Верховного Суда Массачусетса (*Supreme Judicial Court*), рассматривавшего дело по первой инстанции, указали, что осуждение за тяжкое убийство не может иметь места, если погибший был убит не восставшими, а воинским подразделением. Соответственно, присяжные оправдали обвиняемого.

⁵⁸⁰ *Ibid*, at p. 544. Ср. современное формулирование агентской теории: «В соответствии с доктриной тяжкого убийства по правилу о фелонии совершающий фелонию не виновен в тяжком убийстве, когда убийство совершается лицом иным, нежели чем совершающий фелонию или его соучастники», *Campbell v. State*, 293 Md. 438, 443 (1982).

⁵⁸¹ См., напр.: *Pennsylvania v. Honeyman*, Add. 147 (Pa. Alleg. Cty. Ct. 1793), где в решении вопроса о том, является ли

В теории уголовного права Джордж Шарсвуд, глоссируя «Комментарии» Уильяма Блэкстоуна, следующим образом отражает рассматриваемую презумпцию, оговаривая при этом специфику её приложения к тяжким убийствам различных степеней:

«В соответствии с общим правом каждое убийство является тяжким убийством *prima facie*. Обстоятельства, которые могут оправдать, извинить или свести правонарушение к простому убийству, должны быть доказаны обвиняемым. Когда же имеет место преступление по статутному праву в виде тяжкого убийства первой степени, на штате или сообществе лежит бремя доказать убедительными доказательствами, что преступление принадлежит к более высокой степени. Другими словами, каждое убийство всё ещё является *prima facie* тяжким убийством, но не тяжким убийством первой степени».⁵⁸²

Тем не менее и в этой области уголовного права намечаются немаловажные изменения. Изначально презумпция *mens rea* содержательно сводилась к презюмированию требуемой дефиницией преступления *mens rea во всех её аспектах* из самого по себе факта осознанного и волимого совершения запрещённого деяния. Однако начиная приблизительно с первой половины XIX в., в судебной практике рассматриваемая презумпция (при сохранении в общем как доминирующего исторически сложившегося подхода) всё чаще начинает конструироваться таким образом, что презюмируемым фактом выступает уже не *mens rea конкретного преступления в целом, а намеренность в отношении последствий совершённого преступления*.⁵⁸³ При этом, инструктируя присяжных относительно презюмирования намеренности последствий, но не *mens rea* как таковой, суды оговаривают, что единственным возможным правовым последствием действия данной презумпции может быть только констатация наличия у обвиняемого *mens rea* совершённого преступления.⁵⁸⁴

содянное тяжким убийством либо же простым, суд обратился к фостеровско-блэкстоунской характеристике *mens rea* первого: «*Prima facie*, каждое убийство является тяжким убийством, поскольку злой умысел презюмируется, если обвиняемый не докажет смягчающие обстоятельства, которые опровергают презумпцию злого умысла... Каждое волимое причинение смерти или каждое деяние, которое очевидно должно причинить вред, совершено с намерением причинить вред и без провокации и следствием которого является смерть, является тяжким убийством, поскольку презюмируется не провокация, а злой умысел. Право подразумевает злой умысел и обвиняемый должен доказать провокацию для опровержения презумпции злого умысла», *Ibid*, at p. 147–148; *Commonwealth v. York*, 50 Mass. (9 Met.) 93 (1845), где в обоснование распределения бремени доказывания в преступлении тяжкого убийства суд прибегнул к презумпции *mens rea*, сформировавшейся в общем праве Англии, которое «наши английские предки по изначальном основании колонии здесь... принесли... с собой...», *Ibid*, at p. 109–110; *Commonwealth v. Drum*, 58 Pa. 9 (1868), где суд указал, что «можно постановить как общее правило всякое убийство презюмирующимся злоумышленным..., доколе противное не выявится из доказательств. Как следствие, бремя смягчения преступления с тяжкого на простое убийство по доказанности учинения подсудимым деяния лежит на нём. Он должен доказать все обстоятельства смягчения или извинения...», *Ibid*, at p. 18.

⁵⁸² Sharswood's Blackstone. Volume II. P. 467–468 n. 26 by Sharswood.

⁵⁸³ См., напр.: *Miller v. People*, 5 Barb. 203, 204 (N.Y. 1849) («общий принцип заключается в том... что человек должен считаться намеревающимся относительно того, что он делает, или того, что является непосредственными и естественными последствиями его действия»); *Commonwealth v. Drum*, 58 Pa. (8 Smith) 9, 17 (1868) (человек «должен презюмироваться намеревающимся относительно смерти, которая является возможным и обычным последствием такого деяния»); «... То, что каждый должен считаться намеревающимся относительно известных последствий своего намеренного действия, есть признанный канон моральной ответственности...», *Hadley V. State*, 55 Ala. (11 Jones) 31, 37 (1876). Схожий процесс можно наблюдать в рассматриваемое время и в английской судебной практике (так, ср., напр.: «Всеобщий принцип заключается в том, что когда человек обвиняется в совершении деяния, возможное последствие которого может быть весьма вредным, намерение является правовым выводом, производимым из совершения деяния (курсив мой. – Г.Е.)», *Rex v. Dixon*, 3 M. & S. 11, 11, 105 Eng. Rep. 516, 517 (K.B. 1814) (*per* Lord Ellenborough, C.J.)).

⁵⁸⁴ См., напр.: «... Когда факт убийства доказан удовлетворительными доказательствами, и не открыты обстоятельства, склонные показать оправданность или извинительность, тогда ничто не опровергает естественную презумпцию злого умысла (т. е. презумпцию *mens rea* в целом; курсив мой. – Г.Е.). Эта норма основывается на ясном и очевидном принципе, согласно которому лицо должно презюмироваться намеревающимся совершить то, что оно фактически добровольно и преднамеренно совершает, и должно намереваться относительно всех естественных, возможных и обычных последствий своих собственных действий (курсив мой. – Г.Е.)», *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. (5 Cush.) 295, 305 (1850); *Commonwealth v. Drum*, 58 Pa. (8 Smith) 9, 17–18 (1868) (человек «должен презюмироваться намеревающимся относительно смерти, которая является возможным и обычным последствием такого деяния» и «всякое убийство презюмируется злоумышленным..., доколе противное не выявится из доказательств»); «Злой умысел, замысел и мотив являются, как правило, только выводимыми фактами. Они получают только путём выведения из фактов и обстоятельств, доказанных позитивно.

Если бы требовалось доказывать их позитивно, это редко можно было бы сделать. Тем не менее, мы знаем, что они существуют... *То, что каждый должен считаться намеревающимся относительно известных последствий своего намеренного действия, есть признанный канон моральной ответственности... Следовательно, когда жизнь взята посредством прямого применения смертоносного оружия, канон, установленный выше, приходит нам на помощь, и, если ничего более нет в деле..., то неизбежен вывод, что убийство было совершено в соответствии со сформировавшимся замыслом; другими словами, со злым предумышлением...* (курсив мой. – Г.Е.)», *Hadley v. State*, 55 Ala. (11 Jones) 31,37 (1876).

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.