

ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА
УГОЛОВНОГО ПРАВА И
УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Г. А. Есаков

MENS REA
**В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ
СОЕДИНЕННЫХ
ШТАТОВ
АМЕРИКИ**

ЮРИДИЧЕСКИЙ
ЦЕНТР

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	9
Введение	14
Глава I	37
§ 1. Уголовное право англосаксонского периода и первых десятилетий после норманнского завоевания (V – первая половина XII вв.)	37
§ 2. Зарождение и становление <i>mens rea</i> в английском уголовном праве (вторая половина XII–XVI вв.)	83
Глава II	134
§ 1. Концепция <i>mens mala</i> в английской уголовно-правовой доктрине XVII – третьей четверти XVIII вв.	134
Конец ознакомительного фрагмента.	144

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 за-

мыслей 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 преступно-

сти 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 Коришуновой, 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. Аистовой, А. И. Бойко, Т Б. Дмитриевой, Б. В Шостаковича, А. И. Ророга, 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. Бородин, А. Г. Кибальника, Л. И. Романовой, А. И. Коробеева, Д. А. Шестакова, В. Д Филимонова, И А. Возгрина, А. А. Эксархонцло, 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, односторонней критике.

Достаточно вспомнить, что на протяжении многих десятилетий книги и журнальные статьи, посвящённые 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 семьдесят лет в нашей стране не было опубликовано ни од-

ной американской работы, а применительно к Великобритании увидели свет всего лишь три книги, посвящённые уголовному праву и написанные английскими юристами. Это книга Дженкса «Английское право» (уголовному праву посвящён 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 выше-названными 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 практиче-

ского 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 углубле-

нию 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 являются 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 естественно-му»,¹ а в собственно англо-американском аспекте берущей своё начало от издания в 1780-х гг. с оригинальными примечаниями С. Е. Десницкого «Комментариев» сэра Уилья-

¹ См.: Пуфендорфъ С. О должности человека и гражданина по закону естественно-му, книги две. Ныне же На Россійскій съ Латінскаго преведенныя, Повеленіемъ Благочестивейшія Великія Государыни Екаторіны Алексіевны, Імператрицы и Самодержицы Всероссійскія, Благословеніемъ же святейшаго Правителствующаго Всероссійскаго Синода. СПб.: Напечатаны же въ Санкѣпетербургской Типографіи, 1726. Примечателен тот факт, что четвёртый том комментариев, озаглавленный «О публичныхъ деликтахъ» {«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.

ма Блэкстоуна с их центральной мыслью о том, что «первоначальными и главнейшими предметами Аглинского закона должны быть *права и преступлены*».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 Та-

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 кор-

кое 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*.

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 показате-

ректно, 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.: *Стифенъ Дж. Ф. Уголовное право Англіи въ краткомъ очертаніи* / Переводъ и предисловіе В. Спасовича. СПб., 1865. С. v.

лем 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

⁵ Фельдштейнъ Г.С. Учение о формахъ виновности въ уголовномъ 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.

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 дела-

ет 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

⁷ Выбрав единичные прецеденты, одновременно создававшиеся в уголовно-правовых 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 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*).

Причина этого, в свою очередь, кроется в том, что она является образной и привычной *квинтэссенцией 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

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.).

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-доктри-

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., Штротас 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., Головки 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 уго-

нальное «психическое отношение к деянию и его последствиям».¹⁸

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

ловного права Австралии в XIX–XX вв.: Автореф. 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.: ВТипографш 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 сн. 38).

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 по-

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.

нимание 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.

Таким образом, исследуя проблему субъективной составляющей преступления, наиболее приемлемым представляется подход, отказывающийся от какого бы то ни было перево-

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 *упречность* 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.

да 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

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 сн. *; 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).

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 настроения ума человека, рассматриваемому с истинно субъективных позиций и заключающему в себе «мо-

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).

ральные 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 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.

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

IV

Российский юрист, воспитанный в духе романо-германской правовой традиции и привыкший к трём с половиной сотням статей Уголовного кодекса РФ, комментарий 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,

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.

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

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

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

сто девяносто лет.³⁴ Для уяснения современного содержания понятия «тяжкое убийство» (*murder*) следует для начала изучить «Институты права Англии» Эдуарда Коука, датируемые XVII в.³⁵ А термин «невменяемость» (*insanity*) и сейчас тол-

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, с. 48)* и *ст. 1 Закона об измене 1814 г. (Treason Act, 54 Geo. III, с. 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, с. 37)*, в соответствии со ст. 36 которого наказанием в случае великой измены является пожизненное лишение свободы.

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.*). Согласна 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 явилась «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 (*a 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 стороной, либо подразумеваемым правом (*with malice fore-thought, either expressed by the party, or implied by law*), так что сторона раненная или изу-

куется 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

веченная &c. умирает от раны или от увечья &c. в течение года и дня после оно-го» (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).

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 судебскому 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* 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 Тёрнэр, 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.

³⁷ Holmes, Jr., O.W. The Path of the Law 11 *Boston University Law Review*. Boston (Mass.), 1998. Vol. 78, № 3. P. 712.

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 судей 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, 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, «плюралистично-

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

³⁹ *Ibid.*

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

го 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.

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. Августину Аврелию, писавшему на исходе IV в.,⁴⁶ и Лу-

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.: *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 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.)).

цию 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 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 приближи-

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 coinquinant hominem*»...», *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).

тельному, – 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

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

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, пренебре-

⁵⁰ Цвайгерт К., Кётиц 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.: «Юристъ», 2000. С. 242; Крылова Н.Е., Серебrenникова 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.

гать 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.

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 собствен-

⁵¹ *Стифенъ Дж. Ф.* Указ. соч... Предисловие В. Спасовича. С. vii.

⁵² *Цвайгерт К, Кётих.* 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.

но 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

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.

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.

Не столь однозначен на первый взгляд период римского

⁶⁰ См. подр.: Pollock F., Maitland F. W. Op. cit. Volume I. P. xxviii-xxxi; 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.

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 Олdboку, разыскивать лишь скрытые веками руины лагеря Гнея Юлия Агриколы, но бессмысленно искать

⁶¹ *Маколей Т.Б.* Англия и Европа. Избранные эссе / Пер. с англ. Д.В. Соловьева. СПб.: Алетейя, 2001. С. 14; см. также: *Петрушевский Д.М.* Очерки из истории средневекового общества и государства. М.: Издат. дом «Книжная находка», 2003. С. 284-288. 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.

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 гос-

⁶³ См.: *Пти-Дютайи 111*. 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.; *Стифенъ 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.

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

Существовавшая система отправления правосудия становилась, во-первых, с реальным, осязаемым вредом – гибелью или увечьем человека либо имущественным ущербом; во-вторых, с человеком, чьими активными действиями

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. 448–511; *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.

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

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

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 выдвижению 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 обра-

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.

щения 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 древнеанглийские 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 характеристика 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 Аквиллиева 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,

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.*

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

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.

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*).

§ 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 orre 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

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*).

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 нёс 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

Итак, согласно данной концепции, для англосаксонского уголовного права не имел юридического значения тот мо-

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. Тула: Автограф, 2000. С. 80–108.

раально 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 спра-

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.); Стифенъ Дж. Ф. Указ. соч. С. 16–20; Никифоров Б.С. Указ. дисс. С. 107–111.

ведливости, воплощённую, согласно бытовавшим тогда воззрениям, в Божьем суде, изначально защищающем и, что более важно, *не могущем не защитить* невинного и покарать злодея. При этом вопрос о виновности или невинности 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 ссылка на

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

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

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 восстановления мира в общине, бывшего основной целью права и судебных процедур в то время,⁸¹ провоцирование нового кровавого конфликта. Естественно, что меньшим из двух

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*).

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 (*II Edmund, § 1*).

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 со-

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.

вершено правонарушение. *Месть 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. случай-

⁸⁴ Holmes, Jr., O. W. The Common Law. P. 3.

⁸⁵ Фельдштейнъ 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., c. 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., O. W. The Common Law. P. 24–26.

ным, *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 поздней формулировке сути этого института, данной Эдуардом Коуком, «когда любаядвигающаяся вещь, неодушевлённая 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

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

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*, называть 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 донине в любом обществе),

⁹¹ Примеры приводятся по: *Holmes, Jr., O. И/. 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.*

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 со-
тое, 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»), составлявшимся 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,

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 I 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.*

на то, что при рассмотрении человеческих грехов «следует делать различие между характерами грехов и людей; воздержанный ли человек или невоздержанный, *намеренно или случайно* (курсив мой. – Г.Е.); [совершён ли грех] при всех или тайно; с какой степенью угрызания [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 цитированных 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, явля-

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.

ются 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.

⁹⁸ Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 84–85.

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 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

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

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

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*»), датированного около 1187 г. и приписываемого Ранульф де Гленвиллю, 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*. Р. 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. Р. 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.*

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

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 Францис 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).

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.

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 ма-

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).

ло 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 уголов-

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*, с. 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 (представляют 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.

ное).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

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 n. 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.

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:

«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

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*

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), сохранившееся в изначальном тексте Св. Августина Аврелия, было опущено, придав при этом максиме тот вид, который она имеет в тексте *L.HP*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 определяют

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 раня 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 клянитесь» 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.

ся 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

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,

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 (касаательно перевода см. сн. 47. – Г.Е.)).

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

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ См.: *Ibid.*

тем более что схожие с августирианской 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 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

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 malae, 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).

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 привести 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*

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.*

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 mens rea* несла в себе обобщённую светскую смысловую нагрузку. Как считает Фредерик У. Мэйтланд, самое большее, 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 пози-

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

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

ции 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 родичей 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 верить.

Ибо закон гласит, что совершая грех по незнанию (*qui inscien-ter peccat*), со знанием исправляем его (*scien-ter emendet*)...». ¹²²

Тем самым анализ текста выявляет, что *составитель L.H.P.*, выделяя такие понятия, как намерение и намеренно (*consilium, sponte*), со знанием (*scien-ter*) 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 *inscien-ter* и подобных ему современным содержанием, заключённым в понятиях намерения и небрежно-

¹²² См. соотв.: сэр. 7 °*Consuetudo Westsexe*, 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.

сти; 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 inscien-ter peccat, scien-ter emendet* с максимальной *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 *inscien-ter* 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. – *G.E.*), 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,

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

¹²⁴ Ibid. P. 41.

¹²⁵ Ibid. P. 42.

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 inscieniter peccat, scieniter emendat*. Что же до грубова- того, 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.

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

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.

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

L.H.P. являются 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, интегриро-

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.

ванного, 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

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 ис-

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 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

торией 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.

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, смываемый 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 совершённому.

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 диффе-

¹³⁵ Там же. С. 181.

ренциация 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 смелой 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

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).

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.

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

¹³⁷ Институт разъездных судей, посылаемых в провинцию с фискальными и судебскими 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 по-

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 ап-

степенно 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.

парат 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

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

— начало XIII вв. можно считать временем подлинного зарождения в английском уголовном праве концепции *mens rea*.

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 де-

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 приготовлении 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).

нежного 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,

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 1 Второй Правды Эдмунда I (II *Edmund*, c. 1).

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

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.

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, любо-

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

Во-первых, появился профессионализированный судебный 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 сформирова-

го 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.*

лась 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 внесению 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

¹⁴⁶ Б.С. Никифоров переводит понятие *per infortunium* как «невольно», обосновывая этом 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., Наумов 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

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 excogitatam*»). Судьи, получив этот вердикт и не имея полномочий оправдать обвиняемого, 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 *всецело* 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 Глочестер-

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.

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.

ским 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 excogitatum* (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 excogitatum* (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 illicitce*. Последняя, как отме-

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

¹⁵⁰ «И так как он убил его *чрез 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 *чрез случайность и не чрез фелонию или обдуманную злобу* (курсив мой. – Г.Е.), Мы, побуждаемые милосердием...»

чает 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 правоммерным 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* (занимающемся 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*

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.

dividitur»). Перечисляя различные виды убийств, Генри де Брактон выделяет среди них ненаказуемое случайное убийство (*per infortunium*) и указывает в связи с этим следующее:

«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

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 поражен 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

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 имен-

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.

Необходимо также обратить внимание на словосочетание «*non per malitiam excogitatum*», 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 excogitatum*» 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, считающий, что фраза «*malitia excogitata*» (или её вариант «*malitia prsecogitata*») в эпоху своего зарождения едва ли обозначала большее, чем просто намеренное совершение преступления.¹⁵⁹

Верна ли, и если верна, то насколько, предложенная ги-

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.

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

позе, ¹⁶⁰либо 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 неременный спутник — равнодушие законодательства к субъектив-

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.

ной 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 при внесении 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*

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

¹⁶² Там же. С. 557.

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

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 понимания необходимо ясно представлять источники, на которые опирался Генри де Брактон, 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, подчеркнём, вполне убедительно до-

¹⁶⁴ См. подр.: Pollock F., Maitland F. W. Op. cit. Volume I. P. 206–207; Richardson H. G. Azo, Drogheda, and Bracton 11 *The English Historical Review*. L, 1944. Vol. 59, № 233. P. 27, 33–37.

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...*

казано 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 «гор-

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 *11 Revue historique de droit frangais et etranger.* P., 1923. 4^e sehe, 2^e annee. P. 335). См. также: *Смифенъ Дж. Ф.* Указ. соч. С. 43; *Апароеа Т.В.* Указ. дисс. С. 58–61; *Никифоров 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 *11 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 *11 The Law Quarterly Review.* L., 1885. Vol. 1, A1° 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.

нило» 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 Пенафорта (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,

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

но через них римское право воздействовало на трактат в его уголовно-правовой части лишь *опосредованно*, через, повторимся, каноническую доктрину или глоссы 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 психической 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 distinguere debent quo animo fiant et qua voluntate. Voluntas enim et propositum distinguunt maleficia, secundum quod inferius dicitur. Ex maleficiis autem

procedunt crimina maiora vel minima, sicut crimen laesae maiestatis, homicidia, furta vel rapinae, et alia plura de quibus inferius dicitur... 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 voluntas*¹⁶⁸ *intercedat* (курсив мой. – Г.Е.) *nee furtum committitur nisi ex affectu furandi*».¹⁶⁹

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 *I.4.4.1.* \ как **...** – с *C.9.16.1.1.*, как ***...*** – с *I.4.1.4.*, ср. также с *Gai.111.197.* и *Gai.111.208.* О ро-

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

манизованном 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 quern non vidit percusserit, vel si cum pila luderet quis manus tonsoris quern non vidit pila percusserit, ita quod gulam alicuius praeciderit et sic hominem interfecerit, non tarnen 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 соверше-

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 точ-

но множеством способов, подобно тому, как если человек, намереваясь бросить копье 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.*

ным знанием (*ex cert a scientia*), предумышленным нападением (*ex assultu prcemeditato*),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 conscientid*)¹⁷² Обращение к суду (*appeal*) в связи с изнасилованием (*fol 147b-148*) также должно, по Генри де Брак-тону, содержать ссылку на злостность (*nequiter*) учинённого. Кража (*fol 150b*) формулируется как совершаемая обманно

¹⁷¹ «Из предумышленного нападения» является буквальным переводом выражения *ex assultu prasmeditato*. 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 praemedi-tato* 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*.

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

Проанализировав труд Генри де Брактона как завершаю-

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.III.197.* и *Gai.III.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*.

щее 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 де-

нежным штрафом,¹⁷⁴ то пришедшая ему на смену уголовно-правовая система изначально чрезмерно 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 (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 предопре-

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 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 Глочестерский 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).

деляется 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 са-

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 Westsaxe, 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. подпр.: *Кенни К.* Указ. соч. С. 52–54; *Kean A. W.G.* *The History of the Criminal Liability of*

мым в основу освобождения от ответственности ввиду малолетня 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 уголов-

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 Троицыной судебной сессии в двенадцатый год правления короля Эдуарда III (Y. B. Trin. 12 Edw. III, Rolls Series *627, A. D. 1338) (цит. no: 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).

ная 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 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

¹⁸¹ *Ibid.*

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).

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 discreSSION 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

¹⁸⁴ Все мнения цит. по: *Ibid.* Р. 369.

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

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 следу-

¹⁸⁵ Берман Г. Дж. Указ. соч. С. 189.

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

et рассматривать как наполненные реальным содержанием, т. е. теми основными видами психического отношения к совершённомu преступлению, которые в будущем получают название намерения (*intention*), неосторожности (*irecklessness*) и небрежности (*negligence*). Такие понятия из трактата Генри де Брактона, как, например, *voluntate, ex certa scientia, ex assultu prcemeditato, nequiter, per negligentiam, fraudulentam, 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 чело-

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

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

века *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 perverse 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, варьировавшихся по своей тяжести; она, как указывает Фредерик У. Мэйтланд, «могла предписать шкалу наказаний, простиравшуюся от пожизненного заключения до простого лишения возможности

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).

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 Бернарда¹⁹¹ плавающей на поверхности

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

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

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, Брактон 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

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*

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 ста-

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; *Кистьяковский А.Ф.* Указ. соч. С. 146–151; *Нукифоров 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 annëe. P. 161–212.*

¹⁹⁵ Так, судебный отчёт о деле, разрешённом в 1338 г. на Осенней судебной

тутом *De Bigamis*, 4 Edw. I, с. 5, принятым в 1276 г. (чьё действие подтверждается статутом 1344 г. 18 Edw. III, Stat. 3, с. 2 и аннулируется в 1547 г. статутом 1 Edw. VI, с. 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 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 слу-

сессии в двенадцатый год правления короля Эдуарда III (Y. B. Mich. 12 Edw. III, Rolls Series *69, pi. 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).

¹⁹⁶ См.: Кенни К. Указ. соч. С. 79.

жителей 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 наказание, 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, «разновид-

¹⁹⁷ «Помилуй мя, Боже, споспешествующим милосердием твоим; и споспешествующим обилием жалости твоей уничтожь 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.*

ностью 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 степе-

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.

ни 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*.

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 обвиня-

емого, 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 за-

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*, с. 5 (см.: *Coke E. The Third Part...* P. 62).

ведомо 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, разви-

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 судейские попытки выработать обобщённые стандарты кажутся родственными апокрифической характеристике слона из описаний, составленных по описаниям слепцов, ощупавших 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.*).

вавшегося преимущественно судьями (с постепенным вовлечением 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 обобщённого 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 су-

дебной 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 *принцип 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 максиму *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 общего постулата о необходимости субъективной составляющей применительно к отдельному преступлению;²¹⁰ и, в-третьих, для обособления деяния, не образующего преступления за отсутствием упречного психического состоя-

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...* Р. 6).

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.* Р. 107).

ния (т. е. в конечном счёте в силу отсутствия *mens red*) 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 red*), практически не повлияло на её смысловую нагрузку. Единственное уловимое различие кроется в слове *actus*: строго говоря, послед-

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 *furiosus 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.*

ний 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

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

²¹⁴ «Если некто, будучи *Non compos mentis* или идиотом, убивает человека, это

и, во-вторых, при формулировании нормы об ответственности несовершеннолетних.²¹⁵

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 определённое, 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 рабо-

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 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.

те Эдуарда Коука: *mens rea* без формулирования её как общего принципа уголовного права рассматривается, во-первых, с точки зрения обстоятельств, исключających 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 Coronce*» (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 пра-

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,

вонарушение»,²¹⁸... не может существовать... справедливого основания для претерпевания наказания»,²¹⁹ ибо «содержа-

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.* Р. 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 широком (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., Штротас А.Ю.* Указ. соч. С. 5 и сл.; *Шахунянц 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.

ние 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 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

²²⁰ *Ibid.* P. 14–15.

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 именует 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*.

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

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.

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.