

2215

РУКОВОДСТВО

по

но. - 2320.

УГОЛОВНОМУ ПРОЦЕССУ.

СОЧИНЕНИЕ

Юлія Глазера

ТОМЪ ПЕРВЫЙ

ПЕРЕВОДЪ СЪ НѢМЕЦКАГО

А. Лихачева.

*Издание редакціи Журнала Гражданскаго и Уголовнаго Права*

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

ТИПОГРАФІЯ ПРАВИТЕЛЬСТВУЮЩАГО СЕНАТА.

1884.

~~5512~~





## ПРЕДИСЛОВІЕ ПЕРЕВОДЧИКА.

Предлагаемому читателямъ переводу новѣйшаго нѣмецкаго курса уголовного судопроизводства мы рѣшаемся предпослать нѣсколько замѣчаній въ оправданіе его изданія.

За послѣднее время въ Россіи раздавалось немало голосовъ въ пользу серьезныхъ измѣненій уголовного судопроизводства, введеннаго уставами императора Александра II. Таковы предположенія о реформѣ предварительнаго слѣдствія, всецѣло по-коющагося на розыскомъ (инквизиціонномъ) началѣ; таковы, также, вопросъ о предѣлахъ власти присяжныхъ засѣдателей и коронныхъ судей въ рѣшеніи уголовныхъ дѣлъ.

Два эти примѣра показываютъ, насколько важны вопросы, съ которыми, рано или поздно, придется столкнуться всякому юристу суда, кабинета или кафедры.

Предварительное слѣдствіе многіе предлагаютъ устроить по англійскому образцу, съ предоставленіемъ сторонамъ дѣятельнаго участія и, въ частности, обвиняемому — широкаго права формальной защиты. Эти реформы представляются требованіями начала *состязательности* въ процессѣ.

Раздаются голоса, требующіе, чтобы присяжные засѣдатели ограничивались рѣшеніемъ вопросовъ факта; но установить точныя границы между вопросами права и факта невозможно. Трудно всякому свидѣтелю процесса, а слѣдовательно и присяжному, всецѣло находясь подъ впечатлѣніемъ развернувшейся передъ нимъ драмы, *не будучи связаннымъ никакими законными доказательствами*, при постановленіи рѣшенія соблюсти предѣлы предоставленной ему власти, не давая по вопросу факта такого отвѣта, который

предрѣшаетъ вопросъ права, а иногда даже совершенно устраняетъ возможность рѣшенія вопроса права, наперекоръ „крайнему внутреннему убѣжденію“ присяжнаго. Вопросъ объ отношеніяхъ суда и присяжныхъ стоитъ въ тѣсной связи съ *ученіемъ о доказательствѣ*, на которомъ основанъ современный уголовный процессъ.

Въ виду этого, предлагая переводъ новѣйшаго сочиненія по германскому уголовному судопроизводству, мы надѣемся удовлетворить одной изъ насущныхъ потребностей русскихъ юристовъ. Послѣ замѣчательныхъ „Объясненій къ уставу уголовного судопроизводства“ изданія государственной канцеляріи, и „Русскаго уголовного судопроизводства“ покойнаго профессора Чебышева-Дмитріева, имѣвшаго въ виду исключительно потребности практики, въ русской литературѣ до сихъ поръ не появлялось законченныхъ трудовъ по уголовно-процессуальному праву. Мы думаемъ, что рядомъ съ новыми учебниками и руководствами русскаго уголовного процесса, которыхъ надо ожидать въ близкомъ будущемъ, нашъ переводъ „Руководства къ уголовному процессу“ сохранить свой особенный интересъ, въ теченіи весьма долгаго времени.

Англійскій процессъ слишкомъ тѣсно связанъ съ особенностями характера и исторіи націи. Французскій процессъ ожидаютъ крупныя реформы. Германскій уставъ 1877 года имѣетъ значеніе добросовѣстной попытки преобразовать тотъ порядокъ судопроизводства, который сложился въ государствахъ средней Европы, внесеніемъ въ него началъ, принятыхъ въ судопроизводствѣ англійскомъ и шотландскомъ.

Въ 1873 году профессоръ Глазеръ, извѣстный уже многочисленными изслѣдованіями въ области уголовного судопроизводства, будучи австрійскимъ министромъ юстиціи, опубликовалъ уставъ уголовного судопроизводства для Австріи. Этотъ уставъ послужилъ во многихъ отношеніяхъ образцомъ составителямъ германскаго устава.

Взглядъ почтеннаго ученаго на отношеніе между этими двумя законодательными памятниками читатель увидитъ изъ предисловія, которое онъ предпослалъ переводимому нами руководству.

Въ настоящее время вышелъ первый томъ сочиненія Глазера посвященнаго имъ Рудольфу Игерингу и Іосифу Унгеру. Онъ представляетъ собою вполне законченный трудъ, обнимающій историческій очеркъ, ученіе объ уголовномъ искѣ, и ученіе о доказательствахъ.

Это „Руководство уголовного процесса“ составляетъ часть об-

ширнаго изданія, предпринятаго профессоромъ Биндингомъ въ Лейпцигѣ, подъ названіемъ: „Руководство германскаго правовѣдѣнія.“ Предѣлы, въ которыхъ долженъ былъ держаться Глазеръ при составленіи своего курса, заставили его выдѣлить нѣкоторые изслѣдованія по ученію о доказательствахъ въ особый, дополнительный томъ <sup>1)</sup>, о чемъ онъ говоритъ въ вышеупомянутомъ предисловіи. Мы замѣнили тѣ параграфы Руководства, которые составляютъ лишь краткій конспектъ, болѣе подробными, соотвѣтствующими имъ, отдѣлами приложенія.

Прибавимъ еще, что для уменьшенія объема перевода мы опустили многочисленныя ссылки Глазера на источники: не будучи введены въ текстъ, они представляютъ интересъ только для специалистовъ, которые, конечно, запасутся оригиналомъ.

---

<sup>1)</sup> Beiträge zur Lehre vom Beweis un Strafprozess.—Лейпцигъ 1883 г.

## ПРЕДИСЛОВІЕ АВТОРА.

Между благодѣтельными послѣдствіями новой кодификаціи, въ особенности такой, какая выпала на долю уголовного судопроизводства въ Германіи, ни одно быть можетъ не замѣчается сильнѣе, чѣмъ та „*tabula rasa*,” которая, вслѣдствіе этой кодификаціи, явилась въ области уголовного процесса. Собранія судебныхъ рѣшеній, произведенія литературы, стремящіяся освѣтить происхожденіе и условія примѣненія многочисленныхъ законовъ относительно одного и того же предмета, законовъ, вѣчно близкихъ и вѣчно далекихъ одинъ отъ другаго, научные споры, вызванные неясною редакціею текста закона, сопоставленіемъ его съ другими текстами, столкновеніемъ новыхъ учреждений или задачъ съ старыми преданіями, или даже просто случайнымъ разногласіемъ по поводу отдѣльныхъ пунктовъ—все это понемногу составило такое пособие, которымъ и на практикѣ и при научной разработкѣ законодательства необходимо и, въ тоже время, далеко нелегко пользоваться. Въ виду этого, новая кодификація, съ окончаніемъ которой эти пособия остаются въ сторонѣ, представляется несомнѣнно благодѣяніемъ. Но при этомъ оказывается, что такое ожиданіе не было вполне справедливо. Слова новаго закона, вводимыя имъ учрежденія, тотъ духъ, въ которомъ законъ толкуется и примѣняется—все это есть результатъ предшествовавшаго состоянія права, тѣхъ стремленій, борьбы, даже тѣхъ недоразумѣній, изъ которыхъ возникло это право и которыя отчасти сами возникли изъ него. Во многихъ отношеніяхъ сохранились тѣ же юридическія положенія, на разъясненіе которыхъ было истрачено много умственной работы, которой плоды, переходя отъ поколѣнія къ поколѣнію, даже отъ одного столѣтія къ другому, постоянно увеличивались. Пренебрегать



этими результатами работы мысли нельзя на томъ единственномъ основаніи, что они стоятъ въ связи, въ сущности, чисто внѣшняго свойства, съ законоположеніями и учрежденіями, теперь отмѣненными или измѣненными.

Поэтому научная разработка новаго права, въ особенности такая, которая должна составить одну стройную систему и предпринимается во время, когда еще литература и судебная практика въ этой области не достигли такого развитія, чтобы могли существенно облегчать или задерживать работу, должна прежде всего установить связь прошедшаго съ настоящимъ, отдѣлить то, что есть дѣйствительно новаго, отъ всего того, что теперь облечено лишь въ новую редакцію и поставлено въ связь съ другими положеніями, искать объясненія перваго въ немъ самомъ, объясненія положеній, сложившихся исторически, въ исторіи, выдѣлить изъ массы литературныхъ пособій прошедшихъ эпохъ все дѣйствительно устарѣвшее, а все то, что имѣетъ цѣну, отдѣлить отъ другихъ положеній, которыя лишь затемняютъ его смыслъ, и пересадить на почву новаго права. Далѣе, систематическая форма обработки даетъ возможность и заставляетъ обращать особенное вниманіе на положенія, которыя не получили, при новѣй кодификаціи, выраженія въ словахъ закона, но которыя вытекаютъ изъ общаго плана законодательства и исторіи его развитія, или, по крайней мѣрѣ, имѣютъ ихъ своимъ основаніемъ.

При начертаніи плана этого сочиненія и при составленіи этого, перваго тома его, я именно такъ смотрѣлъ на свою задачу, какъ ни представлялась она тяжелою для моихъ силъ. Двѣ книги этого тома содержатъ разработку такихъ предметовъ, къ которымъ всего болѣе примѣнимо все вышесказанное. Первое мѣсто принадлежитъ здѣсь ученію о доказательствѣ, за которымъ я бы охотно помѣстилъ ученіе объ уголовномъ искѣ (Strafklage), ученіе, всецѣло принадлежащее настоящему времени. Но недостатокъ мѣста не позволилъ мнѣ сдѣлать это и заставилъ меня отдѣлить пока немалую долю подробныхъ изслѣдованій, посвященныхъ преимущественно исторіи развитія ученія о доказательствахъ и критикѣ доказательствъ, и помѣстить ихъ въ отдѣльномъ дополненіи (Excursenband). Этотъ дополнительный томъ и вторая книга настоящаго сочиненія, независимые другъ отъ друга, служатъ въ то же время къ взаимному дополненію; вмѣстѣ они представляютъ попытку полнаго изложенія или, по крайней мѣрѣ, начало разработки ученія о доказатель-

ствахъ въ томъ видѣ, въ какомъ, по моему мнѣнію, она настоятельно требуется нынѣшнимъ состояніемъ уголовного судопроизводства. Касательно §§ 36 и 61 моего сочиненія (предметъ доказательства и обязанность доказывать; доказательство посредствомъ косвенныхъ уликъ), я обращаю вниманіе благосклоннаго читателя на то, что они содержатъ лишь краткое сопоставленіе результатовъ подробныхъ изслѣдованій, содержащихся въ дополнительномъ томѣ.

Когда въ 1879 году я получилъ лестное предложеніе сдѣлать эту попытку, я готовился предпринять нѣчто подобное на почвѣ, мнѣ ближе знакомой, *австрійскаго* уголовного процесса. Особенности отношенія, связывающія меня съ послѣднимъ, были однимъ изъ тѣхъ обстоятельствъ, которыя заставляли меня медлить принятіемъ вышеупомянутого предложенія; и только непреодолимая заманчивость самаго труда и почетъ, выраженный предложеніемъ его мнѣ, заставили меня подавить эти сомнѣнія. Я предался надеждѣ принести посредствомъ соотвѣтствующаго способа разработки пользу, какъ германскому, такъ и австрійскому уголовно-процессуальному праву.

Главною задачею книги должно оставаться изображеніе *германскаго* уголовного процесса, не въ однихъ главныхъ чертахъ, но во всѣхъ подробностяхъ; ясность изложенія пострадала-бы неминуемо отъ совмѣстной разработки особенныхъ специальныхъ вопросовъ, возбужденныхъ австрійскимъ уголовнымъ процессомъ, отъ подробнаго указанія его судебной практики и многочисленныхъ изслѣдованій, вызванныхъ имъ въ специальныхъ журналахъ. Но исторія развитія у германскаго и у австрійскаго уголовного процесса общая, и даже въ новѣйшемъ правѣ преобладаютъ положенія, общія имъ обоимъ. Поэтому все, что касается такихъ предметовъ, служить къ разъясненію и того и другого законодательства; а съ другой стороны, указаніе главнѣйшихъ различій, сдѣланное съ тщательнымъ опущеніемъ излишнихъ подробностей, способно лишь пролить болѣе яркій свѣтъ на опредѣленія обоихъ законовъ.

Вотъ тѣ предѣлы, въ которыхъ въ настоящемъ сочиненіи заключено изложеніе австрійскаго уголовно-процессуальнаго права, и которые я надѣюсь соблюсти.

Вѣна. 10 марта 1883 г.

Глазеръ.

# КНИГА ПЕРВАЯ

## ОСНОВА УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА И УГОЛОВНОЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО.

### ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ

#### Основа уголовного процесса.

##### ГЛАВА ПЕРВАЯ

Уголовный процессъ и обусловливающіе его складъ элементы.

#### § 1. *Теорія процесса и процессуальное право.*

Процессъ, въ юридическомъ смыслѣ, есть та дѣятельность, посредствомъ которой, въ отдѣльномъ случаѣ, возстановляется состояніе, соотвѣтствующее правовой нормѣ, черезъ постановленіе и исполненіе судебного рѣшенія. Въ каждомъ процессѣ, поэтому, надлежитъ исполнить двоякую задачу: съ одной стороны — выяснить фактическія обстоятельства дѣла, а съ другой стороны — доказать, что данный случай соотвѣтствуетъ предположеніямъ опредѣленной нормы права. Дѣятельность послѣдняго рода есть специально-юридическая; первая же составляетъ задачу, съ которою каждому человеку приходится встрѣчаться, отъ вѣрнаго исполненія которой зависитъ успѣхъ на всякомъ поприщѣ — задачу, разрѣшеніемъ которой занимаются всѣ эмпирическія науки, поскольку онѣ стремятся къ познанію явленій и отношеній между ними. Именно поэтому, на первый взглядъ, кажется невозможнымъ, чтобы исполненіе этой задачи зависѣло въ процессѣ отъ иныхъ правилъ, нежели въ прочихъ областяхъ. Цѣль и здѣсь и тамъ одинакова, и ежели-бы нельзя было принимать въ руководство иного правила, кромѣ того, которое вытекаетъ изъ разсмотрѣнія цѣли и годныхъ для достиже-

нія ея средствъ, и заключается въ свободномъ изслѣдованіи и приложеніи къ его результатамъ правилъ мышленія, — тогда дѣйстви-тельно возникаетъ вопросъ о возможности допустить въ области юридическаго процесса, кромѣ этого общаго закона, еще и иные.

Но во всѣхъ прочихъ областяхъ дѣло идетъ о собственномъ интересѣ изслѣдователя, и этотъ интересъ требуетъ не указанія того, что признаетъ изслѣдующій истиннымъ и что неистиннымъ, но исключительно вѣрнаго познанія самой *истины*; изслѣдователя не можетъ ввести въ заблужденіе чужое желаніе, оно можетъ лишь заставить его употребить всѣ средства для избѣжанія ошибки. Изслѣдователь можетъ и часто долженъ ограничить свое розысканіе предѣлами, указанными ему тѣми средствами, которыми онъ располагаетъ; ежели онъ не увѣренъ въ томъ, что ему удалось дѣйствительно открыть истину, то онъ можетъ отложить рѣшеніе вопроса до другаго времени, а въ случаѣ крайности можетъ даже принять такое рѣшеніе вопроса, которое ему представляется наиболѣе вѣроятнымъ, не будучи увѣренъ въ непреложности результатовъ изслѣдованія. Обыкновенныя научныя изслѣдованія могутъ быть предприняты и возобновлены во всякое время.

Въ юридическомъ же процессѣ, судебномъ, дѣло идетъ не только о разрѣшеніи сомнѣнія въ дѣйствительности опредѣленнаго событія; въ этомъ процессѣ изслѣдователь сталкивается съ противорѣчивыми показаніями, которыя связаны съ противоположными интересами участвующихъ въ процессѣ лицъ, причемъ, въ интересѣ послѣднихъ лежитъ, чтобы дѣло представилось въ такомъ видѣ, который соотвѣтствуетъ ихъ выгодѣ. Эти заинтересованныя лица не преминутъ употребить всѣ средства для того, чтобы придать своимъ показаніямъ видъ истинности, все равно — справедливы ли они, въ дѣйствительности, или нѣтъ; они не могутъ согласиться на оставленіе вопроса нерѣшеннымъ, они требуютъ его рѣшенія, и рѣшеніе это обыкновенно только въ данное время и можетъ быть принято съ надеждою на успѣхъ. Здѣсь необходимо такое установленіе фактическихъ обстоятельствъ, которое не только должно удовлетворять лицо, дѣйствительно пріобрѣтшее убѣжденіе въ его истинности, но которое должны будутъ признавать за истинное и другія лица, заинтересованныя въ томъ или иномъ рѣшеніи вопроса. Въ данномъ случаѣ требуется найти средство для осуществленія права, сама природа котораго требуетъ, чтобы право было осуществлено независимо отъ личнаго произвола или непредвидѣннаго



случай. Необходима совмѣстная дѣятельность различно заинтересованныхъ въ дѣлѣ лицъ, которая можетъ вести къ цѣли лишь въ томъ случаѣ, ежели она будетъ подчинена опредѣленнымъ правиламъ и, притомъ, правиламъ юридическимъ.

Отсюда проистекаетъ тѣсная связь между цѣлью и средствомъ, истиною и правомъ, цѣлесообразностью и правомѣрностью. Право является здѣсь, одновременно, и цѣлью и средствомъ. Изслѣдованіе и познаніе истины служитъ средствомъ осуществленія права; все, что способствуетъ или вредитъ первому, оказываетъ такое же вліяніе и на послѣднее; но даже при опасеніи, что отъ того потерпѣть раскрытіе истины, здѣсь нельзя допустить въполнѣ свободнаго изслѣдованія, его необходимо подчинить юридическимъ правиламъ. Эти правила, въ концѣ концовъ, лишь должны обезпечивать собою достиженіе цѣли; но они имѣютъ значеніе и сами по себѣ, и должны быть соблюдаемы во чтобы то ни стало; вслѣдствіе чего, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, существованіе ихъ можетъ вызвать столкновеніе того, что есть въ дѣйствительности, съ тѣмъ, что можетъ быть признаваемо юридически доказаннымъ.

Поэтому, принимаемый юридическимъ процессомъ складъ зависитъ, съ одной стороны, отъ *теоріи процесса*, основанной на разслѣдованіи его цѣли и средствъ къ ея достиженію, а съ другой—отъ юридическихъ правилъ, опредѣляющихъ дѣятельность, посредствомъ которой должна быть достигнута цѣль процесса, — *процессуальнаго права*. Но само положительное процессуальное право есть лишь результатъ изученія наиболѣе цѣлесообразнаго способа дѣйствія; результатъ этотъ слагается подъ вліяніемъ присущаго юридическимъ правиламъ начала *обобщенія*, но послѣднее можетъ придти въ столкновеніе съ началомъ *обособленія*, которымъ проникнуты требованія цѣлесообразности. Противоположность этихъ двухъ требованій можетъ быть изглажена лишь ограниченіемъ содержанія юридическихъ правилъ самымъ необходимымъ. Но въ силу вышесказаннаго, остающаяся затѣмъ свободною отъ установленныхъ правилъ область, уже не можетъ быть предоставлена личному усмотрѣнію cadaго, а должна подчиняться закону цѣлесообразности и, тѣмъ самымъ, теоріи процесса: въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ надлежитъ, прежде всего, слѣдовать правовой нормѣ, но ежели таковой недостаетъ—необходимо искать отвѣта въ теоріи. Этою послѣднею обусловливается основной складъ процесса, санкціонированный процессуальнымъ правомъ и оказывающій сильное вліяніе на характеръ процессуаль-

ныхъ нормъ. Это вліяніе теоріи, впрочемъ, съ формальной стороны вытѣсняется содержаніемъ нормы права, которая изъ него получила свое начало; но оно безусловно въ той области, которая не охватывается нормою права.

Выше было сказано, что процессуальныя нормы сложились не исключительно подъ вліяніемъ соображеній цѣлесообразности: процессуальное право не можетъ разсматриваться какъ нѣчто отдѣльное, а есть лишь часть права данной страны, и именно — государственнаго права.

Отсюда слѣдуетъ, что процессуальное право слагается подъ вліяніемъ разсмотрѣнія: съ одной стороны — задачи процесса и наиболѣе удобныхъ для исполненія ея средствъ, а съ другой стороны — тѣхъ ограниченій, которыя проистекають изъ иныхъ юридическихъ требованій и преимущественно изъ положеній государственнаго права.

## § 2. Особенность юридическаго процесса.

Гдѣ бы ни приходилось человѣку изслѣдовать истину касательно предметовъ внѣшняго міра, онъ встрѣчаетъ двойную задачу. Онъ долженъ, прежде всего, *искать, изслѣдовать, розыскивать*, стараться узнать всѣ факты, могущіе дать ему объясненіе того, который онъ изслѣдуетъ; слѣдующій затѣмъ шагъ — это тщательная сортировка собранныхъ указаній, сравненіе и оцѣнка вытекающихъ изъ нихъ заключеній, и установленіе общаго вывода. Изслѣдованіе и оцѣнка, розысканіе и сужденіе, анализъ и синтезъ, — вотъ эти двѣ задачи. Но раздѣленіе ихъ чисто логическое; въ дѣйствительности, онѣ находятся въ такомъ взаимодействіи между собою, что дополняютъ и проникаютъ одна другую, такъ что даже временное раздѣленіе ихъ затруднительно, и распредѣленіе ихъ между двумя лицами не можетъ имѣть мѣста безъ опасности для успѣха дѣла, ибо первое условіе достиженія цѣли — полнота основаній сужденія. Для этого необходимо, чтобы изслѣдованіе было ведено съ умѣньемъ и съ энергіей, чтобы изслѣдующій совершенно свободно могъ продолжать свои розысканія во всѣхъ направленіяхъ, пока онъ можетъ ожидать отъ нихъ какого-либо дальнѣйшаго разъясненія; съ другой же стороны — чтобы эта его дѣятельность и приведенные въ систему результаты ея сосредоточивались въ немъ самомъ. Хотя *сужденіе* можетъ явиться лишь на основаніи собранныхъ матеріаловъ, но нельзя отложить его вполне до той поры, когда *собираніе* будетъ совершенно окончено, такъ какъ *изслѣдованіе* предпола-

гаетъ опредѣленные требованія, необходимыя для составленія сужденія, и заранѣе должно стараться дать достаточный для нихъ матеріаль. Съ другой же стороны, полнотѣ изслѣдованія, справедливости оцѣнки, грозитъ равномерно опасность, ежели составленіе окончательнаго сужденія будетъ предупреждено, ежели на изслѣдованіе будетъ оказывать вліяніе предвзятое мнѣніе, предубѣжденіе.

Поэтому, достоинство и достовѣрность такого изслѣдованія истинны, прежде всего, зависятъ отъ независимости, рвенія и умѣнія изслѣдователя. Не менѣе важенъ также объемъ предоставленныхъ ему для цѣлей изслѣдованія средствъ и устраненія всякой помѣхи со стороны такихъ лицъ, которыя заинтересованы въ томъ, чтобы истина не была открыта. Результатъ, слѣдовательно, зависитъ отъ личности изслѣдователя и условий изслѣдованія.

Выводъ изъ такихъ изслѣдованій имѣетъ лишь личное значеніе. Другія лица согласятся съ нимъ лишь при одномъ изъ слѣдующихъ условий: ежели они будутъ имѣть возможность подвергнуть самостоятельно новому испытанію весь собранный первымъ изслѣдователемъ матеріаль, но при этомъ, такъ какъ цѣнность испытанія зависитъ отъ достовѣрности основаній его, то обыкновенно явится желаніе повторить изслѣдованіе; или ежели одно и тоже изслѣдованіе производилось нѣсколькими людьми, причемъ результаты ихъ труда могутъ быть сравнены между собою и, въ случаѣ сомнѣній по поводу окончательнаго сужденія, доводы *за* и *противъ* представлены вполне полно и свободно и возможно ихъ сопоставленіе, что можетъ затѣмъ быть повторено еще и еще разъ.

Свободное изслѣдованіе, сосредоточеніе его результатовъ въ одномъ и томъ же лицѣ и, чуждое предубѣжденій, всестороннее разсмотрѣніе послѣднихъ, являются, слѣдовательно, условіями вѣрнаго познанія истины въ области наукъ и вседневной жизни. Равнодушіе къ успѣху изслѣдованія, сильная склонность или предвзятое мнѣніе въ пользу опредѣленнаго исхода розысканія, являются тѣми утесами, о которые можетъ одинаково разбиться и розысканіе и сужденіе. Лишь личное усердіе можетъ вызвать напряженіе всѣхъ силъ, въ особенности фантазіи, напряженіе, которое одно можетъ быть ручательствомъ въ томъ, что ничто, имѣющее какое либо значеніе, не будетъ упущено изъ виду; *но рвеніе слѣпое*, пристрастность, является причиною того, что открываются или, по крайней мѣрѣ, принимаются во вниманіе лишь такіа обстоятельства, которыя говорятъ въ пользу, а не противъ желаемаго или ожидаемаго рѣше-



нія вопроса. Исслѣдователь долженъ удовлетворять двумъ противоположнымъ требованіямъ: его изысканія должны быть прилежны и всесторонни, онъ долженъ удерживаться отъ составленія собственнаго мнѣнія, пока не будетъ возможно хладнокровное, объективное разсмотрѣніе и обсужденіе собранныхъ матеріаловъ; лишь при такомъ условіи и имѣемъ мы право ожидать, что онъ узнаетъ истину. Для предотвращенія вредныхъ послѣдствій личныхъ недостатковъ и ошибокъ, которыхъ не всегда возможно избѣжать, необходимо, чтобы никто не присвоивалъ себѣ результатовъ чужаго изслѣдованія, чтобы послѣднее, въ видѣ общаго правила, возможно было повторить, чтобы данныя повторенныхъ изслѣдованій могли быть подвергнуты сравненію и всестороннему испытанію.

Но, вслѣдствіе своей природы, юридическій процессъ отчасти не можетъ представить указанныхъ гарантій вѣрности результатовъ отчасти не можетъ удовлетвориться ими. Его исходный пунктъ — столкновеніе интересовъ и различно заинтересованныхъ лицъ, его задача — восстановленіе состоянія, соотвѣтствующаго истинѣ и праву, посредствомъ судебного рѣшенія; постановляемаго отличнымъ отъ заинтересованныхъ лицъ, безпристрастнымъ третьимъ лицомъ, рѣшенія, которое постановитъ необходимо и отлагать на будущее время нельзя. Ежели отсутствіе личнаго интереса и предохраняетъ судью отъ необдуманнаго принятія за истинное лишь соотвѣтствующаго личному его интересу, то съ другой стороны, оно лишаетъ его дѣятельность рвенія, которое всегда вызывается собственнымъ интересомъ. Но и вредное для дѣла вмѣшательство заинтересованныхъ лицъ не можетъ быть вполне устранено въ процессѣ; поэтому приходится искать противовѣса ему. Все это, вмѣстѣ, заставляетъ, ради обезпеченія успѣха юридическаго процесса, разбить указанную выше двойственную задачу его на составныя части — *изслѣдованіе и оцѣнку, анализъ и синтезъ*; вслѣдствіе такого раздѣленія, участникамъ процесса возможно предоставить полную свободу самимъ отыскивать всевозможныя средства къ выясненію обстоятельствъ дѣла и предлагать добытые результаты на испытаніе безпристрастнаго третьяго лица — судьи; такимъ путемъ лихорадочное рвеніе отдѣльнаго лица, всецѣло руководимаго собственнымъ интересомъ, встрѣчаетъ противовѣсъ себѣ въ подобной же дѣятельности представителя интереса противоположнаго и въ безпристрастномъ рѣшеніи того лица, къ которому эти представители противоположныхъ интересовъ обращаются съ результатами своихъ



изысканий. Такимъ образомъ, то рвеніе, вызываемое интересомъ стороны, которое представляется самымъ опаснымъ врагомъ истины, обращается въ юридическомъ процессѣ на пользу послѣдней, путемъ противопоставленія ему другой стороны, представительницы противоположнаго интереса; юридическій процессъ ждетъ раскрытія истины отъ свободнаго, но равноправнаго воздѣйствія заинтересованныхъ сторонъ на третье лицо—судью, который, безъ всякаго предвзятаго мнѣнія, отдается этому воздѣйствію и подвергается, такимъ образомъ, безпристрастной оцѣнкѣ его данныя. Отсюда вытекаетъ рядъ важныхъ слѣдствій:

1) Необходимы твердыя положенія, опредѣляющія, кто долженъ въ извѣстномъ случаѣ дѣйствовать какъ судья и кто долженъ принять на себя дѣятельность стороны.

2) Для облегченія дѣятельности сторонъ, предметъ рѣшенія необходимо точно ограничить. Такое ограниченіе не можетъ быть дѣломъ того, кто долженъ постановить рѣшеніе, а того, кто его требуетъ; *инициатива* принадлежитъ сторонамъ и имъ должно быть предоставлено право отступаться и тѣмъ самымъ прекращать возбужденный по ихъ иниціативѣ процессъ (не *ultra petitem*).

3) Дабы каждая сторона могла представить всѣ доводы въ пользу признанія ея интереса и оказать противодѣйствіе всему тому, что могло-бы ему повредить, необходимо, чтобы стороны имѣли подробныя свѣдѣнія о всемъ ходѣ процесса (*ясность для сторонъ*), и получали эти свѣдѣнія въ такое время и при такихъ условіяхъ, когда имъ еще возможно представить собственные возраженія противъ доводовъ противника (требованіе *равноправности сторонъ*, *audiatur et altera pars*).

4) Необходимо также установить твердыя отношенія между судьей и сторонами; для каждаго дѣйствія должно быть опредѣлено время, мѣсто и способъ, настолько, чтобы совершающій его могъ быть увѣренъ, что онъ соответствуетъ справедливымъ требованіямъ прочихъ лицъ, и чтобы, обратно, эти послѣднія могли быть увѣрены въ соблюденіи имъ этихъ *формъ* (необходимость *предустановленныхъ формъ*).

5) Отсюда слѣдуетъ, что судья долженъ основывать свое рѣшеніе исключительно на томъ, что, такимъ образомъ, будетъ предложено сторонами на его разсмотрѣніе; малѣйшая попытка выйти за эти предѣлы подвергаетъ его опасности переступить границы, поставленныя инициативою сторонъ, нарушить интересы какой

либо стороны, принятиемъ къ свѣдѣнію такихъ доводовъ, возразить на которые она еще не имѣла случая, или даже утратить необходимое для постановленія приговора безпристрастіе, которое составляетъ главное условіе успѣшной дѣятельности судьи и не можетъ быть даже заподозрѣно безъ опасности для исхода всего процесса.

6) Далѣе необходимо, чтобы сторонамъ были извѣстны: основанія, которыми судья руководствуется въ своемъ сужденіи о томъ, что на разсмотрѣніе его ими предлагается, а затѣмъ характеръ доводовъ, которымъ судья считаетъ необходимымъ подчиниться. Отсюда вытекаетъ потребность въ возможно точныхъ *правилахъ о доказательствахъ*.

7) Если стороны исполнили все, что должны были исполнить по правиламъ процесса, для того, чтобы послѣдовало рѣшеніе, то за ними должно быть признано право требовать, чтобы рѣшеніе это основывалось на томъ матеріалѣ, который данъ процессомъ, и чтобы ихъ право, далѣе, не могло уже болѣе подвергаться ни новому оспариванію, ни новому сомнѣнію (начало *законной силы рѣшенія*).

8) Изъ всего этого слѣдуетъ, что рѣшеніе судьи имѣетъ не только *естественныя*, но и *искусственныя* основанія, что несоблюденіе формъ, непредъявленіе доказательствъ, неспособность стороны доставить ихъ, слишкомъ широкое или слишкомъ тѣсное содержаніе правилъ о доказательствахъ, необходимость постановить рѣшеніе въ данное время, могутъ, несмотря на строгое сознаніе долга и на личныя способности судьи, привести къ тому, что рѣшеніе его не будетъ соответствовать ни истинѣ, ни праву (возможная противоположность *матеріальной* и *формальной* истины, *матеріальнаго* и *формальнаго* права).

Приведенныя основныя положенія выражаютъ особенности юридическаго процесса; заключающееся въ нихъ начало свободного спора называется *состязательностью*. Послѣднее получаетъ безусловное господство тамъ, гдѣ дѣло идетъ о постановленіи рѣшенія по поводу частныхъ правъ, о примѣненіи нормъ гражданскаго права къ отдѣльному случаю— въ *гражданскомъ судопроизводствѣ*.

### § 3. Особенности уголовного процесса.

I. Теперь остается лишь указать, насколько юридическій процессъ, въ вышеизложенномъ видѣ, встрѣчается въ области *уголовнаго судопроизводства*, задача котораго состоитъ въ возстановленіи въ

отдѣльномъ случаѣ состоянія, соответствующаго нормѣ уголовного права, посредствомъ постановленія и исполненія рѣшенія.

Задача, къ рѣшенію которой долженъ стремиться уголовный судъ, находится въ зависимости отъ особенныхъ свойствъ уголовного права, отъ его природы и его цѣли. Последнее, конечно, не составляетъ предмета настоящаго изслѣдованія и очень трудно было бы, съ одной стороны, изложить здѣсь подробно всѣ соображенія, на которыхъ основывается личное воззрѣніе автора, а съ другой стороны — надѣяться разубѣдить тѣхъ лицъ, которые держатся иного взгляда, или представить что-либо совершенно новое въ этой области, столь обильной разнообразіемъ мнѣній. Необходимо, однако, прежде чѣмъ идти дальше, изложить, по возможности коротко, основное воззрѣніе автора на уголовное право, стараясь при этомъ не затрогивать спорныхъ пунктовъ.

*Неправда*, какъ событіе, являющееся противоположностью *праву*, обыкновенно представляется въ видѣ нарушенія единичнаго юридическаго отношенія и вполне устранимо въ этомъ случаѣ двумя путями:

1) или тѣмъ, что уже само существованіе противоположной нормы лишаетъ это событіе всякаго значенія, препятствуя или устраняя возможность нарушенія юридическаго отношенія (объявленіе акта *недѣйствительнымъ*);

2) или же тѣмъ, что *насильственно* возстанавливается такое состояніе, какое существовало бы, ежели бы неправды вовсе не было совершено.

Пока неправда остается въ этой области, въ которой существованіе ея невозможно, почему и можно предполагать, что противоправность дѣйствія, въ которомъ она заключается, не была признаваема совершившимъ его (*несознательная неправда*, гражданская), это дѣйствіе касается лишь того лица, чей интересъ имъ нарушенъ. Дѣло послѣдняго — требовать отъ государства возстановленія правомѣрнаго состоянія; для общественнаго чувства права, въ этихъ случаяхъ, достаточно убѣжденія, что вышеуказаннымъ путемъ такое возстановленіе всегда возможно. Вотъ область *гражданскаго правосудія*.

Но иногда дѣйствіе создаетъ такое, противное требованіямъ права, состояніе, которое:

1) или имѣетъ особенныя свойства, отчего его прекращеніе однимъ изъ вышеуказанныхъ способовъ вообще невозможно или же

возможно лишь при наличности особых обстоятельств, на которых нельзя разсчитывать съ увѣренностью, вслѣдствіе чего общее убѣжденіе въ охраненности права, *opinio necessitatis*, нарушено;

2) или заключаетъ въ себѣ прямое отрицаніе основныхъ положеній, на которыхъ покоятся важныя правовыя нормы; непризнаніе такихъ положеній грозитъ опасностью общности юридическихъ убѣжденій (*communis consensus*), на которой зиждется понятіе правомѣрности въ публичной сферѣ и притомъ такъ, что чѣмъ чаще совершаются подобныя дѣянія, тѣмъ болѣе ослабляется вышеуказанная общность убѣжденій.

Въ этихъ случаяхъ нарушеніе единичнаго юридическаго отношенія выражается въ нарушеніи публичнаго правового порядка. Значеніе такого нарушенія можетъ быть уничтожено лишь тѣмъ противодѣйствіемъ, которое, исходя отъ государственной власти, олицетворяющей публичный правовой порядокъ, направляется противъ виновника этого нарушенія, доказываетъ превосходство правового порядка и невозможность для отдѣльнаго лица презрѣть его требованія, и тѣмъ самымъ предохраняетъ отъ потрясенія психологическое основаніе права, общее убѣжденіе въ его безусловномъ могуществѣ.

*Наказаніе*, слѣдовательно, есть принужденіе, исходящее отъ государственной власти, въ силу ея права и обязанности охранять публичный правовой порядокъ, и направляемое противъ чловека, чтобы противодѣйствовать исходящему отъ него нарушенію этого порядка.

II. Изъ вышесказаннаго вытекаетъ, независимо отъ тѣхъ заключеній, которыя можно сдѣлать касательно условій наказуемости, мѣры наказанія и разныхъ побочныхъ цѣлей, съ которыми послѣднее можетъ быть связано слѣдующее:

1) Право наказывать, субъективное уголовное право (*jus puniendi*), составляетъ неотъемлемую часть *правомочій*, есть *право, государственной власти*, осуществленіе котораго вовсе не зависитъ отъ того, требуетъ ли лицо, право котораго непосредственно и ближайшимъ образомъ нарушено преступнымъ дѣяніемъ, наказанія виновнаго или оставленія его безнаказаннымъ. Это право государственная власть должна осуществлять наравнѣ съ принадлежащими ей прочими правомочіями, предоставленными ей исключительно въ интересахъ государства и общественнаго благосостоянія. Не осуществлять такое право произвольно, изъ снисхожденія или иныхъ



постороннихъ государственнымъ интересамъ соображеній, государственная власть не должна дерзать. Ближайшее опредѣленіе правъ и обязанностей государственной власти въ этомъ отношеніи есть, прежде всего, задача государственнаго права и лишь посредственно, поскольку государственная власть поставлена въ этомъ отношеніи положительнымъ законодательствомъ подъ контроль судьи, призваннаго къ рѣшенію отдѣльнаго процесса,—задача уголовного судопроизводства.

2) Праву государственной власти наказывать соответствуетъ обязанность нарушителя уголовного закона подчиниться, лать себя наказать. Но ни обязанности самому приводить въ исполненіе заслуженное наказаніе, ни права присвоить себѣ принадлежащее государству и требовать наказанія, какъ своего—за нимъ нельзя признать. Такъ какъ, далѣе, право государства на наказаніе опредѣленнаго лица зависитъ отъ дѣйствительнаго совершенія послѣднимъ преступнаго дѣянія, то нельзя также признать за лицомъ, подлежащимъ наказанію, права навлечь на себя незаслуженное наказаніе ложнымъ самообвиненіемъ или отказомъ отъ защиты. Такой поступокъ не только включаетъ въ себѣ недозволяемый нравственностью отказъ отъ жизни, чести, свободы, но и требуетъ потому противодѣйствія, что, не составляя самъ по себѣ преступнаго дѣянія, онъ, наравнѣ съ таковымъ, грозитъ опасностью публичному правовому порядку, затрудняя задачу уголовного правосудія.

3) Задача послѣдняго состоитъ въ преодоленіи психическаго вліянія преступления, психическимъ вліяніемъ, происходящимъ изъ осуществленія уголовного правосудія. Для этого необходимо, чтобы матеріальный фактъ наказанія строго сохранялъ свойства противодѣйствія преступному дѣянію, такъ какъ только его онъ имѣетъ въ виду. Ежели наказаніе примѣняется при такихъ обстоятельствахъ, гдѣ оно не имѣетъ этихъ свойствъ, то отъ того терпитъ его значеніе: преступленіе имѣетъ своимъ послѣдствіемъ наказаніе и наказаніе должно быть исключительнo послѣдствіемъ преступленія; примѣненіе его къ чему либо не преступному вредитъ значенію и дѣйствительности заслуженнаго наказанія. Но этого мало: цѣль наказанія достигается только тогда, когда оно примѣняется при условіяхъ, неоставляющихъ возможности сомнѣнія въ томъ, что оно является правомѣрнымъ осуществленіемъ права наказывать, когда въ рѣшеніи судьи и въ способѣ его постановленія заклю-

чается ручательство связи между наказаніемъ и виною. Поэтому уголовный приговоръ имѣетъ болѣе существенное значеніе, нежели, обыкновенно, гражданское рѣшеніе. Последнее рѣдко имѣетъ характеръ декларативный, т. е. рѣдко содержитъ опредѣленное удостовѣреніе; обыкновенно оно имѣетъ цѣну лишь какъ основаніе и условіе исполненія рѣшенія. Уголовный приговоръ не только необходимо предполагается какъ основаніе реакціи противъ преступленія, но и составляетъ полное значенія начало ея. (Юридическое основаніе, по которому кто либо присуждается къ уплатѣ опредѣленной суммы денегъ, къ уступкѣ опредѣленнаго имѣнія, обыкновенно совершенно безразлично для обѣихъ сторонъ; но ни для лица, подлежащаго наказанію, ни для государственной власти, не можетъ быть безразличнымъ, вѣрно ли или невѣрно указано въ приговорѣ основаніе, по которому лицо присуждено къ извѣстному сроку тюремнаго заключенія). Возможность сомнѣній въ заслуженности наказанія, приговоръ, опредѣлившій наказаніе незаслуженное или хотя и заслуженное, но при такихъ обстоятельствахъ, изъ которыхъ видно, что лишь вслѣдствіе случайности къ наказанію этому присуждено именно данное лицо, вредитъ цѣли уголовного правосудія въ большей степени, нежели открытіе, что въ томъ или иномъ случаѣ виновный избѣгъ наказанія.

4) Государственная власть должна отказаться отъ всякой попытки прилагать въ области принадлежащаго ей уголовного права тѣ же соображенія удобства и цѣлесообразности, которыми она руководствуется при отправленіи своихъ полномочій въ прочихъ областяхъ публичнаго права, отъ всякой попытки добиваться въ этой области лишь права, обусловленнаго ея собственными интересами. Ей необходимо предоставить отправленіе этого права рѣшенію независимой судебной власти, способной постановить безпристрастное рѣшеніе между нею и тѣмъ лицомъ, которое представляется государственной власти заслуживающимъ наказанія. Такимъ образомъ, право наказывать распадается на три элемента: *право уголовного преслѣдованія, право судебного рѣшенія и право исполненія наказанія*. Изъ этихъ трехъ правъ, второе принадлежит государственной власти лишь поскольку власть судебная составляетъ часть ея самой; два же другія права могутъ быть, и въ дѣйствительности бывають, въ большемъ или меньшемъ объемѣ, предоставлены той же судебной власти. Но кому бы ни принадлежали эти два права, признаніе положенія, что относительно примѣнимости

наказанія всегда долженъ рѣшать судья, создаетъ для государства положеніе стороны въ процессѣ, въ силу чего оно признаетъ самостоятельныя права за подсудимымъ, права, одинаковыя съ его собственными правами, какъ стороны, выражающіяся и внѣшнимъ образомъ. Отсюда слѣдуетъ, что наказаніе вообще возможно лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда оно было признано справедливымъ, съ соблюденіемъ всѣхъ формъ юридическаго процесса.

5) Несмотря на все вышесказанное, мы не находимъ въ уголовномъ процессѣ того объективнаго равновѣсія противоположныхъ интересовъ, которымъ обуславливается основной укладъ процесса гражданскаго. Мы видимъ здѣсь, на одной сторонѣ, живое лицо, котораго благополучіе или горе часто настолько зависятъ отъ исхода этого одного процесса, что процессъ можетъ привести къ полному нравственному или физическому уничтоженію этого лица. Виновенъ ли или невиновенъ подсудимый, но въ его интересѣ всегда одно — не быть осужденнымъ, не быть наказаннымъ (за исключеніемъ чрезвычайныхъ случаевъ, когда изъ самопожертвованія или за плату подсудимый принимаетъ на себя чужую вину и наказаніе, когда утомленіе жизнью заставляетъ человѣка искать этимъ способомъ смерти, или когда подсудимый разсчитываетъ, что ему выгодно теперь быть осужденнымъ за незначительное преступленіе и скрыть такимъ путемъ совершенное имъ другое, болѣе тяжкое). Необходимо предполагать, что подсудимый употребитъ всѣ средства для избѣжанія незаслуженнаго осужденія, и въ этомъ отношеніи ему должны быть предоставлены самыя обширныя права; но нельзя также поставить подсудимому въ вину, ежели онъ будетъ злоупотреблять предоставленными ему правами, ежели онъ будетъ стараться избѣгать незаслуженнаго, или даже заслуженнаго наказанія, посредствомъ затемненія истины. На другой сторонѣ стоитъ самое могущественное юридическое лицо, которое хотя и не можетъ не видѣть въ достиженіи уголовнымъ правосудіемъ его цѣли одного изъ своихъ жизненныхъ условій, но въ отдѣльномъ случаѣ является заинтересованнымъ лишь вслѣдствіе существующихъ отношеній между лицомъ и обществомъ; этому интересу государства грозитъ отъ примѣненія незаслуженнаго наказанія гораздо большая опасность, нежели отъ незаслуженнаго оправданія или отъ безнаказанности виновнаго. Обвиняемый всегда заинтересованъ въ томъ, чтобы быть оправданнымъ; осужденіе бываетъ въ интересахъ государства лишь въ томъ предположеніи, что оно основано и на

истинѣ и на правѣ, что оно постановлено вполне правомѣрно какъ съ матеріальной, такъ и съ формальной точки зрѣнія. Отсюда произошла совершенно основательная склонность къ толкованію всякаго сомнѣнія въ пользу обвиняемаго—*favor defensionis*; это послѣднее является опредѣляющимъ весь складъ уголовного процесса и на практикѣ имѣетъ гораздо большее значеніе, нежели тѣ признаки, которымъ обыкновенно придается особенное значеніе при сравненіи уголовного и гражданского судопроизводства. Такими признаками признаются: невозможность ни для одной стороны отказаться отъ предмета спора, ежели такое отреченіе не представляется необходимымъ въ силу обстоятельствъ дѣла, и отсутствіе произвольнаго распоряженія этимъ предметомъ спора, которое выражается въ томъ, что стороны невластны произвольно предъявлять способствующихъ утвержденію истины и права требованій и доводовъ. Тѣмъ, которые изъ этого вѣрнаго положенія хотятъ вывести основное начало уголовного процесса, приходится дѣлать логическій скачекъ и, допустивъ невытекающую изъ вышеприведенныхъ правилъ „равноправность сторонъ“, признать за судьей право и обязанность контролировать отправленіе принадлежащаго государству *права уголовного преслѣдованія*, съ очевидною опасностью для его безпристрастія, какъ судьи, исправлять при этомъ упущенія представителя права преслѣдованія во вредъ обвиняемому и вообще дополнять собою ту силу, которая является противникомъ послѣдняго, когда она представляется судѣй недостаточною. Изъ вышеуказаннаго положенія однако необходимо заключить:

6) Что въ уголовномъ процессѣ болѣе, нежели въ гражданскомъ, слѣдуетъ стараться объ устраненіи всякаго различія между формальной или скорѣе формализованною приговоромъ истиною и матеріальною. Конечно, и при общемъ построеніи гражданского процесса, и при веденіи отдѣльнаго процесса, необходимо стремиться къ тому же, потому что такіе случаи, когда стороны соглашаются между собою представить судѣй вымышленныя обстоятельства, или когда одна изъ сторонъ, не прекращая спора и не дѣлая тѣмъ самымъ ненужнымъ рѣшеніе судьи, умышленно слабо или вовсе не отстаиваетъ своего права, составляютъ, все таки, крайне рѣдкія исключенія. Ежели сторона не убѣждаетъ судью въ выгодной для нея истинѣ, то причина этого обыкновенно заключается въ недостаткѣ средствъ доказательства или въ оплошности, и явленіе это приводитъ къ судебной ошибкѣ, которую слѣдуетъ, по воз-



возможности, предупреждать. Но возможно всегда допустить, что сторона признает цѣну своему праву лишь условно, что она предпочитает отречься отъ него, не желая видѣть предъявленными опредѣленные доказательства или оспариваемыми опредѣленные событія, и въ употребленіи ею менѣе вѣрныхъ средствъ разъясненія состава дѣла можно видѣть условное, но вполне дозволительное отреченіе отъ права. Гдѣ же нѣтъ и этого, тамъ государство все-таки не можетъ придавать благамъ и правамъ, о которыхъ идетъ споръ въ гражданскомъ процессѣ, безусловное значеніе, не можетъ поэтому, ради раскрытія одного обстоятельства, необходимаго для правильного рѣшенія гражданского спора, предоставлять всѣ доступныя ему самому средства.

Когда же государственная власть пользуется принадлежащимъ ей правомъ уголовного преслѣдованія, не должно быть никакого сомнѣнія въ томъ, что для раскрытія обстоятельствъ дѣла она употребитъ рѣшительно всѣ средства, и средства эти должны быть чрезвычайно богаты, въ виду громаднаго значенія уголовного правосудія для всѣхъ жителей государства, въ виду опасности несправедливаго осужденія, грозящей всѣмъ гражданамъ, при недостаточности средствъ уголовного правосудія. Съ другой стороны, ни оплошность, ни ошибка, ни случайность, ни несоблюденіе обрядностей, ни отреченіе, ни недостатокъ средствъ обвиняемаго, ни соображенія внѣшняго процессуальнаго порядка, не должны быть причиною оставленія безъ вниманія того, что можетъ явиться доводомъ въ пользу обвиняемаго. Вотъ въ этихъ предѣлахъ возможно утверждать, что уголовный процессъ болѣе, нежели гражданскій, долженъ стремиться къ *матеріальной истинѣ*, и долженъ ставить *содержаніе* выше обряда, даже выше законной силы рѣшенія.

#### § 4. Процессъ обвинительный и розыскной.

I. Къ вышеуказаннымъ требованіямъ, вытекающимъ изъ самой природы процесса, присоединилось вліяніе историческихъ событій, которыя вызвали къ жизни инныя воззрѣнія. Эти новыя взгляды, будучи развиты до конца, лишили бы уголовный процессъ всѣхъ особыхъ свойствъ процесса юридическаго и ввели бы въ области его, безъ всякаго ограниченія, правила метода, господствующаго въ иныхъ областяхъ, служащаго руководствомъ при установленіи фактовъ, какъ въ наукѣ, такъ и въ обыденной жизни. Публично-правовой характеръ уголовного процесса, въ противоположность при-

тизанію потерпѣвшаго на вознагражденіе и удовлетвореніе, въ началѣ развитія государственной жизни выдѣляется очень слабо; а ежели и признается, то обыкновенно лишь тамъ, гдѣ грозитъ опасность условіямъ существованія еще неутвердившагося государственнаго строя, гдѣ дѣло идетъ о нарушеніи военной подчиненности и безопасности отъ непріятеля, вслѣдствіе чего реакція противъ такихъ преступленій получаетъ характеръ непосредственнаго вмѣшательства высшей государственной власти и дисциплинарнаго взысканія, гораздо болѣе, нежели судебного преслѣдованія. Независимо отъ этихъ исключительныхъ случаевъ, развитіе уголовного процесса рѣдко идетъ въ исторіи параллельно развитію матеріальнаго уголовного права; все судопроизводство имѣетъ въ началѣ одинъ и тотъ же складъ—складъ гражданскаго процесса. Когда увеличившаяся восприимчивость къ опасности, грозящей публичнымъ и частнымъ интересамъ, и неудовлетворительность средствъ уголовного судопроизводства, отставшаго отъ требованій времени, вызываютъ требованіе усиленной охраны публичнаго порядка, являются сначала беспорядочныя попытки самоуправной защиты, потомъ эти попытки самоуправства остаются, но изъ нихъ становится очевидною необходимость охраны обвиняемаго отъ порывовъ дикой страсти и произвола; съ дальнѣйшимъ ходомъ исторіи становится яснымъ, что интересы обвиняемаго имѣютъ въ немъ самомъ законнаго и дѣятельнаго защитника, тогда какъ для уголовного преслѣдованія въ интересахъ общественнаго союза необходимо еще искать представителя. Мысль о назначеніи такого представителя самимъ государствомъ, представляется намъ болѣе простою; но, какъ показываетъ исторія, она не является сразу. Прибѣгая, съ одной стороны, къ помощи частныхъ лицъ, которымъ предоставляется осуществлять права цѣлаго общественнаго союза—человѣчество увидѣло, съ другой стороны, средство выйти изъ невыносимаго положенія—въ предоставленіи судѣ права и обязанности уголовного преслѣдованія, причѣмъ, повидимому, уже тогда существовало сознаніе, что съ принятіемъ такого начала судья превратится въ обвинителя и долженъ будетъ пренебречь своими собственными обязанностями. Позднѣе этотъ фактъ, явившійся послѣдствіемъ историческаго развитія, былъ принятъ за основаніе для теоріи, которая восприняла тѣ требованія, которыя вытекаютъ изъ природы уголовного права и процесса, и были нами указаны выше, признала отличительнымъ признакомъ уголовного процесса начало

*обязательнаго розыска судьи*, и видѣла теоретическое доказательство этого начала въ невозможности отреченія отъ предмета уголовного процесса, а слѣдствіе его—въ обязанности судьи, одному, самостоятельно, разслѣдовать истину, не стѣсняясь ни активнымъ, ни пассивнымъ противодѣйствіемъ заинтересованныхъ лицъ, ни процессуальными обрядностями въ тѣхъ случаяхъ, когда онѣ мѣшаютъ достиженію конечной цѣли процесса. Такое начало совершенно вытѣсняетъ изъ уголовного процесса дѣятельность представителя карательной власти, противорѣча этимъ вышеуказаннымъ свойствамъ юридическаго процесса, и подчиняетъ послѣдній всецѣло началу *свободнаго изслѣдованія*, которое, какъ мы старались показать, несовмѣстимо съ юридическимъ строемъ процесса. Поэтому, начало это никогда и не было проведено до конца; продолжавшееся вліяніе старыхъ процессуальныхъ правилъ сохранило значеніе виѣшней юридической формы; раздѣленіе личности изслѣдующаго судьи, отъ личности судьи, постановляющаго рѣшеніе, въ сущности несовмѣстимое съ признаніемъ вышеуказаннаго начала, и ограниченіе произвола послѣдняго развившеюся исторически теоріею законныхъ доказательствъ, которое тоже нисколько не согласно съ названнымъ началомъ, обезпечили на практикѣ сохраненіе главнѣйшихъ признаковъ юридическаго процесса, котораго почва была совершенно оставлена лишь теоретиками.

Развитое теоретически начало этого процесса, принадлежащаго исторіи, пережило его и, подъ видомъ какого-то слѣдствія, вытекающаго будто бы изъ самой природы уголовного права, сохранилось до сихъ поръ, несмотря на то, что та форма судопроизводства, для объясненія и оправданія которой была построена эта теорія, давно уже оставлена. Типъ „розыскаго процесса“ дѣйствительно существуетъ въ исторіи, но „теорія розыскаго процесса“ никогда не была вполнѣ осуществлена: она—то слѣдовала за ходомъ исторіи, то отставала отъ дѣйствительности или оставлялась ею. Изслѣдованіе и изображеніе этого историческаго процесса будетъ слѣдано далѣе; но такъ какъ исторія уголовного процесса преимущественно заключается въ борьбѣ, смѣнѣ, смѣшеніи двухъ типовъ, изъ которыхъ одинъ основывается на стремленіи сохранить всѣ главные признаки юридическаго процесса и его основное начало (*состязательность*, въ уголовномъ процессѣ получающую названіе *обвинительнаго начала*), то историческому изложенію необходимо предпослать характеристику этихъ двухъ типовъ уголовного про-

цесса. Противоположность между ними всего удачнѣе выразилъ Бинеръ:

„*Сущность обвинительнаго процесса* заключается, съ формальной стороны, въ спорѣ о правѣ двухъ сторонъ, противопоставленныхъ одна другой предъ судьей; съ матеріальной же — въ такой же равноправности сторонъ, какая соблюдается въ процессѣ гражданскомъ. Поэтому, въ началѣ обвинительнаго процесса заключаются слѣдующія положенія: 1) имѣющій право иска можетъ предъявлять или не предъявлять своего иска по своему благоусмотрѣнію, можетъ даже уже предъявленный искъ взять обратно; 2) отвѣтчику предоставляется противопоставлять доводамъ истца свое право; 3) предъявленіе доказательствъ съ обѣихъ сторонъ обусловлено соблюденіемъ обрядностей и сроковъ; 4) судебное рѣшеніе можетъ основываться исключительно на тѣхъ данныхъ, которыя представлены сторонами.“

„*Сущность розыскаго процесса* заключается въ противопоставленіи, съ формальной стороны, судьи - слѣдователя и лица, служащаго предметомъ розыска, а съ матеріальной стороны — въ отношеніи подчиненности. Въ основномъ началѣ розыскаго процесса заключаются слѣдующія положенія: 1) государство, которому принадлежитъ право преслѣдованія, обязано производить розыскъ, хотя бы потерпѣвшій и не требовалъ его; 2) обвиняемый можетъ ссылаться на свое право лишь въ такихъ предѣлахъ, которые будутъ ему предоставлены судьей; 3) слѣдствіе несвязано ни обрядностями, ни сроками; производство его совершенно свободно; 4) судебное рѣшеніе основывается на убѣжденіи судьи въ истинности данныхъ розыска.“

II. Главнѣйшія различія между двумя типами заключаются въ слѣдующемъ:

1) Представителемъ права уголовного преслѣдованія въ *обвинительномъ процессѣ* является лицо, отличное отъ судьи, которое противопоставляется обвиняемому, причемъ обѣ эти стороны являются предъ судьей, по возможности, равноправными, тогда какъ въ *процессѣ розыска* всего два лица противопоставляются другъ другу — судья и обвиняемый.

2) Возбужденіе производства (иниціатива) зависитъ въ *обвинительномъ процессѣ* отъ требованія обвинителя, а въ *процессѣ розыска* оно основывается на рѣшеніи, которое принимается судьей



по долгу службы, по тщательномъ разсмотрѣніи обстоятельствъ даннаго случая; поэтому:

3) Въ первомъ случаѣ, процессъ заключается въ *попыткѣ справедливости притязаній стороны*, а во второмъ — *предположенія судьи*. Въ обвинительномъ процессѣ судья связанъ тѣмъ, что *утверждаетъ* обвинитель, связанъ его требованіями, которыя ограничиваютъ и самое судопроизводство и его задачу, причемъ взятіе обратно такого требованія ведетъ къ прекращенію производства. При этомъ предполагается, что обвиняемый будетъ защищаться лишь противъ даннаго обвиненія, что онъ подлежитъ оправданію въ случаѣ, ежели обвиненіе не будетъ доказано, безотносительно къ тому, что это же обвиненіе могло-бы имѣть успѣхъ, ежели-бы было предъявлено въ иномъ видѣ. Въ процессѣ розыскномъ всѣ эти соображенія не примѣняются; здѣсь ничто не мѣшаетъ дать всему процессу другое направление и другое содержаніе, лишь только *предположенія* судьи касательно конечнаго результата, котораго онъ ожидалъ, измѣнились; по окончаніи процесса судья объявляетъ то убѣжденіе, которое онъ вынесъ изъ всего слѣдствія, причемъ безразлично, что именно послужило основаніемъ для начала розыска.

4) Обвинительный процессъ возлагаетъ на обвинителя обязанность *доказать* то, что онъ утверждаетъ, т. е. убѣдить судью въ истинности; обвиняемый не обязанъ помогать судѣ при этомъ; судья не можетъ дополнять дѣятельность обвиняемаго, онъ долженъ спокойно ожидать ея результатовъ и подвергать ихъ оцѣнкѣ. Обвиняемый, однако, имѣетъ право, въ своихъ интересахъ, *противодѣйствовать* обвинителю, посредствомъ *противнаго доказательства*, и отсюда является требованіе твердыхъ правилъ относительно распределенія обязанности *доказывать* (*onus probandi*), *формъ и порядка представленія доказательствъ* (*Beweisverfahren*). Процессъ розыскной поручаетъ разслѣдованіе истины судѣ, даетъ ему почти неограниченныя права по собиранію необходимыхъ для этого средствъ, и превращаетъ обвиняемаго въ главный объектъ этой розыскной дѣятельности.

5) Въ отношеніи оцѣнки представленныхъ доказательствъ, въ процессѣ обвинительномъ является требованіе, чтобы тѣ начала, которыми, дѣлая ее, руководствуется судья, были извѣстны сторонамъ, для того, чтобы онѣ могли всегда имѣть ихъ въ виду; съ другой же стороны, судья можетъ при этой формѣ процесса гораздо болѣе довѣрять своему личному впечатлѣнію, такъ какъ весь до-

казательственный матеріалъ подлежитъ его совершенно свободному испытанію, и такъ какъ ему ненужно объявлять, что *истинно* и что *нѣтъ*, а нужно лишь сказать, въ какомъ видѣ ему представляется результатъ *всей дѣятельности сторонъ по представленію доказательствъ*. Въ области розыскаго процесса существуютъ противоположныя отношенія; однако, развившееся исторически раздѣленіе судьи - слѣдователя, отъ судьи, постановляющаго приговоръ, привело и здѣсь къ тому, что первому должны быть извѣстны требованія втораго; устанавливая такой уголовный процессъ, въ которомъ раскрытіе истины должно происходить вполне независимо отъ какой-либо дѣятельности сторонъ, государство, весьма естественно, должно было стремиться къ обезпеченію раскрытія истины отъ вліянія личныхъ взглядовъ судьи. Такимъ образомъ, было бы ошибкою утверждать, что съ каждымъ изъ двухъ типовъ процесса связанъ иной взглядъ на вопросъ о возможности предоставленія судѣ, постановляющему приговоръ, основываться при оцѣнкѣ доказательствъ на личномъ убѣжденіи или о необходимости ограничить его *правилами о доказательствахъ*.

6) Что касается *движенія и дѣленія* процесса, то *обвинительный* процессъ то и другое предполагаетъ рѣзко очерченными и твердо опредѣленными; онъ съ необходимостью предполагаетъ, однако, что значительная часть процессуальной дѣятельности сторонъ совершается внѣ суда, даже до начала процесса. Обѣ стороны не начинаютъ дѣйствовать на судѣ до той рѣшительной минуты, когда онѣ могутъ представить результатъ своей дѣятельности на разсмотрѣніе судьи; между сторонами идетъ постоянная борьба и онѣ строго наблюдаютъ другъ за другомъ; онѣ стараются собрать все данныя для того, чтобы подготовленное такимъ образомъ рѣшеніе дѣла было скоро и вѣрно. Отсюда является *раздѣленіе на предварительное производство*, <sup>1)</sup> котораго задача заключается не столько въ разборѣ сущности дѣла, сколько въ *установленіи процессуальныхъ ролей* и въ *провѣркѣ формальной правильности обвиненія*, и на *производство по существу* <sup>2)</sup> которое совершается непосредственною *состязательною дѣятельностью* сторонъ, одновременно являющихся передъ постановляющимъ рѣшеніе судьей.

<sup>1)</sup> Vorverfahren—дознаніе, предварительное слѣдствіе, преданіе суду.

<sup>2)</sup> Hauptverhandlung—судебное засѣданіе.

Въ противоположность этому, процессъ *розыскной* требуетъ возможно свободнаго отъ точныхъ правилъ и обрядностей начала производства, совершенія различныхъ слѣдственныхъ дѣйствій примѣнительно къ условіямъ времени и мѣста, устраненія различныхъ формальныхъ препятствій, которыя всегда могутъ возникнуть при строгомъ разчлененіи процесса, и по тѣмъ же основаніямъ требуетъ *письменнаго* описанія результатовъ изслѣдованія и постановленія судебного рѣшенія на основаніи этихъ записей. Процессъ обвинительный, по самой природѣ своей, составленъ изъ нѣсколькихъ частей; центръ тяжести его заключается въ устномъ состязательномъ производствѣ. Розыскной процессъ противится всякому дѣленію, всякому опредѣленію такого періода, въ которомъ должно быть сдѣлано окончательное рѣшеніе опредѣленной задачи; онъ является, по самой природѣ своей, *письменнымъ* и неблагопріятнымъ ни для непосредственныхъ сношеній между судьей и сторонами, ни для сообщенія сторонамъ свѣдѣній о ходѣ процесса (*гласности для сторонъ*).

7) *Обвинительный* процессъ требуетъ отъ судьи постановленія, на основаніи даннаго матеріала, рѣшенія въ пользу той стороны, которая, на основаніи этого матеріала, имѣетъ право на такое рѣшеніе. *Розыскной* процессъ противится признанію формальной, законной силы рѣшенія, и безусловной обязанности судьи постановить таковое: онъ допускаетъ постановленіе судомъ неопредѣленныхъ приговоровъ, оставляющихъ сомнительнымъ рѣшеніе дѣла.

III. Какъ ни велика эта противоположность и какъ ни значительно было ея вліяніе на историческое развитіе уголовного процесса, но не ею одною объясняется складъ уголовного процесса; необходимо имѣть въ виду также слѣдующее:

1) Нельзя видѣть причину противоположности между двумя типами процесса въ признаніи или въ отрицаніи публично-правоваго характера уголовного права. Признаніе за государствомъ исключительнаго права или даже безусловной обязанности заботиться о наказаніи преступленій, и слѣдующая отсюда невозможность отреченія не могутъ сами по себѣ привести ко всѣмъ тѣмъ положеніямъ, которыя содержатся въ понятіи розыскаго процесса. Видѣть сущность обвинительнаго процесса исключительно въ томъ, что здѣсь уголовное преслѣдованіе составляетъ исключительное право частнаго лица, или даже исключительное право лица потерпѣвшаго отъ преступнаго дѣянія, было-бы весьма односторонне.

Всѣ тѣ положенія, которыя выводились изъ такого основнаго взгляда, дѣйствительно были нелѣпы и ставились въ вину обвинительному процессу, для котораго они считались необходимыми; но они отпадаютъ съ допущеніемъ государственныхъ органовъ, какъ представителей обвинения. Съ другой стороны, было совершенно вѣрно замѣчено, что введеніе публичнаго обвинителя, которое должно вызвать множество уклоненій отъ типа розыскаго процесса, гораздо болѣе согласуется съ будто-бы лежащимъ въ основаніи его началомъ, нежели съ основнымъ началомъ противоположнаго типа процесса—обвинительнаго, ставить который въ связь съ частно-правовымъ взглядомъ на уголовное право невозможно, потому что это противорѣчило бы исторіи. Последней соотвѣтствуетъ понятіе о такомъ процессѣ, въ которомъ стороны ограничиваются обращеніемъ къ суду и во всемъ остальномъ полагаются на его дѣятельность. Съ учрежденіемъ публичнаго обвинителя, рѣшеніе вопроса о допустимости явнаго или молчаливаго отказа, которое, безъ сомнѣнія, стоитъ въ связи съ публично правовымъ характеромъ процесса, оказываетъ тѣмъ меньшее вліяніе на основной складъ уголовного процесса, что въ обыденныхъ, непрерывно представляющихся задачахъ уголовного процесса, вопросъ этотъ не является; для исключительныхъ же случаевъ могутъ быть установлены особенныя правила, такъ что нѣтъ никакой необходимости, ради правильнаго рѣшенія ихъ, строить процессъ на нелѣпыхъ предположеніяхъ (желанія невиннаго обвиняемаго дать осудить себя, или желанія обвинителя, на смѣхъ закону, изъавить лицо, имъ обвиненное, отъ суда).

Не менѣе этого было бы односторонне приписывать розысному процессу стремленіе къ *матеріальной истинѣ*, какъ принципъ, исключительно въ немъ господствующій—все равно, ставится ли затѣмъ этотъ принципъ въ зависимость отъ публично—правоваго характера уголовного права, или, наоборотъ, должностное преслѣдованіе (официальный принципъ) выводится изъ необходимости достиженія „матеріальной истины.“ Выясненіе истины составляетъ задачу всякаго процесса: процессъ долженъ получить такое устройство, которое бы всего лучше обеспечивало соотвѣтствіе той истины, которая утверждена приговоромъ, истинѣ исторической. Но никакой процессъ не можетъ быть устроенъ такъ, чтобы средства, которыя должны обеспечивать достиженіе этой цѣли, не оказывались иногда недостаточными, а иногда не оказывались бы



даже въ противорѣчїи съ цѣлью. Розыскной процессъ преувеличиваетъ опасность, которая грозитъ раскрытію истины отъ односторонняго интереса, отъ безпомощности и слабости сторонъ, и видитъ спасеніе въ свободной, но сосредоточенной въ немъ одномъ, дѣятельности судьи. Обвинительный процессъ видитъ опасность для раскрытія истины въ односторонности суда и въ устраненіи сторонъ отъ дѣятельнаго участія въ процессѣ.

Въ противоположности двухъ типовъ процесса сказалась лишь внутренняя противоположность требованій, вообще предъявляемыхъ юридическому процессу, какъ таковому; противоположность между свободнымъ изслѣдованіемъ и изслѣдованіемъ, опредѣленнымъ юридическими правилами, между матеріальною истиною и различными обрядностями, между началомъ обособленія и началомъ обобщенія. Съ другой стороны, на оба типа процесса оказываетъ вліяніе то обстоятельство, что противоположность двухъ интересовъ, являющаяся необходимымъ предположеніемъ для всякаго юридическаго процесса, въ уголовномъ процессѣ существуетъ не въ той степени, какъ въ процессѣ гражданскомъ. Отсюда вытекаетъ невозможность признать безусловное значеніе за произвольнымъ, противорѣчащимъ истинѣ, сознаніемъ обвиняемаго, и невозможность признать правомъ, или даже обязанностью судьи, принимать въ основаніе приговора совершенно невѣрное изложеніе обстоятельствъ дѣла, единственно въ силу предполагаемаго или прямо выраженнаго согласенія сторонъ. Поэтому *отрицательными* правилами, имѣющими силу въ каждомъ, несомнѣнъ уже первобытномъ, уголовномъ процессѣ, являются положенія: уголовное преслѣдованіе не зависитъ отъ частнаго произвола; фактическія основанія приговора не подлежатъ распоряженію сторонъ.

2) Изъ всего вышесказаннаго вытекаетъ полная возможность посредствующихъ, или переходныхъ, формъ процесса, которыя были бы немислимы, ежели бы различіе двухъ типовъ дѣйствительно основывалось на одномъ высшемъ началѣ, которое бы можно было только признать или отвергнуть. Эти формы вполнѣ жизнеспособны и неизбежны; онѣ не теряютъ значенія отъ того, что для теоретическаго ихъ обоснованія было проведено различіе между *принципомъ* и *формою процесса* и изобрѣтенъ процессъ, яко бы покоющійся на *розыскномъ началѣ* и имѣющій *обвинительную форму*. Послѣдняя попытка должна была непремѣнно оказаться несостоятельною въ силу того, что то, что не опредѣляетъ формы

процесса, не можетъ быть его принципомъ, и въ заимствованныхъ отъ противоположнаго типа формахъ непрѣнно находить свое отрицаніе.—

Безпристрастное разсмотрѣніе обоихъ процессуальныхъ типовъ показываетъ, что каждый изъ нихъ способенъ къ разнообразному развитію; что ни тотъ, ни другой не долженъ быть доводимъ до крайности; что, поэтому, не всѣ формы и видоизмѣненія, присущія одному изъ нихъ, съ необходимостью имъ обусловлены и несоединимы съ противоположнымъ типомъ (примѣры можно видѣть въ томъ, что было сказано выше касательно устои въ процессѣ и дѣленія процесса). Въ историческомъ развитіи, эпохи послѣдующія пользуются заблужденіями и увлеченіями предшествовавшихъ періодовъ, и ничто благое, нерѣдко развивающееся изъ ошибокъ, не можетъ быть уже впослѣдствіи утрачено. Поэтому фактически невозможно и невѣрно съ научной точки зрѣнія было бы установленіе, такъ называемаго, чистаго процессуальнаго принципа въ томъ смыслѣ, чтобы каждое положительное требованіе могло быть изъ него выведено, а каждое отрицательное—могло бы быть оправдано тѣмъ доводомъ, что обстоятельство, устраненіе котораго требуется, слѣдуетъ изъ противоположнаго принципа.

3) Противоположностью обвинительнаго и розыскаго производства далеко не исчерпываются условія, отъ которыхъ зависитъ складъ уголовного процесса. Это становится всего очевиднѣе при разсмотрѣніи доказательствъ, которыя составляютъ центръ тяжести всякаго процесса. Выше уже было указано, что на рѣшеніе вопроса о подчиненіи оцѣнки доказательствъ юридическимъ правиламъ или объ оставленіи ея совершенно свободною, тотъ или другой типъ процесса не оказываетъ почти никакого вліянія. Другой, еще болѣе важный вопросъ, о томъ, что именно можетъ служить доказательствомъ, т. е. матеріальнымъ основаніемъ признанія судьей истинности опредѣленнаго факта,—съ противоположностью обоихъ процессуальныхъ типовъ можетъ быть приведенъ въ связь лишь въ высшей степени искусственнымъ путемъ. Его рѣшеніе обуславливается совсѣмъ иными отношеніями, выясненіемъ законовъ мышленія, распространеніемъ вѣрныхъ понятій о законахъ природы и внутренней жизни человѣка, всего же болѣе—положеніями государственнаго права, опредѣляющими границу, на которой публичный интересъ долженъ остановиться, въ виду интересовъ гражданина. Подобнымъ же образомъ рѣшаются и другіе вопросы, каса-

тельно противоположности между требованиями гражданской свободы и государственной власти. Примѣромъ того же можетъ служить рѣшеніе вопроса о томъ, долженъ ли состоявшійся проговоръ оставаться неизмѣннымъ, или же слѣдуетъ допустить его измѣненіе (посредствомъ *обжалованія* и т. д.)

§ 5. *Прочіе элементы, вліяющіе на складъ уголовного процесса.*

I.

Задача уголовного судопроизводства и особенности его были указаны выше; въ общихъ чертахъ, первая однородна съ прочими задачами, которыхъ рѣшеніе зависитъ отъ установленія неизвѣстныхъ или сомнительныхъ фактовъ и требуетъ, по возможности, свободного, соотвѣтствующаго этой цѣли, пользованія всѣми годными средствами. Это основное правило ограничивается тѣми, указанными выше, требованіями, которыя вытекаютъ изъ необходимости соблюденія основныхъ формъ юридическаго процесса вообще, видоизмѣненныхъ особенными, присущими процессу уголовному, положеніями. Принимая во вниманіе вытекающія изъ этихъ двухъ исходныхъ пунктовъ слѣдствія, необходимо признать для каждаго уголовного процесса, долженствующаго удовлетворять этимъ требованіямъ, обязательными нижеслѣдующія положенія:

1) Судья долженъ быть *безпристрастенъ*, т. е. долженъ приступать къ разсмотрѣнію дѣла безъ предвзятаго мнѣнія въ пользу той или другой стороны, и основывать свое рѣшеніе лишь на томъ матеріалѣ, который онъ узналъ, въ качествѣ судьи, изъ производства дѣла; поэтому судья долженъ воздерживаться отъ составленія и выраженія своего мнѣнія о данномъ дѣлѣ, пока онъ не услышитъ и не увидитъ всего; судья не можетъ быть ни обвинителемъ, ни обвиняемымъ, и то обвиненіе, объ основательности котораго онъ долженъ судить, не должно быть возбуждено имъ же самимъ. *Обвинитель не можетъ быть судьей и точно также судья не можетъ быть обвинителемъ.*

2) Судья обязанъ выслушивать до конца какъ обвинителя, такъ и обвиняемаго; онъ не только обязанъ принимать всѣ доводы, которые они ему будутъ представлять, желая убѣдить его въ собственной правотѣ, но обязанъ доставить имъ полную возможность этого и, притомъ, для обоихъ въ одинаковой мѣрѣ. Поэтому судья



обязанъ дать сторонѣ возможность представить возраженія на направленные противъ нея доводы противника (*audiat et altera pars*).

3) Отсюда слѣдуетъ необходимость признать за сторонами право до постановленія рѣшенія получать свѣдѣнія о всемъ происшедшемъ въ теченіи процесса, въ томъ самомъ видѣ, въ которомъ эти свѣдѣнія доставляются судѣ, т. е. право присутствовать при процессуальномъ дѣйствіи и разсматривать письменное изложеніе его, которое должно быть представлено судѣ (*гласность для сторонъ*).

4) Рѣшеніе судьи должно покоиться на такихъ основаніяхъ, которыя въ глазахъ людей вообще способны вызвать разумное убѣжденіе въ истинности опредѣленныхъ фактовъ: факты должны быть *доказаны*. Но хотя и возможно вообще указать такія основанія убѣжденія и отдѣлить ихъ отъ того, что не имѣетъ необходимыхъ качествъ, несомнѣнно въ тоже время, что единственнымъ ручательствомъ за соотвѣтствіе приговора дѣйствительности, за дѣйствительное открытіе истины, можетъ быть лишь сравненіе этихъ правилъ о доказательствахъ съ обстоятельствами даннаго дѣла и вытекающее отсюда *личное* убѣжденіе чловѣка, вполне ознакомившагося съ послѣднимъ, безпристрастнаго и добросовѣстнаго; поэтому, въ уголовномъ процессѣ должна быть разрѣшена трудная задача установить *ученіе о доказательствахъ* и въ тоже время сохранить за судьей *свободу оцѣнки доказательствъ*.

5) Удовлетвореніе требованій равномѣрнаго выслушиванія обѣихъ сторонъ, публичности сторонъ и свободной оцѣнки доказательствъ, значительно облегчается, когда доказательства собираются непосредственно въ присутствіи какъ рѣшающаго судьи, такъ и сторонъ, которыя безъ всякаго посредства письма могутъ обратиться къ судѣ съ своими запросами. Отсюда вытекаетъ требованіе *непосредственности* или *устности* производства.

6) Послѣднее требованіе является въ тоже время слѣдствіемъ главнаго начала процесса, требующаго *открытія истины*, и употребленія всѣхъ годныхъ для того средствъ наиболѣе цѣлесообразнымъ способомъ. То же начало предполагаетъ, что всѣ второстепенныя требованія, обусловливаемыя разнообразными соображеніями касательно порядка производства, его дѣленія и движенія, сношеній между сторонами и судомъ, приведены въ соотвѣтствіе съ заключающеюся въ немъ высшею цѣлью. Поэтому устройство уголовного процесса должно удовлетворять дальнѣйшему требованію — *дать ему прочную форму и предупредить, въ то же время, воз-*



*возможна, протекающая изъ такой формы, затрудненія въ раскрытіи истины.*

7) Полное удовлетвореніе всѣхъ этихъ, столь различныхъ, требованій совершенно невозможно. Тѣ средства, которыми люди могутъ пользоваться, всегда ограничены и не обеспечиваютъ дѣйствительнаго раскрытія истины. Въ то же время, какъ уже было указано выше, незаслуженное осужденіе нарушаетъ не только права обвиняемаго, но и интересъ государства. Вотъ почему, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ невозможно полное равенство, необходимо предоставлять выгоды обвиняемому, а всякое сомнѣніе толковать въ его пользу. Это *предпочтеніе обвиняемаго* (*favor defensionis*), по необходимости, ограничиваетъ стремленіе къ *полному возстановленію истины и равноправности сторонъ*.

## II.

Вслѣдствіе существующихъ въ данной странѣ, въ данное время, отношеній между *государствомъ и гражданами*, между *общественнымъ союзомъ и отдѣльною личностью* являются еще другія ограниченія. Полное осуществленіе цѣли государства невозможно безъ глубокаго нарушенія частныхъ интересовъ; частное лицо принуждено влечить недостойное человѣка существованіе, у народа отнимается способность содѣйствовать преуспѣянію государства тамъ, гдѣ право и интересъ частнаго лица приносятся въ жертву государственной цѣли и такимъ образомъ извращается правильное отношеніе цѣли и средства. Уголовный процессъ служитъ къ осуществленію одной изъ важнѣйшихъ задачъ государственной власти: онъ былъ однимъ изъ наиболѣе раннихъ, постоянныхъ и существенныхъ проявленій ея; отъ соответствія уголовного процесса его цѣли, общественное благо зависитъ быть можетъ болѣе, чѣмъ отъ чего либо другого. Но процессъ уголовный всего болѣе вторгается въ область частныхъ правъ и интересовъ, онъ подвергаетъ ихъ наибольшей опасности. Вотъ почему государственное право каждой страны оказываетъ большое вліяніе на уголовный процессъ. Вліяніе это проявляется различно:

1. Мѣрами охраненія положенія и правъ обвиняемаго. Главнѣйшія изъ этихъ мѣръ являются слѣдствіемъ указанныхъ выше требованій, протекающихъ изъ самой природы уголовного процесса. Но существующія отношенія между отдѣльною личностью и общественнымъ союзомъ оказываютъ на нихъ, несомнѣнно, огром-

обязанъ дать сторонѣ возможность представить возраженія на на-  
правленные противъ нея доводы противника (*audiatur et altera pars*).

3) Отсюда слѣдуетъ необходимость признать за *сторонами право*  
до постановленія рѣшенія получать свѣдѣнія о всемъ происшед-  
шемъ въ теченіи процесса, въ томъ самомъ видѣ, въ которомъ эти  
свѣдѣнія доставляются судѣ, т. е. право присутствовать при  
процессуальномъ дѣйствіи и разсматривать письменное изложеніе  
его, которое должно быть представлено судѣ (*гласность для сторонъ*).

4) Рѣшеніе судьи должно покоиться на такихъ основаніяхъ,  
которыя въ глазахъ людей вообще способны вызвать разумное  
убѣжденіе въ истинности опредѣленныхъ фактовъ: факты должны  
быть *доказаны*. Но хотя и возможно вообще указать такія осно-  
ванія убѣжденія и отдѣлить ихъ отъ того, что не имѣетъ необхо-  
димыхъ качествъ, несомнѣнно въ тоже время, что единственнымъ  
ручательствомъ за соотвѣтствіе приговора дѣйствительности, за  
дѣйствительное открытіе истины, можетъ быть лишь сравненіе  
этихъ правилъ о доказательствахъ съ обстоятельствами даннаго  
дѣла и вытекающее отсюда *личное* убѣжденіе человѣка, вполне  
ознакомившагося съ послѣднимъ, безпристрастнаго и добросовѣст-  
наго; поэтому, въ уголовномъ процессѣ должна быть разрѣшена  
трудная задача установить *ученіе о доказательствахъ* и въ тоже  
время сохранить за судьей *свободу оцѣнки доказательствъ*.

5) Удовлетвореніе требованій равномѣрнаго выслушиванія обѣихъ  
сторонъ, публичности сторонъ и свободной оцѣнки доказательствъ,  
значительно облегчается, когда доказательства собираются непо-  
средственно въ присутствіи какъ рѣшающаго судьи, такъ и сторонъ,  
которыя безъ всякаго посредства письма могутъ обратиться къ  
судѣ съ своими запросами. Отсюда вытекаетъ требованіе *непо-  
средственности* или *устности* производства.

6) Послѣднее требованіе является въ тоже время слѣдствіемъ  
главнаго начала процесса, требующаго *открытія истины*, и упо-  
требленія всѣхъ годныхъ для того средствъ наиболѣе цѣлесообраз-  
нымъ способомъ. То же начало предполагаетъ, что всѣ второсте-  
пенныя требованія, обусловливаемые разнообразными соображеніями  
касательно порядка производства, его дѣленія и движенія, сно-  
шеній между сторонами и судомъ, приведены въ соотвѣтствіе съ  
закрывающеюся въ немъ высшею цѣлью. Поэтому устройство уго-  
ловнаго процесса должно удовлетворять дальнѣйшему требованію—  
*дать ему прочную форму и предупредить, въ то же время, воз-*

*можныя, проистекающія изъ такой формы, затрудненія въ раскрытіи истины.*

7) Полное удовлетвореніе всѣхъ этихъ, столь различныхъ, требованій совершенно невозможно. Тѣ средства, которыми люди могутъ пользоваться, всегда ограничены и не обезпечиваютъ дѣйствительнаго раскрытія истины. Въ то же время, какъ уже было указано выше, незаслуженное осужденіе нарушаетъ не только права обвиняемаго, но и интересъ государства. Вотъ почему, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ невозможно полное равенство, необходимо предоставлять выгоды обвиняемому, а всякое сомнѣніе толковать въ его пользу. Это *предпочтеніе обвиняемаго* (*favor defensionis*), по необходимости, ограничиваетъ стремленіе къ *полному возстановленію истины и равноправности сторонъ.*

## II.

Вслѣдствіе существующихъ въ данной странѣ, въ данное время, отношеній между *государствомъ и гражданами*, между *общественнымъ союзомъ и отдѣльною личностью* являются еще другія ограниченія. Полное осуществленіе цѣли государства невозможно безъ глубокаго нарушенія частныхъ интересовъ; частное лицо принуждено влечить недостойное челоуѣка существованіе, у народа отнимается способность содѣйствовать преуспѣянію государства тамъ, гдѣ право и интересъ частнаго лица приносятся въ жертву государственной цѣли и такимъ образомъ извращается правильное отношеніе цѣли и средства. Уголовный процессъ служить къ осуществленію одной изъ важнѣйшихъ задачъ государственной власти: онъ былъ однимъ изъ наиболѣе раннихъ, постоянныхъ и существенныхъ проявленій ея; отъ соотвѣтствія уголовного процесса его цѣли, общественное благо зависитъ быть можетъ болѣе, чѣмъ отъ чего либо другого. Но процессъ уголовный всего болѣе вторгается въ область частныхъ правъ и интересовъ, онъ подвергаетъ ихъ наибольшей опасности. Вотъ почему государственное право каждой страны оказываетъ большое вліяніе на уголовный процессъ. Вліяніе это проявляется различно:

1. Мѣрами охраненія положенія и правъ обвиняемаго. Главнѣйшія изъ этихъ мѣръ являются слѣдствіемъ указанныхъ выше требованій, проистекающихъ изъ самой природы уголовного процесса. Но существующія отношенія между отдѣльною личностью и общественнымъ союзомъ оказываютъ на нихъ, несомнѣнно, огром-



ное вліяніе. Чѣмъ болѣе беззащитнымъ представляется гражданинъ въ отношеніи государства, тѣмъ менѣе онъ защищенъ и отъ притѣсненій уголовного процесса; величайшія нарушенія его правъ будутъ совершаться единственно во избѣжаніе опасности оставить виновнаго безъ наказанія. Напротивъ, ежели дѣйствующее государственное право обезпечиваетъ гражданину прочную, законную, свободу, эта гарантія выразится всего явственнѣе въ тѣхъ учрежденіяхъ, которыя служатъ для того, чтобы злу примѣненнаго уголовного закона подвергался лишь виновный, чтобы тотъ вредъ и страданія, которые приходится причинять лицу, навлекшему на себя подозрѣніе, были по возможности ограничены, и чтобы лицо это было по возможности защищено отъ произвольнаго и самоуправнаго причиненія такихъ страданій. Очевидно, что этимъ требованіямъ *обвинительный* типъ уголовного процесса удовлетворяетъ болѣе, нежели *розыскной*. Съ этой точки зрѣнія представляется необходимымъ:

а) предупрежденіе произвола въ опредѣленіи *судьи*; установленіе понятія *подсудности* и запрещеніе переноса власти, принадлежащей законному судѣ, на временные или т. н. чрезвычайные суды; установленіе твердыхъ положеній о компетентности судовъ и объ ихъ составѣ.

б) предупрежденіе опасности, угрожающей сторонамъ, въ особенности обвиняемому, отъ личныхъ качествъ или отношеній судей. Средствами для этого могутъ служить: предоставленіе обвиняемому положительнаго (что теперь весьма рѣдко) или, по крайней мѣрѣ, отрицательнаго вліянія на личный составъ суда; цѣлесообразныя правила о лицахъ, постановляющихъ рѣшеніе, касательно предъявляемыхъ имъ требованій и касательно такихъ отношеній въ силу которыхъ стороны могли бы предупредить участіе въ приговорѣ лица, въ полномъ безпристрастіи котораго возможно сомнѣніе (устраненіе и отводъ); возможное увеличеніе числа судей и принятіе, въ виду этого, *коллегіальной системы* для рѣшенія всѣхъ, или, по крайней мѣрѣ, *наиболѣе важныхъ уголовныхъ дѣлъ* (сюда же относится, какъ средство достигнуть того, чего иначе невозможно достигнуть, соединеніе *юристовъ съ не-юристами*, введеніемъ въ судъ *народнаго элемента*); предоставленіе сторонѣ возможности жаловаться на явную несправедливость судебного рѣшенія другимъ и, притомъ, высшимъ судьямъ, т. е. развитіе системы *обжалованія рѣшеній*.



а) спеціальныя мѣры обезпеченія *защиты*, какъ *личной*, такъ и *матеріальной*. Требованіе обезпеченія личной защиты предпола- гаетъ доставленіе обвиняемому возможности пользоваться помощью свѣдущихъ лицъ, которымъ онъ довѣряетъ, и предоставленіе ему не только полной свободы въ выборѣ такого лица, но и полной свободы сношеній съ такимъ лицомъ. Защита матеріальная пред- полагаетъ: съ одной стороны, что этимъ *профессиональнымъ* защит- никамъ дано такое положеніе, которое предоставляетъ имъ возмож- ность, безъ опасности для себя и безпрепятственно, употреблять для защиты кліента всевозможныя средства, незапрещенныя закономъ и небезчестныя по своей природѣ, способами, наиболѣе обезпечи- вающими успѣхъ дѣла (*свобода защиты*); съ другой стороны, что средства защиты обвиняемаго неограничиваются тѣми, которыя онъ самъ въ состояніи собрать, но что все, пригодное для защиты, доставляется въ случаѣ надобности на счетъ и съ употребленіемъ принудительной силы самого государства, даже и такой матеріалъ, который былъ неизвѣстенъ обвиняемому, или о собраніи котораго онъ забылъ позаботиться.

г) *охрана личности и ея свободы*. Здѣсь имѣется въ виду охра- нить личность отъ стѣсненій и дурнаго обращенія, которыя, будучи причиняемы прежде, нежели была доказана вина и примѣнено за- конное наказаніе, иногда превосходя по своей тяжести возможное въ данномъ случаѣ наказаніе, не могутъ найти оправданія въ карательномъ правѣ государства. Несомнѣнно, что это вполне осно- вательное требованіе, изъ котораго, прежде всего, слѣдуетъ необхо- димость удаленія всякаго мученія, могущаго напомнить пытку, можетъ быть исполнено только съ тѣми ограниченіями, которыя необходимы ради обезпеченія успѣха уголовного преслѣдованія и, особенно, исполненія уголовного приговора. Такимъ образомъ и въ этомъ отношеніи уголовному процессу приходится стараться удо- влетворить противоположныя требованія; именно: *здѣсь оказываютъ огромное вліяніе положенія государственнаго права*, которыя опре- дѣляютъ тѣ случаи, когда опасность должна быть признана на- столько важною, что во избѣжаніе ея приходится согласиться на всѣ другія невыгоды. Указанныя начала должны служить мѣриломъ при установленіи правилъ о примѣненіи и объ отмѣнѣ *ареста* лица, только еще *подозрѣваемаго* въ преступленіи, объ *обращеніи* съ нимъ во время нахожденія подъ арестомъ, объ охраненіи *домо- ваго права*, *тайны писемъ*, и о предупрежденіи произвольнаго

*наложенія ареста на имущество, подъ предлогомъ цѣлей уголовного правосудія.*

д) тѣсно, хотя и не непосредственно, примыкаетъ къ указаннымъ требованіямъ требованіе охраненія личности отъ произвольнаго, злоумышленнаго или неосмотрительнаго, возбужденія уголовного преслѣдованія и отъ *неосновательныхъ обвиненій*. Учрежденія, имѣющія въ виду удовлетворить этому требованію, весьма различны, смотря по тому, какой типъ процесса, обвинительный или розыскной, преобладаетъ. Для открытія уголовного преслѣдованія, разумѣется, нельзя требовать представленія доказательствъ, какъ это требуется для постановленія рѣшенія, которое является результатомъ всего процесса, иначе процессъ начинался бы съ постановленія приговора или, во всякомъ случаѣ, рѣшеніе объ основательности обвиненія предопредѣляло бы и послѣдующій приговоръ; но тѣ требованія, которыя могутъ быть предъявлены къ обвиненію, могутъ быть усилены, такъ какъ уже до постановленія вышеуказаннаго рѣшенія возможно нѣкоторое разслѣдованіе. Последнее необходимо, такъ какъ опредѣленіе объ основательности обвиненія должно сохранить качества судебного рѣшенія по существу, а не превратиться въ простое удовлетвореніе требованія одной стороны, ничего непредрѣшающее и, потому, не требующее провѣрки. Вотъ почему и необходимо придавать важное значеніе тому, поставлено ли открытіе процесса безусловно въ зависимость отъ требованія одной изъ сторонъ, съ предоставленіемъ обвиняемому возможности принять участіе въ его обсужденіи и представить свои возраженія, или же рѣшеніе этого вопроса всецѣло зависитъ отъ того убѣжденія, которое пріобрѣтаетъ судъ на основаніи свободной провѣрки обвиненія; въ послѣднемъ случаѣ особеннаго вниманія заслуживаютъ *способы обжалованія*.

е) всѣ указаннныя требованія дополняются, наконецъ, установленіемъ правила, по которому, однажды начатый уголовный процессъ долженъ непремѣнно привести къ окончательному рѣшенію вопроса о виновности и о наказаніи обвиняемаго. Такое рѣшеніе должно обезпечивать обвинявшееся лицо отъ всякаго произвольнаго возобновленія производства; послѣ однажды состоявшагося рѣшенія, никто не долженъ подвергаться лишеніямъ и опасности, сопряженнымъ съ возобновленіемъ уголовного дѣла, даже и тогда, когда являются матеріальныя основанія для такого возобновленія, безъ крайней и очевидной необходимости въ томъ.

Отсюда слѣдуетъ, что въ уголовномъ процессѣ не должны имѣть мѣста приговоры, въ которыхъ не заключается опредѣленнаго рѣшенія касательно виновности или невиновности подсудимаго, и которые или подвергаютъ обвиняемаго невыгоднымъ послѣдствіямъ официально выраженаго *подозрѣнія* (освобожденіе отъ суда по недостатку улики *Justanzensbindung*), или даже налагаютъ *наказанія на оставленнаго въ подозрѣній*. Въ уголовномъ процессѣ начало: *Ne bis in idem* должно быть послѣдовательно проведено, а необходимыя ограниченія его опредѣлены самими точными правилами.

ж) съ этой точки зрѣнія слѣдуетъ признать, что справедливость требуетъ предоставленія обвиняемому возможности употребить допущенныя въ процессѣ способы обжалованія безъ опасенія, что какія либо невыгодныя для него обстоятельства или же болѣе строгое личное мнѣніе того высшаго судьи, къ которому онъ обращается, явятся источникомъ новаго рѣшенія, еще болѣе неблагоприятнаго, нежели то, которое онъ обжаловалъ и которое, иначе, вошло бы въ законную силу. Уже съ этой точки зрѣнія, не упоминая о другихъ соображеніяхъ, нельзя допустить увеличенія наказанія подсудимому вышею инстанціею, при пересмотрѣ приговора, имъ самимъ обжалованнаго (*reformatio in peius*).

2. Охраненіе затрогиваемыхъ уголовнымъ процессомъ правъ и интересовъ такихъ лицъ, которыя сами не заподозрѣны и не обвиняются въ преступленіи. Очевидно, что непричастныя дѣлу третьи лица: *свидѣтели, свѣдущіе люди*, собственники предметовъ, предъявленныхъ суду въ качествѣ вещественныхъ доказательствъ, имѣютъ не меньше, чѣмъ обвиняемый, право на охрану домового права, тайнъ, собственности и личной свободы; очевидно, что при опредѣленіи ихъ обязанностей и возможныхъ принудительныхъ мѣръ (*обязанность давать свидѣтельскія показанія и принужденіе къ исполненію ея*) слѣдуетъ тѣмъ болѣе оберегать ихъ интересы и удобства, чѣмъ болѣе гражданская свобода вообще обезпечена отъ произвола власти.

3. Ежели существующій въ данномъ государствѣ политическій строй превышаетъ размѣры только что указаннаго, такъ сказать *отрицательнаго признанія* гражданской свободы, ежели онъ даетъ каждому гражданину положительное право принимать участіе и наблюдать за отправленіемъ важнѣйшихъ отраслей государственной дѣятельности, которая не разсматривается какъ нѣчто совершенно чуждое отдѣльному гражданину, требующее лишь подчиненія съ его стороны, то, само собою разумѣется, устройство



уголовного процесса значительно измѣняется. Справедливо замѣчаетъ одинъ англійскій криминалистъ (Стифенъ), что отправление уголовного правосудія есть такое проявленіе верховной государственной власти, которое постоянно производитъ самое сильное впечатлѣніе и всего болѣе дѣйствуетъ на воображеніе массы гражданъ. Одно сравнительное изслѣдованіе процессовъ англійскаго и французскаго (Edinburgh review 1842) выражаетъ задачу уголовного правосудія еще удачнѣе: „поддерживать въ обществѣ, къ которому принадлежитъ судъ, чувство безопасности отъ беззаконія“. Всѣ граждане, слѣдовательно, косвенно заинтересованы въ такомъ устройствѣ уголовного правосудія, которое охраняетъ общественный порядокъ и шадитъ гражданскую свободу. Справедливое удовлетвореніе этихъ двухъ требованій для нихъ въ высшей степени важно; въ особенности необходимо, чтобы уголовное правосудіе не употребляло никакихъ средствъ, несогласныхъ съ требованіями гуманности и чувства личнаго достоинства и достоинства государства. Всякое подобное дѣйствіе не только унижаетъ лицо, которое ему подверглось и противъ котораго оно было непосредственно направлено, но и всѣхъ тѣхъ лицъ, которыя принуждены сознать, что, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, они могутъ подвергнуться тому же самому. Этотъ чрезвычайно общественный интересъ, связывающій все народонаселеніе съ уголовнымъ судомъ, обнаруживается въ стремленіи: а) къ публичности засѣданій суда; б) къ предоставленію гражданамъ возможности участвовать въ замѣщеніи судовъ; в) къ утвержденію такихъ правилъ для *воздушенія* уголовного преслѣдованія, которыя бы служили ручательствомъ въ томъ, что въ этой важнѣйшей отрасли дѣятельности государственной власти будетъ существовать такой же контроль и такая же отвѣтственность, какъ въ другихъ областяхъ управленія, и что при существованіи высшаго надзора за органами преслѣдованія, они будутъ дѣйствовать безпристрастно, руководясь исключительно требованіями самого дѣла, не оказывая произвольнаго снисхожденія однимъ, и не причиняя вреда другимъ лицамъ.



## ГЛАВА ВТОРАЯ.

### Уголовный процессъ въ его историческомъ развитіи.

#### § 6. Древнегерманскій уголовный процессъ.

Рѣшившись представить въ одной картинѣ безчисленные видоизмѣненія, которымъ процессъ подвергался въ эпоху германской старины и въ теченіе большей половины среднихъ вѣковъ, мы вступаемъ въ область, которая не опредѣляется въ исторіи твердыми границами, но предѣлы которой намъ необходимо означить хотя бы приблизительно.

Главная задача такого изслѣдованія—представить то состояніе, въ которомъ германское право находилось до вторженія права чужеземнаго, состояніе, бывшее результатомъ самостоятельнаго развитія германскихъ народовъ; къ этому старому, коренному, германскому праву, примѣшались впослѣдствіи элементы права другихъ народностей, результатомъ чего явилось то право, которое позже получило названіе общаго германскаго уголовного процесса. При этомъ описаніи мы не будемъ останавливаться на нѣкоторыхъ первобытныхъ институтахъ, исчезнувшихъ безслѣдно, равно какъ и на многихъ, находящихся въ родствѣ съ германскимъ правомъ, образованіяхъ права скапдинавскаго и британскаго, хотя есть много такихъ институтовъ права, которые, достигнувъ полнаго развитія лишь въ послѣднемъ, въ правѣ чисто германскомъ, содержащемся въ сборникахъ второй половины среднихъ вѣковъ, не могутъ быть вполне поняты безъ такого сравненія. Мы не можемъ заставить читателя слѣдовать за нами въ пестрый лабиринтъ судоустройства того времени; нашъ очеркъ не является также полнымъ изображеніемъ права опредѣленной области, опредѣленнаго періода. Въ предѣлахъ, на которые распространяется наше изслѣдованіе, замѣчается одно общее, крупное явленіе, составляющее главнѣйшую, обращающую на себя вниманіе, особенность разсматриваемаго періода: это понятіе судебной власти и способъ ея участія въ постановленіи рѣшеній. Мы видимъ, что подъ позднѣйшимъ названіемъ

судной власти или суднаго права (Gerichtsbann, Gerichtszwang) въ разсматриваемую эпоху всегда подразумѣвается право и власть: учреждать суды, созывать лицъ, необходимыхъ для рѣшенія дѣла, и наблюдать за исполненіемъ приговоровъ; постановленіе же самаго рѣшенія, даже все производство, имѣвшее непосредственную цѣль постановленіе его, не входили въ понятіе права суда. Короче, лицо, которое средневѣковые источники права называютъ судьей, ограничивается требованіемъ рѣшенія; рѣшеніе заключается въ отвѣтъ на его вопросъ другихъ лицъ, которыя, по отношенію къ судѣ, представляются частными лицами и въ большинствѣ случаевъ дѣйствительно и были таковыми. Въ древнѣйшія времена такое рѣшеніе постановлялось собраніемъ всего свободнаго населенія даннаго округа. Въ сущности, такое собраніе было единственною связью между независимымъ лицомъ, жившимъ на собственномъ своемъ дворѣ, и всею остальною землею и государствомъ; на этомъ собраніи опредѣлялись взаимныя отношенія отдѣльнаго лица и общественнаго союза; поэтому присутствовать на такомъ собраніи и принимать дѣятельное участіе въ его рѣшеніяхъ было одною изъ главныхъ обязанностей гражданина. Эти собранія происходили въ различныхъ мѣстахъ и въ разное время; наибольшее значеніе имѣли рейхстагъ и гофгерихтъ императора: первый просуществовалъ дольше, чѣмъ все прочія формы народныхъ собраній. Одни изъ этихъ собраній устраивались правильно, въ опредѣленные сроки (ungebotenes Ding), другія же созывались по особеннымъ случаямъ (gebotenes Ding). И въ тѣхъ и въ другихъ разрѣшались вопросы права. Представитель судной власти, котораго мы будемъ для краткости называть судьей, требовалъ на этихъ собраніяхъ, по просьбѣ стороны, рѣшенія спора отъ присутствующихъ членовъ собранія; но онъ не спрашивалъ ихъ всѣхъ одновременно, изъ чего могъ бы произойти только безпорядокъ, а требовалъ, чтобы ему дали отвѣтъ извѣстное число выбранныхъ изъ среды собранія лицъ, число которыхъ бывало больше или меньше, смотря по времени и мѣстнымъ обычаямъ, обыкновенно же было 7 или 12. Нѣтъ сомнѣнія, что въ древнѣйшія времена было необходимо, чтобы остальное собраніе выразило свое одобреніе отвѣту выборныхъ; потомъ стали требовать лишь одного, чтобы собраніе не возражало противъ ихъ отвѣта; наконецъ, еще позднѣе, даже и это отрицательное выраженіе согласія потеряло значеніе. Лица, которыя должны были дать рѣшеніе (Urtheilsfindung), сначала выбирались для cadaго случая

отдѣльно, по произволу судьи, призывались къ скамьямъ судилища и усаживались на нихъ, тѣмъ самымъ дѣлаясь частью суда, въ противоположность прочимъ членамъ собранія, располагавшимся вокругъ нихъ (*Umstand*). Предпринятое Карломъ Великимъ нововведение, содержание котораго до сихъ поръ спорно, но съ которымъ находится, вѣроятно, въ связи переименованіе этихъ выборныхъ изъ *Rachimburgiresidentes* въ *Scabini* (*Schöffen*), привело къ тому, что эти выборные судьи стали опредѣляться на болѣе продолжительные сроки, должность ихъ превратилась въ пожизненную и наслѣдственную, а вмѣстѣ съ тѣмъ увеличилось раздѣленіе между ними и другими прочими собранія (*Umstand*).

Мы не будемъ останавливаться на различіяхъ, замѣчаемыхъ въ положеніи такихъ лицъ, призванныхъ къ постановленію рѣшенія, и на перемѣнахъ, которымъ положеніе ихъ послѣдовательно подвергалось; мы должны ограничиваться лишь указаніемъ наиболѣе общихъ явленій. Вышеуказанное раздѣленіе функций судьи, отъ функций, постановляющихъ рѣшенія лицъ, существовало вездѣ; эти послѣднія вездѣ должны были постановить рѣшеніе, котораго отъ нихъ требовалъ судья, по своему крайнему разумѣнію, нерѣдко, впрочемъ, послѣ совѣщанія съ особо опредѣленными для того лицами, или же съ помощью какого нибудь сборника права, или, наконецъ, на основаніи обмѣна мнѣній между ними и прочими, окружавшими ихъ, членами собранія. Задача этихъ лицъ, призванныхъ къ постановленію рѣшенія, всегда заключалась лишь въ одномъ: дать выраженіе чувству права, живущему въ нихъ самихъ и въ ихъ народѣ. Это необходимо имѣть въ виду при сравненіи шеффеновъ съ присяжными англо-шотландскаго процесса. Вопросы факта не были предоставлены ихъ непосредственному рѣшенію, хотя, какъ мы увидимъ ниже, они косвеннымъ образомъ рѣшали и эти вопросы; они не устанавливали также положеній юридическихъ; они были обязаны объявить лишь одно: что должно быть сдѣлано, въ данномъ случаѣ, на основаніи права.

Такимъ образомъ германскій судъ состоялъ изъ двухъ факторовъ и успѣхъ его зависѣлъ отъ совокупной ихъ дѣятельности. Изъ этого одного уже легко видѣть, что эти суды не были способны къ самостоятельному принятію рѣшеній, къ быстрому, неожиданному и энергичному вмѣшательству. Такое мнѣніе находитъ себѣ подкрѣпленіе въ положеніи, которое въ древнѣйшія времена занимало уголовное право, и которое измѣнялось очень медленно, по-

степенно, незамѣтнымъ образомъ. Связь отдѣльнаго лица съ общественнымъ союзомъ была еще настолько слаба, задача государства понималась такъ узко, что рѣдко какое нибудь дѣяніе признавалось такимъ, противодѣйствию которому требовалъ публичный интересъ. Обыкновенно противодѣйствовать посягательству предоставлялось потерпѣвшему и его родичамъ; ежели такое посягательство представлялось нарушеніемъ мира (Friedensbruch), то обычнымъ и ближайшимъ средствомъ защиты представлялась война (Fehde): потерпѣвшій самъ, посредствомъ насилія, добывалъ себѣ желаемое удовлетвореніе въ ущербъ противнику. Но за нимъ признавалось право требовать такого удовлетворенія предъ судомъ, въ собраніи членовъ общины; въ такомъ случаѣ онъ долженъ былъ удовольствоваться взятіемъ съ виновнаго выкупа (compositio) въ размѣрѣ, опредѣлявшемся для каждаго отдѣльнаго случая обычнымъ правомъ. Въ древнѣйшія времена *тѣлесныя наказанія* были почти неизвѣстны и еще долго спусти они примѣнялись только въ рѣдкихъ случаяхъ. Къ уплатѣ вознагражденія лицо, признанное виновнымъ, *принуждалось*, въ случаѣ отказа добровольно заплатить его; какъ теперь гражданскій процессъ, такъ въ тѣ времена процессъ уголовный сводился къ такому принудительному исполненію рѣшенія. Впослѣдствіи такой взглядъ на правонарушеніе измѣнился; нарушение мира вскорѣ стало разсматриваться какъ нарушение публичнаго интереса, требующее публичнаго наказанія, которое и стало примѣняться сначала *альтернативно*, рядомъ съ выкупомъ, а послѣ — вмѣсто него. Эти измѣненія, разумѣется, не могли не отразиться и на уголовномъ судопроизводствѣ, но вліяніе ихъ сказывалось чрезвычайно медленно, постепенно. Поэтому нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что германскій уголовный процессъ въ ту эпоху, когда онъ дѣйствительно оставался германскимъ, приводился въ движеніе исключительно сторонами, что и въ уголовномъ процессѣ сохраняла значеніе поговорка „безъ истца нѣтъ судьи“, и что обвинителю и обвиняемому было предоставлено охранять свои интересы и предъявлять по собственному усмотрѣнію все, что могло говорить въ ихъ пользу.

Но въ то-же самое время мы видимъ, къ немалому удивленію всѣхъ лицъ, считающихъ формальности современнаго процесса безполезными выдумками юристовъ, въ эту элементарную эпоху чисто народнаго правосудія, такой строгій *формализмъ*, о которомъ нашъ нынѣшній судъ не можетъ дать никакого представленія. И въ



самомъ дѣлѣ, въ ту эпоху все считалось одинаково важнымъ: мѣсто и время судебного засѣданія, мѣсто, занятое судьей и лицами, постановлявшими рѣшеніе, жезлъ въ рукѣ перваго, способъ вызова обвиняемаго, способъ заявленія какого либо требованія и т. д.

При такихъ условіяхъ, разумѣется, не всякій былъ способенъ къ тщательному соблюденію всѣхъ этихъ формъ; поэтому явилось право просить о назначеніи повѣреннаго (*Fürsprech*). Такой повѣренный долженъ былъ говорить, вмѣсто представляемой имъ стороны, соотвѣтствующія обстоятельствамъ дѣла рѣчи, которыя, однако, связывали сторону лишь настолько, насколько она подтверждала ихъ содержаніе; необходимость такого подтвержденія стороною давала возможность своевременно предупреждать вредъ, который могъ для нея произойти отъ какой нибудь ошибки въ формѣ. Въ остальномъ повѣренный являлся лишь внѣшнимъ органомъ стороны, не имѣя съ нею общности интересовъ; повидимому даже его личной пристрастности въ пользу стороны не придавалось значенія.

Теперь прослѣдимъ ходъ судопроизводства въ той простѣйшей формѣ его, которая получила названіе ординарнаго процесса.

Когда къ суду является обвинитель, предъявляющій искъ, то судья приказываетъ ему ждать, пока судъ не соберется въ установленномъ порядкѣ и составѣ; послѣднее удостоверяется особымъ рѣшеніемъ, которое постановляется по требованію судьи. Вслѣдъ затѣмъ обвинитель требуетъ назначенія себѣ повѣреннаго (*Fürsprech*), и заявляетъ, съ соблюденіемъ особенныхъ обрядовъ (*Zeter-Geschrei*), требованіе, чтобы его допустили къ обвиненію. Это обвиненіе начинается слѣдующими словами: „Вотъ стоитъ Н. и жалуется Богу и вамъ, господинъ судья, его намѣстнику, на то, что названный М. пришелъ къ нему и нарушилъ миръ и т. д., и проситъ судью приказать М. отвѣчать“. Законность требованія, по просьбѣ судьи, удостоверяется новымъ рѣшеніемъ; тогда обвиняемому приказывается отвѣчать, что ведетъ къ вызову въ судъ, обставленному множествомъ формальностей.

Ежели обвиняемый явился и сознался въ своемъ поступкѣ, не указывая никакихъ извиняющихъ его обстоятельствъ, то онъ самъ себя осуждалъ; по просьбѣ обвинителя и требованію судьи, призванные къ постановленію рѣшенія лица объявляютъ, какъ слѣдуетъ съ нимъ поступить на основаніи права. Ежели обвиняемый запирается, то дѣлается необходимымъ рѣшить между двумя противоположными утвержденіями сторонъ. По общему правилу, обви-

няемому принадлежит право, а съ тѣмъ вмѣстѣ и обязанность, *очиститься отъ обвиненія присягою*. Для такого очищенія достаточно присяги обвиняемого. Особенность германскаго взгляда на доказательства заключается, при этомъ, въ томъ, что при такомъ очищеніи главное значеніе придается не объективной вѣроятности утверждаемаго, а довѣрію, внушаемому утверждающимъ. Принимая во вниманіе особенности той эпохи и свойства народа, котораго главными пороками были надменность и насиліе, но среди котораго коварство и обманъ были рѣдкими явленіями, а нарушеніе религіознаго долга было чѣмъ-то неслыханныхъ, трудно допустить, чтобы даже самыя тяжкіе преступники рѣшались на лжеприсягу. Но кромѣ того, въ указанномъ смыслѣ присяга обвиняемаго не всегда признавалась достаточною. Его право на довѣріе должно было быть засвидѣтельствовано во многихъ случаяхъ особенными соприсяжниками, т. е. извѣстнымъ числомъ друзей обвиняемаго, которые должны были принять участіе въ приносимой имъ присягѣ своею собственною клятвою въ томъ, что присяга его „чиста и неложна“ (*rein und untein*). Такимъ образомъ соприсяжники не подтверждаютъ непосредственно справедливость утвержденія присягнувшаго, а лишь свидѣлствуютъ личное свое убѣжденіе въ его правдивости. Вотъ почему соприсяжники и должны были быть изъ друзей присягнувшаго, изъ лицъ, близко его знающихъ. Впрочемъ, во многихъ мѣстностяхъ (именно въ Австріи) скоро было принято за правило опредѣлять извѣстный кругъ лицъ, изъ которыхъ принимающій присягу обязанъ былъ набрать себѣ соприсяжниковъ, что должно было привести къ тому, что тѣ лица, въ виновности которыхъ существовало общее убѣжденіе, не могли очиститься этимъ способомъ <sup>1)</sup>.

Но не всегда присяга рѣшала дѣло: лица подозрительныя, пользующіяся дурною славою, лица, которыя не могли найти необходимое число соприсяжниковъ, а равно и тѣ, которыя уже были прежде осуждены какъ воры или разбойники, могли очиститься лишь посредствомъ суда Божія. Судъ Божій тоже получаетъ значеніе доказательства не вслѣдствіе соотношенія между тѣмъ, что изъ него вытекаетъ, и предметомъ доказательства, но вслѣдствіе того довѣрія, которое внушаетъ къ себѣ лицо, за которое, какъ тогда

---

<sup>1)</sup> Подробности будутъ указаны ниже, при изображеніи исторіи развитія доказательства свидѣтелями.

думали, само Божество вступилось и проявило себя въ исходѣ ордалий. По крайней мѣрѣ въ большинствѣ случаевъ замѣчается именно такое отношеніе, напр., при держаніи руками раскаленнаго желѣза, при выниманіи кольца со дна сосуда, наполненнаго кипяткомъ (*Kesselfang*) и т. п.; лишь въ рѣдкихъ случаяхъ замѣчается обратное предположеніе, т. е. убѣжденіе въ томъ, что Божество чудеснымъ образомъ вмѣшается *во вредъ* лицу, говорящему ложь. *Судебный поединокъ* основывается на предположеніи, занимающемъ какъ бы средину между обоими, выше указанными; поединка могъ требовать впрочемъ не только обвиняемый, но и обвинитель, желавшій предупредить очистительную присягу, и тотъ и другой, впрочемъ, лишь въ томъ случаѣ, когда онъ былъ лицо, равное съ вызываемымъ или высшее. Рѣшеніе на основаніи поединка служить наиболѣе осязательнымъ доказательствомъ того, что судъ, рѣшая между двумя противоположными утвержденіями, нисколько не руководствуется убѣжденіями, составившимся у него самого, а всецѣло подчиняется обстоятельствамъ, совершенно постороннимъ предмету доказательства. Утвержденіе того, кто былъ побѣжденъ въ поединкѣ, должно было быть признаннымъ за ложное. Поэтому и лицо, сдѣлавшее опредѣленное утвержденіе, вовсе не было всегда обязано лично участвовать въ поединкѣ; за женщинъ и недужныхъ могъ выступить наймитъ, котораго побѣда или пораженіе рѣшала ихъ дѣло.

Понятно, что при такой системѣ доказательствъ, показанія свидѣтелей и косвенныя улики не могли получить непосредственнаго, рѣшающаго значенія въ дѣлѣ; но очевидно, также что невозможно было продолжительное время останаться при ея строгомъ формализмѣ. Средствомъ выйти изъ этого затрудненія, проложившимъ путь къ выработкѣ вѣрнаго понятія о доказательствахъ въ процессѣ, явилось различіе между *застынутымъ*, явнымъ преступленіемъ (*handhafte That*) и преступленіемъ, обнаруженнымъ лишь черезъ ночь, *сумочнымъ* (*übernächtlige That*). Лицо, которое было захвачено на мѣстѣ преступленія и немедленно приведено на судъ (мы нарочно избѣгаемъ разбора всѣхъ разновидностей производства въ такихъ случаяхъ), не могло воспользоваться правомъ очистительной присяги, такъ какъ въ этихъ случаяхъ принималась присяга отъ обвинителя, которому едва-ли когда нибудь трудно было найти соприсяжниковъ. То обстоятельство, что преступленіе дѣйствительно было *застынуто*, явно, нерѣдко особо

доказывалось посредствомъ свидѣтельскихъ показаній. Съ возрастаніемъ числа преступленій въ концѣ среднихъ вѣковъ, всѣ эти средства уличенія виновнаго были признаны, въ особенности въ городахъ, неудовлетворительными. Прежде всего, положеніе обвиняемаго на судѣ было отягчено тѣмъ, что онъ являлся не свободно, а приводился какъ узникъ; вскорѣ, во многихъ мѣстностяхъ, было признано достаточнымъ доказательствомъ виновности его принесеніе присяги обвинителемъ съ нѣсколькими соприсяжниками (обыкновенно 6—отсюда произошло выраженіе *übersiebnen*).

Такимъ образомъ, разрѣшеніе *вопроса факта* зависѣло отъ разрѣшенія *вопроса права*. Въ каждомъ дѣлѣ требовалось, прежде всего, опредѣлить надлежащій способъ доказательства; послѣ этого рѣшенію шеффеновъ подлежали лишь несложные вопросы: очистился ли обвиняемый, или побѣдилъ ли его обвинитель, согласно праву? Поэтому окончательное рѣшеніе и не могло имѣть иной, третьей формы: или обвиняемый совершенно очистился, или необходимо опредѣлить наказаніе.

Что касается самаго рѣшенія, то можно было помѣшать вступленію его въ законную силу двумя способами. Когда кто-либо изъ шеффеновъ объявлялъ свое рѣшеніе, то лицо, бывшее инаго мнѣнія, должно было тотчасъ же заявить споръ и предложить другое рѣшеніе; затѣмъ, между обоими рѣшеніями рѣшало большинство. Ежели рѣшеніе послѣдовало единогласное или же получило одобреніе большинства, то уже простаго спора было недостаточно; но споривъ (а долгое время -- и всякому члену собранія) принадлежало право *опорочить* рѣшеніе (*Urtheil schelten*): „рѣшеніе, только что постановленное, я объявляю порочнымъ и переносу его туда, куда я долженъ перенести его по закону, и требую рѣшенія тамъ, гдѣ долженъ“. Въ такомъ случаѣ лицо, постановившее рѣшеніе, должно было уступить свое мѣсто тому, кто опорочилъ его. Опорочившій занималъ его мѣсто и долженъ былъ объявить рѣшеніе, которое считалъ справедливымъ. Но противорѣчіе, такимъ образомъ возникавшее, уже не могло быть устранено въ этомъ судѣ, а лишь непосредственно высшимъ судомъ, куда судья отправлялъ посла, а вмѣстѣ съ нимъ вскорѣ началъ отправлять и записку съ изложеніемъ всего предшествовавшаго производства. Даже и въ высшемъ судѣ, судѣ короля, существовало, по крайней мѣрѣ у саксовъ, право опорочить рѣшеніе; здѣсь споръ рѣшался исходомъ боя между опорочившимъ и шестью пособниками—на одной сторонѣ;



и семью лицами, постановившими рѣшеніе — на другой. Иногда, впрочемъ, въ особенности въ такихъ городахъ, которые приняли право какого либо болѣе значительнаго города, лица, призванныя къ постановленію рѣшенія, не постановляли его сами, а просили постановить его шеффеновъ того города (судъ котораго назывался тогда *Oberhof*).

Представивъ себѣ основанія описаннаго процесса, нельзя не придти къ убѣжденію, что на этихъ основаніяхъ никакой процессъ не могъ быть долговѣченъ. Первымъ условіемъ для возможности такого процесса является первобытное состояніе того отдаленнаго времени, когда знаніе права еще составляло общее достояніе, а государственные интересы были еще столь несложны, столь мало чувствительны, что не затрогивались наказаніемъ или безнаказанностью преступниковъ. Второе условіе это то, чтобы разрѣшеніе вопроса факта не представляло затрудненія, вслѣдствіе убѣжденія въ обладаніи такими средствами, которыя даютъ возможность безошибочно изслѣдовать правду. Эти оба условія съ теченіемъ времени исчезли; постепенно шеффены превратились не только въ отдѣльное сословіе, но и въ носителей такихъ преданій, которыя только среди нихъ еще и продолжали жить и дѣйствовать, а съ тѣмъ вмѣстѣ очутились въ такомъ положеніи въ отношеніи остальнаго народа, которое въ отношеніи ихъ самихъ скоро заняли судьи — законники. Еще до проникновенія чужеземнаго права не одна брешь была сдѣлана въ торжественномъ, строгоформальномъ, но тяжеловѣснѣмъ, всецѣло подчинившемся формѣ и произволу сторонъ, старогерманскомъ процессѣ, съ одной стороны, тайными судилищами (*Vehmgerichte*), съ другой — безпорядочнымъ отправленіемъ правосудія во многихъ городахъ. Къ этому присоединилось уничтоженіе вѣры въ достоинство старинныхъ доказательствъ: церковь относилась къ нимъ неблагопріятно, маѣйшей критики было достаточно, чтобы увидѣть всю ихъ несостоятельность, а въ виду все возрастающаго въ обществѣ чувства небезопасности отъ лихихъ людей они вскорѣ были вовсе оставлены. Но такимъ образомъ самое основаніе старогерманскаго процесса было потрясено и не было никакого средства для того, чтобы ввести этотъ процессъ въ новое русло; почти можно предположить, что такимъ средствомъ явилась пытка, съ одной стороны примыкавшая къ прежнимъ судамъ божьимъ, а съ другой къ системѣ доказательствъ иноземныхъ правъ. Во всякомъ случаѣ, когда на почвѣ Германіи

прил. къ ж. гр. и уг. пр. кн. I 1885 г. 4

стали твердою ногою доктора римскаго и каноническаго права, они нашли уголовный процессъ безпомощнымъ, расшатаннымъ съ основанія; отечественному праву не доставало органа, который бы способствовалъ своевременному выдѣленію отжившихъ частей и возмѣщенію ихъ посредствомъ новообразованій; побѣда иноземнаго права была обезпечена.

### § 7. Римскій уголовный процессъ.

Во всемъ римскомъ законодательствѣ, продолжительное время, даже въ эпоху имперіи, проходитъ взглядъ на уголовное право, какъ на часть политики. Помимо нѣсколькихъ колебаній въ подробностяхъ, чистыя нарушенія правъ частныхъ, хотя-бы совершенныя при обстоятельствахъ, которыя по нынѣшнимъ понятіямъ дѣлаютъ необходимымъ наказаніе, и даже нарушенія полицейскаго порядка, были предоставлены разбирательству въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства. Путемъ послѣдняго необходимая репрессія осуществлялась отчасти посредствомъ наложенія денежныхъ пеней (при частныхъ правонарушеніяхъ и по народнымъ искамъ) <sup>1)</sup>, отчасти посредствомъ тѣхъ правопораженій, которымъ подвергались лица, проигравшія дѣла извѣстнаго рода. Такимъ образомъ, область уголовного правосудія (*judicium publicum*) ограничивалась такими дѣяніями, энергичное противодѣйствіе которымъ явно и непосредственно требовалось публичнымъ интересомъ: въ этомъ смыслѣ карательная власть была принадлежностью публичной власти вообще.

Подобно отцу семейства, который, въ силу отеческой власти, имѣлъ право жизни и смерти (*jus vitae et necis*) надъ членами семьи, цари, жрецы (*pontifices*) и сенатъ имѣли карательную власть, которою они пользовались смотря по обстоятельствамъ каждаго случая, по собственному усмотрѣнію, почти не будучи связаны ни законами, ни юридическими обычаями; такая власть принадлежала имъ лишь какъ право, не составляя ихъ обязанности. Какъ извѣстно, съ низверженіемъ царей въ Римѣ измѣнилась только особа высшаго магистрата, а не отношеніе отдѣльныхъ лицъ къ верховной власти. Карательная власть еще долгое время оставалась въ своемъ прежнемъ объемѣ въ рукахъ консуловъ и преторовъ; впослѣдствіи же, по дѣламъ уголовнымъ, въ которыхъ обви-

---

<sup>1)</sup> Delicta privata, actiones populares.

нялись римскіе граждане, перешла къ комиціямъ. Изъ этихъ послѣднихъ карательная власть была передана сначала въ видѣ исключеній, а затѣмъ и навсегда, въ особенныя комиссіи, которыя вѣдали судъ по опредѣленному роду преступленій и назывались „постоянными слѣдственными комиссіями“ (*quaestiones perpetuae*). Во всѣхъ этихъ учрежденіяхъ судьи были носителями неограниченнаго права, возложеннаго на нихъ государствомъ; это отношеніе измѣнилось только тогда, когда съ исчезновеніемъ *quaestiones perpetuae* карательная власть стала осуществляться не только императоромъ, но и органами, имъ назначенными, и, конечно, подчинявшимися его наставленіямъ, его волѣ и его законамъ. Вотъ почему эпоха прекращенія дѣятельности „постоянныхъ слѣдственныхъ комиссій“ представляетъ рѣзкій поворотъ въ исторіи римскаго уголовного процесса, который имѣлъ рѣшительное значеніе, но который трудно опредѣлить хронологически.

Поэтому, мы прежде всего обратимся къ тому первому періоду, котораго высшая ступень развитія выразилась въ *quaestiones perpetuae*. Порядокъ производства, который въ нихъ соблюдался, былъ продолженіемъ уже раньше примѣнявшагося къ этимъ дѣламъ, лишь съ немногими измѣненіями: измѣненія эти явились вслѣдствіе отпаденія множества обременительныхъ формальностей, съ которыми было сопряжено судопроизводство въ комиціяхъ, гдѣ къ нему примѣнялись тѣ же правила, которыми комиціи руководствовались въ своей законодательной дѣятельности. Поэтому вполне возможно ограничиться изложеніемъ процесса, какъ онъ производился въ *quaestiones perpetuae*.

Уже по тому одному соображенію, что долгое время важнѣйшая часть уголовного правосудія отправлялась всенароднымъ собраніемъ и *quaestiones perpetuae* лишь заняли мѣсто комицій, невозможно допустить, чтобы возбужденіе уголовного преслѣдованія могло непосредственно исходить отъ такого неподвижнаго, тяжеловѣснаго суда; уголовный процессъ, слѣдовательно, могъ возникнуть только при наличности обвинителя и могъ быть доведенъ до конца только при этомъ условіи. Никакихъ особенныхъ мѣръ для того, чтобы такой обвинитель дѣйствительно являлся въ случаѣ совершенія преступленія, не было принято, за немногими исключеніями. Объясненія этого можно искать или въ убѣжденіи, что достаточно *возможности* преслѣдованія, или въ довѣріи къ чувству общественности гражданъ, или, наконецъ, въ томъ, что

обязанность извѣстныхъ должностныхъ лицъ къ пресѣченію всего того, что представляетъ опасность для государства, считалась достаточнымъ обезпеченіемъ. Но право поднять обвиненіе *accusatio* принадлежало въ періодъ *quaestiones perpetuae* каждому гражданину, ежели только въ его личности или въ его отношеніяхъ къ обвиняемому не заключалось особыхъ обстоятельствъ, исключавшихъ такое право. Отъ недобросовѣстныхъ обвиненій гражданъ обезпечивали, помимо тѣхъ тягостей и затрудненій, съ которыми было сопряжено веденіе процесса, наказанія за ябеду и присяга въ добросовѣстности обвиненія (*juramentum calumniae*), которую долженъ былъ принести обвинитель при самомъ началѣ процесса; также были приняты мѣры для того, чтобы однажды начатое производство не могло быть прекращено по произволу обвинителя или вслѣдствіе мошеннической сдѣлки между нимъ и обвиняемымъ (*tergiversatio* или *praevaricatio*).

Лицо, жалавшее явиться обвинителемъ, должно было объявить о своемъ намѣреніи предсѣдателю надлежащаго суда (*quaestio*), что называлось *postulare*. Ежели не было препятствій къ допущенію его обвинять, а въ случаѣ нѣсколькихъ заявленій отъ различныхъ лицъ, имѣющихъ право быть обвинителями по данному дѣлу, по разрѣшеніи такого спора предпочтеніемъ одного изъ нихъ (*divinatio*), обвинитель приступалъ къ *nominis delatio, professio criminis*: онъ съ точностью указывалъ какъ лицо обвиняемаго, такъ и то преступное дѣяніе, въ которомъ онъ обвинялъ его. Весьма вѣроятно, что этому дѣйствию предшествовалъ призывъ обвиняемаго и допросъ его обвинителемъ касательно обстоятельствъ, которыя должны были лечь въ основаніе обвиненія (*interrogatio*). Обвиняемый не принуждался ни къ явкѣ, ни къ отвѣту на обращенные къ нему вопросы, такъ какъ цѣль его призыва заключалась лишь въ томъ, чтобы съ самаго начала болѣе точнымъ образомъ опредѣлить предметъ предстоящаго состязанія на основаніи его признаній и возраженій. Съ тою же цѣлью только теперь опредѣлительно выраженное обвиненіе записывалось въ протоколъ, который подписывался обвинителемъ. Этимъ актомъ *nominis inscriptio*, въ силу котораго обвинитель былъ уже связанъ, къ выгодѣ обвиняемаго, содержаніемъ прописаннаго имъ обвиненія, опредѣлялось направленіе возбужденнаго процесса. Окончательное рѣшеніе, т. е. простое утвержденіе или отверженіе обвиненія, зависѣло отъ того,



оставалось ли содержаніе обвиненія безусловно непоколебленнымъ до конца процесса, или же не оставалось таковымъ.

Поэтому и лицо, противъ котораго было возбуждено преслѣдованіе, превращалось въ подсудимаго (*reus, in reatu*) лишь съ того момента, когда судья офиціально объявлялъ о принятіи имъ этого обвиненія (*receptum nomen*).

Теперь уже обѣ стороны были на лицѣ; судья оставалось только назначить время судебного засѣданія; подготовленіе къ этому дню и доставленіе доказательствъ всецѣло предоставлялось сторонамъ. Пока эти подготовленія шли своимъ порядкомъ, со стороны обвиняемаго принимались всевозможныя мѣры къ тому, чтобы вызвать у будущаго судьи благопріятное ему настроеніе. Хотя лишеніе свободы, сходное съ нашимъ предварительнымъ заключеніемъ, примѣнялось лишь въ очень рѣдкихъ случаяхъ и то въ очень мягкой формѣ (всякій обвиняемый римскій гражданинъ могъ прекратить производство удалившись въ изгнаніе) состояніе подсудимаго все таки тяжело чувствовалось и такая угнетенность всѣми способами выставлялась на показъ. Какъ самъ *reus*, такъ и всѣ лица, ему близкія или просто сочувствующія, оказывали всевозможные внѣшніе знаки глубочайшей скорби и облакались въ такія одежды, которыя были рассчитаны на возбужденіе въ народѣ состраданія.

Когда, наконецъ, наступалъ день рѣшенія, первымъ дѣломъ было составленіе суда. *Quaestio* состояла изъ предсѣдателя, которымъ бывалъ или самъ преторъ, или же особо назначенный *iudex quaestionis*, и который руководилъ лишь внѣшнимъ порядкомъ производства, и изъ очень значительнаго числа судей. Судьи назначались ежегодно и имена ихъ опубликовывались. Изъ числа этихъ судей, число которыхъ обыкновенно было нѣсколько сотъ, должны были быть выбраны тѣ, которыхъ рѣшенію довѣрялось данное дѣло: число такихъ выбранныхъ судей было значительно, отъ 32 до 75.

Лица, которыя не могли быть судьями по данному дѣлу на основаніи законныхъ причинъ, прямо устранились, а затѣмъ обыкновенно посредствомъ жребія (*sortitio*) опредѣлялись судьи для даннаго дѣла. Обѣ стороны имѣли право отвести неограниченное число судей безъ представленія мотивовъ отвода; иногда, поэтому, было необходимо дополнить число судей посредствомъ новой жеребьевки (*subsortitio*). Повидимому въ древнѣйшее время составъ суда опредѣлялся не посредствомъ жребія, а другимъ способомъ, который назывался *editio*: каждая сторона указывала необходимое

число судей и затѣмъ отводила половину судей, предложенныхъ противникомъ.

Когда такимъ путемъ были избраны будущіе судьи (*judices selecti*), они принимали присягу, почему и назывались также *jurati*.

Обращаясь къ самому производству, которое въ ту эпоху происходило публично, на форумѣ, намъ необходимо имѣть въ виду кромѣ того, что выше уже было сказано о положеніи уголовного права въ древнемъ Римѣ, еще и національную черту римскаго процесса. Слову, выраженію, у римлянъ придавалось гораздо большее значеніе, нежели у германскихъ народовъ. Судебное засѣданіе открывалось, заисключеніемъ періода недолговѣчной реформы, введенной Помпеемъ, *рѣчами* сторонъ. То обстоятельство, что предъявленіе и повѣрка доказательствъ *слѣдова*мъ за рѣчами сторонъ, показываетъ, всего лучше, что истинность или ложность утвержденія обвинителя далеко не составляла единственнаго основанія рѣшенія, и что задача римскаго судьи всего менѣ состояла въ хладнокровной оцѣнкѣ доказательствъ. Къ тому же заключенію приводятъ и сохранившіеся отъ того времени рѣчи. Униженіе противника, выставленіе собственныхъ заслугъ и достоинствъ, стараніе повліять на чувствительность судей, на ихъ тщеславіе, внесеніе въ процессъ политическихъ соображеній и возбужденіе интересовъ партій—вотъ тѣ средства, которыми съ удивительнымъ краснорѣчіемъ пользовались представители сторонъ *causarum patroni*. Въ первыя времена противники обмѣнивались рѣчами только одинъ разъ; обвинитель говорилъ первымъ, защитникъ отвѣчалъ ему. Послѣ произнесенія этихъ рѣчей новыя болѣе не произносились, но могли слѣдовать краткія объясненія въ формѣ діалога (*altercationes*).

При такихъ условіяхъ трудно было ожидать, чтобы ученіе о доказательствахъ достигло той степени развитія, которую мы, однако, видимъ въ древнемъ Римѣ. Послѣ всего вышеуказаннаго, искать настоящихъ *правилъ о доказательствахъ*, а тѣмъ болѣе цѣлой *теоріи доказательствъ*, въ этой эпохѣ нельзя. Каждая сторона старалась вселить въ судей опредѣленное убѣжденіе; для этого ей было предоставлено пользоваться всевозможными средствами и свобода эта обыкновенно ограничивалась только равнымъ правомъ противника и предоставленною ему возможностью противо-дѣйствовать. При этомъ, однако, *противъ* обвинителя было предположеніе невинности обвиняемаго; за него было то положеніе, которое онъ занималъ, какъ представитель публичнаго интереса; въ

этомъ нужно искать объясненія того, что ему одному принадлежало право принуждать свидѣтелей къ явкѣ противъ ихъ воли. *Свидѣтели* приводились къ присягѣ и допрашивались предъ лицомъ всего суда сначала вызвавшимъ ихъ, а затѣмъ противникомъ; судьи ихъ не допрашивали; исключеніе составляли тѣ случаи, когда свидѣтель подвергался *пыткѣ*, что въ разсматриваемую эпоху бывало только съ рабами. Въ этомъ случаѣ допросъ происходилъ подъ руководствомъ *judex quaestionis*, который наблюдалъ за веденіемъ протокола, внѣ суда. — Не только въ этомъ, но и во многихъ другихъ случаяхъ употреблялись, въ видѣ доказательствъ, письменныя замѣтки и *документы*; *косвенныя улики* тоже играли большую роль. Едва ли нужно говорить, что при строгомъ соблюденіи обвинительнаго начала, *признаніе* имѣло больше значенія, чѣмъ всякое другое средство доказательства; въ случаѣ признанія обвиняемаго, защита его принимала своеобразную форму *deprecatio*. Одни рабы могли быть принуждаемы къ признанію. Въ древнѣйшую эпоху, тотчасъ за представленіемъ доказательствъ слѣдовало голосованіе. Каждый судья получалъ табличку, на которой, не показывая ее другимъ, онъ дѣлалъ одинъ изъ трехъ знаковъ: *A* (*absolvo*), *NL* (*non liquet*), или *C* (*condemno*). Для осужденія требовалось абсолютное большинство голосовъ; оно объявлялось, какъ безусловное принятіе обвиненія, словами лица, которое было *judex quaestionis*: *fecisse videtur*. Въ протяжномъ случаѣ *judex quaestionis* объявлялъ: *fecisse non videtur*.

*Non liquet* было выраженіемъ личнаго взгляда судьи, при помощи котораго онъ устранялъ себя отъ голосованія; но въ томъ случаѣ, когда вслѣдствіе большаго числа табличекъ съ знакомъ *N L* не могъ состояться ни обвинительный, ни оправдательный приговоръ, общее мнѣніе выражалось словомъ: *Amplius!* Все производство подлежало въ этомъ случаѣ возобновленію, и это могло повториться нѣсколько разъ, до тѣхъ поръ, пока для большинства судей дѣло не представлялось настолько выясненнымъ, чтобы они могли постановить рѣшеніе по существу. Такое правило, однако, соблюдалось недолго. Въ процессахъ по поводу иска *Repetundarum* по окончаніи производства (*actio prima*) слѣдовало еще повтореніе его и дальнѣйшее разслѣдованіе дѣла (*comperendinatio*), какъ бы вторичное производство (*actio secunda*); лишь послѣ этого приступали къ голосованію.

При предшествующемъ изображеніи процесса не надо забы-

вать, что въ Римѣ не существовало общаго порядка уголовного судопроизводства, а для каждаго преступленія, для котораго была устроена слѣдственная коммисія (*quaestio*), тѣмъ же самымъ закономъ было установлено какъ наказаніе, такъ и образъ суда. Во всѣхъ этихъ формахъ суда, однако, постоянно проявлялись одни и тѣ же основныя правила, которыя сохранились по исчезновеніи *quaestiones perpetuae* и признавались въ силѣ какъ правила обыкновеннаго, ординарнаго процесса, въ такое время, когда уже названія *judicium publicum* и *extraordinaria cognitio* получили совсѣмъ другое значеніе.

Въ императорскую эпоху сталъ живѣе чувствоваться публичный интересъ въ дѣлѣ наказанія преступниковъ: съ этого времени облагаются наказаніемъ, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, такія дѣянія, которыя до тѣхъ поръ вызывали реакцію лишь въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства, какъ частныя преступленія. По крайней мѣрѣ въ отношеніи этихъ дѣяній карательная власть, осуществлявшаяся отчасти самимъ государемъ, отчасти его чиновниками и сенатомъ, уже перестала считаться, какъ въ прежнее время, средствомъ, пользоваться которымъ каждый могъ по произволу, но прибѣгать къ которому никто не былъ обязанъ. Съ тѣмъ вмѣстѣ разрѣшеніе *вопросовъ факта* получило въ процессѣ первенствующее значеніе, и понятно, что правительственная власть уже перестала во всѣхъ случаяхъ ожидать выступленія обвинителя, предоставляя затѣмъ опредѣлять ходъ и исходъ дѣла дѣятельности, рвенію и умѣнью сторонъ. Непосредственное вмѣшательство судьи въ эту эпоху было облегчено также тѣмъ, что судебная власть была вездѣ сосредоточена въ рукахъ одного лица, *magistratus*, носившаго разныя названія, которому *assessores* (императору же—*consistorium*) были приданы съ правомъ лишь совѣщательнаго голоса.—Всѣ эти нововведенія должны были естественнымъ образомъ привести къ тому, что судъ съ форума удалился въ помѣщенія, въ которыя могли входить одни знатныя лица, и которыя отъ публики были отдѣлены рѣшетками и занавѣсами. Съ другой стороны, возможность обжаловать всякое рѣшеніе предъ императоромъ, сдѣлала необходимымъ *записывать* ходъ процесса и его существенныя результаты.

Всѣ эти перемѣны совершились совершенно незамѣтнымъ образомъ; онѣ явились слѣдствіемъ новой эпохи, а не отдѣльныхъ прямыхъ распоряженій правительства. Поэтому и старыя формы со-



хранились; онѣ продолжали во многихъ отношеніяхъ соблюдаться, составляя *общее правило*. Въ тѣхъ случаяхъ, когда являлся обвинитель, по прежнему происходилъ обрядъ *nominis delatio*, впрочемъ, передъ тѣмъ самымъ лицомъ, которое впоследствии постановляло рѣшеніе; при этомъ, какъ и прежде, по крайней мѣрѣ въ видѣ общаго правила, могъ являться обвиняемый, которому предлагалъ вопросы обвинитель, а въ разсматриваемую эпоху вѣроятно и судья. Сохранили свое прежнее значеніе и *nominis subscriptio* и *receptio*; но вслѣдъ за послѣднюю, въ разсматриваемую эпоху чаще стало примѣняться взятіе подъ стражу, какъ слѣдствіе состоянія подсудности (*Reatus*); еще заслуживаетъ особеннаго упоминovenія—это т. н. *custodia militaris* (подсудимый сковывался съ сторожившими его солдатами).

Самый судъ, по прежнему, открывался рѣчами сторонъ и ихъ представителей, причемъ однако слѣдуетъ замѣтить, что не во всѣхъ случаяхъ требовалось присутствіе подсудимаго. Слѣдовавшее затѣмъ представленіе доказательствъ уже не могло, какъ прежде, направляться исключительно къ тому, чтобы повліять на личное убѣжденіе судьи: теперь доказательства должны были подчиняться опредѣленнымъ правиламъ, удовлетворять извѣстнымъ *минимальнымъ требованіямъ*, хотя вполне развитой системы правилъ о доказательствахъ все еще не существовало и личное убѣжденіе судьи рѣшало дѣло (*ex sententia animi tui*, l. 3 § 2 *Dig. de testibus*). Такого рода правила существовали, напримѣръ, касательно допущенія къ *свидѣтельству* опредѣленныхъ лицъ.—Свидѣтели допрашивались въ присутствіи судьи и впоследствии, въ большинствѣ случаевъ, *самимъ судьей*; рабы по прежнему могли быть подвергнуты пыткамъ, но теперь ей могли подвергаться и обвиняемые свободные граждане, за исключеніемъ принадлежавшихъ къ высшимъ классамъ общества.

Выслушавъ мнѣніе *accessora*, *magistratus* самъ постановлялъ рѣшеніе, которое, прежде оглашенія его, записывалось и снабжалось мотивами; при этомъ судья не былъ связанъ въ опредѣленіи преступленія предѣлами заявленнаго обвиненія. Понятно, что онъ могъ отлагать рѣшеніе и продолжать судопроизводство до тѣхъ поръ, пока дѣло не становилось для него совершенно яснымъ. Прежняя *ampliatio* и *comperendinatio*, и безъ того уже давно забытыя, не могли примѣняться при этихъ условіяхъ. Поэтому и постановлявшійся приговоръ могъ быть только обвинительнымъ или

оправдательнымъ; третьей формы уже не было, въ чемъ не оставляютъ сомнѣнія слова *l. 3 Cod. de sentent. et interlocut.: Praeses provinciae non ignorat, definitivam sententiam, quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro justa non haberi.*

§ 8. Уголовный процессъ каноническаго права.

Гораздо труднѣе, чѣмъ римскій уголовный процессъ, изобразить уголовный церковный судъ. Какъ ни велико было значеніе и вліяніе этой формы процесса на уголовное правосудіе европейскаго континента и въ особенности германское общее уголовное право, ея исторія представляется болѣе измѣнчивою, болѣе зависящею отъ эпохи и обстоятельствъ, чѣмъ прочіе виды процесса.

Уже самая область, въ которой этотъ процессъ примѣнялся и то значеніе, которое каноническое право давало наказанію, не могутъ быть опредѣлены вполне точно и опредѣленно. Поводы къ преслѣдованію со стороны церковнаго суда не были постоянно одинаковыми и не сохраняли во всѣхъ случаяхъ одно и то же значеніе. Съ достовѣрностію можно установить лишь слѣдующія положенія: прежде всего необходимо отдѣлить всѣ прегрѣшенія, подлежащія исключительно суду совѣсти (*forum internum*), въ случаѣ которыхъ изслѣдовалось поведеніе грѣшника единственно съ цѣлью облегчить ему спасеніе души, хотя и несомнѣнно, что относящіяся до этого предмета правила, которыя содержатся въ источникахъ права, не остались безъ вліянія не только на свойства церковнаго уголовного суда, но и на развитіе уголовного права вообще. Рядомъ съ дѣятельностью этого рода, лежащею внѣ области права, мы видимъ усилія, направленные къ устраненію всего того, что, сдѣлавшись гласнымъ, служить къ соблазну. Церковь проявляла такую дѣятельность, направленную противъ безправственнаго или противорѣчащаго церковнымъ правиламъ, съ древнѣйшихъ временъ посредствомъ отлученія, *экскоммуникации* виновныхъ, оказывавшихъ упорное сопротивление, прибѣгая въ менѣе важныхъ случаяхъ къ возложенію эпитимій, подчиняясь которымъ наказанный видимымъ для всѣхъ образомъ отрекался отъ прежняго своего образа мыслей. Въ отношеніи *духовныхъ лицъ*, нарушившихъ обязанности сана, или виновныхъ въ поведеніи, несогласномъ съ его достоинствомъ, существовалъ болѣе строгій надзоръ и порядокъ судебного преслѣдованія, который уже не столь тѣсно зависѣлъ отъ состоянія совѣсти провинившагося. Запреще-

ніе службъ, лишеніе сана, потеря содержанія, являлись послѣдствіями такого преслѣдованія; но все таки его главною цѣлью было не карать совершившееся, а поддерживать порядокъ и дисциплину, а равно правильность церковнаго управленія. Шагомъ впередъ было позднѣйшее приобрѣтеніе церковью свободы духовныхъ лицъ отъ свѣтскаго суда (*immunitas*). Такія дѣянія, за которыя міряне подлежали свѣтскимъ уголовнымъ судамъ, влекли отнынѣ для духовныхъ лицъ церковныя наказанія, опредѣлявшіяся судами духовенства.

Постепенно эта церковная подсудность стала распространяться и на мірянъ двоякимъ путемъ: преступленія, совершенныя противъ особъ духовнаго званія, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда трудно было ожидать помощи отъ свѣтскаго судьи, стали разсматриваться церковными судьями, хотя бы виновный былъ и мірянинъ. Другія дѣянія, признанныя чисто церковными преступленіями, *delicta mere ecclesiastica*, подлежали *semper* суду церкви, именно: ересь и симонія. Многія другія дѣянія, наконецъ, подлежали одинаково вѣдомству судовъ того и другого рода; въ этихъ случаяхъ, ежели не могло быть опредѣлено наказаніе обоими судами, подсудность опредѣлялась первенствомъ возбужденія преслѣдованія. Такими *delicta mixta* признавались: прелюбодѣніе, блудъ, святотатство, лихва, лжеприсяга, содомія, богохульство, чародѣйство и колдовство.

Естественно, что во всѣхъ этихъ случаяхъ порядокъ судопроизводства не былъ и не оставался одинаковымъ. Судъ былъ менѣе строгій и болѣе снисходительный въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло шло только о поддержаніи церковнаго благочинія и чистоты нравовъ; но преслѣдованіе становилось болѣе строгимъ, являлись точно опредѣленные правила тамъ, гдѣ церковному суду подлежали преступленія въ тѣсномъ смыслѣ, или гдѣ шло дѣло о наказаніи духовныхъ лицъ. Въ случаяхъ послѣдняго рода судъ церкви всецѣло слѣдовалъ правиламъ *римскаго* права въ томъ его видѣ, какъ оно развилось во время послѣднихъ императоровъ. Названіе *accusatio* и здѣсь считается наиболѣе соответствующимъ уголовному процессу; судья былъ обязанъ ждать обвинителя: правило это соблюдалось очень строго, такъ какъ, съ одной стороны, соответствовало христіанскому челоувѣколюбію, съ другой—тому взгляду, по которому, соблазну, соединенному съ *огласившимся* злодѣянствомъ, придавалось совершенно особенное значеніе. Какъ и по римскому

праву, обвиненіе должно было быть заявлено письменно и на обвинителѣ лежала обязанность доказать его. Но подобно тому, какъ въ Римѣ въ позднѣйшее время были приняты всевозможныя мѣры для того, чтобы однажды начатое производство не было прекращено мошенническою сдѣлкою сторонѣ, или не оказалось безуспѣшнымъ, благодаря небрежности или неумѣлости послѣднихъ, такъ и здѣсь дѣятельности судьи былъ предоставленъ широкій просторъ. Особенно интересна перемѣна, происшедшая во взглядѣ на доказательства съ тѣхъ поръ, какъ выступили впередъ германцы съ своими народными законами. Извѣстна рѣзкая противоположность между римскимъ и германскимъ ученіемъ о доказательствахъ; извѣстно, что германцы придавали главное значеніе присягѣ обвиняемаго, подкрѣпленной, въ большей или меньшей степени, клятвою соприсяжниковъ, ордаліями, а въ особенности поединкомъ, тогда какъ въ видѣ общаго правила показанія свидѣтелей не имѣли значенія. Каноническое право древнѣйшаго времени явно держится римской системы, за исключеніемъ пытки (ср. въ особенности с. 5 С. II qu. 1), но принуждено было примириться съ германскимъ институтомъ очистительной присяги и лишь съ большимъ трудомъ отвергнуло ордаліи.

Изложенныя правила не соблюдались, однако, уже въ самую отдаленную эпоху, въ томъ случаѣ, когда преступленіе было явное и виновникъ былъ всѣмъ извѣстенъ: въ этомъ случаѣ всякій процессъ, въ полномъ смыслѣ слова, представлялся излишнимъ. Кромѣ того, помимо *accusatio*, преслѣдованіе могло быть также возбуждено посредствомъ *exceptio*. Когда на опредѣленное лицо была или должна была быть возложена церковная должность, то можно было заявить о недостойности его занять таковую и доказать основательность заявленія, однако, въ этомъ случаѣ, хотя бы и удалось доказать справедливость указаннаго обстоятельства, виновный не могъ быть подвергнутъ полному законному наказанію.

Независимо отъ этой, болѣе строгой формы процесса, развилась форма уголовного суда, которая стояла отчасти въ связи съ древнею *denuntiatio evangelica*: преслѣдованіе и наказаніе, которому въ *зендерихтахъ* епископа подвергались лица, чье грѣховное поведение было общеизвѣстнымъ. Нѣтъ сомнѣнія въ томъ, что такая форма процесса существовала въ областяхъ, входившихъ въ составъ государства Каролинговъ. Обыкновенно разъ въ годъ епископъ объѣзжалъ свою епархію и держалъ судъ — *зендерихтъ* (слово



*send* очевидно произошло отъ древняго названія *synodus*). На этомъ судѣ опредѣленные лица были обязаны давать подъ присягою отвѣты на вопросы, обращенные къ нимъ касательно того обстоятельства, не были ли совершены въ ихъ области извѣстнаго рода проступки. Такимъ образомъ прочитывался цѣлый списокъ самыхъ разнообразныхъ преступленій, и когда при этомъ кто нибудь былъ обвиняемъ, то онъ долженъ былъ, ежели не сознавался во введенномъ на него преступленіи, очиститься присягою или другимъ установленнымъ способомъ; ежели обвиняемый сознавался, то долженъ былъ заплатить установленную пеню. — Въ этомъ устройствѣ заключался зародышъ двухъ учреждений, совершенно независимыхъ одно отъ другого, несмотря на одинаковое названіе и на частое смѣшеніе ихъ. Такъ, нельзя сомнѣваться въ томъ, что *inquisitiones haereticae pravitatis* заимствовали порядокъ и внѣшнее устройство отъ зендгерихтовъ. Съ другой стороны, форма процесса, которая подъ именемъ *процесса инквизиціоннаго* имѣла столь важное вліяніе на устройство уголовного суда на всемъ европейскомъ материкѣ, возникла изъ начала, которое впервые получило безусловное господство въ этихъ зендгерихтахъ.

Началомъ этимъ было признаніе того, что изъ приписанія кому либо проступка народною молвою (*infamatio*) возникаетъ для опозареннаго лица обязанность очиститься отъ подозрѣнія, а для судьи — обязанность изслѣдовать дѣло. Такимъ образомъ былъ найденъ исходъ изъ тѣхъ затрудненій, которыя встрѣчались все чаще и чаще въ тѣхъ случаяхъ, когда причиненный тяжкимъ преступленіемъ соблазнъ долженъ былъ оставаться безъ преслѣдованія, потому ли, что преступленіе не затрогивало интересовъ частнаго лица настолько, чтобы побудить его къ обвиненію, или потому, что никто не рѣшался выступить обвинителемъ, вслѣдствіе неувѣренности въ исходѣ процесса и опасенія самому подвергнуться наказанію въ случаѣ проигрыша дѣла. Вслѣдствіе этого Иннокентій III объявилъ *infamatio* достаточнымъ поводомъ, замѣняющимъ обвиненіе „не въ томъ смыслѣ, чтобы одно и то же лицо было и обвинителемъ и судьей, но чтобы судья отправлялъ свою должность такъ, какъ будто бы обвинителемъ была самая молва.“ Этимъ положеніемъ на судью была возложена обязанность производить разслѣдованіе по поводу доходящихъ до него слуховъ и удостовѣряться въ дѣйствительномъ существованіи молвы; послѣдній актъ долженъ былъ совершаться письменно, и

эта запись, въ которой было оформлено обвиненіе молвы, заступало мѣсто обвиненія. Производство, которое *слѣдовало* за этимъ актомъ, не разсматривалось какъ нѣчто отличающееся отъ обыкновеннаго, ординарнаго судопроизводства, что и показываетъ, что обвиненіе уже раньше перестало оказывать непосредственное вліяніе на порядокъ производства, превратившись въ простой поводъ къ началію изслѣдованія.

Самъ Иннокентій изобразилъ въ немногихъ словахъ особенности новаго процесса: *Debet igitur esse praesens is, contra quem facienda est inquisitio, nisi se per contumaciam absentaverit; et exponenda sunt ei illa capitula, de quibus fuerit inquirendum, ut facultatem habeat defendendi se ipsum; et non solum dicta sed etiam nomina ipsa testium sunt ei (ut quid et a quo sit dictum adpareat) publicanda, nec non exceptiones et replicationes legitimae admittendae; ne per suppressionem nominum, infamandi, per exceptionum vero exclusionem, deponendi falsum audacia praebeatur (c. 24 X de accusationibus 5, 1).*

Но *inquisitio*—названіе, которое мы здѣсь употребляемъ въ самомъ тѣсномъ смыслѣ его, примѣняется исключительно при существованіи обвиненія по народной молвѣ; это послѣднее условіе, по крайней мѣрѣ первоначально, весьма строго соблюдалось (*si per clamorem et famam ad aures superioris pervenerit, non quidem a malevolis et maledicis, sed a providis et honestis, non semel tantum, sed saepe quod clamor innuit et diffamatio manifestat*—говорить каноническое правило).

Ежели бы на этомъ и остановились, то посредствомъ указаннаго нововведенія все-таки достигли бы весьма немногаго. Но одновременно былъ сдѣланъ другой, весьма важный шагъ впередъ. Достаточнымъ поводомъ къ началію уголовного преслѣдованія была объявлена *denuntiatio*, т. е. голый доносъ; доносчикъ не обязывался болѣе принимать на себя дѣятельность и отвѣтственность обвинителя. При этомъ ходъ процесса оставался такимъ же, какъ при *inquisitio*, почему этимъ послѣднимъ названіемъ стали обозначать процессъ въ обоихъ случаяхъ, и вскорѣ оно одно сдѣлалось употребительнымъ.

На этихъ основаніяхъ судебныя учрежденія каноническаго права стали развиваться далѣе.

Ежели мы попытаемся уяснить себѣ значеніе результатовъ развитія каноническаго права, то прежде всего мы должны обратить вни-

маніе на его двоякую заслугу. Уже въ римскомъ правѣ позднѣйшей эпохи существовало сознаніе того, что въ уголовномъ правосудіи дѣло идетъ о чемъ-то вышемъ, нежели благо частныхъ лицъ; что для него область, ограниченная, съ одной стороны, желаніемъ всякаго человѣка избѣжать наказанія, съ другой—требованіемъ удовлетворенія потерпѣвшимъ, слишкомъ тѣсна; но это сознаніе оставалось на второмъ планѣ, потребности старались удовлетворить побочными средствами, между прочимъ. Эта мысль получила главное, принципиальное значеніе впервые на основаніи каноническаго права, и съ тѣхъ поръ уже не лишалась его и не можетъ лишиться до тѣхъ поръ, пока европейская государственная система будетъ сохранять свое нынѣшнее міровое значеніе. Эта идея получила названіе *инквизиціоннаго* или *розыскаго начала*, потому что возложеніе на судью разслѣдованія по долгу службы было ея первымъ и важнѣйшимъ слѣдствіемъ; затѣмъ уже противоположностью этого начала было объявлено теорію начала *обвиненія* или *состязательности*; но въ обоихъ отношеніяхъ теоретики зашли гораздо дальше, чѣмъ это оправдывалось дѣйствительностью.

Другая, остающаяся заслуга каноническаго права состоитъ въ томъ, что оно ввело въ процессъ римское понятіе и способъ употребленія доказательствъ. Какъ мы уже говорили выше, ученіе о доказательствахъ германцевъ основывалось на такихъ предположеніяхъ, которыя теперь для насъ совершенно непонятны; поэтому право, которое принесли съ собою въ Германію юристы, ни въ какой части своей не находилось въ столь рѣзкомъ противорѣчій съ тѣмъ, которое они здѣсь нашли дѣйствующимъ, чѣмъ именно въ той части, въ которой теперь для насъ кажется немыслимымъ принципиальное разногласіе. Римское право, и позднѣе, въ еще болѣе степени, право каноническое, въ этомъ отношеніи слѣдовали общечеловѣческому здравому смыслу; приговоръ судьи получался посредствомъ заключеній отъ того, что было ему непосредственно предъявлено, къ тому, что было спорнымъ. Центръ тяжести этого ученія о доказательствахъ составляютъ показанія свидѣтелей о томъ, что они сами видѣли и слышали, подкрѣпленныя присягою и представленныя критикѣ противника. По германскому же праву внутренняя достовѣрность утверждаемаго не имѣла никакого значенія, все зависѣло отъ достоинства лица утверждавшаго, и именно отъ того, насколько его право на довѣріе было доказано или его соприисаженниками, или исходомъ Божьяго суда. Хотя, современемъ,

римское учение о доказательствах и должно было неминуемо получить господство, но его проникновение въ процессъ было, въ значительной степени, облегчено каноническимъ правомъ. Проводя римское воззрѣніе, каноническое право должно было, однако, дѣлать различныя уступки германскимъ формамъ доказательствъ, и такимъ образомъ сдѣлалось источникомъ теоріи доказательствъ общегерманскаго права, — системы правилъ о доказательствахъ, которой основныя идеи сохранили значеніе даже и тамъ, гдѣ дѣло рѣшается исключительно на основаніи впечатлѣнія, выносимаго судьей изъ процесса.

Съ другой стороны несомнѣнно, что теорія, развивая все дальѣе тѣ положенія, которыхъ начало находится къ каноническомъ правѣ, зашла слишкомъ далеко въ своихъ заключеніяхъ, и во многомъ недостаточно приняла во вниманіе особенности предметовъ каноническаго процесса; что она этимъ даже мѣшала развитію германскаго уголовного процесса, исключивъ многое, что сохранилось на германской почвѣ и имѣло полное право на дальнѣйшее существованіе, впоследствии же было вновь введено, но уже изъ за-границы. Признаніе публичнаго интереса въ уголовномъ правѣ привело къ тому, что преступленіе не оставалось безъ наказанія даже и тамъ, гдѣ не было жалобщика; оно, далѣе, имѣло послѣдствіемъ то, что судья помогаль своимъ знаніемъ и опытностью какъ обвинителю, когда таковой являлся въ процессѣ, такъ, по всей справедливости, и обвиняемому. Самое простое средство обезпечить соблюденіе публичнаго интереса, возложеніемъ этой обязанности на публичнаго обвинителя, или не было открыто, или не могло быть принято; повѣреннаго, котораго германское право почти требовало отъ обвиняемаго, все болѣе старались удалить отъ него. При этихъ условіяхъ, яко-бы послѣдовательно развивая розыскное начало, пришли наконецъ къ тому, что сначала на обвиненіе стали просто неблагоприятно смотрѣть, потомъ прямо исключили его изъ процесса, и возложили наконецъ всю работу въ процессѣ на судью, который прежде, пользуясь своимъ безпристрастнымъ положеніемъ, только дополнялъ пробѣлы въ дѣятельности сторонъ. Вслѣдствіе всего этого, почти вездѣ, кромѣ Англіи, до настоящаго времени, потерпѣвшій, у котораго съ усовершенствованіемъ общественной нравственности было отнято право мести, не имѣетъ возможности при всемъ своемъ желаніи, оказывать продолжительное вліяніе на движеніе процесса; отъ судьи же требуется нѣчто свыше силъ человѣческихъ: спокой-



ная осмотрительность, — тогда какъ онъ же обязанъ старательно расслѣдовать; непоколебимое безпристрастіе, — тогда какъ онъ же своею дѣятельностью вызываетъ волненіе чувствъ.

Въ области доказательствъ вліяніе каноническихъ учреждений имѣло, однако, и вредный результатъ. Для церковной власти раскаяніе и сознаніе вины неощутимы; заключающееся въ нихъ выраженіе покорности составляетъ для нея главную цѣль всего процесса: признаніе, хотя бы и вынужденное, открываетъ возможность непосредственного вліянія на совѣсть грѣшника. Но для свѣтскихъ уголовныхъ судовъ существовало довольно причинъ къ тому, чтобы не придавать особенно большой цѣны признанію. и чтобы не заимствовать изъ Рима, для того, чтобы добиться признанія, средство, котораго гнушалось *старое* каноническое право, именно — *пытку*.

Многія мѣста каноническихъ источниковъ права, касающіяся процесса, тѣсно связаны съ особенностями церковныхъ отношеній и было-бы ошибкою обобщать ихъ правила. *Одно* лишь заслуживаетъ особаго упоминенія. Выше было указано, какія разнообразныя цѣли преслѣдовалъ каноническій процессъ. Нерѣдко при этомъ процессъ (напр. въ случаѣ указанія лицу, облеченному церковнымъ саномъ, на его недостойность) не было вопроса: виновенъ или невиновенъ, — а шелъ вопросъ о томъ: *подозрителенъ* или *неподозрителенъ*. Такъ какъ поэтому процессъ не всегда имѣлъ форму дилеммы, то и окончательное рѣшеніе не всегда являлось отвѣтомъ на вопросъ въ формѣ: *aut—aut*. Эта склонность къ умноженію видовъ окончательныхъ рѣшеній, какъ извѣстно, развившись въ германскомъ уголовномъ процессѣ, была источникомъ наказаній по подозрѣнію, чрезвычайныхъ, и т. п.

### § 9. Уставъ Карла пятого <sup>1)</sup>.

Мы указали элементы, изъ которыхъ слагалось право Германіи въ періодъ среднихъ вѣковъ. Было бы трудною и неблагодарною задачею пытаться изобразить ту путаницу, которая произошла

<sup>1)</sup> Относительно терминологіи, принятой въ этомъ переводѣ, необходимо указать слѣдующее:

Два коренные типа процесса названы *обвинительнымъ* и *розыскнымъ*: первое названіе вполнѣ выражаетъ преслѣдованіе на основаніи и въ предѣлахъ обвиненія, второе указываетъ на свободное изслѣдованіе, производимое должностнымъ лицомъ, слово же *розыскъ* уже въ XVII столѣтіи сдѣлалось у насъ терминомъ и прил. къ ж. гр. и уг. пр. кн. и 1885 г.

вслѣдствіе безпорядочнаго соединенія ихъ. Право римское и каноническое были приведены въ соотвѣтствіе одно съ другимъ работою итальянскихъ школъ, подъ вліяніемъ развившейся городской жизни и практики судовъ большихъ итальянскихъ муниципій. Вѣрнѣе было бы сказать: посредствомъ экзегетическаго толкованія отдѣльныхъ мѣстъ источниковъ того и другого права для уголовного процесса, который развился въ Италіи, счѣтали найти основанія въ теоріи и придать ему, до извѣстной степени, научное единство. Но главною характеристическою чертою ученій и сочиненій этой итальянской школы было твердое, ни въ чемъ неизмѣнявшее себя, убѣжденіе въ безусловной силѣ римскаго и каноническаго права; при существованіи такого убѣжденія, правила и учрежденія германскія могли сохраняться только какъ *consuetudo generalis totius mundi*. Легко представить себѣ, съ какими затрудненіями пришлось столкнуться въ Германіи при разрѣшеніи именно этого вопроса новой теоріи судопроизводства и докторамъ права, даже и безъ тѣхъ безчисленныхъ свидѣтельствъ объ этомъ, которыя до насъ дошли. Это было главною причиною того, что запутанность права достигла въ Германіи страшныхъ размѣровъ. Отнять у шеффеновъ дѣло отправленія правосудія не было бы трудно; съ тѣхъ поръ, какъ прекратилась тѣсная связь между ними и членами народнаго собранія, они лишились своей главной опоры. Наказанія сдѣлались болѣе жестокими, положеніе подсудимаго болѣе тяжкимъ; соотвѣтственно этому званіе шеффена становилось все менѣе почетнымъ и лучшие люди избѣгали его. Право, которое прежде они были призваны вѣщать, было лишено своего основанія съ паденіемъ древне германской системы доказательствъ, и нельзя было ожидать отъ тогдашнихъ шеффеновъ, чтобы они могли способствовать здравому развитію такого права. Съ другой стороны, усилившаяся патримоніальная власть дала возможность феодальнымъ владѣльцамъ внести большую строгость въ уголовное

---

означало производство по важнѣйшимъ уголовнымъ дѣламъ, тогда какъ дѣла менѣе важныя производились „судомъ“, въ порядкѣ гражданскаго производства.

Производства, на которыя дѣлится розыскъ или слѣдствіе (*inquisitio generalis* и *specialis*) вѣрнѣе всего передаются понятіями „общаго и особеннаго“; но такъ какъ въ нашемъ судопроизводствѣ по своду законовъ 1832 г. эти двѣ стадіи называются слѣдствіемъ „предварительнымъ“ и „формальнымъ“, то эти названія и приняты при изложеніи законодательства XVIII и начала XIX вѣка.

правосудіе; необходимость обуздать наконецъ насилие и самоуправство, которыя такъ долго не имѣли предѣловъ, возстановить порядокъ въ области права, была настолько сильна у всѣхъ феодалныхъ владѣльцевъ, что *публичный характеръ* уголовного права получилъ теперь признаніе самъ собою.

Совершенно естественно, что доктора права казались наиболѣе способными лицами для того, чтобы дать новое направленіе существовавшему порядку, и поэтому, въ концѣ концовъ, они должны были получить рѣшительное вліяніе. Ежели бы они съ любовью отнеслись къ германскому праву и приложили къ его обработкѣ тѣ формальные приемы, которые они вынесли изъ изученія римскаго и каноническаго права, то они бы могли имѣть самое благотворное вліяніе на его дальнѣйшее органическое развитіе и не встрѣчали бы никакихъ затрудненій. Но они не такъ смотрѣли на вещи; невѣжды-шеффены и то право, которое они вѣщали, отождествлялись въ ихъ глазахъ. Всѣ они, несмотря на многочисленныя разногласія въ частностяхъ, были согласны въ одномъ пунктѣ: они не хотѣли признавать права на существованіе за германскимъ народнымъ правомъ. Поэтому они не преминули даже тѣ учрежденія германскаго права, которыя искоренить было невозможно, облечь во внѣшнюю форму соответствующихъ имъ учрежденій германскихъ.

Представимъ себѣ эти два элемента въ ихъ взаимодействіи на безчисленныхъ территорияхъ германской имперіи; представимъ себѣ, сколько безпорядка, произвола и несправедливости должно было развиваться въ силу отношеній между различными юрисдикціями того времени, даже при самой точной регламентаціи закона; представимъ себѣ, какъ выгодно было для вѣщателей права и судей того времени такое положеніе, при которомъ для cadaго случая можно было подыскать основаніе въ одномъ изъ законодательствъ, находившихся въ столкновеніи, и устранить самое непреложное законоположеніе ссылкой на другое право, и мы поймемъ тогда, до какой степени запущенности, испорченности и уничиженія должно были пасть въ ту эпоху большинство уголовныхъ судовъ.

Укажемъ особо лишь на главнѣйшія причины такой общей распатанности. Изъ нихъ первая и наиболѣе существенная заключалась въ только что указанномъ отношеніи между источниками правъ; хотя во многихъ мѣстностяхъ побѣда и склонялась, очень медленно, на сторону иностранныхъ правъ, но не было возмож-

ности снабдить всё суды такими судьями, которые бы знали эти законы. Округи, въ каждомъ изъ которыхъ были свои суды (*Blutgerichte*, *Banngerichte*, *Landgerichte*), были столь пестры и почти всё столь малы, что невозможно было набрать потребное для ихъ судовъ число юридически образованныхъ судей, да и часто на содержание ихъ не доставало желанія и средствъ. Подобная же неурядица существовала и въ болѣе обширныхъ областяхъ, такъ какъ и судебная власть въ странѣ (*merum Imperium*) нерѣдко была по частямъ роздана въ вотчину отдѣльнымъ феодальнымъ владѣльцамъ. Изъ отношеній послѣдняго рода, въ тоже время, безпрерывно возникало множество столкновеній между представителями судебного верховенства на пространствѣ государственной территории и землевладѣльцами, которымъ принадлежала низшая судебная власть (*jurisdictio bassa*). Съ другой стороны, только что создававшіяся мѣстные начальства должны были искать способовъ для дѣйствительнаго надзора за отправленіемъ суда вотчиннаго.

Къ обвинительной формѣ процесса постепенно присоединялась, сначала въ городахъ, потомъ и въ другихъ судебныхъ округахъ, форма инквизиціонная. Взаимныя отношенія между этими двумя формами были еще совершенно неопредѣленные. Во все это время несмотря на то, что почти вездѣ чувствовался недостатокъ въ (частныхъ) обвинителяхъ, а для соблюденія публичныхъ интересовъ не было публичнаго обвинителя, розыскъ (инквизиція, подъ которою теперь разумѣлось возбужденіе уголовного преслѣдованія по долгу службы) продолжалъ считаться исключеніемъ, даже и тогда, когда въ дѣйствительности онъ уже примѣнялся столь часто, что сообщилъ своеобразный отбѣнокъ всему судопроизводству. Чрезъ это центръ тяжести процесса перешелъ въ подготовительное производство, которое было чуждо древне-германскому судопроизводству и несогласовалось съ нимъ. Неподвижное, выжидательное положеніе „скамьи засѣдателей“ должно было неминуемо исчезнуть. Да и все прежнее отношеніе между судьями и рѣшителями, шеффенами, покоившееся на противоположеніи судейской власти и судейской опытности, должно было нарушиться съ введеніемъ такого порядка суда, при которомъ опытность и судебная дѣятельность не могли быть раздѣлены. Это отношеніе извратилось, лишь только шеффены встрѣтились въ судьбѣ съ настоящимъ юристомъ, а это бывало все чаще; отъ его отчетливаго, яснаго взгляда на вещи, отъ привычной ему возвышенной точки зрѣнія, отъ его



ссылку на чуждые шеффенамъ законы, не было перехода къ ихъ преданіямъ, къ рѣшеніямъ, которыя они почерпали изъ своей совѣсти, сравнивая составъ дѣла съ знакомыми имъ обычаями. Тамъ, гдѣ наступало такое отношеніе, шеффены должны были опуститься на степень простыхъ зрителей, вторящихъ приговору судьи, который въ прежнія времена не выражалъ никогда своего личнаго мнѣнія, а возвыщенный шеффенами приговоръ былъ обязанъ признавать закономъ; но съ внѣшней стороны положеніе шеффеновъ осталось безъ перемѣны.

Самая безпомощная путаница господствовала, какъ уже было указано выше, въ области ученія о доказательствахъ. Въ этой области казалось немислимымъ соединеніе и примиреніе противоположныхъ одна другой системъ права, хотя въ германскомъ правѣ и не было недостатка въ элементахъ, родственныхъ римско-каноническимъ; повсемѣстно пытались, и пытались настойчиво, какъ можно болѣе затруднить совершенно заслуженную (въ *этомъ* вопросѣ) побѣду чужаго права. Самые ревностные приверженцы германскаго права легко согласились съ романистами только въ одномъ пунктѣ—въ необходимости ввести *пытку*. Да и далеко ли было отъ очищенія посредствомъ раскаленнаго желѣза, посредствомъ кипящей воды и даже на основаніи исхода поединка—до допущенія очищенія терпѣливымъ перенесеніемъ пытки? Гдѣ одно уже было давно допущено, другое не могло встрѣтить значительныхъ препятствій. Напротивъ, будучи однажды допущена, пытка могла распространяться гораздо легче, нежели въ Римѣ, гдѣ она завершала систему правилъ о доказательствахъ, которыя нерѣдко дѣлали ненужнымъ собственное признаніе подсудимаго и облегчали веденіе противнаго доказательства; будучи внесена въ Германіи въ систему доказательствъ которая только что начала рушиться на всѣхъ пунктахъ, она скоро сдѣлалась единственною прочною частью ея, центромъ всего зданія, наиболѣе удобною почвою для роста предразсудковъ, безсердечія, несправедливости и ябеды. И именно потому, что она была относительно новымъ учрежденіемъ, примѣненіе ея не было ограничено почти никакими правилами.

Таково было положеніе вещей въ Германіи. Удивительно ли, что наконецъ сдѣлалось необходимымъ строгое и рѣзкое вмѣшательство законодательной власти? Законодательство отдѣльныхъ территорій двинулось первое, очевидно побуждаемое вышеопи-

санными неурядицами, и задавшееся, повидимому, исключительно цѣлью противодѣйствовать имъ. Первые явленія въ этой области были въ Австріи. Тирольскій уставъ о преступленіяхъ (*Malefizordnung*) 1499 года и Гмунденскіе судныя артикулы (*Landgerichtsartikel*) 1514 года занимаютъ въ этомъ отношеніи первое мѣсто, хотя они были и не одни. Уже за нѣсколько лѣтъ до Гмунденскихъ судныхъ артикуловъ явился уставъ уголовного суда (*Halsgerichtsordnung*) Бамбергскаго епископства (1507 г.), бывшій твореніемъ Іоганна фонъ-Шварценберга, впоследствии почти безъ измѣненій введенный въ Бранденбургъ.

Этотъ уставъ, какъ извѣстно, послужилъ основаніемъ произведенію, которое сдѣлалось такъ знаменито подъ названіемъ устава уголовного суда (*Halsgerichtsordnung*) Карла V. Для нашего изслѣдованія значеніе этого произведенія имперскаго законодательства заключается не столько въ томъ, что оно тотчасъ получило рѣшительное вліяніе и произвело явственный переворотъ въ состояніи той эпохи, но въ томъ, что оно служить, являясь посредникомъ между противоположностями того времени, выраженіемъ такого устройства, котораго желали самыя разумныя и лучшіе люди того времени, которое имъ представлялось высшимъ, чего можно было достигнуть, и надъ введеніемъ котораго еще долгое время потомъ продолжали трудиться законодательство и наука права. Значеніе это состоитъ также во вліяніи, которое Каролина оказала на людей нѣмецкой науки и практики тогда, когда она уже устарѣла и сдѣлалась отчасти непонятною, вліяніи болѣе значительномъ, нежели то, которое желали признать за нею ея ученые современники.

Поэтому Каролина до сихъ поръ составляетъ ядро всякой исторіи нѣмецкаго уголовного процесса и въ силу этого нѣсколько болѣе подробное изображеніе ея содержанія не нуждается въ оправданіи.

Великая борьба права отечественнаго съ чужеземнымъ, юристовъ съ шеффенами, была окончательно рѣшена въ пользу чужеземнаго права. Каролина повсюду держится такого воззрѣнія, что римскому и каноническому праву, какъ праву имперскому, *общему*, принадлежитъ безусловная сила, и что знаніе этихъ правъ дѣлаетъ излишнимъ всякое другое изученіе права, дѣйствующаго въ Германіи. Особое наставленіе было признано необходимымъ исключительно потому, что „въ римской имперіи гер-

манской наці большинство судовъ занимается, по старинному обычаю и преданію, такими лицами, которыя нашего имперскаго права не изучали, незнакомы съ нимъ и неискусны въ немъ". Для такихъ лицъ С. С. С. преимущественно и предназначается, предоставляя во всѣхъ случаяхъ окончательное рѣшеніе законовѣдамъ. Весьма интересенъ путь, который она для этого избрала. Прежніе порядки касательно замѣщенія судовъ удерживаются, какъ и вообще, на основаніи знаменитой сальваторной оговорки „курфирстамъ князьямъ и сословіямъ, въ ихъ прежнихъ старинныхъ, законныхъ и справедливыхъ обычаяхъ не дѣлается никакого нарушенія". Принимаются даже старанія упрочить эти старинные институты, и уже первая статья Каролины обращается противъ предразсудка, будто бы позорно или, по крайней мѣрѣ, невыгодно для чести каждаго засѣдать въ судѣ шеффеномъ. Судьи и рѣшители должны были только съ этихъ поръ присягать на новый уголовно-судный уставъ. Но черезъ всю Каролину красною нитью проходитъ мысль о томъ, что такому составу судовъ нельзя предоставить самое рѣшеніе въ сомнительныхъ или сколько нибудь запутанныхъ дѣлахъ, и такое прямое постановленіе рѣзкимъ и точнымъ образомъ повторяется въ послѣдней (219) статьѣ закона. Такимъ образомъ, суды „обязаны въ случаяхъ, когда у нихъ явится сомнѣніе по поводу производства уголовныхъ дѣлъ, судебныхъ порядковъ или постановленія приговоровъ, спрашивать совѣта у своихъ высшихъ судовъ, у которыхъ они и прежде просили наставленій по старинному многолѣтнему обычаю. Тѣ же изъ нихъ, у которыхъ нѣтъ высшихъ судовъ, обязаны, ежели производство было начато по жалобѣ обвинителя въ уголовномъ дѣлѣ, въ упомянутыхъ случаяхъ спрашивать совѣта у своего начальства, которому привадлежитъ преимущественная и непосредственная власть вѣдать и отправлять тотъ судъ. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда власть ex officio и по должности возбудила уголовное обвиненіе или преслѣдованіе какого нибудь преступника, судьи должны спрашивать совѣта при возникшемъ сомнѣніи у ближайшихъ высшихъ школъ, городовъ, общинъ, или у иныхъ законовѣдовъ". Въ то же время и сторонамъ дается право требовать такого испрошенія совѣта на собственный счетъ.—Этимъ было положено основаніе институту *пересылки дѣлъ* (*Aktenversendung*), и коллегіямъ юристовъ предоставлено самое рѣшительное вліяніе на всѣ судопроизводственныя дѣйствія, въ особенности же была дана высшимъ

властямъ отдѣльныхъ территоріальныхъ государствъ возможность оказывать постоянное вліяніе на низшія инстанціи; за чужеземнымъ правомъ было обезпечено преобладаніе, но шеффены еще не были вытѣснены изъ суда.

Такой способъ рѣшенія вопроса имѣлъ два неминуемыхъ, но обусловливавшихъ одно другое, послѣдствія. Полное разрѣшеніе всего дѣла въ *одномъ* засѣданіи суда, или же въ немногихъ, близко слѣдующихъ одно за другимъ, стало невысказаннымъ: вѣдь возникновеніе одного вопроса права, даже одного сколько нибудь сомнительнаго вопроса факта, было достаточнымъ основаніемъ къ тому, чтобы требовалось испрошеніе совѣта издалика, что могло случиться нѣсколько разъ въ теченіи одного процесса. Отъ этого процессъ распался на неопредѣленное число частныхъ производствъ, и слѣдствіемъ этого вскорѣ было, что присутствія суда въ полномъ составѣ стали требовать только для важнѣйшихъ изъ нихъ. Весь процессъ уже никогда не совершался, поэтому, предъ лицомъ одного суда, вѣдавшего дѣло по существу, хотя бы этотъ судъ и не ограничился провозглашеніемъ приговора, присланнаго ему издалика. Предъ судомъ этимъ нужно было какъ-нибудь воспроизвести ходъ процесса, а отсюда явилась необходимость *записи важнѣйшихъ, даже и всѣхъ актовъ*, что и безъ того составляеть необходимое условіе требованія чужаго совѣта. Поэтому въ составъ суда входитъ секретарь, приводимый къ присягѣ на уставъ уголовного суда и снабжаемый необыкновенно подробными инструкціями (ст. 5, 15, 181 и слѣд.), длинный рядъ которыхъ заключается увѣщаніемъ: „секретарь суда, который изъ предшествующаго наставленія не получилъ достаточнаго понятія о томъ, какимъ образомъ онъ долженъ записать цѣлое производство или приговоръ, долженъ прежде всего просить разъясненія у своего начальства, а ежели и вышеупомянутое начальство не имѣетъ достаточнаго понятія, то онъ обязанъ спрашивать совѣта у иныхъ законовѣдovъ“. Этимъ была распространена *письменность* производства, значительно, кромѣ того, увеличенная правилами о показаніяхъ свидѣтелей, разрѣшеніемъ прочитывать письменные документы, и многократными требованіями отъ сторонъ представленія письменнаго изложенія ихъ заявленій. Съ *непосредственностью* должна была пасть и *публичность*; она была сохранена только для „рѣшительнаго засѣданія“ (endlicher Rechtstag), которое осталось еще отъ древне-германскаго процесса.



Но какъ ни существенны всѣ эти положенія, они оказали на самую основу процесса значительно меньшее вліяніе, нежели великая противоположность *розыска и обвиненія*, смягчить которую было задачею Каролины. Здѣсь грозитъ читателю, который, изучая этотъ уставъ, будетъ имъ однимъ довольствоваться, опасность крупной ошибки. Ежели разсмотрѣть отдѣльныя статьи устава уголовного суда и подробно изображенный ниже порядокъ судопроизводства, то непремѣнно явится впечатлѣніе, будто-бы розыску отведено самое незначительное мѣсто. Вездѣ упоминается обвинитель, одинъ обвинительный процессъ описанъ подробно, касательно же розыска постановлено единственнымъ правиломъ, что онъ долженъ по возможности подчиняться порядку обвинительнаго процесса. „Ежели кто-либо“, говоритъ Каролина, „будетъ обвиненъ народною молвою или навлечетъ на себя подозрѣніе и дурную славу *вслѣдствіе какой-либо другой достовѣрной улики*, и вслѣдствіе этого будетъ подвергнутъ преслѣдованію самою властью по должности, то таковой не долженъ быть подвергаемъ пыткѣ, пока не будетъ выяснено основательныхъ и достаточныхъ уликъ и предположеній касательно этого преступнаго дѣянія. Ежели стало *яснымъ* преступное дѣяніе, за которое опредѣляется смертная казнь, или же явилась основательная, какъ объ этомъ объяснено выше, улика въ таковомъ дѣяніи, то въ отношеніи пытки и *всякихъ дознаній, могущихъ служить къ раскрытію истины*, а также въ разсужденіи признанія подсудимаго, надлежитъ руководствоваться тѣмъ, что *даже точно предписано и опредѣлено касательно тѣхъ лицъ, которыя судятся при обвинителѣ*“ (ст. 7). Но такъ какъ было-бы ошибкою предполагать, что часто будутъ являться обвинители и что вслѣдствіе того процессы съ участіемъ ихъ будутъ обыкновенными, то вышеприведенное мѣсто, и еще болѣе—самая природа дѣла, привели къ слѣдующему: судъ всегда велъ производство такимъ образомъ, чтобы можно было легко обойтись безъ участія обвинителя, чтобы все движеніе дѣла не зависѣло отъ сторонъ, а исходило отъ суда: прежде, выжидательное, положеніе суда, необходимое при обвинительномъ процессѣ, было давно оставлено. Въ связи съ этимъ, признаніе потеряло прежнее рѣшительное значеніе, и теперь суду предписывается провѣрять его добросовѣстность (ст. 48 и слѣд.). Такимъ образомъ то, что прежде было лишь вспомогательнымъ средствомъ, теперь получило самостоятельное значеніе; противоположность формальной и матеріальной истины была признана, на судъ

возложена обязанность добиваться послѣдней, и для этого ему предписывается, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда являются на лицо обѣ стороны, переступать предѣлы ихъ требованій, какъ-бы не до-вѣряя имъ, и ждать раскрытія правды преимущественно отъ его, суда, собственныхъ розысканій. Ежели же теперь устранимъ, мысленно, обвинителя изъ процесса, то намъ легко будетъ увидѣть необходимое слѣдствіе такого положенія дѣла: обвиняемый пересталъ быть стороною, т. е. одною изъ живыхъ силъ слѣдствія, и превратился въ его *предметъ*. Не слѣдуетъ предупреждать въ этомъ отношеніи позднѣйшія явленія, которыхъ тѣнь, впрочемъ, помимо употребленія пытки, уже очень явственно лежитъ на статьѣ 11, гдѣ сказано: „А въ тѣхъ случаяхъ, когда узниковъ болѣе одного, ихъ надлежитъ, насколько то позволяютъ тюремныя помѣщенія, раздѣлять другъ отъ друга, дабы они не могли стакнуться въ ложномъ показаніи или сговориться о способахъ извиненія совершеннаго ими“.

Теперь прослѣдимъ движеніе процесса, какъ его описываетъ Каролина — формально вездѣ предполагающая наличность обвинителя. Обвинитель имѣетъ право требовать взятія обвиняемаго подъ стражу, ежели онъ „заявитъ преступное дѣяніе и основательное подозрѣніе и предположеніе по поводу его виновника“. Такое заявленіе обвинителя, однако, должно быть записано; притомъ онъ долженъ въ то же время или самъ сѣсть въ тюрьму, или же представить поручительство, смотря по роду дѣла. Впрочемъ, слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что сказано касательно предварительнаго заключенія: „при семъ надлежитъ замѣтить, что тюрьмы сдѣланы и устроены для задержанія, а не для тяжкаго, опаснаго, мученія узниковъ“.

Средоточіе всего послѣдующаго производства лежитъ въ пыткѣ. Нельзя не видѣть въ Каролинѣ старанія поставить въ этомъ отношеніи извѣстные предѣлы практикѣ, которая уже тогда не соблюдала никакой мѣры въ примѣненіи пытки. При этомъ Каролинѣ приходилось бороться съ обычаями развившагося во второй половинѣ среднихъ вѣковъ, часто весьма безпорядочнаго, процесса на основаніи народной молвы и дурной славы; это можно видѣть уже изъ вышеупомянутой статьи 6, которую воспрещается судѣ, возбудившему по должности преслѣдованіе на основаніи народной молвы, слуховъ и т. п., начинать процессъ прямо съ пытки. Въ статьѣ 16 сохранились также слѣды древняго производства

по поводу явнаго, застигнутаго, преступленія; на основаніи этой статьи, въ случаяхъ, когда преступное дѣяніе явно и несомнѣнно „обнаружено или было обнаружено, напримѣръ, когда кто либо безъ законныхъ и важныхъ причинъ показалъ себя явно лихимъ человекомъ или нарушителемъ мира, или когда кто либо былъ захваченъ на самомъ преступленіи, а также когда кто либо завѣдомо имѣеть при себѣ поличное совершеннаго разбоя или кражи,—при такомъ и тому подобныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, которыя явны и несомнѣнны, судья долженъ принуждать виновнаго, ежели онъ осмѣлится по злобѣ своей отвергать явно и несомнѣнно совершенное преступленіе, къ правдивому признанію, посредствомъ строгой пытки“.

Для всѣхъ прочихъ случаевъ, однако, предписывается: „ежели не будетъ доказанной основательной улики въ преступномъ дѣяніи, по поводу котораго предполагается розыскъ, никто не долженъ быть подвергаемъ пыткѣ; *и даже если кто нибудь на пытку сознается въ преступномъ дѣяніи, то такому признанію не должно вѣрить, и никто не можетъ быть осужденъ на основаніи такого учиненнаго имъ признанія*“ (ст. 20). Улики, на которыхъ Каролина подробно останавливается, должны быть, каждая, „доказаны двумя достовѣрными свидѣтелями“, за исключеніемъ того случая, когда есть показаніе свидѣтеля о самомъ преступленіи, которое сравнено по значенію съ доказанной уликою (ст. 23). „Когда противъ кого либо будетъ найдено *нѣсколько* такихъ подозрительныхъ уликъ“ (лишь немногія, оговоренныя особо, признаются настолько важными, что каждая достаточна сама по себѣ), то „лица, которымъ предоставлено производить розыскъ посредствомъ пытки“, обязаны разсудить „достаточно ли эти улики для примѣненія пытки, причемъ слѣдуетъ принимать во вниманіе также и тѣ предположенія въ пользу заподозрѣннаго лица, которыя служатъ къ извиненію его въ преступленіи“ (ст. 27 и 28). Ежели будетъ признано возможнымъ допустить пытку, по поводу чего слѣдуетъ испрашивать совѣта у законовѣдовъ (Rechtsverständige), то „должно назначить, по требованію обвинителя, день для производства пытки“ (ст. 44). Въ этомъ случаѣ, а равно и въ случаѣ преслѣдованія подолжности, надлежитъ еще разъ допросить подсудимаго въ присутствіи судьи, двухъ членовъ суда и секретаря: „прилежно принуждать къ дачѣ показаній, посредствомъ такихъ увѣщаній, которыя, смотря по особенностямъ личности и самаго дѣла, всего лучше могутъ служить къ дальнѣй-

шему раскрытію злодѣянія или подозрѣній, а равно и посредствомъ угрозы пыткой“. Ежели все это безуспѣшно, то подсудимому должно быть предложено предъявить доказательства въ свое оправданіе; при этомъ нельзя не отдать полную справедливость той заботливости, съ которою относится къ этому вопросу уставъ Карла V, такъ часто упрекаемый въ жестокости. „И такое предложеніе“ говоритъ онъ „необходимо потому, что многіе по неразумію или отъ страха не въ состояніи указать, хотя и сознаютъ себя невиновными, такія обстоятельства, которыя служатъ къ оправданію и объясненію ихъ дѣяній“. Только послѣ того, какъ все, что было предъявлено такимъ образомъ, будетъ собрано и все таки первоначальное подозрѣніе останется непровергнутымъ, можетъ быть приступлено къ настоящей пыткѣ обвиняемаго.

Признаніе, учиненное обвиняемымъ съ пытки, не должно быть принимаемо безусловно, а лишь по основательномъ изслѣдованіи мотива его и всѣхъ обстоятельствъ. Подробное наставленіе касательно показанія обвиняемаго заключается требованіемъ, чтобы вопросы предлагались о такихъ признакахъ и обстоятельствахъ, *о которыхъ невиновный не можетъ знать или рассказывать* (ст. 53). Истинность такихъ обстоятельствъ должна быть вслѣдъ за тѣмъ провѣрена, и ежели обстоятельства эти неподтверждаются, то на это должно быть обращено вниманіе обвиняемаго, причемъ возобновляется пытка. То, въ чемъ обвиняемый сознается во время самой пытки, не записывается; но и то, въ чемъ онъ сознается непосредственно послѣ пытки, должно быть повторено и подтверждено имъ снова, черезъ нѣсколько дней (ст. 56 и 58).

Таковы главнѣйшія правила Каролины о пыткѣ; отвращеніе и ужасъ, возбуждаемые въ насъ этимъ словомъ, не должны мѣшать намъ признать заслугу этихъ опредѣленій. Несомнѣнно, что окончательное, по крайней мѣрѣ по закону, отдѣленіе пытки отъ ордалій было безконечно важнымъ приобрѣтеніемъ: для закона пытка не представляется даже и средствомъ доказательства, а лишь испытаніемъ, въ высшей степени подозрительнымъ и сомнительнымъ, примѣняемымъ только съ необыкновенною осторожностью для добыванія доказательствъ. Поэтому указывается съ особенною настойчивостью, что признаніе, вынужденное пыткой, само по себѣ ничего не доказываетъ, ежели не содержитъ новаго нравственнаго подтвержденія *уже существующаго* подозрѣнія. Безъ сомнѣнія, старанія эти были хороши, законодатель вполне ясно сознавалъ



сущность доказательства въ римско-каноническомъ смыслѣ, и желалъ дать ему полное значеніе. Но къ чему все это могло служить?

Есть средства сами по себѣ столь преступныя, что никто не можетъ употреблять ихъ безъ того, чтобы не подвергнуться, несмотря на всевозможныя предосторожности, ихъ пагубному вліянію; границы, которыя законъ желалъ установить для примѣненія пытки, были легко нарушаемы; всѣ мѣры, принятыя имъ въ предупрежденіе злоупотребленія, вскорѣ были обойдены. Подозрѣніе, отъ наличности котораго зависитъ правомѣрность пытки, не поддается измѣренію; повтореніе признанія по окончанія мученій ничто иное, какъ обманъ, если впереди грозитъ возобновленіе истязаній; даже важное наставленіе допытываться такихъ обстоятельствъ дѣла, такихъ фактовъ, которые не могутъ быть извѣстными лицу невиновному, пропадало потому, что ужасъ передъ возобновленіемъ страшныхъ мукъ заставлялъ людей употреблять гораздо больше хитрости на подтвержденіе выдуманной вины, нежели обыкновенно находится у виновнаго для сокрытія совершеннаго преступленія.

Каролина, безъ сомнѣнія, во всемъ, что касается пытки, опередила свое время; это видно всего лучше изъ того, что даже для послѣдующихъ поколѣній ея требованія не были довольно громки. Какъ широко нарушены были предѣлы дозволеннаго Каролиною—практикою позднѣйшаго времени! Сколько лѣтъ должно было пройти, пока наконецъ было замѣчено, что пытка хуже всякаго наказанія, что ей нельзя подвергать никого, въ чьей винѣ мы не убѣждены и кого мы не имѣемъ еще права наказывать; что пытка лица уличеннаго есть бесполезное мученіе, а лица неуличеннаго—ничѣмъ неоправдываемое мученіе!

Но нетрудно все таки указать то, что въ ту эпоху должно было давать почву пыткѣ: это была система доказательствъ, принятая Каролиною, вслѣдствіе ея переходнаго положенія. Часто упоминавшееся нами, развитое всего лучше Кестлиномъ <sup>1)</sup>, различіе между римскимъ и германскимъ ученіемъ о доказательствахъ сводится къ тому, что по первому ученію слѣдуетъ искать обстоятельствъ, находящихся въ логической связи съ предметомъ доказательства, а средства доказательства германскаго права вовсе не связаны съ предметомъ доказательства и могутъ быть употреблены для утвержденія любого

---

<sup>1)</sup> Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens.

факта, если только тому лицу, которое должно предъявить доказательства, почему либо выгодно обратиться къ нимъ за подтвержденіемъ своихъ словъ. Конечно, такіа доказательства должны были неминуемо исчезнуть, какъ только стала въ достаточной мѣрѣ известна первая, болѣе правильная система. Однако употребленіе ихъ было связано съ большою выгодною; между обвиненіемъ и уличеніемъ, пока дѣло рѣшалось на основаніи такихъ доказательствъ, сохранялась точная и рѣзкая граница. При этомъ осужденіе и оправданіе человѣка зависѣли отъ такихъ условий, въ наличности которыхъ было легко удостовѣриться: этимъ возможность судейскаго произвола и злоумышленнаго осужденія была уменьшена болѣе чѣмъ гдѣ нибудь. Можно ли удивляться, поэтому, что, когда всѣ эти чисто внѣшнія доказательства были замѣнены другими, болѣе соответствующими природѣ дѣла, многіе мечтали о возможности сохранить прежнія строгія правила оцѣнки доказательствъ?

При такихъ условіяхъ невозможно было согласиться съ тѣмъ, что всякое доказательство вины есть ничто иное, какъ подозрѣніе, достаточно подкрѣпленное; подозрѣніе и доказательство были признаны предметами *разнаго рода*; такимъ образомъ сложились правила о доказательствахъ устава императора Карла, основы теоріи доказательствъ, развивавшейся въ дальнѣйшихъ столѣтіяхъ, главные черты которой здѣсь необходимо указать.

Уставъ Карла V не признаетъ улики совершеннымъ доказательствомъ, достаточнымъ для примѣненія наказанія. „Равно надлежитъ замѣтить, что никто не можетъ быть окончательно приговоренъ къ уголовному наказанію на основаніи какого либо рода доноса, подозрѣній, знаковъ или предположеній, но на этомъ основаніи можно только подвергнуть заподозрѣнное лицо пыткамъ .....; ежели кто нибудь приговаривается окончательно къ уголовному наказанію, то это возможно только на основаніи его собственного признанія, или же доказательства (вины)....., а не на основаніи предположенія или однихъ уликъ“ (ст. 22). „Когда же обвиняемый не пожелаетъ ни въ чемъ признаться, а обвинитель будетъ готовъ доказать дѣйствительное совершеніе имъ дѣянія, которое составляетъ предметъ его жалобы, то ему слѣдуетъ позволить это, съ соблюденіемъ законныхъ правилъ“ (ст. 62). „Когда же преступное дѣяніе будетъ доказано, по крайней мѣрѣ, двумя или тремя достовѣрными добрыми свидѣтелями“ (какіе свидѣтели считаются таковыми, подробно сказано въ ст. 63—66 и 68), „которые говорятъ по собственному знанію,

то слѣдуетъ примѣнить далѣе, смотря по положенію дѣла, надлежащіе уголовные законы и постановить приговоръ“ (ст. 67). „Когда же обвиняемый, несмотря на *собранный достаточный доказательствъ* противъ него, все еще не будетъ признаваться, то ему слѣдуетъ поставить на видъ, что его преступное дѣяніе уже доказано, чтобы этимъ путемъ добиться его признанія; ежели онъ, однако, несмотря на все, не сознается въ томъ, въ чемъ его виновность уже въ достаточной мѣрѣ доказана на основаніи вышеуказанныхъ правилъ, тогда онъ долженъ быть осужденъ за преступное дѣяніе безъ дальнѣйшаго примѣненія пытки“ (ст. 69).

Что касается доказательства свидѣтелями, то всѣ относящіяся сюда правила предполагаютъ участіе лица, сославшагося на свидѣтелей: оно обязано представить письменные вопросные пункты. Допросъ свидѣтелей записывается въ протоколъ; его данныя сообщаются затѣмъ сторонамъ въ копіи и подвергаются ими провѣркѣ, какъ въ гражданскомъ процессѣ. Упоминается уже и оговоръ *соучастника*, но онъ вѣбняется только въ „подозрѣніе“, и то лишь при нѣкоторыхъ, точно опредѣленныхъ условіяхъ (ст. 31). Наконецъ, говорится уже и о *половинномъ доказательствѣ* (ст. 30), къ чему неминуемо должно было привести требованіе двухъ свидѣтелей.

По заключеніи слѣдствія (повидимому такъ слѣдуетъ называть описанное производство) обвинитель и обвиняемый имѣютъ право потребовать „рѣшительнаго засѣданія“ (*endlicher Rechtstag*). Но *этому рѣшительному уголовному засѣданію предшествуетъ совѣщаніе суда*, на которомъ прочитываются всѣ акты производства, на основаніи которыхъ судъ или тѣ лица, которымъ акты были пересланы, постановляютъ письменный приговоръ. Изъ этого видно, что слѣдующее затѣмъ рѣшительное засѣданіе осталось отъ прежняго времени, но уже лишилось всякаго значенія. Въ этомъ окончательномъ засѣданіи совмѣщалось все древне-германское производство; но Каролина сама предписываетъ тотъ единственный отвѣтъ, который обязаны дать шеффены на вопросъ судьи: „господинъ судья, я утверждаю, что то, что....заключается въ письменномъ актѣ приговора, совершенно справедливо постановлено на основаніи всѣхъ представленныхъ доводовъ и судебныхъ дѣйствій“ (ст. 93). Въ этомъ заключался непосредственно предшествовавшій казни актъ суда, который оканчивался преломленіемъ жезла и сохранился до настоящаго столѣтія въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ подъ названіемъ „*Hegung hochnoth peinlichen Halsgerichtes*“.

Ежели обвиняемый не подлежит наказанію, то въ приговорѣ говорится: „и тотъ названный обвиняемый признанъ, на основаніи закона и окончательнаго приговора, свободнымъ отъ всякаго уголовного наказанія“ (ст. 201).

Каролина совершенно умалчиваетъ о способахъ обжалованія окончательнаго рѣшенія, очевидно вслѣдствіе того (вопросъ этотъ былъ затронутъ первымъ проектомъ), что въ этомъ отношеніи не было единообразія. Такъ какъ, однако, съ формальной стороны окончательное рѣшеніе постановлялось только въ окончательномъ засѣданіи, то въ предоставленіи обѣимъ сторонамъ, равно какъ и друзьямъ и защитникамъ обвиняемаго, права добиваться пересылки актовъ производства, заключался уже зародышъ позднѣйшаго учрежденія инстанцій.

#### *§ 10. Общій германскій инквизиціонный процессъ.*

Исторія развитія общегерманскаго уголовного судопроизводства, съ эпохи Каролины до второй четверти настоящаго столѣтія, можетъ быть легко разбита на періоды, которые всего удобнѣе связать съ именами Карпцова <sup>1)</sup> и Бруннемана <sup>2)</sup> и съ кодификаціями конца прошлаго и начала нынѣшняго столѣтія. Какъ ни велико, по виду, различіе между процессомъ Каролины и тѣмъ устройствомъ его, которое принято уголовнымъ судопроизводствомъ напр. въ австрійскомъ уголовномъ законѣ 1803 г., баварскомъ 1813 г., но въ послѣднихъ получили господство, въ болѣе развитомъ, очищенномъ, сознательномъ видѣ, тѣ самыя начала, которыя въ Каролинѣ только что еще начали пробиваться въ видѣ чего-то неяснаго, почти непонятнаго, и только терпимаго. Мы говоримъ о томъ возрѣніи на уголовный процессъ, которое, исходя изъ положенія, что карательная власть можетъ получить надлежащее примѣненіе лишь тогда, когда, сосредоточившись въ рукахъ государства, она будетъ преслѣдовать исключительно публичныя цѣли, требуетъ также полной независимости хода процесса отъ дѣятельности сторонъ—о *розыскномъ началѣ*.

Поворотнымъ пунктомъ въ исторіи общегерманскаго розыскаго

---

<sup>1)</sup> Ben. Carpzovii: Practica nova imperialis et Saxonica rerum criminalium 1635).

<sup>2)</sup> Joh. Brunne mann: Tractatus de inquisitionis processu. Frankf. 1647.



процесса было, безъ сомнѣнія, уничтоженіе *пытки*; послѣ него получили новый видъ, какъ положеніе и составъ суда, такъ и раздѣленіе процесса, и ученіе о доказательствахъ, и окончательное рѣшеніе, т. е. всѣ существенные моменты суда.

То положеніе, упроченіе котораго начато Каролиною и почти довершено твореніемъ Карицова, не могло дать особеннаго значенія суду, компетентному въ данномъ случаѣ. Положеніе это было лишь компромисомъ между невѣжествомъ и неспособностью мѣстнаго суда, которыя представлялись тогда неизбѣжными, и требованіями права, публичной и частной безопасности, и науки. Предоставленіемъ рѣшенія всѣхъ значительныхъ вопросовъ обыкновенно довольно отдаленнымъ коллегіямъ юристовъ, имъ была дана возможность контролировать производство отдѣльныхъ слѣдственныхъ дѣйствій и образъ дѣйствія слѣдственного суда; но это вліяніе ихъ могло быть лишь очень незначительно, такъ какъ находило почву исключительно въ сообщеніяхъ самого слѣдственного суда и его актахъ; оно не было значительно даже тамъ, гдѣ всѣ слѣдствія одного какого нибудь суда постоянно передавались на разсмотрѣніе одной и той же коллегіи для рѣшенія; это вліяніе должно было совершенно уничтожиться тамъ, гдѣ по выбору суда и сторонъ акты пересылались то въ одинъ, то въ другой судъ. Составъ слѣдственного суда былъ настолько подчиненъ мѣстнымъ условіямъ, что нарисовать общую картину его представляется невозможнымъ; но уже въ то время запись въ протоколъ слѣдственныхъ дѣйствій и желаніе, хотя бы приблизительно сообразовать ихъ съ требованіями рѣшающей коллегіи (*Spruchcollegium*) заставили поручать дѣйствительное направленіе дѣла людямъ съ юридическимъ образованіемъ, возлѣ которыхъ шеффены постепенно опускались на степень свѣдущихъ людей.

Въ то-же время положеніе подсудимыхъ, и безъ того тяжелое, было значительно ухудшено. Въ былое время, когда обвиняемый противостоялъ обвинителю въ качествѣ стороны, доводы обвиненія и защиты предъявлялись въ присутствіи народа, все дѣло рѣшалось въ теченіи нѣсколькихъ часовъ, на глазахъ всѣхъ сосѣдей; состояніе подъ судомъ не влекло за собою никакихъ другихъ тягостей, кромѣ тѣхъ, которыя всегда будутъ связаны съ необходимостью защищаться. Еще Каролина почти сравнивала въ этомъ отношеніи обвиняемаго и обвинителя, хотя она уже допускаетъ заключеніе обвиняемаго подъ стражу при самомъ началѣ процесса.

Теперь ходъ слѣдствія сдѣлался гораздо медлительнѣе; причины замедленія его — пересылка актовъ и необходимое въ виду ея веденіе протоколовъ, естественно лишали публику возможности слѣдить за слѣдственными дѣйствіями, результатъ которыхъ часто становился извѣстнымъ ей лишь тогда, когда онъ приводилъ къ рѣшительному засѣданію. О состояніи мѣстъ предварительнаго заключенія въ ту эпоху можно составить себѣ понятіе по тому, что въ большинствѣ мѣстностей на уголовный судъ продолжали смотрѣть преимущественно съ фискальной точки зрѣнія; отсюда легко представить себѣ, какъ безотрадно было положеніе заключеннаго, всецѣло предоставленнаго въ распоряженіе слѣдственнаго суда. Толпѣ всегда и вездѣ свойственно тамъ, гдѣ является малѣйшій поводъ къ подозрѣнію, тотчасъ подозревать худшее, и предполагать дурное о чловкѣ, съ которымъ на ея глазахъ дурно обращаются: вслѣдствіе этого положеніе лица, подвергнутаго заключенію (Captur), стало безчестящимъ. Такимъ образомъ заключеніе подъ стражу было весьма чувствительнымъ нарушеніемъ физическаго и нравственнаго благосостоянія арестованнаго лица и представлялось вообще крайне суровою мѣрою. И несмотря на это вскорѣ начали примѣнять заключеніе во всѣхъ случаяхъ, гдѣ дѣло шло о сколько нибудь важныхъ преступленіяхъ и гдѣ обвиняемый не былъ особенно высоко поставленное лицо.

Въ силу всего этого стало необходимымъ (что сознавала уже Каролина) установить нѣкоторыя опредѣленные условія, наличность которыхъ требовалась для того, чтобы можно было примѣнить заключеніе, т. е., другими словами, начать преслѣдованіе извѣстныхъ лицъ. Основаніемъ для этого послужило раздѣленіе, которое немало облегчило первоначальное введеніе инквизиціоннаго процесса.

Тамъ, гдѣ дѣйствуетъ обвинитель, онъ, конечно, долженъ быть поставленъ въ присутствіе другого лица и затѣмъ уже ближайшимъ образомъ опредѣлить то дѣяніе, въ которомъ онъ обвиняетъ и обвиняетъ именно это лицо. Но очевидно также, что порядокъ долженъ получиться обратный тамъ, гдѣ какое нибудь учрежденіе обязано изслѣдовать слѣды совершенныхъ преступленій и принимать мѣры къ розысканію и наказанію виновнаго. Обвинитель нерѣдко слѣдуетъ исключительно внушеніямъ собственной ненависти, которая побуждаетъ его къ дѣятельности и не даетъ ему успокоиться до тѣхъ поръ, пока онъ не откроетъ обстоятельства, которое можетъ быть поставлено въ вину врагу его; правительственное-же учреж-

деніе обращаетъ вниманіе на опредѣленнаго человѣка лишь послѣ того, какъ вниманіе его было привлечено какимъ либо происшествіемъ, котораго этотъ человѣкъ является причиною. Поэтому лицо, противъ котораго непредъявлено доказательства, имѣетъ право жаловаться на то, что именно съ нимъ обращаются, какъ съ подсудимымъ; но никто не можетъ жаловаться, когда власть собираетъ свѣдѣнія касательно дѣйствительности преступленія и слѣдовъ, могущихъ привести къ неоткрытому еще виновнику его. Такимъ образомъ, въ силу коренныхъ свойствъ процесса, производимаго по должности, онъ долженъ начинаться съ опредѣленія состава дѣянія и неминуемо прекращается, въ случаѣ явной невозможности „constare de corpore delicti“. Далѣе, подобно тому, какъ самъ обвинитель обязанъ удостовѣриться въ дѣйствительной виновности лица, которое онъ готовится обвинять, и въ возможности собрать доказательства, необходимыя для уличенія его, такъ же точно и слѣдственный судья долженъ, ранѣе дѣйствительнаго возбужденія преслѣдованія, при которомъ въ немъ совмѣщаются функціи обвинителя, приобрести убѣжденіе въ возможности уличить обвиняемаго.

Дѣятельность слѣдователя разлагается, такимъ образомъ, на двѣ стадіи. Въ первой онъ производитъ неформальное дознаніе, сходное съ тѣми внѣсудебными справками, которыми прежде занимался обвинитель: это дознаніе служитъ гораздо болѣе для того, чтобы навести на слѣдъ, нежели чтобы собрать доказательства; болѣе для того, чтобы у судьи могло составиться опредѣленное мнѣніе, нежели для чьего либо оправданія или уличенія. Поэтому производство его несвязано почти никакими формами, допросъ свидѣтелей носитъ характеръ простыхъ справокъ; поэтому способъ допроса всецѣло зависитъ отъ судьи и показанія не подтверждаются присягою.

Рѣзкую противоположность этому общему розыску (*inquisitio generalis*) представляетъ затѣмъ особенный розыскъ (*inquisitio specialis*); въ немъ еще явственно сохранились формальности прежняго обвинительнаго процесса. Всѣ дѣйствія подчиняются здѣсь тому порядку, который былъ установленъ въ убѣжденіи, что уличеніе обвиняемаго дѣйствительно только при соблюденіи извѣстныхъ торжественныхъ обрядовъ; насколько, впрочемъ, сохраненіе этого порядка возможно, когда обвинитель слился съ судьей. Допросъ обвиняемаго почти носитъ характеръ римскихъ *interrogatio-*

nes: онъ заключается, главнымъ образомъ, въ предъявленіи обвиненія и доказательствъ, на коихъ оно основано, къ чему теперь присоединяется указаніе способовъ защиты. Свидѣтелей продолжали еще, по большей части, допрашивать, согласно требованію сторонъ, *по пунктамъ*, ими самими составленнымъ; ежели стороны сами не домогались этого, то судья самъ, нерѣдко заранѣе, опредѣлялъ пункты, по которымъ долженъ былъ чиниться допросъ; такимъ же образомъ стали допрашивать по заранѣе написаннымъ пунктамъ или вопросамъ и обвиняемаго, причемъ эти вопросы находились въ такой логической связи между собою и были такъ составлены, что отвѣты обвиняемаго должны были сообщить полную силу доказательства его признанію (*допросъ по пунктамъ— articulirtes Verhör*).

Долгое время и непроизводилось иного допроса обвиняемаго, кромѣ допроса по пунктамъ. Однако, уже очень скоро должна была явиться потребность въ отобраніи отъ заподозрѣннаго лица объясненій касательно многихъ обстоятельствъ, прежде чѣмъ обвиненіе окончательно сосредоточится на немъ, и въ доставленіи ему возможности предупредить спеціальныя розыскъ разъясненіемъ тѣхъ обстоятельствъ, которыя навлекли на него подозрѣніе. Это находило себѣ оправданіе въ томъ, что первое дознаніе носило совершенно общій характеръ, что во время генеральнаго розыска никто не былъ, въ законномъ смыслѣ слова, подъ слѣдствіемъ (*Inquisit*), что допрашиваемыя лица не приводились къ присягѣ; поэтому казалось совершенно естественнымъ обратиться за свѣдѣніями и къ самому заподозрѣнному лицу. Такъ возникъ между *генеральнымъ* и *спеціальнымъ* слѣдствіями *суммарный допросъ*, служившій отчасти переходомъ отъ перваго ко второму. Въ силу этого, однако, объемъ и значеніе части процесса, предшествующей спеціальному слѣдствію, увеличились; взятіе подъ стражу стали допускать еще до того, какъ обвиненіе было сформулировано по пунктамъ; вообще, вслѣдствіе стѣснительности формъ, которыми былъ обставленъ спеціальныя розыскъ, слѣдователь обыкновенно медлил переходомъ къ нему. Вскорѣ, при самомъ началѣ уже оказывался собраннымъ такой полный матеріалъ, что при менѣ тяжкихъ или совершенно разъяснившихся преступныхъ дѣяніяхъ можно было постановить окончательное рѣшеніе на основаніи суммарнаго допроса. При такихъ условіяхъ слѣдователь, приступившій къ спеціальному розыску, уже былъ обыкновенно убѣжденъ



въ винѣ обвиняемаго. Поэтому, поскольку это специальное слѣдствіе непроизводилось исключительно ради торжественныхъ обрядностей, оно теперь было исполнено борьбы между слѣдователемъ, старавшимся добиться отъ обвиняемаго признанія, и обвиняемымъ, который напрягалъ все свои силы для ослабленія отягчающихъ его доказательствъ. Поэтому обвиняемый, только въ этой стадіи процесса узнавшій собранныя противъ него доказательства, могъ лишь съ этого времени начать предъявленіе доказательствъ въ свое оправданіе.

Вмѣстѣ съ отдаленіемъ центра тяжести процесса отъ специального розыска, уменьшалась строгость соблюденія формъ въ уголовномъ процессѣ, которая прежде съ необходимостью слѣдовала изъ юридической природы процесса; судопроизводство постепенно обращалось въ неформальное разслѣдованіе, соответственно тому, чѣмъ позже совершался переходъ отъ подготовительныхъ стадій общаго розыска къ специальному, который сохранилъ торжественность формъ. Но въ то же время, чѣмъ важнѣе были эти первыя стадіи процесса, тѣмъ безграничнѣе былъ надъ ними произволъ слѣдователя.

Совершенное измѣненіе процесса, въ этомъ отношеніи, задерживалось подчиненіемъ *системы доказательствъ* пыткѣ. Пока пытка продолжала примѣняться, хотя бы въ предѣлахъ, указанныхъ Каролиною, задача слѣдователя не была особенно трудная. Все дѣло сводилось къ отысканію такихъ уликъ, которыя признавались достаточными для пытанія. Лишь только таковыя были на лицо, было уже легко добиться признанія обвиняемаго (ежели показаніе свидѣтелей не дѣлало его излишнимъ) посредствомъ простаго предупрежденія пристрастнымъ допросомъ, а ежели это непомогало, то рѣшающая коллегія (*Spruchcollegium*) безъ всякаго затрудненія постановляла опредѣленіе о производствѣ пытки. Вотъ почему все ученіе о доказательствахъ сосредоточивалось вокругъ *одного* вопроса: какія улики достаточны для пытки? И нельзя не признать, что ни законодательству, ни доктринѣ не удалось разрѣшить этого вопроса. Нельзя даже не упрекнуть доктрину, которой влияние было въ то время весьма значительно, за то, что не давая развиваться здоровымъ началамъ Каролины, она поставила на мѣсто нихъ совершенно искусственныя правила.

Такъ какъ самое начало розыска основывалось на уликахъ, то

для примѣненія пытки, очевидно, нужно было требовать, по крайней мѣрѣ, болѣе важныхъ уликъ.

Конечно, всего труднѣе было найти вѣрную мѣру; но именно въ такихъ вопросахъ почти никогда невозможно опредѣлить что нибудь а priori: здѣсь все рѣшаетъ непосредственное впечатлѣніе, которое слагается подъ вліяніемъ обстоятельствъ дѣла, потому что сила подозрѣнія можетъ измѣряться единственно тою энергіею, съ которою оно вкореняется въ душѣ человѣка. Къ несчастью, къ такой оцѣнкѣ силы подозрѣнія были призваны люди, которые стояли далеко отъ дѣла. На чемъ могли они основывать свои рѣшенія, обязательныя для мѣстнаго суда, который стоялъ лицомъ къ лицу съ личностями и предметами, въ то время, какъ они могли разсматривать лишь акты производства, о скудности и бѣдности содержанія коихъ трудно имѣть представленіе, и которые почти совершенно стирали всѣ индивидуальныя особенности лицъ, участвующихъ въ дѣлѣ.

Вслѣдствіе этого ничего болѣе не оставалось, какъ развивать далѣе положенія, уже намѣченныя Каролиною, и установить теорію косвенныхъ уликъ, которая бы содержала опредѣленные правила на каждый случай, и, создавая прочныя категоріи изъ положеній, которыя въ сущности не поддавались никакой системѣ, защищала бы въ этомъ важномъ дѣлѣ лицъ, которымъ поручалось рѣшеніе, отъ опасности и подозрѣній произвола. Улики общія, и такія, которыя свойственны отдѣльнымъ преступленіямъ, были старательно распредѣлены по классамъ и этимъ установлены основанія для разрѣшенія затрудненій, нерѣдко возникавшихъ. Ежели бы только правила эти были настолько тверды, чтобы удержать пытку въ тѣхъ границахъ, которыя Каролина хотѣла точно ей указать!

Но рѣшающія коллегіи слѣдовали въ этомъ вопросѣ доктринѣ, которой недоставало непосредственности, жизненности и естественности; вмѣстѣ съ тѣмъ онѣ вступали въ противорѣчіе съ тѣмъ здравымъ смысломъ, на основаніи котораго всякій считаетъ себя способнымъ рѣшать вопросы факта: поэтому онѣ и не могли оказать продолжительное сопротивленіе предубѣжденіямъ, съ необыкновенною силою охватившимъ массы. Вотъ почему мы и видимъ ихъ совершенно безпомощными во время эпидеміи процессовъ колдовства (Hexenprocesse : въ бурѣ, произведенной ими, не удержалась ни одна изъ тѣхъ охранительныхъ формъ, которыя еще оста-

вались въ германскомъ процессѣ. Въ это смутное время были уничтожены тѣ предупредительныя мѣры, которыхъ требовала Каролина при примѣненіи пытки, и которыя однѣ могли еще подерживать нѣкоторое время убѣжденіе въ томъ, что пытка можетъ быть составною частью правильно устроеннаго процесса.

И когда, наконецъ, фанатизмъ этихъ преслѣдованій пролетѣлъ черезъ всю Европу, когда всѣ воочию увидѣли, что всѣ эти процессуальныя формы не были въ состояніи предупредить даже того, чтобы тысячи людей не были осуждены за такое преступленіе, котораго они вовсе не могли совершить: тогда, вслѣдъ за этимъ сознаніемъ, медленно, но неудержимо, возникло убѣжденіе: гдѣ лежитъ хоть тѣнь пытки, тамъ не можетъ остаться здоровымъ ни одинъ процессуальный институтъ.

И пытка должна была уступить. Но весь тогдашній процессъ былъ такъ проникнутъ ею, что на мѣстѣ ея не могло не образоваться весьма чувствительнаго пробѣла,—пробѣла, восполнить который вначалѣ люди отчаявались. Съ уничтоженіемъ пытки то направление, которому слѣдовало развитіе уголовного судопроизводства въ Германіи, вполнѣ выяснилось. Доктрина общаго права, подъ вліяніемъ необходимости скорѣе удовлетворить насущнымъ требованіямъ, быстро освободилась отъ неудобнаго вліянія старыхъ источниковъ права, и тѣмъ облегчила дѣло законодательствамъ отдѣльныхъ государствъ. На мѣсто сложныхъ комбинацій, глубокомысленныхъ обобщеній, которыя все таки не могли быть вполнѣ согласованы ни между собою, ни съ предметами, къ которымъ они примѣнялись, на мѣсто этой кропотливой, терявшейся въ мелочахъ работы, которая все таки съ трудомъ лишь указывала законные пути для удовлетворенія необходимаго,—на мѣсто всего этого выступили пощтки, прямо, дѣликомъ, вылѣпить формы новаго судопроизводства, или, скорѣе, преобразовать процессъ, существовавшій въ это время, на основаніи такихъ положеній, которыя непосредственно выводились изъ конечной задачи уголовного суда.

Такимъ образомъ наступило время, когда тѣ средства, къ которымъ прежде прибѣгали только въ виду крайности, остались одни въ рукахъ судьбы. И эти средства были примѣнены съ тою смѣлостью, которая отличала вторую половину прошедшаго столѣтія.

Возложеніе на судъ обязанности по должности стараться о преслѣдованіи преступленій, во всѣ времена было результатомъ сознанія, что наказанія преступниковъ требуетъ *публичный* интересъ. Но

отнынь представленіе это получило совсѣмъ иное значеніе, чѣмъ прежде. Это было время, когда съ особенною рѣшительностью настаивали и въ другихъ областяхъ на томъ, что интересы частные должны уступать потребностямъ публичнымъ, государственной необходимости; и въ рассматриваемой области, поэтому, получило преобладаніе мнѣніе, по которому слѣдовало прежде всего удовлетворить интересамъ государства. Ежели дѣйствительно требуется государственнымъ интересомъ, ежели дѣйствительно общественный порядокъ основывается на томъ, чтобы преступленія наказывались, а невинныя лица не подвергались наказанію, то осуществленію такого публичнаго интереса не должно служить помѣхою то энергичное, то пассивное отношеніе частныхъ лицъ, какъ-бы близко они ни стояли къ отдѣльному случаю. Государство уже не довольствуется преслѣдованіемъ тѣхъ преступниковъ, противъ которыхъ нѣтъ обвинителя или является обвинитель неспособный: государство беретъ это занятіе всецѣло въ свое вѣдѣніе и, одновременно, оно почти съ такою же недовѣрчивостію лишаетъ обвиняемаго всякаго дѣятельнаго участія въ производящемся о немъ дѣлѣ, принявъ на себя надзоръ за полнотою его защиты.

Уголовный процессъ такимъ образомъ *обезличивается*, но исключеніе лицъ изъ процесса неминуемо ведетъ къ отреченію отъ господства признанныхъ формъ: потому что форма можетъ господствовать, можетъ вообще имѣть значеніе, только при томъ условіи, когда съ несоблюденіемъ ея связывается для кого-нибудь ущербъ, когда *отпущеніе ея равняется отреченію отъ чего-либо*. Именно послѣднее всегда ставило исходъ процесса въ зависимость отъ лицъ, ведшихъ его. Вотъ почему государство чрезъ собственные органы ведетъ теперь процессъ, который прежде вели стороны; но поэтому и всѣ формальности, которыя способны затруднить раскрытіе и признаніе истины, теперь исчезаютъ. Это можно формулировать положеніемъ: инквизиціонный процессъ ставитъ *матеріальную истину выше формальной*.

Нерѣдко основную идею розыскаго процесса старались выразить указаніемъ на сліяніе дѣятельности обѣихъ сторонъ съ дѣятельностію судьи. Но при этомъ слишкомъ большое значеніе было придано внѣшнему положенію слѣдователя. Слѣдователь, конечно, есть судебный чиновникъ, но все-таки онъ не *судья*, не онъ составляетъ приговоръ, въ лучшемъ случаѣ онъ лишь членъ коллегіи, которая рѣшаетъ дѣло въ первой инстанціи. Несомнѣнно, одна-



ко, что основы розыскаго процесса нужно искать въ томъ, что матеріаль, на которомъ основывается рѣшеніе, собирается болѣе не сторонами, но именно третьимъ лицомъ, которое не есть ни обвинитель, ни обвиняемый.

Такое выраженіе принципа должно было оказать, прежде всего, вліяніе на *устройство и составъ судовъ*. Едва ли нужно говорить, что оно влекло за собою возвращеніе уголовного правосудія, насколько это было возможно, въ руки или, по крайней мѣрѣ, подъ строгій надзоръ правительственныхъ органовъ. Но теперь существенно измѣнилось также и отношеніе слѣдственнаго судьи къ рѣшающей коллегіи (Spruchcollegium) или къ той власти, которой принадлежало постановленіе рѣшенія. Болѣе, чѣмъ когда-либо, стало теперь очевиднымъ огромное значеніе первыхъ актовъ слѣдственнаго суда; чѣмъ безграничнѣе была власть, предоставленная слѣдователю, тѣмъ болѣе приходилось полагаться на его способности и чувство долга. Конечно, онъ не былъ связанъ формами такъ, какъ были прежде обязаны къ ихъ соблюденію стороны; но необходимо было дать ему подробныя наставленія и принять мѣры къ тому, чтобы онъ слѣдовалъ имъ, потому что онъ дѣйствовалъ отъ чужаго имени и представлялъ чужіе интересы. *Сосредоточеніе главной части процесса, даже почти всѣхъ его актовъ, въ рукахъ единоличнаго, даровитаго, обладающаго юридическимъ образованіемъ, слѣдователя, который ничѣмъ не ограниченъ снизу, но свыше легко можетъ быть контролируемъ, нарушение закона которымъ не отражается на исходѣ дѣла, но подвергаетъ его личной ответственности, — вотъ основаніе, на которомъ теперь должно было стать судоустройство*. Краеугольнымъ камнемъ процесса является отнынѣ слѣдователь, подъ непосредственнымъ надзоромъ коллегіальнаго учрежденія, контролируемый высшими судебными властями, посредствомъ предписаній, разсмотрѣнія актовъ и ревизій; поэтому и процессъ называется теперь просто *слѣдствіемъ*, которое совершенно измѣнилось сравнительно съ тѣмъ, чѣмъ оно было во время господства пытки. Только теперь, когда исчезло это средство, всегда бывшее наготовѣ, *розыскивать* стало дѣйствительно задачею судьи. Только теперь, когда судья не могъ уже болѣе, во всякое время, по желанію, получить собственное признаніе обвиняемаго, отказать въ которомъ послѣдній могъ лишь цѣною, которая нерѣдко превосходила цѣну безнаказанности, только теперь стали стараться обойтись безъ него. Только теперь люди

къ удивленію своему увидѣли то, чего не рѣшались утверждать самые ярые противники пытки, — что основательный и искусный розыскъ почти всегда бросаетъ много свѣта на преступленіе, настолько, что виновному въ рѣдкихъ случаяхъ удается скрыться. Прибавимъ къ этому блестящіе результаты, къ которымъ привело свободное изслѣдованіе индивидуума въ области *естествознанія*, — результаты, подобныхъ которымъ стали ожидать отъ сходныхъ приѣмовъ слѣдователя. Главною задачею слѣдователя было признано быстрое, точное, осмотрительное и, главнымъ образомъ, исполненное такта и искусное выясненіе обстоятельствъ, и все болѣе укрѣплялось мнѣніе, что отъ личныхъ способностей слѣдователя можно съ большею вѣроятностію ожидать успѣшности розыска, нежели отъ вѣншихъ процессуальнымъ обрядностей.

Но еще слишкомъ мало времени прошло со времени оставленія пытки для того, чтобы *признанію* обвиняемаго могли не придавать большаго значенія. Розыска въ томъ видѣ, какъ онъ представленъ выше, можно было ожидать лишь въ очень немногихъ мѣстностяхъ; притомъ, полиція еще не находилась на такой ступени развитія, которая необходима для его успѣшности; наконецъ, самое ученіе о доказательствахъ еще не было настолько преобразовано, чтобы легко было обойтись безъ признанія обвиняемаго. Кромѣ того — это необходимо имѣть въ виду при оцѣнкѣ *историческаго* значенія пытки — пытка безъ всякаго сомнѣнія проложила дорогу субъективной теоріи уголовного права, требовавшей оцѣнки преимущественно воли преступника. Все болѣе дѣлалось необходимымъ, въ особенности съ тѣхъ поръ, какъ приобрѣтавшія господство теоріи уголовного права ставили право наказывать въ большую или меньшую зависимость отъ наличности преступнаго направленія воли, все болѣе дѣлалось необходимымъ, не ограничиваясь выясненіемъ матеріальнаго событія, вникать во внутренній міръ виновнаго, стараться обнаружить его душевную жизнь и открыть психическій источникъ преступленія. Преступникъ не только долженъ спокойно терпѣть этотъ розыскъ, но онъ еще обязанъ способствовать ему, добросовѣстно отдавать себя на розыскъ и учинять признаніе: это было аксіомою, которая утвердилась особенно прочно съ тѣхъ поръ, какъ удалось положить конецъ пыткамъ, бывшей лишь возмутительнымъ увлеченіемъ въ проведеніи *той же самой* основной мысли. Римско-германскій взглядъ на *обвиняемаго* исчезъ такъ безслѣдно, что никто уже не сомнѣвался въ правѣ *принуждать*

дѣйствительно виновнаго къ признанію. Пытка запрещается, какъ средство невѣрное, вліяющее одинаково на различныхъ лицъ, конечно также какъ безчеловѣчное средство для вынужденія признанія; но въ то же время на слѣдователя возлагается главная задача вырвать у подсудимаго признаніе какимъ-нибудь инымъ способомъ. Въ этомъ отношеніи особенное значеніе имѣютъ тѣ *наказанія за неповиновеніе* (Ungehörigkeitsstrafen), которыя сохранились въ законѣ какъ послѣдніе остатки пытанія, позволявшіе поверхностнымъ судьямъ еще долгое время почти не чувствовать уничтоженія пытки. На практикѣ еще важнѣе было то, что верховъ совершенства слѣдственнаго искусства (а оно стало *искусствомъ*) было признано домогательство признанія. Подъ вліяніемъ теоріи, постепенно сбрасывавшей оболочку переходнаго періода, и тѣмъ самымъ все болѣе обостравшей главное начало, сдѣлалось неизбѣмымъ положеніе, что слѣдователь обязанъ вести психологическую борьбу съ подозрѣваемымъ лицомъ и стараться превосходствомъ своего образованія, вліяніемъ авторитета стоящаго за нимъ общества, а всего болѣе искуснымъ, подавляющимъ обвиняемаго, способомъ предъявленія заранѣе собранныхъ доказательствъ и указаніемъ всесилія средствъ розыска, вынудить его собственное признаніе.

Но при этомъ, конечно, было необходимо лишить обвиняемаго всякаго вліянія на движеніе процесса: отнынѣ онъ становится главнымъ *предметомъ слѣдствія*. Сдѣлалъ-ли обвиняемый, захваченный въ располхъ, какое-нибудь движеніе, дрожалъ-ли голосъ его, покраснѣлъ-ли онъ, какъ глядѣлъ онъ на извѣстный предметъ, какъ держалъ онъ себя въ отношеніи извѣстнаго свидѣтеля,— всѣмъ этимъ слѣдователь долженъ пользоваться и стараться проникнуть въ тайникъ его души.

Успѣхъ розыска основывается на томъ, что обвиняемый, отдѣленный отъ вѣшняго міра, ничего не знаетъ о ходѣ розысканій и ихъ результатѣ, что ему приходится давать объясненія по поводу такихъ предметовъ, связь между которыми остается ему неизвѣстною,—короче, что онъ находится подъ наблюденіемъ слѣдователя, не зная тѣхъ средствъ, которыми послѣдній располагаетъ, что во всякую данную минуту онъ обязанъ отвѣчать на всякій обращенный къ нему вопросъ, ему же даютъ объясненія лишь настолько, насколько считаютъ это нужнымъ. Въ концѣ концовъ, каждый подсудимый узнаетъ, хотя бы косвеннымъ образомъ,

въ существующія противъ него улики; но уже одно очень важно: по возможности долго оставлять его въ сомнѣніи касательно того, *все ли дѣйствительно онъ знаетъ.*

Дальнѣйшимъ слѣдствіемъ наступившей перемѣны было низведение *спеціального розыска* на степень пустаго обряда, поскольку онъ не вошелъ въ составъ суммарнаго слѣдствія. Оставалось только совершенно *исключить защитника.*

Наконецъ, главные результаты проведенія инквизиціонной идеи должны были выразиться въ *ученіи о доказательствахъ и формахъ окончательнаго рѣшенія.*

Основаніемъ всякаго ученія о доказательствахъ служить распредѣленіе обязанности доказывать. Но ученіе объ этомъ не можетъ имѣть никакого значенія, ежели судья одинаково не довѣряетъ какъ признанію, такъ и заперательству обвиняемаго, и исключительно ему самому предоставлено искать и собирать доказательства. При этомъ условіи едва ли можно было мириться съ тѣмъ, чтобы результатъ доказательствъ оказывался отличнымъ отъ объективной истины. Поэтому нельзя было пренебрегать ни однимъ, годнымъ для раскрытія правды, средствомъ, и было необходимо пользоваться косвенными уликами; при этомъ была предпринята неразрѣшимая задача — подчинить ученіе о послѣднихъ, правиламъ, подобнымъ тѣмъ, которыя установились исторически относительно эмпирическихъ доказательствъ и даже здѣсь нерѣдко ставили въ затрудненіе.

Такъ ученіе о доказательствахъ обще-германскаго права было распространено на новую область: въ этой области должна была произойти борьба между крайностью логическаго развитія инквизиціоннаго принципа и правилами о доказательствахъ, въ томъ ихъ видѣ, какъ они развились исторически. Съ одной стороны, предстояла задача всячески облегчить раскрытіе истины, нестѣсняясь ни формою, ни сопротивленіемъ сторонъ; съ другой — стояла формальная теорія доказательствъ, которой рѣшеніе непременно должно было удовлетворять.

Въ то же время приходилось сознаться, что нерѣдко бываютъ случаи, въ которыхъ обстоятельства, неподверженные сомнѣнію, не могутъ быть доказаны такъ, какъ это требуется закономъ; въ этомъ заключалось нравственное оправданіе *освобожденія отъ инстанцій.* Эта форма приговора должна была теперь примѣняться все чаще и чаще, но, какъ всякое учрежденіе сомнительнаго до-



стоинства, она на практикѣ постоянно ухудшалась; ее стали примѣнять въ случаяхъ относительно очень слабого подозрѣнія, чтобы избавить систему процесса, которая должна была обеспечивать побѣду „матеріальной истины“ и полагалась на авторитетъ судьи не только при постановленіи окончательнаго рѣшенія, но уже при самомъ возбужденіи производства, — отъ позорнаго признанія ошибки. Эта форма приговора привела къ *оставленію въ подозрѣніи*; почти нѣчувствительное для преступниковъ по ремеслу, послѣднее оказывало пагубное вліяніе на лицъ, принадлежавшихъ къ образованному классу или къ промышленному, трудовому, и тѣмъ самымъ увеличивало враждебное отношеніе этихъ классовъ общества къ дѣйствовавшей системѣ судопроизводства.

Вредъ освобожденія отъ инстанціи еще болѣе увеличивался отъ того, что оно противорѣчило исторіи своего возникновенія. Его начали примѣнять особенно часто въ такую эпоху, когда исчезли тѣ основанія, которыя нѣкогда побуждали итальянскихъ практиковъ ввести его: прежде назначеніемъ освобожденія отъ инстанціи было лишить подозрительное лицо, освобожденное отъ суда и наказанія, права на *exceptio rei judicatae*; теперь же его примѣняли при такихъ обстоятельствахъ, когда безусловное домогательство матеріальной истины разрушило всѣ предохранительныя формальности.

И теорія и законодательство не задумались прибѣгнуть къ этому подозрительному средству, и однако же формальная теорія доказательствъ, которой ставилось въ особенную заслугу то, что она въ состояніи однажды навсегда опредѣлить тѣ условія, отъ которыхъ зависитъ достовѣрность фактовъ, вскорѣ опустилась на степень чисто *отрицательной* теоріи. Требованія этой теоріи могли имѣть значеніе только минимума, крайнихъ предѣловъ, окончательное же рѣшеніе о достовѣрности фактовъ она должна была предоставить судѣ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ и тѣмъ самымъ — личности и субъективному убѣжденію рѣшающаго лица.

#### § 11. Австрійское мѣстное законодательство по уголовному судопроизводству эпохи общаго германскаго розыскаго процесса.

Для правильной оцѣнки результата предшествовавшаго развитія общаго германскаго процесса необходимо обратить вниманіе на кодексы, стоящіе у рубежа столѣтія. Въ нихъ только и возможно было дать сознательное выраженіе теоріи, развившейся по-

степенно, не принимая многого такого, что было слѣдствіемъ бѣдственнаго положенія судоустройства, отсталости имперскаго законодательства, въ виду того кореннаго переворота, который принесла съ собою вторая половина XVIII столѣтія, и происшедшихъ отсюда безпомощности и произвола судебной практики.

Но прежде чѣмъ перейти къ изложенію этихъ кодификаціонныхъ работъ, будетъ нелишнимъ представить ихъ постепенное выростаніе на почвѣ предшествующаго партикулярнаго законодательства, а равно и развитіе послѣдняго изъ основаній общаго права, подѣ влияніемъ его литературы, что всего лучше можетъ быть сдѣлано въ примѣненіи къ ограниченной области, болѣе всѣхъ другихъ знакомой автору.

Уголовно-судебное законодательство германо-славянскихъ земель Австріи постоянно, какъ и слѣдовало ожидать, слѣдуетъ ходу развитія общаго права, что продолжается еще и въ то время, когда съ окончаніемъ общей для всѣхъ этихъ странъ кодификаціи, казалось бы, это развитіе должно было остановиться. Вотъ почему и невозможно и ненужно подробно останавливаться на различныхъ австрійскихъ партикулярныхъ законахъ древнѣйшаго времени; они, къ тому же, не представляютъ полной картины положенія права въ ту эпоху. Задача состоитъ лишь въ уясненіи отношенія, въ которомъ законы эти стоятъ къ болѣе или менѣе дополняющему ихъ общему германскому праву.

Внимательно разсматривая эти законы, нетрудно раздѣлить ихъ на три группы:

I. Законодательство XVI столѣтія съ Тирольскимъ „установомъ о преступленіяхъ“ (*Malefizordnung*) 1499 года, вполне соотвѣтствуетъ состоянію права, непосредственно предшествовавшему и сохранявшемуся въ теченіи перваго времени послѣ сочиненія Каролины.

II. На „установѣ областного суда“ (*Landgerichtsordnung*) Фердинанда III, 1656 г., и основанной на немъ *Леопольдинъ*, отразились взгляды *Карпцова*; а новое дѣленіе процесса, вызванное *Бруннеманномъ*, проводится въ „установѣ уголовного суда“ (*Reinliche Gerichtsordnung*) Иосифа I, 1707 года. Въ концѣ этого періода общаго судопроизводства, заключившагося отмѣною пытки, мы находимъ *Терезіану*, которая въ сущности основана на обоихъ предшествовавшихъ ей законодательныхъ памятникахъ.

III. Обновленіе и дальнѣйшее развитіе розыскаго процесса, послѣдовавшія за отмѣною пытки, сказались въ „установѣ уголовного

суда“ (Criminalgerichtsordnung) Иосифа II, 1788 года, въ уголовномъ уложеніи (Strafgesetz) Западной Галиціи 1796 г., и уложеніи Франциска II, 1803 года, которые быстро шли одинъ за другимъ.

*I. Первый періодъ: законодательство, современное уставу Карла Пятаго.*

Законодательные памятники этого періода распадаются на три группы: 1) Тирольскій „уставъ о преступленіяхъ“ 1499 года и сочиненный по образцу его такой же уставъ Лайбахскій 1514 года. 2) „Уставъ и артикулы областныхъ судовъ эрцгерцогства Австріи ниже Эннса“ (Ordnung und Artikel der Landgerichte des Erzherzogthums Oesterreich unter der Enns) Максимилиана I, данный въ Гмунденѣ, 21 августа 1514 года; отличающійся отъ предшествующаго закона лишь въ двухъ статьяхъ „исправленный и возобновленный уставъ областного суда.....эрцгерцогства Австріи ниже Эннса“ Фердинанда I, данный въ Вѣнѣ 12 января 1540 года, и уставы областного суда Карніюли 1535 года, Верхней Австріи 1559 года и Каринтіи 1577 года, которые всѣ основаны на уставѣ 1514 года. 3). „Уставъ областного и уголовного суда славнаго княжества Штирії“ (Des löblichen Fürstenthums Steyer Land und peinlich Gerichtsordnung) Карла II, 1574 года.

1. Наиболе своеобразное положеніе принадлежитъ Тирольскому уставу, который представляется въ видѣ вполне законченной и полной кодификаціи, съ формальной стороны даже совершенно отдѣлившейся отъ общаго права и видимо направленной къ тому, чтобы воспрепятствовать вторженію права юристовъ. Суды замѣщаются: въ городахъ членами городского совѣта, а въ уѣздахъ — „двѣнадцатыи безупречными, достойными, разумными мужами (которыхъ опредѣляютъ и выбираютъ наши покровители, владѣльцы суда или ихъ намѣстники) такъ, чтобы въ каждой мѣстности всегда находилось двѣнадцать судебныхъ мужей“.

Судѣ рѣшеніе дѣла предоставляется лишь въ исключительныхъ случаяхъ: ежели голоса присяжныхъ раздѣлились поровну, то онъ можетъ дать своимъ голосомъ перевѣсъ наиболе снисходительному рѣшенію, въ случаѣ же, когда оба рѣшенія одинаковой строгости, онъ долженъ подать голосъ за то изъ нихъ, которое находитъ боле справедливымъ. Но ежели ни одно изъ такихъ рѣшеній онъ не считаетъ справедливымъ, тогда судья долженъ испрашивать рѣшенія у начальства „hohe Obrigkeit“. Никакого

обжалованія рѣшенія не допускается; „однако въ тѣхъ случаяхъ, когда было постановлено рѣшеніе открыто и явно въ нарушение правилъ сего нашего устава, необходимо дозволить переносить такое рѣшеніе на разсмотрѣніе высшаго начальства“.

Характеристическими чертами этого судопроизводства были слѣдующія: преслѣдованіе официальное, должностное, на основаніи уликъ и народной молвы, по поводу того, что было открыто въ гражданскомъ дѣлѣ; обычай сообщать подлежащей власти тѣ улики, которыя „надають на кого либо во время производства“; суммарный судъ надъ лицами, захваченными на мѣстѣ преступленія; требованіе формальнаго, постановляемаго на основаніи доклада судьи, рѣшенія объ учиненіи обвиняемому допроса съ пыткой или безъ пытки; производство такого допроса въ присутствіи трехъ шеффеновъ и тщательная провѣрка даннаго съ пытки признанія; протоколированіе производства и прочтеніе актовъ „въ день, когда лицо, совершившее злодѣяніе, будетъ поставлено на судъ“ (ст. 11); судебное разбирательство и постановленіе приговора при *закрытыхъ дверяхъ* (ст. 14).

2. Областные судебные уставы второй группы гораздо болѣе открыточны; ихъ значеніе лежитъ не въ тѣхъ правилахъ, которыя въ нихъ самихъ содержатся, а гораздо болѣе въ томъ устройствѣ суда, къ которому они приспособлены и которое они болѣе или менѣе считаютъ нужнымъ подтвердить. Ихъ главнѣйшимъ содержаніемъ служитъ разграниченіе власти: съ одной стороны — верховнаго обладателя областного суда, а съ другой — вотчинныхъ судовъ, представителей „*jurisdictio bassa*“. Но и эти постановленія оказали свою долю вліянія на устройство процесса. Такъ, феодальному сюзерену предоставлено право, въ тѣхъ случаяхъ, когда обвиняемый, его вассаль, небылъ захваченъ съ явными и неопровержимыми признаками преступленія (*mit offenkundiger beweislicher That erfahren*), отказать въ выдачѣ его, доколѣ ему не будутъ сообщены имѣющіяся противъ обвиняемаго улики, а также право присутствовать при пыткѣ. Въ случаѣ оговора осужденнымъ другого лица, предписывалось отложить казнь оговорщика, пока сюзерень не доставитъ своему вассалу во возможности представить свои возраженія. Такимъ образомъ сюзерень становился въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ органомъ защиты. Впрочемъ, этотъ же сюзерень обязанъ былъ заботиться о задержаніи обвиняемаго и даже возбуждать преслѣдованіе со стороны областного судьи, въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ усматривалъ подсудныя ему преступленія.



Въ то же время за потерпѣвшимъ признается не только право, но и обязанность вчинать обвиненіе; вообще самостоятельныя права потерпѣвшаго еще рѣзко замѣтны въ эту эпоху; но вмѣстѣ съ ними входятъ въ судопроизводство и всѣ тѣ начала, которыя должны были, въ концѣ концовъ, привести къ господству на практикѣ розыскаго процесса.

Начало преслѣдованія по долгу службы (официальнаго) на основаніи уликъ, за отсутствіемъ прямого обвинителя, уже прочно утвердилось; вмѣстѣ съ тѣмъ установилась тѣсная связь между уликами и пыткой: въ послѣдней лежитъ теперь центръ тяжести процесса. Судъ, постановляющій приговоръ, „составляется по крайней мѣрѣ изъ шести лицъ, разумныхъ и способныхъ“, которыхъ областной судья долженъ приглашать „изъ областного суда, или же въ тѣхъ случаяхъ, когда таковыхъ не найдется, изъ должностныхъ лицъ ближайшихъ городовъ и селеній“.

3) Уставъ уголовного суда Штиріи, сочиненный по образцу Каролины и на основаніи ея, но въ томъ, что касается разграниченія вѣдомства судовъ областныхъ и вотчинныхъ, тѣсно примыкающій къ вышеназваннымъ австрійскимъ уставамъ областныхъ судовъ, представляетъ лишь ту особенность, что въ немъ еще точнѣе проведены, параллельно одно другому, обвинительное и розыскное производства, и что случаи обращенія за рѣшеніемъ къ лицамъ, свѣдущимъ въ законахъ, (*Rechtsverständige*) имъ очень ограничены. Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ замѣтить:

1) Для постановленія приговора требуется не менѣе *тринадцати* засѣдателей подъ предсѣдательствомъ судьи (*Bannrichter*).

2) Учрежденъ публичный обвинитель и два прокуратора, которые получаютъ жалованье и, въ случаѣ нужды, должны служить повѣренными обвиняемаго на судѣ; но право обвиненія сохраняется и за потерпѣвшимъ; обвиняемому же предоставляется, какъ самому вести дѣло, такъ и избирать себѣ въ повѣренные какого нибудь другого прокуратора, или же одного изъ засѣдателей.

3) Когда „особеннаго, добровольнаго истца“ не будетъ, дѣло же окажется достаточно выясненнымъ, вслѣдствіе учиненнаго признанія или найденныхъ уликъ, то постановляется при закрытыхъ дверяхъ приговоръ, и публичное судебное засѣданіе (*am offenen Recht*), которое назначается уже послѣ этого, имѣетъ, подобно рѣшительному засѣданію Каролины, лишь значеніе торжественной обрядности. Устное производство и постановленіе приговора на основаніи

его признаются необходимыми только тогда, когда „самое совершение злодѣянія не было гласнымъ“ и имѣется въ наличности „особенный обвинитель“.

II. *Второй періодъ.* „Уставъ областного суда“ (Landgerichtsordnung) Фердинанда III встрѣтился съ сохранившимся въ городовъ обычаемъ народныхъ судебныхъ собраній (Geding), который развился изъ старонѣмецкаго суда шеффеновъ, но съ теченіемъ времени принялъ совершенно своеобразную форму. Это учрежденіе было принято уставомъ, который отнесся къ нему, впрочемъ, далеко не благопріятно и ограничилъ множествомъ правилъ. Особенность этого установленія заключается въ томъ, что въ составѣ суда нѣтъ представителя судебной власти, судьи въ томъ смыслѣ, который соединялся съ этимъ именемъ въ старомъ процессѣ. Четырнадцать членовъ собранія (Gedingsmänner) избираютъ судью сами изъ себя, по предложенію секретаря, котораго назначаетъ тоже изъ ихъ среды областной судъ. Вслѣдъ за образованіемъ такимъ путемъ судебного присутствія, секретарь прочитываетъ всѣ акты производства, затѣмъ вызывается и допрашивается обвиняемый, и судъ приступаетъ къ постановленію рѣшенія. Въ случаѣ раздѣленія голосовъ поровну, голосъ выборнаго судьи даетъ перевѣсъ; но судья можетъ передать рѣшеніе дѣла главѣ областного суда, а ежели этотъ послѣдній не желаетъ самъ рѣшить дѣло, то всѣ акты производства, съ указаніемъ *всѣхъ приведенныхъ какъ въ пользу, такъ и противъ подсудимаго оснований*, для рѣшенія пересылаются въ управленіе ниже-австрійской провинціи для рѣшенія дѣла.

Легко видѣть, что такой народный судъ, постановлявшій мотивированное рѣшеніе на основаніи актовъ, безъ всякаго вмѣшательства судьи-юриста, не могъ быть долговѣчнымъ; судебный уставъ ограничилъ случаи примѣненія этого суда тѣмъ, что предоставилъ главѣ областного суда на выборъ: или составить „безпристрастное судебное собраніе“ (unpartheiisches Geding), или же „постановить приговоръ самолично или чрезъ своего управителя, при участіи знающихъ людей въ достаточномъ числѣ“ (не менѣе шести). Нельзя утверждать, чтобы подъ именемъ „знающихъ людей“ уставъ разумѣлъ юристовъ; но онъ обращается къ главѣ областного суда съ увѣщаніемъ „оказывать довѣріе не однимъ лишь своимъ управителямъ или членамъ областного суда, но подвергать всѣ вопросы зрѣлому и основательному обсужденію нашихъ законовѣдовъ, занимающихъ судебную должность или инымъ образомъ приобрѣв-

шихъ опытность въ дѣлахъ уголовныхъ“ (I, тт. 41 § 6). Въ другомъ мѣстѣ того же устава (II, ст. 100) лицамъ этимъ внушается, чтобы они „не давали вѣры исключительно управителямъ своимъ, лицамъ должностнымъ, горожанамъ и крестьянамъ, которые въ столь важномъ дѣлѣ недостаточно опытные, а употребляли бы для того законовѣдовъ, и притомъ именно такихъ, которые въ дѣлахъ уголовныхъ приобрѣли опытность“.

Производство по этому уставу вполнѣ подчинено господствовавшей въ то время теоріи общаго уголовного процесса. Весьма замѣчательно проведеніе рѣзкаго различія между обвинительнымъ и розыскнымъ процессомъ. Первый порядокъ примѣняется тогда, когда имѣется прямое обвиненіе, или же отъ обвиняемаго требуется очистительная присяга; послѣдній примѣняется въ случаѣ доноса или же розыска въ тѣсномъ смыслѣ слова, „по усмотрѣннымъ важнымъ уликамъ“, „дабы честные люди были спокойны, а лихіе боялись бы преслѣдованія и наказанія, и страна очищалась отъ вредныхъ людей“ (I, ст. 22 § 1).

Такое противоположеніе опредѣляется уже не различіемъ поводовъ къ началію производства, а различіемъ двухъ формъ суда, что выражается въ томъ, что въ процессѣ обвинительномъ обвиняемому предоставлено обратиться за помощію къ адвокату и требовать письменнаго сообщенія собранныхъ противъ него уликъ, тогда какъ подсудимому, при розыскномъ производствѣ, первое дозволяется лишь въ видѣ исключенія, а послѣднее не дозволяется никогда (I, ст. 20 и 34).

Въ уставѣ розыскъ прямо раздѣленъ на общій и особенный; съ тщательностью разработана при этомъ теорія уликъ. Сначала указывается вообще, а затѣмъ при отдѣльныхъ преступленіяхъ подробно разъясняется, какія улики требуются для началія слѣдствія, какія для взятія подѣ стражу, для производства пытки. Въ отношеніи послѣдней законъ Фердинанда старается, продолжая дѣло закона Карла V, съ тѣмъ же рвеніемъ, но столь же безплодно, принять мѣры, необходимыя для предупрежденія злоупотребленія этимъ такъ называемымъ „средствомъ раскрытія истины“ и предотвращенія опасности которой отъ злоупотребленія его подвергались лица невинныя. Между прочимъ уставъ занимается вопросомъ о томъ, сколько разъ можетъ быть повторена пытка. Ни оставленія въ подозрѣніи (Instanzenbindung), ни чрезвычайнаго наказанія по подозрѣнію (Verdachtsstrafe) уставъ не знаетъ. Всякій, кто выдер-

жалъ пытку, долженъ быть совершенно оправданъ. Апелляція не допускается; однако подсудимому, который въ „противность этому уставу нашему притѣсняется судомъ, не воспрещено подавать таковыя жалобы въ наше управленіе для справедливаго удовлетворенія“ (I, ст. 50 § 1).

Ш. *Третій періодъ*. 1) Уголовный судебный уставъ Іосифа I для Богеміи, Моравіи и Силезіи, 16 іюля 1707 года, замѣчательнѣе тѣмъ, что сосредоточиваетъ уголовно-судебную власть въ апелляціонной палатѣ въ Прагѣ, которая была судомъ короннымъ, составленнымъ изъ юристовъ. Этой палатѣ присвоено право окончательнаго рѣшенія, которое она постановляетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда „судья низшей степени не можетъ или не имѣетъ власти *reg ex gr* произнести приговоръ на основаніи собранныхъ актовъ розыска“ (ст. 14 § 1). Въ то же время осужденному, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло подвѣдомственно по существу судѣ низшей степени, предоставлено право апелляціи, котораго онъ не лишается ни вслѣдствіе пропуска срока, ни вслѣдствіе добровольнаго его подчиненія рѣшенію, и которымъ онъ можетъ воспользоваться даже во время исполненія приговора (тоже нужно сказать и относительно просьбы о помилованіи—ст. 21). Судамъ низшей степени вмѣнено въ обязанность представлять апелляціонной палатѣ, по четвертямъ года, свѣдѣнія о содержащихся подъ стражею (заключеніе, § 1).

Разсматриваемый законъ ограничивается устройствомъ розыскаго процесса; относительно процесса обвинительнаго онъ прямо отсылаетъ къ правиламъ процесса гражданскаго. Замѣчательно рѣзкое дѣленіе розыска на предварительное и формальное слѣдствіе; послѣднее заключаетъ въ себѣ *суммарный* допросъ, обыкновенно безъ приведенія къ присягѣ, всѣхъ лицъ, „которымъ что либо извѣстно касательно дѣянія, обстоятельствъ его и самого виновнаго“ (ст. 3, § 10—13). Особенности этого, самаго короткаго, изъ уголовныхъ судебныхъ уставовъ, заключаются въ чрезвычайно подробныхъ правилахъ объ изслѣдованіи состава преступленія, о допросѣ свидѣтелей, о способѣ производства пытки, о порядкѣ составленія и веденія актовъ.

2) *Constitutio criminalis Theresiana* послѣдняго дня декабря 1768 года, имѣетъ значеніе, прежде всего, какъ первый законъ, общій для нѣмецкихъ областей Австріи. Уставъ этотъ отличается отъ тѣхъ, болѣе старыхъ, законовъ, которые служили ему основаніемъ, особенною подробностью въ опредѣленіи самыхъ мелкихъ



деталей процесса и стараніемъ предупредить какія-либо сомнѣнія. Но въ сущности въ немъ слѣдуетъ видѣть лишь сводъ стараго права, лишь заключительный актъ предшествовавшей эпохи, но отнюдь не дверь къ эпохѣ новой. Характеръ эпохи особенно рѣзко сказался въ расширеніи области розыскаго процесса и увеличеніи, въ связи съ этимъ, правъ государства надъ личностью подсудимаго, при отмѣнѣ всѣхъ установленныхъ для охраненія его личности формальностей. Такъ напр., мы здѣсь встрѣчаемся съ правомъ, въ отдѣльныхъ случаяхъ, опредѣлять производство спеціальными законами (ст. 47 § 1). Правительство оставляетъ себѣ право, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, вчинать формальное обвиненіе (ст. 23 § 5, ст. 24 § 1); но частное обвиненіе совершенно устранено (тамъ же, § 3). Частнымъ лицамъ предоставлено лишь право доноса (причемъ, однако же, доноситель принуждался иногда къ представленію залога и даже могъ быть заключенъ подъ стражу — ст. 28 § 17), которое обращается для нихъ въ обязанность, въ случаѣ преступленій, „влекущихъ за собою смерную казнь или тяжкое тѣлесное наказаніе“ (ст. 28 § 4). Очистительная присяга все еще допускается: въ этихъ случаяхъ процессъ строго сохраняетъ внѣшніе признаки процесса обвинительнаго, такъ что лицу, допущенному къ очистительной присягѣ, противопоставляется даже особый противникъ; но дозволеніе очистительной присяги въ случаяхъ, указанныхъ закономъ, зависитъ отъ благоусмотрѣнія суда высшей степени (ст. 51 §§ 2 и 6). Съ другой стороны, производство чрезвычайнаго скорорѣшительнаго суда (*standgerichtliches Verfahren*), уже несоставившаго новости въ эту эпоху, впервые въ этомъ уставѣ введено въ правила закона

Такому общему направленію устава Маріи Терезіи соотвѣтствуютъ и правила, которыя онъ содержитъ касательно условій обвиненія и разныхъ формъ рѣшенія. Для преступленій, „влекущихъ лишеніе жизни или наказаніе тѣлесное, или же наказаніе, подобное лишенію жизни“, остается прежнее правило, по которому никто не можетъ быть приговоренъ на основаніи однихъ косвенныхъ уликъ, какъ бы значительны онѣ ни были, къ обыкновенному, въ законѣ положенному, наказанію; примѣненіе пытки ограничено тѣмъ, что требуется всякій разъ рѣшеніе высшаго суда. Чрезвычайное наказаніе, основанное на одномъ лишь подозрѣніи, допускается въ широкихъ размѣрахъ; при этомъ дозволяется также оставленіе въ подозрѣніи (освобожденіе отъ инстанціи) и очи-

стительная присяга (ст. 39 § 12).—Необходимо также упомянуть, что по окончаніи слѣдствія обвиняемому дается, для представленія доводовъ въ защиту его, лицо съ юридическимъ образованіемъ въ томъ лишь случаѣ, когда самъ онъ не можетъ этого сдѣлать вслѣдствіе тупоумія, страха или болѣзни, а равно и въ тѣхъ, когда „уголовное дѣло, по разнымъ обстоятельствамъ, представляется весьма запутаннымъ, или же усматриваются иныя важныя къ тому основанія“ (ст. 36 § 10).

Всѣ тѣ постановленія, которыя, по господствовавшему въ ту эпоху мнѣнію, должны были замѣнить исчезнувшія формальности, охранявшія личность подсудимаго, достигаютъ полнѣйшаго развитія: уголовный судъ постепенно сосредоточивается въ правительственныхъ учрежденіяхъ, и судья вмѣняется въ обязанность тщательно заботиться о матеріальной защитѣ подсудимаго.

Кодексъ Маріи Терезіи имѣлъ во многихъ отношеніяхъ рѣшительное вліяніе на дальнѣйшее развитіе законодательства и судебной практики. Нелишнимъ, поэтому, будетъ остановиться на нѣкоторыхъ подробностяхъ его.

По кодексу Маріи Терезіи засѣдатели, которые являются свидетелями суда, рѣзко отдѣляются отъ лицъ, постановляющихъ рѣшеніе. Въ судѣ низшей степени должно быть не менѣе 7 такихъ лицъ, постановляющихъ рѣшеніе. Отъ всѣхъ этихъ членовъ суда требуется „основательное знакомство съ симъ уголовно-судебнымъ уставомъ“ и принесеніе присяги; но членъ—докладчикъ (Referent) приобретаетъ теперь особенное значеніе: онъ долженъ быть юристъ, занимающій должность въ области, или выдержавшій особое испытаніе, производство котораго возложено на высшій судъ (ст. 20 § 10). Впервые въ уставѣ Маріи Терезіи подробно опредѣлено положеніе протоколиста и способъ составленія бумагъ. Протоколъ долженъ содержать въ себѣ дословное изложеніе показаній; поэтому уже онъ не диктуется слѣдователемъ, послѣднему предписывается только „внимательно наблюдать за дѣйствіями и упущеніями ведущаго протоколъ лица, давать ему нужныя указанія и проверять вѣрность его записи“. Упоминается уже о протоколѣ жестовъ (описаніе допрашиваемаго во время дачи показаній Gebärden-Protokoll). Уставъ, однако, еще считаетъ возможнымъ предписывать, чтобы при постановленіи рѣшенія въ первой инстанціи акты прочитывались „одинъ за другимъ, по очереди“, а не „докладывались въ видѣ однихъ выписокъ, ибо при такомъ порядкѣ могутъ остаться

незамѣченными, ко вреду обвиняемаго, многія обстоятельства, которыя докладчикъ могъ считать несущественными, но которыя прочіе члены суда..... могутъ признать весьма важными“. Въ судахъ высшей степени соблюденіе такого правила было уже тогда невозможнымъ.

Замѣчательно также наставленіе, которое даетъ разсматриваемый законъ для производства слѣдствія, останавливаясь при этомъ съ особенною подробностью на изслѣдованіи состава преступленія и на ученіи о свидѣтельскихъ показаніяхъ и о косвенныхъ уликахъ. Эти послѣднія имѣютъ по прежнему важность, главнымъ образомъ, для начатія формальнаго слѣдствія и для примѣненія пытки.

Ходъ слѣдствія опредѣляется раздѣленіемъ его на *inquisitio generalissima*“ (соотвѣтствующее полицейскому дознанію) „*generalis*“ и „*specialis*“). Предварительное слѣдствіе (*General-Inquisition, Informativ-Prozess*) имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣяніе „не приведено въ полную извѣстность“, или „не имѣется ни доноса, ни основательнаго подозрѣнія на опредѣленное лицо“ (ст. 25 § 4). Въ этомъ отдѣлѣ слѣдствія производится суммарный допросъ свидѣтелей. По открытіи формальнаго слѣдствія, судъ можетъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ достаточныхъ уликъ для взятія обвиняемаго подъ стражу, или если вслѣдствіе другихъ обстоятельствъ обвиняемый оставленъ на свободѣ, потребовать отъ него *письменнаго объясненія* (*Constitutiv-Prozess*), или поручить особому чиновнику *вчинить уголовный искъ* (ст. 29 §§ 2 и слѣд.). Затѣмъ, въ этомъ отдѣлѣ слѣдствія производится *суммарный допросъ* и если на основаніи его нельзя еще постановить приговора, то производится допросъ формальный, называемый также *допросомъ по пунктамъ* (ст. 31 § 19). Замѣчательно требованіе *подтвердительнаго допроса*, который производится независимо отъ того, была ли примѣнена пытка, или допросъ производился безъ нея, и состоитъ въ томъ, что обвиняемому „тогдашъ или, ежели онъ въ этотъ день слишкомъ испуганъ и взволнованъ, то на третій день“ послѣ окончанія показаній, *ти* послѣднія прочитываются отъ слова до слова и предлагается *допросъ*, дѣйствительно ли онъ хотѣлъ сказать то, что написано (ст. 31 § 13). Кромѣ того предписывается давать обвиняемому послѣ заключенія слѣдствія три дня на размышленіе (ст. 36 § 7).

Порядокъ движенія дѣла по инстанціямъ подвергся, сравнительно съ прежнимъ правомъ, существеннымъ измѣненіямъ. Съ

одной стороны подтверждается положеніе, что „въ дѣлахъ уголовныхъ не допускается апелляціи“; но такъ сказать суррогатъ апелляціи созданъ тѣмъ, что по всѣмъ важнѣйшимъ или тяжкимъ уголовнымъ дѣламъ, всѣ опредѣленія, касающіяся доказательствъ, и приговоры подлежатъ утвержденію высшаго суда (ст. 21 § 5). Кромѣ этого, осужденнымъ судебнымъ рѣшеніемъ, за исключеніемъ рѣшеній чрезвычайнаго суда, предоставляется право подать „просьбу къ Намъ“ (Resurgit an Ups) „въ которой они могутъ приводить не только всевозможныя основанія къ помилованію, но также и *основанія права* въ подкрѣпленіе своихъ требованій“ (ст. 42 § 1). Различіе устанавливается только относительно приостанавливающего исполненіе приговора, суспензивнаго, вліянія такой просьбы. Просьба на высочайшее имя останавливаетъ исполненіе приговора только въ такихъ дѣлахъ, когда такое исполненіе можетъ повлечь за собою невознаградимый ущербъ, и то лишь подъ условіемъ своевременнаго заявленія ея (въ теченіи 48 часовъ послѣ объявленія приговора). Для представленія объясненій по заявленной просьбѣ (для чего, въ видѣ общаго правила, установленъ четырнадцатидневный срокъ), подсудимый можетъ прибѣгнуть къ помощи юриста или, „за недостаткомъ такового, другого искуснаго человѣка“, а въ случаѣ нужды—чиновника суда, который назначается для этого особо; такому „сочинителю“ просьбы предоставляется безпрепятственный доступъ и свобода переговоровъ съ подсудимымъ, а равно и право разсмотрѣнія актовъ слѣдствія, подъ неперемѣннымъ условіемъ присутствованія при этомъ нѣсколькихъ лицъ изъ состава суда“. Просьба со всѣми актами поступаетъ въ высшій судъ, обязанный прежде всего разсмотрѣть производство и приговоръ съ точки зрѣнія права, и рѣшить: „слѣдуетъ ли, на основаніи закона, утвердить или измѣнить приговоръ“; затѣмъ этотъ судъ долженъ обсудить, насколько „проситель, по основаніямъ, имъ указаннымъ, а равно и тѣмъ, которыя уголовный судъ принималъ во вниманіе собственною властью, и по всѣмъ прочимъ соображеніямъ“ заслуживаетъ помилованія. Если большинствомъ вопросъ этотъ будетъ рѣшенъ въ *отрицательномъ* смыслѣ, то рѣшеніе высшаго суда изготовляется въ окончательной формѣ и приводится въ исполненіе. Въ противномъ же случаѣ предписывается обратиться за рѣшеніемъ дѣла къ верховной власти и не исполнять приговора, пока не послѣдуетъ такое рѣшеніе.



§ 12. Кодификаціи начала XIX столѣтія.

Изъ кодексовъ трехъ самыхъ крупныхъ германскихъ государствъ, австрійскаго (1803), прусскаго (1805) и баварскаго (1813), первый былъ результатомъ многократной передѣлки устава уголовного суда (Criminalgerichtsordnung) императора Іосифа II, 1788 года, которымъ былъ замѣненъ кодексъ Маріи Терезіи и съ нимъ право XVII вѣка, несмотря на крайне рѣзкое различіе между ними. *Пруссій* законъ былъ гораздо болѣе остороженъ: примыкая къ теоріи германскаго общаго права, онъ содѣйствовалъ его дальнѣйшему развитію, не трогая основныхъ его началъ. Наконецъ *баварское* законодательство развивалось подъ нѣкоторымъ влияніемъ французскаго права и преобразовательныхъ стремленій, выходящихъ изъ рамокъ общаго процесса; по крайней мѣрѣ Фейербахъ дѣлалъ попытки въ этомъ направленіи. Но эти „лучшія и наиболѣе блестящія идеи, въ концѣ концовъ „погибли“, по его словамъ, „въ тайномъ со- вѣтѣ“. Идеи не прошли въ кодексъ и онъ былъ, подобно прочимъ, прямымъ выраженіемъ очищенной теоріи общаго германскаго уголовного процесса, въ томъ видѣ его, который онъ долженъ былъ принять въ рукахъ добросовѣстнаго и челоѣколюбиваго судьи, съ отмѣною пытки. Всѣ три кодекса имѣютъ слѣдующіе общіе признаки: за процессомъ сохраняется характеръ розыска; обвиняемый принуждается ежели и не къ признанію, то къ подробному и согласному съ истиною отвѣта на обвиненіе, съ употребленіемъ, въ случаѣ надобности, наказаній за непокорность (Ungehorsamsstrafen); производство, предшествующее постановленію рѣшенія, сосредоточивается въ рукахъ особаго юриста-слѣдователя, стоящаго подъ надзоромъ судебной коллегіи, старающагося всего болѣе о достиженіи признанія и облеченнаго громадною властью, которая ограничивается только благотѣльнымъ требованіемъ записывать въ акты производства о всякомъ дѣйствіи, и запрещеніемъ наиболѣе тяжкихъ злоупотребленій (насилія, лжи, хитрыхъ вопросовъ и т. д.); рѣшеніе постановляется на основаніи письменнаго доклада; условія, которымъ должны удовлетворять доказательства, подробно опредѣлены; дозволяется осужденіе на основаніи косвенныхъ уликъ; въ случаѣ неполнаго доказательства вины допускается чрезвычайное наказаніе; полное и безусловное оправданіе ограничивается тѣми случаями, когда невинность обвиняемаго стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія; апелляція допускается, хотя бы только въ одну вторую

инстанцію; важнѣйшія дѣла подлежатъ, по закону, провѣркѣ и утвержденію высшаго суда.

Но между этими тремя кодексами есть также и существенныя различія. Такъ, *австрійскій* законъ доводитъ розыскной характеръ процесса до крайности, не допуская вовсе защитника на судѣ первой степени; только для выработки уже заявленной осужденнымъ жалобы на приговоръ, ему дается защитникъ, который однако долженъ ограничиться разсмотрѣніемъ мотивовъ приговора и можетъ совѣщаться съ осужденнымъ не иначе, какъ въ присутствіи члена судебного установленія. Въ *Пруссіи*, защитнику предоставлено болѣе широкое поле дѣятельности, такъ какъ онъ не только вырабатываетъ защитительную записку и „вторичную защиту“ (*weitere Vertheidigung*) <sup>1)</sup>, но можетъ также присутствовать при производствѣ допроса по пунктамъ или его суррогата, допроса объ обстоятельствахъ дѣла (*species facti*), а равно и допроса свидѣтелей. Последняго права ему не предоставлено въ *Баваріи*; но за то здѣсь онъ можетъ совѣщаться съ подсудимымъ наединѣ, тогда какъ въ *Пруссіи* свиданія защитника съ подсудимымъ обязательны, и защитнику предписывается разспрашивать обвиняемаго „также и о способѣ обращенія съ нимъ во время слѣдствія“, и при этихъ свиданіяхъ долженъ непременно присутствовать судья или протоколистъ.

Что касается разработки ученія о доказательствахъ, прусское законодательство всѣхъ тѣснѣе примыкаетъ къ предшествовавшему столѣтію; оно вовсе не дозволяетъ приговаривать къ наказанію, опредѣленному закономъ за преступленіе (*ordentliche Strafe*), на основаніи однихъ лишь уликъ, и дозволяетъ, при отсутствіи собственнаго признанія обвиняемаго, приговаривать къ смертной казни на основаніи прочихъ, имѣющихся въ дѣлѣ, доказательствъ въ томъ только случаѣ, когда двѣ трети судебной коллегіи, постановляющей рѣшеніе, согласны въ признаніи доказательства совершеннымъ. Законы же австрійскій и баварскій дозволяютъ приговаривать къ наказанію законному даже на основаніи однихъ уликъ, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда въ законѣ опредѣлена смертная казнь (*Австр. уст. § 430, Бав. уст. ст. 330*). Вслѣдствіе широкаго примѣненія по прусскому уставу чрезвычайнаго наказанія, оцѣнка

<sup>1)</sup>. Способъ обжалованія приговора осужденнымъ (*remedium ulterioris defensionis, supplicatio*).

отдѣльнаго случая судьей должна была получить большое значеніе. Самый вопросъ о томъ, имѣется ли совершенное доказательство по дѣлу, по смыслу прускаго устава, представляется вопросомъ права; но въ § 393 заключается положеніе, дающее снова преобладаніе личной оцѣнкѣ: „когда имѣются вполне убѣдительныя основанія въ пользу истинности какого либо обстоятельства и нельзя привести, при обыкновенномъ порядкѣ вещей, существеннаго основанія въ пользу противнаго мнѣнія.“ — Ученіе о доказательствахъ баварскаго кодекса носитъ еще болѣе *положительный* характеръ; оно, притомъ, разработано необыкновенно полно и ясно, такъ что должно считаться лучшимъ изъ всѣхъ произведеній работы, направленной къ развитію теоріи доказательствъ общаго права. Обработка этого предмета въ австрійскомъ законѣ значительно хуже; но въ немъ уже проглядываетъ существенно измѣнившееся значеніе формальной теоріи доказательствъ, которое привело къ *отрицательной* теоріи доказательствъ и въ которомъ долгое время видѣли послѣднее, дѣйствительное, средство сохранить преданія общаго права.

Различное отношеніе къ доказательствамъ не могло не отразиться на *формахъ рѣшенія*. Австрійскій законъ различаетъ *освобожденіе* (Lossprechung, объявленіе невиновнымъ), *прекращеніе слѣдствія* по недостатку необходимыхъ доказательствъ (Aufhebung der Untersuchung), *осужденіе* (съ вышеупомянутымъ ограниченіемъ относительно смертной казни). Невыгоды освобожденія отъ инстанціи заключаются въ томъ, что противъ освобожденнаго могутъ быть приняты „соотвѣтствующія политическія (полицейскія) мѣры“ и что на освобожденнаго отъ инстанціи обращаются судебныя издержки; возобновленіе дѣла, въ случаѣ открытія новыхъ доказательствъ, также гораздо менѣе стѣснено, чѣмъ при оправдательномъ приговорѣ (§§ 455, 473, 474 и 537). — Прусскій уставъ уголовного суда различаетъ: приговоръ объ *ординарномъ* наказаніи, приговоръ о *чрезвычайномъ* наказаніи („въ случаѣ стеченія въ дѣлѣ нѣсколькихъ уликъ, которыя согласуются между собою и подкрѣпляются нехорошимъ поведеніемъ заподозрѣннаго лица и дурнымъ образомъ жизни его“, причемъ тяжесть наказанія соотвѣтствуетъ важности уликъ — §§ 405, 406), *временное освобожденіе*, т. е. освобожденіе отъ инстанціи („когда дѣло вовсе не могло быть разъяснено въ его истинномъ видѣ, но заподозрѣнное лицо не опровергло основательность падающаго на него подозрѣнія“ — § 409), наконецъ, *полное*

*оправданіе*, которое, однако, имѣть различныя послѣдствія, смотря по тому, основывается ли оно на „совершенномъ доказательствѣ невинности“ или „на недостаткѣ доказательствъ“—§§ 413, 414. Оправданіе перваго рода устраняетъ возможность вторичнаго розыска. Освобожденный отъ инстанціи обязывается къ возмѣщенію судебныхъ издержекъ и можетъ быть отданъ подъ надзоръ полиціи—§§ 410, 609, 617.—Законъ *баварскій* различаетъ: 1) *Приговоръ о невинности* (Unschuldserkenntnisz—ст. 353—358): „чтобы онъ былъ объявленъ совершенно невиннымъ“ (допускается даже въ томъ случаѣ, когда дѣяніе должно быть признано ненаказуемымъ, вслѣдствіе какого либо особаго обстоятельства, совершенно доказаннаго); 2) *освобожденіе отъ наказанія* (Lossprechung) „не признанъ виновнымъ и поэтому освобожденъ отъ наказанія“ (когда хотя и не доказана невинность, но доказательства виновности такъ слабы, что они не были бы достаточны для начатія формальнаго слѣдствія, или же обстоятельство, устраняющее наказуемость, не совершенно доказано, но представляется вѣроятнымъ); 3) *освобожденіе отъ инстанціи* (Entlassung von der Instanz): „чтобы слѣдствіе подлежало прекращенію по недостаточности доказательствъ;“ 4) *осужденіе* (Verurtheilung). Лишь оба послѣдніе вида приговоровъ влекутъ за собою присужденіе подсудимаго къ возмѣщенію судебныхъ издержекъ (ст. 405, 407); приведенные въ пунктахъ 1 и 2 совершенно возстановляютъ гражданскую честь (ст. 386) и хотя и не выполнѣ, но въ значительной степени обезпечиваютъ отъ возобновленія слѣдствія.

Что касается *способовъ обжалованія рѣшеній*, то письменное производство и отсутствіе публичнаго органа обвиненія были выгодны для подсудимаго. Первое дѣлаетъ возможнымъ новое разсмотрѣніе дѣла, по жалобѣ, высшею инстанціею (деволюцію), и даже пересмотръ актовъ производства высшею инстанціею въ силу самого закона, что, въ свою очередь, выполнѣ замѣняетъ право протеста публичнаго обвинителя. Въ *Баваріи*, предсѣдатель уголовнаго суда, которому, поэтому, не дано права голоса при рѣшеніи дѣла, (ст. 13 ч. 2), предоставлено требовать пересмотра, ревизіи дѣла во вредъ подсудимому (ст. 368). Въ *Баваріи* было вообще послѣдовательно проведено начало двухъ степеней суда съ возможностью измѣненія рѣшенія во вредъ подсудимому (*reformatio in pejus*, ст. 375).—Своеобразны постановленія *прусскаго* закона: на основаніи ихъ, рѣшенія по дѣламъ о преступленіяхъ, непосред-



ственно касающихся государственных интересов, или таких, за которыя виновный, прусскій подданный, приговаривается къ высылкѣ за границу или же къ наказанію болѣе тяжкому, чѣмъ наказаніе тѣлесное или трехлѣтнее заключеніе, должны быть представляемы, до вступленія ихъ въ законную силу, на утвержденіе департамента уголовныхъ дѣлъ министерства юстиціи (§§ 508—512); равнымъ образомъ и рѣшенія судовъ первой степени, которыми опредѣляются сколько нибудь важныя наказанія (свыше одной недѣли тюрьмы, 50 талеровъ штрафа, или легкаго тѣлеснаго наказанія, § 513) представлялись въ Пруссіи на утвержденіе высшихъ судовъ. „Вторичная защита“ разрѣшается осужденному только одинъ разъ; но за то при этомъ способѣ обжалованія рѣшенія приговоръ не можетъ быть измѣненъ во вредъ осужденному (§ 528). Австрійское законодательство приняло систему трехъ инстанцій, такъ какъ на рѣшеніе суда второй степени, усиливающее наказаніе, осужденный можетъ жаловаться въ третью инстанцію (§ 462 в). Такая жалоба осужденнаго не можетъ, правда, имѣть послѣдствіемъ болѣе строгій приговоръ (§ 467); но все-таки рѣшенія нисшихъ судовъ подвергаются очень подробной провѣркѣ высшими судами. Кромѣ того было постановлено, чтобы высшему суду представлялись для пересмотра, съ правомъ измѣнить ихъ какъ къ выгодѣ, такъ и во вредъ осужденному, рѣшенія нисшихъ судовъ по дѣламъ о довольно большомъ числѣ преступленій, признанныхъ наиболѣе важными (§§ 433, 434). Въ высшій судъ представляются также всѣ рѣшенія, постановленныя противъ „запирающагося подсудимаго,“ или же присуждающія обвиненнаго къ наказанію, которое превышаетъ пятилѣтнее лишеніе свободы, высылку за границу, выставку у позорнаго стоба или тѣлесное наказаніе (§ 435); но такія рѣшенія могутъ быть измѣнены высшимъ судомъ лишь въ пользу осужденнаго. Въ опредѣленныхъ случаяхъ (государственной измѣны, злоупотребленій властью, поддѣлки кредитныхъ бумагъ, § 442), рѣшеніе судовъ второй степени, коими возвышено осужденному наказаніе, сравнительно съ рѣшеніемъ суда первой степени, должны быть представляемы на утвержденіе третьей инстанціи (§ 443).

*§ 13. Причины и направленіе попытокъ преобразованія до 1848 года.*

Мы изобразили теперь то состояніе, въ которое пришло въ Германіи уголовное судопроизводство, будучи предоставлено своему

собственному развитію. Разсматривая главные моменты этого развитія, нельзя не придти къ убѣжденію, что оно дошло до конца, что начавъ съ одной крайности, оно, въ концѣ концовъ, перешло въ другую. Въ началѣ этого развитія мы встрѣчаемъ полное пренебреженіе публичнымъ интересомъ, пассивное положеніе суда, предоставленіе всего производства въ руки сторонъ, самый мертвый формализмъ, который въ опредѣленіи доказательствъ не боялся противорѣчія съ природою вещей. Въ концѣ историческаго движенія, публичный интересъ пріобрѣтаетъ безусловное господство, исчезла одна изъ сторонъ въ процессѣ, другая же принуждена довольствоваться пассивною ролью; судъ руководитъ, наблюдаетъ, изслѣдуетъ, рѣшаетъ, не будучи связанъ почти никакими формальностями и слѣдуя лишь собственному убѣжденію; почти не осталось средствъ, которыя бы не признавались годными для достиженія одной цѣли—раскрытія истины, и рѣшительно все, что можетъ способствовать къ составленію опредѣленнаго убѣжденія, должно быть теперь принято во вниманіе. Такъ пробило себѣ дорогу въ началѣ этого столѣтія начало розыска и подчинило себѣ всѣ части производства.

Что случилось потомъ—еще живо въ памяти всѣхъ; вѣдь и теперь еще мы стоимъ въ серединѣ того движенія, которое началось съ момента, когда инквизиціонный принципъ развился до послѣднихъ предѣловъ и вызвалъ реакцію, совершенно естественную при тогдашнихъ обстоятельствахъ.

Тогда-то стало понемногу слагаться мнѣніе, что для публичнаго интереса, который, согласно теоріи, долженъ былъ вѣчно преобладать въ уголовномъ судопроизводствѣ, было бы выгоднѣе, ежели бы проведеніе его было поручено живому лицу, вмѣсто того, чтобы быть поставленнымъ лишь подъ охрану отвлеченнаго принципа; что дѣятельность, которой такой процессъ требовалъ отъ слѣдователя и судей, превосходить то, что въ состояніи исполнить обыкновенные люди; что кропотливость слѣдствія, производимаго однимъ лицомъ, необходимость для послѣдняго держать всегда наготовѣ документы въ оправданіе каждаго шага и каждаго опущенія, затягиваетъ производство и лишаетъ его энергіи, необходимой въ слѣдствіе свойства тѣхъ элементовъ, съ которыми ему приходится бороться; что беззащитное положеніе находящагося подъ слѣдствіемъ лица даетъ поводъ къ злоупотребленіямъ и очень часто лишаетъ значенія сдѣланное имъ признаніе; что отсутствіе какихъ

бы то ни было формальностей отняло у процесса признакъ правоты и сдѣлало сомнительными его результаты; что теорія законныхъ доказательствъ, которою судьи должны руководствоваться при одѣлкѣ фактовъ, узнаваемыхъ ими изъ актовъ дѣла, все болѣе и болѣе удаляется отъ жизни.

Съ другой стороны, общее германское уголовное судопроизводство несомнѣнно достигло высшей степени совершенства, которая для него была возможна. Конечно, можно было сдѣлать нѣкоторые преобразованія въ судоустройствѣ, нѣсколько измѣнить расположеніе отдѣльныхъ колесъ судопроизводственной машины, и этимъ устранить нѣкоторые ея пороки, уничтожить или, по крайней мѣрѣ, уменьшить многія злоупотребленія. Но коренное измѣненіе процесса и выработка чего нибудь совершенно новаго уже были немислимы, такъ какъ они противорѣчили бы историческимъ основаніямъ нѣмецкаго суда и могли бы быть осуществлены лишь съ помощью чужеземныхъ идей; такое крупное измѣненіе было невозможно потому, что всѣ части системы судопроизводства находились въ тѣсной связи между собою, и могли быть раздѣлены только логически и въ проектахъ, на бумагѣ, но никакъ не въ дѣйствительности. Чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно вспомнить тѣ основныя положенія процесса, относительно негодности которыхъ теперь никто не сомнѣвается; эти положенія уже въ разсматриваемую эпоху не могли не казаться лицамъ, болѣе проникательнымъ, темными сторонами судопроизводства, съ которыми было необходимо примириться потому только, что на почвѣ этого процесса не было средствъ ихъ исправить.

Возьмемъ для примѣра хоть бы *чрезвычайное наказаніе*. Какъ неопровержимо были всегда доводы въ пользу того, что подобные приговоры унижительно для правосудія, и однако же съ какимъ упорствомъ чрезвычайное наказаніе продолжало примѣняться, по крайней мѣрѣ при преступленіяхъ, за которыя угрожалось смертною казнью! И это имѣло свою причину. Если мы примемъ во вниманіе, что обвиняемые не принуждались къ признанію и что совершеніе преступленій, обложенныхъ смертною казнью, въ присутствіи достойныхъ, классическихъ свидѣтелей, могло встрѣтиться развѣ только при преступленіяхъ въ аффектѣ, то будетъ очевидно, что ограниченіе смертной казни случаями, когда обвиняемый признался или уличенъ свидѣтелями, равнялось освобожденію отъ самаго тяжкаго наказанія такихъ преступниковъ, которые болѣе другихъ заслужи-

вали его. Этотъ одинъ примѣръ достаточенъ для того, чтобы самаго рѣшительнаго защитника смертной казни превратить въ столь же рѣшительнаго противника ея.

Подобно приговору о чрезвычайномъ наказаніи и приговоръ, коимъ обвиняемый *освобождался отъ инстанціи*, былъ унижающимъ правосудіе признаніемъ собственной оплошности, вслѣдствіе которой судъ долженъ былъ, для поддержанія своего авторитета, прибѣгнуть къ средству, которое никоимъ образомъ не можетъ быть признано приложеніемъ уголовного закона къ достовѣрнымъ фактамъ.

Очевидно, впрочемъ, что чрезвычайное наказаніе и освобожденіе отъ инстанціи, въ дѣйствительности, связаны съ *правилами общаго права о доказательствахъ*. Разумѣется, возможно представить себѣ эти три института существующими отдѣльно другъ отъ друга, и въ исторіи встрѣчаются примѣры этого. Но разъ законъ предпринялъ задачу, посредствомъ предустановленныхъ правилъ предохранить судью отъ возможности невѣрно оцѣнить собранныя доказательства или осудить невиновнаго, онъ по необходимости требуетъ отъ предъявляемыхъ доказательствъ такъ много, что оправданіе лицъ, въ виновности коихъ никто не сомнѣвается, быстро становится обычнымъ явленіемъ, и въ виду этого понятнo стремленіе принять какія нибудь мѣры по отношенію къ такимъ лицамъ, которыя должны были быть объявлены невинными единственно вслѣдствіе юридической фикціи. Въ то же время логическая и нравственная несостоятельность этихъ двухъ средствъ заставляла слѣдователя широко пользоваться тою неограниченною властью, которая была сосредоточена въ его рукахъ подъ вліяніемъ государственнаго абсолютизма и отвлеченной теоріи, для того, чтобы вынудить у лица, которое онъ считалъ виновнымъ, его собственное признаніе; удерживаться отъ злоупотребленія такою властью нерѣдко было выше человѣческихъ силъ. Это стараніе добыть собственное признаніе обвиняемаго имѣло, съ своей стороны, двоякія послѣдствія: обвиняемый былъ лишенъ по отношенію къ суду всякаго права, и въ то-же время, въ силу того, что судебныя власти старались какъ можно скорѣе захватить заподозрѣнное лицо, онъ нерѣдко поступали опрометчиво и упускали изъ виду другія средства, которыя могли раскрыть истину. Помимо этого, теорія законныхъ доказательствъ была безсильна въ случаѣ важныхъ упущеній, сдѣланныхъ судомъ первой степени, и была на-руку опыт-



нымъ преступникамъ, такъ что она одинаково ставила въ опасность и обвиняемаго и общество.

Всякая попытка выдѣлить изъ организма судопроизводства эти важнѣйшіе недостатки его кончалась неудачею. Установленная закономъ теорія доказательствъ была ядромъ, изъ котораго истекали всѣ эти вредныя слѣдствія, и которое нельзя было устранить потому, что въ такомъ случаѣ необходимо было бы ввести на его мѣсто новые элементы и дать обвиняемому и государству новыя гарантіи; а ихъ не было въ инвентарѣ общаго германскаго судопроизводства.

Конечно, были попытки измѣнить и это ядро. Теорія стала различать *положительныя* и *отрицательныя* правила о доказательствахъ и въ этомъ направленіи за нею послѣдовало законодательство, впрочемъ очень медленно. Такая отрицательная теорія законныхъ доказательствъ впервые была послѣдовательно проведена въ *виртембергскомъ* уставѣ уголовного судопроизводства 1843 года и въ *баденскомъ* уставѣ 1845 года. Этотъ пріемъ имѣлъ своимъ послѣдствіемъ уменьшеніе строгости тѣхъ требованій, съ которыми законъ прежде относился къ доказательствамъ (примѣромъ можетъ служить правило австрійскаго закона 1833 года о доказательствахъ посредствомъ уликъ); съ тѣмъ вмѣстѣ исчезли и тѣ мѣры, которыя въ концѣ XVIII столѣтія считались необходимыми для предупрежденія осужденія невинныхъ. Въ тѣхъ государствахъ, гдѣ отрицательная теорія доказательствъ дѣйствовала достаточно долгое время, постепенно выяснилась обманчивость главнаго ея признака—обращенія къ личному убѣжденію судьи.

Все это будетъ понятно, если мы обратимъ вниманіе на то противорѣчіе, въ которое впадаетъ самъ съ собою законодатель, съ одной стороны, предлагающій судѣ рядъ такихъ правилъ, которые должны выражать собою опытомъ добытыя истины, а съ другой стороны, внушающій тому же судѣ, чтобы онъ не довѣрялъ этимъ правиламъ; каждый случай оправданія, несмотря на предъявленіе съ формальной стороны совершеннаго доказательства, означаетъ при этихъ условіяхъ слабость закона. Такіе случаи были, впрочемъ, крайне рѣдки; стремленіе свести всѣ разнообразныя основанія, на которыхъ можетъ, съ логической стороны, покоиться убѣжденіе судьи въ достовѣрности доказываемаго, къ опредѣленнымъ напередъ категоріямъ, въ особенности попытка включить въ область, доступную мѣрѣ и вѣсу, доказательство посредствомъ уликъ, столь

безплодны, что, въ общемъ правилѣ, теорія доказательствъ, установленныхъ закономъ, обращается къ выгодѣ виновнаго; но именно поэтому судья, знающій, какъ часто узкое правило закона мѣшаетъ осужденію виновнаго, привыкаетъ относиться къ доказательствамъ совершенно противно основной идеѣ отрицательной теоріи; ему трудно допустить невиновность подсудимаго даже въ тѣхъ случаяхъ, когда она, по закону, должна бы считаться доказанною.

Мысль, выбросивъ правила о доказательствахъ общаго права, сохранить безъ измѣненія порядокъ тайнаго, письменнаго, розыскаго производства, почти ни у кого не являлась (въ королевствѣ Саксоніи рѣшились, впрочемъ, сдѣлать шагъ въ этомъ направленіи посредствомъ закона 30 марта 1838 года, ст. 10, и этимъ дальнѣйшее развитіе судопроизводства было здѣсь задержано долѣе, нежели въ прочихъ изъ важнѣйшихъ нѣмецкихъ государствъ). Мысль эту едва ли можно бы было осуществить на дѣлѣ даже и въ томъ случаѣ, если бы ходъ развитія германскаго уголовного процесса былъ болѣе спокойнымъ, методичнымъ.

Такого спокойнаго развитія не было дано судопроизводству; усилившіяся политическія движенія помѣшали тому. Политическій идеалъ, который, во время наступившей борьбы, противопоставлялся нѣмецкому государственному устройству, была французская конституція. Не безъ основанія видѣли одинъ изъ важнѣйшихъ факторовъ общественной жизни во Франціи въ устройствѣ суда и въ особенности въ порядкѣ уголовного судопроизводства. Что же удивительнаго, что при этихъ условіяхъ взоры всѣхъ тѣхъ, кто желалъ измѣненія общественнаго порядка въ Германіи на французскій образецъ, особенно останавливались на уголовномъ судопроизводствѣ? Этому содѣйствовало еще и то обстоятельство, что въ прирейнскихъ провинціяхъ французское судоустройство осталось и послѣ освобожденія ихъ изъ подъ чужаго владычества, и что всѣ попытки вернуться къ старому порядку оказались безсильными передъ упорнымъ сопротивленіемъ всего населенія, и въ особенности лицъ, всего ближе стоявшихъ къ дѣлу правосудія.

Но *французскія* учрежденія, сами по себѣ, вовсе не были исключительно или, по крайней мѣрѣ, въ главной своей части продуктомъ постепеннаго и постояннаго развитія выросшихъ на французской почвѣ порядковъ. Они были, главнымъ образомъ, однимъ изъ результатовъ быстрыхъ и смѣлыхъ предпріятій учредительнаго

народнаго собранія, которое правило въ первую эпоху великой революціи. Учредительное собраніе при введеніи ихъ взяло за образецъ, отчасти изъ политическихъ, отчасти изъ юридическихъ и техническихъ соображеній, *англійскія* учрежденія; но эти послѣдніи были имъ отчасти невѣрно поняты, отчасти отошли на задній планъ предъ болѣе вліятельными элементами. Чѣмъ болѣе открывалось такихъ отступленій, тѣмъ настоятельнѣе выступала необходимость подвергнуть внимательному изученію *англійское* уголовное судопроизводство. Такимъ образомъ, эти два вида уголовного процесса входятъ въ исторію развитія основаній германскаго уголовного судопроизводства.

#### § 14. *Англійское право.*

I. Мы будемъ разсматривать иностранное законодательство не само по себѣ, но исключительно съ точки зрѣнія того вліянія, которое оно оказало на германскій процессъ, на вышеуказанной ступени его развитія, и которое оно призвано и въ будущемъ оказывать на него. Поэтому намъ нѣтъ нужды, съ одной стороны, подробно останавливаться на историческомъ развитіи французскаго и англійскаго права; а съ другой стороны, намъ нельзя ограничиться изображеніемъ англійскаго и французскаго судопроизводства одной той эпохи, когда началось его вліяніе на германское судопроизводство, а необходимо прослѣдить его дальнѣйшее развитіе до нашихъ дней и вкратцѣ указать его здѣсь, во избѣжаніе повтореній. Все это имѣетъ особенное значеніе для *англійскаго* права, которое вначалѣ оказывало вліяніе на германское право издалека, гораздо болѣе посредственное вліяніе, нежели право французское; англійское судопроизводство въ эту эпоху, имѣвшую рѣшительное значеніе для германскаго процесса, служило образцомъ судопроизводству французскому; впоследствии оно получило непосредственную важность для германскаго процесса.

Англійскій процессъ есть результатъ историческаго развитія, трудно понятнаго для современной Германіи; точки, въ которыхъ соприкасаются оба процесса, можно найти въ давно прошедшихъ эпохахъ, въ историческомъ развитіи которыхъ замѣчается участіе и Франціи. Англійское судоустройство, подобно судопроизводству, было произведеніемъ многихъ періодовъ исторіи и особыхъ условій англійской жизни; въ Англіи не только не было кодификаціи

права, но никогда даже не было попытки привести его въ опредѣленный, осмысленный порядокъ; вездѣ замѣчается смѣшеніе границъ отдѣльныхъ институтовъ права, вездѣ устарѣвшія положенія сохранились и только отодвинуты на задній планъ положеніями болѣе новыми, и все то, что стало негоднымъ, подверглось измѣненію лишь настолько, насколько этого требовала необходимость. Но за то, такой ходъ развитія, въ значительной части своей двигающійся незамѣтно и постепенно, никогда не задерживался; при внимательномъ разсмотрѣніи англійскаго права нельзя не видѣть, что въ настоящее время уголовное судопроизводство въ Англіи претерпѣло гораздо болѣе значительныя и глубокія измѣненія, оказалось гораздо болѣе способнымъ къ прогрессивному развитію, нежели во Франціи, съ ея современнымъ кодексомъ; въ подтвержденіе этого можно привести то, какъ въ настоящемъ столѣтіи въ Англіи, и въ Сѣверной Америкѣ, была преобразована, хотя и различно, но на одномъ основаніи, органически, система обжалованія судебныхъ рѣшеній. Нельзя при этомъ не указать также на то разнообразіе, которое представляетъ развитіе англійскаго права или, вѣрнѣе сказать, права англо-саксонской народности въ различныхъ странахъ, гдѣ оно дѣйствуетъ. На первомъ мѣстѣ надо поставить *шотландское уголовное судопроизводство*, развивавшееся хотя изъ одного общаго основанія съ англійскимъ, но совершенно независимо и самостоятельно; въ *Ирландіи*, *Сѣверной Америкѣ*, вѣроятно также въ *Австраліи* и прочихъ англійскихъ колоніяхъ, англійское право было просто заимствовано изъ метрополи, а на островѣ *Мальтъ* и въ *Остиндіи* англійское право легло въ основаніе дѣйствующихъ тамъ законовъ, созданныхъ по его образцу. Иностранцу трудно изучить такое право въ совершенствѣ, прямо же заимствовать его положенія рѣшительно невозможно. Въ этомъ заключается причина важнаго значенія, которое со временемъ должно приобрѣсти для Германіи англійское судопроизводство. Мы уже давно пережили эпоху непосредственнаго заимствованія, простаго списыванія съ иностранныхъ образцовъ, теперь предстоитъ очистить и сознательно усвоить себѣ заимствованное, чужое право. Приэтомъ сравненіе заимствованныхъ институтовъ права съ своеобразными элементами кореннаго права англійскаго, крайне существенно, но можетъ имѣть благотворные результаты лишь подъ условіемъ изслѣдованія положеній англійскаго права безъ тѣхъ случайныхъ наслоеній, которымъ оно подвергалось. Въ особенности



важно держаться подлинника вмѣсто подражаній, въ виду тѣхъ двухъ задачъ, которыя пытался разрѣшить французскій процессъ, подражая смутно понятому англійскому образцу. обезпечить *гражданскую свободу и освободить процессъ отъ письменности и отъ теоріи законныхъ доказательствъ*. Какъ извѣстно, средствомъ достигнуть и того и другого признавался *судъ присяжныхъ*.

Нижеслѣдующее изложеніе англійскаго уголовного судопроизводства, по необходимости ограничивается главными, основными чертами его, оставляя безъ разсмотрѣнія тѣ части судостройства, дѣятельность которыхъ опредѣляется весьма рѣдкими случаями, сложное разграниченіе предѣловъ вѣдомства и власти отдѣльныхъ судовъ, и стоящее въ связи съ нимъ устарѣвшее дѣленіе преступныхъ дѣяній: на измѣну, преступленіе, проступокъ (treason, felony, misdemeanor). На практикѣ оказывается важнымъ лишь процессуальное дѣленіе преступныхъ дѣяній: на такіа дѣянія, которыя подлежатъ раабирательству сокращеннымъ порядкомъ, безъ присяжныхъ засѣдателей (summary conviction), и на такіа, которыя подлежатъ суду присяжныхъ (indictable offences). Дѣянія перваго рода, на которыхъ мы не будемъ останавливаться въ дальнѣйшемъ изложеніи, разсматриваются отчасти единолично мировыми или полицейскими судьями, на которыхъ, въ тоже время, возложено производство предварительнаго слѣдствія по болѣе важнымъ дѣламъ, отчасти нѣсколькими такими судьями вмѣстѣ (petty sessions). Въ виду соединенія у этихъ судей власти какъ разбора дѣлъ сокращеннымъ порядкомъ, такъ и передачи дѣлъ въ судъ присяжныхъ, законъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ даетъ судѣ право выбора между этими двумя путями.

II. Въ большинствѣ случаевъ, представителями обвиненія выступаютъ частныя лица, или по доброй волѣ, или по принужденію закона, вслѣдствіе ихъ причастности къ дѣлу; нерѣдко корпораціи или общества, интересы которыхъ нарушаются извѣстными преступными дѣяніями, принимаютъ на себя дѣло ихъ преслѣдованія. Во всякомъ случаѣ, частное лицо, являющееся обвинителемъ (prosecutor), поддерживаетъ обвиненіе не отъ своего имени, а отъ имени короны; полиція помогаетъ ему, а понесенныя издержки обыкновенно возмѣщаются ему изъ общественныхъ суммъ; весьма нерѣдко этотъ частный обвинитель оказывается подставнымъ лицомъ, тогда какъ въ сущности преслѣдованіе ведется полиціею.

Такимъ образомъ въ Англіи, на самомъ дѣлѣ, нѣтъ частнаго

обвиненія. Преслѣдованіе преступленій составляетъ право и обязанность государства. Но въ этомъ, какъ и во многихъ другихъ случаяхъ, государство лишь въ видѣ исключенія отправляетъ само это публичное дѣло, предоставляя отправленіе его, въ большинствѣ случаевъ частнымъ лицамъ и общинамъ, считая общественные интересы обеспеченными, съ одной стороны, законами, въ нѣкоторыхъ случаяхъ предписывающими веденіе уголовного преслѣдованія, а съ другой стороны тѣмъ, что преступленіе почти всегда косвеннымъ образомъ нарушаетъ чьи-нибудь интересы и возбуждаетъ чье-нибудь желаніе его преслѣдовать. Но лица, которыя берутъ на себя обвиненіе виновныхъ на судѣ, вовсе не являются стороною въ процессѣ. Такое лицо не есть даже сторона въ смыслѣ гражданского истца въ уголовномъ судопроизводствѣ французскомъ. Англійское право не допускаетъ совмѣстнаго производства въ уголовномъ судѣ гражданского и уголовного исковъ; напротивъ того, въ Англіи слишкомъ развито стремленіе искать удовлетворенія за нарушенія чисто уголовного свойства въ гражданскомъ судѣ (таковы дѣла гражданскія о прелюбодѣяннѣ, о пасквилѣ, о противозаконномъ задержаніи и т. п.), для того, чтобы какому-нибудь потерпѣвшему вздумалось употребить уголовный процессъ какъ средство для удовлетворенія своихъ гражданскихъ притязаній. Однимъ словомъ, корона или обязываетъ частныхъ лицъ къ обвиненію въ уголовномъ судѣ, или лишь дозволяетъ имъ это; но этимъ не уничтожается публичное свойство обвиненія, какъ иска короны. Средствомъ противъ злоупотребленія правомъ частнаго обвиненія служить отвѣтственность въ гражданскомъ порядкѣ недобросовѣстнаго обвинителя отвѣтственность предъ уголовнымъ судомъ за шантажъ и измѣну интересамъ обвиненія, надзоръ судей, ведущихъ предварительное слѣдствіе, причемъ обвинитель по новому закону (1859 г.—статуты 22 и 23 Викторіи гл. 17) при нѣкоторыхъ преступленіяхъ и проступкахъ вовсе не можетъ обойтись безъ ихъ участія, при прочихъ же такой обходъ судей неминуемо вызываетъ весьма невыгодное для обвинителя впечатлѣніе; наконецъ, такимъ средствомъ служить право прокуратуры потребовать прекращенія производства (*nolle prosequi*).

Дѣйствительно, въ Англіи также есть *прокуратура*; представители ея — *генеральный атторней* и *генеральный солиситоръ*, пользующіеся почетными преимуществами адвокатовъ короны и нѣкоторыми особенными правами въ процессѣ. Изъ нихъ первый

является представителемъ и посредникомъ отъ правительства, будучи въ то-же время официальнымъ юрисконсультomъ верховной власти по различнымъ вопросамъ права; но замѣчательно, что при этомъ какъ онъ, такъ и генеральный солиситоръ, продолжаютъ свою адвокатскую практику въ дѣлахъ, гдѣ они не являются противниками правительства. Эти два прокурора, въ тѣсномъ смыслѣ слова, крайне рѣдко непосредственно выступаютъ на судѣ. Генеральный атторней и генеральный солиситоръ выступаютъ въ качествѣ обвинителей на судѣ уголовномъ лишь по дѣламъ, имѣющимъ важное политическое значеніе, а равно и въ случаѣ особенно тяжкихъ преступленій, которыя иначе могли бы остаться безъ преслѣдованія или же вызываютъ особливое вниманіе вслѣдствіе замѣшанныхъ въ дѣлѣ важныхъ общественныхъ интересовъ. Въ менѣе важныхъ случаяхъ правительство прежде нерѣдко поручало преслѣдованіе виновныхъ адвокату казначейства (*solicitor to the treasury*); въ новѣйшее время англійское законодательство установило особое должностное лицо, дѣйствующее подъ руководствомъ генеральнаго атторнея, которое наблюдаетъ въ важнѣйшихъ дѣлахъ за возбужденіемъ преслѣдованія и за тѣмъ, чтобы обвиненіе виновныхъ было поручено способному адвокату (*prosecution of offences act 3 іюля 1879 года, ст. 42 и 43 Викторіи гл. 22*).

III. Большею частью предварительное слѣдствіе производится мировыми судьями; эти послѣдніе, какъ извѣстно, далеко не всегда обладаютъ юридическимъ образованіемъ, и хотя назначаются на должность правительствомъ, но тѣмъ не менѣе остаются должностными лицами общиннаго управленія графствъ, а иногда городовъ (органы самоуправленія).

Поэтому, какъ въ Англіи, такъ и въ Сѣверной Америкѣ, все болѣе чувствовалась потребность передать дѣло предварительнаго слѣдствія болѣе способнымъ лицамъ. Въ Лондонѣ, а вскорѣ и въ большинствѣ значительныхъ городовъ Англіи и во многихъ мѣстностяхъ въ Америкѣ, были, въ виду этого, учреждены *полицейскіе суды* (*police-courts*). Эти суды состоятъ изъ юридически образованныхъ судей, назначаемыхъ пожизненно, которые производятъ предварительное слѣдствіе и въ руки которыхъ попадаетъ каждое уголовное дѣло, такъ какъ по дѣламъ маловажнымъ они, какъ и мировые судьи, имѣютъ полную судебную власть. Однако, необходимымъ условіемъ успѣшной дѣятельности такихъ судовъ является

благоустроенная полиція, и поэтому они лишь весьма медленно вытѣсняють собою прежніе мировые суды.

За исключеніемъ совершенно особенной дѣятельности коронера, англо-американское предварительное слѣдствіе не представляетъ ничего похожаго на приемы французскаго или нѣмецкаго розыска. Предварительное слѣдствіе въ Англіи вовсе не составляетъ существенной части уголовного процесса и поэтому тамъ не только производство по многимъ проступкамъ начинается непосредственно передъ судомъ, разсматривающимъ дѣло по существу (т. н. *information*); но, съ одной стороны, всякому гражданину предоставлено (исключенія и ограниченія этого права были уже отчасти указаны выше, въ п. II) прямо предъявить обвиненіе большому жюри, а съ другой стороны, обвиняемый можетъ, во время предварительнаго слѣдствія, заявить, что онъ желаетъ судебного засѣданія и что лишь на немъ онъ предъявить доказательства въ собственную защиту. Легко понять, поэтому, что предварительное слѣдствіе въ Англіи вовсе не связано съ собираніемъ доказательствъ, но имѣетъ своимъ назначеніемъ рѣшеніе вопросовъ иного рода: слѣдуетъ ли принять относительно обвиняемаго и свидѣтелей какія нибудь мѣры понужденія для обезпеченія ихъ явки къ судебному засѣданію, и въ особенности—долженъ ли обвиняемый оставаться до этого срока на свободѣ, безусловно или на порукахъ, или же долженъ содержаться въ тюрьмѣ. При этомъ, вслѣдствіе недостатка въ Англіи *публичнаго* обвинителя, явилась несообразность: судья налагаетъ обязательство явиться въ судъ и на лицо, поддерживающее обвиненіе. За исключеніемъ указанныхъ мѣръ, положеніе судьи остается въ теченіи предварительнаго слѣдствія, согласно его назначенію, чисто выжидательнымъ. Полицейскій судья никогда не оставляетъ залу суда для того, чтобы произвести осмотръ на мѣстѣ, домашній обыскъ и т. п., предоставляя необходимыя полномочія для производства такихъ дѣйствій обвинителю и полиціи, которые затѣмъ обязаны удостовѣрить передъ нимъ добытыя ими данныя. Къ нему переходитъ инициатива и его личная дѣятельность необходима только съ того времени, когда заявлено подозрѣніе уже на определенное лицо и послѣднее приведено къ нему полиціею, или же отъ судьи требуется послать повѣстку о вызовѣ въ судъ или дать приказъ о личномъ задержаніи. Производство, открывающееся поставленіемъ обвиняемаго передъ полицейскаго судью, *публично*. Новѣйшимъ законодательствомъ судѣ дано право



удалить всѣхъ постороннихъ зрителей, „когда это необходимо для цѣлей правосудія,“ но судьи крайне рѣдко пользуются этимъ правомъ и то лишь на время допроса *отдѣльныхъ* свидѣтелей. То-же правило соблюдается коронеромъ, а равно и сѣверо-американскими судами. Самый разборъ въ точности сохраняетъ всѣ формы обвинительнаго типа процесса. Ему предшествуетъ повѣрка доказательствъ. Обвинитель, которому въ этомъ обыкновенно помогаетъ его повѣренный, предъявляетъ въ присутствіи обвиняемаго всѣ собранныя противъ послѣдняго доказательства. Обвиняемый имѣетъ право пригласить себѣ защитника (въ Англіи ему въ этомъ по крайней мѣрѣ никогда не отказываютъ, въ Америкѣ же такое право безусловно признано за обвиняемымъ); каждаго свидѣтеля обвиненія онъ можетъ подвергать перекрестному допросу, который нерѣдко оказывается чрезвычайно полезнымъ. Такому перекрестному допросу подлежатъ также и чины полиціи, которые участвовали въ производствѣ слѣдствія; за всякое открывающееся при этомъ нарушеніе правилъ строго взыскивается полицейскимъ судьей и такимъ образомъ этотъ перекрестный допросъ является весьма дѣйствительнымъ средствомъ контроля надъ дѣйствіями сыскной полиціи, которой въ Англіи предоставлено слишкомъ широкое участіе. Обвиняемый можетъ приводить съ своей стороны свидѣтелей, которые подлежатъ перекрестному допросу обвинителя. Показанія свидѣтелей немедленно записываются въ протоколъ и удостоверяются самимъ судьей. Нерѣдко случается, что обвинитель проситъ о предоставленіи ему нѣкотораго срока времени для собранія новыхъ доказательствъ. Въ такомъ случаѣ разборъ дѣла откладывается, но каждый разъ не дальше какъ на восемь дней (to remand, § 20 ст. 5 и 6 Вильгельма IV гл. 76). Въ теченіи этого времени обвиняемый, ежели онъ былъ уже взятъ подъ стражу, содержится въ заключеніи. Когда всѣ свидѣтели обвиненія допрошены, то показанія ихъ прочитываются подсудимому; послѣднему предлагается вопросъ о томъ, не желаетъ ли онъ что нибудь заявить въ опроверженіе предъявленнаго противъ него обвиненія. При этомъ обвиняемому должно быть объяснено, что онъ не обязанъ вовсе заявлять что либо, но что сказанное имъ будетъ записано и можетъ послужить противъ него (§ 18 вышенаведеннаго закона). Производство у полицейскаго судьи заключается освобожденіемъ обвиняемаго отъ суда (discharge) или распоряженіемъ судьи о передачѣ его суду присяжныхъ, и именно сначала—большаго жюри, для судебнаго разсмотрѣнія дѣла по существу (committed for trial).

IV. Преданіе суду и разсмотрѣніе дѣла по существу производятся въ Англіи однимъ судебнымъ учрежденіемъ. Это послѣднее состоитъ изъ суда (court), обвинительнаго присутствія присяжныхъ (grand jury) и судебного присутствія присяжныхъ. Не останавливаясь на подробностяхъ учрежденія обвинительнаго жюри, замѣтимъ, что въ большинствѣ случаевъ составъ суда бываетъ единоличный. Касательно способа составленія скамьи присяжныхъ засѣдателей нельзя не указать, что служебный списокъ каждой сессіи не является въ Англіи продуктомъ многократныхъ, сложныхъ выборовъ, но составляется шерифомъ непосредственно изъ первоначальнаго списка. Въ Англіи рѣдко призываются къ рѣшенію уголовныхъ дѣлъ т. н. „спеціальные“ присяжные; напротивъ того, въ Шотландіи присутствіе присяжныхъ засѣдателей, состоящее изъ 15 человекъ, составляется на одну треть изъ лицъ, внесенныхъ въ спеціальный списокъ. Послѣ преданія обвиняемаго суду, ему прежде всего предлагается сдѣлать свои заявленія по поводу направленаго на него обвиненія (pleading to the indictment, arraignment). Иногда обвиняемый заявляетъ опредѣленные отводы противъ уголовного иска; ежели судъ признаетъ ихъ основательными, то всякое дальнѣйшее производство отпадаетъ (special pleas); по поводу такихъ отводовъ, въ Шотландіи, судъ, во всякомъ случаѣ, постановляетъ особое опредѣленіе (interlocutor of relevancy). Въ противномъ случаѣ обвиняемый или соглашается съ обвиненіемъ (plea guilty), вслѣдствіе чего постановляется рѣшеніе по существу дѣла, безъ дальнѣйшаго разсмотрѣнія и повѣрки доказательствъ; или же онъ заранѣе подчиняется приговору присяжныхъ, открыто заявляя, что онъ не виновенъ, или ничего не отвѣчая на предложенный ему о томъ вопросъ (plea not guilty).

По приведеніи судебного присутствія присяжныхъ (которое называется въ Англіи petty jury, а въ Шотландіи—assize) къ присяжѣ, присяжнымъ засѣдателямъ пресѣкается всякая возможность сообщенія съ посторонними лицами, вплоть до того времени, когда они объявляютъ свой вердиктъ. Законъ 1865 года (ст. 28 Викторіи гл. 18) приблизилъ порядокъ уголовного судопроизводства къ гражданскому процессу, и теперь онъ представляется въ слѣдующемъ видѣ: обвинитель изустно излагаетъ обвиненіе и указываетъ на имѣющіяся у него средства доказать его (opening the case), и затѣмъ предъявляетъ эти доказательства, въ чемъ принимаетъ участіе и противная сторона, посредствомъ перекрестнаго допроса. Ежели

обвиняемый желает ограничиться оспариваніемъ доказательствъ обвиненія, то сначала обвинителю предоставляется изложить свои соображенія по поводу предъявленныхъ имъ доказательствъ, а затѣмъ дается послѣднее слово защитнику подсудимаго; но въ тѣхъ случаяхъ, когда на судѣ присутствуетъ самъ королевскій прокуроръ, онъ можетъ воспользоваться принадлежащею ему прерогативою послѣдняго слова. Ежели защитникъ заявилъ, что онъ можетъ съ своей стороны предъявить доказательства въ оправданіе подсудимаго, тогда онъ дѣйствуетъ совершенно такъ, какъ обвинитель.

Впрочемъ, обвинитель имѣетъ въ такихъ случаяхъ право реплики (*right of reply*), излагаетъ свои соображенія касательно предъявленныхъ доказательствъ и представляетъ новыя. Въ Шотландіи пренія сторонъ слѣдуютъ за судебнымъ слѣдствіемъ, согласно порядку, принятому въ континентальныхъ государствахъ.

Въ ученіи о доказательствахъ, всѣ три страны (Англія, Шотландія, Америка) сходятся въ томъ отношеніи, что судебный обычай, и отчасти законъ, точно опредѣлили, что вообще можетъ считаться доказательствомъ и можетъ быть допущено въ качествѣ такового на судѣ; твердо установились тѣ условія, которымъ предъявляемыя доказательства обязательно должны удовлетворять, для того, чтобы судъ могъ подвергнуть ихъ оцѣнкѣ присяжныхъ (*evidence to be left to the jury*). Когда условія эти вовсе не соблюдены, или по крайней мѣрѣ въ отношеніи одной какой либо существенной части состава преступленія нѣтъ доказательствъ, удовлетворяющихъ имъ, а равно и въ томъ случаѣ, когда во время слушанія дѣла открывается обстоятельство, дѣлающее осужденіе невозможнымъ, судья предлагаетъ присяжнымъ немедленно дать вердиктъ „невиновень“.

Въ противномъ случаѣ, разбирательство оканчивается съ формальной стороны, коль скоро судья произнесъ свое заключительное слово присяжнымъ засѣдателямъ. Въ этомъ заключительномъ словѣ судья, по мѣрѣ надобности, излагаетъ присяжнымъ, на основаніи собственноручныхъ замѣтокъ, сдѣланныхъ во время засѣданія, сущность предъявленныхъ на судѣ доказательствъ, и даетъ имъ необходимыя объясненія юридическаго значенія какъ доказательствъ, къ оцѣнкѣ коихъ они призваны, такъ равно и состава преступленія, наличность котораго будетъ удостовѣрена вердиктомъ „виновень“. Присяжные обязаны слѣдовать наставленію судьи постольку, поскольку въ немъ излагаются положенія права.

Присяжные могут согласиться относительно вердикта въ самомъ залѣ засѣданія, или же удаляются для этого въ совѣщательную комнату. Въ Шотландіи, для дѣйствительности рѣшенія присяжныхъ достаточно простаго большинства голосовъ (по крайней мѣрѣ 8 голосовъ противъ 7). Въ Англіи и въ Сѣверной Америкѣ требуется единогласіе одинаково и для обвинительнаго и для оправдательнаго рѣшенія; ежели единогласіе не составляется, то, въ настоящее время, судья удерживаетъ присяжныхъ засѣдателей взаперти столько времени, сколько ему представляется достаточнымъ для того, чтобы получить убѣжденіе въ невозможности согласить присяжныхъ засѣдателей къ единогласію. Ежели судья, наконецъ, распускаетъ присяжныхъ вслѣдствіе несостоявшагося единогласія, то подсудимый не считается оправданнымъ и можетъ быть судимъ новымъ составомъ присяжныхъ засѣдателей.

Рѣшеніе присяжныхъ объявляется ими изустно; ежели при этомъ возникаютъ какія нибудь недоразумѣнія или сомнѣнія, то судья объясняется по поводу ихъ съ присяжными въ публичномъ засѣданіи и рѣшеніе ихъ записывается въ протоколъ лишь тогда, когда всякія недоразумѣнія устранены и выяснено истинное namѣреніе присяжныхъ. Рѣшеніе: „невиновенъ“ есть окончательное, не требующее какого либо дальнѣйшаго постановленія суда; рѣшеніе „виновенъ“ является основаніемъ для приговора судьи, поскольку послѣднимъ, опредѣляется наказаніе. Рѣшеніе вопроса о томъ, каково именно преступное дѣяніе, совершенное виновнымъ, содержится въ вердиктѣ, который такимъ образомъ заключаетъ въ себѣ болѣе чѣмъ одно лишь рѣшеніе вопроса факта.

V. Способы *обжалованія рѣшеній* развились своеобразно въ каждой изъ трехъ странъ; но всѣ три представляютъ ту общую черту, что оставляя въ сторонѣ крайне незначительныя исключенія, рѣшеніе можетъ быть отмѣнено лишь въ пользу и никакъ не въ ущербъ обвиняемому, и что та часть приговора, которая содержитъ въ себѣ рѣшеніе факта, не можетъ быть измѣнена въ положительномъ смыслѣ судомъ, разсматривающимъ жалобу.

Въ *Англіи* съ давнихъ поръ существовало два способа обжалованія рѣшеній: *просьба объ отмѣнѣ приговора* (writ of error) и *просьба о новомъ разбирательствѣ* (motion for a new trial). Принесеніе первой, въ послѣднее время, значительно облегчено тѣмъ, что она болѣе не приносится непосредственно верхней палатѣ, а разсматривается особымъ судомъ, образованнымъ изъ членовъ трехъ



прежнихъ судовъ общаго права (court of exchequer chamber ст. 11 Георга IV и 1 Вильгельма IV гл. 70). Но просьба объ отмѣнѣ приговора можетъ быть принесена только по такимъ основаніямъ, которыя видны изъ протокола; протоколъ же содержать въ себѣ лишь обвиненіе, составъ присяжныхъ и ихъ вердиктъ. Кругъ тѣхъ недостатковъ въ судопроизводствѣ, на основаніи которыхъ можетъ быть назначено новое судебное разбирательство, гораздо обширнѣе; но при большинствѣ уголовныхъ дѣлъ, въ Англіи, этотъ способъ обжалованія не допускается вовсе, и поэтому примѣняется преимущественно въ дѣлахъ гражданскихъ. Напротивъ того, безостановочное развитіе права въ Сѣверной Америкѣ уничтожило произвольныя ограниченія въ примѣненіи этого способа обжалованія рѣшеній и сдѣлало его столь доступнымъ, что онъ удовлетворяетъ всѣмъ требованіямъ и, въ самомъ дѣлѣ, представляется наиболѣе удачнымъ рѣшеніемъ въ законодательствѣ трудной задачи—сочетать съ устнымъ судопроизводствомъ и свободною оцѣнкою доказательствъ и, притомъ, присяжными засѣдателями, тѣ гарантіи, которыя можетъ дать лишь возможность всегда прибѣгнуть къ суду высшей степени.

Въ Англіи недостатки старой системы производства давно уже чувствовались въ уголовныхъ дѣлахъ и это вызвало наконецъ тумбу, которая была окончательно опредѣлена только закономъ 1848 года (ст. 11 и 12 Викторіи гл. 78).

Этимъ закономъ суду при производствѣ уголовныхъ дѣлъ, какъ въ ассизахъ судей, комиссаровъ верховнаго суда, такъ и въ засѣданіяхъ четвертныхъ сѣздовъ, дано право, въ случаѣ обвинительнаго рѣшенія присяжныхъ, передать, по своему усмотрѣнію, всякій юридическій вопросъ, возникшій въ дѣлѣ, на разсмотрѣніе членовъ трехъ судовъ общаго права, и до разрѣшенія его не обращать приговоръ къ исполненію, или даже не постановлять приговора. Осужденный присяжными содержится въ теченіи этого времени или въ заключеніи, или же освобождается на поруки. Судъ составляетъ письменное изложеніе подлежащихъ юридическихъ вопросовъ, съ указаніемъ всѣхъ тѣхъ обстоятельствъ, по поводу которыхъ эти вопросы возникли. Апелляціонный судъ собирается въ шахматной палатѣ, въ составѣ не менѣе пяти судей, между которыми непремѣнно долженъ находиться одинъ изъ предсѣдателей трехъ судовъ, и разсматриваетъ дѣло въ публичномъ засѣданіи, съ соблюденіемъ всѣхъ формъ состязательнаго процесса въ случаѣ

явки сторонъ, что однако для послѣднихъ не обязательно. Апелляціонный судъ можетъ возвратитъ дѣло въ первоначальный судъ для дополненія его. Ежели онъ находитъ дѣло довольно разслѣдованнымъ для рѣшенія, то судьи публично (какъ всегда) подають свои голоса, и апелляціонный судъ: 1) или утверждаетъ приговоръ, а ежели первый судъ такового еще не постановилъ—то предписываетъ ему постановитъ приговоръ; 2) или измѣняетъ приговоръ суда (*amend*); 3) или отмѣняетъ приговоръ со всѣми послѣдствіями и при этомъ: приказываетъ отсрочитъ приговоръ (*arrest the judgment*), или же занести въ протоколъ, что по мнѣнію апелляціоннаго суда подсудимый не можетъ быть признанъ виновнымъ (*ought not to have been convicted*).

Несмотря на существенныя перемѣны въ англійскомъ судоустройствѣ въ новѣйшее время, произведенныя соединеніемъ высшихъ судовъ королевства (*supreme court judicature acts 1873 года*, ст. 36 и 37 Викторіи гл. 66, и 11 августа 1875 года, ст. 38 и 39 Викторіи гл. 77, а также дополнительный законъ 11 августа 1876 года, ст. 38 и 39 Викторіи гл. 59, преобразовавшій юрисдикцію верхней палаты въ порядкѣ апелляціонномъ), вышеприведенная система обжалованія осталась въ прежнемъ видѣ. Правда, что высшій судъ королевства раздѣляется въ настоящее время на двѣ части, изъ коихъ одна составлена изъ прежнихъ высшихъ судовъ королевства, нынѣ составляющихъ „отдѣленія“ (*divisional courts*) и называется высшимъ судомъ (*high court of justice*), а другая, подъ названіемъ апелляціоннаго суда (*court of appeal*) состоитъ изъ нѣсколькихъ сенатовъ, въ которыхъ засѣдаютъ по пяти членовъ высшаго суда; къ этому апелляціонному суду въ настоящее время перешли вѣдомство и власть прежняго суда шахматной палаты, такъ что верхняя палата перестала быть высшею инстанціею по дѣламъ уголовнымъ (раздѣлъ 20 закона 1873 года). Но во всемъ остальномъ судопроизводство осталось по старому, насколько сами судьи не установятъ, въ порядкѣ, опредѣленномъ закономъ, новыхъ правилъ (*rules*—разд. 23).

При внимательномъ разсмотрѣніи особенностей англійской системы обжалованія судебныхъ рѣшеній нельзя не придти къ убѣжденію, что съ помощью такихъ своеобразныхъ учрежденій, о заимствованіи которыхъ нечего и думать, здѣсь удалось гораздо лучше, чѣмъ на континентѣ, обезпечитъ строгую провѣрку юридическихъ положеній высшими инстанціями, безъ нарушенія требованія устности пер-

воначальнаго разбирательства и свободной оцѣнки доказательствъ изъ первыхъ рукъ. Но это, конечно, въ значительной степени зависитъ отъ устройства отношеній между судомъ и присяжными. Въ этомъ случаѣ континентальныя государства могутъ многому поучиться у Англіи, но только путемъ тщательнаго изученія англійскаго суда, а отнюдь не слѣпымъ заимствованіемъ.

VI. Ежели мы, въ заключеніе, обратимся къ выясненію того отношенія, въ которомъ стоитъ англійское судопроизводство къ двумъ противоположнымъ типамъ процесса — обвинительному и розыскному, то намъ необходимо стараться раздѣлять теорію и судебную практику. Ежели главный признакъ розыскаго производства видѣть въ преслѣдованіи преступныхъ дѣяній по обязанности, то начало это несомнѣнно лежитъ въ основѣ англійскаго процесса; старинная форма частнаго обвиненія (appeal) исчезла вмѣстѣ съ поединкомъ, служившимъ необходимымъ средствомъ для такого обвиненія; въ настоящее время не только обвиненіе ведется отъ имени короля; не только существуетъ множество полицейскихъ учреждений для принятія первыхъ мѣръ преслѣдованія и въ новѣйшее время—нѣсколько государственныхъ органовъ, которые обязаны вызывать дѣятельность суда; не только, наконецъ, издержки преслѣдованія предъ уголовнымъ судомъ почти всегда возмѣщаются изъ казны или общественныхъ суммъ; но нерѣдко также на гражданъ возлагается обязанность, подобная обязанности являться къ свидѣтельству на судѣ,—вести преслѣдованіе отъ имени короны. Такому основному возрѣнію на уголовное судопроизводство соответствуетъ и вся его терминологія (pleas of the crown, crown office, clerk of the crown), а въ особенности формула обвинительнаго акта, въ которомъ въ качествѣ лицъ, предъявляющихъ (present) обвиненіе, названо не лицо, въ дѣйствительности явившееся обвинителемъ, а обвинительное жюри, въ лицѣ его членовъ „призванныхъ къ производству розыска въ интересахъ нашего государя короля и всего населенія графства“, и который оканчивается всегда упоминаніемъ о томъ, что совершено „дѣяніе противъ мира короля, его короны и достоинства.“ Можно было бы указать и другія подробности англійскаго судопроизводства, которыя свидѣтельствуя даже о правѣ суда въ нѣкоторыхъ случаяхъ давать первый толчокъ преслѣдованію. Тѣмъ не менѣе, однако, въ судебномъ разбирательствѣ явно преобладаетъ обвинительная форма.

§ 15. Французское уголовное судопроизводство.

I. Исторія развитія французскаго уголовного судопроизводства до конца XIII столѣтія была настолько сходна съ исторією развитія процесса въ Германіи, насколько это сходство не нарушалось совершенною противоположностью въ отношеніяхъ верховной государственной власти къ отдѣльнымъ, подвластнымъ ей, областямъ. Несмотря на значительныя различія въ судоустройствѣ, королевской власти во Франціи, вслѣдствіе постоянно возрастающаго ея могущества, удалось наконецъ повсемѣстно установить апелляцію въ королевскіе суды на рѣшенія судовъ вотчинныхъ, кругъ вѣдомства и власти которыхъ постепенно, все болѣе и болѣе, ограничивался. Въ образѣ парламентовъ Франція имѣла авторитетные суды, въ достаточной степени независимые, какъ сверху, такъ и снизу, которые всегда стояли отдѣльно отъ администраціи, и вѣдали обыкновенно (парижская *Tournelle* составляла исключеніе изъ этого правила) одинаково какъ гражданскія, такъ и уголовныя дѣла. Довольно рано уже мы встрѣчаемъ и въ вотчинныхъ и въ королевскихъ судахъ *публичнаго обвинителя*; вскорѣ тамъ возникаетъ государственная прокуратура (*ministère public*). Представители этого послѣдняго входятъ въ систему суда еще въ ту эпоху, когда частное обвиненіе оставалось въ обычаѣ; органы публичной обвинительной власти, вступивъ въ конкуренцію съ частнымъ обвинителемъ, не вытѣснили послѣдняго, но только помѣшали замѣнѣ дѣятельности обвинителя инициативою судьи, что случилось въ Германіи. Во Франціи, поэтому, развилась система условнаго обвиненія: при отсутствіи гражданскаго истца преслѣдованіе возбуждала прокуратура, а ежели прокуроръ не предъявлялъ обвиненія, то самъ судья, по долгу службы, могъ начать преслѣдованіе, въ силу положенія: „*Tout juge est officier du ministère public*“. Какъ въ первомъ, такъ и въ послѣднемъ случаѣ, однако, прокуратура сохраняла долю участія въ процессѣ: судъ долженъ былъ выслушать ея заключеніе, хотя требованія ея и не были для него обязательны.

Въ томъ процессѣ, который застало учредительное собраніе, слѣдствіе, — письменное и тайное, — ра дѣлялось на отдѣльныя стадіи, напоминающія дѣленіе германскаго процесса. Прежде всего производится простое дознаніе о происшествіи (*information*), напоминающее общій розыскъ въ Германіи; затѣмъ слѣдуетъ декретъ судьи, которымъ постановляется о производствѣ слѣдствія противъ



опредѣленнаго обвиняемаго и на основаніи котораго допрашивается обвиняемый и подвергаются *формальному* допросу (*recolement*) свидѣтели. Обвиняемый здѣсь также совершенно беззащитенъ противъ произвола судьи; положеніе его было во Франціи даже еще болѣе тяжкимъ, ибо при самомъ началѣ производства онъ *присягалъ* въ томъ, что будетъ показывать правду, что превосходило тѣ злоупотребленія, которыя въ Германіи были слѣдствіемъ очистительной присяги; защитникъ вовсе не допускался во французскомъ процессѣ, обвиненіе же имѣло двоихъ представителей. И во французскомъ процессѣ, какъ и въ нѣмецкомъ, мы находимъ теорію законныхъ доказательствъ (т. н. *положительную*); пытку, въ еще болѣе ужасномъ примѣненіи; чрезвычайное наказаніе, впрочемъ въ болѣе ограниченныхъ размѣрахъ, чѣмъ въ Германіи, и, наконецъ. освобожденіе отъ инстанціи подъ названіемъ: *plus amplement informé*. Но при всей жестокости этого устройства процесса для обвиняемаго, оно сохранило главныя черты юридическаго процесса и не могло настолько отрѣшиться отъ соблюденія необходимыхъ формъ, какъ это мы видимъ въ Германіи. Поэтому за заключеніемъ слѣдствія во Франціи слѣдовало нѣчто въ родѣ составительнаго суда. Гражданскій истецъ предъявляетъ послѣ заключенія слѣдствія особаго рода обвинительный актъ, требуя какъ наказанія обвиняемаго, такъ и присужденія его къ вознагражденію вреда и убытковъ; одновременно съ этимъ обвиняемый получаетъ право представить записку въ свою защиту, которую составляетъ *самъ*. Письменное заключеніе прокурора, безъ всякой устной или письменной мотивировки его, приобщается къ дѣлу. Вслѣдъ за этимъ, подобно тому, какъ это дѣлалось въ Германіи, дѣлается, на основаніи актовъ производства, докладъ суду; но во Франціи судъ при этомъ непосредственно допрашиваетъ обвиняемаго (*sur la sellette*), которому при этомъ дается полная возможность доказывать свою невиновность.—Наконецъ во Франціи существовалъ точно опредѣленный порядокъ апелляцій на рѣшенія низшихъ судовъ въ парламенты, и даже кассационныя жалобы и просьбы о возобновленіи дѣлъ, которыя разрушались королемъ „въ совѣтѣ“.

Учредительное національное собраніе совершенно сознательно предприняло дѣло сліянія различныхъ началъ судопроизводства, за что и было одними превознесено, а другими порицаемо. *Англійскому* образцу, носившемуся передъ его глазами, недоставало тѣхъ прил. къ ж. гр. и уг. пр. кн. IV 1885 г.

достоинствъ, которыми, рядомъ съ множествомъ темныхъ сторонъ, обладалъ французскій процессъ, а именно: собранія доказательствъ должностнымъ лицомъ, письменнаго закрѣпленія ихъ и организованнаго прокурорскаго надзора. Независимо отъ этихъ соображеній, нельзя было и думать о простомъ перенесеніи во Францію англійскихъ установленій. Съ другой же стороны, учредительное собраніе твердо рѣшилось построить новый порядокъ уголовного суда на началахъ *устности, публичности, состязательнаго производства, свободной оцѣнки доказательствъ, отмены чрезвычайныхъ наказаній и освобожденія отъ инстанцій*, и позаимствовать у Англіи учрежденія *присяжныхъ*, притомъ какъ *обвинительное*, такъ и *судебное изъ присутствіе*. Приступивъ къ исполненію этой трудной, примирительной задачи, которую оно рѣшилось осуществить, національное собраніе приняло за основаніе два раза трехчленное дѣленіе: 1) судебная власть въ первой степени суда была распредѣлена, соотвѣтственно трехчленному дѣленію преступныхъ дѣяній на преступленія, проступки и нарушенія—между единоличными судами (*tribunaux de police*), коллегіями судей (судами исправительной полиціи, *tribunaux de police correctionnelle*), и судами присяжныхъ (*courts d'assises*) и, сообразно этому раздѣленію, въ названныхъ судахъ были установлены извѣстныя различія, въ смыслѣ упрощенія или, напротивъ, осложненія формъ судопроизводства, остававшася въ существѣ однимъ и тѣмъ же; 2) наиболѣе полное производство раздѣлено было на три отдѣла, изъ коихъ *первый* былъ существенно сходенъ съ прежнимъ письменнымъ производствомъ дознанія (*information*), *третій*, напротивъ, былъ производствомъ совершенно новымъ, соотвѣтствующимъ новымъ началамъ процесса, и замѣнилъ прежній судъ на основаніи актовъ, а лежащій между ними *второй* отдѣлъ (преданіе суду), будучи опредѣленъ съ меньшею точностью, нежели два другіе, и находясь въ большей, сравнительно съ послѣднимъ, зависимости отъ судопроизводства, остался наиболѣе слабымъ и наиболѣе доступнымъ для измѣненій звѣномъ процесса.

Разныя политическія соображенія успѣли оказать значительное вліяніе на подробности исполненія: такъ, опасеніе, чтобы не возобновились злоупотребленія старинныхъ парламентовъ, а равно и преувеличенное развитіе теоріи раздѣленія властей, исказили положеніе высшаго суда. Первая имперія исправила многіе изъ этихъ недостатковъ: важную ошибку отдѣленія уголовного суда отъ граж-

данскаго, установленіе многочисленныхъ судовъ съ незначительною властью, назначеніе судей по выборамъ и на опредѣленный срокъ, раздѣленіе должности прокурора между назначаемымъ правительствомъ, но несмѣняемымъ и независимымъ, коммисаромъ и выборнымъ публичнымъ обвинителемъ, устройство процедуры преданія суду за преступленія путемъ совмѣстной дѣятельности обвинительнаго присутствія присяжныхъ и особаго директора его (*directeur du jury*). Первая имперія поставила себѣ задачею, по возможности, тѣсно соединить уголовные суды съ гражданскими; она создала, въ лицѣ апелляціонныхъ судовъ (*cours impériales*), почтенныя корпорации, и перенесла въ нихъ центръ тяжести судоустройства; ей удалось обезпечить за правительствомъ значительное вліяніе посредствомъ назначенія судей и устройства прокурорскаго надзора; наконецъ, первая имперія учредила новый порядокъ преданія суду, руководствуясь преимущественно соображеніями правильнаго судоустройства, съ отмѣною обвинительнаго жюри.

II. Таково происхожденіе дѣйствующаго до настоящаго времени *Code d'Instruction Criminelle*, обнародованнаго 27 ноября—26 декабря 1808 года. Главныя особенности установленнаго имъ судопроизводства слѣдующія: уголовное преслѣдованіе возбуждается обвинительною властью или потерпѣвшимъ, въ качествѣ *гражданскаго истца*; суду, по общему правилу, не предоставлено инициативы преслѣдованія; но судъ, въ которомъ возникло дѣло, можетъ продолжать уголовное преслѣдованіе и противъ желанія обвинительной власти; установленъ особый порядокъ производства *полицейскаго суда*, отличающагося быстротою, простотою, отсутствіемъ предварительнаго слѣдствія, и поставленнаго подъ контроль суда исправительной полиціи и кассационнаго суда; производство въ судѣ исправительной полиціи по однимъ дѣламъ приближается къ порядку полицейскаго суда, съ непосредственнымъ вызовомъ обвиняемаго и безъ предварительнаго слѣдствія, а по другимъ къ процессу въ дѣлахъ о преступленіяхъ, съ предварительнымъ слѣдствіемъ и передачею дѣла въ судъ судьей-слѣдователемъ; апелляция съ деволутивнымъ дѣйствіемъ на рѣшенія судовъ полицейскихъ и исправительной полиціи, идетъ въ судъ второй степени, который является послѣднею инстанціею и рѣшеніе котораго можетъ быть отмѣнено только въ кассационномъ порядкѣ. Производство, наблюдаемое въ дѣлахъ о преступленіяхъ, отличается слѣдующими особенностями: предварительное слѣдствіе и судебное опредѣленіе о



преданіи суду обязательны; названія „обвиненіе“ и „обвиняемый“ (*accusation, accusé*, въ противоположность *prévention, prévenu*) употребляются исключительно въ случаѣ передачи дѣла въ судъ присяжныхъ. Засѣданія суда съ участіемъ присяжныхъ (*assises*) происходятъ періодически. Каждый разъ судебная коллегія въ этомъ судѣ составляется изъ членовъ апелляціоннаго суда и суда первой степени въ главномъ департаментскомъ городѣ Права и обязанности, принадлежащія председателю, совершенно независимо отъ суда, весьма обширны (*pouvoir discrétionnaire*); между прочимъ председатель допрашиваетъ обвиняемаго еще до судебного засѣданія (такъ назыв. *президентскій допросъ*) и производитъ, въ случаѣ нужды, дополнительное слѣдствіе; въ судебномъ засѣданіи председатель предъявляетъ суду доказательства, причемъ стороны лишь дополняютъ его дѣятельность, и снимаетъ допросъ съ обвиняемаго, руководствуясь при этомъ установившимися на судѣ обычаями болѣе, нежели предписаніями закона; председатель ставитъ вопросы присяжнымъ и въ своемъ резюмѣ указываетъ имъ ихъ обязанности; въ случаѣ оправдательнаго рѣшенія присяжныхъ, председатель немедленно *постановляетъ объ оправданіи* (*ordonnance d'acquittement*). Производство суда съ участіемъ присяжныхъ покоится на двойственномъ основаніи: *опредѣленіи о преданіи суду* обвинительной камеры и *обвинительномъ актѣ* прокурора, который въ главныхъ частяхъ своихъ основывается на опредѣленіи обвинительной камеры. Производство при этомъ существенно отличается какъ отъ древне-римскаго, такъ и отъ англійскаго изустнаго судебного состязанія. Сначала излагается обвиненіе, затѣмъ слѣдуетъ допросъ обвиняемаго, разсмотрѣніе и повѣрка доказательствъ, пренія сторонъ, заключительное слово председателя, письменное составленіе вопросовъ для присяжныхъ, обязательное удаленіе присяжныхъ въ совѣщательную комнату, прочтеніе вслухъ письменнаго отвѣта присяжныхъ на предложенные имъ вопросы, разсмотрѣніе и принятіе судомъ этого отвѣта присяжныхъ и вслѣдъ затѣмъ вторичное прочтеніе уже принятаго вердикта въ присутствіи обвиняемаго. Ежели судъ не отложилъ дѣла до слѣдующей сессіи вслѣдствіе ошибки присяжныхъ по существу дѣла, то происходятъ новыя пренія сторонъ по поводу приговора, который слѣдуетъ постановить на основаніи рѣшенія присяжныхъ, и наконецъ, приговоръ суда (*arrêt*). — Оправданное лицо не можетъ быть вторично преслѣдуемо за то же самое дѣяніе, а вердиктъ „невино-



венъ“ можетъ быть обжагованъ прокуроромъ исключительно „въ интересахъ закона“, т. е. безъ всякихъ практическихъ, вредныхъ для обвиняемаго, послѣдствій. Но и обвинительный вердиктъ не подлежитъ измѣненію: кассационному суду принадлежитъ только право признать производство недействительнымъ и съ тѣмъ вмѣстѣ отмѣнить и самое рѣшеніе присяжныхъ. Впрочемъ, кассационный судъ можетъ ограничиться отмѣною одного лишь приговора суда, на основаніи вердикта присяжныхъ постановленнаго; въ этомъ случаѣ, однако, онъ не постановляетъ самъ приговора по дѣлу, а только передаетъ дѣло для постановленія приговора въ ассизный судъ.

III. Французскій уставъ уголовного судопроизводства и созданный имъ порядокъ процесса подвергались многочисленнымъ нареканіямъ. И несмотря на это, первая серьезная попытка произвести существенныя измѣненія въ судопроизводствѣ или, по крайней мѣрѣ, переработать правила дѣйствующаго устава, была предпринята лишь въ 1870 году, и все таки, до сихъ поръ, осталась безъ результатовъ. Но отдѣльныя положенія этого кодекса были измѣнены законами позднѣйшаго времени, и во многихъ частяхъ его перемѣнчивыя политическія теченія, революція и реакція, спѣшили производить измѣненія, которыя затрудняютъ изученіе закона.

Только въ новѣйшее время рѣзко выразилось стремленіе подвергнуть уставъ уголовного судопроизводства основательной и полной переработкѣ и поставить на мѣсто него новый единообразный уставъ. Выше было указано, что такое стремленіе впервые вызвало дѣятельную попытку въ этомъ направленіи въ послѣдній годъ правленія Наполеона III. Послѣ того, какъ начатая работа была опережена политическими событіями, *Дюфоръ* принялся за оставленное дѣло реформы и велъ его лично (1878); результатъ учрежденныхъ при немъ совѣщаній былъ имъ представленъ въ 1879 году сенату, въ экстренномъ засѣданіи его, подъ названіемъ „Projet de loi tendant à réformer le Code d'instruction criminelle présenté au nom de M. Jules Grévy, président de la république française, par M. E. Le Royer etc“. (Annexe au procès verbal de la séance du 27 nov. 1879). Относительно дальнѣйшей судьбы этого проекта слѣдуетъ сказать, что по послѣднимъ извѣстіямъ сенатъ окончилъ первое чтеніе его и оставилъ за собою правъ еще разъ подвергнуть проектъ обсужденію. Изготовленный законопроектъ съ подробною объяснительною запискою предназначенъ замѣнить статьи 8—136 и 217—250 устава уголов-

наго судопроизводства, представляя собою первую книгу будущего устава „De la police judiciaire et de l'instruction“, раздѣленную на четыре раздѣла: (1. De la police judiciaire, ст. 8 — 31; 2. De l'instruction, ст. 32 — 155; 3. Du crime et du délit flagrant, ст. 156 — 185; 4. De la Cour d'appel statuant comme juridiction d'instruction, ст. 186 — 221). Содержаніе этой первой книги не вполне соответствует ея названію, такъ какъ она охватываетъ, кромѣ предварительнаго слѣдствія, еще и преданіе суду посредствомъ особенныхъ судебныхъ распоряженій или опредѣленій (до сихъ поръ еще не выяснилось, какое мѣсто отведено будетъ въ уставѣ непосредственному вызову обвиняемаго въ судъ), а кромѣ того захватываетъ часть правилъ о судебномъ разбирательствѣ, такъ какъ въ нее включены положенія закона 2 мая 1863 года касательно сокращеннаго порядка суда надъ лицами, захваченными на мѣстѣ преступленія. Такъ какъ законопроектъ старается по возможности сохранить расположеніе дѣйствующаго устава, то сравненіе ихъ весьма не трудно; изъ него нельзя не видѣть, что составители проекта старались какъ можно меньше отступать отъ дѣйствующаго права; такъ напримѣръ, въ проектѣ мы опять находимъ слишкомъ многочисленныя различія въ способѣ взятія обвиняемаго подъ стражу, прежнее взаимное отношеніе между опредѣленіемъ о преданіи суду и обвинительнымъ актомъ прокурора и, наконецъ, распредѣленіе дѣятельности по преданію суду между судьей-слѣдователемъ и апелляціоннымъ судомъ. Объяснительная записка къ проекту весьма рѣшительно высказывается противъ англійскаго устройства предварительнаго слѣдствія и, въ особенности, противъ публичности его производства. Но за то проектомъ сдѣлана попытка преобразовать предварительное слѣдствіе допущеніемъ участія защитника обвиняемаго въ его производствѣ, широкою гласностью слѣдственныхъ дѣйствій для каждой изъ сторонъ и состязательнымъ, устнымъ, порядкомъ производства при разсмотрѣніи жалобъ, приносимыхъ совѣщательной или обвинительной камерѣ. Въ отсутствіи защитника производится лишь первоначальный допросъ обвиняемаго, преимущественно формальнаго характера, передъ которымъ обвиняемому должно быть объявлено, что онъ имѣетъ право не отвѣчать на предлагаемые ему вопросы. Кромѣ крайнихъ случаевъ, все остальное производство затѣмъ идетъ безъ всякаго содѣйствія обвиняемаго, пока онъ не получитъ возможности избрать себѣ или просить о назначеніи защитника. Съ этихъ поръ защитникъ долженъ

быть приглашаемъ ко всякому допросу обвиняемаго; онъ имѣетъ право присутствовать при каждомъ такомъ допросѣ, но правомъ слова пользуется только съ разрѣшенія судьи-слѣдователя (то же правило установлено относительно прокурора); защитнику предоставлена свобода свиданій съ заключеннымъ (запрещеніе свиданій не превышаетъ въ крайнемъ случаѣ 20, а обыкновенно 10 дней). На усмотрѣніе судьи слѣдователя предоставлено допрашивать свидѣтелей въ присутствіи или въ отсутствіи прокурора и защитника, но протоколы такихъ допросовъ, во всякомъ случаѣ, сообщаются обвиняемому или его защитнику, которому судья-слѣдователь, по собственному усмотрѣнію, можетъ разрѣшить или воспретить разсмотрѣіе всего дѣла (ст. 64, 133). Защитникъ долженъ быть уведомляемъ о назначенныхъ для производства личнаго осмотра (constat) дняхъ, дабы онъ могъ присутствовать при немъ (ст. 47). Достоинство этихъ учреждений, конечно, будетъ зависѣть отъ того, будетъ ли въ этомъ періодѣ процесса назначаться защитникъ для подсудимыхъ неимущихъ, каковы большинство ихъ. Относительно же состязательнаго производства при рѣшеніи вопроса о преданіи суду прямо постановлено назначать обвиняемому, въ случаѣ нужды, защитника отъ суда (ст. 190); это правило, однако, будетъ значительно отягощать обязанности адвокатскаго сословія, во всѣхъ тѣхъ перѣдкихъ случаяхъ, когда самъ обвиняемый ничего такъ не желаетъ, какъ скорѣйшаго назначенія судебного разбирательства. Все устное производство по этому предмету грозитъ оказаться совершенно неумѣтнымъ по одной изъ двухъ причинъ. Или разсмотрѣніе и пренія по поводу обвиненія будутъ весьма поверхностны, что будетъ весьма нерѣдко въ тѣхъ случаяхъ, когда исходъ ихъ заранѣе легко предугадать; тогда время и трудъ очевидно, окажутся потраченными напрасно. Или же обвиненіе подвергнется внимательному разсмотрѣнію, и тогда признаніе его основательнымъ внесетъ въ судъ предубѣжденіе противъ подсудимаго.

IV. Подобно *англійскому* судопроизводству и *французское* уголовно-судебное право вскорѣ стало дѣйствовать за предѣлами той страны, которой французское народное учредительное собраніе даровало въ 1791 году судебную реформу. Оно прежде всего распространилось на тѣ области принадлежавшихъ прежде Австріи Нидерландъ, Голландіи, Германіи и Италіи, которыя въ теченіи послѣдовавшихъ войнъ посредственно или непосредственно были под-

чинены французской власти. Въ *Вестфальскомъ* королевствѣ уголовное судопроизводство развилось на основаніи французскаго уголовно-судебнаго закона IV года республики; но принадлежавшая Наполеону Италія получила уставъ уголовного суда, который былъ выработанъ подѣ вліяніемъ Романьози, при довольно свободномъ и самостоятельномъ отношеніи къ французскому образцу, и заслуживаетъ поэтому большаго вниманія. Законъ этотъ былъ первымъ, введшимъ французское устройство уголовного суда съ *исключеніемъ суда присяжныхъ*; въ этомъ направленіи его примѣру слѣдовали, послѣ паденія первой имперіи, уставы уголовного судопроизводства королевства *Сардиніи, Тосканы, Пармы и Неаполя*. Законодательство послѣдняго обязано своею обработкою въ строго научномъ духѣ и успѣхомъ на практикѣ вліянію *Никколони*. Точно также преобразовывался въ эпоху, слѣдовавшую за 1815 годомъ, уголовный процессъ во многихъ швейцарскихъ кантонахъ, напримѣръ въ *Женевѣ* (1832) и *Ваадтландѣ* (1836); въ этомъ видѣ судопроизводство сохранилось до настоящаго времени въ *Нидерландахъ*, упорно отстаивавшихъ французскіе судебные порядки съ исключеніемъ суда присяжныхъ. Но въ Нидерландахъ законодательство непрерывно подвергалось колебаніямъ, такъ какъ замѣну суда присяжныхъ тамъ старались найти то въ теоріи законныхъ доказательствъ, то въ устройствѣ апелляціи; но первая, даже въ томъ усовершенствованномъ видѣ, въ которомъ она вошла въ нидерландскій законъ 1836 года, вызвала множество затрудненій; то же случилось и съ апелляціей по наиболѣе тяжкимъ уголовнымъ дѣламъ, хотя начало, принятое въ остальныхъ вышеназванныхъ государствахъ, по которому апелляція была исключена какъ разъ въ наиболѣе тяжкихъ уголовныхъ дѣлахъ, не могло не вызывать въ Нидерландахъ справедливое недовольство.

Французскія учрежденія были приняты цѣликомъ *Бразилією* (1832), *Грецією* (1834), *Португалією* (1832, 1837), *Женевю* (1814), а *Бельгія* возстановила у себя французскіе законы немедленно послѣ своего отдѣленія отъ Нидерландъ, правда не безъ измѣненій. Съ тѣхъ поръ нѣчто подобное же произошло въ *Румыніи* (уставъ уголовного судопроизводства 2 декабря 1864 года) и отчасти въ *Россіи*. Въ *Испаніи* современныя начала уголовного судопроизводства съ судомъ присяжныхъ, получили было полное признаніе съ изданіемъ законовъ 18 іюня 1870 г. и 22 декабря 1872 г., но декретомъ 3 января 1875 г., хотя и не было возстановлено



старинное судопроизводство, однако были отмѣнены какъ судъ присяжныхъ, такъ и производство публичное и устное. Королевскій декретъ 6 мая 1880 г. общаетъ Испаніи новый пересмотръ уголовно-судебныхъ законовъ.

Швейцарскіе кантоны, несмотря на значительныя различія, которыя замѣчаются между ними, устроили свое судопроизводство по французскому образцу; это слѣдуетъ сказать въ особенности о *Женевѣ*, *Невшателѣ*, *Фрейбургѣ*, *Ваадтландѣ*, *Тессинѣ* и *Бернѣ*. Замѣчательно, что въ Тессинскомъ и Бернскомъ кантонахъ въ судѣ безъ участія присяжныхъ засѣдателей примѣняется теорія законныхъ доказательствъ, которая до нѣкоторой степени замѣняетъ судъ присяжныхъ въ кантонѣ *Граубюнденскомъ*. Наиболѣе самостоятельный, чрезвычайно своеобразный уставъ уголовного судопроизводства (2 октября 1852 года) дѣйствуетъ въ *Цюрихскомъ* кантонѣ; имъ онъ обязанъ *Рюттиманну*, глубокому знатоку англійскаго права, влияние котораго сказалось еще въ законѣ объ уголовномъ судопроизводствѣ, вошедшемъ въ составъ судебного закона кантона Цюрихскаго 30 октября 1866 года. Въ *Даніи* теперь уголовное судопроизводство свободно развивается на французскомъ основаніи. Но самая значительная страна, въ которой дѣйствуетъ, конечно не непосредственно, французское уголовное судопроизводство—это *королевство итальянское*. Въ Италіи уставъ уголовного судопроизводства 20 ноября 1859 года, возникшій изъ сардинскаго устава 1847 года, значительно измѣненнаго со времени 1848 года, королевскимъ указомъ 26 ноября 1865 года былъ введенъ во всѣхъ провинціяхъ королевства. Этотъ уставъ, значительно измѣненный дополнительными законами, между которыми наиболѣе важны законы 8 іюня 1874 г., 30 іюня 1876 г. и 6 мая 1877 г., представляетъ собою, несмотря на то, что въ Италіи дѣйствуютъ нѣсколько кассационныхъ судовъ, дѣйствительно единый источникъ права для всего королевства и разъясняется литературою, которой значеніе постоянно возрастаетъ.

### § 16. Реформы.

I. Мы указали теперь всѣ тѣ обстоятельства, которыя дѣлали неизбежною коренную реформу уголовного судопроизводства въ Германіи и обезпечили при этомъ значительное влияние за учрежденіями, уже созданными въ то время французскимъ и англійскимъ правомъ. Со времени, когда впервые былъ возбужденъ во-

прось о подобной реформѣ, и до того, когда, по крайней мѣрѣ временно, законодательная работа завершилась составленіемъ германскаго устава уголовного судопроизводства 1877 года и австрійскаго 1873 года, мы видимъ такую обширную дѣятельность въ литературѣ и въ законодательствѣ, и эта дѣятельность столь часто видоизмѣняется, что не потерять въ мелочахъ и имѣть постоянно въ виду главныя, опредѣляющія начала—чрезвычайно трудно. Вообще же, можно прежде всего замѣтить первую эпоху этого движенія, носящую преимущественно *литературный* характеръ; въ это время законодательство уже не разъ призывалось на помощь и даже начинало приходить въ движеніе, но все еще оставалось на заднемъ планѣ. Съ 1848 года наступаетъ внезапный переворотъ: теперь законодательство приходитъ въ движеніе, а литература принуждена лишь слѣдить за быстрою смѣною событій. Приблизительно съ начала шестидесятыхъ годовъ отношенія снова мѣняются: не то, чтобы законодательство остановилось въ своемъ движеніи, но отнынѣ привлекаетъ къ себѣ общее вниманіе разрѣшеніе основныхъ вопросовъ судопроизводства, которые возбуждаютъ все болѣй и болѣй интересъ, чѣмъ болѣе въ обществѣ распространяется сознаніе того, что идетъ вопросъ о созданіи общаго для всей Германіи уголовно-судебнаго законодательства.

Обращаясь къ результатамъ многочисленныхъ изслѣдованій, содержащихся въ главнѣйшихъ произведеніяхъ эпохи, предшествовавшей поворотному времени 1848 года, въ области законодательства и литературы, нельзя не придти къ заключенію, что въ борьбѣ представителей различныхъ мнѣній, усилія послѣднихъ оказались безплодными въ двоякомъ отношеніи. Дѣйствительно, представителямъ разсматриваемой эпохи удалось пріобрѣсти довольно точныя знанія касательно вѣдшихъ, такъ сказать, судебныхъ дѣйствій французскаго судопроизводства, но споръ по поводу громкихъ словъ, явившихся лозунгомъ реформы, помѣшалъ выяснить дѣйствительное отношеніе къ этимъ основнымъ началамъ процесса французскаго судопроизводства; французскій процессъ былъ прекрасно изученъ по частямъ, но, роковымъ образомъ, изслѣдователи потеряли сознаніе *органической связи* между ними. Вслѣдствіе этого почти единогласно уже признавалось, что будущее уголовное судопроизводство должно быть *устнымъ* и для этого дѣлиться на такіе же отдѣлы, какъ и французское; *учрежденіе прокуратуры*, съ правомъ протеста, въ видахъ возвышенія подсудимому наказанія,

было тоже принято почти без колебаній, даже начало *обвинительнаго* производства было въ ту эпоху принято съ гораздо меньшими ограниченіями, нежели впоследствии; нѣкоторые сомнѣнія возбуждала *публичность* суда, но и она не оспаривалась по существу, а только должна была быть ограничена. Гораздо труднѣе было отрѣшиться отъ приговора *объ оставленіи въ подозрѣніи* въ различныхъ формахъ его. Но срединнымъ пунктомъ, на которомъ сосредоточилась борьба, было, съ одной стороны, *сохраненіе отрицательной теоріи законныхъ доказательствъ*, а съ другой стороны — введеніе суда присяжныхъ.

Вопросъ суда присяжныхъ возникъ сравнительно поздно: противодѣйствіе суду присяжныхъ усиливалось тѣмъ, что въ первое время движеній разсматриваемой эпохи сопротивление, на которое натолкнулась во Франціи реставрація, вызвала во всѣхъ областяхъ сильную оппозиціонную литературу, которая хотя и не отвергала самый судъ присяжныхъ, но нападала съ большою горячностью на ту форму, которую ему далъ во Франціи Наполеонъ I. Въ этой литературѣ можно найти и справедливыя и несправедливыя нападки на судъ присяжныхъ, перемѣшанныя между собою, но всѣ одинаково горячія, и совершенно забытыя впоследствии. Какъ бы то ни было, эти сочиненія оказали значительное вліяніе на сочиненіе Фейербаха о французскомъ судоустройствѣ и съ тѣмъ вмѣстѣ вообще на полемическую литературу въ Германіи. Но вскорѣ обратное движеніе, смѣнившее обожаніе французскихъ учреждений послѣ обманчиваго военнаго шума 1840 года и вызваннаго имъ оживленія нѣмецкаго національнаго чувства, оказалось весьма благопріятнымъ для суда присяжныхъ. Въ этомъ отношеніи впервые, ранѣе другихъ вопросовъ устройства уголовного суда, оказалось возможнымъ и даже необходимымъ отрѣшиться отъ французскаго образца. Поэтому вопросъ о томъ, должно ли ввести судъ присяжныхъ какъ *французское* или какъ *германское* учрежденіе, привлекъ особенное вниманіе, вслѣдствіе чего тогда же возникли пренія о судѣ присяжныхъ на сѣздахъ германистовъ въ *Франкфуртѣ* (1847) и *Любекѣ* (1848). Между тѣмъ наступилъ 1848 годъ и политическая сторона спора тотчасъ выступила на первый планъ. Политическая побѣда, одержанная упорными сторонниками конституціонной монархіи по французскому образцу, не могла не повести къ побѣдѣ французскаго судоустройства и всего болѣе въ области уголовного суда. Несмотря на предшествовавшіе долгіе споры объ

основныхъ началахъ судопроизводства, теперь были безъ всякаго колебанія, пѣликомъ, заимствованы французскія формы. Только послѣ совершившагося заимствования началась работа сознательнаго усвоенія новыхъ учреждений. Такой переворотъ въ государствахъ, въ отдѣльныхъ частяхъ которыхъ продолжало дѣйствовать французское право, далъ вліятельное положеніе такимъ лицамъ, которыя по привычкѣ продолжали строго хранить французскія традиции и теперь дѣлали это тѣмъ скорѣе, что до сихъ поръ эти принципы пользовались особенною популярностію. Съ другой стороны, къ общему удивленію, люди, которые до тѣхъ поръ упорно отвергали французское уголовное судопроизводство, внезапно превратились въ ревностныхъ приверженцевъ всякаго французскаго учрежденія, нежелавшихъ дѣлать никакихъ уступокъ.

II. Съ этого времени начинается дѣятельность законодательства, а именно — мѣстнаго законодательства отдѣльныхъ государствъ, постепенно оттѣсняющаго на задній планъ общее право. Эта дѣятельность, прежде всего, была направлена къ усвоенію *французскаго* типа; достоинства такого устройства процесса не подвергались сомнѣнію и однако-же законодательство заимствовало французскіе образцы вовсе не такъ слѣпо, какъ это можетъ казаться на первый взглядъ. Тамъ, гдѣ законодательство не слишкомъ торопилось преобразовывать и гдѣ тому не препятствовало вліяніе слѣпыхъ поклонниковъ французскихъ учреждений, были приняты во вниманіе голоса нѣкоторыхъ публицистовъ (преимущественно юристовъ — практиковъ изъ прирейнской области, какъ *Рунтенталя*), указывавшіе спорные пункты или недостатки французскаго права. При томъ техническія свойства законодательной работы не могли не содѣйствовать въ значительной степени сохраненію традицій прежняго общаго права. Тѣ изъ германскихъ государствъ, въ которыхъ были области, уже пользовавшіяся ранѣе французскимъ правомъ, а равно и ближайшіе сосѣди такихъ областей, разумѣется, всѣхъ болѣе спѣшили какъ можно расширить примѣненіе французскаго права; но слѣдствіемъ такой поспѣшности было то, что въ этихъ государствахъ были изданы одни лишь переходные и дополнительные законы, рядомъ съ которыми сохранились основныя положенія розыскапо общему германскому праву, только связанные теперь съ устнымъ, публичнымъ и состязательнымъ судебнымъ засѣданіемъ, подобно ветхому зданію съ надстроеннымъ этажемъ. Таковъ былъ ходъ законодательства въ теченіи 1848 и 1849 годовъ въ *Баваріи*, въ



*Пруссіи*, въ двухъ *Гессенскихъ* государствахъ, въ *Нассаускомъ* герцогствѣ и въ *Виртембергѣ*; за ними послѣдовало въ 1851 году великое герцогство *Баденское*. Правда, что новые законы *виртембергскіе* и *баденскіе* имѣли за собою судебные уставы, которые до нѣкоторой степени предусмотрѣли переворотъ, наступившій въ разсматриваемую эпоху, но которые однако въ главнѣйшихъ своихъ частяхъ подлежали отмѣнѣ. Именно эти уставы уголовного судопроизводства легли, въ свою очередь, въ основаніе тѣхъ законовъ, которые первые исполнили задачу полной кодификаціи обновленнаго уголовного судопроизводства. Такъ, уставъ *баденскій* 1845 года оказалъ замѣтное вліяніе на проектъ *тюрингенскаго* устава и, чрезъ посредство его, на австрійскій уставъ уголовного судопроизводства 1850 года, изданный раньше *тюрингенскаго*. Вскорѣ принялась за кодификацію своего новаго уголовного судебного права *Пруссія* и стремленіе объединить хотя бы эту часть законодательства оказало значительное вліяніе на проектъ 1851 г., составленный, въ этихъ видахъ, по французскимъ формамъ. Этотъ проектъ былъ въ самой *Пруссіи* отодвинутъ назадъ новымъ, отчасти дополнявшимъ, отчасти измѣнявшимъ его закономъ 3 мая 1852 года; онъ послужилъ однако не только основаніемъ позднѣйшему прусскому проекту 1865 г. и выросшему изъ него уставу для новопрусскихъ провинцій 1867 года, но былъ также болѣе или менѣе прямымъ источникомъ уставовъ *Ольденбургскаго* (1857), *Любекскаго* (1862), *Бременскаго* (1870), *Гессенъ-Дармштадтскаго* (1865), *Баденскаго* (1864) и *Виртембергскаго* (1868). Гораздо большею самостоятельностью отличается уставъ уголовного судопроизводства *Ганноверскій*, но и онъ тѣсно примкнулъ къ французскому образцу (1850 г., пересмотрѣнный въ 1859 г.). Уставъ *брауншвейгскій* (1849) сложился совершенно самостоятельно, причемъ, съ одной стороны, было болѣе чѣмъ въ другихъ странахъ принято въ соображеніе англійское право, а съ другой—совершенно оставлены всѣ традиции общаго права. Королевскій *саксонскій* уставъ 1855 года былъ столь-же самостоятеленъ и своеобразенъ, но въ противоположномъ направленіи. Этотъ уставъ, влѣстѣ съ *австрійскимъ* 1853 года былъ, до нѣкоторой степени, заключеніемъ движенія, возникшаго въ 1848 и слѣдующихъ годахъ. Въ немъ, прежде всего, сознательно проведено теоретическое различіе между обвинительнымъ началомъ суда—съ одной стороны, и началомъ розыскнымъ, съ присоединеніемъ обвинительной формы—съ другой. Этотъ уставъ

рѣшился принять за цѣль—удержаніе стариннаго розыска по началамъ общаго права и измѣненіе его лишь въ слѣдующемъ отношеніи: возбужденіе преслѣдованія перенесено на прокуратуру и устроено дѣйствительно устное и состязательное судебное засѣданіе. Уставъ этотъ долженъ быть признанъ, по сопротивленію, которое онъ оказывалъ *отмѣнѣ оставленія въ подозрѣніи и введенію суда присяжныхъ*, закономъ, стремившимся всѣхъ болѣе къ сохраненію связи съ старымъ правомъ. Однако же система способовъ обжалованія рѣшеній, въ особенности та, которая предполагалась по проекту саксонскаго устава, несомнѣнно опередила эпоху, въ которую этотъ уставъ былъ составленъ, и онъ занимаетъ совершенно особое, почетное, мѣсто среди нѣмецкихъ уставовъ уголовного судопроизводства по многимъ, прекрасно обдуманнмъ, правиламъ, плодамъ тщательнаго наблюденія судебной практики. Нѣчто подобное же можно сказать еще о другомъ уставѣ, *гамбургскомъ* 1869 года, несмотря на существенныя различія между ними.

III. Въ названныхъ уставахъ, во многихъ отношеніяхъ, уже нашли примѣненіе выводы самостоятельныхъ изслѣдователей, писавшихъ въ виду будущихъ законодательныхъ реформъ; этимъ сочиненіямъ, повидимому, было суждено заглухнуть подъ обветшалую глыбу стараго нѣмецкаго розыскаго процесса и подъ наплывомъ французскихъ новшествъ; но вскорѣ они были призваны къ жизни и значеніе ихъ возвысилось.

Главнѣйшіе результаты движенія, совершавшагося въ теченіи 1848 и слѣдующихъ годовъ, указать легко: они сводятся къ воспринятію основнаго типа французскаго уголовного судопроизводства, почти со всѣми его подробностями и внѣшними атрибутами. Но между частностями французскихъ порядковъ были и такія, которыя никомъ образомъ не могли быть слѣпо заимствованы чужою страной: отчасти потому, что самое достоинство ихъ было слишкомъ сомнительно и что онѣ слишкомъ тѣсно были связаны съ такими учрежденіями французскаго судоустройства, которыя нельзя было немедленно ввести въ Германію, отчасти потому, что въ самомъ французскомъ законодательствѣ эти мелкія установленія продолжали подвергаться измѣненіямъ. Вслѣдствіе этого и случилось, что уже въ самыя первыя времена, которыя всецѣло были посвящены поспѣшному пересажденію французскихъ законовъ на германскую почву, разсматривавшемуся какъ

нѣчто само собою понятное и необходимое, и послѣдовательному усвоенію чужаго права, явилось нѣсколько такихъ вопросовъ, которые требовали самостоятельной разработки и оцѣнки. Прежде всего отступленія отъ французскаго образца оказались въ устройствѣ отношенія *прокуратуры* къ судамъ. Уже съ самаго начала слишкомъ неограниченное на практикѣ значеніе и надзоръ, принадлежащіе французскому генеральному прокурору, въ особенности власть, предоставленная ему надъ слѣдователемъ, — широкія и не опредѣленныя права прокуроровъ по самостоятельному производству арестовъ и вообще слѣдственныхъ дѣйствій, были встрѣчены неблагопріятно. Но стремленіе дать прокурорскому надзору такую же власть надъ полиціею, какая принадлежитъ прокуратурѣ во Франціи, гдѣ она даже стоитъ во главѣ *полиции судебной* (*police judiciaire*), оказалось въ совершенномъ противорѣчій съ традиціоннымъ положеніемъ административныхъ и полицейскихъ властей въ Германіи. Кромѣ того, было не мало учреждений, заимствованныхъ изъ Франціи, и однако же уже съ самаго начала подвергшихся измѣненіямъ, которыя постепенно вводились въ разныхъ государствахъ. Въ этомъ отношеніи заслуживаютъ вниманія слѣдующія установленія:

1) *Предварительное* слѣдствіе представляло слишкомъ много сходства съ нѣмецкимъ порядкомъ и нѣмецкій розыскъ своею основательностью и полною подчиненностью руководителю судьи превосходилъ французское предварительное слѣдствіе настолько, что въ сущности можно было сохранить его, только сгруппировавъ его предѣлами, въ которые заключено было предварительное слѣдствіе по французскому судопроизводству. Въ этомъ отношеніи изъ всѣхъ подробностей слѣдствія всего болѣе замѣчательно удержаніе правилъ объ осмотрахъ и освидѣтельствованіяхъ, а также о показаніяхъ свѣдущихъ людей. Но предпочтеніе прежнихъ порядковъ высказалось еще сильнѣе въ нерасположеніи отказаться отъ предварительнаго слѣдствія въ тѣхъ случаяхъ, когда оно замѣнялось во Франціи, съ значительными выгодами въ отношеніи ускоренія производства и оживленія судебного разбирательства, *непосредственнымъ вызовомъ* обвиняемаго къ суду.

2) Этимъ послѣднимъ установленіемъ пренебрегли несправедливо. Но съ другой стороны, другія формальности французскаго судопроизводства, какъ-то *преданіе суду* и *прекращеніе слѣдствія*, не замедлили сдѣлаться предметомъ разнообразнаго обсужденія. Въ

особенности подвергалось критикѣ преданіе суду, съ его двойною процедурою, сначала въ совѣщательной камерѣ, которой опредѣленія, состоявшіяся въ пользу обвиняемаго, въ дѣйствительности оставались безъ послѣдствій, и затѣмъ въ обвинительной камерѣ апелляціоннаго суда. При этомъ возникали значительныя затрудненія въ случаѣ состоявшагося въ судѣ исправительной полиціи опредѣленія о неподсудности дѣла. Для разрѣшенія этихъ затрудненій предлагались самыя различныя способы, которые отчасти и были примѣнены. Однимъ изъ первыхъ по времени былъ способъ, принятый австрійскимъ уставомъ уголовного судопроизводства 1850 г., по которому производство предварительнаго слѣдствія при согласіи прокурора съ судьей слѣдователемъ прекращалось по постановленію этого послѣдняго, безъ дальнѣйшихъ формальностей. При этомъ составляли исключеніе лишь преступленія, подлежащія разсмотрѣнію суда присяжныхъ, слѣдствіе по которымъ подлежало разсмотрѣнію обвинительной камеры апелляціоннаго суда непосредственно, безъ предварительной передачи его въ слѣдственную коллегію (совѣщательную камеру); то же постановлено тюрингенскимъ уставомъ угол. суд. въ ст. 194. Кромѣ того, были предложены различныя правила касательно составленія обвинительнаго акта, а именно: составленіе его *прежде*, а не *послѣ* опредѣленія о преданіи суду, а также касательно лишенія или ограниченія права обвиняемаго приносить жалобу на опредѣленіе о преданіи суду.

3) Такъ называемая *дискреціонная власть предсѣдателя* въ судебномъ засѣданіи, уже очень рано стала вызывать нареканія и многочисленныя измѣненія.

4) Особенно крупныя затрудненія и сомнѣнія вызвало примѣненіе на практикѣ французскаго *установленія суда присяжныхъ*; постоянно измѣнявшіяся правила о составленіи списковъ присяжныхъ засѣдателей, о письменной подачѣ голосовъ присяжными, о числѣ голосовъ, необходимомъ для обвинительнаго рѣшенія, и о дополнительномъ рѣшеніи, возлагаемомъ при извѣстныхъ условіяхъ на судъ; наконецъ, объ освобожденіи лица, признаннаго присяжными „невиновнымъ“, не приговоромъ ассизнаго суда, а распоряженіемъ предсѣдателя.

5) Не меньшія затрудненія возникли, отчасти при обсужденіи самаго установленія, отчасти при примѣненіи на практикѣ системы *обжалованія судебныхъ рѣшеній*; такъ напримѣръ, ограниченіе кассационнаго суда *отрицательнымъ* рѣшеніемъ и отношенія апелля-



ціоннаго суда къ фактическимъ признакамъ, установленнымъ въ первой степени суда, въ виду требованій повторенія или дополненія судебного слѣдствія. Судебная практика настоятельно требовала вмѣшательства законодательной власти, какъ это всего лучше видно на *прусскомъ* законодательствѣ, приче́мъ нововведенія этого послѣдняго, въ силу того, что оно исходило изъ предвзятыхъ идей, не могли не вызвать обвиненій законодателя въ произволъ, и новыхъ затрудненій и колебаній въ судебной практикѣ.

IV. Въ то время, какъ на поверхности происходила работа очищенія и усвоенія французскихъ установленій, заимствованныхъ такъ сказать en bloc, въ глубинѣ юридическаго организма шла работа гораздо болѣе важная. Не могло не обнаружиться, въ виду совершившихся реформъ, желаніе провѣрить внутренній смыслъ новаго судопроизводства и докончить споръ объ основныхъ началахъ идеальнаго суда, умолкшій въ 1848 году, предъ наплывомъ событій,—теперь, при совершенно другихъ условіяхъ. Такимъ образомъ желали, съ одной стороны, получить руководящую нить для разъясненія духа и задачи новаго судопроизводства, для толкованія новыхъ законовъ, а съ другой стороны—подготовлять необходимыя измѣненія въ законодательствѣ. При этомъ сами собою опредѣлились два противоположныя направленія. Первое изъ нихъ исходило изъ того положенія, что произведенная реформа не оправдала ожиданій, которыя соединялись съ громкими словами, въ которыхъ она была возвышена, или же, что основныя начала судопроизводства, которыя должны были получить побѣду чрезъ эту реформу, были неправильно поняты и невѣрно примѣнены, приче́мъ представители этого направленія настаивали на томъ, что исключительному подражанію *французскому* образцу необходимо противопоставить изученіе *англійскихъ* установленій. Второе направленіе было естественною реакціею противъ поспѣшности и безпорядочнаго вмѣшательства политическихъ соображеній, подъ вліяніемъ которыхъ совершилось введеніе импровизированнаго реформированнаго судопроизводства: это направленіе нападало на чужеземныя, „французскія новшества,“ но нападало еще сильнѣе на установленія родственного англійскаго законодательства. Представители этой группы оплакивали полный разрывъ съ основными положеніями традиціоннаго нѣмецкаго судопроизводства и старались смягчить его великое значеніе тѣмъ, что превозносили два главныя положенія, безъ сомнѣнія, лежація въ основаніи какъ стараго, такъ и новаго поряд-

ка суда, а именно: преслѣдованіе преступленій по должности и исканіе матеріальной истины. Читая разсужденія писателей этого направленія, право, хочется иногда воскликнуть „rien n'est changé, il n'y a qu'un Français de plus“. Но въ сущности, направленіе это такъ далеко не шло: его представители въ своихъ нападкахъ имѣли въ виду совершенно опредѣленные учрежденія, которыя дѣйствительно сохранились на практикѣ, или къ которымъ вскорѣ пришлось возвратиться, или же, наоборотъ, такія, которыя были окончательно отвергнуты. Конечно, можно видѣть въ послѣднихъ изъ нихъ случайные наросты, а въ первыхъ только „формальности,“ вполне соединимыя съ старыми принципами процесса и неизмѣняющія его сущности; но при всѣхъ нападкахъ прочно установилось ядро новаго процесса, достоинство котораго уже ни съ какой стороны не подвергалось сомнѣнію. Въ процессѣ получили участіе, съ одной стороны, прокуратура, съ другой стороны — защитникъ подсудимаго, котораго значеніе было возвышено, а этимъ обусловлена была возможность состязательнаго предъявленія и повѣрки доказательствъ въ устномъ и публичномъ судебномъ засѣданіи, которое, по крайней мѣрѣ въ судѣ первой степени, было непосредственнымъ основаніемъ рѣшенія дѣла. Въ это же время прежнее германское слѣдствіе было сохранено и притомъ такъ, что оно, при постоянно измѣнявшемся его значеніи, сдѣлалось составною частью всего производства. Въ этомъ заключался *компромиссъ*, который предполагался въ послѣдніе дни борьбы, предшествовавшей 1848 году, благоразумными мыслителями, противниками слѣпаго подчиненія громкимъ словамъ, несмотря на ихъ явную приверженность общему розыскному судопроизводству. И въ то же время два положенія, которыя прежде упорно отстаивались: *освобожденіе отъ инстанцій и теорія законныхъ доказательствъ* были признаны, послѣ наступившаго переворота, почти единогласно, учрежденіями, навсегда потерянными. Но всетаки еще было много такихъ обстоятельствъ, которыя могли перенести центръ тяжести производства, смотря по господствующему направленію, или въ розыскное, тайное и письменное предварительное слѣдствіе, или же въ судебное засѣданіе, состязательное, устное и публичное. Въ этомъ отношеніи имѣли значеніе большая или меньшая подробность предварительнаго слѣдствія, размѣры, въ которыхъ допускалась замѣна устнаго вопроса въ судебномъ засѣданіи, прочтеніемъ актовъ подготовительнаго производства, то значеніе, которое эти акты могли имѣть въ судѣ

второй степени, въ ущербъ впечатлѣнію, выносимому изъ устнаго судебного разбора, участіе сторонъ въ собраніи доказательствъ для судебного засѣданія, положеніе обвиняемаго на судѣ по отношенію къ предсѣдателю и судьямъ и наконецъ, (преимущественно въ виду практическаго устройства кассационнаго обжалованія)—*значеніе формъ и обрядовъ* въ новомъ уголовномъ производствѣ. Но самый горячій споръ шелъ о *судѣ присяжныхъ*. Многие защищали послѣдній, вмѣстѣ съ прочими установленіями, въ томъ предположеніи, что онъ составляетъ неотъемлемую принадлежность французскаго устройства суда. Теперь это дало поводъ къ нападкамъ на судъ присяжныхъ: противники его указывали, что суду присяжныхъ были несправедливо приписаны заслуги, которыя французское судопроизводство приобрѣло исключительно въ силу другихъ установленій, заключающихся въ немъ; что при введеніи его руководились недозволительными политическими соображеніями, причемъ дурныя стороны этого установленія, которыя признаются даже и во Франціи, были оставлены безъ вниманія, въ особенности совершенная невозможность отдѣленія вопроса факта отъ вопроса права, которое однако имѣетъ рѣшительное значеніе для самаго существа суда присяжныхъ или, по крайней мѣрѣ, для опредѣленія его задачи, въ противоположность задачи суда короннаго. Такимъ образомъ явилось разномысліе, которое поддерживалось не столько неудовлетворительностью опыта, продѣланнаго съ нѣмецкими присяжными (за исключеніемъ, конечно, процессовъ политическихъ и по дѣламъ печати), сколько вслѣдствіе практическихъ затрудненій, возникающихъ при введеніи производства съ присяжными. Ближайшимъ послѣдствіемъ этого раздѣленія мнѣній было то, что одни законодательства (Саксонія, Альтенбургъ, Любекъ) стали медлить введеніемъ суда присяжныхъ, а другія стали ограничивать кругъ вѣдомства его. Но литературное движеніе не замедлило возобновить споръ по поводу такихъ вопросовъ, которые казались уже окончательно рѣшенными въ пользу суда присяжныхъ. При этомъ одни желали предоставить рѣшеніе вопроса факта, неподлежащее апелляціи, по важнѣйшимъ дѣламъ, исключительно правительственнымъ судьямъ, съ тѣми гарантіями, которыя представляло преобразованное судопроизводство, другіе же предлагали, сохраняя участіе народнаго элемента въ рѣшеніи уголовныхъ дѣлъ, дать ему такую форму, при которой устранялись затрудненія раздѣлить функціи и въ тоже время юридическому элементу суда было предоставлено

болѣе значительное вліяніе на рѣшеніе дѣла, при существенномъ облегченіи лежащей на немъ отвѣтственности (*судъ шеффеновъ*). Съ другой стороны, защитники *суда присяжныхъ* указывали, что связь этого установленія съ прочими частями преобразованнаго судопроизводства настолько тѣсна, что хотя раздѣленіе ихъ и возможно, но его вовсе не легко исполнить; въ особенности же старались они устранить недостатки французскаго устройства суда присяжныхъ и его примѣненіе на практикѣ разъясненіемъ историческаго развитія суда присяжныхъ въ Англіи, болѣе точнымъ опредѣленіемъ отношенія суда къ присяжнымъ засѣдателямъ, а также путемъ введенія такихъ формъ и обрядовъ, которые должны были облегчить взаимное пониманіе и согласную дѣятельность судебной коллегіи и скамьи засѣдателей и въ то же время обезпечить за судебною коллегіею и кассационною инстанціею необходимое вліяніе при рѣшеніи вопроса права. Наконецъ, защитники суда присяжныхъ старались о томъ, чтобы ихъ учрежденіе суда присяжныхъ было слито съ организмомъ всего уголовного процесса, съ отмѣною всего такого, что придавало этому установленію несоотвѣтствующую окраску чрезвычайнаго производства.

V. Хотя всѣ эти изслѣдованія и выгодно отличаются отъ тѣхъ, которыя дѣлались до 1848 года, своимъ дѣловымъ и чисто юридическимъ характеромъ, но не подлежитъ сомнѣнію, что на обсужденіе въ теоріи и рѣшеніе на практикѣ этихъ вопросовъ вліяли политическія обстоятельства: вѣчное противоположеніе свободы и порядка, проведеніе границъ между потребностями государства и правами личности, твердое правительство и сосредоточенная власть на одной сторонѣ, а на другой—участіе народа въ контролированіи и даже въ самомъ осуществленіи такихъ дѣйствій правительства, которыми обусловливается его благосостояніе или бѣдствіе. Великія политическія движенія, происходившія съ 1848 года по всей Германіи, видимо оказали вліяніе на литературное и законодательное движеніе, которое опредѣляло ходъ развитія уголовного судопроизводства. Сначала явилась реакція противъ увлеченій 1848 и 1849 г., а потомъ началось обратное движеніе, усиливавшееся подъ вліяніемъ крайностей и преувеличеній реакціи. Это движеніе все болѣе усиливалось приблизительно со второй половины 1859 года, развившимся въ Германіи стремленіемъ къ національному единству и находящимся въ связи съ нимъ стараніемъ возстановить единое германское законодательство. Оно оказывало су-



публичное вліяніе на мѣрніа какъ юристовъ, такъ и лицъ постороннихъ, а въ особенности на совѣщанія и постановленія германскаго юридическаго съѣзда и различныхъ законодательныхъ собраній, сначала отдѣльных нѣмецкихъ государствъ, а вскорѣ---сѣверо-германскаго союза и германской имперіи (по крайней мѣрѣ въ первые годы существованія послѣдней). Въ этомъ отношеніи вовсе не спорили исключительно или преимущественно объ участіи народнаго элемента въ рѣшеніи уголовныхъ дѣлъ, но о самыхъ разнообразныхъ вопросахъ. Французскія установленія, которыя не были вполнѣ чуждыми въ Пруссіи и Баваріи и потому имѣли особенно важное значеніе, принесли съ собою примѣненіе формъ уголовного судопроизводства и компетенціи обыкновенныхъ судебныхъ мѣстъ къ важной области *полицейскаго карательнаго права*, совершившееся безъ шума и незамѣтно. Съ другой стороны, *прокуратуры*, почти тотчасъ послѣ введенія ея, пришлось, въ виду введенной почти одновременно съ нею карательной системы по управленію печати и политическихъ процессовъ, возникшихъ вслѣдствіе борьбы, сопровождавшей реакцію 1852—1859 гг., занять положеніе, которое не могло способствовать ея популярности. Но и независимо отъ этого, уже одно противопоставленіе прокуратуры адвокатурѣ не могло не вызвать нѣкотораго соревнованія и въ тоже время стремленія лишити прокуратуру такихъ преимуществъ, которыя могли нарушить равноправность сторонъ, бывшую необходимымъ предположеніемъ состязательнаго производства. По этому поводу начались изслѣдованія того, дѣйствительно ли подобныя преимущества требуются самымъ положеніемъ государственной прокуратуры. Въмѣстѣ съ тѣмъ усиленное вниманіе было теперь обращено на всѣ уже указанныя нами основныя положенія процесса (см. § 5, II), значеніе которыхъ преимущественно опредѣляется соотвѣтственно размѣрамъ *гражданской свободы* въ каждую эпоху. Однако же, хотя на предпочтеніе той или другой формы оказывали вліяніе политическія тѣнденціи и господствующее направленіе опредѣлялось послѣдними, но въ общемъ эти споры имѣли практической характеръ, что и вызывало тщательныя и глубокія изслѣдованія. Къ счастью, старый споръ о громкихъ лозунгахъ по немногу застылъ и замѣнился разсужденіями по поводу, съ одной стороны, послѣдовательнаго проведенія уже принятыхъ основныхъ положеній, а съ другой стороны—опредѣленія самаго способа и границъ примѣненія ихъ съ точки зрѣнія практическаго опыта и цѣлесообразности. Поэтому въ

эпоху 1860 г. и до времени созданія германскаго имперскаго уголовного судопроизводства 1877 г., шло обсужденіе, результаты котораго сказались на этомъ уставѣ, слѣдующихъ вопросовъ: объ основномъ началѣ *уголовнаго преслѣдованія* и, въ связи съ этимъ, о внутреннемъ устройствѣ *прокурорскаго надзора*, его отношеній къ суду, къ высшему судебному управленію и къ защитѣ подсудимаго; о введеніи *субсидіарнаго частнаго обвиненія*, а также о введеніи, рядомъ съ прокуратурою, *народнаго обвиненія*, которое постепенно приобрѣтало себѣ сторонниковъ; о совмѣстномъ *разсмотрѣніи гражданскаго иска на судѣ уголовномъ* (*Adhäsionsprozess*); о реформѣ *предварительнаго слѣдствія* въ смыслъ введенія публичности его или, по крайней мѣрѣ, гласности слѣдственныхъ дѣйствій для сторонъ и увеличенія гарантій личной свободы; о расширеніи *участія сторонъ* въ предварительномъ производствѣ и въ опредѣленіи матеріала, подлежащаго судебному разсмотрѣнію,—о вознагражденіи за незаслуженное *предварительное заключеніе*,—объ упрощеніи порядка *преданія суду*,—о предоставленіи сторонамъ болѣе значительнаго участія при судебномъ слѣдствіи и объ отмѣнѣ, сохранившагося отъ прежняго розыскаго порядка, *допроса обвиняемаго* на судебномъ слѣдствіи, взаимѣ чего предполагалось ввести англійскій порядокъ,—объ обезпеченіи устности производства и свободы въ оцѣнкѣ доказательствъ путемъ *отмены апелляцій* на рѣшенія вопросовъ факта, по крайней мѣрѣ на рѣшенія его въ пользу подсудимыхъ, и посредствомъ очищенія *системы кассаций* отъ недостатковъ, замѣченныхъ во французскомъ законодательствѣ; объ исправленіи системы *заочныхъ приговоровъ* (*Contumacialverfahren*) и возобновленія *уголовныхъ дѣлъ*, объ усовершенствованіи производства у *единоличныхъ судей* и въ *судахъ по мало-важнымъ дѣламъ*, посредствомъ упрощенія его (введеніемъ *предварительнаго наложенія взысканія* — *Strafverfügung*) и предоставленія въ немъ участія народному элементу.

VI. Въ *Австріи*, въ разсматриваемую эпоху, встрѣчаются самыя различныя политическія направленія. Движеніе *литературы* въ этомъ отношеніи слѣдовало болѣе, чѣмъ въ другихъ, направленію жизни нѣмецкаго народа, которое не осталось также безъ вліянія и на законодательство. Рядомъ съ этимъ происходило двойное движеніе къ *единству*: съ одной стороны—пользовались сочувствіемъ попытки создать единообразное уголовное судопроизводство для всей Германіи, съ другой стороны—внутри самой австро-венгер-

ской монархіи предполагалось создать единое общее законодательство. Австрійскіе дѣатели вскорѣ въ 1848—1850 г. примкнули къ движенію, происходившему въ Германіи, въ ущербъ единству австрійскаго права, котораго отчасти уже удалось къ этому времени достигнуть. Чрезвычайно быстро (въ апрѣлѣ и маѣ 1848 г., и въ мартѣ 1849 г.) совершилось введеніе особаго судопроизводства по дѣламъ печати, съ участіемъ, на основаніи двухъ послѣднихъ по времени законовъ, присяжныхъ засѣдателей, а затѣмъ, 17 января 1850 г., обнародованіе новаго устава уголовного судопроизводства. Послѣдній основанъ на *тиюрингенскомъ* проектѣ 1849 г. и служить отличнымъ выраженіемъ всего направленія уголовно-судебнаго законодательства Германіи въ теченіи первыхъ лѣтъ послѣ 1848 г. Этотъ законъ, которымъ учреждался и судъ присяжныхъ, согласно обѣщанію конституціи 4 марта 1849 г., былъ однако же введенъ лишь въ областяхъ принадлежавшихъ къ германскому союзу, и не былъ примѣненъ ни къ областямъ, въ которыхъ сохранилъ дѣйствіе законъ 1803 г. (Галиціи, Ломбардіи и Венеціи), ни къ землямъ венгерской короны. Вскорѣ законъ 1803 года былъ введенъ, какъ новый, въ Трансильваніи (13 мая 1850 г.), а въ *Венгрии* получили дѣйствіе временныя правила, которыя по содержанію приближались къ уставу 17 января 1850 г. (за исключеніемъ суда присяжныхъ) и должны были въ послѣдствіи замѣниться кодексомъ, уже готовымъ въ проектѣ и представляющимъ собою, во многихъ отношеніяхъ, новое пересмотрѣнное изданіе устава 17 января 1850 г.

Въ 1851 году, 31 декабря, были обнародованы „Основные положенія органическихъ установленій въ коронныхъ земляхъ австрійской имперіи“, которыми были намѣчены существенныя преобразованія уголовного судопроизводства, отчасти въ видахъ упомянутаго объединенія: въ единоличныхъ судахъ возстановлялось „розыскное производство въ самой простой его формѣ“, публичность ограничивалась, судъ присяжныхъ отмѣнялся, возстановлялось „освобожденіе отъ обвиненія“ (*Freisprechung von der Anklage*) и вводилась система обжалованія судебныхъ рѣшеній, основанная на письменности. Прежде чѣмъ эти положенія были приведены въ исполненіе, послѣдовалъ указъ 11 января 1852 г., отмѣнившій судъ присяжныхъ и замѣнившій его рѣшеніемъ коллегіи изъ шести судей, на которое не допускалась апелліція; но они были приведены въ исполненіе уставомъ уголовного судопроизводства 29 іюля

1853 г., который получилъ дѣйствіе во всей монархіи. И въ самомъ дѣлѣ, въ этомъ уставѣ въ совершенствѣ выразились вышеназванныя основныя положенія, причемъ постарались по возможности сохранить публичность такъ наз. устнаго „заключительнаго производства“ (*Schlussverhandlung*). Уставъ возстановилъ прежнюю теорію законныхъ доказательствъ, которая теперь прямо называлась „отрицательною“, и придавъ рѣшительное значеніе письменному предварительному производству уже вслѣдствіе системы обжалованія рѣшеній, основанной исключительно на актахъ дѣла, и состоявшей въ *апелляціи* въ судъ *второй* степени и далѣе—въ высшій судъ, въ случаѣ разногласія приговоровъ обоихъ низшихъ судовъ. Предварительное производство имѣло теперь большое сходство со старымъ процессомъ, что выражалось въ передачѣ инициативы уголовного преслѣдованія по прежнему въ руки суда, несмотря на сохраненіе прокурорскаго надзора, въ названіи предварительнаго производства „слѣдствіемъ“, съ подраздѣленіемъ его на „предварительное слѣдствіе“ и „спеціальное слѣдствіе“, и въ перенесеніи опредѣленія о преданія суду (*Anklagebeschluss*) въ коллегію суда первой степени, на которую былъ возложенъ ближайшій надзоръ за производствомъ слѣдствія.

Немедленно послѣ возстановленія парламентарнаго правленія стали проявляться попытки преобразовать уголовное судопроизводство. У правительства было намѣреніе возвратиться къ установленіямъ, существовавшимъ въ теченіи 1850—1854 г., причемъ особенно желательнымъ представлялось возобновить дѣйствіе устава уголовного судопроизводства 1850 г. Но эти предположенія невозможно было осуществить уже потому, что въ теченіи короткаго времени, когда дѣйствовалъ этотъ уставъ, онъ успѣлъ претерпѣть множество измѣненій; затѣмъ, въ виду сомнѣній, возбуждавшихся предположеніемъ о введеніи суда присяжныхъ въ тѣхъ областяхъ, на которыя дѣйствіе названнаго устава прежде не распространялось, при желаніи установить въ этомъ отношеніи—и въ немъ одномъ—различіе между областями, которыхъ представители находились въ такъ наз. „тѣсномъ“ присутствіи рейхсрата (т. е., съ одной—стороны, австрійскими областями принадлежащими къ германскому союзу, и съ другой стороны—Далмаціею, Галиціею и Буковиною). Но съ тѣмъ вмѣстѣ выдвинулся вопросъ о возможности апелляціи на рѣшеніе вопроса факта. И когда такимъ образомъ необходимость подвергнуть уставъ уголов-



наго судопроизводства 1850 г. пересмотру была всёми признана, не замедлили возникнуть многіе другіе вопросы, вслѣдствіе повѣрки положеній устава 1850 года на основаніи произведеннаго за это время опыта въ Германіи и вызванныхъ имъ законодательныхъ работъ. Въ теченіи 1862—1872 гг. явился рядъ проектовъ, изъ которыхъ каждый составлялся подъ вліяніемъ различныхъ политическихъ направленій и дѣятелей, въ зависимости отъ мнѣній лица, стоявшаго въ данное время во главѣ министерства, и отличнаго отъ него направленія рейхсрата, а впоследствии также комитета палаты представителей. Находившіеся въ это время на первомъ планѣ вопросы были слѣдующіе: о послѣдовательномъ проведеніи обвинительнаго начала и основнаго положенія: *идъ нитъ обвинителя, нитъ и суда*; — о соотвѣтствующемъ опредѣленіи положенія прокурора (въ особенности относительно его права *отказываться отъ обвиненія*) и лица, потерпѣвшаго отъ преступнаго дѣянія (въ отношеніи *субсидіарнаго частнаго обвиненія*); объ упрощеніи предварительнаго производства, съ возможностью обходиться безъ предварительнаго слѣдствія; о расширеніи правъ обвиняемаго на защиту въ теченіи предварительнаго производства; объ упрощеніи производства при преданіи суду, съ увеличеніемъ въ тоже время гарантій отъ неосновательнаго обвиненія; объ обезпеченіи устности при судебномъ разбирательствѣ и преобладающаго значенія послѣдняго въ сравненіи съ предварительнымъ производствомъ; объ устройствѣ отношеній между судомъ и присяжными засѣдателями, съ оставленіемъ прежней теоріи, по которой присяжные обязаны рѣшить одинъ голый вопросъ факта, въ той мысли, что въ этомъ отношеніи необходимо опредѣлить способъ совмѣстной дѣятельности судей и присяжныхъ засѣдателей, въ видахъ постановленія согласнаго рѣшенія и, по возможности, облегчить ихъ взаимное другъ друга пониманіе, при сохраненіи самостоятельности обѣихъ сторонъ; наконецъ, объ улучшеніи системы обжалованія въ кассационномъ порядкѣ и возобновленія уголовныхъ дѣлъ. Составленный подъ вліяніемъ этихъ основныхъ воззрѣній правительственный проектъ 1872 года послужилъ основаніемъ для австрійскаго устава уголовного судопроизводства 23 мая 1873 г.

VII. Выше (въ п. V) изображенное движеніе умовъ, вызвавшее изслѣдованіе основныхъ положеній преобразованія германскаго уголовного судопроизводства, поддерживалось и оживлялось, главнымъ образомъ, сознаніемъ того, что несмотря на крайнее разнообразіе

законовъ въ области уголовного судопроизводства, здѣсь всетаки удалось достигнуть большаго, нежели въ прочихъ областяхъ, *единства законодательства* для всей Германіи. Но вмѣстѣ съ тѣмъ постоянно возрастало стремленіе къ *формальному* объединенію законодательства. Въ указѣ, помѣщенномъ 25 февраля 1861 года, король прусскій Вильгельмъ I просилъ объ оказаніи, по мѣрѣ силъ, содѣйствія созданію общаго для всей Германіи законодательства по уголовному судопроизводству. Исполненіе этой мысли было облегчено пунктомъ 13 ст. 4 конституціи сѣверогерманскаго союза, къ которой вскорѣ присоединились южногерманскія государства, а также тѣмъ обстоятельствомъ, что объединеніе матеріальнаго уголовного права, которое не встрѣчало препятствій въ судоустройствѣ, было вскорѣ достигнуто и уже казалось, что согласиться относительно основаній новаго устава уголовного судопроизводства для Германіи, судя по предшествующему ходу событій, отнынѣ вовсе не трудно. Однако въ этомъ отношеніи явились затрудненія гораздо болѣе значительныя, чѣмъ можно было ожидать. Почти всѣ они возникали по поводу вопросовъ *судоустройства*. Единообразному учрежденію судебныхъ установленій препятствовали соображенія какъ матеріальнаго, такъ и формальнаго свойства. Для преодоленія этихъ затрудненій представлялось необходимымъ расширить предѣлы реформы, распространить ее на судопроизводство гражданское и въ то же время опредѣлить положеніе высшаго суда имперіи и сословіи адвокатовъ. Нельзя при этомъ не обратить вниманія на значительное вліяніе, которое оказало на основное направленіе и даже на редакцію многихъ отдѣльныхъ правилъ германскаго устава уголовного судопроизводства то обстоятельство, что одновременно съ нимъ подготовлялся уставъ гражданскаго судопроизводства. Какъ извѣстно, однако, наибольшее возбужденіе было вызвано извѣстіемъ о томъ, что существуетъ намѣреніе, сохраняя *участіе народнаго элемента* въ уголовномъ судѣ и даже расширивъ его предѣлы, не давать ему прежней формы суда присяжныхъ, но вмѣсто него составить смѣсныя коллегіи изъ судей специалистовъ и лицъ изъ народа, въ формѣ (произвольно названной) судомъ *шеффеновъ*. Эта мысль получила выраженіе въ первомъ, изданномъ въ 1873 году, проектѣ германскаго устава уголовного судопроизводства, который обращаетъ на себя вниманіе по своему единообразію во всѣхъ частяхъ, и въ официальной „Запискѣ о судахъ шеффеновъ“. Хотя *трехчленное* дѣленіе преступныхъ дѣяній, подвергавшееся въ области матеріаль-

наго уголовного права многочисленнымъ нареканіямъ и вызвавшее *аналогичное* (не болѣе) учрежденіе въ видѣ трехчленной по степенности предѣловъ вѣдомства и власти уголовныхъ судовъ первой инстанціи, не было устранено и, такимъ образомъ, первая инстанція была составлена изъ судовъ высшаго, средняго и низшаго разряда, тѣмъ не менѣе проектъ придавъ всѣмъ этимъ судамъ однородное устройство, однородное производство, и подчинилъ ихъ всѣ одной образной системѣ обжалованія приговоровъ, основанной на исключеніи апелляціи по поводу рѣшенія вопроса факта и мѣры наказанія. Послѣдствіемъ этого было то, что на первый планъ, изъ споровъ, вызывавшихся планомъ будущаго устава судопроизводства, рядомъ съ вопросомъ—„судъ присяжныхъ или судъ шеффеновъ?“—сталъ вопросъ объ удержаніи или объ отмѣнѣ *апелляцій*. Прочіе важнѣйшіе вопросы, разрабатывавшіеся при составленіи и обсужденіи проектовъ устава уголовного судопроизводства, всего лучше можно видѣть по тѣмъ заключеніямъ, которыя были затребованы отъ правительствъ отдѣльныхъ германскихъ государствъ, а также изъ „Приложеній“ къ объяснительной запискѣ. Кромѣ вышеприведенныхъ вопросовъ, въ этихъ документахъ говорится: „о постановленіи рѣшенія на судѣ присяжныхъ“ и объ единогласіи присяжныхъ; о гласности для сторонъ отдѣльныхъ дѣйствій предварительнаго слѣдствія и о той степени, въ которой, при учрежденіи послѣдняго, надлежало руководствоваться англійскими установленіями; о предварительномъ заключеніи, о возобновленіи уголовныхъ дѣлъ, о частномъ обвиненіи. Рядомъ съ этимъ, въ бурныхъ и закончившихся компромиссами препирательствахъ рейхстага съ союзнымъ правительствомъ, изъ которыхъ въ концѣ концовъ вышелъ уставъ уголовного судопроизводства для германской имперіи 1 февраля 1877 г., имѣли наиболѣе значенія такіе вопросы, которые касаются полнѣйшаго развитія *обвинительнаго* типа процесса (вліянія сторонъ на собраніе доказательствъ въ теченіе предварительнаго производства и въ судебномъ засѣданіи) и охраненія личной свободы отъ притязаній власти государственной; о правахъ *печати*, объ ограниченіи *обязанности давать свидѣтельскія показанія*, о такъ назыв. *монопольи обвиненія* въ рукахъ прокуратуры, о *частномъ обвиненіи* и о положеніи въ процессѣ лица потерявшаго отъ преступнаго дѣянія; о средствахъ къ исправленію вредныхъ послѣдствій неправильнаго объясненія закона, даннаго присяжнымъ предсѣдателемъ суда; объ облегченіи положенія обвиняемаго по отношенію къ могущимъ на него пасть издержкамъ защиты и т. д.

## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

### Исторія германскаго и австрійскаго уставовъ уголовного судопроизводства и ихъ основныя положенія.

#### § 17. Исторія германскаго устава уголовного судопроизводства

I. Въ рейхстагѣ 18 апрѣля 1868 г. и въ союзномъ совѣтѣ 5 юня 1868 г. состоялось постановленіе: просить союзнаго канцлера представить, по возможности въ непродолжительномъ времени, проекты „общаго уголовного права и судопроизводства, равно какъ и необходимыхъ правилъ судоустройства.“ Всего скорѣе и удачнѣе это требованіе было исполнено въ отношеніи къ матеріальному уголовному праву. Имперскій канцлеръ обратился 12 юля 1869 г. къ прусскому министру юстиціи съ просьбою распорядиться о составленіи общаго устава уголовного судопроизводства для сѣверогерманскаго союза. Порученіе это выпало на долю президента д-ра *Фридберга*. Но при исполненіи его нельзя было не принять во вниманіе, что въ это самое время шли также работы по составленію общаго устава гражданскаго судопроизводства и что нельзя было окончить ни ту, ни другую задачу, безъ соотвѣтственной реформы судоустройства. Последнее же, по конституціи союза, не было отнесено къ общему союзному законодательству (ст. 4 п. 13) и даже законопроектъ, принятый рейхстагомъ 1869 года, долженствовалъ дополнить упомянутое постановленіе прибавленіемъ словъ: „со включеніемъ судоустройства,“ былъ отклоненъ союзнымъ совѣтомъ. Несмотря на это, министръ юстиціи д-ръ *Леонгардъ* не остановился предъ составленіемъ обширнаго проекта закона о судоустройствѣ. При этомъ онъ встрѣчалъ сопротивленіе со стороны большинства правительствъ германскихъ государствъ; послѣдствіемъ чего было то, что изъ проекта надо было исключить весьма существенныя отдѣлы (уставъ о повѣренныхъ, уставъ о судебныхъ пошлинахъ, о нотаріальномъ учрежденіи, о формахъ публичныхъ актовъ и документовъ). Но въ то же время исчезло всякое сомнѣніе въ необходимости закона о судоустройствѣ, при составленіи котораго имѣлось въ виду ввести единообразіе въ будущіе уставы судопроизводства гражданскаго и уголовного, приспособить правительственныя установленія одновременно къ обоимъ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, помѣстить въ законѣ о судоустройствѣ то, что одинаково имѣло значеніе какъ для гражданскаго, такъ и для уголовного судопроизводства.



Въ силу послѣдняго соображенія, въ законѣ о судоустройствѣ были внесены такія опредѣленія, которымъ мѣсто было, въ сущности, въ уставахъ судопроизводства; поэтому на него необходимо смотрѣть какъ на законъ, дополняющій оба устава и, вмѣстѣ съ тѣмъ, объединяющій ихъ. Дальнѣйшее затрудненіе встрѣтилось въ слѣдующемъ обстоятельствѣ, на которое указываетъ въ объясненіяхъ къ первому проекту: „Конечно нельзя было думать о созданіи въ области уголовного судопроизводства чего нибудь совершенно новаго, оставивъ тѣ основанія, на которыхъ построены были нѣмецкіе уставы уголовного судопроизводства послѣднихъ десятилѣтій. Но съ другой стороны, получило преобладающее значеніе соображеніе о томъ, что отъ новаго устава уголовного судопроизводства ожидаются гораздо болѣе глубокія и коренныя реформы, нежели тѣ, которыя совершены въ области матеріальнаго уголовного права германскимъ уголовнымъ уложеніемъ, и что, далѣе, въ предѣлахъ германской имперіи не находится такого устава уголовного судопроизводства, который бы могъ быть положенъ въ основаніе проекта германскаго устава, какъ прусское уголовное уложеніе 1851 г. положено въ основаніе проекта сѣверогерманскаго уголовного уложенія“.

Вслѣдствіе всего вышеизложеннаго было необходимо составить „новый, независимый отъ существующихъ законовъ, проектъ.“ При этомъ предстояла задача, по возможности сохранить то, что дѣйствительно было общимъ правомъ въ Германіи, уяснить существовавшія различія, принять во вниманіе всѣ опыты, сдѣланные съ различными учрежденіями, и на основаніи всего этого присоединиться къ одной изъ дѣйствовавшихъ системъ или же поставить на ея мѣсто нѣчто совершенно новое. Въ виду сего было необходимо затребовать отъ правительствъ отдѣльныхъ германскихъ государствъ официальные свѣдѣнія и мнѣнія. Несмотря на все это, д-ръ Фридбергъ и его сотрудники настолько спѣшили работать, что министру юстиціи могли быть представлены: въ ноябрѣ 1870 года—проектъ уст. угол. суд., а въ маѣ 1871 года—объясненія къ нему. Тогда послѣдовала повѣрка и переработка проекта въ прусскомъ министерствѣ юстиціи, причемъ были приняты во вниманіе присланныя конфиденціально прусскими юристами замѣчанія на проектъ. Составленный такимъ образомъ *первый* проектъ былъ внесенъ въ союзный совѣтъ въ началѣ 1873 года и вслѣдъ затѣмъ обнародованъ вмѣстѣ съ объясненіями къ нему и приложеніями

къ послѣднимъ, содержащими разсужденія по такимъ вопросамъ, „которые требовали собранія значительнаго матеріала.“ Дополненіемъ къ этому проекту служить составленная въ прусскомъ министерствѣ юстиціи „Записка о судахъ шеффеновъ,“ изданная въ 1873 г. въ Берлинѣ (напечатанная также въ архивѣ Гольтдаммера 1873 г. стр. 40 и слѣд.) и вышедшее въ 1874 г. въ свѣтъ „Дополненіе“ (касательно судовъ шеффеновъ въ Саксоніи). Въ настоящее время проектъ этотъ извѣстенъ въ литературѣ подъ именемъ *перваго*.

II Когда союзныя правительства ознакомились съ проектомъ, въ напечатанномъ видѣ и онъ успѣлъ вызвать многочисленныя замѣчанія, союзный совѣтъ постановилъ 13 марта 1873 года: „внести проектъ для предварительнаго обсужденія въ комиссію, которая должна быть составлена изъ одиннадцати извѣстныхъ юристовъ германской имперіи.“ Эта комиссія работала съ 17 апрѣля до 3 іюля 1873 года, причемъ въ теченіи 39 засѣданій разсматривала три редакціи проекта. Комиссіи этой были также сообщены „выписки изъ законопроекта учрежденія судовъ въ германской имперіи для рѣшенія гражданскихъ тяжбъ и уголовныхъ дѣлъ“. Повѣрка проекта въ комиссіи имѣла по преимуществу техническій характеръ и въ этомъ смыслѣ были составлены большинство предложенныхъ ею поправокъ. Въ сущности заключеніе комиссіи состоялось въ смыслѣ благопріятномъ проекту. Въ особенности это выразилось по отношенію къ двумъ совершенно своеобразнымъ предложеніямъ проекта: приговоры по уголовнымъ дѣламъ постановляются въ первой инстанціи исключительно судами шеффеновъ (т. е. коллегіями, составленными изъ судей съ юридическимъ образованіемъ и лицъ изъ народа, причемъ судебная власть въ одинаковой степени распредѣлялась между шеффенами и судьями); для постановленія приговора „виновенъ“ требуется большинство двухъ третей голосовъ, и приговоры эти не подлежатъ обжалованію въ апелляціонномъ порядкѣ (I—V и VII). Точно также комиссія согласилась съ предположеніями о предоставленіи лицу, безъ жалобы котораго по нѣкоторымъ дѣяніямъ невозбуждается преслѣдованіе, а также лицу, требующему денежнаго удовлетворенія (Busse), права *субсидіарнаго*, частнаго или *добавочнаго* обвиненія (Nebenklage), въ послѣднемъ случаѣ, впрочемъ, съ нѣкоторыми ограниченіями, и о введеніи *совмѣстнаго* процесса (Adhäsionsprozess — разсмотрѣніе уголовнымъ судомъ гражданского иска VI—VIII); точно также согласилась комиссія съ предложеніемъ дозво-

лить отмѣну предварительнаго заключенія въ случаѣ внесенія залога (XI), съ проектомъ производства уголовныхъ дѣлъ въ отсутствіи обвиняемаго (XII—XIII), съ правилами о правахъ сторонъ въ отношеніи вызова свидѣтелей и свѣдущихъ людей и допроса ихъ въ судебномъ засѣданіи, и о присягѣ, приносимой этими лицами (XIV—XVI), наконецъ, съ постановленіями, коими исполненіе приговора о наказаніи возлагалось на прокуратуру (XVIII). Коммисія расширила право защитника принимать участіе въ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ въ теченіи предварительнаго производства (X) и право осужденнаго — требовать возобновленія дѣла (XIX). Коммисія предполагала также сдѣлать предварительное слѣдствіе обязательнымъ не по всѣмъ дѣламъ, подсуднымъ „большому суду шеффеновъ“, согласно первому проекту, а исключительно по дѣламъ, подлежащимъ вѣдомству имперскаго суда (VII)

Выработанный такимъ образомъ проектъ былъ представленъ союзному совѣту и обнародованъ вмѣстѣ съ измѣненными объясненіями; причемъ „Приложенія“ къ нимъ не были перепечатаны. Онъ обыкновенно означаетъ какъ *второй* (или *пересмотрѣнный*) проектъ. Параллельно съ этимъ вторымъ проектомъ былъ изданъ проектъ закона о судоустройствѣ, представленный имперскимъ канцлеромъ въ письмѣ 12 ноября 1873 года.

III. Вопросы судоустройства, въ особенности предположеніе объ отмѣнѣ суда присяжныхъ и вызванное имъ, все усиливавшееся, недовольство, а также затрудненія матеріальнаго свойства, представлявшіяся при привлеченіи населенія къ участію въ судѣ въ столь широкихъ размѣрахъ, какъ предполагалъ проектъ, сдѣлали необходимымъ болѣе подробный пересмотръ его въ комитетѣ юстиціи союзнаго совѣта и затѣмъ въ общемъ собраніи совѣта, причемъ докладъ былъ сдѣланъ виртембергскимъ министромъ юстиціи, д-ромъ фонъ Миттнахтъ. Здѣсь было рѣшено отказаться отъ „большаго“ и „средняго“ суда шеффеновъ, замѣнивъ первый судомъ присяжныхъ, а второй — единою коллегіею судей, и такимъ образомъ переработка проекта стала неизбѣжною. Для производства ея союзный совѣтъ назначилъ комиссію изъ 4 членовъ, которая представила 12 мая 1874 года проектъ въ измѣненномъ видѣ союзному совѣту, внесшему въ него лишь двѣ незначительныя поправки (въ іюнѣ 1874 г.). Разумѣется проектъ закона о судоустройствѣ немедленно пришлось измѣнить соотвѣтственно новому уставу уголовного судопроизводства. Такъ возникли окончательные проекты обоихъ

законовъ, внесенные въ рейхстагъ 29 октября 1874 года; изъ нихъ проектъ устава уголовного судопроизводства называется обыкновенно *третьимъ* проектомъ.

IV. Въ рейхстагѣ первое обсужденіе такъ назыв. трехъ судебныхъ законовъ (судоустройства, гражданского и уголовного судопроизводства) началось 24 ноября 1874 г., и 26 ноября разсматривался проектъ уголовного судопроизводства. Согласно предложенію *Гнейста* было рѣшено передать всѣ три законопроекта на предварительное разсмотрѣніе особенной комисіи изъ 28 членовъ; въ то же время явилось предположеніе дать комисіи этой возможность продолжать свои совѣщанія въ то время, когда рейхстагъ не собирается, что и было сдѣлано законами 23 декабря 1874 и 1 февраля 1876 гг. Комисія рѣшила 26 апрѣля 1875 г. учредить редакціонную комисію, которая должна была заботиться о единообразіи способа выраженій всѣхъ трехъ проектовъ, о согласованіи выраженій, въ которыхъ были предложены нѣкоторыя поправки, съ языкомъ проектовъ, и указывать противорѣчія въ содержаніи отдѣльных постановленій. Начали съ обсужденія устава гражданского судопроизводства. Затѣмъ комисія приступила къ первому чтенію устава гражданского судопроизводства (11 іюня—24 сентября 1875 г.). Между первымъ и вторымъ чтеніями устава уголовного судопроизводства прошло довольно много времени, въ теченіи котораго комисія обсуждала часть закона о судоустройствѣ, слушала этотъ законъ и уставъ гражданского судопроизводства во второмъ чтеніи, испрашивала и принимала къ свѣдѣнію заключенія союзнаго совѣта по замѣчаніямъ на первую редакцію (27 апрѣля 1876 г.).

При второмъ чтеніи устава уголовного судопроизводства (28 мая—1 іюля 1876 г.), комисія имѣла, такимъ образомъ, въ виду названнаго заключенія. Далѣе, съ 17 по 20 октября 1876 г. состоялись окончательныя постановленія касательно нѣсколькихъ измѣненій въ редакціи и касательно отчета, который комисіи надлежало представить. Результатъ этихъ совѣщаній подвергся обсужденію комитета юстиціи союзнаго совѣта съ 19 по 20 октября и общаго его собранія 31 октября 1876 г.

Ежели сравнить результатъ совѣщаній комисіи съ *третьимъ* проектомъ, то относительно „нововведеній“, на которыя указывалось въ объяснительной запискѣ, произведены были слѣдующія измѣненія, перешедшія въ законъ: субсидіарное частное обвиненіе



было вовсе отмѣнено, такъ назыв. монополія обвиненія прокурорскаго надзора въ то же время ограничена тѣмъ, что каждому предоставлено подавать прокурору просьбу о возбужденіи преслѣдованія, на которую прокуратура обязана давать увѣдомленіе, и что потерпѣвшій можетъ добиться опредѣленія суда, возлагающаго на прокуратуру обязанность предъявить обвиненіе.

Предварительное слѣдствіе сдѣлалось обязательнымъ по дѣламъ суда присяжныхъ, а по всѣмъ прочимъ потерпѣвшій можетъ требовать производства такового по существеннымъ основаніямъ. По дѣламъ маловажнымъ сдѣлано возможнымъ судебное разбирательство въ отсутствіи обвиняемаго. Присяжнымъ предоставлено рѣшеніе вопроса о наличности „смягчающихъ обстоятельствъ“. Допущена апеллія на приговоры судовъ шеффеновъ. Кромѣ этихъ, изъ измѣненій третьяго проекта, предложенныхъ комисією и сохраненныхъ въ законѣ, примѣчательны слѣдующія: ограниченіе (вмѣсто предполагавшагося исключенія) участія тѣхъ судей, которые постановляли опредѣленіе о преданіи суду, въ судебномъ разбирательствѣ (§ 23 ч. 3); различныя ограниченія обязанности давать свидѣтельскія показанія и мѣръ понужденія къ исполненію ея, права осмотра бумагъ и личнаго задержанія. Значеніе допроса обвиняемаго и подсудимаго было опредѣлено болѣе точнымъ образомъ (§ 137). Расширены права защитника и права судьи обещать умѣстность требованій, предъявленныхъ прокуроромъ во время предварительнаго производства (см. особенно § 161). Признано за обвиняемымъ право на приглашеніе указанныхъ имъ свѣдущихъ людей для производства осмотра или освидѣтельствованія (§ 194). Предоставлено обвиняемому право давать объясненія по поводу представленнаго прокуроромъ обвинительнаго акта (§ 199). Права и власть предсѣдателя во время судебного засѣданія и права суда опредѣлены болѣе точнымъ образомъ, причемъ права суда расширены. Чтеніе обвинительнаго акта въ судебномъ засѣданіи отмѣнено. Право суда устанавливать предѣлы судебного слѣдствія (§ 244) ограничено дѣлами суда шеффеновъ. Предсѣдательствующему на судѣ, съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей прямо запрещено „входить въ оцѣнку доказательствъ“. При производствѣ по ревизіоннымъ жалобамъ (объ отмѣнѣ окончательныхъ приговоровъ) обвиняемому даны нѣкоторыя преимущества передъ прокуроромъ.

V. Вышеупомянутые труды комисіи находились въ рейхстагѣ при открытіи сессіи IV втораго законодательнаго періода (30 октября прил. къ ж. гр. и уг. пр. кн. V 1885 г

бри 1876 г.). Въ письмѣ 3 ноября 1876 г. имперскій канцлеръ сообщилъ рейхстагу краткое сопоставленіе заключеній союзнаго совѣта по поводу означенныхъ трудовъ коммисіи. Эти краткія заключенія были переданы рейхстагомъ на обсужденіе коммисіи, съ тѣмъ, чтобы она выдѣлила изъ нихъ отдѣльные пункты, которые могли бы быть безъ дальнѣйшихъ обсужденій прямо внесены на разсмотрѣніе въ общее собраніе рейхстага, а остальные вопросы разсмотрѣла бы сама. Съ 6 по 14 ноября происходилъ рядъ засѣданій коммисіи, на которыхъ было рѣшено слѣдовать многочисленнымъ измѣненіямъ въ редакціи проектовъ, но въ то же время постановленія, вызывавшія возраженія со стороны союзнаго совѣта, были почти цѣликомъ оставлены въ силѣ. Вслѣдъ за этимъ, въ общемъ собраніи рейхстага 2 декабря 1876 г. вторично обсуждался уставъ уголовного судопроизводства. Постановленія, принятія рейхстагомъ, не были согласны съ требованіями, заявленными союзнымъ совѣтомъ; вслѣдствіе этого въ рейхстагъ поступило письмо имперскаго канцлера 12 декабря 1876 г., въ которомъ ему сообщались вкратцѣ заключенія союзнаго совѣта, принятія послѣднимъ при второмъ чтеніи.

Тогда всѣ заключенія, данныя по уставу уголовного судопроизводства, были раздѣлены: изъ нихъ 10 пунктовъ были рѣшительно отвергнуты, относительно же 22 другихъ возраженія были взяты обратно. — Слѣдствіемъ конфиденціальныхъ совѣщаній членовъ рейхстага съ представителями правительства явились предложенія депутатовъ Микеля (Miquel) и другихъ (извѣстные подъ именемъ предложеній *компромисса*). Пункты, коихъ они касались, были слѣдующіе: „Существующія въ отдѣльныхъ государствахъ узаконенія касательно подсудности суду присяжныхъ засѣдателей преступныхъ дѣяній, совершенныхъ путемъ печати“ должны были остаться „неприкосновенными“; такимъ образомъ предоставленіе въ общемъ правилѣ дѣлъ о преступленіяхъ, совершенныхъ путемъ печати, на разсмотрѣніе судовъ присяжныхъ сохранялось для тѣхъ областей, въ которыхъ уже существовали такія правила. Постановленія касательно мѣста подсудности дѣлъ о преступленіяхъ, совершенныхъ путемъ печати (изъ коихъ предполагалось составить часть 3 § 7 уст. угол. суд.), и освобожденія отъ обязанности давать свидѣтельскія показанія лицъ, принимавшихъ участіе въ изданіи поврежденныхъ произведеній печати (которые должны были составить § 54 уст. угол. суд.), а равно и предположенія о записываніи заключительнаго слова предсѣдателя на судѣ съ участіемъ присяжныхъ засѣ-

датель и допущеніи принесенія по поводу его ревизіонной жалобы, были взяты обратно. Въ отношеніи наложенія ареста на корреспонденцію и т. п. (§ 112 уст. угол. суд.), въ отношеніи права переговоровъ защитника съ обвиняемымъ во время подготовительнаго производства (ч. 3 § 149), въ отношеніи предоставленія права просить опредѣленія суда, предписывающаго открытіе уголовного преслѣдованія, однимъ лицамъ „потерпѣвшимъ“ (§ 171), въ отношеніи постановленій суда по вопросамъ исполненія наказанія (ч. 2 § 492), и въ отношеніи издержекъ защиты и обжалованія приговора со стороны подсудимаго (ч. 2 § 501, § 507) былъ принятъ средний путь.

При *третьемъ* обсужденіи устава въ общемъ собраніи рейхстага (съ 18 по 21 декабря 1876 г.), эти предложенія были приняты, чѣмъ было обезпечено соглашеніе между правительствами и рейхстагомъ, а съ тѣмъ вмѣстѣ изданіе трехъ т. н. судебныхъ законовъ.

### *§ 18. Исторія австрійскаго устава уголовного судопроизводства.*

I. Благодаря уголовно-судебному уставу Іосифа II 1788 года, замѣчается сходство текста уголовного закона западной Галиціи 1796 г. съ текстомъ уголовного кодекса 1803 г., а именно: втораго отдѣла, содержащаго судопроизводство, обѣихъ частей его, посвященныхъ преступленіямъ и т. н. тяжкимъ полицейскимъ нарушеніямъ. И даже уставъ уголовного судопроизводства 1850 года, несмотря на то, что стоитъ на совершенно иной точкѣ зрѣнія сравнительно съ прежними уставами, и основанъ на текстѣ баденскаго уст. угол. судопр. 1845 г. и тюрингенскаго проекта 1849 г., содержитъ въ себѣ много мѣстъ, заимствованныхъ изъ закона 1803 года. Текстъ этого устава былъ пересмотрѣнъ въ 1851 г. во время вышеупомянутыхъ (§ 16 п. VI) совѣщаній по поводу составленія устава уголовного судопроизводства для земель венгерской короны. Проектъ, написанный на основаніи собранныхъ свѣдѣній о примѣненіи на практикѣ устава уголовного судопроизводства 1850 года и всесторонняго обсужденія предстоявшей задачи, имѣлъ большое значеніе, хотя и не былъ никогда обнародованъ. Съ одной стороны, имъ пользовались при подготовительной работѣ по составленію устава уголовного судопроизводства нынѣ дѣйствующаго, съ другой стороны—подъ его влияніемъ составлена была часть устава 1853 года. Послѣдній основанъ отчасти на кодексѣ 1803 г., именно тамъ, гдѣ онъ принимаетъ нѣкоторые изъ положеній его,

напр. относительно теоріи доказательствъ; въ другихъ же частяхъ онъ примыкаетъ къ уставу угол. суд. 1850 г.

Однако противоположность между обоими уставами угол. суд. 1850 и 1853 гг. была столь велика, что при наступившемъ въ 1861 г. переворотѣ, въ первое время рѣшились игнорировать указанную тѣсную связь законовъ, смѣнявшихъ другъ друга, и вернуться къ тексту устава 1850 г. безъ всякаго измѣненія его редакціи. Но мысль объ этомъ пришлось немедленно же оставить, въ виду того, что названный уставъ уголовного судопроизводства подвергся въ теченіи непродолжительнаго времени его дѣйствія многочисленнымъ дополненіямъ и было невозможно снова отказаться отъ такихъ усовершенствованій, которыя были уже въ то время признаны необходимыми и даже частью перешли въ уставъ 1853 г., частью же были впервые установлены въ названномъ уставѣ (какъ напр. право сторонъ непосредственно предлагать на судѣ вопросы). Далѣе, уставъ угол. суд. 1850 г. былъ результатомъ того перваго движенія, которымъ были внесены въ Германію формы французскаго суда, тогда какъ эти заимствованныя учрежденія могли быть подвергнуты основательной провѣркѣ и оцѣнкѣ со стороны нѣмецкой науки, поддержанной опытомъ многолѣтней практики, лишь въ гораздо позднѣйшее время и, наконецъ, уставъ угол. суд. 1850 г. былъ введенъ въ дѣйствіе далеко не во всѣхъ областяхъ, имѣющихъ представителей въ маломъ рейхсратѣ.

Къ этому присоединилась указанная выше (§ 16, VI) необходимость заботиться о сохраненіи единства уголовно-судебнаго права, хотя при этомъ не предполагалось еще вводить судъ присяжныхъ во всѣхъ областяхъ западной половины государства. Исходящая изъ этого соображенія офиціальная записка, перечислявшая въ общемъ видѣ тѣ отступленія отъ устава уголовного судопроизводства 1850 г., которыя представлялись необходимыми съ указанной точки зрѣнія, послужила поводомъ возложить на ея автора, профессора *Глазера*, порученіе переработать сначала тѣ главы устава угол. суд. 1850 г., которыя онъ имѣлъ въ виду при составленіи записки. Эти отдѣльныя работы, при которыхъ было необходимо, по возможности, слѣдовать тексту устава угол. суд. 1850 г. и безусловно подчиняться тому судопроизводству, которое имъ имѣлось въ виду, самымъ точнымъ образомъ сообразовались со словоупотребленіемъ и съ нумераціею параграфовъ названнаго устава. Нѣ-



которыя изъ нихъ были сначала переданы на разсмотрѣніе особаго немногочисленнаго комитета; вслѣдъ затѣмъ была составлена болѣе обширная коммисія, которая успѣла до половины августа 1861 г. подробно разсмотрѣть въ нѣсколько пріемовъ правила судебного разбирательства по уголовнымъ дѣламъ, подлежащимъ рѣшенію судовъ коллегіальнаго состава безъ участія присяжныхъ заседателей, и способы обжалованія приговоровъ по такимъ дѣламъ. Проекты отдѣльных частей устава, отчасти уже подробно обсужденные, отчасти оставшіеся безъ пересмотра, были напечатаны; вмѣстѣ они составляютъ ту массу, которая по предложенію С. Майера теперь называется проектомъ I. Скоро эти частные проекты были включены въ проектъ, составленный въ это время и охватывавшій уставъ уголовного судопроизводства въ полномъ объемѣ; проектъ этотъ не слѣдовалъ нумераціи параграфовъ устава угол. суд. 1850 г., но послѣдняя была на немъ обозначена для облегченія сравненія. Напечатанный въ началѣ октября 1861 г., этотъ проектъ цитруется какъ проектъ II.

Проектъ II былъ немедленно переданъ на особое разсмотрѣніе въ министерство юстиціи. Обсужденіе его производилось чрезвычайно быстро; оно впрочемъ не касалось тѣхъ отдѣловъ проекта, которыхъ окончательная редакція зависѣла отъ законопроектовъ разсматривавшихся въ то время рейхсратомъ: о свободѣ личности и домовомъ правѣ. Совѣщанія въ министерствѣ юстиціи удалось закончить къ рождеству 1861 г.; но при этомъ окончательное устройство способовъ обжалованія судебныхъ рѣшеній было необходимо предоставить новому лицу, вступавшему въ управленіе министерствомъ.

Въ вышеупомянутой запискѣ былъ уже возбужденъ вопросъ объ апелляціи, и совѣщанія, происходившія лѣтомъ 1861 г., были главнымъ образомъ посвящены разсмотрѣнію предложенія, имѣвшаго цѣлью устранить апелляцію на рѣшеніе вопроса факта, соотвѣтственно требованіямъ устности и свободной оцѣнки доказательствъ. При этомъ обнаружилась значительная разниа мнѣній и, какъ всегда бываетъ въ подобныхъ случаяхъ, отдѣльныя голосованія дали въ общемъ результатъ нѣчто такое, что въ сущности никого не удовлетворило. Поэтому въ проектѣ II докладчикъ помѣстилъ не результатъ совѣщаній августа 1861 г., а совершенно новую редакцію отдѣла объ апелляціи, которая представляла собою текстъ устава угол. суд. 1850 г. съ усовершенствованіями, которыя были

признаны необходимыми въ 1851 г.; въ то же время докладчикъ представилъ особую „Записку по вопросу объ апелляціи, какъ способъ обжалованія рѣшенія,“ которая была принята во вниманіе комиссіею послѣ обсужденія прочихъ частей проекта. Такъ какъ отдѣльное обсужденіе этого отдѣла ранѣе разрѣшенія вопроса объ основныхъ положеніяхъ былъ бесполезно, съ другой же стороны представлялось необходимымъ сопоставить результаты предшествующихъ совѣщаній, то докладчику было поручено измѣнить проектъ соотвѣтственно заключеніямъ комиссіи, въ томъ ихъ видѣ, какъ они сохранились, и въ то же время было приступлено къ печатанію „Записки по вопросу объ апелляціи, какъ способъ обжалованія рѣшенія.“ Поэтому временно законченный проектъ (III) былъ еще разъ пересмотрѣнъ начальникомъ законодательнаго отдѣленія министерства, вмѣстѣ съ докладчикомъ, причемъ въ него внесено было довольно много поправокъ, и въ январѣ 1862 г. отданъ въ печать (проектъ IV).

II. Къ концу 1862 г. министерство юстиціи было ввѣрено д-ру Гейну. Этотъ послѣдній, вскорѣ послѣ своего вступленія въ должность, возобновилъ совѣщанія съ того пункта, на которомъ они ранѣе остановились. Подъ его предѣдательствомъ, 17 января 1863 г. открылся рядъ совѣщаній, на которыхъ прежде всего былъ приведенъ въ связь съ устройствомъ такъ назыв. *уѣздныхъ коллегіальныхъ судовъ* (Bezirkscollegialgerichte) вопросъ объ апелляціи; названные суды входили въ систему судоустройства 1850 г. и въ виду ихъ были составлены правила объ апелляціи устава угол. судопр. 1850 г.; но при совѣщаніяхъ въ рейхсратѣ обнаружилось крайне неблагоприятное къ нимъ отношеніе. Однако же замѣнить уѣздные коллегіальные суды, въ качествѣ судовъ, постановляющихъ приговоръ и апелляціонной инстанціи, было гораздо легче, чѣмъ замѣнить ихъ, какъ суды, производящіе слѣдствіе; поэтому теперь пришлось обратить вниманіе на устройство предварительнаго производства, а именно на такъ назыв. судебное дознаніе (*gerichtliche Vorerhebungen*—раздѣлъ 9 уст. угол. суд. 1873 г. §§ 87—90) Комиссія приступила къ обсужденію точно формулированныхъ, но еще неполучившихъ редакціи закона, письменныхъ предложеній докладчика; такъ какъ такая метода занятій оказалась чрезвычайно удобною, то комиссія продолжала слѣдовать ей и впослѣдствіи, когда вопросы организаціи, послужившіе исходнымъ пунктомъ совѣщаній, уже были исчерпаны. Когда, наконецъ, совѣщанія эти

были закончены 28 февраля 1863 г., результатомъ ихъ явился рядъ заключеній, исполненіе по которымъ министръ юстиціи возложилъ на докладчика подъ личнымъ своимъ наблюденіемъ. Въ короткое время всѣ эти заключенія получили примѣненіе въ проектѣ, который немедленно же былъ снабженъ подробною запискою, указывавшею общія соображенія, на коихъ онъ былъ основанъ. Проектъ этотъ (такъ назыв. проектъ V — министерскій 1863 г.) представляетъ слѣдующія особенности: онъ отказался отъ уѣздныхъ коллегіальныхъ судовъ и этимъ сдѣлалъ возможнымъ введеніе, съ сохраненіемъ судоустройства 1853 г. и безъ добавленія лишней ступени между единоличными (уѣздными) судами и коллегіями первой инстанціи (областными и окружными судами — *Landes* и *Kreisgerichte*), или между этими послѣдними и прежними судами второй инстанціи, производства устнаго, публичнаго, по самому существу своему обвинительнаго и основаннаго на свободной оцѣнкѣ доказательствъ; вопросъ о преданіи суду предоставлялся на разрѣшеніе высшаго областного суда (*Oberlandesgericht*), но въ томъ только случаѣ, когда того требуетъ обвиняемый, подавшій отзывъ на обвиненіе, предъявленное противъ него прокуратурою. Этотъ послѣдній судъ (*Oberlandesgericht*) вообще облеченъ властью надзора надъ всѣми уголовными дѣлами его округа. Въ качествѣ судовъ первой степени разсматриваютъ наиболѣе важныя уголовныя дѣла суды присяжныхъ (а гдѣ таковые не будутъ введены — коллегіи судей въ составѣ 6 членовъ), уголовныя дѣла средней важности — коллегіи изъ четырехъ судей, наконецъ дѣла низшаго порядка — суды шеффеновъ, составляемые изъ уѣзднаго судьи и *трехъ* лицъ изъ народа. Подача апелляціи по поводу рѣшенія вопроса факта не допускается ни въ одномъ изъ этихъ случаевъ; но апелляція допущена, правда въ ограниченномъ размѣрѣ, на рѣшеніе всѣхъ судовъ первой степени по вопросу о наказаніи. Въ правилахъ о производствѣ въ судѣ присяжныхъ встрѣчаются существенныя нововведенія, неизвѣстныя предшествовавшимъ проектамъ. Но содержавшіяся въ прежнихъ проектахъ постановленія о *субсидіарномъ частномъ обвиненіи* изъ настоящаго проекта исключены.

Проектъ былъ внесенъ въ государственный совѣтъ; съ мнѣніемъ послѣдняго согласился совѣтъ министровъ и послѣдствіемъ этого было предположеніе ряда весьма существенныхъ измѣненій, выраженныхъ пока лишь въ общихъ словахъ: измѣненіе порядка пре-

данія суду, сохраненіе права прокуратуры отказаться отъ обвиненія послѣ состоявшагося преданія суду, введеніе новой, крайне сложной, системы апелляціи, при которой было необходимо ввести новый разрядъ апелляціонныхъ судовъ въ промежутокъ между судами первой и второй инстанціи и, наконецъ, отмѣна суда шеффеновъ. Означенныя предположенія послужили поводомъ къ двухкратной переработкѣ проекта, въ 1863 и 1864 годахъ, подъ названіемъ проектовъ VI и VII. Послѣдній проектъ, не представляющій существенныхъ отличій отъ проекта VI, предполагался, на основаніи императорскаго указа 10 іюня 1864 г., къ внесенію въ рейхсратъ. Но прежде, нежели это было исполнено, послѣдовало „пріостановленіе“ дѣйствія конституціи; лишь 28 октября 1867 г. министръ юстиціи фонъ-Гье (Hue) представилъ рейхсрату проектъ (VIII), основанный, правда, на проектѣ VII, но во многомъ измѣняющій его, вмѣстѣ съ объяснительною запискою.

III. Проектъ VIII отличается отъ предшествующихъ распространеніемъ вѣдомства судовъ присяжныхъ (между прочимъ на преступленія печати и политическія), причемъ онъ бросилъ сомнѣнія въ возможности ввести судъ присяжныхъ въ Далмаціи и Галиціи, и тѣмъ, что онъ не только соотвѣтствовалъ, но даже былъ приведенъ въ самую тѣсную связь съ проектомъ уголовного уложенія, за нѣсколько времени передъ тѣмъ представленнымъ рейхсрату, такъ что была полная возможность издать одновременно оба закона. Въ проектѣ встрѣчается нѣсколько новыхъ правилъ касательно порядка преданія суду и устройства апелляціи, субсидіарное частное обвиненіе вводится имъ въ болѣе широкомъ объемѣ, чѣмъ это предполагалось по проектамъ I и IV и, наконецъ, установлена форма приговора, напоминающая освобожденіе отъ инстанціи.

На скорое разсмотрѣніе проекта нельзя было надѣяться уже потому, что было необходимо сообразоваться съ обсужденіемъ проекта уголовного уложенія. При томъ же въ первое время парламентъ былъ занятъ не только важными политическими дѣлами, но и крупными конституціонными работами, которыхъ разсмотрѣніе представлялось болѣе настоятельнымъ, нежели разсмотрѣніе устава уголовного судопроизводства. Таковъ былъ, напримѣръ, основной государственный законъ о судебной власти 21 декабря 1867 г. (Reichsgesetzblatt № 144), въ которомъ наиболѣе важны статьи 2—4, 10—13.



Нѣкоторое вліяніе на труды по обсужденію проекта не могли также не оказать законъ 30 іюля 1867 г. (Reichsgesetzblatt № 104), предназначенный къ упрощенію способа разсмотрѣнія въ парламентѣ крупныхъ законопроектѣвъ. Несмотря на примѣненіе правилъ этого закона къ обсужденію проекта устава уголовного судопроизводства, результатомъ законодательнаго періода было только представленіе 26 ноября 1869 г. комиссіею палаты депутатовъ отчета и исправленнаго ею проекта. Проектъ, представленный теперь комиссіею, былъ составленъ лицами, которыя старались по возможности согласовать его съ проектомъ V; поэтому, по словамъ Ульмана (Ullmann), этотъ проектъ V „можно назвать самымъ важнымъ и значительнымъ изъ всѣхъ проектовъ, предшествовавшихъ новому закону, такъ какъ онъ послужилъ его главнымъ основаніемъ.“ Проектъ комитета 1869 г. (обыкновенно называемый проектомъ IX) отличается отъ проекта V лишь слѣдующими положеніями: субсидіарное частное обвиненіе восстановлено, шеффены устранены отъ участія въ судахъ низшаго разряда, но за то на приговоръ единоличнаго судьи допущена апелліяція; въ судебномъ засѣданіи установленъ допросъ обвиняемаго по формулѣ, принятой седьмымъ германскимъ съѣздомъ юристовъ по предложенію Глазера, прокуратура лишена права подавать протестъ въ интересахъ обвиняемаго и контумаціальное производство отвергнуто.

IV. Вслѣдствіе роспуска палаты депутатовъ, труды ея со стороны формальной остались безъ результата, но въ то же время принесли множество благотворныхъ послѣдствій; на нихъ былъ основанъ новый проектъ, составленный слѣдовавшими одинъ за другимъ министрами юстиціи: фонъ-Чабуснигомъ (v. Tschabusnigg) и Хабетинекѣмъ (Habietinek). Проекту этому не было суждено выйти изъ круга правительственныхъ лицъ. Но докладчику по прежнимъ проектамъ, близко стоявшему и къ этой послѣдней работѣ, было уже не трудно, тотчасъ по назначеніи его министромъ юстиціи, составить проектъ (X) устава уголовного судопроизводства, внесенный въ палату депутатовъ рейхсрата 16 февраля 1872 г. Одновременно съ проектомъ устава на разсмотрѣніе рейхсрата были представлены проекты: закона о введеніи въ дѣйствіе устава уголовного судопроизводства и закона о временной отмѣнѣ суда присяжныхъ. вмѣстѣ съ тѣмъ было объявлено о предстоящемъ внесеніи въ рейхсратъ законопроекта касательно составленія списковъ присяжныхъ засѣдателей, которое дѣйствительно послѣдовало 14 мая 1872 г.

Какъ заявилъ министръ юстиціи, вносимый проектъ такъ тѣсно примыкалъ къ проекту прежняго комитета палаты, „что едва-ли можно говорить о существенномъ различіи между ними по какому нибудь пункту“ Самое важное различіе состояло въ томъ, что была устранена тѣсная связь между обоими проектами — устава уголовного судопроизводства и уголовного уложенія, и сдѣлана попытка оставить открытымъ вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли распространить судъ присяжныхъ на Далмацію, Галицію и Буковину. Всѣ остальные различія были совершенно техническаго свойства: они касались возстановленія права прокуратуры подавать протестъ въ интересахъ обвиняемаго, устройства судебныхъ засѣданій съ присяжными, расширенія власти кассационнаго суда при оцѣнкѣ соотвѣтствія приговора его основаніямъ (§ 231 п. 5), права кассационнаго суда, въ случаѣ одновременной подачи апелляціонной жалобы (на опредѣленіе наказанія) и кассационной жалобы, разрѣшать апелляціонную жалобу независимо отъ рассмотрѣнія кассационной, наконецъ обезпеченія возможности разсматривать на судѣ дѣла о проступкахъ средней тяжести, несмотря на неявку обвиняемаго, вызваннаго къ суду.

Комитетъ, составленный въ палатѣ депутатовъ, призналъ полное соотвѣтствіе правительственнаго проекта съ заключеніями предшествовавшей комисіи и настолько тѣсно примкнулъ къ работамъ послѣдней, что вполне присоединился къ ея мнѣнію и подвергъ подробному рассмотрѣнію только тѣ части представленнаго правительствомъ проекта, въ которыхъ были замѣчены отступленія отъ заключеній комисіи. Вслѣдствіе этого означенный комитетъ представилъ свой отчетъ уже 16 марта 1872 г.

Въ виду отчета комитета, палата депутатовъ 22 мая 1872 г. приступила ко „второму чтенію“ проекта устава уголовного судопроизводства и закона о введеніи его въ дѣйствіе. Это второе чтеніе было окончено 4 іюня и въ тотъ же день оба закона были приняты въ третьемъ чтеніи. Пренія вращались преимущественно около вопроса объ апелляціи на приговоръ коллегіи, составленной исключительно изъ коронныхъ судей, въ отношеніи рѣшенія вопросовъ факта, а также способа, коимъ въ законѣ о введеніи въ дѣйствіе устава было выражено правило ст. 11 основнаго государственнаго закона о судебной власти, касательно подсудности политическихъ преступленій суду присяжныхъ. Вышеупомянутый проектъ закона о временной отмѣнѣ суда присяжныхъ былъ переданъ

въ комитетъ основныхъ законовъ, отчетъ котораго появился только въ 1873 г.

V. Принятые палатою депутатовъ законопроекты поступили затѣмъ на разсмотрѣніе палаты господъ, которая примѣнила при этомъ законъ 18 7 г. и тѣмъ самымъ дала возможность выбранной ею комисіи обсудить проекты въ теченіи времени, когда рейхсратъ не собирался. Комисіи представила 27 января 1873 г. отчетъ, свидѣтельствующій о тщательномъ и исполнѣ самостоятельномъ разсмотрѣніи проектовъ. Измѣненія, показанныя на приложенномъ къ отчету комисіи проектѣ, суть чисто техническія имѣющія цѣлью установить единообразную терминологію и устранить всякую неточность; въ этомъ смыслѣ была преобразована редакція статей, касающихся субсидіарнаго частнаго обвиненія. Измѣненія проекта по существу, предложенныя комисіею верхней палаты, были слѣдующія. Комисіи не согласилась съ заключеніемъ комитета палаты депутатовъ, касательно максимума назначеннаго въ законѣ наказанія, при которомъ обязательно взятіе подъ стражу обвиняемаго, присоединяясь въ этомъ отношеніи къ правиламъ проекта, представленнаго правительствомъ. Въ томъ мѣстѣ проекта, которое содержитъ правила о допросѣ обвиняемаго въ судебномъ засѣданіи, одобренныя палатою депутатовъ, было исключено предписание сообщать обвиняемому о правѣ его отказаться отъ дачи показаній. Вышеупомянутое положеніе, касающееся повода къ отмѣнѣ рѣшенія въ кассационномъ порядкѣ на основаніи приведенныхъ мотивовъ приговора, было нѣсколько ограничено. Комисіи приняла предложеніе, которое содержалось уже въ „Запискѣ объ апелляціи, какъ способѣ обжалованія рѣшенія“: предоставить кассационному суду чрезвычайное право возобновленія уголовного производства, въ виду основательнаго сомнѣнія въ вѣрности признанныхъ фактовъ (§ 362 австр. уст. угол. суд.). Наконецъ, включивъ въ проектъ предположенія правительства касательно временной отмѣны суда присяжныхъ, комисіи выразила намѣреніе поставить въ зависимость отъ него судьбу новаго устава уголовного судопроизводства.

При обсужденіи проекта въ общемъ собраніи палаты господъ (18, 19 и 20 февраля 1873 г.), особенное вниманіе было обращено на судъ присяжныхъ, проведеніе въ процессѣ обвинительнаго начала и возобновленіе уголовныхъ дѣлъ. Разногласія, оказавшіяся въ мнѣніяхъ двухъ палатъ, были устранены въ засѣданіяхъ палаты

депутатовъ 4 апрѣля 1873 г. и палаты господъ 18 апрѣля 1873 г., а 23 мая 1873 г. оба проекта были утверждены императоромъ.

### § 19. *Результаты исторіи.*

Современное состояніе права, несмотря на подвижность новаго законодательства и на явившуюся, вслѣдствіе принятой системы кодификацій, возможность строгаго проведенія точно опредѣленныхъ главныхъ положеній, въ существѣ своемъ есть результатъ историческаго развитія. Послѣдствія этого сказались въ *двойномъ* отношеніи:

1) Значеніе, которое фактически получила при судебной реформѣ та или другая основная идея, не соотвѣтствуетъ логическому, внутреннему достоинству каждой изъ нихъ. На развитіе уголовного судопроизводства въ Германіи въ новѣйшія времена оказали преимущественно вліяніе слѣдующія четыре положенія: *обвинительное производство, устность, публичность, судъ присяжныхъ*. Изъ нихъ только первое касается вопроса, имѣющаго важное и существенное значеніе при опредѣленіи задачи уголовного судопроизводства и соотвѣтственнаго устройства его; три же остальные касаются, говоря относительно, внѣшнихъ признаковъ. И несмотря на это, можно смѣло сказать, что реформа уголовного суда была въ дѣйствительности плодомъ великихъ народныхъ движеній, во время которыхъ именно такіе внѣшніе признаки имѣли главное значеніе, и значеніе столь преувеличенное, что оно отразилось даже на важнѣйшихъ и наиболѣе глубокихъ научныхъ и законодательныхъ трудахъ, посвященныхъ разсмотрѣнію этихъ вопросовъ. Всего менѣе значенія для существа дѣла имѣетъ *публичность*, поскольку подъ этимъ словомъ разумѣется что либо, кромѣ гласности производства для сторонъ (*Parteienöffentlichkeit*); она означаетъ присутствіе зрителей, которые занимаютъ соотвѣтствующее имъ положеніе и не должны имѣть никакого вліянія на ходъ дѣла. Публичность означаетъ даже одну лишь *возможность* присутствія зрителей, и едва ли мыслимо предположеніе, болѣе оскорбительное для достоинства суда, какъ предположеніе, что по какому нибудь дѣлу судебное разбирательство и приговоръ могли бы послѣдовать иначе, смотря по тому, присутствовали ли зрители на судѣ, или же ихъ не было тамъ. И однако, въ глазахъ народа публичность суда являлась болѣе всего заманчивою. Всякому мыслящему юристу извѣстно великое значеніе для правильнаго судопро-



изводства *устности*: въ такомъ значеніи ея приходится постоянно все болѣе и болѣе убѣждаться на опытѣ; но первоначально устность разсматривается лишь какъ необходимое условіе публичности. Такъ было и со всѣми прочими принципами. Публичность необходимо предполагаетъ изустную рѣчь; послѣдствіемъ устности является предоставленіе обвиняемому слова и съ тѣмъ вмѣстѣ участія въ *состязаніи*, а состязаніе немислимо безъ противной стороны; вотъ путь, которымъ въ программу либеральнаго движенія попала *прокуратура*, хотя движеніе это никогда не задавалось цѣлью усилить представительство общественнаго интереса въ противоположность отдѣльнымъ гражданамъ. Впослѣдствіи уже люди, глубже вникавшіе въ дѣло, и специалисты, постарались привести внѣшніе атрибуты въ соотвѣтствіе съ внутреннимъ содержаніемъ; безъ этого они легко могли оказаться одно другому противорѣчащими, а судъ рисковалъ превратиться въ такое зрѣлище, въ которомъ роли распредѣлены безъ всякаго соображенія съ дѣйствительными интересами судопроизводства и значеніемъ разныхъ судебныхъ дѣйствій. Труды въ этомъ направленіи выяснили и показали истинное значеніе принятыхъ за исходные пункты началъ, и заставили отнестись критически къ успѣвшему установиться строю судопроизводства; но теперь уже невозможно было исправлять отдѣльныя ея части по требованіямъ логической послѣдовательности.

2) Всякое нововведеніе, до извѣстной степени, подчиняется вліянію того установленія, которое оно предназначено было замѣнить; послѣднее никогда не можетъ быть устранено безслѣдно. Безусловное возвращеніе къ состоянію прошедшаго времени, въ особенности не очень отдаленнаго, какъ бы ни было порицаемо то, что послѣдовало за такою эпохою, невозможно безъ нѣкотораго невыгоднаго возвращенія назадъ, безъ отреченія отъ всего благого, что за это время успѣло вырасти на дурной почвѣ, и безъ того, чтобы не обнаружилось невыносимое противорѣчіе между возстановленными учрежденіями и тѣми условіями, которыя сложились послѣ ихъ отмѣны.

Этимъ объясняется *компромиссъ*, вышедшій изъ рукъ французскаго учредительнаго народнаго собранія. Собраніе сознавало, что создаетъ лишь компромиссъ, и желало его преимущественно въ виду *дѣленія* процесса: прежнее розыскное начало не было устранено, но превратилось въ часть процесса, который въ другой своей части принималъ формы стариннаго устнаго и публичнаго обвини-

тельного производства. И этот *смѣшанный* процессъ опять-таки слагается различно, смотря по важности преступныхъ дѣяній, подлежащихъ разсмотрѣнію. Поэтому вторымъ характеристическимъ признакомъ уголовного судопроизводства, которое изъ Франціи постепенно распространилось по всему континенту, была тройкая подсудность, распредѣленная между судами низшаго, средняго и высшаго разряда, и установленный въ нихъ, соотвѣтственно положенію и устройству cadaго, одинаковый въ главныхъ чертахъ порядокъ производства.

Въ основныхъ чертахъ современныя судебныя учрежденія въ Германіи и въ Австріи тождественны. Такъ, въ обоихъ государствахъ существуетъ тройкая постепенность подсудности. Болѣе тѣсно примыкая къ французскому процессу, Австрія сдѣлала подсудными преступныя дѣянія низшаго разряда единоличному суду (уѣздному Bezirksrichter), преступныя дѣянія средняго разряда *коллеіи судей, назначенныхъ отъ правительства* (въ отдѣленіяхъ изъ 4 судей окружныхъ или областныхъ судовъ), а высшаго—суду съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей (изъ 3 судей и 12 присяжныхъ). Въ Германіи судомъ по уголовнымъ дѣламъ низшаго разряда является присоединенный къ становому суду (Amtsgericht) судъ шеффеновъ, изъ становаго судьи и двухъ шеффеновъ; судомъ средняго разряда сдѣланы отдѣленія областныхъ судовъ (Landgerichte) въ составѣ пяти судей; преступныя дѣянія высшаго разряда (кромя дѣлъ о верховной измѣнѣ противъ императора и имперіи, подсудныхъ имперскому суду) разсматриваются, какъ и въ Австріи, судами съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей. Положеніе, по которому, въ видѣ общаго правила, преступныя дѣянія должны быть преслѣдуемы въ общественномъ интересѣ, наиболѣе рѣзко выразилось въ учрежденіи *прокуратуры*, какъ государственнаго органа уголовного преслѣдованія, и въ предоставленіи ей участія при всѣхъ формахъ и во всѣ моменты процесса, со включеніемъ инстанціи по обжалованію рѣшеній (Rechtsmittelinstanz). Противовѣсъ этому составляло признаніе обвиняемаго стороною въ дѣлѣ, а не простымъ предметомъ слѣдствія, и права его не только на *формальную защиту*, но и на *содѣйствіе опытнаго защитника*. Далѣе, твердо упрочилось основное положеніе, согласно которому обвиняемый могъ быть осужденъ лишь по устному и публичному судебному разбору, предъ судомъ, постановляющимъ приговоръ на основаніи свободной оцѣнки доказательствъ, ему непосредственно предъявленныхъ. Это судебное раз-

бирательство, которому германское законодательство дало названіе „разбирательства по существу“ (Hauptverhandlung), гораздо точнѣе выражающее его значеніе, нежели французское названіе (débats), въ противоположность *заключительнымъ преніямъ* (Schlussverhandlung), являющимся повтореніемъ вкратцѣ содержанія предшествующаго, составляетъ главный и безусловно необходимый элементъ доведеннаго до конца уголовного процесса. Всѣ прочія судебныя дѣйствія суть лишь элементы, ведущіе къ разбирательству по существу, подготовляющіе его или служащіе для провѣрки его результата, но не могущіе его замѣнить. Среди первыхъ главное мѣсто занимаетъ *предварительное слѣдствіе*, среди послѣднихъ — *ревізійное обжалованіе* (въ Австріи — просьба о признаніи недѣйствительности, *Nichtigkeitkeitsbeschwerde*), посредствомъ котораго приговоръ подвергается провѣркѣ, но лишь до извѣстныхъ предѣловъ, съ оставленіемъ безъ пересмотра признанія фактовъ, сдѣланнаго судомъ на основаніи судебного разбора. *Предварительное слѣдствіе* является продолженіемъ стариннаго розыска, наполнявшаго все содержаніе общаго германскаго процесса. Его отличительнымъ признакомъ служить то, что единоличный судья, однажды приступивъ къ предварительному слѣдствію, дѣйствуетъ въ силу своей судейской должности совершенно самостоятельно и нелицензіянно, въ равной мѣрѣ соблюдая интересы обвиненія и защиты, слѣдуя своему личному убѣжденію въ видахъ раскрытія дѣла; слѣдствіе *непублично* и результаты его въ письменной формѣ вносятся въ акты дѣла; эти акты служатъ единственнымъ основаніемъ для рѣшенія того, насколько необходимо судебное разсмотрѣніе дѣла, и подготовляютъ собраніе доказательствъ, а иногда даже замѣняютъ его въ судебномъ за-сѣданіи. Но это инквизиціонное, тайное и письменное производство должно составлять лишь второстепенную часть процесса; оно совершенно отпадаетъ въ дѣлахъ, подсудныхъ судамъ низшаго разряда, а по дѣламъ, производящимся въ судахъ средняго разряда, но никакъ не высшаго, *можетъ* отпадать при извѣстныхъ условіяхъ, что, въ противоположность французскому процессу, не зависитъ исключительно отъ обвинителя, такъ какъ обвиняемому дана возможность домогаться назначенія судомъ предварительнаго слѣдствія. Предварительное слѣдствіе можетъ быть замѣнено или облегчено производствомъ *подготовительнымъ* (Vorbereitungsverfahren), неизвѣстнымъ французскому законодательству (въ Австріи ему соответствуетъ *дознаніе* — *Vorerhebungen*), всецѣло предоставленнымъ

на усмотрѣніе прокуратуры, отъ которой зависитъ обратиться за помощью къ судѣ.

Въ судахъ средняго и высшаго разряда, для перехода къ судебному разбирательству всегда требуется особое разсмотрѣніе дѣла. Въ этомъ отношеніи оба закона отличаются отъ французскаго права, которое предоставляетъ по уголовнымъ дѣламъ средней тяжести обвинителю и при томъ даже въ тѣхъ случаяхъ, когда таковымъ является самъ потерпѣвшій (въ качествѣ гражданскаго истца), непосредственно вызвать обвиняемаго къ судебному засѣданію. По германскому закону, по всѣмъ дѣламъ о преступленіяхъ средняго и высшаго разряда, вопросъ объ „открытіи разбирательства по существу“ (*Hauptverhandlung*) всегда рѣшается судомъ первой степени (областнымъ); по австрійскому закону такое рѣшеніе, постановляемое притомъ судомъ второй степени, необходимо лишь въ томъ случаѣ, когда уже составлено обвиненіе и обвиняемый настаиваетъ на предварительной (судебной) провѣркѣ его.

Результатъ разсмотрѣнія дѣла въ судѣ низшаго разряда можетъ быть оспариваемъ посредствомъ *апелляціи*, которая иногда влечетъ за собою пересмотръ фактической части приговора; на приговоры судовъ средняго разряда ни въ Германіи, ни въ Австріи, въ противоположность Франціи, апелліція не допускается. единственный способъ обжалованія такихъ приговоровъ, равно какъ и приговоровъ, постановленныхъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, — это жалоба въ высшій судъ (имперскій судъ — въ Германіи, кассационный — въ Австріи) по поводу нарушеніи формальнаго или матеріальнаго закона.

Законодательства Германіи и Австріи допускаютъ лишь незначительныя отступленія отъ этихъ основныхъ формъ судопроизводства. Отступленія эти касаются производства по дѣламъ объ отсутствующихъ, о нарушеніи постановленій о печати, и замѣны судебного засѣданія по проступкамъ низшаго разряда добровольнымъ подчиненіемъ (предварительному) *наложенію взысканія* (*Strafverfügung, Strafbefehl*). Въ Германіи сюда также относится производство по частному обвиненію, по нарушеніямъ правилъ о взиманіи публичныхъ податей и сборовъ, по наложенію ареста на имущество, и по дѣламъ о лицахъ, уклонившихся отъ воинской повинности. Кромѣ того, въ Австріи, въ самомъ уставѣ уголовного судопроизводства помѣщены правила о чрезвычайномъ судѣ (*das standrechtliche Verfahren* — разд. 25, §§ 429 — 446), а постановленія о временной отмѣнѣ въ



извѣстныхъ мѣстностяхъ суда присяжныхъ, вошли въ спеціальный законъ, изданный въ одно время съ уставомъ (23 мая 1873 г.—RGBl. № 120). Въ германскомъ уставѣ (§ 16), вслѣдъ за запрещеніемъ чрезвычайныхъ судилицъ, содержащимся также и въ австрійскомъ законодательствѣ (государственный основной законъ 21 декабря 1867 г.—RGBl. № 144, о судебной власти § 2, 3), прибавлено ограничение его: „это правило не распространяется на постановленія закона о военныхъ судахъ и объ осадномъ положеніи (Standrechte)“.

Представленный очеркъ показываетъ, что современное уголовное судопроизводство въ Германіи и Австріи осталось въ сущности на той точкѣ, которой достигло реформаціонное движеніе 1848 и слѣдующихъ годовъ, но получило въ нѣкоторыхъ частяхъ такое устройство, которое показываетъ значительную самостоятельность по отношенію къ прежнему французскому образцу. Самобытныя преобразованія служатъ доказательствомъ значительнаго вліянія теоретическихъ изслѣдованій, указанныхъ въ § 16. При разсмотрѣніи коренной формы уголовного судопроизводства необходимо подвергнуть эти пункты болѣе подробному изслѣдованію.

## § 20. Начало государственнаго обвиненія.

I. Оцѣнивая то вліяніе, которое оказали на германскій уставъ уголовного судопроизводства два типа процесса — *обвинительный* и *розыскной*, необходимо прежде всего признать, что упомянутый нами выше компромиссъ нельзя понимать такимъ образомъ, какъ будто въ силу его одна часть процесса была подчинена одному началу, а другая — началу противоположному; напротивъ, одна часть процесса, что понятно само собою, въ извѣстномъ отношеніи опредѣляетъ и ограничиваетъ другую. Кроме того, выше уже было указано, что здѣсь вообще невозможно говорить о какомъ нибудь основномъ положеніи, изъ котораго бы всѣ слѣдствія вытекали съ логическою необходимостью. Мы уже видѣли, что эти слѣдствія подчиняются существующему различію мнѣній (см. выше § 4. Но и независимо отъ этого, то обстоятельство, что извѣстная форма судопроизводства болѣе согласуется съ однимъ типомъ процесса, чѣмъ съ другимъ, не всегда имѣетъ главное значеніе *de lege ferenda*, и еще менѣе можетъ быть принята въ руководство при установленіи *de lege lata* основныхъ положеній для примѣненія устава уголовного судопроизводства. Судя по современн.

прил. къ ж. гр. и уг. пр. кн. в 1885 г. 12

менному положенію дѣла, въ началѣ было необходимо прибѣгнуть къ эклектицизму въ широкихъ размѣрахъ. Законодательство обратилось къ эклектицизму и, поэтому, нельзя исходить изъ общаго положенія о подчиненіи его тому или другому типу и дѣлать отсюда заключенія, что въ этомъ законодательствѣ содержится все, что соотвѣтствуетъ опредѣленному типу и имъ явно не отвергнуто. Необходимо соображаться съ мотивами законодателя, которыми онъ руководствовался отчасти въ виду задачъ реформы, отчасти же вслѣдствіе изображеннаго выше историческаго развитія. При этомъ нельзя не обратить вниманія на то, что реформа уголовного судопроизводства была лишь однимъ изъ звеньевъ всей цѣпи стремленій къ новому судоустройству и въ особенности къ преобразованію гражданскаго судопроизводства. Стремленія въ означенномъ направленіи увѣичались въ Германіи окончательнымъ успѣхомъ, въ Австріи же они продолжались рядомъ съ трудами по преобразованію уголовного суда.

Новѣйшее законодательство вышло изъ реформаціоннаго движенія, котораго основныя побужденія не могли не отразиться на немъ. Главнѣйшими источниками преобразовательныхъ стремленій были: противоестественность соединенія съ обязанностью судьи задачъ обвиненія и защиты, происходящая отсюда опасность для напрасно заподозрѣннаго лица и для достовѣрности результата процесса. Такая опасность должна необходимо явиться, коль скоро обвиняемый противопоставленъ одному *судьи*, а судья—*одному* участвующему въ дѣлѣ лицу, которое онъ считаетъ не субъектомъ процесса, но объектомъ слѣдствія, и коль скоро является впечатлѣніе произвола, мѣшающаго достиженію конечныхъ цѣлей уголовного правосудія; такое впечатлѣніе неминуемо, когда оказывается недостатокъ охранительныхъ формъ или же возможность для тѣхъ самыхъ лицъ, чей произволъ эти формы должны ограничивать, обходить ихъ по своему усмотрѣнію. Съ другой стороны, необходимо было принять во вниманіе, что слишкомъ послѣдовательное проведеніе началъ обвинительнаго типа легко можетъ оказаться невѣрнымъ, потому что на самомъ дѣлѣ не существуетъ, признанной съ формальной стороны, т. н. „равноправности“ сторонъ. Обвиняемому, ограниченному собственными средствами, оказывается не по силамъ его противникъ, ежели ему даны лишь равныя права, но не дано равныхъ средствъ. Съ другой стороны, форма процесса, при которой судья былъ бы, во имя безпристрастія, обязанъ оставлять безъ употребленія дока-

зательства, могущія служить въ пользу обвиняемаго, потому только, что послѣдній не умѣлъ или не могъ указать или представить ихъ суду, была бы важнымъ шагомъ назадъ въ сравненіи съ инквизиціоннымъ процессомъ. Наконецъ, *преувеличенное требованіе соблюденія формъ и обрядовъ* можетъ достигнуть той точки, на которой явно извращается правильное отношеніе цѣли и средства; чувство справедливости не можетъ не нарушаться, когда явно для всѣхъ, не случайно и при такихъ условіяхъ, которыя рѣдко повторяются, но которыя легко можно предвидѣть или даже подготовить, тѣ самыя формы, которыя установлены для лучшаго достиженія задачи суда, мѣшаютъ ея исполненію.

Въ указанныхъ предѣлахъ законодателю было необходимо отыскивать средній путь между крайностями того и другого типа процесса, стараться, по возможности, сохранить выгоды того и другого, и устранить или ослабить опасности, представляемыя каждымъ изъ нихъ.

Наиболѣе необходимо было обезпечить уголовному судопроизводству свойства процесса юридическаго. Уголовный судъ сохранилъ признаки состязанія двухъ сторонъ, изъ коихъ каждая имѣетъ свои права, предъ лицомъ судьи, непристрастіе котораго по возможности обезпечено. Въ этомъ заключается главное содержаніе словъ: *обвинительное начало, обвинительность, право обвиненія*. При этомъ не слѣдуетъ обращать вниманія на официальные названія (въ Австріи ст. 10 государственнаго основнаго закона о судебныхъ властяхъ 21 декабря 1867 г., RGBl. № 144 признаетъ дѣйствіе „обвинительнаго процесса“) Идея такого суда безусловно выражается въ институтѣ *прокуратуры*; послѣдняя, въ виду всего историческаго развитія, обязана своимъ введеніемъ конечно не тому соображенію, будто бы для исполненія состоящей въ преслѣдованіи преступленій „государственной функціи, недостаточно *одного* органа <sup>1)</sup>.“ Но въ уставахъ уголовного судопроизводства можно найти и прямое выраженіе основнаго начала. Такъ, „судебное преслѣдованіе дѣяній, подлежащихъ наказанію, производится лишь по ходатайству обвинителя“ (ч. 1 § 2 австр. уст. угол. суд.). „Для возбужденія судебного преслѣдованія необходимо предъявленіе обвиненія“ (§ 151 герм. уст. угол. суд.). Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы уви-

<sup>1)</sup> Кестинъ.

димъ тѣ уклоненія отъ обвинительнаго типа, которыя были сдѣланы при составленіи отдѣльныхъ положеній.

II. Какъ уже было указано, „начало уголовного преслѣдованія“ обсуждалось весьма подробно въ тѣ годы, которые предшествовали составленію уставовъ уголовного судопроизводства. Необходимо отдѣлять отъ самыхъ вопросовъ, въ томъ видѣ, въ какомъ ихъ должно было разрѣшить законодательство, теоретическія разсужденія и послѣдствія совершенно понятнаго стремленія къ болѣе глубокой постановкѣ вопросовъ. Законодательство слѣдовало тому положенію, что современное уголовное право признаетъ преслѣдованіе наказуемыхъ дѣяній правомъ и обязанностью государственной власти, а современное уголовное судопроизводство основано на раздѣленіи *государственной задачи уголовного преслѣдованія и судейской обязанности*, причемъ послѣднюю осуществляетъ тоже государственная задача, но въ то же время она является какъ бы болѣе посредственнымъ атрибутомъ государственной власти, ограничивающейся въ этомъ отношеніи устройствомъ такого суда, который бы представлялся независимымъ во всѣхъ отношеніяхъ, даже отъ нея самой.

Конечно, особенно въ виду обширныхъ, въ настоящее время, предѣловъ уголовной подсудности, представляется самъ собою вопросъ, неужели обязанность государственной власти заботиться о преслѣдованіи дѣяній, подлежащихъ наказанію, столь безусловна, что не оставляетъ мѣста соображеніямъ справедливости, цѣлесообразности, и интересовъ другихъ частей, ввѣренныхъ попеченію государства? Но вопросъ этотъ относится къ государственному праву. Отсюда являются двоякаго рода послѣдствія: 1) рѣшеніе указанныхъ вопросовъ въ положительномъ правѣ подчиняется въ значительной степени вліянію прочихъ учреждений государственнаго права, и 2) рѣшеніе вопроса въ смыслѣ ограниченія государственной власти еще не ведетъ къ дальнѣйшему признанію необходимости подчинить государственную власть, въ отношеніи исполненія принадлежащей ей обязанности по наблюденію судовъ, причемъ такое наблюденіе должно быть возложено именно на тотъ судъ, который принимаетъ извѣстное дѣло къ своему производству, въ силу обвинительнаго начала, лишь чрезъ посредство государственныхъ органовъ уголовного преслѣдованія.

Въ германскомъ имперскомъ законодательствѣ *первый* изъ приведенныхъ вопросовъ рѣшенъ въ пользу т. н. *начала законности*



(Legalitätsprinzip). Причину этого слѣдуетъ видѣть, съ одной стороны, въ томъ, что какъ въ литературѣ, такъ и въ средѣ различныхъ группъ парламента, высказывалось опасеніе, что правительство можетъ злоупотребить правомъ возбуждать или не возбуждать уголовное преслѣдованіе, смотря по обстоятельствамъ; съ другой стороны, къ указанному рѣшенію вопроса законодательство вынуждалось какъ трудностями, которыя представляло устройство отношеній имперскаго законодательства къ обширной области правосудія, которая была предоставлена *управленію отдѣльныхъ государствъ* и ввѣрена подчиненнымъ имъ мѣстамъ, такъ и тѣмъ обстоятельствомъ, что еще задолго передъ этимъ *право аболіціи* было опредѣлено въ Пруссіи такимъ образомъ, что стало на практикѣ совершенно отдѣльнымъ отъ права помилованія. Рѣшеніе вопроса въ указанномъ смыслѣ выражено въ § 152 герм. уст. угол. суд. положеніемъ: прокурорскій надзоръ „обязывается, при наличности достаточныхъ фактическихъ основаній, выступать по поводу каждаго дѣянія, подлежащаго судебному преслѣдованію и наказанію, если противное не опредѣлено закономъ.“ Коненно, Шварце справедливо замѣтилъ, что и прежде „не было такого законодательства, въ которомъ бы находилось положеніе, прямо или косвеннымъ путемъ устанавливающее *начало усмотрѣнія* (Opportunitätsprinzip);“ но самъ же Шварце признаетъ, что „въ практикѣ отдѣльныхъ государствъ, быть можетъ, мало по малу развился противоположный взглядъ.“ Келлеръ прямо говоритъ, что второю частью § 152 „въ значительной части Германіи былъ произведенъ переворотъ въ положеніи прокуратуры тѣмъ, что ей безусловно вмѣнено въ обязанность преслѣдованіе всѣхъ въ достаточной степени обнаруженныхъ дѣяній, подлежащихъ наказанію, причемъ исключены соображенія о цѣлесообразности уголовного преслѣдованія.“ Въ дѣйствительности переворотъ заключался въ точномъ выраженіи теоретическаго правила и въ намѣреніи, которое вытекаетъ какъ изъ исторіи закона, такъ и изъ объясненій къ нему, не только *признать*, но и *кодифицировать* принципъ легальности. Этимъ было высказано такое основное положеніе, которое обязываетъ не только органы прокурорскаго надзора, но и само правительство; послѣднее не можетъ принудить прокурора къ нарушенію его обязанности безъ того, чтобы не сдѣлаться самому отвѣтственнымъ. Кромѣ того, очевидно существовало намѣреніе окончательно уничтожить право прокуратуры оставлять безъ преслѣдованія нѣкто-

рыя дѣянiя вслѣдствіе ихъ маловажности или малаго значенiя, до тѣхъ поръ почти безусловно принадлежавшее ей.

Содержаніе § 152 ч. 2 въ *положительномъ* смыслѣ, состоитъ въ обязанности прокуратуры выступать съ мѣрами преслѣдованiя лишь только „представляются достаточными фактическія основанiя“ для предположенiя, что было совершено преступное дѣянiе, подлежащее преслѣдованію, т. е. такое, за которое преслѣдованіе возможно и не затрудняется какимъ нибудь законнымъ препятствіемъ. Въ самомъ законѣ, впрочемъ, говорится объ исключенiяхъ изъ этого правила, и какъ изъ словъ закона, такъ и изъ объясненiй, которыя были представлены во время обсужденiя его, видно, что такія исключенiя могутъ быть установлены не только имперскими законами, но и мѣстными законами отдѣльныхъ государствъ, въ предѣлахъ, предоставленныхъ имъ по установленію правилъ судопроизводства. Главнѣйшее исключеніе въ имперскомъ законодательствѣ касается тѣлесныхъ поврежденiй и оскорбленiй (§ 416 имп. уст. угол. суд.), которыя преслѣдуются лишь по жалобѣ, и всѣхъ правонарушенiй, совершенныхъ за границею, поскольку преслѣдованіе ихъ въ предѣлахъ территорiи не сдѣлано обязательнымъ. Но исключеніемъ еще болѣе существеннымъ или болѣе широкимъ, оказывается ограниченіе правила § 152 ч. 2 *прокуратурою* и дѣянiями, подлежащими *судебному* преслѣдованію, потому что правило это такимъ образомъ не распространяется на дѣянiя, поступающіе въ вѣдѣніе судовъ и органовъ прокурорскаго надзора, лишь послѣ состоявшаго полицейскаго распоряженiя о наложенiи взысканiя (*Polizeiliche Strafverfügung*).

Дѣйствіе общаго правила, заключающагося въ § 152 ч. 2, ограничивается еще и въ томъ отношенiи, что за прокуратурою сохраниено право руководствоваться соображенiями цѣлесообразности *производства*. Оставляя попытку разграничить задачи суда и прокуратуры на основанiи права государственнаго управленiя распоряжаться по своему усмотрѣнію, внѣ всякаго контроля суда, уголовнымъ преслѣдованіемъ, необходимо болѣе подробнымъ образомъ разсмотрѣть различныя основанiя, побуждающія въ извѣстныхъ случаяхъ не возбуждать вовсе уголовного преслѣдованiя или прекратить начатое. 1) Одно изъ такихъ основанiй заключается въ убѣжденiи, которое можетъ явиться у администраціи или ея органовъ, что несмотря на наличность по закону всѣхъ условiй для осужденiя опредѣленнаго лица за наказуемое дѣянiе, въ данномъ

случай наказаніе представляется несправедливымъ, нецѣлесообразнымъ, или просто ненужнымъ. Всѣ подобнаго рода соображенія *совершенно исключены* § 152 ч. 2. 2) Но нѣкоторыя изъ этихъ основаній суть такія, которыя обязаны принимать въ соображеніе судья: въ тѣхъ случаяхъ, когда очевидна юридическая невозможность осужденія, прокуроръ не можетъ настаивать на преслѣдованіи. 3) Судья можетъ и долженъ пріобрѣсти опредѣленное убѣжденіе только на основаніи и по окончаніи производства; онъ не можетъ принять какое нибудь окончательное рѣшеніе на основаніи лишь догадокъ о вѣроятномъ результатѣ разбора дѣла. Требовать этого отъ судьи — значитъ ставить его въ ложное положеніе. Съ другой стороны, такой расчетъ вѣроятности обыкновенно оказывается въ интересѣ стороны и, поэтому, существованіемъ представителя публичнаго интереса въ уголовномъ преслѣдованіи всегда пользовались для того, чтобы возложить на него обязанность такого предварительнаго обсужденія и, такимъ образомъ, предотвратить стѣсненіе частныхъ лицъ и бесполезное обремененіе судовъ, если и не обосновательнымъ, то во всякомъ случаѣ бесплоднымъ преслѣдованіемъ. Отдѣлить эту *третью группу* основаній отказа отъ преслѣдованія отъ *второй* группы не легко, потому что трудно найти ту линію, на которой вѣроятность превращается въ достовѣрность. Вслѣдствіе сознанія этой трудности въ § 152 ч. 2 было помѣщено выраженіе „достаточныя фактическія основанія“, которое представляется тѣмъ болѣе неопредѣленнымъ, что имъ не указывается, въ *какомъ именно отношеніи* „основанія“ должны быть *достаточныя*. Отсюда необходимо сдѣлать заключеніе, что на прокуратуру возлагается обязанность въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ обсудить, существуютъ ли достаточныя положительныя основанія для предположенія, что открывшіяся обстоятельства, будучи подвергнуты дальнѣйшему изслѣдованію, обѣщаютъ привести къ такому результату, въ виду котораго осужденіе представляется вѣроятнымъ. На эти же „достаточныя фактическія основанія“ придется обращать вниманіе при стеченіи нѣсколькихъ обвиненій. Позднѣйшія дѣйствія органовъ прокурорскаго надзора могутъ противорѣчить первоначальнымъ; но прокуроръ не долженъ предъявлять сразу нѣсколькихъ обвиненій, несогласныхъ одно съ другимъ. Такая задача прокуратуры облегчается тѣмъ, что законъ даетъ ей возможность прежде, чѣмъ предъявлять обвиненіе, произвести дознаніе (Ermittelungen). Такъ напримѣръ, ежели подозрѣніе въ совершеніи преступнаго дѣянія раздѣ-

ляется между *А* и *В*, то несмотря на „достаточныя фактическія основанія“ прокуроръ не можетъ преслѣдовать, кромѣ лица, которое онъ считаетъ виновнымъ, еще и того, чья виновность несомѣстима съ виновностью перваго и которое, поэтому, необходимо предполагается невиновнымъ.

III. Несомнѣнная обязанность государственной власти примѣнять уголовный законъ, въ силу начала законности не допускаетъ иныхъ исключеній, кромѣ прямо въ законѣ указанныхъ. Но при этомъ возникаетъ другой, уже упомянутый нами выше, вопросъ о способѣ обезпеченія исполненія такой обязанности. Если искать какой нибудь гарантіи такого исполненія, не только административной и основанной на государственномъ правѣ, но процессуальной, то наиболѣе послѣдовательнымъ представляется мнѣніе государственной инициативы всякаго отрицательнаго значенія для суда. Право инициативы имѣетъ двоякое значеніе: государственная власть можетъ вызвать дѣятельность суда чрезъ посредство своего органа—прокурорскаго надзора (*положительное значеніе инициативы*); судъ можетъ дѣйствовать исключительно въ виду подобнаго требованія (*отрицательное значеніе*). Если уничтожить второе значеніе, то инициативу (*въ положительномъ смыслѣ*) необходимо предоставить и прокуратурѣ и суду, что и было послѣдовательно проведено въ австрійскомъ уст. угол. суд. 1853 г. и что, въ сущности, допускается въ видѣ исключенія по французскому праву, которое предоставляетъ апелляціонному суду въ нѣкоторыхъ случаяхъ постановлять о возбужденіи уголовного производства. Но *германскій* уст. угол. суд. §§ 151, 152 ч. 1, а также дѣйствующій *австрійскій* §§ 2, 92, 267, сохранили *отрицательное* значеніе инициативы прокуратуры. Такая т. н. монополія обвиненія, предоставленная прокурорскому надзору, ограничивается допущеніемъ нѣкотораго вліянія лица, потерпѣвшаго отъ преступнаго дѣянія, на возбужденіе уголовного преслѣдованія. Представляясь и въ этомъ отношеніи совершенно согласными въ главномъ правилѣ, оба устава въ дальнѣйшемъ развитіи его слѣдуютъ совершенно различнымъ путямъ.

*Австрійскій* уставъ даетъ потерпѣвшему лицу прочное положеніе въ процессѣ уже тѣмъ, что допускаетъ соединенный процессъ (*Adhäsionsprocess*); но права потерпѣвшаго расширены предоставленіемъ ему (§§ 48, 49) „предъявлять и поддерживать публичное обвиненіе вмѣсто прокурора“ (*субсидіарное частное обвиненіе*), въ случаѣ уклоненія или отказа прокуратуры



отъ преслѣдованія. При этомъ права потерпѣвшаго нѣсколько ограничены сравнительно съ правами прокурора въ томъ лишь отношеніи, что для производства предварительнаго слѣдствія по его ходатайству, требуется опредѣленіе совѣщательной камеры (Rathskammer); права непосредственно предъявлять обвиненіе ему не предоставлено, и потерпѣвшій не можетъ приносить жалобы на постановленія объ оправданіи или объ отмѣнѣ личнаго задержанія. Въ противоположность австрійскому уставу, уже проектъ германскаго устава уголовного судопроизводства допускалъ субсидіарное частное обвиненіе лишь въ весьма ограниченныхъ предѣлахъ, а именно: по дѣламъ о проступкахъ, преслѣдуемыхъ по жалобѣ, и лишь въ пользу самого потерпѣвшаго. Но юридическая коммисія рейхстага рѣшила совершенно отмѣнить субсидіарное частное обвиненіе и старалась создать противобѣсъ т. н. обвинительной монополіи прокуратуры, подчиненіемъ ея указаніямъ судовъ относительно предъявленія обвиненій. Правительство энергически воспротивилось такому искаженію основнаго правила современнаго уголовного судопроизводства; послѣдствіемъ компромисса явились §§ 169—175 уст. угол. суд. Согласно постановленіямъ названныхъ §§ прокуратура обязана въ случаѣ, ежели она оставляетъ безъ послѣдствій ходатайство о предъявленіи публичнаго обвиненія, „извѣстить подателя заявленія съ указаніемъ причинъ.“ „*Ewесли податель заявленія есть самъ потерпѣвшій,*“ то онъ, въ случаѣ безуспѣшности жалобы по началству прокурора можетъ въ мѣсячный срокъ ходатайствовать о постановленіи суда. Такое опредѣленіе постановляется высшимъ областнымъ судомъ (Oberlandesgericht), ежели самое дѣло неподвѣдомственно имперскому суду (Reichsgericht). Судъ „можетъ“ потребовать отъ прокуратуры свѣдѣнія „о произведенныхъ ею до тѣхъ поръ дѣйствіяхъ,“ выслушать объясненія обвиняемаго, распорядиться въ видахъ подготовленія своего рѣшенія о производствѣ дознанія, и на основаніи всего этого или постановляетъ о „предъявленіи публичнаго обвиненія“ (Erhebung der öffentlichen Klage), поддерживать которое обязаны органы прокурорскаго надзора, или же отказываетъ въ ходатайствѣ, ежели къ уваженію его „нѣтъ достаточнаго повода.“ Отказъ имѣетъ своимъ послѣдствіемъ, что публичное обвиненіе возможно впредь лишь въ виду новыхъ фактовъ или доказательствъ. Для предупрежденія злоупотребленій должны служить: 1) обязанность подателя заявленія дѣйствовать чрезъ повѣреннаго (Anwaltszwang); 2) отказъ въ правѣ бѣдности (что видно изъ разсужденій

рейхстага); 3) вышеприведенные ограничительные сроки, причем необходимо принять во внимание, что первое заявление прокурорскому надзору может делать каждое лицо и что, вследствие этого, потерпевший имеет возможность сохранить за собою срок; 4) обезпечение „издержек, могущих пасть на государственную казну и на обвиняемого, вследствие производства дела и следствия по поводу заявления,“ представление которого может быть возложено на подателя жалобы. Если обезпечение не представлено в назначенный срок, то жалоба считается взятою обратно, из чего следует заключить, что вообще возможно обратное взятие жалобы вплоть до постановления суда.

Различие между этими двумя учреждениями весьма существенное. *Германское* законодательство твердо держится, с формальной стороны, обвинительной монополии прокуратуры, и публичное обвинение во всяком случае остается в ее руках. Встречающееся отступление от этого общего правила ограничивается тем, что, с одной стороны, потерпевшему предоставляется, в виде исключения, участие в уголовном процессе, с другой же стороны, инициатива преследования может быть принудительно возложена на прокуратуру судом. Аномалия последнего постановления уменьшается тем, что это не единственный случай, когда прокуратура обязывается поддерживать обвинение, исходящее не от нее самой (ср. § 206 имп. уст. угол. суд.), и что в данном случае обязанность предъявить обвинение возлагается на прокуратуру не тем самым судом, в котором должно быть предъявлено обвинение. *Австрийский* устав уголовного судопроизводства не мог идти по этому пути, потому что, согласно его мысли, осуществление права уголовного преследования выражается не в одной инициативе, но во всем ведении процесса, который оканчивается, лишь только нет активного обвинителя; да австрийский устав и не нуждался в таком правиле, так как и без того предоставил, по примеру „*partie civile*“ французского судопроизводства, потерпевшему, присоединившемуся к уголовному производству в качестве гражданского истца (*Privatbetheiligter* — участвующаго) множество процессуальных прав, независимо от участвующей в деле прокуратуры. Как ни различны оба учреждения, но они имеют то общее, что основаны на признании за потерпевшим особого законного интереса в уголовном преследовании; устав же германский, дающий право на уведомление со стороны прокуратуры всякому доносителю, сделал не-

большую, но существенную уступку идеѣ *народнаго обвиненія*, которая рѣзко проглядывала во время предварительнаго обсужденія его.

IV. Обратную сторону права инициативы, выводимаго изъ права уголовного преслѣдованія, составляетъ право прекращенія его, *отреченія отъ преслѣдованія*. Нерѣдко высказывалась мысль, что то и другое составляютъ осуществленіе одного и того же права. По-видимому, лицу, имѣющему право и обязанность воздержаться отъ преслѣдованія, при наличности опредѣленныхъ основаній, необходимо должны также принадлежать право и обязанность не продолжать преслѣдованія, коль скоро подобныя основанія открылись при производствѣ его. Ежели судъ можетъ быть вызванъ къ дѣятельности исключительно внѣшнею инициативою, то съ прекращеніемъ послѣдней дальнѣйшая его дѣятельность лишается юридическаго основанія. Вопросъ этотъ не зависитъ отъ начала законности потому, что основаніями къ отреченію отъ инициативы могутъ быть лишь тѣ самыя обстоятельства, вслѣдствіе которыхъ прокуратура въ нѣкоторыхъ случаяхъ воздерживается отъ нея. Но этотъ вопросъ находится въ тѣсной связи съ основнымъ положеніемъ обвинительнаго начала, согласно которому, судья отнюдь не можетъ быть въ дѣйствительности представителемъ обвиненія. Нельзя не признать, что положеніе это не было вполне послѣдовательно проведено даже въ *Англіи* (въ противоположность *Шотландіи*). Во *французскомъ* правѣ установлено, что однажды принятая прокуратурою инициатива преслѣдованія (предъявленіемъ требованія о производствѣ предварительнаго слѣдствія или непосредственнымъ вызовомъ къ суду) передаетъ уголовное дѣло въ безусловное вѣдѣніе суда (*le tribunal est saisi*), изъ котораго оно уже не можетъ быть впослѣдствіи изъято. Такая система была введена въ нѣмецкое судопроизводство послѣ первой реформы; отступленія отъ нея были немногочисленныя и несущественныя. Австрійскій уст. угол. суд. 1873 г., примыкая къ такому же постановленію уст. угол. суд. 1850 г., послѣдовательно провѣлъ правило, по которому, во всякое время производства, вплоть до удаленія судей для постановленія приговора (или до составленія вопросовъ для присяжныхъ засѣдателей), обвинитель можетъ отказаться отъ преслѣдованія, что имѣетъ послѣдствіемъ, смотря по положенію дѣла, или прекращеніе производства (§§ 109, 227), или приговоръ объ оправданіи (§ 259 п. 2).

Въ противоположность изложенному правилу австрійскаго устава,

въ § 154 имп. уст. угол. суд. постановлено, что послѣ начала слѣдствія (т. е. или предварительнаго слѣдствія, или производства по существу) публичный искъ не можетъ быть взятъ обратно. Исключение изъ этого правила составляетъ § 451, по которому прокуроръ можетъ прекратить обвиненіе въ случаяхъ, когда подсудимый подалъ отзывъ на приказъ становаго судьи о *наложеніи взысканія* (Strafbefehl), самое же правило, по словамъ объясненій къ закону (стр. 88), соответствуетъ „дѣйствующему нынѣ въ Германіи, совершенно основательному, положенію законодательства. Ибо, если прокуратура и можетъ быть признана, въ извѣстномъ смыслѣ, стороною въ уголовномъ производствѣ, то никакъ не въ *томъ* смыслѣ, чтобы можно было предоставить ей право распоряжаться обвиненіемъ послѣ приступа къ слѣдствію.“

### § 21. Частное обвиненіе.

Принадлежащее государству право преслѣдованія всѣхъ дѣяній, подлежащихъ наказанію, помимо воли и желанія частныхъ лицъ, даже въ томъ случаѣ, когда они сами потерпѣли отъ наказуемаго дѣянія, подвергается въ нѣкоторыхъ, весьма немногихъ случаяхъ, ограниченію. Эти исключенія опредѣляются матеріальнымъ правомъ, задача котораго заключается въ опредѣленіи отношенія къ публичному обвиненію правъ отдѣльныхъ лицъ. Отношенія эти могутъ быть опредѣлены весьма различно: уголовное преслѣдованіе можетъ быть всецѣло предоставлено частнымъ лицамъ (*принципіальное частное обвиненіе*), или же послѣднимъ можетъ быть дано исключительно отрицательное вліяніе такимъ образомъ, что для предъявленія публичнаго обвиненія требуется *жалоба* или, по крайней мѣрѣ, *согласіе* или *разрѣшеніе* со стороны такихъ лицъ. Въ послѣднемъ случаѣ, т. е. при чисто отрицательномъ значеніи воли частнаго лица, прокуратура можетъ быть призвана къ поддержанію уголовного иска рядомъ съ частнымъ обвинителемъ, или же въ качествѣ его представителя; съ другой стороны, лицу, имѣющему право жалобы, можетъ быть предоставлено особое положеніе въ дѣлѣ, съ правомъ взять жалобу обратно.

Германское уголовное уложеніе сдѣлало въ большемъ числѣ (два §§ о преступленіяхъ, 24 §§ — о проступкахъ, и 3 — о нарушеніяхъ) добавленіе: „преслѣдованіе возбуждается не иначе, какъ по жалобѣ“, причемъ жалоба объявлена недѣлимою въ отношеніи лицъ, участвовавшихъ въ



дѣянія (въ качествѣ исполнителей, участниковъ или укрывателей § 63). На основаніи § 64 жалоба „не можетъ быть взята обратно послѣ объявленія приговора о наказаніи“; но изъ этого правила были сдѣланы двоякаго рода исключенія, а именно: въ нѣкоторыхъ случаяхъ обратное взятіе жалобы не допускалось, коль скоро было предъявлено въ судѣ формальное обвиненіе“, (угол. улож. §§ 176, 177), а съ другой стороны—въ производствѣ объ оскорбленіи „по частному иску или частному обвиненію“ жалоба могла быть „взята обратно до начала исполненія приговора“ (угол. улож. § 194).—Имперскій законъ 26 февраля 1876 г., прежде всего, значительно сократилъ случаи „преслѣдованія по жалобѣ“. Главное измѣненіе, однако, заключалось въ томъ, что правило о дозволеніи взять обратно жалобу, получило противоположную редакцію; теперь обратное взятіе жалобы разрѣшается только въ видѣ исключенія и то лишь „до объявленія приговора о наказаніи“ (новая редакція § 64). Такое исключеніе допущено для дѣлъ объ оскорбленіяхъ, со включеніемъ случаевъ, означенныхъ въ §§ 102—104, и о похищеніи предметовъ пищи или корма (§ 370 п.п. 5 и 6); кромѣ того, дозволяется взять обратно жалобу, на „близкихъ“ лицъ (Angehörige), какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда самое преслѣдованіе по жалобѣ установлено только по поводу дѣянія „близкихъ“ (§§ 247, 263, 292), такъ и въ тѣхъ, когда только въ отношеніи „близкихъ“ допускается отказъ отъ преслѣдованія (тѣлесное поврежденіе § 232 и поврежденіе имущества § 303). Постановленіями этими очевидно нарушено правило недѣлимости жалобы.

Съ измѣненіемъ указаннаго постановленія о правѣ взять жалобу обратно въ дѣлахъ объ оскорбленіи, изъ уголовного закона исчезло упоминавшееся въ немъ частное обвиненіе. Но уставъ угол. суд. допустилъ *принципіальное частное обвиненіе*, въ довольно, впрочемъ, ограниченныхъ размѣрахъ. „Оскорбленія и тѣлесныя поврежденія, которыя подлежатъ преслѣдованію не иначе, какъ по жалобѣ, могутъ быть преслѣдуемы потерпѣвшимъ въ порядкѣ частнаго обвиненія, безъ предварительнаго обращенія къ прокуратурѣ“ (§ 414). Установленіе такого правила создало новый видъ правонарушеній, преслѣдуемыхъ только по жалобѣ, а именно такихъ, которыя могутъ быть предметомъ частнаго обвиненія; это подраздѣленіе не находится въ связи съ правомъ взять жалобу обратно, такъ какъ послѣднее не дозволяется въ дѣлахъ о тѣлесныхъ поврежденіяхъ, совершенныхъ не „близкими“ лицами. Поэтому, въ

строгомъ смыслѣ, всякое дѣяніе, подлежащее наказанію, составляетъ, по германскому законодательству, предметъ *публичнаго уголовного иска*; предъявленіе послѣдняго въ нѣкоторыхъ случаяхъ обусловливается „жалобой“ (Antrag) частнаго лица, и при извѣстныхъ обстоятельствахъ взятіе такой жалобы обратно имѣетъ послѣдствіемъ прекращеніе производства по иску; по нѣкоторымъ проступкамъ этого рода прокуратура обязана воздерживаться отъ преслѣдованія, въ виду отсутствія публичнаго интереса, даже при наличности „жалобы“ лица, имѣющаго право на частное обвиненіе.

Далѣе, положеніе, которое занимаетъ „частное обвиненіе“ (Privatsklage—частный искъ), опредѣляется ближайшимъ образомъ тѣмъ, что уставъ угол. суд., съ одной стороны, *не допускаетъ* соединеннаго процесса, а съ другой стороны—въ § 11 закона о введеніи въ дѣйствіе устава, „преслѣдованіе“ оскорбленій и тѣлесныхъ поврежденій производится исключительно по правиламъ устава уголовного судопроизводства. Вслѣдствіе послѣдняго постановленія отмѣнено производство исковъ объ обидѣ (Injurienprocesse) въ гражданскомъ судѣ, что, впрочемъ, не исключаетъ возможности предъявить требованіе о вознагражденіи, по крайней мѣрѣ такое, которое проистекаетъ изъ причиненія тѣлеснаго поврежденія, въ гражданскомъ судѣ. Вслѣдствіе ограниченія „частнаго обвиненія“ двумя указанными случаями, оно подчиняется, до нѣкоторой степени, правиламъ гражданского судопроизводства.

Особенность правонарушеній, преслѣдуемыхъ по жалобѣ (Antragsdelicte), состоитъ по новому закону въ томъ, что такое преступленіе составляетъ предметъ публичнаго уголовного иска, предъявленіе котораго (а въ видѣ исключенія—и поддержаніе предъявленнаго) невозможно при отсутствіи (или взятіи обратно) жалобы. По уставу уголовного судопроизводства, „по нѣкоторымъ изъ преступленій, преслѣдуемыхъ по жалобѣ, *допускается* преслѣдованіе въ порядкѣ частнаго обвиненія;“ такое постановленіе не измѣняетъ, въ виду строгаго проведенія въ уставѣ начала законности, права частнаго лица ограничиться подачею жалобы и требовать отъ прокурорскаго надзора возбужденія уголовного преслѣдованія. Но въ § 416 уст. угол. суд. прибавлено, что въ указанныхъ случаяхъ „публичный уголовный искъ предъявляется прокуратурою лишь въ томъ случаѣ, когда того требуетъ публичный интересъ.“ Въ этихъ случаяхъ прокуратура обязана совершенно самостоятельно обсудить

обстоятельства дѣла, согласно служебному долгу. Такимъ образомъ, въ § 416 слѣдуетъ видѣть не освобожденіе прокуратуры отъ подчиненія началу законности, но (условное) запрещеніе вмѣшательства ея въ дѣло. Поэтому, при отсутствіи всякаго публичнаго интереса, дѣяніе можетъ быть преслѣдуемо исключительно въ порядкѣ частнаго обвиненія. Если же въ дѣлѣ замѣшанъ интересъ публичнаго свойства, то потерпѣвшему предстоитъ выборъ между подачею жалобы и преслѣдованіемъ въ порядкѣ частнаго обвиненія. Необходимо замѣтить, что предъявленіе частнаго обвиненія замѣняетъ жалобу, но жалоба не замѣняетъ обвиненія.

Кромѣ заявленія частныхъ лицъ и „частнаго обвиненія“, германскому законодательству извѣстно *дополнительное обвиненіе* (*Nebenklage*). Въ качествѣ *дополнительныхъ обвинителей* могутъ присоединиться къ публичному обвиненію слѣдующія лица: 1) Имѣющій право быть частнымъ обвинителемъ. 2) Податель заявленія, вслѣдствіе котораго судъ возложилъ [на прокуратуру, противъ ея желанія, обязанность предъявить публичное обвиненіе, „ежели дѣяніе, подлежащее наказанію, было направлено противъ его жизни, здоровья, свободы, гражданскаго состоянія или имущественныхъ правъ“, изъ этого добавленія слѣдуетъ заключить, что право выступить въ процессѣ въ качествѣ „дополнительнаго обвинителя“ принадлежитъ не всякому лицу, которое вынудило судъ къ постановленію упомянутого опредѣленія, пользуясь правомъ „потерпѣвшаго.“ Такое правило представляется слишкомъ строгимъ, такъ какъ податель заявленія отвѣчаетъ за судебныя издержки и во всякомъ случаѣ долженъ быть выслушанъ (§ 504) по поводу послѣднихъ (т. е. ихъ размѣра). 3) Лицо, требующее денежнаго удовлетворенія (*Busse*). Дополнительный обвинитель долженъ подать, по установленной формѣ, письменное заявленіе о своемъ желаніи присоединиться къ обвиненію; по этому заявленію судомъ постановляется опредѣленіе по выслушаніи заключенія прокурора, и затѣмъ дополнительный обвинитель пользуется въ дѣлѣ правами частнаго обвинителя.

Дѣйствующій въ *Австріи* до настоящаго времени уголовный законъ 1852 года, допускаетъ весьма немногія исключенія изъ основнаго положенія о преслѣдованіи преступленій въ публичномъ порядкѣ по должности. Эти немногія правонарушенія, по которымъ „уголовно-судебное преслѣдованіе допускается только по требованію лица, котораго они касаются (*eines Betheiligten*)“, составляютъ,

по новому уголовно-судебному законодательству, предметъ частнаго обвиненія (*Privatanklage*, § 2 ч. 2). Предъявленіе частнаго обвиненія необходимо должно предшествовать всякому вмѣшательству правительственной власти. По желанію частнаго обвинителя прокуроръ можетъ принять на себя *его представительство* въ процессѣ; но за исключеніемъ этого случая, прокуратурѣ не представлено никакого участія въ производствѣ дѣла въ судѣ первой степени (уст. угол. суд. § 46). Частному обвинителю принадлежить право отказаться отъ обвиненія вплоть до того времени, когда судъ удаляется для совѣщанія предъ постановленіемъ приговора; такой отказъ имѣетъ послѣдствіемъ окончаніе производства и погашеніе матеріальнаго права уголовного иска (угол. улож. § 530; уст. угол. суд. § 250 п. 2).

## § 22. Положеніе сторонъ.

1. Устройство процесса по обвинительному типу, приводитъ къ ограниченію самодѣтельности суда; такое ограниченіе, впрочемъ, касается лишь фактическаго основанія судебного рѣшенія и содержанія его, насколько въ немъ признаны факты. Разныя другія требованія, которыя нерѣдко выводились какъ доктриною, такъ и закономъ, изъ обвинительнаго начала, не нашли себѣ мѣста ни въ германскомъ, ни въ австрійскомъ уставахъ уголовного судопроизводства. Въ обоихъ уставахъ послѣдовательно проведено то положеніе, что предъявленіе уголовного иска есть требованіе, обращенное къ уголовному суду, — подвергнуть разсмотрѣнію происшествіе, которое можетъ быть поставлено въ вину извѣстному лицу; установить всѣ обстоятельства и отношенія, имѣющія значеніе для юридической оцѣнки происшествія и послѣдствія, которыя оно должно повлечь на основаніи уголовного закона для виновнаго лица, и установить послѣдствія совершившагося, съ точки зрѣнія закона, согласно личному убѣжденію судей. Очевидно, что при рѣшеніи этого вопроса, который мы ниже рассмотримъ съ большею подробностью, имѣетъ значеніе не только отдѣленіе *правъ обвинителя*, отъ правъ, принадлежащихъ суду, но также право обвиняемаго требовать, чтобы судъ подробно его выслушалъ и чтобы ему была дана возможность основательно приготовиться къ собственной защитѣ. По каждое изъ этихъ соображеній имѣетъ особенныя послѣдствія, а именно: право обвиняемаго требовать отсрочки засѣданія



въ видахъ подготовленія защиты, право *обѣихъ* сторонъ представлять свои объясненія при измѣненіи обвиненія. Отношеніе суда къ обвиненію, основное требованіе сохранить за нимъ полную свободу юридической оцѣнки, изъ которой вытекаетъ право признать иные факты, чѣмъ тѣ, которые утверждаетъ обвиненіе, были достаточно выяснены во время совѣщаній, предшествовавшихъ прусскому закону 1852 г. Указанное основное положеніе признано также уставами германскимъ и австрійскимъ. „Предметъ постановленія приговора составляетъ *дѣяніе*, названное въ обвиненіи, въ томъ видѣ, какъ оно представляется на основаніи разбирательства“ (§ 263 ч. 1 австр. уст. въ связи съ § 153 герм. уст. угол. суд.). „Судъ обязанъ слѣдовать домогательствамъ обвинителя лишь въ томъ случаѣ; если онъ не признаетъ обвиняемаго виновнымъ въ такомъ дѣяніи, которое не входило въ содержаніе первоначальнаго обвиненія и на которое обвиненіе не было распространено во время судебного разбирательства“ (§ 267 австр. уст. и § 92 герм. уст. угол. суд.).

II. Устройство состязательнаго разбирательства предполагаетъ предоставленіе какъ той, такъ и другой сторонѣ *равнаго права* и возможности представлять судѣ свои объясненія. Это должно составлять общее правило, которое столь естественно, что соблюдается во всѣхъ случаяхъ, когда не встрѣчаетъ явнаго препятствія въ законѣ или въ обстоятельствахъ дѣла. Въ обоихъ уставахъ уголовного судопроизводства правило это проведено болѣе послѣдовательно, нежели въ предшествовавшихъ законахъ, что на примѣръ выразилось въ лишеніи прокуратуры права наблюденія за отправленіемъ судьями ихъ обязанностей и той чрезвычайно обширной власти, какая ей предоставлена во Франціи по производству слѣдственныхъ дѣйствій, въ ущербъ свободѣ личности. Власть эта, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, все таки предоставленная прокуратурѣ, заключена въ надлежащіе предѣлы и такимъ образомъ сдѣлана безопасною. По той же причинѣ значительно расширено право суда провѣрять заявленныя прокуратурою требованія (см. §§ 160 ч. 2, 178, 200 имп. уст. угол. суд.; еще дальше идутъ §§ 88 ч. 2, 92 ч. 3, 211, 214 ч. 2, 225 австр. уст. угол. суд.), и вообще установлена почти полная равноправность сторонъ въ судебномъ засѣданіи.

Но даже въ гражданскомъ процессѣ безусловное проведеніе *основнаго положенія* равенства сторонъ встрѣчаетъ непреодолимая

препятствія; истецъ по необходимости занимаетъ иное положеніе, чѣмъ отвѣтчикъ, не говоря уже о тѣхъ различіяхъ, которыя въ дѣйствительности очень часто проистекаютъ изъ различія средствъ, находящихся въ распоряженіи сторонъ. Въ процессѣ уголовномъ подобное различіе происходитъ вслѣдствіе самаго предмета его. Только въ эпоху самыхъ первобытныхъ учреждений частный обвинитель рисковалъ своею жизнью настолько же, насколько онъ ставилъ въ опасность жизнь обвиняемаго; но кромѣ этихъ случаевъ, даже при частномъ обвиненіи, на уголовномъ судѣ состояніе обвиняемаго бываетъ столь тягостнымъ и опаснымъ, что несмотря на всевозможныя юридическія предположенія въ его пользу, которыя могутъ быть установлены, его положеніе хуже положенія обвинителя. Положеніе обвиняемаго еще болѣе ухудшается, когда государство предоставляет въ распоряженіе обвинителя имѣющіяся въ его распоряженіи средства, или даже выступаетъ само какъ обвинитель, и когда формальному предъявленію обвиненія предшествуютъ такіа стадіи производства, которыя имѣютъ цѣлью предварительную повѣрку обвиненія и въ силу этого приводятъ къ предположенію справедливости допущеннаго обвиненія. Отсюда явилась необходимость установленій, которыя бы могли въ этомъ отношеніи уравнивать права обвиняемаго. На указанномъ положеніи обвиняемаго основано справедливое требованіе толкованія всякаго сомнѣнія въ его пользу, которое, разумѣется, несовмѣстимо съ положеніемъ объ абстрактномъ равенствѣ сторонъ. Этому требованію удовлетворяютъ правила уст. угол. суд. объ исчисленіи голосовъ, согласно которымъ не только рѣшеніе должно быть постановлено въ пользу обвиняемаго при равенствѣ голосовъ, но для утвержденія *вопроса о виновности* требуется *искусственное большинство*; таковы именно постановленія §§ 262 и 307 германскаго уст. угол. суд., §§ 20 и 329 австрійскаго уст. угол. суд., причемъ послѣдній увеличиваетъ благопріятные шансы обвиняемаго тѣмъ, что вслѣдствіе составленія присутствій уголовныхъ судовъ средняго разряда и судовъ апелляціонной инстанціи изъ *четыре*хъ судей, осужденіе возможно исключительно при *большинствѣ* 3: 1.

Справедливый „*favor defensionis*“ имѣетъ также послѣдствіемъ благопріятное для обвиняемаго устройство способовъ обжалованія приговора. Такъ, германскій уставъ угол. суд. не только прямо ограничиваетъ права прокуратуры въ отношеніи къ самому важному

изъ способовъ обжалованія, ревизіи (§ 374), но еще и косвеннымъ образомъ даетъ преимущество обвиняемому, увеличивая число матеріальныхъ поводовъ ревизіи въ интересахъ обвиняемаго (§ 377 п. 8, 378). Германскимъ уставомъ прокуратурѣ дано право пользоваться различными способами обжалованія приговора въ интересахъ осужденнаго (§ 338 ч. 2) и по нему даже всякій протестъ прокуратуры можетъ имѣть послѣдствіемъ измѣненіе или отмѣну обжалованнаго рѣшенія въ пользу обвиняемаго (§ 343). Наконецъ, при отмѣнѣ приговора въ пользу одного изъ обвиняемыхъ, вслѣдствіе неправильнаго примѣненія уголовного закона относительно лицъ, обвинявшихся по тому же дѣлу и имѣвшихъ право ходатайствовать объ отмѣнѣ приговора на одинаковомъ основаніи, установлено такое правило, по которому они признаются заранѣ присоединившимися къ жалобѣ по указанному поводу (§ 397). Такимъ образомъ, запрещеніе измѣнять приговоръ въ ущербъ лицу, приносящему на него жалобу (*reformatio in pejus*, § 372) и начало относительной законной силы рѣшенія, обращаются почти исключительно къ выгодѣ обвиняемаго. Еще большія преимущества предоставлены обвиняемому, въ сравненіи съ прокуратурою, правилами о возобновленіи уголовного производства (*Wiederaufnahme des Strafverfahrens* ср. § 402 и § 399).

*Австрійскій* уставъ угол. суд. стоитъ на одной точкѣ зрѣнія съ германскимъ, въ отношеніи права прокуратуры подавать на приговоръ протестъ въ интересахъ обвиняемаго. Правда, что онъ нѣсколько больше, сравнительно съ германскимъ уставомъ, ограничивается случаи, въ которыхъ на приговоръ суда съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей можетъ быть принесена кассационная жалоба (*Nichtigkeitsbeschwerde*), или можетъ быть подана просьба о возобновленіи производства. Но и австрійскій уставъ даетъ обвиняемому преимущества надъ обвинителемъ, при опредѣленіи кассационныхъ поводовъ (§ 281 ч. послѣдняя, § 344 части послѣдняя и послѣдняя), и предоставляетъ суду, разсматривающему обжалованный приговоръ, еще болѣе широкое право дѣлать отступленія отъ начала относительной законной силы въ пользу обвиняемаго и лицъ, съ нимъ вмѣстѣ обвинявшихся по данному дѣлу (§§ 290, 477).

Въ обоихъ уставахъ угол. суд. на прокуратуру возложена обязанность „обнаруживать не только уличающія обвиняемаго обстоя-

тельства, но и служащія къ оправданію его“ (§ 158 герм. уст. угол. суд. и § 3 австр. уст. угол. суд.).

Кромѣ этихъ нарушеній равенства правъ и полномочій прокуратуры и обвиняемаго, есть еще и другіе поводы къ неравенству, вытекающіе изъ положенія обѣихъ сторонъ на судѣ. Прокуроръ не является съ самаго начала, заранѣе, противникомъ одного опредѣленнаго обвиняемаго. Въ дѣйствительности прокуроръ остается имъ лишь до тѣхъ поръ, пока не измѣнитъ свое отношеніе къ обвиняемому, вслѣдствіе пріобрѣтеннаго имъ убѣжденія въ несправедливости обвиненія, что онъ тогда обязанъ высказать, насколько это дозволено закономъ. Поэтому, въ особенности въ первые моменты производства, когда прокурору приходится стараться составить себѣ опредѣленное убѣжденіе, на него нельзя смотрѣть какъ на лицо, противоположаемое обвиняемому въ качествѣ противной стороны. Самъ же обвиняемый *никогда* не бываетъ лично безучастнымъ къ дѣлу, и можно вполнѣ основательно опасаться злоупотребленія съ его стороны, во вредъ правосудію, тѣми свѣдѣніями, которыя онъ можетъ получить въ ненадлежащее время. Вслѣдствіе этого, по внѣшнимъ условіямъ, можно сравнить съ прокуроромъ не самого обвиняемаго, но скорѣе его защитника. Однако не всегда у обвиняемаго есть защитникъ и лишь въ рѣдкихъ случаяхъ возможно рассчитывать на его помощь съ тою же достовѣрностью и быстротою, съ которою можетъ быть призванъ къ участию прокуроръ, состоящій при судѣ. Этимъ объясняется установленное въ видѣ общаго правила выслушиваніе заключеній прокурора во время предварительнаго производства и присутствіе его въ такихъ засѣданіяхъ, въ которыхъ не присутствуютъ ни обвиняемый, ни его защитникъ; но нельзя не видѣть, что все это неминуемо стѣсняетъ силу защиты и нарушаетъ въ ущербъ ей равенство сторонъ.

III. Не съ формальной, но съ *матеріальной* точки зрѣнія эти различія сглаживаются обязанностью, которую законъ возлагаетъ на судъ—сохранить свою независимость среди противоположныхъ домогательствъ сторонъ. Это выражается въ томъ, что ни уступки, ни упущенія сторонъ въ дѣлѣ не могутъ помѣшать суду разрѣшать возникающія у него сомнѣнія по собственному усмотрѣнію, на основаніи тѣхъ признаковъ, которые онъ самъ откроетъ. Такимъ образомъ суду дана возможность приступать къ постановленію приговора на основаніи собственнаго убѣжденія, не будучи обязаннымъ основывать его на тѣхъ выдумкахъ и извращеніи истинныхъ



обстоятельствъ дѣла, которыя часто заключаются въ объясненіяхъ сторонъ, или же довольствоваться неполнымъ разъясненіемъ дѣла при недостаточной дѣятельности сторонъ. Съ этою цѣлью оба устава угол. суд. провозглашаютъ начало свободной *оцѣнки доказательствъ* (§ 260 герм., § 258 австр. угол. суд.). Ни въ томъ, ни въ другомъ нѣтъ такихъ правилъ, которыя бы предписывали суду принимать, безъ всякой повѣрки, за единственное основаніе рѣшенія признаніе обвиняемаго, непосредственно учиненное имъ, или же предполагаемое въ виду его неявки въ судъ; даже право суда не принимать дальнѣйшихъ мѣръ къ раскрытію истины, въ виду молчанія и неявки обвиняемаго, ограничено весьма *немногими* случаями. Въ то же время законъ предоставляетъ суду болѣе широкое участіе въ *веденіи дѣла* и въ собираніи матеріала, нежели это допускается въ гражданскомъ судопроизводствѣ. Въ этомъ отношеніи основное правило установлено § 153 герм. уст. угол. суд., по которому въ предѣлахъ, *означаемыхъ* съ одной стороны дѣяніемъ, а съ другой стороны — лицами, упомянутыми въ обвиненіи, „суды имѣютъ право и обязанность самостоятельной дѣятельности.“ Правило это примѣняется въ весьма широкихъ размѣрахъ въ теченіи предварительнаго производства и, въ особенности, во время предварительнаго слѣдствія; въ этой стадіи процессъ ведется и собирается матеріалъ исключительно дѣятельностью судьи-слѣдователя, которая лишь дополняется дѣятельностью сторонъ. При разсмотрѣнн дѣла по существу, отношеніе измѣняется и двигательное начало въ процессъ (по германскому, но не по австрійскому уставу) отчасти переходитъ къ прокурору, *собираніе матеріала* производится главнымъ образомъ при участіи сторонъ, въ то время, какъ дѣятельность суда является лишь дополнительной и наблюдательною. Наконецъ, при сопоставленіи собранныхъ доказательствъ (повѣркѣ доказательствъ) отношеніе снова измѣняется, такъ какъ въ это время суду принадлежитъ главная дѣятельность, а сторонамъ — дополнительная. (Болѣе подробное изложеніе настоящаго предмета необходимо отнести въ отдѣлъ сочиненія, содержащій ученіе о собираніи доказательствъ).

IV. Положеніе лица, противъ котораго направлено уголовное производство, выражается отчасти въ различномъ наименованіи этого лица. По терминологіи германскаго устава угол. суд. самое распространенное названіе есть „*Beschuldigter*“ (обвиняемый); лицо, о которомъ предъявленъ публичный уголовный искъ (черезъ хода-

тайство о производствѣ предварительнаго слѣдствія или чрезъ внесеніе обвинительнаго акта), называется *Angeschuldigter*; лицо, преданное суду, называется *Angeklagter* (§ 155, подсудимый); при этомъ важность обвиненія не измѣняетъ названія, какъ во французскомъ законодательствѣ (по которому названіе *accusé* присвоивается исключительно преданному суду съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, а всякое иное лицо, привлеченное къ судебной отвѣтственности, называется *prévenu*). Въ австрійскомъ уставѣ угол. суд., выраженіе *Angeklagter* употребляется въ томъ же значеніи, какъ въ нѣмецкомъ уставѣ, но названіе *Beschuldigter* дается имъ также и тому лицу, противъ котораго направлено ходатайство о производствѣ предварительнаго слѣдствія, или о которомъ внесенъ обвинительный актъ (§ 38).

На основаніи всего вышеизложеннаго легко опредѣлить вліяніе, которое оказываетъ на положеніе обвиняемаго принятый въ уставахъ типъ процесса; достаточно указать на явное стремленіе обезпечить обвиняемому возможность принимать въ процессѣ дѣятельное участіе и предотвратить такое положеніе его, въ которомъ онъ являлся бы исключительно объектомъ слѣдовательскаго искусства (см. §§ 136, 164, 242 герм. уст. угол. суд.; §§ 199—243, 245 австр. уст. угол. суд.).

Уже первая реформа процесса измѣнила къ лучшему устройство формальной защиты. Въ сравненіи съ неоспоримымъ правомъ защитника изустно опровергать обвиненіе въ публичномъ засѣданіи суда, слѣдить шагъ за шагомъ за ходомъ судебного слѣдствія и оказывать на него свою долю вліянія, теряютъ всякое значеніе всѣ тѣ ограниченія защиты, которыя перешли въ новѣйшее судопроизводство, частью какъ остатки прежняго письменнаго производства, частью какъ послѣдствія подозрительности Наполеона I. Нельзя не признать, что съ тѣхъ поръ были сдѣланы большія усилія къ расширенію участія защитника, къ охраненію его дѣятельности и къ возвышенію достоинства положенія защитника. Главные результаты этой работы выразились: въ оставленіи предписываемаго французскимъ законодательствомъ (*Code d' instr. art. 311*) предупрежденія защитника, участвующаго въ судебномъ засѣданіи, „ничего не говорить противнаго совѣсти или уваженію къ законамъ и соблюдать въ выраженіяхъ приличіе и умѣренность“, въ предоставленіи защитнику права непосредственно предлагать вопросы свидѣтелямъ и свѣдущимъ лицамъ (§ 239 герм., ср. § 249

австр. уст. угол. суд.) и даже, по § 238 *германскаго* уст. угол. суд., права непосредственно начинать и вести допросъ такихъ лицъ (т. н. перекрестный допросъ); въ предоставленіи защитнику, хотя и не безусловно, а съ нѣкоторыми ограниченіями, права разсматривать акты дѣла и видѣться съ обвиняемымъ, подвергнутымъ предварительному заключенію, уже во время предварительнаго производства (§§ 147, 148, ср. австр. уст. угол. суд. § 45), и права присутствовать и принимать участіе при производствѣ нѣкоторыхъ слѣдственныхъ дѣйствій (§§ 147 ч. 3, 191—193, 222—224, герм. уст., въ болѣе ограниченныхъ предѣлахъ по австр. уст. угол. суд. §§ 97 и 116).

### § 23. Устность и публичность.

I. Главное отличіе преобразованнаго уголовного судопроизводства отъ предшествовавшаго ему порядка суда заключается въ *устности* и *публичности*. Въ настоящее время мы далеки какъ отъ всякаго серьезнаго сомнѣнія въ важности выгодъ, доставляемыхъ тѣмъ и другимъ учрежденіемъ, такъ и отъ многихъ слишкомъ поспѣшныхъ и одностороннихъ восхваленій, расточавшихся устности и публичности въ годы борьбы и зависѣвшихъ отъ того, что въ то время говорилось всего болѣе объ устности, но имѣлась главнымъ образомъ въ виду публичность (неимѣющая безъ устности никакого значенія). Въ ту эпоху особенно привлекательно казалась политическая сторона публичности судебныхъ засѣданій, представляющая, конечно, большое значеніе, хотя и помимо нея публичность суда значительно способствуетъ цѣлямъ уголовного правосудія. Вниманіе было обращено болѣе на внушительное зрѣлище публичнаго судебного засѣданія, на возвышенное впечатлѣніе, доставляемое оживленными преніями, въ которыхъ другъ друга смѣняютъ обвиненіе и защитительная рѣчь, тѣмъ на облегченіе задачи судьи посредствомъ непосредственнаго вопроса обвиняемаго и лицъ, дающихъ показанія, тѣмъ самымъ лицомъ, которое призвано къ постановленію приговора; такой допросъ дѣлается еще болѣе плодотворнымъ вслѣдствіе участія сторонъ. Такимъ образомъ *устность* ставилась выше *непосредственности*. Большей умѣренности и правильности въ оцѣнкѣ устности и избѣжанію „фанатизма устности“ (*Mündlichkeitsfanatismus*), отъ котораго предостерегаетъ *Вагъ*, не могло не содѣйствовать то обстоятельство, что

въ настоящее время устно-публичное производство уже установлено въ Германіи и готовится въ Австріи въ примѣненіи къ гражданскому процессу; такимъ образомъ эта форма производства уже не представляется болѣе чѣмъ то исключительнымъ, установленнымъ единственно для уголовныхъ дѣлъ, но является нормальнымъ способомъ подготовленія и способствованія судебному рѣшенію.

Слѣдуетъ имѣть въ виду, что данный вопросъ имѣетъ значеніе въ двоякомъ отношеніи: съ одной стороны надлежитъ ввести *непосредственность* и *устность* производства, а съ другой стороны — установить правила *разсмотрѣнія* доказательствъ и *обсужденія* заключенія, которое изъ нихъ вытекаетъ; въ зависимости отъ такого двойственного значенія вопроса находится способъ его разрѣшенія. Для разсмотрѣнія доказательствъ главное значеніе имѣетъ непосредственность, а для обсужденія ихъ значенія — устная рѣчь. Но въ то же время полученные свѣдѣнія могутъ быть передаваемы *изустно*, а письменныя объясненія могутъ быть *непосредственно* представляемы стороною судьи. Не слѣдуетъ раздѣлять эти два понятія: непосредственное предъявленіе доказательствъ облегчаетъ и, само по себѣ, требуетъ ихъ изустнаго обсужденія, которое, въ свою очередь, оживляетъ и дѣлаетъ болѣе плодотворнымъ предъявленіе доказательствъ. Письменный споръ, даже въ томъ случаѣ, когда спорящія стороны обращаются непосредственно къ самому судьи, всегда остается медленнымъ и утомительнымъ, такъ какъ обязанность выслушивать противника неминуемо ведетъ къ умноженію переписки и не позволяетъ сторонамъ разъяснять предметъ спора отдѣльными замѣчаніями, какъ это бываетъ при изустной и непосредственной одновременной дѣятельности сторонъ и суда.

Касательно доказательствъ необходимо различать между ихъ собираніемъ и предъявленіемъ. Возможность собрать доказательства немедленно по открытіи ихъ, засвидѣтельствовать и предохранить ихъ отъ сокрытія, которое можетъ быть сдѣлано и съ злымъ умысломъ и по неосторожности, или отъ забвенія, явилась съ того времени, когда производство слѣдствія сдѣлалось письменнымъ и къ нему были примѣнены различные способы графическаго и пладопроизводства, основаніемъ убѣжденія въ томъ, что содержаніе приговора по дѣлу будетъ соответствовать не одной лишь формальной истинѣ, является именно возможность въ уголов-



номъ судопроизводствѣ во время принять мѣры къ сохраненію доказательствъ, что нерѣдко бываетъ необходимо сдѣлать даже прежде, нежели обнаружатся обѣ противныя стороны. Возможность письменно закрѣплять собранный матеріалъ ускорила производство первыхъ дѣйствій слѣдствія, сдѣлала его дальнѣйшее веденіе болѣе обдуманнѣмъ и основательнѣмъ, соотвѣтствующимъ опредѣленному плану и, съ одной стороны, облегчила повтореніе допросовъ и сравненіе всѣхъ данныхъ показаній, а съ другой — значительно расширила предѣлы розыска. Континентальное судопроизводство, сложившееся въ концѣ среднихъ вѣковъ, и преимущественно общее германское розыскное судопроизводство создало установленія, которыя должны обезпечивать указанныя выгоды: въ этомъ состоитъ его безспорно важное значеніе. Но рядомъ съ выгодами письменности стоятъ неудобства, вызываемыя ею. При письменномъ собираніи и закрѣпленіи доказательствъ имѣютъ значеніе добрая воля, способности и *индивидуальность* того лица, которое записываетъ доказательства; впечатлѣніе, которое производятъ такіа записанныя доказательства, можетъ быть искажено весьма многими обстоятельствами (то, что однажды записано, можетъ быть понимаемо различно какъ самимъ допрашиваемымъ, такъ и лицомъ, записывающимъ его отвѣты, и наконецъ лицомъ, читающимъ ихъ). Чрезмѣрное накопленіе письменнаго матеріала затрудняло обзорѣніе его и привело къ двойной передачѣ его: необходимо было пользоваться извлеченіемъ, докладомъ на основаніи актовъ. Въ современномъ уголовномъ судопроизводствѣ проявляется здравая и полезная реакція противъ указанныхъ неудобствъ: новый процессъ возвратилъ судѣ, постановляющему приговоръ, первенствующее положеніе, которое прежде занималъ судья, производившій слѣдствіе, и восстановилъ устность и непосредственность, которыя въ самыхъ широкихъ размѣрахъ примѣнялись и примѣняются у судьи-слѣдователя, — въ судѣ, разсматривающемъ дѣло по существу. Отсюда явилось требованіе, чтобы судья, призванный къ рѣшенію вопроса о винѣ подсудимаго, самъ выслушивалъ тѣ *показанія*, изъ которыхъ онъ долженъ почерпнуть матеріалъ для составленія себѣ понятія о положеніи дѣла, самъ видѣлъ документы и иные предметы, служащіе доказательствами, чтобы предшествующія записи не составляли основанія приговора, но служили бы только поводомъ для *непосредственнаго* предъявленія доказательствъ.

Недостаточно, однако, чтобы каждое доказательство въ своей

первоначальной чистотѣ до свѣдѣнія лица, рѣшающаго дѣло, но необходимо еще, чтобы и стороны ознакомились съ каждымъ доказательствомъ въ томъ видѣ его, въ которомъ оно представляется вниманію судьи. Стороны должны имѣть возможность способствовать, непосредственно участвуя въ разборѣ и оцѣнкѣ доказательствъ, составленію на основаніи ихъ справедливаго заключенія, и разъяснить обстоятельства или опровергать невѣрные заключенія доставленіемъ на разсмотрѣніе суда такихъ новыхъ доказательствъ, какія онѣ признаютъ въ данное время полезными. Необходимо, чтобы на глазахъ сторонъ обсужденіе и критическая оцѣнка добытыхъ результатовъ слѣдовали непосредственно за предъявленіемъ доказательствъ. Въ этихъ видахъ слѣдуетъ сосредоточить все то, что оказываетъ воздѣйствіе на судью, рѣшающаго дѣло, въ одномъ засѣданіи, происходящемъ въ непрерывномъ присутствіи судей и сторонъ, въ состязательномъ порядкѣ, и вмѣнить въ обязанность судей, съ одной стороны, не руководствоваться при постановленіи приговора ничѣмъ такимъ, что не заключается въ содержаніи судебного разбирательства, и съ другой стороны сдѣлать, по возможности, предметомъ обсужденія въ судебномъ засѣданіи всѣ обстоятельства, которымъ онѣ придаетъ значеніе въ виду предстоящаго приговора. При такомъ толкованіи устности и непосредственности судебного разбора, въ нихъ будетъ заключаться наилучшая гарантія того, что приговоръ соотвѣтствуетъ истинѣ и постановленъ при строгомъ соблюденіи основнаго права каждой изъ сторонъ — быть выслушанною судомъ на равныхъ правахъ съ противникомъ. При указанномъ устройствѣ суда, устность и публичность разбирательства взаимно обусловливаютъ другъ друга и одна изъ нихъ вызываетъ другую.

Къ этимъ преимуществамъ устно-состязательнаго суда присоединяется еще одно: только при такомъ устройствѣ суда возможна увѣренность въ томъ, что судья, рѣшающій дѣло, дѣйствительно узнаетъ все, что ему надлежало знать, и что онѣ обратитъ на каждое обстоятельство ту долю вниманія, которая соотвѣтствуетъ его значенію въ дѣлѣ.

Но всѣ эти выводы, въ достоинствѣ и въ важности которыхъ не можетъ быть сомнѣнія, связаны съ многими невыгодами, жертвами и опасностями. Въ отношеніи весьма многихъ доказательствъ возможенъ выборъ лишь между двумя способами передачи, причемъ далеко не всегда изустный способъ представляется наиболѣе досто-

вѣрнымъ. Снятая фотографія или сдѣланный на мѣстѣ чертежъ или набросокъ плана представляются, конечно, во многихъ отношеніяхъ гораздо болѣе цѣнными, чѣмъ изустное описаніе; сложныя операціи, требующія специальныхъ свѣдѣній (напр. результатъ химическаго изслѣдованія, просмотра торговыхъ книгъ и т. п.) будутъ представлены съ большою достовѣрностію посредствомъ постепеннаго записыванія, нежели посредствомъ устнаго разсказа, дѣлаемаго по окончаніи ихъ. Запись безпристрастнаго показанія, сдѣланнаго подъ свѣжимъ впечатлѣніемъ пережитыхъ событій, можетъ быть въ многихъ случаяхъ гораздо болѣе цѣнною, нежели изустное повтореніе такого показанія при обстоятельствахъ, которыя способны вызвать сомнѣніе въ свѣжести и достовѣрности воспоминанія, или внушаютъ опасеніе, что свидѣтельствующій самъ сдѣлался доступенъ вліянію или разсчету, которые явились впослѣдствіи. Какъ бы ни былъ внимателенъ слушающій, но онъ можетъ чего нибудь не дослшать, что гораздо труднѣе исправить, чѣмъ недосмотръ читающаго, пропустившаго страницу; существованіе записи даетъ возможность освѣжить воспоминаніе о слышанномъ и сравнить между собою показанія, данныя въ различное время. Въ случаѣ очень сложныхъ предметовъ, цифровыхъ выкладокъ или множества находящихся между собою въ связи однородныхъ показаній, нельзя обойтись безъ письма; при этомъ записи, составленныя при спокойной обстановкѣ и возможности контроля, конечно имѣютъ преимущество передъ бѣглыми замѣтками, составляемыми подъ свѣжимъ впечатлѣніемъ услышаннаго во время устнаго разбирательства, при необходимости относиться съ неменьшимъ вниманіемъ къ дальнѣйшимъ показаніямъ. Главное достоинство устнаго разбора, состоящее въ томъ, что онъ способствуетъ цѣльности впечатлѣній, искупается опасностію, что отдѣльные моменты могутъ не тотчасъ быть поняты или не сохраниться въ памяти, несмотря на ихъ значеніе для дѣла, причемъ упущенія такого рода обнаруживаются не скоро, и даже по обнаруженіи ихъ лишь въ весьма рѣдкихъ случаяхъ могутъ быть вполне исправлены. Наконецъ, устный, непосредственный, разборъ требуетъ почти непрерывающейся послѣдовательности всѣхъ частей разбирательства и приговора; трудно въ теченіи нѣсколькихъ дней помнить то, что было лишь однажды услышано; между тѣмъ бываютъ дѣла, разборъ по которымъ, даже при условіи непрерывности производства, требуетъ гораздо болѣе продолжительнаго времени. Кромѣ того, отсутствіе такого лица,

котораго участіе или допросъ необходимы для разбирательства даннаго дѣла, дѣлаетъ необходимымъ отсрочить или пріостановить засѣданіе, что ведетъ къ потерѣ уже сдѣланной работы, замедляетъ рѣшеніе дѣла и можетъ повредить достовѣрности сдѣланныхъ ранѣе показаній. Вести судебное засѣданіе съ необходимыми быстротою, свободою и оживленіемъ, и, въ тоже время, составлять описаніе, которое бы давало совершенно точный отчетъ о ходѣ и результатахъ разбора, почти невозможно; если это и дѣлается, то все таки записаны могутъ быть одни лишь слова, безъ указанія такихъ обстоятельствъ, которыя опредѣляютъ ихъ смыслъ, каковы: выраженіе лица, жесты, тонъ голоса. Поэтому и приговоръ, постановляемый въ заключеніе разбора, строится на основаніи, которое впослѣдствіи никогда не можетъ быть точно опредѣлено и подвергнуто провѣркѣ.

Въ виду этого необходимо, сохраняя основное начало устности, примѣнять его съ большою осмотрительностью; при составленіи обоихъ уголовно-судебныхъ уставовъ приходилось точно опредѣлить необходимыя и возможныя ограниченія устности. При этомъ нужно было руководствоваться предшествовавшимъ опытомъ. Ни одна изъ отличительныхъ чертъ преобразованнаго уголовного судопроизводства не утвердилась такъ быстро и такъ выгодно въ общественномъ мнѣніи, какъ именно устность; но на практикѣ начало устности далеко не было проведено столь же безусловно. Первые законы, послѣдовавшіе послѣ 1848 года, должны были оставить значительный просторъ обычаямъ и судебной практикѣ, а привычки личнаго состава судебного вѣдомства и даже самое стремленіе лицъ изъ его среды къ наибольшей основательности дѣлопроизводства, привели къ такому устройству процесса, которое значительно стѣснило устность судебного разбирательства, какъ *непосредственно*—вслѣдствіе чрезмѣрной склонности прочитывать въ судебномъ засѣданіи акты предварительнаго слѣдствія, такъ и *косвенно*—вслѣдствіе постепеннаго уменьшенія важности судебного разбирательства въ сравненіи съ прочими стадіями процесса (съ письменнымъ предварительнымъ слѣдствіемъ, предшествующимъ ему, и разсмотрѣніемъ дѣла въ апелляціонной инстанціи, слѣдующимъ за нимъ и основаннымъ на пересмотрѣ актовъ).

Поэтому огражденіе устности производства по прежнему составило задачу реформы, причемъ главное вниманіе было обращено на слѣдующее:

- 1) Было необходимо дать полное развитіе устности въ самомъ



*судебномъ засѣданіи*. Въ этомъ отношеніи возникалъ, прежде всего, вопросъ о способѣ употребленія актовъ предварительнаго производства. Оба устава уголовного судопроизводства приняли всѣ мѣры къ охраненію начала устности отъ произвольныхъ нарушеній; но при составленіи обоихъ уставовъ пришлось сознаться, что стремленіе въ этомъ направленіи должно остановиться при столкновеніи съ *дѣловымъ* интересомъ. Показаніе, сдѣланное непосредственно предъ судомъ, разсматривающимъ дѣло по существу, бываетъ, если и не во всѣхъ случаяхъ (какъ выше было указано), то обыкновенно, все таки наилучшимъ изъ доказательствъ; но при невозможности имѣть такое наилучшее доказательство, ежели представляемое имъ разъясненіе, будучи весьма существеннымъ, можетъ быть получено какимъ нибудь другимъ способомъ, который не представляется безусловно недостовернымъ, оставленіе его безъ употребленія грозитъ гораздо большею опасностью успѣху уголовного процесса, чѣмъ связанное съ нимъ отступленіе отъ начала устности. Съ другой стороны, показаніе, данное во время предварительнаго производства, можетъ касаться такого обстоятельства, такой подробности, относительно которыхъ не возбуждается никакого сомнѣнія или недоумѣнія, и которыя, тѣмъ не менѣе, нераздѣльно связаны съ предметомъ доказательства; рѣшеніе вопроса о достоверности подобнаго обстоятельства далеко не легко; оно можетъ быть часто весьма затруднительнымъ для суда и не должно зависѣть отъ его усмотрѣнія, потому что касается соблюденія основныхъ формъ судопроизводства. Но, съ другой стороны, можно съ увѣренностью утверждать, что въ этомъ случаѣ представляется совершенно достаточнымъ прочтеніе протокола предварительнаго производства, ежели имъ готовы удовлетвориться какъ лицо, ссылающееся на доказательство, такъ и его противникъ. Судъ и стороны легко будутъ входить въ подобное соглашеніе, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда необходимость такой справки обнаружилась во время судебного разбирательства и вызовъ лица, могущаго дать нужныя свѣдѣнія, невозможенъ безъ пріостановленія засѣданія или даже безъ возобновленія его впослѣдствіи съ самаго начала.

Оба устава уголовного судопроизводства изъемятъ рѣшеніе такихъ вопросовъ изъ усмотрѣнія суда и еще менѣе дозволяютъ прочтеніе во время судебного разбирательства по распоряженію председательствующаго такихъ актовъ, коихъ прочтеніе вообще запрещено закономъ. Но въ установленіи исключеній изъ требова-

нія непосредственныхъ показаній (§§ 248—255 германскаго, §§ 242 и 252 австрійскаго уст. угол. суд.) между ними есть довольно существенныя различія:

а) германскій уставъ строже опредѣляетъ исключенія; онъ допускаетъ таковыя лишь при несомнѣнной невозможности явки (и то не во всѣхъ случаяхъ), и принимаетъ въ соображеніе затруднительность явки лишь тогда, когда вызванныя для дачи показаній лица были допрошены подъ присягою, хотя и не предъ судомъ, разсматривающимъ дѣло по существу, но при такихъ условіяхъ, что стороны имѣли возможность присутствовать при допросѣ (§§ 222—224). Подобнаго правила не знаетъ австрійскій уставъ уголовнаго судопроизводства, который, впрочемъ, придаетъ сравнительно болѣе важное значеніе показанію, данному безъ присяги, потому что такое показаніе одинаково предусмотрено уголовнымъ закономъ; уставъ этотъ ограничивается требованіемъ приведенія къ присягѣ во время предварительнаго производства (§ 169) въ томъ случаѣ, когда можно предвидѣть прочтеніе показанія на судѣ. Австрійскій уставъ признаетъ, кромѣ случаевъ, когда личный допросъ невозможенъ, еще и такіе случаи, когда личная явка лица, вызываемаго для дачи показаній, къ судебному засѣданію „была затруднительна вслѣдствіе отдаленности мѣстопребыванія или по инымъ достаточнымъ причинамъ“; онъ допускаетъ, кромѣ того, прочтеніе показаній, когда о томъ послѣдовало соглашеніе обвинителя, обвиняемаго и суда (§ 252 п. 4), а въ случаѣ неявки свидѣтелей, *вызывавшихся* къ судебному засѣданію, предоставляетъ на усмотрѣніе суда „по выслушаніи обвинителя и обвиняемаго рѣшить о томъ, слѣдуетъ-ли отсрочить судебное разбирательство или же продолжать его, замѣнивъ выслушаніе устныхъ показаній.... прочтеніемъ показаній, сдѣланныхъ на предварительномъ слѣдствіи“ (§ 242).

б) Есть еще два пункта, въ которыхъ заботливость германскаго устава объ устности судебного разбирательства значительно превосходитъ правила австрійскаго устава. Согласно послѣднему, въ началѣ судебного засѣданія прочитывается обвинительный актъ, въ которомъ „должно быть связно рассказано содержаніе дѣла въ томъ его видѣ, какъ оказывается.... изъ актовъ производства“ (§§ 207и 244). Германскій уст. угол. суд. требуетъ только прочтенія судебного постановленія о преданіи суду, которое не содержитъ въ себѣ такого изложенія дѣла (§§ 205 и 242).

в) Въ германскомъ уставѣ приняты особенныя мѣры къ тому, чтобы память лицъ, призванныхъ къ рѣшенію дѣла, не слишкомъ обременялась, для чего въ § 228 постановлено, чтобы производство возобновлялось съ самаго начала, ежели прерванное судебное засѣданіе не могло быть продолжаемо не позже какъ на четвертый день послѣ перерыва; австрійскій уставъ предоставляетъ въ этомъ отношеніи полный просторъ усмотрѣнію суда, по обстоятельствамъ дѣла.

г) Оба устава уголовного судопроизводства стремятся упростить матеріалъ судебного разбирательства, согласно требованіямъ устного производства, дозволяя во всѣхъ случаяхъ раздѣленіе уголовныхъ дѣлъ, связь между которыми заключается лишь въ томъ, что одно и то же лицо обвиняется въ нѣсколькихъ правонарушеніяхъ или что въ одномъ правонарушеніи участвуютъ нѣсколько лицъ (§ 2 ч. 2 герм. уст. угол. суд., въ противоположность чему § 236 позволяетъ суду распорядиться о соединеніи нѣсколькихъ, принятыхъ имъ къ производству, уголовныхъ дѣлъ, даже и въ томъ случаѣ, когда между ними нѣтъ вышеуказанной связи, — австр. уст. угол. судопр. §§ 56—58, 214 ч. 2, 233 ч. 4). Было бы желательно, но судя по предшествующему опыту нельзя ожидать (въ Австріи), чтобы суды чаще пользовались своимъ правомъ въ этомъ отношеніи.

2. О границахъ примѣненія *устности* къ другимъ частямъ уголовного процесса, за исключеніемъ судебного разбирательства, разсуждали весьма подробно при составленіи германскаго устава угол. суд.

а) Что касается отношенія *предварительнаго* производства къ *производству по существу* (судебному разбирательству), то въ результатѣ оба устава сохранили за предварительнымъ слѣдствіемъ прежній его типъ, принявъ лишь главнымъ образомъ мѣры къ тому, чтобы предотвратить извращеніе соотношенія между предварительнымъ слѣдствіемъ и разбирательствомъ на судѣ, преобладаніе перваго надъ послѣднимъ.

Для устройства правильнаго отношенія предварительнаго слѣдствія къ суду, должны были, прежде всего, служить правила, установленныя выше (п. 1); другія, не менѣе важныя, установленія будутъ разобраны далѣе, при разсмотрѣніи дѣленія производства. Такимъ образомъ, характеръ предварительнаго слѣдствія потерялъ въ новомъ судопроизводствѣ измѣненія вслѣдствіе устности судебного разбирательства; но предварительное слѣдствіе осталось образ-

цомъ письменнаго производства. И въ предварительномъ слѣдствіи всегда существовала непосредственность, по крайней мѣрѣ въ отношеніи самого судьи-слѣдователя; но участіе сторонъ въ собираніи доказательствъ всегда ограничивалось очными ставками (Confrontation); новѣйшіе уголовно - судебные уставы нѣсколько расширили это участіе, какъ было указано выше (§ 22, IV).

б) Во всѣхъ случаяхъ, когда судъ постановляетъ опредѣленіе не въ судебномъ засѣданіи, основаніемъ его служатъ лишь акты дѣла и письменныя или внесенныя въ протоколъ домогательства сторонъ. Это нужно въ особенности сказать объ опредѣленіи о преданіи суду (или объ „открытіи производства по существу“). Въ отношеніи къ послѣднему составителямъ уставовъ пришлось столкнуться съ вопросомъ, въ настоящее время возбужденнымъ также во Франціи, не слѣдуетъ ли постановлять означенное опредѣленіе хотя и на основаніи актовъ дѣла, но все таки послѣ устно-состязательнаго разбирательства. Но какъ ни заманчивы такія предположенія, нельзя не принять во вниманіе неудобство устнаго разбирательства на основаніи актовъ, заключающееся въ томъ, что подобное разбирательство можетъ дать удовлетворительные результаты лишь подъ условіемъ преобразования предварительнаго слѣдствія по англійскому образцу, и что съ расширеніемъ матеріала, служащаго основаніемъ для опредѣленія о преданіи суду, возрастаетъ значеніе такого опредѣленія во вредъ подсудимому. Австрійскій уставъ, оставаясь въ предѣлахъ письменнаго производства, лучше германскаго устава обезпечилъ обвиняемому возможность представлять суду свои объясненія по поводу преданія его суду.

в) Устройство *способовъ обжалованія* судебного приговора также благоприятствуетъ устности производства въ двоякомъ отношеніи. Апелляціи, при которой подвергается пересмотру признаніе событій, заключающееся въ приговорѣ, что конечно предполагаетъ изложеніе дѣла на основаніи актовъ, подвергаются лишь приговоры судовъ низшаго разряда. Впрочемъ, слѣдуетъ замѣтить, что хотя по обоимъ уставамъ разсмотрѣніе дѣла въ апелляціонной инстанціи представляется устнымъ разбирательствомъ, по образцу судебного разбора въ судѣ первой степени, но §§ 363—367 германскаго уст. угол. суд. болѣе обезпечиваютъ при этомъ устность производства, нежели §§ 469—473 австрійскаго уст. угол. суд. Последними—суду, въ апелляціонной инстанціи, предоставлено дѣлать,



при предварительномъ разсмотрѣніи дѣла, весьма существенныя распоряженія, безъ всякаго устнаго разбирательства, и отъ усмотрѣнія этого суда зависить опредѣлить объемъ непосредственнаго допроса во время разбирательства дѣла по апелляціи, какъ свидѣтелей и свѣдущихъ лицъ, такъ и обвиняемаго, находящагося подъ стражею. Что касается производства по обжалованію прочихъ приговоровъ, то разсмотрѣніе такихъ жалобъ (*Revision*, въ Австріи *Nichtigkeitsbeschwerde*) представляется въ главныхъ своихъ частяхъ письменнымъ, такъ какъ основывается на актахъ и письменныхъ объясненіяхъ сторонъ, и прокуратура и обвиняемый допускаются къ устнымъ объясненіямъ лишь послѣ доклада, который производится на основаніи названныхъ бумагъ. Наконецъ, частная жалоба (*Beschwerde*) есть такой способъ обжалованія, опредѣленіе по которому всегда постановляется на основаніи ходатайства стороны и актовъ дѣла, безъ устнаго разбирательства.

II *Публичность* (*Oeffentlichkeit*) производства находится, какъ это было уже нѣсколько разъ указываемо выше, въ тѣсной связи съ устностью его; тоже слѣдуетъ сказать о наиболѣе ограниченной формѣ публичности, выражающейся въ доведеніи до свѣдѣній сторонъ о всѣхъ судебныхъ по дѣлу дѣйствіяхъ, о такъ назыв. *гласности для сторонъ* (*Parteien-Oeffentlichkeit*). Ибо, ежели доставленіе сторонамъ возможности получать такія свѣдѣнія настолько заблаговременно, чтобы онѣ могли воспользоваться ими при разбирательствѣ дѣла, предшествующемъ судебному приговору, и представляется совершенно понятнымъ требованіемъ справедливости, то, съ другой стороны, очевидно, что время такого извѣщенія и, съ тѣмъ вмѣстѣ, непосредственность свѣдѣній, могутъ увеличить или уменьшить пользу его для сторонъ. Поэтому даже гласности для сторонъ можно вполне достигнуть лишь при устномъ разбирательствѣ. Также, еще съ большею увѣренностью, можно сказать о публичности въ тѣсномъ смыслѣ слова, которая въ сущности есть простое отрицаніе *тайнаго производства*, и приводитъ къ тому, что залы суда, устроеннаго въ общественномъ интересѣ, для всѣхъ открыты. Публичность имѣетъ еще другое значеніе для уголовного судопроизводства. Достиженіе конечной цѣли уголовного правосудія, о которой было сказано выше (§ 3), возможно только при помощи публичности. Ибо, ежели въ уголовномъ правосудіи должно содержаться нравственное (идеальное) противодѣйствіе преступленію, то необходимо, чтобы дѣятельность уголовныхъ судовъ не пред-

ставлялась народу, по своей таинственности, загадочною, неопредѣленною и неизвѣстною. Народъ не долженъ узнавать одни лишь постановленные приговоры или даже одно ихъ исполненіе, не имѣя яснаго представленія о томъ, какимъ образомъ постановляются приговоры. Разумѣется при этомъ нѣтъ никакой необходимости оглашать и до нѣкоторой степени подвергать критикѣ „общественнаго мнѣнія“ каждый отдѣльный случай; но слѣдуетъ принять мѣры къ тому, чтобы въ народѣ распространялось правильное представление о справедливомъ, нелицепріятномъ, человѣчномъ и осмотрительномъ отправленіи суда, о производствѣ, соотвѣтствующемъ идеальной задачѣ уголовного правосудія даже въ выборѣ средствъ, и наилучшимъ образомъ обеспечивающемъ торжество правды и закона, и чтобы каждое отдѣльное лицо относилось съ довѣріемъ къ дѣламъ, которыхъ производства оно не видѣло, на основаніи тѣхъ судебныхъ засѣданій, съ которыми ему пришлось ознакомиться. Вотъ почему слѣдовало бы исключить *произволъ* относительно исключенія или ограниченія публичности.

Оба уголовно-судебные устава обеспечиваютъ исполненіе указанныхъ требованій тѣмъ, что постановляютъ общимъ правиломъ *публичность всякаго устнаго разбирательства* и опредѣляютъ въ законъ исключенія изъ него. Такъ какъ судебное разбирательство служить для провѣрки всего предшествующаго производства и въ теченіи его всѣ моменты послѣдняго могутъ и должны подлежать обсужденію, то указаннымъ правиломъ, косвеннымъ путемъ, устанавливается публичность всего уголовного судопроизводства. Въ этомъ отношеніи оба устава остались на той почвѣ, на которой уголовный процессъ стоялъ со времени реформы. Выше уже были изложены тѣ постановленія, которыя расширили *гласность предварительнаго производства для сторонъ*, допущеніемъ просмотра актовъ производства и разрѣшеніемъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ сторонамъ и ихъ представителямъ присутствовать при производствѣ слѣдственныхъ дѣйствій.

Германское имперское законодательство имѣло возможность, устанавливая правила о публичности судебныхъ засѣданій, согласовать уголовное судопроизводство съ гражданскимъ, помѣстивъ правила о публичности обоихъ въ законѣ о судоустройствѣ. Здѣсь на- ходятся правила: „судебное разбирательство по дѣлу, со включеніемъ объявленія приговоровъ и опредѣленій суда, происходитъ публично“ (§ 170); „объявленіе приговора происходитъ во всякомъ

случаѣ публично“ (§ 174); затѣмъ постановлены по содержанію дѣлъ исключенія „для всего разбирательства или части его“, въ виду опасности „угрожающей публичному порядку или нравственности“ (§ 173), и, наконецъ, исключенія личнаго свойства для „лицъ несовершеннолѣтнихъ и такихъ, которые не пользуются всѣми почетными гражданскими правами, или же являются въ несоотвѣтствующемъ достоинству суда видѣ“ (§ 176). Порядокъ, наблюдаемый въ случаяхъ исключенія публичности, установленъ въ § 175, которымъ суду предписывается обсудить такое предположеніе при закрытыхъ дверяхъ и затѣмъ объявить свое о томъ постановленіе публично. Допущеніе публичности въ тѣхъ случаяхъ, когда она подлежала исключенію, не можетъ быть разсматриваемо какъ нарушеніе существенной формы производства: законъ даже разрѣшаетъ предсѣдателю (ч. 2 § 176) дозволить входъ въ залу засѣданія отдѣльнымъ лицамъ; напротивъ того, ежели при устномъ разбирательствѣ „нарушены правила о публичности производства“, то законъ признаетъ это поводомъ къ ревизіонному обжалованію (§ 377 п. 6) Сходныя въ основныхъ чертахъ постановленія содержатся въ австрійскомъ уставѣ уголовнаго судопроизводства (§§ 228—230, 233 ч. 3).

#### *§ 24. Участіе народа въ разрѣшеніи уголовныхъ дѣлъ.*

Отмѣна теоріи законныхъ доказательствъ и введеніе суда присяжныхъ эти два положенія въ программѣ судебной реформы были, до окончанія преобразованій судопроизводства, предметами наиболѣе настойчивыхъ и наиболѣе ожесточенныхъ нападеній. Рядомъ со споромъ о достоинствѣ того и другого нововведенія, продолжалось обсужденіе вопроса о связи ихъ съ другими предположеніями реформы. Съ точки зрѣнія логики были правы тѣ, кто отрицалъ такую связь; съ исторической и практической точки зрѣнія—тѣ, кто утверждалъ существованіе этой связи. Послѣдніе были потому правы, что расщепленіе и расчлененіе доказательствъ, измѣненіе ихъ по абстрактному масштабу, которое легко производилось при письменномъ устройствѣ процесса, было совершенно невозможно при судопроизводствѣ устномъ. При устномъ производствѣ, когда лицо, рѣшающее дѣло, совершенно предоставлено непосредственному вліянію доказательствъ, иногда уже одного какого нибудь предъявленнаго доказательства совершенно достаточно для составленія опредѣленнаго убѣжденія; такое убѣжденіе, въ дальнѣйшемъ ходѣ про-

песса, можетъ быть, конечно, опровергаемо и вообще подвергаться различнымъ испытаніямъ, но совершенно исключаетъ возможность сухаго, математическаго сопоставленія доказательствъ. При этомъ имѣетъ значеніе индивидуальная цѣнность доказательства, а вовсе не абстрактное достоинство той категоріи, къ которой принадлежитъ доказательство. Такъ называемое общее впечатлѣніе конечно должно подвергаться необходимой критикѣ путемъ анализа; но такое общее впечатлѣніе является при устномъ производствѣ само собою, естественнымъ путемъ. Затруднительность дать отчетъ въ основаніяхъ составившагося этимъ путемъ убѣжденія такимъ образомъ, дабы читающій мотивы рѣшенія имѣлъ полную возможность, въ свою очередь, составить себѣ опредѣленное мнѣніе о постановленномъ приговорѣ; вышеуказанныя препятствія, которыя устное разбирательство представляетъ для письменнаго закрѣпленія доказательствъ и, тѣмъ самымъ, для провѣрки приговора судьей второй инстанціи; несомѣстимость устности производства въ первой инстанціи, съ повѣркою правильности сдѣланнаго въ немъ признанія событій высшимъ судомъ, независимо отъ того, будетъ ли такой высшій судъ постановлять свой приговоръ на основаніи актовъ, или на основаніи устнаго разбирательства (ибо въ первомъ случаѣ его приговоръ будетъ мало достовѣренъ, во второмъ—будетъ основанъ на другомъ матеріалѣ, тѣмъ приговоръ первоначальный, и такимъ образомъ въ первомъ случаѣ этотъ судъ постановитъ приговоръ менѣе достовѣрный, нежели приговоръ суда первой инстанціи, а въ послѣднемъ случаѣ онъ будетъ рѣшать дѣло во второй разъ, а не провѣрять первое рѣшеніе)—всѣ эти соображенія показываютъ тѣсную-связь, существующую между всѣми вопросами въ разсматриваемой области. Устность производства и свобода оцѣнки доказательствъ взаимно обусловливаютъ и подкрѣпляютъ другъ друга, и одинаково затрудняютъ провѣрку выраженнаго въ приговорѣ результата разсмотрѣнныхъ судомъ доказательствъ. Изложенныя соображенія были причиною, на первый взглядъ быть можетъ и недостаточною, но въ сущности вполне основательною, того, что объ спорящія стороны были одинаково согласны въ невозможности предоставить назначеннымъ правительствомъ судьямъ, по прежнему, сужденіе по наиболѣе тяжкимъ обвиненіямъ, коль скоро исчезли безъ всякой замѣны мѣры, обезпечивавшія справедливость окончательнаго рѣшенія дѣла, и заключавшіяся въ соотвѣтствіи приговора актамъ дѣла, въ системѣ законныхъ доказательствъ, въ обязанности



суда приводить мотивы рѣшенія, и въ учрежденіи инстанцій, которому подчинялось все производство; по всѣмъ этимъ причинамъ, признавалось одинаково всѣми невозможнымъ, имѣя въ виду примѣръ французскаго и англійскаго судопроизводства, предоставить короннымъ судьямъ права и власть присяжныхъ засѣдателей.

Въ періодъ послѣ 1848 года положеніе измѣнилось въ томъ, что вмѣсто свободной оцѣнки доказательствъ явился двоякій вопросъ: *во первыхъ*—о томъ, не достаточны ли указанные три основные признака преобразованнаго судопроизводства, сами по себѣ, для обезпеченія достиженія высшей цѣли уголовного суда, безъ всякой замѣны существовавшихъ въ прежнемъ процессѣ мѣръ, въ особенности безъ замѣны ихъ привлеченіемъ къ участию въ судѣ такого элемента населенія, который по своей способности и благонадежности значительно уступаетъ судьямъ - юристамъ, находящимся на государственной службѣ, и *во вторыхъ*—о томъ, нельзя ли ввести въ судъ народный элементъ въ иной формѣ, чѣмъ судъ присяжныхъ, а именно—въ видѣ совмѣстнаго съ судьями совѣщанія и постановленія общаго приговора лицами изъ народа (судъ шеффеновъ), съ тою же пользою для дѣла, но съ избѣжаніемъ различныхъ затрудненій и стѣсненій, являющихся при раздѣленіи состава суда на двѣ части? Эти два вопроса стояли на первомъ планѣ во время обсужденія въ Германіи новаго устава уголовного судопроизводства, при этомъ ученія о доказательствахъ почти не касались. Для идеи *суда присяжныхъ* разсматриваемая эпоха была временемъ тяжкаго испытанія, изъ котораго идея эта вышла, послѣ горячей борьбы, съ полнымъ торжествомъ, обнаруживъ при этомъ ту замѣчательную жизненность, которою отличается судъ присяжныхъ почти во всѣхъ тѣхъ странахъ, гдѣ онъ однажды появился, благодаря вліянію и могуществу британскаго племени, французскимъ завоеваніямъ, или подражанію французскимъ учрежденіямъ. Я нахожу излишнимъ разбирать огромный литературный матеріалъ, вызванный спорами въ разсматриваемый періодъ, и повторять здѣсь соображенія въ пользу восторжествовавшаго мнѣнія, которыя я позволилъ себѣ высказать нѣсколько раньше, въ то время, когда подобный же споръ происходилъ въ Австріи. Для характеристики способа, коимъ указанный споръ разрѣшился, достаточно будетъ обратить вниманіе читателей на слѣдующее. Какъ и все устройство уголовного суда, вопросъ о судѣ присяжныхъ представляетъ большое значеніе политическаго свойства, и неподлежитъ сомнѣнію, что весьма распро-

страненное и нелишенное основательности убѣжденіе въ томъ, что судъ присяжныхъ есть институтъ, охраняющій гражданскую свободу, и испытанная форма, посредствомъ которой въ государствахъ, имѣющихъ за собою долговременный опытъ парламентарнаго правленія, народъ принимаетъ участіе въ наиболѣе глубоко проявленіи государственной власти, имѣло большое вліяніе на отношеніе къ суду присяжныхъ различныхъ фракцій парламента и, съ тѣмъ вмѣстѣ, болѣе или менѣе непосредственное значеніе для рѣшенія разсматриваемаго вопроса. Однако, въ періодъ послѣ 1848 г., въ полемической литературѣ главное значеніе имѣла не политическая, а юридически-техническая сторона вопроса. Появленіе мысли о замѣнѣ суда присяжныхъ судомъ шеффеновъ, принятой и послѣдовательно развитой въ первомъ проектѣ германскаго устава уголовного судопроизводства, конечно немало способствовало ослабленію вліянія политическихъ фразъ и усилило провѣрку законодательныхъ вопросовъ съ точки зрѣнія юридической техники. При такой постановкѣ вопроса не могли имѣть значеніе, ни существовавшее у нѣкоторыхъ предубѣжденіе противъ предоставленія народному элементу участія въ уголовномъ судѣ, ни сравненіе относительныхъ достоинствъ народнаго элемента и судей по службѣ. Для того, чтобы стать на точку зрѣнія проекта, необходимо принять за доказанное, что несмотря на несомнѣнныя преимущества суда, составленнаго исключительно изъ судей по службѣ, въ смыслѣ знакомства съ законодательствомъ, опытности и житейскаго положенія, обезпечивающаго полнѣйшую объективность и безпристрастіе, предъ судомъ лицъ изъ народа, въ допущеніи послѣднихъ къ участію въ судопроизводствѣ заключается единственное средство болѣе полнымъ образомъ исполнить задачу уголовного суда, подвергнуть вопросъ о виновности болѣе всестороннему и свободному разсмотрѣнію, или, по крайней мѣрѣ, вселить въ народѣ увѣренность въ такомъ разсмотрѣніи его. Съ такой точки зрѣнія вопросъ сводился къ тому, какая форма участія народнаго элемента представляется наиболѣе цѣлесообразной. Тѣмъ не менѣе, большинство лицъ, стоявшихъ за введеніе суда шеффеновъ, защищали его только потому, что онъ представлялся имъ сравнительно меньшимъ зломъ, нежелательною, но необходимою уступкою мнѣнію, которое они считали предразсудкомъ. Вслѣдствіе этого названныя лица очутились въ противорѣчій съ ихъ собственными желаніями, ибо, признавая всякое участіе народнаго элемента въ судѣ зломъ, они, въ

сущности, настаивали не на уменьшеніи, а на увеличеніи этаго зла введеніемъ суда шеффеновъ. И въ самомъ дѣлѣ, введеніе такого учрежденія распространяло вліяніе народнаго элемента, который прежде предполагался ко введенію въ одни суды высшаго разряда, на всѣ суды первой степени и подчиняло ему рѣшеніе важнѣйшихъ вопросовъ производства и наказанія. Присущая суду шеффеновъ тенденція—сдѣлать участіе народнаго элемента въ уголовномъ судѣ болѣе постояннымъ, не могла не вызвать опасенія, что такимъ образомъ будутъ утрачены весьма существенныя выгоды суда присяжныхъ, значительно ослабляющія его неудобства. Судъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей имѣетъ то несомнѣнное достоинство, что вредныя послѣдствія неудачнаго состава присутствія или подчиненіе его опасному вліянію могутъ быть немедленно исправлены измѣненіемъ состава; каждый присяжный засѣдатель въ отдѣльности приноситъ съ собою сознаніе собственной неопытности; только что принесенная присяга, новость дѣла и получаемыхъ впечатлѣній дѣлаютъ его осторожнымъ, осмотрительнымъ и особенно внимательнымъ къ происходящему предъ нимъ разбирательству, заставляють его желать руководства суда и внушаютъ ему живое сознаніе собственной отвѣтственности. Напротивъ того, учрежденіе суда шеффеновъ легко можетъ породить полужнаніе и слишкомъ самоувѣренное отношеніе къ дѣлу суда, ослабить чувство личной отвѣтственности шеффеновъ и дать, по разнородности состава судебныхъ коллегій, преобладаніе по цѣлому ряду дѣлъ тому или другому элементу. Но главное значеніе имѣетъ соображеніе о томъ, что дать обнаружиться всѣмъ затрудненіямъ, неизбѣжнымъ при совмѣстной дѣятельности, направленной къ рѣшенію одного дѣла, значительнаго числа лицъ, представляющихъ собою разнородные элементы, въ опредѣленной, способной къ усовершенствованію, и освященной преданіемъ формъ производства съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, — гораздо менѣе опасно, чѣмъ предоставить разрѣшеніе такихъ затрудненій дѣлу случая, искать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ способовъ къ ихъ обходу, и предоставить все дѣло произвольнымъ соглашеніямъ внутри коллегіи, составленной изъ разнородныхъ элементовъ. Мнѣ кажется, что въ этомъ отношеніи двоякаго рода необходимость, являющаяся въ уголовномъ судопроизводствѣ, — *необходимость точно опредѣленныхъ правилъ и въ то же время начало усмотрѣнія сообразно обстоятельствамъ каждаго дѣла, т. е. необходимость индивидуа-*

*мизации*, выражается самым полным образом въ противоположности между судомъ и скамьею присяжныхъ засѣдателей, и удовлетворяется наиболѣе правильнымъ образомъ установленными закономъ отношеніями между судомъ и присяжными.

Дѣйствительно, какъ въ Германіи, лишь только было обезпечено сохраненіе суда присяжныхъ, такъ равно и въ Австріи, главное вниманіе было обращено на усовершенствованіе производства съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей и въ особенности на выясненіе взаимныхъ отношеній суда и присяжныхъ засѣдателей.

Обращаясь къ основному началу суда присяжныхъ, необходимо, прежде всего, остерегаться придавать суду присяжныхъ значеніе *учрежденія политическаго или исключительнаго свойства*. Оба устава уголовного судопроизводства, по возможности, избѣжали этого; такъ напримѣръ, всѣ дѣйствія по составленію присутствія присяжныхъ засѣдателей не стоятъ ни въ какой связи съ политическими выборами и вообще не являются выраженіемъ политическихъ правъ. Отличія производства съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей отъ обыкновеннаго порядка суда почти сведены къ мѣрѣ необходимаго по самому роду такого судопроизводства. Въ этомъ отношеніи можетъ возбуждать сомнѣніе лишь періодичность засѣданій суда съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей и всѣ ея послѣдствія. Но всего важнѣе, что въ обоихъ уставахъ обращено особенное вниманіе на точное опредѣленіе отношенія присяжныхъ къ суду. Бывшее слѣдствіемъ изученія англійскаго законодательства и французской судебной практики сознаніе того, что французская теорія, ограничивающая дѣятельность присяжныхъ установленіемъ событий, лишая ихъ всякаго участія въ примѣненіи закона — ошибочна, отразилось на обоихъ уставахъ, которые руководствовались имъ при установленіи послѣдовательности отдѣльных дѣйствій производства съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей (постановленіе вопросовъ, заключительныя пренія сторонъ, заключительное слово предсѣдателя) и правилъ о составленіи вопросовъ, предлагаемыхъ присяжнымъ засѣдателямъ. Важное нововведеніе содержится въ *германскомъ уставѣ*, который ограничиваетъ заключительную рѣчь предсѣдателя *юридическимъ наставленіемъ* (Rechtsbelehrung) „не входя въ оцѣнку доказательствъ“ (§ 300), въ то время какъ австрійскій уставъ уголовного судопроизводства говоритъ предсѣдателю (§ 325): „онъ сопоставляетъ въ краткомъ изложеніи существенные результаты разбирательства, указываетъ, съ возможною крат-



костью, доказательства какъ въ пользу, такъ и противъ обвиняемаго, не высказывая при этомъ своего собственнаго мнѣнія. Онъ объясняетъ присяжнымъ законные признаки дѣянія, подлежащаго наказанію, и значеніе встрѣчающихся въ вопросахъ законныхъ терминовъ, обращая ихъ вниманіе на ихъ обязанности вообще и въ особенности на правила о порядкѣ совѣщанія и подачи голосовъ“.

Есть еще другое различіе между обоими уставами, заключающееся въ томъ, что по австрійскому уставу, въ противоположность германскому, по поводу неправильности юридическаго наставленія предсѣдателя, ежели о таковой было записано по просьбѣ одной изъ сторонъ въ протоколѣ, можетъ быть подана просьба объ отмѣнѣ рѣшенія (Nichtigkeitsbeschwerde).

### § 25. Дѣленіе производства.

Дѣленіе производства и порядокъ обжалованія рѣшеній уже были представлены выше (§ 19), въ ихъ основныхъ чертахъ, какъ они исторически сложились. Теперь слѣдуетъ рассмотреть то и другое въ подробности, а именно—въ тѣхъ частяхъ, которыя были предметомъ особеннаго вниманія во время составленія уголовно-судебныхъ уставовъ германскаго и австрійскаго.

1. *Предварительное производство* является, прежде всего, противоположнымъ *разбирательству по существу*; въ матеріальномъ смыслѣ, всѣ судебныя дѣйствія, предшествующія судебному разбирательству, однородны между собою, составляя противоположность всѣмъ судебнымъ дѣйствіямъ по разбору дѣла; первыя обыкновенно предшествуютъ послѣднимъ, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ дѣйствія перваго рода бываютъ необходимы во время и даже по окончаніи судебного разбора. Отчасти въ интересахъ дѣла, отчасти на основаніи *прежней прусской терминологіи*, германскій уставъ создалъ понятіе *главнаго производства* (Hauptverfahren), охватывающее всю процедуру послѣ преданія суду, которому поэтому присвоено техническое наименованіе, „открытія главнаго производства“ (Eröffnung des Hauptverfahrens). Напротивъ того, въ Австріи, понятіе „предварительнаго производства“ распространяется на періодъ „подготовленія главнаго разбирательства“ (Vorbereitung der Hauptverhandlung). Во всякомъ случаѣ, предварительное производство сосредоточивается въ *предварительномъ слѣдствіи*. Выше было указано, что въ этомъ послѣднемъ заключается доля стараго общаго гер-

манскаго уголовного судопроизводства, вошедшая въ новый процессъ.

Движеніе къ преобразованію судопроизводства, становившееся все болѣе глубокимъ, сравнительно поздно коснулось области предварительнаго слѣдствія. Образцомъ для послѣдняго служило англійское устройство, но его было не легко примѣнить на дѣлѣ, такъ какъ въ самой Англіи (въ противоположность Шотландіи) были недовольны этою частью процесса, которая подверглась нѣкоторымъ улучшеніямъ лишь въ срединѣ настоящаго столѣтія и до сихъ поръ продолжаетъ быть предметомъ заботъ; но даже несмотря на такія улучшенія, которыя, впрочемъ, въ Англіи введены не вездѣ, достоинство англійскаго предварительнаго слѣдствія продолжаетъ быть предметомъ споровъ. Вопросъ о сохраненіи и преобразованіи предварительнаго слѣдствія подвергся наиболѣе тщательному обсужденію, неоставшемуся безъ вліянія на дальнѣйшее развитіе этого предмета, во время третьяго германскаго съѣзда юристовъ (1862 г.), принятыя коимъ положенія послужили впослѣдствіи, при введеніи уставовъ уголовного судопроизводства въ Австріи и въ Германіи, основаніемъ для устройства предварительнаго слѣдствія. Въ обоихъ государствахъ главное вниманіе было обращено на приведеніе предварительнаго слѣдствія въ тѣсную связь со всѣмъ составомъ новаго процесса; при этомъ старались не столько объ измѣненіи сущности судейскаго изслѣдованія, сколько объ измѣненіи духа предварительнаго слѣдствія, заключеніемъ его въ тѣсныя границы и согласованіемъ его съ прочими частями производства. Такимъ путемъ надѣялись осуществить слова, сказанныя на сѣансахъ съѣзда юристовъ: „въ прилегающихъ палатахъ окна и двери широко раскрыты, изъ нихъ отовсюду проникаетъ въ предварительное слѣдствіе и свѣтъ и воздухъ“. Поэтому же обращено было вниманіе, во первыхъ, на предшествующее предварительному слѣдствію подготовительное производство, которое называется по старой прусской терминологіи „скрутиніальнымъ“ (Scrutinalverfahren), въ новомъ германскомъ уставѣ „подготовительнымъ производствомъ“ (Vorbereitungsverfahren), а въ австрійскомъ „предварительнымъ дознаніемъ“ (Vorerhebungen), и во вторыхъ, на послѣдующій періодъ производства—опредѣленіе о преданіи суду (объ открытіи главнаго производства).

Вопросъ о назначеніи судебнаго разбирательства, во всякомъ случаѣ, требуетъ разсмотрѣнія, независимо отъ того, было ли по

дѣлу произведено предварительное слѣдствіе или же прямо предъявлено ходатайство о производствѣ судебного разбора. Для мѣръ, которыя въ этомъ случаѣ должны быть приняты, главное значеніе имѣетъ *право инициативы*. Но *право инициативы* не можетъ быть примѣнено съ успѣхомъ безъ *достаточнаго матеріальнаго основанія*, открыть которое должны дѣйствія, предшествующія предъявленію публичнаго уголовного иска и возбужденію уголовного производства. Прокуратура получаетъ лишь въ совершенно исключительныхъ случаяхъ непосредственно такія свѣдѣнія, на основаніи которыхъ она можетъ предъявлять уголовный искъ, или, по крайней мѣрѣ, обратиться къ наведенію справокъ касательно возможности предъявить таковой. Обыкновенно поводомъ къ дѣятельности прокурорскаго надзора бываетъ доносъ или частнаго лица, или правительственнаго установленія. Такими установленіями, отъ которыхъ поступаютъ подобныя сообщенія, являются, въ большинствѣ случаевъ, именно тѣ учрежденія, на которыя возложено раскрытіе и первоначальное преслѣдованіе подлежащихъ наказанію дѣяній. Таковы установленія, вѣдающія полицію и въ особенности такъ называемую полицію уголовную (*police judiciaire*). По возбужденію уголовныхъ преслѣдованій эти установленія обязаны становиться къ прокуратурѣ въ положеніе, соотвѣтствующее существующему между этими двумя органами отношенію, *средства къ цѣли*. Поэтому полиція должна производить по требованію прокуратуры дознанія и разслѣдованія, необходимыя прокуратурѣ въ видахъ собственной дѣятельности. Кромѣ того, полиція, въ тѣхъ случаяхъ, когда она, отправляя какія бы то ни было обязанности свои, получить свѣдѣнія о происшествіяхъ, могущихъ служить поводомъ къ возбужденію уголовного дѣла, доносить о нихъ прокуратурѣ и при этомъ, разумѣется, принимаетъ мѣры къ тому, чтобы оставляемые ею свѣдѣнія были достаточны для принятія прокуратурою перваго рѣшенія. Такимъ образомъ возникаетъ особая дѣятельность, преслѣдующая въ сущности ту же цѣль, какъ и слѣдствіе, производимое впослѣдствіи, которая остается тѣмъ не менѣе совершенно внѣсудебною и не имѣетъ свойства процессуальныхъ дѣйствій: такъ назыв *разслѣдовательное производство* (*Ermittelungs, Scrutinalverfahren*) или *дознаніе*. Дѣятельность эта не доставляетъ доказательствъ, которыя бы могли быть впослѣдствіи предъявлены на судѣ, и, само собою разумѣется, что съ нею не совмѣстимо производство обширныхъ изслѣдованій, связанныхъ съ

значительными усилиями и отягощеніемъ частныхъ лицъ, ежели они не вызываются ближайшей цѣлью дознанія и вполнѣдствіи должны быть повторены. Но и съ другой стороны нерѣдко является опасность утраты доказательствъ, при замедленіи закрѣпить ихъ въ аутентической формѣ. Нерѣдко также бываетъ необходимо немедленно обезпечить наличность лица обвиняемаго и въ этомъ случаѣ необходимо какъ можно скорѣе ввѣрить послѣдняго защитѣ судьи. Наконецъ, во многихъ мѣстностяхъ существуетъ недостатокъ въ полицейскихъ органахъ и уже въ силу этого участіе въ производствѣ судьи-слѣдователи или вообще судьи дѣлается нужнымъ ранѣе обыкновеннаго.

Въ виду указанныхъ обстоятельствъ необходимо особое предварительное производство, *судейское*, которое иногда возбуждается по самому долгу службы. Такое производство по обоимъ законамъ (§§ 163, 164 герм. уст. угол. суд., § 89 ч. 2 и 3 австр.) лежитъ, прежде всего, на единоличномъ судѣ (становомъ, участковомъ)<sup>1)</sup>, и ежели, по приведеннымъ выше соображеніямъ, нѣтъ надобности въ расширеніи его, имѣть задачей исключительно собраніе матеріала, достаточнаго для того, чтобы прокуроръ могъ ознакомиться съ положеніемъ дѣла и рѣшить: слѣдуетъ ли предъявить уголовный искъ.

II. На *производство по преданію суду* оказываютъ существенное вліяніе вышеприведенныя соображенія и, поэтому, оно различно устроено въ германскомъ и австрійскомъ уставахъ. Мы уже говорили, что австрійскій уставъ вовсе не исходитъ изъ того положенія, что однажды предъявленный публичный уголовный искъ становится какъ бы собственностью суда. По австрійскому уставу прокуроръ остается по заключеніи предварительнаго слѣдствія въ томъ же положеніи, какое онъ занимаетъ послѣ произведеннаго дознанія: его дѣло взвѣситъ всѣ данныя окончательнаго производства и рѣшить о томъ, не слѣдуетъ ли ему прекратить производство по дѣлу, отказавшись отъ преслѣдованія. Ежели онъ не признаетъ возможнымъ послѣдняго, то редація обвиненія опять таки всецѣло предоставлена его усмотрѣнію и обвиненіе это подлежитъ особой провѣркѣ суда лишь въ случаѣ ходатайства о томъ обвиняемаго. Обвиняемый, послѣ сообщенія ему обвинительнаго акта, въ состояніи рѣшить самъ, сдѣлаетъ ли онъ попытку къ предот-

<sup>1)</sup> Bezirksrichter въ Австріи. Пр. пер.



вращенію судебного разбирательства, въ указанномъ въ обвинительномъ актѣ судѣ, по поводу всѣхъ или же нѣкоторыхъ пунктовъ обвиненія. Такою попыткой съ его стороны является подача отзыва, причемъ онъ можетъ поручить своему защитнику составить къ нему объясненія на основаніи просмотрѣнныхъ актовъ дѣла. По такому отзыву постановляется рѣшеніе судомъ второй степени на основаніи обвинительнаго акта, предъявленнаго отзыва съ письменными объясненіями и актовъ производства, по выслушаніи заключенія прокурора. Если обвиняемый не подалъ отзыва, то обвинительный актъ (который можетъ быть взятъ обратно во всякое время, но замѣненъ новымъ лишь при особыхъ условіяхъ § 227 ч. 2) служитъ основаніемъ судебного разбора.

*Германское имперское законодательство тѣснѣйшимъ образомъ примкнуло къ старымъ французскимъ порядкамъ, но выгодно отличается отъ всѣхъ прочихъ подражаній французскимъ учрежденіямъ простотою и строгимъ единообразіемъ. Германскій уставъ сохранилъ французское правило о томъ, что начатое предварительное слѣдствіе можетъ быть прекращено исключительно по постановленію судебной власти и, поэтому, во всякомъ случаѣ требуетъ опредѣленія суда касательно результатовъ предварительнаго слѣдствія. Точно также германскій уставъ сохранилъ французскія правила касательно необходимости или ненужности предварительнаго слѣдствія: послѣднее не производится вовсе по дѣламъ суда шеффеновъ, необходимо по дѣламъ, разсматриваемымъ судомъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей и, кромѣ того, производство предварительнаго слѣдствія поставлено въ зависимость отъ усмотрѣнія прокуратуры. Но, въ противоположность французскому законодательству, вопросъ о производствѣ предварительнаго слѣдствія совершенно отдѣленъ отъ постановленія судомъ опредѣленія объ открытіи главнаго производства. Германскій уставъ не знаетъ непосредственнаго вызова обвиняемаго къ суду; судебное разбирательство можетъ быть назначено только по опредѣленію судьи, основаніемъ для котораго обыкновенно служитъ обвинительный актъ прокуратуры. Въ судѣ шеффеновъ содержаніе обвинительнаго акта является болѣе ограниченнымъ и опредѣленія постановляетъ становой судья единолично; по всѣмъ прочимъ уголовнымъ дѣламъ рѣшеніе вопроса о назначеніи судебного (главнаго) разбирательства принадлежитъ уголовной палатѣ областного суда (въ составѣ трехъ судей). Такимъ образомъ, германскій уставъ избѣгъ установ-*

ленія по сему предмету исключительнаго положенія для дѣлъ, подлежащихъ суду присяжныхъ; нѣтъ не только двойной провѣрки обвиненія, но и предварительнаго разсмотрѣнія его высшимъ судомъ, только въ это время получающимъ дѣло къ своему производству, неслишкомъ обремененнымъ разсмотрѣніемъ обвиненій и рѣшающимъ при участіи начальства того прокурора, который дѣйствуетъ въ судѣ первой степени. Въ рѣшеніи уголовной палаты не можетъ принимать участія судья-слѣдователь, производившій слѣдствіе по дѣлу (зак. о суд. § 23 ч. 2). Было также сдѣлано предложеніе воспретить судьямъ, участвовавшимъ въ постановленномъ палатою опредѣленіи, участвовать въ судебномъ по дѣлу засѣданіи. Однако соображенія судоустройства побудили правительства къ рѣшительному противодѣйствію этому предложенію: опасались при такомъ правилѣ необходимости усиливать составъ второстепенныхъ судовъ и оставлять судей недостаточно занятыми. Въ концѣ концовъ состоялся компромиссъ, на который рейхстагъ согласился лишь послѣ весьма оживленныхъ преній; по компромиссу было рѣшено, чтобы въ судебномъ разбирательствѣ въ уголовныхъ палатахъ (*но не* въ судѣ съ участіемъ присяжныхъ) не могли принимать участіе болѣе двухъ судей изъ числа тѣхъ, которые участвовали въ постановленіи опредѣленія о преданіи суду, и не участвовалъ бы ни въ какомъ случаѣ „судья, дѣлавшій докладъ о ходатайствѣ прокуратуры“ (зак. о суд. § 23 ч. 3).

Основанія къ такому одинаковому устройству судебной провѣрки и рѣшенія по каждому обвиненію, указываются отчетомъ коммисіи рейхстага: этотъ отчетъ, прежде всего, ссылается на важность для обвиняемаго, чтобы злу, связанному съ появленіемъ на скамьѣ подсудимыхъ, онъ не могъ быть подвергнутъ единственно по усмотрѣнію прокуратуры. По поводу же предложенія допускать постановленіе судомъ особаго опредѣленія „лишь въ тѣхъ случаяхъ и постольку, поскольку обвиняемый предъявлялъ возраженіе противъ обвинительнаго акта,“ въ отчетѣ замѣчено: „коммисія не могла не согласиться, что послѣдовательное проведеніе обвинительнаго начала можетъ привести къ устройству такого порядка, тѣмъ болѣе, что доказано опытомъ, что опредѣленіе суда, въ весьма многихъ случаяхъ, оставляетъ ходатайство прокуратуры безъ всякаго измѣненія, такъ что, повидимому, самое постановленіе опредѣленія нерѣдко бываетъ излишнимъ. Тѣмъ не менѣе коммисія не считала возможнымъ присоединиться къ вышеприведенному мнѣнію. Судъ,

постановляя опредѣленіе о преданіи суду, вовсе не принимаетъ на себя функціи обвинителя, даже и въ томъ случаѣ, когда прокуратура ходатайствовала о прекращеніи производства, а судомъ, на оборотъ, постановлено опредѣленіе о преданіи суду. Ибо, послѣ предъявленія прокуратурою обвиненія противъ лица обвиняемаго, является гораздо болѣе требованіемъ публичнаго интереса, нежели интереса самого обвиняемаго, чтобы касательно предъявленнаго обвиненія и продолженія его рѣшало не усмотрѣніе прокурора, но независимое судебное установленіе. Въ данномъ случаѣ не прокуроръ предъявляетъ обвиненіе на основаніи опредѣленія суда, но судъ постановляетъ опредѣленіе о прекращеніи или о поддержаніи уже предъявленнаго обвиненія. Далѣе, по мнѣнію комиссіи, невозможно оставлять на усмотрѣніе обвиняемаго рѣшеніе о томъ, подлѣжитъ-ли ходатайство прокурора о разсмотрѣніи дѣла судомъ немедленному удовлетворенію, или же необходимо предварительно постановленіе судомъ опредѣленія, такъ какъ часто обвиняемый не обладаетъ достаточнымъ образованіемъ для того, чтобы понять все значеніе и всѣ послѣдствія такого ходатайства“.

III На основаніи всего сказаннаго до сихъ поръ, легко уже опредѣлить понятіе *судебнаго разбирательства*. Достаточно будетъ прибавить еще нѣсколько словъ для поясненія его. Французское судопроизводство создало въ этой области особый типъ, который отличается отъ римскаго, англійскаго и шотландскаго, и всего рѣзче выразился въ производствѣ суда съ участіемъ присяжныхъ заседателей. Судебное засѣданіе по этому типу происходитъ въ слѣдующемъ порядкѣ: допросъ подсудимаго о его личности, приведеніе къ присягѣ присяжныхъ заседателей, прочтеніе обвинительнаго акта и опредѣленія о преданіи суду и, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, изустное развитіе обвиненія генеральнымъ прокуроромъ, перекличка свидѣтелей, допросъ подсудимаго, допросъ свидѣтелей, рѣчи сторонъ, заключеніе предсѣдателя, постановленіе вопросовъ присяжнымъ заседателямъ. Порядокъ засѣданія въ судахъ исправительной полиціи нѣсколько иной (независимо отъ различія, обусловливаемаго присутствіемъ присяжныхъ заседателей): изустное изложеніе обвиненія составляетъ общее правило, въ нѣкоторыхъ случаяхъ его замѣняетъ прочтеніе посланной обвиняемому повѣстки о вызовѣ въ судъ, и затѣмъ тотчасъ начинается разсмотрѣніе доказательствъ; послѣ этого слѣдуетъ допросъ подсудимаго, пренія сторонъ и постановленіе приговора. Типъ французскаго судебного

засѣданія съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, нашелъ примѣненіе въ новѣйшихъ германскихъ законодательствахъ, между прочимъ и въ имперскомъ уставѣ уголовного судопроизводства, который, въ этомъ отношеніи, *Гнейстъ* типетно (за исключеніемъ предоставленія въ нѣкоторыхъ случаяхъ сторонамъ производства допроса свидѣтелей) старался приблизить къ англійскому типу. Отличіе отъ французскихъ порядковъ состоитъ (кромѣ различія во времени постановки вопросовъ присяжнымъ засѣдателямъ) лишь въ томъ, что какъ по австрійскому уставу уголовного судопроизводства (§ 241), такъ и по германскому (§ 242 ч. 1) переключка свидѣтелей предшествуетъ, слѣдуя непосредственно за допросомъ подсудимаго о его личности, изложенію обвиненія.

IV. Порядокъ *обжалованія рѣшенія* заслуживаетъ болѣе подробнаго разсмотрѣнія лишь съ точки зрѣнія устройства, которое онъ получилъ въ примѣненіи къ уголовнымъ дѣламъ средняго и высшаго разряда. Несмотря на то, что въ этой области новѣйшее законодательство могло бы гораздо свободнѣе и съ большимъ успѣхомъ воспользоваться соотвѣтствующими правилами англійскаго законодательства, новѣйшія законодательства — австрійское и германское остались въ сущности на почвѣ *французскаго* права. Правда, на первый взглядъ кажется, будто бы германскій уставъ уголовного судопроизводства болѣе отдалился отъ французскаго образца, нежели австрійскій уставъ, замѣнивъ, бывшее до сихъ поръ общепотребительнымъ въ Германіи, названіе просьбы объ отмѣнѣ рѣшенія (*Nichtigkeitsschwerde*) словомъ „реvizія“; и дѣйствительно, въ мотивахъ къ закону (стр. 201) говорится, что это сдѣлано, ибо кассационную жалобу французскаго законодательства „было необходимо совершенно оставить, какъ съ матеріальной, такъ и съ формальной стороны“. Но было совершенно справедливо замѣчено, что то устройство, которое въ проектѣ устава уголовного судопроизводства получило обжалованіе приговора посредствомъ „реvizіи“, встрѣчается во многихъ старыхъ и въ большинствѣ новѣйшихъ германскихъ уставовъ уголовного судопроизводства. И въ самомъ дѣлѣ, мы находимъ въ германскомъ уставѣ *лишь одно* существенное отличіе, которое однако успѣло проникнуть въ предшествующіе германскіе уставы и существуетъ въ еще большемъ размѣрѣ въ австрійскомъ уставѣ уголовного судопроизводства, несмотря на сохраненіе въ этомъ послѣднемъ прежняго названія „просьбы объ отмѣнѣ рѣшенія“, — отличіе, состоящее въ томъ, что



названная жалоба имѣетъ послѣдствіемъ не одно лишь уничтоженіе предшествующаго приговора, но и замѣну его новымъ приговоромъ по существу дѣла, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда обращеніе дѣла ко вторичному разбирательству требуется недостаткомъ въ дѣлѣ сдѣланнаго съ соблюденіемъ формъ признанія событій, или (по германскому уставу угол. суд.) въ видахъ опредѣленія мѣры наказанія. Главная мысль разсматриваемаго способа обжалованія приговора соотвѣтствуетъ основнымъ требованіямъ, которымъ должна удовлетворять жалоба на приговоръ, постановленный при устномъ производствѣ, на основаніи свободной оцѣнки доказательствъ, ежели только просьба одной изъ сторонъ не признается достаточнымъ поводомъ для полнаго возобновленія производства: на сдѣланное признаніе событій возможно жаловаться лишь косвеннымъ путемъ — указаніемъ недостатковъ лежащаго въ его основаніи производства, на примѣненіе же закона можно жаловаться непосредственно и безъ ограниченій, ежели только можетъ быть указана ошибка въ постановленіи приговора перваго судьи. Ни тотъ, ни другой уставъ не рѣшились отказаться, съ одной стороны, отъ общаго правила объ отмѣнѣ неправильнаго производства, съ другой стороны — отъ проведенія различія между такими недостатками, въ виду которыхъ производство безусловно подлежитъ отмѣнѣ, и такими, при наличности которыхъ необходимо ближайшее разсмотрѣніе и обсужденіе ихъ важности. Способы проведенія такой системы въ томъ и другомъ уставѣ неодинаковы: въ случаяхъ послѣдняго рода австрійскій уставъ придаетъ главное значеніе поведенію самой стороны во время производства въ судѣ первой степени, а именно тому, старалась ли она о предотвращеніи грозящаго ея правамъ нарушенія, просила ли судъ о немедленномъ разсмотрѣніи вопроса, дала ли ему возможность указать основанія своего частнаго опредѣленія по этому поводу, и тѣмъ самымъ облегчила повѣрку ли въ инстанціи обжалованія. Подробно разсмотрѣть въ настоящемъ отдѣлѣ порядокъ обжалованія приговоровъ невозможно уже потому, что для этого необходимо было бы остановиться на устройствѣ возобновленія уголовныхъ дѣлъ.

## ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

### УГОЛОВНО-СУДЕБНОЕ ПРАВО И ЕГО ИСТОЧНИКИ.

---

#### ГЛАВА ПЕРВАЯ.

#### Мѣсто уголовного судопроизводства въ системѣ права.

§ 26. *Мѣсто уголовного судопроизводства въ системѣ права.*

I. Уголовное судопроизводство есть закономъ установленный порядокъ осуществленія карательнаго права въ отдѣльныхъ случаяхъ. Это выраженіе употребляется въ двоякомъ смыслѣ: оно означаетъ какъ самые приемы производства (*ordo iudiciorum criminalium*), такъ и совокупность правилъ, опредѣляющихъ его, содержащихся отчасти въ законѣ (*уголовно-судебное право*), отчасти въ *науки уголовного судопроизводства*, въ *теоріи уголовного процесса*, и такимъ образомъ противопоставляетъ отвлеченному понятію уголовного судопроизводства способъ примѣненія нормъ уголовного права въ каждомъ конкретномъ случаѣ.

II. Прежде всего слѣдуетъ остановиться на различіи между *матеріальнымъ* и *формальнымъ* уголовнымъ правомъ. Первымъ опредѣляются общія условія, необходимыя для того, чтобы извѣстное положеніе уголовного права могло быть примѣнено въ данномъ случаѣ; послѣднее же указываетъ средства сообщить юридическую достовѣрность наличности въ данномъ случаѣ упомянутыхъ общихъ условій. Но въ свою очередь такая достовѣрность является юридическимъ условіемъ примѣненія уголовного закона, при которомъ требуется соблюденіе соответствующихъ нормъ права. Невозможность исполнить такія нормы составляетъ въ юридическомъ смыслѣ препятствіе для примѣненія уголовного закона, несмотря на наличность всѣхъ прочихъ условій. Отсюда видно, что существуетъ особая промежуточная область между процессуальнымъ и матері-

альнымъ правомъ; при болѣе внимательномъ разсмотрѣніи оказывается, что она принадлежитъ по своей природѣ праву *матеріальному*, измѣненному соотвѣтственно условіямъ и случайнымъ потребностямъ судопроизводства (т. н. *матеріальное судебное право*). Законодательства несогласны въ установленіи границы между матеріальнымъ и процессуальнымъ правомъ: такъ напр. французское законодательство относитъ давность къ праву судебному.

III. Черезъ уголовное судопроизводство осуществляется уголовное право: поэтому отъ значенія послѣдняго зависитъ значеніе перваго. Выраженіе „уголовное право“, въ современномъ языкѣ, означаетъ нѣчто совершенно отличное отъ всѣхъ тѣхъ учреждений, подобныхъ наказанію, которыя допускаются въ областяхъ, гдѣ государственная власть не дѣйствуетъ непосредственно (церковныя наказанія, власть отеческая, власть начальствующаго), и отъ взысканій, примѣняемыхъ государствомъ непосредственно, или чрезъ перенесеніе власти, къ такимъ нарушеніямъ, которыя не опасны для публичнаго юридическаго порядка (ср. выше § 31), т. е. *дисциплинарныхъ мѣръ взысканія*. Поэтому и подъ выраженіемъ *уголовное судопроизводство*, употребленнымъ безъ дальнѣйшаго поясненія, слѣдуетъ разумѣть исключительно способы примѣненія уголовного права въ тѣсномъ смыслѣ слова. Но слѣдуетъ замѣтить, что порядокъ уголовного суда и потребность въ распространеніи связанныхъ съ нимъ выгодъ на области, въ дѣйствительности непринадлежація уголовному праву, были поводомъ къ расширенію области уголовного права. Вслѣдствіе этого уголовный судъ въ настоящее время сдѣлался средствомъ примѣненія карательныхъ законовъ полицейскихъ, финансовыхъ и вообще обширнаго круга карательныхъ постановленій административнаго свойства: область примѣненія уголовного судопроизводства опредѣляется, главнымъ образомъ, кругомъ вѣдомства судовъ.

Въ *Австріи* область примѣненія уголовного судопроизводства осталась сравнительно ограниченной. Въ этой странѣ предметъ судебного разсмотрѣнія составляютъ лишь дѣянія, объявленные преступленіями или проступками, а также тѣ полицейскія нарушенія, которыя предусмотрены общимъ уголовнымъ закономъ 1852 года, обнимающимъ довольно значительную часть т. н. *полицейской неправды*, или же подчинены судебному разсмотрѣнію особымъ постановленіемъ закона (ст. I и VIII закона о введеніи въ дѣй-

ствіе уст. угол. суд. и § 9 уст. угол. суд.); по значительное большинство полицейскихъ взысканій налагается административною властью. Въ противоположность австрійскому, германское имперское законодательство опредѣлило понятія преступленія, проступка и нарушенія такимъ образомъ, что ими охватываются всѣ наказанія лишеніемъ жизни или свободы и денежнымъ взысканіемъ. Само уголовное уложеніе германской имперіи содержитъ въ себѣ значительное число карательныхъ постановленій совершенно полицейскаго свойства. Въ то же время, согласно § 2 закона о введеніи въ дѣйствіе уголовного уложенія, сохраняется значительное число „особенныхъ постановленій имперскаго (Reichs) и мѣстнаго (Landes) уголовного законодательства въ своей силѣ“, и число такихъ постановленій увеличилось съ изданіемъ новыхъ имперскихъ законовъ. Съ другой стороны § 5 названнаго закона ограничиваетъ „постановленія мѣстнаго законодательства по предметамъ (Materien), которые не вошли въ содержаніе уголовного уложенія для германской имперіи“ тѣмъ, что въ нихъ „могутъ быть опредѣлены наказанія только тюрьмою на срокъ не свыше двухъ лѣтъ, арестомъ, денежною пеней, отобраніемъ отдѣльныхъ предметовъ и лишеніемъ публичныхъ должностей“; значеніе этого ограниченія для законовъ предшествовавшихъ опредѣляется § 6 того же закона.—Далѣе, §§ 27, 74 и 75 закона о судоустройствѣ предоставляютъ разсмотрѣнію общихъ судебныхъ мѣстъ всѣ проступки и нарушенія, и согласно § 3 уст. угол. суд. правила этого устава примѣняются къ производству всѣхъ уголовныхъ дѣлъ, подсудныхъ общимъ судебнымъ мѣстамъ. При этомъ, согласно разъясненіямъ, послѣдовавшимъ въ комисіи рейхстага, подъ именемъ „нарушеній“ разумѣются противозаконныя дѣянія, предусмотрѣнныя имперскимъ уголовнымъ уложеніемъ и дополнительными узаконеніями какъ имперіи, такъ и отдѣльныхъ государствъ (мѣстными), за которыя опредѣлено наказаніе въ предѣлахъ наказуемости нарушеній, установленныхъ уголовнымъ уложеніемъ; въ такомъ же точно смыслѣ надлежитъ разумѣть и понятіе „проступковъ“. Далѣе, §§ 5 и 6 закона о введеніи въ дѣйствіе устава уголовного судопроизводства оставляютъ въ дѣйствиіи рядъ особенныхъ правилъ судопроизводства, содержащихся отчасти въ общеимперскихъ, отчасти даже въ нѣкоторыхъ мѣстныхъ законахъ; въ отношеніи предметовъ, указанныхъ п. 1 § 6, мѣстной законодательной власти предоставлено одинаковое съ имперскою властью право издавать постановленія „о порядкѣ административ-



наго разбирательства по дѣламъ о *нарушеніяхъ*“, а равно касательно нарушеній правилъ взиманія общественныхъ податей и сборовъ. Но касательно нарушеній послѣдняго рода сдѣлана оговорка: „за которыя полицейскимъ властямъ предоставлено право налагать взыскація собственнымъ распоряженіемъ;“ во всѣхъ этихъ случаяхъ примѣняются правила §§ 453—455 и 459—463 имперскаго уст. угол. суд. Такимъ образомъ, общимъ правиломъ судопроизводства признается, что *обвиняемый долженъ имѣть во всякомъ случаѣ возможность въ установленный срокъ ходатайствовать о судебномъ разсмотрѣніи дѣла* и тѣмъ самымъ, изъявъ дѣло отъ дальнѣйшаго административнаго разбирательства, передать его въ судъ.

IV. Отдѣлить область карательнаго административнаго производства отъ области уголовного судопроизводства невозможно безъ нѣкотораго произвола; это составляетъ примую задачу положительнаго законодательства. Въ Германіи проведеніе предѣловъ въ этомъ отношеніи было тѣмъ болѣе трудно, что переходъ государствъ отъ полной самостоятельности въ дѣлѣ законодательства, къ подчиненію единому имперскому законодательству, требовалъ особенной осторожности и, притомъ, по нѣкоторымъ обстоятельствамъ, было необходимо сохранить особенные суды. Вслѣдствіе этого отношенія той и другой области карательныхъ взысканій въ Германіи весьма сложны и обзорѣніе ихъ весьма затруднительно. При этомъ, въ Германіи, уголовное право, уголовная подсудность и уголовное судопроизводство, не вполне совпадаютъ одно съ другимъ: при дѣйствующемъ законодательствѣ, рядомъ съ общими уголовными судами, существуютъ различныя установленія съ карательною властью, осуществляемые порядкомъ, совершенно отличнымъ отъ общаго уголовного судопроизводства; затѣмъ, нѣкоторыя изъ подобныхъ установленій съ карательною властью болѣе или менѣе примѣняются къ производству правила дѣйствующаго устава уголовного судопроизводства, какъ субсидіарное право, или же какъ общій законъ, съ нѣкоторыми, измѣняющими его, дополненіями; наконецъ, нѣкоторыя уголовныя дѣла производятся въ общихъ судахъ порядкомъ, нѣсколько отличнымъ отъ общаго уголовного судопроизводства (§ 3 ч. 2 закона о введеніи устава угол. суд.). Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ замѣтить:

А. Правила уголовного судопроизводства не примѣняются къ нижеслѣдующимъ дѣламъ, вслѣдствіе особенностей предмета дѣла и подсудности:

1) *Къ дѣламъ дисциплинарнымъ* (Ordnungs,-Ungehorsams,—Prozess,-Executivstrafen).

2) *Къ дѣламъ объ ответственности министровъ*, которыя подлежатъ по законамъ различныхъ союзныхъ государствъ разсмотрѣнію особенныхъ судовъ, хотя къ производству при этомъ примѣняются субсидіарно правила общаго судопроизводства по уголовнымъ дѣламъ.

3) Къ дѣламъ, подлежащимъ разбирательству слѣдующихъ особенныхъ судовъ, признаваемыхъ имперскимъ законодательствомъ (зак. о суд. § 14): а) учрежденныхъ на основаніи договоровъ пограничныхъ государствъ, судовъ: таможенныхъ по рѣкѣ Эльбѣ (Elbzollgerichte) и судоходства по Рейну (Rheinschiffahrtsgerichte); б) ремесленныхъ, облеченныхъ карательною властью, до настоящаго времени лишь въ Эльзасѣ-Лотарингіи; в) третейскихъ судовъ высшихъ титулованныхъ лицъ (Austrägalinstanz von Standesherrn—§ 7 зак. о введ. зак. о судоустр.).

*Б* Разбирательство по дѣламъ, которыя по своему предмету входятъ въ понятіе дѣлъ уголовныхъ, но влѣдствіе подсудности ихъ особеннымъ судамъ подчиняются особенному порядку судопроизводства (или въ производствѣ которыхъ могутъ быть установлены правила, отличныя отъ имперскаго уголовно-судебнаго права), а равно по такимъ дѣламъ, особенности въ порядкѣ производства которыхъ ведутъ къ установленію особенныхъ судовъ.

1) „Въ отношеніи государей и членовъ семействъ государей, а равно членовъ княжескаго рода Гогенцоллерновъ, правила устава уголовного судопроизводства примѣняются лишь насколько противное сему не постановлено въ особыхъ семейныхъ актахъ или мѣстныхъ законахъ“ (§ 4 зак. введ. уст. угол. суд.).

2) Дѣла, подсудныя *военнымъ судамъ* (§ 39 воен. зак. 2 мая 1874 г. RGVL стр. 56; § 7 зак. введ. зак. судоустр.; § 16 зак. судоустр.).

3) Чрезвычайные суды военного положенія (§ 16 зак. судоустр.; ст. 68 герм. имп. конст.; прусскій законъ 4 іюня 1851 г. Gesetz-sammlung стр. 451, дѣйствіе котораго распространено временно на всю имперію).

4) Дѣла, подвѣдомственные разбирательству консуловъ (имп. зак. 10 іюля 1879 г. RGVL стр. 147).

*В.* Необходимо затѣмъ остановиться на особенностяхъ *административнаго карательнаго права*. Это послѣднее совершенно вы-

ходить изъ области уголовного права, поскольку имъ опредѣляются такія мѣры взысканія, наложеніе коихъ за извѣстныя дѣянія не сообщаетъ послѣднимъ тяжести, по крайней мѣрѣ, „нарушенія“ (см. выше п. III); въ отношеніи же другихъ карательныхъ постановленій, служащихъ къ упроченію административныхъ предписаній посредствомъ угрозы наказаніемъ, примѣняется административное производство, имѣющее слѣдующія особенности:

1) Производство это представляется *исключеніемъ*, которое должно основываться: а) или на постановленіи имперскаго законодательства (таковы въ настоящее время для нарушеній почтовыхъ правилъ—законъ о почтѣ 28 октября 1871 г. G. samml. стр. 347, для нѣкоторыхъ нарушеній устава о мореплавателяхъ—§ 101 закона 27 декабря 1872 г. RGBL стр. 401, для нарушеній правилъ о принятіи на суда нуждающихся въ помощи мореплавателей—§ 1 закона того же дня RGBL стр. 432, наконецъ для нарушеній правилъ о взиманіи публичныхъ податей и сборовъ—§§ 459 и слѣд. уст. угол. суд.), или б) на постановленіи мѣстнаго законодательства, новомъ или продолжающемъ дѣйствовать согласно разрѣшенію имперскаго законодательства; такое разрѣшеніе дано мѣстному законодательству постановленіями—§ 6 п. 3 зак. о введ. уст. угол. суд. относительно „нарушеній“ (§ 453 уст. угол. суд.) и относительно нарушенія правилъ о взысканіи публичныхъ податей и сборовъ (§§ 459 и слѣд. уст. угол. суд.).

2) *Производство*, наблюдаемое административными начальствами по дѣламъ этого рода, не совсѣмъ чуждо уголовному процессу; производство это примыкаетъ къ уголовному процессу тѣмъ, что лицу, приговоренному ко взысканію, предоставлено право домогаться *судебнаго рѣшенія* дѣла. Образцомъ производства этого рода представляется издаваемое административною властью *распоряженіе о наложеніи взысканія*; только въ отношеніи правилъ изданія и исполненія такого распоряженія и сохраняетъ силу законодательство мѣстное, въ предѣлахъ, означенныхъ § 453 уст. угол. суд. Судебное производство, которое наступаетъ по требованію приговореннаго къ взысканію административною властью, подчиняется правиламъ устава уголовного судопроизводства; мѣстное законодательство не можетъ постановлять въ этомъ отношеніи иныхъ правилъ.

3) Всѣ указанныя положенія дополняются постановленіемъ § 17

зак. о судоустр., опредѣляющимъ порядокъ перенесенія дѣлъ этого рода въ судъ.

Г. Своеобразное положеніе между дѣлами уголовными и административными занимаютъ нарушенія лѣсныя и полевые (Forst- und Feldrügесachen). Въ то время какъ, по общему правилу, дѣла, для которыхъ оставлены особенные суды, мѣстная законодательная власть можетъ передать въ общія судебныя мѣста, съ установленіемъ нѣкоторыхъ отличій въ производствѣ (§ 3 ч. 2 зак. введ. уст. угол. суд.<sup>1</sup>), мы встрѣчаемся по этому предмету съ обратнымъ отношеніемъ: мѣстному законодательству предоставляется устанавливать для нихъ отличный порядокъ производства даже и въ томъ случаѣ, ежели оно ничего не измѣняетъ въ опредѣленной имперскими законами подсудности; съ другой стороны, мѣстное законодательство по дѣламъ этого рода можетъ касаться подсудности только въ томъ отношеніи, что можетъ предписать разсмотрѣніе этихъ дѣлъ становыми судами и, притомъ, безъ участія шеффеновъ (ч. 3, тамъ же). Выраженіе „дѣла о лѣсныхъ и полевыхъ нарушеніяхъ“ весьма неопредѣленно; подъ это понятіе могутъ быть подведены:

1) Нарушенія постановленій мѣстнаго законодательства (на основаніи § 2 зак. введ. угол. улож. 31 мая 1870 г.) по лѣсной и полевой полиціи и о лѣсной кражѣ (Holzdiebstahl), т. е. дѣянія, которыя вовсе не предусмотрены имперскимъ законодательствомъ и могутъ заключать или не заключать въ себѣ признаковъ „нарушенія“, смотря по тѣмъ карательнымъ послѣдствіямъ, которыя имъ будутъ приданы мѣстными законами.

2) Предусмотрѣнныя имперскимъ уголовнымъ уложеніемъ нарушенія, которыя могутъ быть разсматриваемы какъ лѣсные или полевые проступки (напр. § 368 пп. 6, 9, 11).

3) Дѣянія, которыя выдѣлены изъ понятія кражи и поврежденія имущества, съ точки зрѣнія которыхъ они бы могли быть обсуждаемы, особенными постановленіями по лѣсной или полевой полиціи, и обращены, въ самостоятельныя преступленія. Формальное основаніе для такого обособленія и выдѣленія самостоятельныхъ проступковъ заключается въ вышеприведенномъ мѣстѣ закона о введеніи въ дѣйствіе имперскаго уголовного уложенія, а матеріальное—въ томъ, что незначительная цѣнность похищенныхъ или поврежденныхъ предметовъ, неблагоприятное соотношеніе между тою выгодною, которая изъ нихъ можетъ быть извлечена, и тою тратою



труда и работы, которыя необходимы для собиранія ихъ, наконецъ исторически сложившіеся въ народѣ взгляды—способствовали выдѣленію ихъ изъ группы, къ которой они въ сущности должны принадлежать. Подобное же явленіе представляетъ недозволенная охота, съ тою лишь разницею, что дичь, которая не содержится въ огороженномъ мѣстѣ, можетъ сама удалиться изъ предѣловъ охотничьяго участка, и становится собственностью лица, имѣющаго право охоты, лишь съ момента убіенія, тогда какъ этого нельзя сказать о наличныхъ малоцѣнныхъ произведеніяхъ, находимыхъ въ полѣ и въ лѣсу.

Указанное выдѣленіе самостоятельныхъ проступковъ совершено путемъ положеній матеріальнаго права; но намъ было необходимо указать на него для того, чтобы судить о размѣрѣ допущенныхъ въ этомъ отношеніи отступленій отъ уголовного судопроизводства. По дѣламъ о такихъ дѣяніяхъ, которыя не составляютъ нарушеній въ смыслѣ уголовного уложенія, мѣстное законодательство должно руководствоваться ч. 3 § 3 зак. введ. уст. угол. суд. лишь въ томъ случаѣ, когда оно почему либо желаетъ подчинить ихъ разбирательству становыхъ судовъ вмѣсто административнаго разбирательства. Въ остальныхъ же случаяхъ, хотя и несомнѣнно, что имперское законодательство имѣло въ виду лишь самыя маловажныя проступки, но разграниченіе тѣхъ изъ нихъ, къ которымъ примѣняются мѣстные законы, остается въ зависимости отъ существующаго мѣстнаго законодательства и отъ имѣющихъ послѣдовать законовъ: постановленныя по этому предмету имперскимъ уложеніемъ правила не исключаютъ для мѣстнаго законодательства возможности преслѣдовать, какъ маловажныя дѣла полеваго и лѣснаго управленія, такія дѣянія, которыя имѣютъ всѣ признаки „проступковъ“ (Vergehen).

Что касается отступленій отъ общаго порядка судопроизводства, то по буквѣ закона они должны ограничиваться въ становомъ судѣ разбирательствомъ и постановленіемъ приговора; поэтому измѣненіе порядка производства въ апелляціонной инстанціи невозможно, но мѣстное законодательство можетъ вовсе отмѣнить обжалованіе приговоровъ становаго судьи. Судя по отчету комисіи рейхстага (стр. 106), при этомъ имѣлось преимущественно въ виду измѣнить правила о разсмотрѣніи на судѣ доказательствъ, въ смыслѣ устраненія для чиновниковъ лѣснаго вѣдомства необходимости приносить иногда въ теченіи одного дня нѣсколько разъ присягу.

V. Изъ всего изложеннаго слѣдуетъ, что *подраздѣляя* уголовное судопроизводство по *роду*, необходимо различать между общимъ *уголовно-судебнымъ правомъ* и указанными *особыми производствами* по уголовнымъ дѣламъ особеннаго рода. Но мы уже видѣли, что и эти особые производства вовсе не лежатъ безусловно внѣ области дѣйствія устава уголовного судопроизводства. Поэтому слѣдуетъ различать, въ предѣлахъ производства, опредѣленнаго уставомъ, *общій порядокъ производства* уголовныхъ дѣлъ и нѣкоторые *особенные роды* производствъ. Впрочемъ и *общее судопроизводство* по уголовнымъ дѣламъ не остается вполне однороднымъ, но измѣняется соответственно установленной трехчленной подсудности уголовныхъ дѣлъ въ *первой степени* суда: имперскій судъ или судъ присяжныхъ, уголовныя отдѣленія <sup>1)</sup>, суды станovyе, и суды шеффеновъ. Въ сущности производство по дѣламъ, подлежащимъ разбирательству уголовныхъ отдѣленій, могло бы быть названо общимъ уголовнымъ судопроизводствомъ въ тѣсномъ смыслѣ слова, такъ какъ по системѣ устава, правила производства, наблюдаемыя по всѣмъ прочимъ уголовнымъ дѣламъ, являются отступленіями отъ указаннаго основнаго порядка. Въ уставѣ уголовного судопроизводства, общему порядку, въ широкомъ смыслѣ слова, противопоставлены, какъ „особенные роды производства“, слѣдующіе: производство по приказу становаго судьи о наложеніи взысканія, производство послѣ предшествовавшаго распоряженія полиціи о наложеніи взысканія и по дѣламъ о нарушеніи правилъ о взиманіи публичныхъ податей и сборовъ, производство по дѣламъ объ отсутствующихъ, уклонившихся отъ воинской повинности, и производство при конфискаціи предметовъ и наложеніи ареста на имущество. Къ нимъ слѣдуетъ, впрочемъ, прибавить подобныя же правила о судопроизводствѣ, содержащіяся въ особенныхъ узаконеніяхъ, какъ напр. въ законѣ о печати 7 мая 1874 г. RGBL стр. 65 (§§ 23—28), въ законѣ о пріобрѣтательныхъ и хозяйственныхъ обществахъ 4 іюля 1868 г. RGBL стр. 415, въ законѣ объ устройствѣ почты германской имперіи 28 октября 1871 г. RGBL стр. 347 (§§ 32 и слѣд.), въ законѣ объ авторскомъ правѣ на литературныя произведенія и т. д. 11 іюня 1870 г. RGBL стр. 339 и слѣд., и дополняющихъ сей послѣдній законахъ 9, 10 и 11 января 1876 г. RGBL стр. 4, 8 и 11 (о произведеніяхъ ваятельнаго искусства, фотографіяхъ, образцахъ и

<sup>1)</sup> Strafkammern, буквально — *уголовныя палаты*.

моделяхъ), а равно правила производства уголовныхъ дѣлъ въ особенныхъ судахъ, подвѣдомственные коимъ предметы „передаются“ въ общіе суды съ нѣкоторыми измѣненіями общаго уголовно-судебнаго права, на основаніи § 3 ч. 2 зак. введ. уст. угол. суд.—Нѣкоторыя особенныя судебныя дѣйствія внѣ нормальнаго порядка производства, но тѣсно связанныя съ нимъ, совершаются при оказаніи *судебной помощи* (*Gewährung der Rechtshilfe*) и *производство о выдачѣ*, а также, до извѣстной степени, по поводу *помилованія* и всякаго рода иныхъ *частныхъ вопросовъ*, возникающихъ при исполненіи приговоровъ.

Въ противоположность различію родовъ уголовного судопроизводства, его истинное внутреннее подраздѣленіе указываетъ, прежде всего, на двѣ главныя части судопроизводства, изъ коихъ первая приводитъ къ постановленію приговора (*производство изслѣдованія* *Ekenntnisverfahren*), а задача второй—исполненіе приговора. Затѣмъ первая часть, по самой природѣ своей, дѣлится на *предварительное производство*, *производство по существу* и *производство обжалованія*.

VI. Входя въ составъ уголовного права, въ широкомъ смыслѣ слова, уголовное судопроизводство рѣзко отличается отъ *гражданскаго судопроизводства*, вмѣстѣ съ которымъ входитъ въ составъ ученія о судопроизводствѣ. Несмотря на различіе уголовного судопроизводства отъ гражданскаго, они находятся, независимо отъ случаевъ т. н. *соединеннаго производства*, между собою въ тѣсной связи, на которую мы обратимъ вниманіе въ своемъ мѣстѣ. Вслѣдствіе своего двойственнаго положенія, какъ части и уголовного права и ученія судопроизводства, уголовный процессъ принадлежитъ къ публичному праву. Въ этой послѣдней области уголовное судопроизводство занимаетъ, по важности преслѣдуемой имъ задачи, первой, съ которою государство встрѣтилось во внутреннемъ управленіи, задачи, исполненіе которой является непремѣнною обязанностью государственной власти, для чего послѣдняя предоставляетъ своимъ органамъ уголовного суда наиболѣе широкія права по отношенію къ гражданамъ, выдающееся положеніе: даже тѣ публичныя учрежденія, которыя не имѣютъ непосредственныхъ его задачамъ и облегчать дѣятельность уголовныхъ судовъ. Послѣднее выражается въ правѣ судовъ требовать содѣйствія постороннихъ учреждений, напр. по доставленію актовъ, по сообщенію различныхъ свѣдѣній, и по выдачѣ необходимыхъ документовъ (ср. §§ 53 ч. 2,

73 ч. 2, 81 ч. 1, 83 ч. 3, 92, 96, 255 уст. угол. суд.), въ особенности же въ постановленіи § 159 уст. угол. суд., которымъ прокуратурѣ предоставлено право, въ видахъ всесторонняго изслѣдованія уголовного дѣла „требовать сообщеній отъ всѣхъ публичныхъ установленій.“ Согласно точному смыслу приведеннаго закона, къ услугамъ прокуратуры предоставляются „установленія и должностныя лица, состоящіе на службѣ полиціи или по охраненію безопасности.“ Подобно этому, въ § 153 зак. о суд. должностныя лица, состоящіе на службѣ полиціи и по охраненію безопасности, объявлены „вспомогательными чинами (Hilfsbeamte) прокуратуры“ и подчинены приказаніямъ прокуроровъ, состоящихъ при областномъ судѣ въ ихъ участкѣ и начальства послѣднихъ. Значеніе приведеннаго постановленія тѣмъ болѣе важно, что прокуратура въ германскомъ судопроизводствѣ не ограничивается наблюденіемъ за исполненіемъ приговоровъ, но принимаетъ широкое участіе во вѣдѣніи сношеніяхъ судебныхъ мѣстъ (напр. при вызовахъ и т. п.). Указанныя предписанія установленіямъ посторонняго вѣдомства служатъ выраженіемъ взаимныхъ отношеній задачъ *полиціи* и *уголовнаго правосудія*. Отношеніе это можетъ быть лишь отношеніемъ средства и цѣли, слѣдовательно отношеніемъ подчиненности однихъ органовъ другимъ. Безъ всякаго сомнѣнія, уголовный судъ не менѣе другихъ отраслей государственной дѣятельности служить вышней государственной цѣли и въ силу этого представляется, до извѣстной степени, лишь частью исходящихъ отъ государственной власти установленій для охраненія какъ собственной ея непоколебимости, такъ и безопасности гражданъ. Въ этомъ смыслѣ дѣятельность уголовного суда представляется задачею управленія, предметомъ полиціи въ широкомъ смыслѣ слова, какъ и судъ вообще, а въ частности обширная область гражданскаго суда — такъ называемое *охранительное судопроизводство*.

Несмотря на то, что дѣятельность полиціи и уголовного суда имѣетъ одну задачу — предотвращеніе преступныхъ дѣяній, области ихъ раздѣлены весьма рѣзко. Уголовное судопроизводство занимается исключительно уже совершенными правонарушеніями и предотвращаетъ нравственную опасность ихъ послѣдствій, ограничиваясь предѣлами каждаго отдѣльнаго случая. Предупрежденіе новыхъ правонарушеній является естественнымъ результатомъ дѣятельности уголовного суда, не составляя его прямой задачи: судъ достигаетъ этой цѣли, не служа ей непосредственно. Наоборотъ,



для полиціи названная цѣль — предупрежденіе новыхъ правонарушеній — составляетъ непосредственную задачу; однимъ изъ средствъ выполненія этой задачи является содѣйствіе уголовному правосудию, но помимо его полиція дѣйствуетъ различными путями въ видахъ какъ косвеннаго, такъ и непосредственнаго предупрежденія (Prävention). Въ этой послѣдней области, между дѣятельностью полиціи и уголовнымъ судопроизводствомъ существуетъ лишь теоретическая связь въ томъ смыслѣ, что знакомство съ одною дѣятельностью существенно облегчаетъ соотвѣтственное направленіе другой; но дѣятельность тѣхъ и другихъ органовъ приходитъ въ непосредственную связь при изслѣдованіи совершенныхъ преступленій и соединяется въ видахъ наказанія виновныхъ. Въ этой области исключительно полиція принадлежитъ всѣмъ тѣмъ учрежденіямъ, которыя должны *вообще* обезпечивать и облегчать обнаруженіе преступныхъ дѣяній; но коль скоро дѣятельность направляется на отдѣльные случаи, задача полиціи уступаетъ первенствующее значеніе задачѣ уголовного судопроизводства. Вслѣдствіе свойствъ уголовного судопроизводства, передъ требованіями, вытекающими изъ задачи суда, должны отступать на задній планъ всѣ постороннія соображенія. Цѣль, преслѣдуемая въ этомъ случаѣ, такова, что полиція не можетъ не считать своею задачею — содѣйствовать ей; но для достиженія этой цѣли должны служить *исключительно средства уголовного процесса*. Вотъ почему въ этой своей части дѣятельность полиціи подчиняется уголовному суду. Такое подчиненіе иногда выражается даже въ названіи — *судебной полиціи* (police judiciaire). Но опредѣлить взаимныя отношенія органовъ полиціи и органовъ уголовного суда, не нарушая предѣловъ дѣятельности тѣхъ и другихъ, представляется одною изъ самыхъ трудныхъ и щекотливыхъ задачъ законодательства. Одною изъ выгодъ учрежденія прокуратуры является облегченіе для законодателя указанной задачи, потому что при существованіи прокуратуры возможна совокупная дѣятельность органовъ суда и полиціи безъ непосредственнаго соприкосновенія ихъ, которое всегда опасно тѣмъ, что или полиція будетъ вторгаться въ область дѣятельности суда, или же судебные дѣятели будутъ увлекаться несвойственными имъ задачами полицейскаго характера. Вслѣдствіе всего изложеннаго слѣдуетъ принять за основное правило, что полиція должна во всѣхъ случаяхъ, независимо отъ того, касается ли ея дѣятельность уже начатаго или же лишь предстоящаго уголовного дѣла, имѣть

въ виду какъ матеріальныя предположенія, такъ и формальности уголовного судопроизводства, и дѣйствовать, по возможности, согласно этимъ условіямъ; вездѣ, гдѣ уголовное правосудіе и полиція встрѣчаются, полиція должна служить уголовному суду, являясь по отношенію къ нему вспомогательнымъ учрежденіемъ.

Съ другой стороны, уголовное судопроизводство находится во многихъ отношеніяхъ подъ вліяніемъ положеній государственнаго права, которыя не только принимаются во вниманіе законодателемъ (см. выше § 5 п. II), но вліяніе которыхъ простирается и на примѣненіе закона. Въ особенности это должно быть сказано о положеніяхъ международнаго права и тѣхъ, коими опредѣляются юридическія отношенія какъ германскихъ государствъ другъ къ другу, такъ и союзныхъ государствъ къ имперіи. Подъ вліяніемъ этихъ послѣднихъ, мѣсто исключительнаго господства каждаго отдѣльнаго государства надъ уголовнымъ судомъ его территоріи, заняло своеобразное раздѣленіе уголовной подсудности и права помилованія, которое будетъ изложено съ большею подробностью ниже.

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

### Источники уголовно-судебнаго права и способъ ихъ примѣненія.

#### § 27. *Источники уголовно-судебнаго права.*

I. Независимо отъ указанныхъ въ предшествующемъ параграфѣ ограниченій понятія уголовного судопроизводства, въ Германіи существуютъ двоякіе источники послѣдняго, а именно: содержащіеся въ *имперскомъ законодательствѣ* и принадлежащіе къ *мѣстнымъ законамъ*. Далѣе, среди источниковъ того и другого рода слѣдуетъ различать *законы* и *распоряженія*, которыя обязательны, будучи изданы въ предѣлахъ, указанныхъ конституціею.

При перечисленіи постановленій какъ имперскаго, такъ и мѣстнаго законодательства, мы не будемъ разсматривать тѣхъ изъ нихъ, предметомъ коихъ служить какой либо особенный порядокъ судопроизводства въ указанномъ выше смыслѣ.

II. Источники уголовно-судебнаго права имперскаго законодательства суть слѣдующіе:

1) Имперская конституція (*Reichsverfassung*) 20 декабря 1873 г., и въ особенности ст. 4 ея, въ которой сказано: „Вѣдѣнію и зако-

подательству имперіи подлежатъ нижеслѣдующіе предметы: . . . . . общее законодательство всего гражданскаго права, уголовнаго права, и *судопроизводства*“, и ст. 31, опредѣляющая условія преслѣдованія членовъ рейхстага.

2) Имперское уголовное уложеніе (*Reichsstrafgesetzbuch*) 26 февраля 1876 г., нѣкоторые постановленія котораго должны были неизбѣжно коснуться области уголовного судопроизводства.

3) Уставъ уголовного судопроизводства (*Strafprozessordnung*) германской имперіи 1 февраля 1877 г. *RGBI* стр. 253 и слѣд.

4) Законъ о введеніи въ дѣйствіе (*Einführungsgesetz*) къ уставу угол. суд., отъ того же числа *RGBI* стр. 346 и слѣд.

5) Законъ о судоустройствѣ (*Gerichtsverfassungsgesetz*) 27 января 1877 г. *RGBI* стр. 41 и слѣд.

6) Законъ о введеніи его въ дѣйствіе отъ того же числа *RGBI* стр. 77 и слѣд.

7) Законъ о мѣстѣ пребыванія имперскаго суда 11 февраля 1877 г. *RGBI* стр. 415.

8) Законъ о судебныхъ издержкахъ 18 іюня 1878 г. *RGBI* стр. 141.

9) Законъ 16 іюня 1879 г. касательно возложенія нѣкоторыхъ дѣлъ на имперскій судъ *RGBI* стр. 157 и слѣд.

10) Законъ 7 іюля 1879 г. касательно устава о пошлинахъ для присяжныхъ повѣренныхъ *RGBI* стр. 176 и слѣд.

11) Международные договоры сѣверо-германскаго союза и германской имперіи по предметамъ уголовного судопроизводства, какъ то: о выдачѣ, о судебной помощи, о правахъ консульствъ.

III. Хотя уголовно-судебное законодательство представляется согласно вышеприведеннымъ (II, 1) постановленіямъ *общимъ правомъ* и безусловно обязательно на основаніи §§ 3 и 6 закона о введеніи въ дѣйствіе уст. угол. суд., однакоже за правительствами союзныхъ государствъ оставлено довольно широкое право издавать какъ законы, такъ и распоряженія по предмету уголовного судопроизводства. Для нѣкоторыхъ отдѣловъ уголовного судопроизводства имперское законодательство имѣетъ лишь *субсидіарное* значеніе, такъ что они подчиняются въ каждомъ отдѣльномъ государствѣ мѣстнымъ законамъ, какъ тѣмъ, *которые уже существовали* во время изданія имперскихъ судебныхъ законовъ (или, вѣрнѣе сказать, введенія ихъ въ дѣйствіе 1 октября 1879 г.), такъ равно и *вновь издаваемымъ*. Различать между этими двоякаго рода исклю-

ченіями далеко не легко въ виду редакціи закона. Въ этомъ отношеніи необходимо принять во вниманіе слѣдующее:

1) Въ § 6 закона о введеніи въ дѣйствіе закона о судоустройствѣ сказано: „остаются безъ измѣненія *существующія* постановленія мѣстныхъ законовъ о подсудности преступныхъ дѣяній, совершенныхъ путемъ печати, судамъ съ участіемъ присяжныхъ заседателей“. Правило это примѣняется очевидно только къ изданнымъ уже законамъ указаннаго содержанія и, притомъ, не распространяется на уголовныя дѣла, предоставленныя § 136 зак. судоустр. разбирательству имперскаго суда.

2) На основаніи § 11 ч. 2 зак. введ. зак. судоустр., оставляются, за нѣкоторыми исключеніями, „безъ измѣненія“ „постановленія мѣстныхъ законовъ, которыми судебное преслѣдованіе должностныхъ лицъ поставляется въ случаѣ требованія о томъ ихъ начальства, или даже помимо такого требованія, въ зависимость отъ предварительнаго разрѣшенія особой власти“. Въ виду того, что въ этой части § 11 установлено исключеніе изъ правила, предписаннаго первою частью того же §, объ отмѣнѣ мѣстныхъ законовъ по этому предмету, исключеніе это должно быть примѣняемо лишь къ *уже существующимъ* постановленіямъ.

3) На основаніи п. 1 ч. 2 § 6 зак. введ. уст. угол. суд., „остаются безъ измѣненія“ „постановленія мѣстныхъ законовъ касательно условий возбужденія или продолженія судебного преслѣдованія членовъ законодательнаго собранія во время періода сессій“. Совершенно аналогичное опредѣленіе ст. 31 имперской конституціи, относящееся къ членамъ рейхстага, сохранило конечно полную силу, но такъ какъ оно не распространяется на членовъ законодательныхъ собраній отдѣльныхъ государствъ, то послѣдніе находятся подъ охраною законодательства своей страны. Редакція § 6 дозволяетъ, повидимому, мѣстнымъ правительствамъ издавать даже новые законы этого рода.

4) Мѣстными законами разбирательство и постановленіе рѣшеній по ревизіоннымъ и частнымъ жалобамъ, подсуднымъ высшимъ областнымъ судамъ (Oberlandesgerichte), можетъ быть сосредоточено въ одномъ изъ мѣстныхъ высшихъ областныхъ судовъ (§ 9 зак. введ. зак. судоустр.); въ этомъ отношеніи мѣстное законодательство остается, безъ сомнѣнія, свободнымъ и на будущее время.

5) Мѣстное судебное управленіе можетъ ввести болѣе простой способъ удостовѣренія о послѣдовавшемъ доставленіи актовъ во



время дознанія, служащаго въ подготовленію публичнаго обвиненія, предварительнаго слѣдствія, и исполненія приговора о наказаніи (§ 39 уст. угол. суд.).

6) Согласно § 420 уст. угол. суд., мѣстному судебному управленію предоставлено опредѣленіе органовъ власти, на которые возлагается склоненіе сторонъ къ миру.

7) Согласно § 483 уст. угол. суд. мѣстное судебное управленіе можетъ поручить становому судѣ исполненіе приговоровъ о наказаніи по дѣламъ, подлежащимъ суду шеффеновъ (становому суду).

8) Мѣстными законами могутъ быть указываемы тѣ должностныя лица, не упомянутыя въ § 34 зак. судоустр., которыя не должны быть призываемы къ отправленію должности шеффена (ч. 2 § 34 зак. судоустр.).

IV. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ имперское законодательство даже прямо рассчитывало на *дополненіе* его постановленій мѣстными законами, или же установило такія опредѣленія, которыхъ разъясненіе нужно искать въ мѣстныхъ законахъ и учрежденіяхъ. Однимъ изъ такихъ выраженій представляется терминъ: „дѣла о нарушеніяхъ полевыхъ и лѣсныхъ“; какъ на примѣры постановленій имперскаго законодательства, дополняемыхъ мѣстными законами, слѣдуетъ указать на постановленія о присягѣ менонитовъ (§§ 64 и 288 уст. угол. суд.), о выборѣ свѣдущихъ людей въ случаяхъ, когда для экспертизы даннаго рода закономъ указаны опредѣленные лица (§ 73), а въ особенности на многочисленныя дополнительныя и разъяснительныя постановленія, которыхъ требуетъ имперскій законъ о судоустройствѣ, и на необходимость наказовъ о дѣлопроизводствѣ прокуроровъ, объ устройствѣ канцелярій и т. п., относящихся къ области административныхъ распоряженій. Слѣдствіемъ всѣхъ указанныхъ особенностей имперскаго законодательства было то, что въ дополненіе къ постановленіямъ имперскихъ законовъ было издано большое число, нерѣдко весьма обширныхъ, партикулярныхъ законовъ и распоряженій. *Биндинъ* даетъ въ своемъ конспектѣ (*Grundriss* § 15) обзоръ такихъ постановленій; впрочемъ это обзоръ, по его собственному замѣчанію, будучи совершенно полнымъ въ отношеніи нѣмецкихъ королевствъ, ограничивается для прочихъ государствъ указаніемъ лишь важнѣйшихъ постановленій.

V. Источники дѣйствующаго австрійскаго уголовно-судебнаго права принадлежать всѣ къ общимъ законамъ Австріи: § 12 основ. прил. къ ж. гр. и уг. пр. кн. х 1885 г.

наго закона о государственномъ представительствѣ 21 декабря 1867 г. изъѣмлетъ уголовное судопроизводство изъ числа предметовъ мѣстнаго законодательства, что было значительно облегчено тѣми широкими предѣлами, въ которыхъ допускаются въ Австріи полицейскія карательныя постановленія (см. выше §. 26 п. III).—Помимо неизбѣжныхъ вторженій въ область уголовного судопроизводства нѣкоторыхъ положеній другихъ законовъ, а равно тѣхъ измѣненій и ограниченій, которымъ уголовное судебное законодательство подвергается подъ вліяніемъ международного права, источники послѣдняго суть слѣдующіе:

1) Законъ 23 мая 1873 г. RGBL № 119 о введеніи въ дѣйствіе устава уголовного судопроизводства, къ нему приложеннаго.

2) Законъ отъ того же числа RGBL № 120 о временномъ приостановленіи дѣйствія судовъ присяжныхъ.

3) Законъ отъ того же числа RGBL № 121 о составленіи списковъ присяжныхъ засѣдателей.

4) Распоряженіе министра юстиціи 19 ноября 1873 г. RGBL № 152, исполнительная инструкція къ уставу упол. суд.

5) Инструкція министерства юстиціи 3 августа 1854 г. RGBL № 201 о внутреннемъ учрежденіи и дѣлопроизводствѣ прокурорскаго надзора.

7 и 8) Законъ 27 октября 1862 г. RGBL № 87 и 88 объ огражденіи свободы личности и домового права.

9) Законъ 6 апрѣля 1870 г. RGBL № 42 объ огражденіи тайны писемъ и рукописей.

#### § 28. *Границы дѣйствія источниковъ уголовно судебного права.*

I. Уголовное судопроизводство есть законный порядокъ осуществленія уголовного права, къ которому оно относится какъ средство къ цѣли; главнымъ образомъ, въ своихъ основаніяхъ области, дѣйствія того и другого совпадаютъ какъ по лицамъ, такъ и по предметамъ.

У нихъ обоихъ одно и тоже юридическое основаніе, заключающееся въ одной и той же волѣ, творящей законъ, въ одной и той же законодательной власти; установленное этою послѣднею уголовное право можетъ получить юридическую дѣйствительность не иначе, какъ черезъ посредство судебного права; и это послѣднее, въ свою очередь, не имѣетъ другой задачи, кромѣ только что указанной. Главнымъ, основнымъ правиломъ осуществленія уголовного права является то, что оно зависитъ отъ рѣшенія подлежащаго

суда, который для лучшаго достиженія этой цѣли приобрѣтаетъ въ государствѣ значеніе самостоятельной власти. Вотъ почему *уголовное право, уголовное судопроизводство, уголовная подсудность* не могутъ не касаться однихъ и тѣхъ же предметовъ и однихъ и тѣхъ же лицъ. Положеніе это является безусловно справедливымъ, когда эти три выраженія употребляются въ ихъ тѣснѣйшемъ смыслѣ.

Но выше уже было указано, какъ съ областью предметовъ общаго уголовного права соприкасаются, съ одной стороны, такія области, которыя могутъ быть обозначены именемъ *особеннаго уголовного права*, въ виду чего было признано желательнымъ одно изъ двухъ: или прямо распространить дѣйствіе уголовного судопроизводства на эти области и тѣмъ самымъ ввести ихъ какъ новыя части въ составъ общаго уголовного права; или же примѣнять къ нимъ общее уголовное судопроизводство, съ болѣе или менѣе значительными измѣненіями. Съ другой стороны, изъятіе нѣкоторыхъ лицъ отъ дѣйствія уголовного закона имѣетъ необходимымъ послѣдствіемъ своимъ изъятіе отъ дѣйствія уголовного судопроизводства, но изъятіе послѣдняго рода можетъ существовать независимо отъ перваго. Выше уже было изложено, въ какихъ предѣлахъ для извѣстныхъ *лицъ*, или извѣстныхъ *уголовныхъ дѣлъ*, установлены *особенная подсудность* и *особенный порядокъ производства*. Принимая во вниманіе всѣ эти ограниченія, а также и тѣ, которыя вытекаютъ изъ возможныхъ столкновеній съ подсудностью иностраннымъ судамъ, можно установить слѣдующія основныя положенія:

1) Наши общее уголовно-судебное право примѣняется во всѣхъ случаяхъ, гдѣ долженъ быть исполненъ *нашъ* общій уголовный законъ и гдѣ не предписанъ *особенный порядокъ производства*.

2) Дѣйствіе уголовно-судебнаго права распространяется за указанные предѣлы:

а) въ тѣхъ случаяхъ, когда примѣненіе *особеннаго уголовного закона* предоставлено общимъ судамъ;

б) въ тѣхъ случаяхъ, когда, наоборотъ, установленія, облеченныя карательною властью, отличныя отъ общихъ судебныхъ мѣстъ, обязываются соблюдать правила и положенія уголовного судопроизводства;

в) въ тѣхъ случаяхъ, когда наши общіе уголовные суды при-  
нуждены на основаніи закона совершать отдѣльныя дѣйствія судебной помощи для содѣйствія производству уголовного дѣла въ особенномъ уголовномъ судѣ или въ какомъ либо установленіи, по

предписаннымъ для сего послѣдняго правиламъ или, наконецъ, въ общихъ судебныхъ мѣстахъ иностраннаго государства.

II Изъ вышеизложеннаго слѣдуетъ, что дѣйствіе уголовно-судебнаго права, по мѣсту, распространяется на всю область, на которой дѣйствуетъ тотъ уголовный законъ, который оно призвано исполнять. *Территориальный принципъ*, согласно которому верховной власти принадлежитъ, въ предѣлахъ страны, исключительное право опредѣлять ея юридическій строй и порядокъ производства различныхъ дѣйствій, прилагается къ уголовному судопроизводству съ гораздо меньшими ограниченіями, нежели къ уголовному праву. Въ уголовномъ судопроизводствѣ не возникаетъ конфликтовъ, являющихся при вопросѣ о томъ, по какому законодательству должно быть *судимо* извѣстное дѣяніе, которое *физически* совершено и въ той и въ другой странѣ, или же подпадаетъ дѣйствию законовъ иной страны, нежели та, въ которой оно было совершено, по свойствамъ личности виновнаго или по своимъ послѣдствіямъ. Вполнѣ возможно, съ точки зрѣнія логики, а при нѣкоторыхъ условіяхъ, даже необходимо, чтобы дѣяніе, совершенное въ странѣ А, было обсуждаемо въ странѣ Б: при этомъ точно также возможно, съ точки зрѣнія логики, и представляется справедливымъ, примѣненіе чужеземнымъ судомъ *матеріальныхъ* законовъ мѣста совершенія дѣянія, ежели они представляются болѣе мягкими. Но очевидно, что уголовное *судопроизводство* не стоитъ ни въ какой зависимости отъ мѣстности, въ предѣлахъ которой совершено дѣяніе, составляющее предметъ сужденія. Судъ всегда, по своей природѣ, является *туземнымъ* учрежденіемъ; онъ *долженъ* ограничиваться предѣлами извѣстной страны; подсудность, безъ которой немыслимъ самый судъ, останавливается на границѣ территории. Уголовное судопроизводство есть закономъ установленный порядокъ, предписываемый государствомъ своимъ уголовнымъ судамъ; эти послѣдніе не могутъ примѣнять къ своему производству какой либо иной нормы. Послѣднее положеніе слѣдуетъ изъ несомнѣннаго факта, что уголовно судебное право—безразлично къ тому, основано ли оно на законѣ или на обычаѣ—есть выраженіе юридическаго убѣжденія, что исполненія задачи уголовного правосудія можно съ увѣренностью ожидать лишь путемъ именно даннаго порядка и что всякое отступленіе отъ него заранѣе разрушаетъ увѣренность въ успѣхѣ. Слѣдовать иному порядку судопроизводства значило бы или признать порядокъ, предписанный судамъ закономъ страны—



менѣе удовлетворительнымъ, или же сознательно примѣнять менѣе удовлетворительный порядокъ, когда можно воспользоваться лучшимъ. Впрочемъ, послѣднее не только невозможно съ нравственной стороны, но и неисполнимо на дѣлѣ, ибо извѣстный порядокъ суда предполагаетъ совокупность учреждений и органовъ, которыхъ не возможно создать для любого отдѣльнаго случая. Поэтому безусловно справедливо правило: во всѣхъ случаяхъ, когда въ предѣлахъ территоріи предстоитъ сужденіе уголовного дѣла, производство суда безусловно подчиняется уголовно-судебному праву страны; правило, по которому приговоры иностранныхъ судовъ никогда не исполняются въ предѣлахъ территоріи, имѣетъ свое истинное основаніе именно въ приведенномъ коренномъ положеніи уголовного процесса, и гораздо менѣе удовлетворительно можетъ быть объяснено требованіемъ безусловнаго дѣйствія территориальнаго уголовного закона.

Начало безусловнаго дѣйствія въ предѣлахъ территоріи мѣстнаго уголовно-судебнаго права ограничивается лишь тѣми положеніями, которыя вытекаютъ изъ ограниченія на основаніи международнаго права понятія территоріи понятіемъ *экстерриториальности*. Но эти отступленія отъ безусловнаго господства основнаго начала заключаются только въ томъ, что мѣстные власти предоставляютъ *иностраннымъ* властямъ полную свободу дѣйствія въ предѣлахъ помѣщеній, признанныхъ экстерриториальными, и то лишь въ случаѣ, когда такіа дѣйствія не возбуждаютъ безпокойства въ обществѣ. Впрочемъ, путемъ международныхъ соглашеній, иностраннымъ посламъ и консуламъ можетъ быть предоставлено право исполнять въ странѣ, гдѣ они аккредитованы или приняты, отдѣльныя судебныя дѣйствія по дѣламъ, подлежащимъ уголовнымъ судамъ ихъ государства, безъ употребленія какихъ либо принудительныхъ мѣръ въ отношеніи къ туземнымъ подданнымъ.

Значеніе принципа территориальности нисколько не нарушается тѣмъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ туземные суды, оказывая *судебную помощь* иностраннымъ судамъ, совершаютъ отдѣльныя дѣйствія, которыя должны войти въ составъ уголовного дѣла, производящагося за границею: въ этихъ случаяхъ туземные суды соблюдаютъ правила туземнаго уголовно-судебнаго права и отъ этого, строго говоря, должна зависѣть дѣйствительность актовъ *съ точки зрѣнія иностранныхъ судовъ*. Однако такое положеніе еще не по-

лучило общаго признанія; притомъ же могутъ быть случаи, когда какое нибудь государство не пожелаетъ пренебречь тѣми правилами о доказательствахъ, которыя приняты его законодательствомъ и представляются ему единственными справедливыми. Вслѣдствіе сего можетъ возникнуть вопросъ, не должны ли туземные суды, производя отдѣльныя судебныя дѣйствія въ интересѣ иностранныхъ, принимать во вниманіе главнымъ образомъ назначеніе этихъ дѣйствій и, съ тѣмъ вмѣстѣ, тотъ порядокъ судопроизводства, въ который они должны быть включены. По моему мнѣнію этотъ вопросъ долженъ быть разрѣшенъ въ положительномъ смыслѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда туземнымъ судамъ приходится подчиниться такимъ требованіямъ иностраннаго судопроизводства, отъ соблюденія коихъ зависитъ дѣйствительность актовъ для производящагося за границею дѣла; обстоятельство, что подобныя требованія неизвѣстны туземному судопроизводству, не должно служить препятствіемъ, кромѣ случаевъ, когда, съ точки зрѣнія туземнаго законодательства, такое требованіе оказывается несправедливымъ, или когда исполненіе его сопряжено съ болѣе глубокимъ стѣсненіемъ правъ частныхъ лицъ, нежели соблюденіе правилъ дѣйствующихъ въ странѣ законовъ. Такъ напримѣръ, въ случаѣ производства, по просьбѣ иностраннаго судебного мѣста, допроса лица, по обвиненію коего производится за границею дѣло, возможно допустить, во исполненіе предписаній иностраннаго закона, присутствіе при допросѣ понятыхъ; но невозможно принятіе принудительныхъ мѣръ для того, чтобы заставить кого либо отправлять обязанности такого понятаго, и нельзя точно также производить допросъ порядкомъ болѣе стѣснительнымъ для допрашиваемаго, нежели порядокъ, установленный туземными законами. Точно также вполнѣ, напримѣръ, возможно при допросѣ лица, подвергшагося чрезъ преступное дѣяніе смертельному поврежденію, въ виду уголовнаго дѣла, производящагося въ Англіи, соблюсти тѣ условія, отъ которыхъ зависитъ, по англійскому праву, дѣйствительность данныхъ имъ на смертномъ одрѣ показаній (удостовереніе того обстоятельства, что показаніе дается имъ съ сознаніемъ угрожающей ему смерти).

III. Въ отношеніи предѣловъ дѣйствія уголовно-судебныхъ законовъ *во времени* необходимо, прежде всего, замѣтить такую же двойственность, какъ указанная выше, по поводу мѣстныхъ границъ: дѣйствующее въ странѣ уголовно-судебное право является выраженіемъ

основнаго убѣжденія въ томъ, что цѣль уголовного права будетъ всего вѣрнѣе достигнута чрезъ посредство судопроизводства, дѣйствующаго въ странѣ, и что въ силу этого не должно быть отступленій отъ его правилъ; такія отступленія оказываются даже и невозможными, ибо, если и возможно себѣ представить примѣненіе отдѣльныхъ положеній, заимствованныхъ изъ чуждаго уголовного права, то ничего подобнаго не можетъ быть съ постановленіями судопроизводства, которое составляетъ тѣсно замкнутую систему, примѣняемую приспособленными къ ней судебными установленіями, почему примѣненіе части или какого нибудь цѣлаго уголовно-судебнаго закона прежняго, въ данное время недѣйствующаго, должно встрѣтить непреодолимые препятствія или же повести къ явному произволу. Поэтому уголовное судопроизводство съ необходимостью подчиняется законамъ, дѣйствующимъ во время производства дѣла, оставляя безъ вниманія то законодательство, которое примѣнялось во время совершенія преступнаго дѣянія, составляющаго предметъ дѣла. Въ этомъ смыслѣ иногда говорятъ: *уголовно-судебные законы имѣютъ обратное дѣйствіе*. Но это выраженіе не соответствуетъ дѣйствительности: ибо, на самомъ дѣлѣ, та дѣятельность, которая подчиняется правиламъ новаго закона, дѣятельность суда, всегда происходитъ въ эпоху дѣйствія новаго закона и, потому, совершенно естественнымъ образомъ сообразуется съ нимъ.—Основаніе, по которому уголовный законъ не можетъ имѣть обратнаго дѣйствія, заключается въ томъ, что дѣяніе представляется возстаніемъ на уголовный законъ, немыслимое по отношенію къ такому закону, котораго не существовало въ моментъ его совершенія; и въ томъ, что уголовный законъ долженъ, между прочимъ, предупредить каждаго о тѣхъ послѣдствіяхъ, которыя его ожидаютъ въ случаѣ совершенія имъ замышляемаго дѣянія, и что поэтому необходимо предполагать, что виновный отказался бы отъ совершенія преступнаго дѣянія, или совершилъ бы дѣяніе менѣе преступное, если бы могъ предвидѣть кару, опредѣленную позднѣйшимъ закономъ. Ни одно изъ указанныхъ соображеній неприменимо къ уголовному судопроизводству, если только не видѣть въ неудовлетворительномъ устройствѣ судебного преслѣдованія и въ возможной надеждѣ, вслѣдствіе этой неудовлетворительности устройства суда, избѣгнуть справедливаго наказанія, побужденія къ совершенію дѣянія, запрещеннаго подъ страхомъ наказанія, которое имѣетъ юридическое значеніе и можетъ

устранить или ограничить примѣненіе уголовного закона. Когда законодательство, открывъ недостатки, мѣшавшіе правильному осуществленію уголовного закона, устраняетъ ихъ введеніемъ новыхъ учреждений, обеспечивающихъ достиженіе названной цѣли, подсудимому не принадлежитъ право жаловаться на то, что онъ подвергается дѣйствию болѣе строгаго закона, сравнительно съ закономъ, который дѣйствовалъ во время совершенія имъ преступнаго дѣянія. Уголовно-судебный законъ не бываетъ ни болѣе строгимъ, ни болѣе мягкимъ, онъ долженъ лишь быть правильнымъ и цѣлесообразнымъ; если онъ цѣлесообразенъ и правиленъ, то онъ можетъ быть съ тѣмъ вмѣстѣ менѣе выгоднымъ для подсудимаго, въ сравненіи съ прежде дѣйствовавшимъ закономъ, но никогда не является закономъ болѣе строгимъ. Сказанное всего лучше подтверждается примѣрами перехода отъ системы законныхъ доказательствъ къ системѣ свободной ихъ оцѣнки и отмѣны чрезвычайнаго наказанія, примѣнявшагося при дѣйствіи первой системы, въ случаѣ несовершеннаго доказательства; подобные же примѣры представляетъ отмѣна закономъ, изданнымъ послѣ совершенія дѣянія, но ранѣе состоявшагося въ первой степени суда приговора, обжалованія приговора въ высшую инстанцію и измѣненіе предѣловъ вѣдомства и власти судовъ.

Какъ ни ясно изложенное правило, однако же оно подлежитъ нѣкоторымъ существеннымъ ограниченіямъ:

1) Выше мы уже имѣли случай указать (§ 26 п. II) на общую для матеріальнаго и формальнаго права область матеріальнаго судебного права; это послѣднее состоитъ изъ положеній матеріальнаго права, построенныхъ на процессуальныхъ предположеніяхъ. Такъ напримѣръ, къ этой области относится все, касающееся судебныхъ условій возникновенія, погашенія или ограниченія права уголовного преслѣдованія извѣстнаго лица по поводу извѣстнаго правонарушенія. При этомъ не имѣетъ значенія даже и то, если опредѣленія, касающіяся указанныхъ предметовъ, помѣщены въ законѣ судопроизводства: такіа опредѣленія продолжаютъ составлять, по самому существу своему, часть матеріальнаго права и, вслѣдствіе этого, подлежатъ принятому въ отношеніи послѣдняго правилу, по которому обратное дѣйствіе могутъ имѣть только болѣе мягкіе законы. Такимъ образомъ, опредѣленія, коими уголовное преслѣдованіе поставлено въ зависимость отъ подачи жалобы или отъ частнаго обвиненія, и тѣмъ ограничена самая возможность



уголовнаго преслѣдованія, или же преслѣдованіе нѣкоторыхъ дѣяній связано съ какими либо иными ограниченіями или условіями, не могутъ быть лишены силы въ отношеніи къ *уже совершеннымъ дѣяніямъ* новыми законами, облегчающими возможность уголовнаго преслѣдованія. Это же правило должно быть, по моему мнѣнію, распространено также и на тѣ судебныя дѣйствія, которыя, по современному имъ закону, имѣли послѣдствіемъ устраненіе или ограниченіе дальнѣйшаго преслѣдованія; таковы: законная сила рѣшенія, воспрепятствіе измѣненія приговора въ ущербъ подсудимому (*reformatio in pejus*); въ послѣднихъ случаяхъ, впрочемъ, не приходится возвращаться ко времени совершенія дѣянія (ср. ниже п. 3).

2) Нѣкоторое смѣшеніе матеріальнаго права съ судебнымъ происходитъ обыкновенно при введеніи чрезвычайныхъ судовъ. Съ принципиальной точки зрѣнія безспорно, что изданіе новыхъ постановленій о подсудности и о составѣ судовъ составляетъ лишь опредѣленіе судопроизводства, и это можно сказать съ еще большимъ правомъ объ изданіи одного лишь распоряженія, коимъ вводится въ дѣйствіе какое либо подобное учрежденіе, еще ранѣе установленное закономъ. Но такимъ мѣрамъ обыкновенно сопутствуетъ непосредственное усиленіе уголовной отвѣтственности или же устройство всего производства съ прямымъ расчетомъ на устрашеніе: въ виду перваго было бы незаконно, а въ виду втораго несправедливо распространить дѣйствіе чрезвычайнаго суда на дѣянія, совершенныя въ такое время, когда таковыя ему не подлежали.

3) Объ обратномъ дѣйствіи законовъ судопроизводства можно говорить лишь въ томъ случаѣ, когда требуется принять въ соображеніе не время совершенія преступнаго дѣянія, но время совершенія по поводу него какого либо судебного дѣйствія. Вопросъ объ обратномъ дѣйствіи въ отношеніи законовъ судопроизводства долженъ быть поставленъ слѣдующимъ образомъ: *какое вліяніе оказываетъ на произведенныя ранѣе судебныя дѣйствія новый законъ судопроизводства?* Вопросъ объ этомъ возникаетъ при введеніи каждаго сколько нибудь обширнаго закона судопроизводства и обыкновенно разрѣшается особенными переходными правилами, что и было сдѣлано при введеніи какъ германскаго, такъ и австрійскаго уставовъ уголовнаго судопроизводства. Тѣмъ не менѣе, при научной разработкѣ уголовнаго процесса нельзя ограничиться разсмотрѣніемъ подлежащихъ постановленій дѣйствующаго законодательства, но необходимо выяснить тѣ начала, которымъ должно вообще слѣ-

довать при изданіи новыхъ законовъ, не содержащихъ, большею частью, никакихъ переходныхъ постановленій, въ тѣхъ случаяхъ, когда ими вводятся лишь мелкія, частичныя измѣненія:

а) Необходимо исходить изъ того основнаго положенія, что всякое судебное дѣйствіе должно подчиняться исключительно закону, дѣйствующему во время его производства, и подлежать обсужденію исключительно съ точки зрѣнія этого закона. Основное положеніе имѣть безусловное значеніе до тѣхъ поръ, пока не является необходимость въ производствѣ новаго судебного дѣйствія въ такое время, когда уже дѣйствуетъ новый законъ, и когда дѣло, производившееся при дѣйствіи прежняго закона, уже окончено или, по крайней мѣрѣ, производство по нему заключено настолько, что нѣтъ надобности въ его повтореніи. Такое положеніе дѣла является при вступленіи въ законную силу постановленнаго по нему приговора; послѣдующее производство, имѣющее цѣлю приведеніе его въ исполненіе, подчиняется, конечно, дѣйствію новаго закона, но оно уже не основано на предшествовавшихъ судебныхъ дѣйствіяхъ, а на ихъ результатѣ — приговорѣ. Сказанное прилагается и къ производству по поводу помилованія. Совершенно инымъ представляется тотъ случай, когда уголовное дѣло еще не получило своего заключенія въ указанномъ смыслѣ, и когда акты, долженствующіе имѣть своимъ послѣдствіемъ заключеніе дѣла, должны быть произведены во время дѣйствія новаго закона. Въ этомъ случаѣ происходитъ не оцѣнка, но употребленіе предшествовавшихъ судебныхъ дѣйствій въ интересахъ производства, подлежащаго дѣйствію новаго закона; въ этомъ случаѣ возникаетъ вопросъ не объ юридической силѣ предшествовавшихъ судебныхъ дѣйствій, но о томъ, удовлетворяютъ ли они условіямъ, отъ которыхъ зависитъ ихъ пригодность для производства дальнѣйшихъ судебныхъ дѣйствій по правиламъ новаго закона. Согласно установленному здѣсь различію, долженъ быть рѣшенъ вопросъ о томъ, насколько законченныя части предшествовавшаго производства могутъ быть приняты въ основаніе для послѣдующихъ стадій, подчиняющихся новому порядку. Жалобы на постановленные приговоры требуютъ провѣрки предшествовавшаго и заключеннаго производства. Такая провѣрка должна быть произведена съ точки зрѣнія предшествовавшаго порядка судопроизводства, что возможно лишь въ томъ случаѣ, когда въ самомъ производствѣ провѣрки будутъ соблюдены судебныя формы, установленныя для нея прежнимъ закономъ; впрочемъ, при отсут-

ствіи прямого о томъ постановленія закона, это требованіе должно быть исполняемо въ тѣсныхъ предѣлахъ необходимаго. Но отсюда становится яснымъ, почему законодательство обыкновенно старается предупредить затрудненія, возникающія изъ необходимости подобного соединенія стараго и новаго законовъ, изданіемъ переходныхъ постановленій.

б) Переходныя правила, изданныя при введеніи нашихъ уставовъ судопроизводства, различаются между собою въ слѣдующемъ: австрійскій законъ о введеніи въ дѣйствіе (ст. II—V) непосредственно разрѣшаетъ всѣ вопросы; но пестрота замѣняемаго прежняго законодательства заставила германскій законъ (§§ 8—10) выставить, съ одной стороны, коренное положеніе объ исключительномъ дѣйствіи новаго закона и предписать „переходъ къ новому судопроизводству“, предоставляя, съ другой стороны, изданіе надлежащихъ узаконеній мѣстной законодательной власти. Между обоими законами оказывается также различіе въ опредѣленіи того момента, начиная съ котораго предшествующее производство должно быть признано заключеннымъ. По австрійскому уставу уголовного судопроизводства такое значеніе имѣютъ состоявшіяся опредѣленія о прекращеніи производства или о преданіи суду (Einstellungs, Anklagebeschluss); въ этихъ случаяхъ провѣрка такихъ опредѣленій и вообще все дальнѣйшее производство должны оставаться подъ дѣйствіемъ прежняго закона, и новый законъ можетъ получить такимъ образомъ примѣненіе лишь въ такихъ уголовныхъ дѣлахъ, которыя не были доведены до указанныхъ моментовъ. Германскій законъ (§ 8 ч. 2) оставляетъ безъ вниманія отдѣлъ производства, заключающійся опредѣленіемъ о преданіи суду, и допускаетъ такимъ образомъ непосредственное производство судебного разбирательства на основаніи собраннаго въ этой стадіи матеріала, придавая рѣшительное значеніе только послѣдовавшему въ судѣ первой степени приговору; если таковой состоялся ранѣе 1 октября 1879 г. „то при разсмотрѣніи дѣла вплоть до вступленія приговора въ законную силу“ (производство по исполненію приговора и въ случаяхъ помилованія, такимъ образомъ, исключены), „примѣняются прежніе законы судопроизводства“. Принятому германскимъ закономъ исходному положенію вполне соответствуетъ содержащееся въ немъ ограниченіе установленнаго § 9 правила, по которому, въ случаѣ „обращенія дѣла въ первую инстанцію для новаго производства“, вслѣдствіе жалобы, принесенной на состоявшійся

при дѣйствіи прежняго закона приговоръ суда первой степени, „дальнѣйшее производство слѣдуетъ правиламъ (новаго) устава уголовного судопроизводства“, причемъ такое производство должно, разумѣется, ограничиваться судебными дѣйствіями, которыя требуются возвращеніемъ дѣла въ судъ первой степени.—Оба закона содержатъ особенныя постановленія по вопросу о возобновленіи уголовныхъ дѣлъ. Въ „разрѣшеніи возобновленія“ австрійскій законъ, слѣдуя изложенному выше (п. 1) мнѣнію, требуетъ обсужденія возможности возобновить дѣло съ точки зрѣнія новаго закона въ томъ только случаѣ когда прежній законъ не представляется для подсудимаго болѣе выгоднымъ; въ законѣ нѣтъ правилъ, конми бы опредѣлялся порядокъ, въ которомъ должна производиться проверка того, возможно ли разрѣшеніе возобновить дѣло; но изъ общаго смысла его постановленій слѣдуетъ сдѣлать заключеніе, что въ этомъ отношеніи, а равно и въ отношеніи опредѣленія суда, коего вѣдомству подлежитъ производство такой проверки, долженъ имѣть примѣненіе новый законъ, которому подчиняется и самое производство въ случаѣ его возобновленія. Германскій законъ ко всему этому примѣняетъ правила новаго закона (§ 10). Далѣе, § 12 германскаго закона о введеніи въ дѣйствіе устава уголов. суд. требуетъ примѣненія „постановленій устава уголовного судопроизводства объ исполненіи наказанія“ даже и въ томъ случаѣ, когда „наказаніе опредѣлено по прежнимъ правиламъ судопроизводства“; такое постановленіе закона вполнѣ отвѣчаетъ вышеизложеннымъ основнымъ началамъ и, какъ сказано въ объясненіяхъ (стр. 259), „устраняетъ нежелательное раздвоеніе дѣлопроизводства“.

### § 29. Толкованіе и примѣненіе источниковъ права.

I. Толкованіе и примѣненіе источниковъ уголовно-судебнаго права подчиняются общимъ юридическимъ правиламъ. Выведенное изъ особенныхъ свойствъ матеріальнаго уголовного права и, въ особенности, кодифицированнаго, положеніе о непримѣнимости *аналогіи*, есть, въ сущности, простое признаніе основныхъ положеній: *nullum crimen sine poena legali—nullum crimen sine lege*, которыя не позволяютъ дополнять содержащейся въ законѣ полный перечень дѣяній, подлежащихъ наказанію, посредствомъ распространенія его санкціи на дѣянія, лишь сходныя съ тѣми, которыя законъ имѣлъ непосредственно въ виду. Понимаемый такимъ образомъ вопросъ о примѣненіи закона по аналогіи, можетъ возникнуть



въ области уголовного судопроизводства лишь въ томъ случаѣ, когда въ самомъ уставѣ уголовного судопроизводства содержится карательное постановленіе: въ этихъ случаяхъ внѣшняя связь карательнаго постановленія съ уголовно-судебнымъ правомъ, конечно, не измѣняетъ его основныхъ свойствъ и не даетъ права примѣнять его по аналогіи.

Запрещеніе примѣнять аналогію для распространенія дѣйствія такихъ правилъ, коимъ законъ имѣлъ въ виду дать ограниченный кругъ дѣйствія, на случаи, на самомъ дѣлѣ неподходящіе подъ дѣйствіе даннаго постановленія, не составляетъ какой либо особенноти уголовного судопроизводства. Указанное правило имѣетъ значеніе въ виду перечисленія въ законѣ основаній недействительности производства, устраненія нѣкоторыхъ лицъ отъ извѣстнаго рода дѣятельности или воспрещенія имъ осуществлять извѣстныя права; ежели только, на основаніи системы закона, можно заключить, что законъ имѣлъ въ виду дать перечень истерпявающихъ, а не исключительно примѣрный.

Вообще, въ этомъ отношеніи, какъ и въ другихъ областяхъ права, предстоить двойная задача: исходя изъ *словъ закона*, раскрыть его истинный смыслъ и достигнуть правильнаго пониманія рѣшеній, имъ преподаваемыхъ; и проникнуть въ *духъ* его ради повѣрки грамматическаго и логическаго толкованія и для восполненія *проблъ* путемъ разрѣшенія вопросовъ, оставленныхъ имъ открытыми, въ соотвѣтствующемъ духу закона смыслѣ.

II. Что касается самаго *матеріала толкованія*, то онъ заключается отчасти въ *текстъ* закона, отчасти въ доступныхъ свѣдѣніяхъ изъ его исторіи.

1) Въ отношеніи перваго слѣдуетъ, какъ и въ другихъ областяхъ права, начинать съ разсмотрѣнія словъ закона въ ихъ обыкновенномъ смыслѣ и въ ихъ логической связи; выведенное такимъ путемъ изъясненіе закона необходимо провѣрить на основаніи внутренней системы всего закона, изслѣдуя, насколько оно согласуется и соединимо съ прочими его опредѣленіями, и провѣряя его по соображенію съ *целью* закона, которая открывается изъ другихъ его опредѣленій. При этомъ не слѣдуетъ упускать изъ виду, что уставъ уголовного судопроизводства есть *кодификація*, т. е. законченное, систематическое цѣлое, которое должно было объяснить и соопоставить въ однородныхъ, гармоничныхъ, положеніяхъ все содержаніе уголовного судопроизводства, поскольку было

признано необходимымъ дать послѣднему форму закона. Изъ этого основнаго положенія слѣдуетъ, что такія учрежденія, о которыхъ не упомянуто въ законѣ, должны быть признаны отмѣненными имъ, и что правомочія, предоставленныя уставомъ уголовного судопроизводства различнымъ установленіямъ въ отношеніи частныхъ лицъ, исчерпаны въ законѣ и, поэтому, не могутъ быть расширяемы путемъ распространительнаго толкованія; далѣе, въ виду указаннаго положенія, одно и то же выраженіе закона или выраженія, очевидно замѣняющія одно другое, должны быть всегда понимаемы въ одинаковомъ смыслѣ, причемъ измѣненіе выраженій закона, сдѣланное безъ другой очевидной надобности, должно означать измѣненіе установленнаго имъ правила; наконецъ, мѣсто, занимаемое извѣстнымъ опредѣленіемъ, не является безразличнымъ, а, напротивъ, указываетъ тѣ предметы, которые имѣетъ въ виду содержащееся въ немъ правило.

2) Съ другой стороны, уставы уголовного судопроизводства являются не только въ своемъ основаніи, но и по самому тексту слѣдствіемъ *историческаго* движенія. Мы уже имѣли случай указать это, говоря объ австрійскомъ уставѣ уголовного судопроизводства (§ 18 п. I); что касается германскаго устава, то изъ словъ, находящихся въ началѣ объясненій къ нему (см. выше § 17 п. I), повидимому вытекаетъ обратное. Но въ указанномъ мѣстѣ объясненій лишь сказано, что германскій уставъ уголовного судопроизводства не находится ни къ одному изъ законовъ, которые онъ было призванъ замѣнить, въ отношеніи, подобномъ тому, какое существовало между имперскимъ уголовнымъ уложеніемъ и прусскимъ, послужившимъ не только основаніемъ для имперскаго уложенія, но даже представляющимъ чѣмъ-то въ родѣ его перваго проекта. Однако же несомнѣнно, что по нѣкоторымъ предметамъ процесса въ Германіи успѣли съ давнихъ поръ сложиться твердыя формулы и обороты рѣчи, сохранявшіеся во всѣхъ законахъ и законопроектахъ, несмотря на ихъ различіе, и оказавшіе свое вліяніе на редакцію и способъ выраженія новаго имперскаго закона. Въ то же время легко замѣтить, что несмотря на близкое знакомство первыхъ составителей проекта съ различными германскими законами по уголовному судопроизводству, при явномъ стремленіи ихъ ко всесторонней повѣркѣ и къ извлеченію наибольшей пользы изъ всѣхъ нихъ, всетаки ихъ особенныя отношенія къ прусскому законодательству и практикѣ прусскихъ судовъ оказали

на терминологию проекта особенное влияние, какъ въ положительномъ, такъ и въ отрицательномъ смыслѣ; точно также и лица, призванныя въ послѣдствіи къ повѣркѣ и переработкѣ проекта, явно руководствовались редакціею, слоупотребленіемъ, приѣмами толкованія и опытомъ тѣхъ государствъ, которыя имъ были наиболѣе близки, что сказалось въ ихъ взглядахъ на проектъ и на редакціи тѣхъ постановленій, которыя ими были составлены и перешли въ законъ.

3) Соображенія этого рода должны составить противовѣсъ заключеніямъ, выводимымъ изъ предположенія о вполнѣ однородной и обдуманной редакціи обоихъ уставовъ уголовного судопроизводства. Въ томъ и въ другомъ слѣдуетъ видѣть цѣльныя, тщательно обдуманныя произведенія, и въ тоже время плоды историческаго развитія, влияние котораго, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, помимо сознанія составителей, простирается даже на отдѣльныя выраженія и обороты рѣчи въ законѣ.

III. Подъ упомянутыми выше (въ началѣ п. II), наряду съ текстомъ закона, общедоступными свѣдѣніями по исторіи закона, слѣдуетъ разумѣть такъ называемые „матеріалы“, т. е. объясненія официальныхъ представителей правительствъ, отчеты и протоколы о разсмотрѣніи проектовъ специалистами, какъ въ правительственныхъ сферахъ, такъ и во время подготовительнаго обсужденія ихъ въ парламентѣ, и наконецъ отдѣльныя предложенія и заявленія, исходившія отъ правительствъ или отъ членовъ законодательныхъ собраній. Вопросъ о значеніи этихъ матеріаловъ, давно уже возбужденный *Вехтеромъ*, вызвалъ въ отношеніи къ матеріаламъ германскаго устава уголовного судопроизводства весьма оживленный обмѣнъ мнѣній. Въ самомъ дѣлѣ, много вѣскихъ соображеній было приведено въ пользу особенной осторожности въ этомъ отношеніи. Такъ, прежде всего, надлежитъ охранить авторитетъ закона отъ всякой попытки поколебать значеніе того безусловнаго выраженія воли законодательныхъ факторовъ, на который исключительно распространяется необходимый для обязательности закона обрядъ его обнародованія, ссылками на болѣе или менѣе подлинныя выраженія отдѣльныхъ лицъ, содѣйствовавшихъ появленію закона, или даже на вполнѣ достоверныя заявленія отдѣльныхъ факторовъ законодательства. Введенный въ дѣйствіе законъ дѣлается вполнѣ независимымъ отъ какой бы то ни было личности, ксей онъ былъ обязанъ своимъ происхожденіемъ. Вслѣдствіе этого, заявленія, несогласныя съ

закономъ, не могутъ имѣть никакого вліянія на его примѣненіе; притомъ же всѣ эти заявленія не представляютъ достовѣрности, равной достовѣрности изданнаго закона. Касательно матеріаловъ германскаго устава уголовного судопроизводства слѣдуетъ при этомъ имѣть въ виду заявленіе, которое сдѣлалъ по поводу объясненій къ имперскимъ судебнымъ законамъ прусскій министръ юстиціи д-ръ Леонгардтъ, въ засѣданіи рейхстага 24 ноября 1874 г., указывая, что „союзныя правительства не принимаютъ на себя ихъ защиту, ибо не только въ самомъ союзномъ совѣтѣ, но даже въ юридическомъ его комитетѣ не было произведено ихъ повѣрки, да такая повѣрка представлялась и невозможною по самому ихъ свойству. Тѣмъ не менѣе объясненія составлены лицами, стоявшими весьма близко къ законодательнымъ работамъ, съ равной тщательностью и равнымъ знаніемъ обстоятельствъ дѣла; они даютъ представленіе о томъ разнообразномъ законодательствѣ, реформу котораго имѣютъ въ виду положенія закона; въ нихъ приводятся доводы, съ законодательной точки зрѣнія, какъ въ пользу, такъ и противъ отдѣльныхъ правилъ и положеній; они разъясняютъ связь основныхъ началъ закона между собою, а также связь между этими основными положеніями и тѣми, которыя являются ихъ слѣдствіемъ. По мнѣнію министра, объясненія будутъ необходимымъ пособіемъ при обсужденіи законопроектовъ.“

Къ этому присоединяются разные внутренніе недостатки матеріаловъ, неизбѣжные въ произведеніи, составленномъ въ сравнительно короткое время, при различномъ участіи въ немъ въ разные времена множества лицъ; притомъ же объясненія составляются безъ той точности и тщательности, которыхъ требуетъ текстъ закона; подобные недостатки не лишаютъ значенія въ цѣломъ, но исключаютъ достовѣрность всѣхъ подробностей, мотивовъ. *Протоколы* комисіи, какъ бы они ни были тщательно составлены и достовѣрны, не имѣютъ точности стенографическихъ отчетовъ; при этомъ такъ трудно объять все ихъ содержаніе, что невѣроятно даже, чтобы тѣ изъ членовъ рейхстага, которые принимали особое участіе въ обсужденіи судебныхъ законовъ, имѣли его постоянно въ памяти и сообразовали съ нимъ свои мнѣнія. Это можно было бы скорѣе допустить въ отношеніи *отчета* комисіи, но самъ отчетъ предостерегаетъ отъ возможнаго предположенія, будто бы онъ представляетъ „полную картину содержанія разсужденій и постановленій комисіи.“



Кромѣ вышеприведенныхъ, еще два основанія, чисто виѣшняго свойства внушаютъ осмотрительность въ пользованіи законодательными матеріалами. Рассмотрѣніе вопросовъ въ парламентѣ не всегда свободно отъ заднихъ мыслей; истинныя побужденія нерѣдко приходится скрывать, по соображеніямъ политическимъ, въ виду личной выгоды или кружковыхъ интересовъ; ораторъ долженъ поневолѣ ставить выше всего успѣхъ дѣла; онъ не будетъ приводить такихъ основаній, которыя онъ самъ признастъ существенными, но которыя не могутъ подѣйствовать на слушателей, и не пожелаетъ опровергать основаній ошибочныхъ, приведенныхъ его друзьями въ подкрѣпленіе его рѣчи. Затѣмъ, нерѣдко публичныя пренія прерываются какъ разъ въ тотъ моментъ, когда должно было послѣдовать рѣшеніе вопроса, и послѣднее является впослѣдствіи результатомъ непубличнаго совѣщанія. Наконецъ, существующіе матеріалы столь обширны, что трудно поддаются обзорѣнію, а при поверхностномъ знакомствѣ съ ними весьма легко придать рѣшительное значеніе какой-нибудь одной фразѣ, не замѣчая другого мѣста въ тѣхъ же матеріалахъ, содержащаго утвержденіе противнаго.

Несмотря на изложенные недостатки законодательныхъ матеріаловъ, имъ нельзя отказать въ важномъ значеніи для научнаго разъясненія закона. Они имѣютъ въ двойномъ отношеніи безусловное значеніе. Съ одной стороны, въ нихъ отчетливо выражены исходныя точки зрѣнія и первоначальное отношеніе различныхъ факторовъ къ важнѣйшимъ, стоящимъ на первомъ мѣстѣ, законодательнымъ вопросамъ; изъ нихъ мы познаемъ руководящія идеи, опредѣлившія собою способъ постановки важнѣйшихъ учреждений и въ тоже время обнаруженные недостатки и злоупотребленія, которыхъ надлежало избѣгнуть. Съ другой стороны, необходимо исходить вообще изъ того предположенія, что при обсужденіи всякаго предложенія принимаются во вниманіе сдѣланныя его авторомъ заявленія касательно того, какъ онъ самъ понимаетъ его и что именно желалъ онъ своими словами выразить, и что каждый согласный съ существомъ предложеннаго, обыкновенно старается опровергнуть невѣрное толкованіе принятой редакціи, въ особенности въ томъ случаѣ, когда извѣстно заранее, что сдѣланныя замѣчанія сохраняются и присоединяются къ объяснительному матеріалу. Нельзя не придавать еще большаго значенія тѣмъ разъясненіямъ, которыя нерѣдко происходили въ комисіи рейхстага, когда до постановки, взятъ и обратно, принятія или отклоненія извѣстнаго предложенія, члены об-

мѣнялись замѣчаніями касательно отдѣльныхъ выраженій текста. Не менѣе важны постановленія коммисіи, представляющіяся какъ бы автентическимъ толкованіемъ ея собственныхъ предложеній; право дѣлать такія постановленія несомнѣнно принадлежало коммисіи, и необходимымъ послѣдствіемъ его было, что члены, бывшіе иного мнѣнія, возражали противъ разъясненнаго такимъ способомъ текста. Но и независимо отъ всего этого, разсмотрѣніе противоположныхъ теченій, противорѣчащихъ одно другому направленій и предположеній, проявленіе мнѣній, опровергнутыхъ при обсужденіи одного мѣста проекта, при послѣдующемъ обсужденіи другого мѣста, связь между принятою редакціею определенной статьи и сдѣланнымъ впоследствии измѣненіемъ другой,—объясняетъ смыслъ принятыхъ въ законѣ выраженій и, потому, хотя и не можетъ служить безусловнымъ основаніемъ его толкованія, однако же не должно быть оставлено безъ вниманія.

IV. Изъ того, что наше уголовно-судебное право содержится въ законѣ и, притомъ, кодифицировано, слѣдуетъ, что обычное право или, говоря точнѣе, единственная, возможная при современныхъ условіяхъ, форма его — *судебный обычай*, не можетъ признаваться источникомъ уголовно-судебнаго права. Положенія уголовно-судебнаго права не могутъ отиѣняться путемъ непримѣненія ихъ судами или въ силу недостатка поводовъ для примѣненія; еще менѣе возможно допустить образованіе судебного обычая, находящагося въ противорѣчій съ закономъ. Такой обычай можетъ сложиться исключительно вслѣдствіе утвердившагося неправильнаго толкованія закона; но такое явленіе не служитъ препятствіемъ принятію впоследствии въ руководство надлежащаго толкованія. Тѣмъ не менѣе за прецедентами судебной практики нельзя не признать весьма важнаго значенія:

1) Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ, прежде всего, принять во вниманіе такъ называемый „*Stylus curiae*“, т. е. тѣ порядки и обычаи, которые ограничиваются кругомъ судейской дѣятельности, установленнымъ закономъ. Законъ относится къ нимъ почти безразлично; но успѣхъ совмѣстной дѣятельности суда и сторонъ зависитъ отъ постояннаго соблюденія одного установившагося порядка. Вслѣдствіе этого лица, имѣющія дѣло до суда, имѣютъ право требовать, чтобы обычный порядокъ не подвергался безъ достаточнаго къ тому повода измѣненіямъ, или, по крайней мѣрѣ, чтобы подобныя отступленія не могли ихъ застигнуть върасплохъ. Такія

внезапныя измѣненія легко вызываютъ подозрѣнiе въ произволѣ или лицепрятiи и, во всякомъ случаѣ, подобныя отступленiя отъ установившагося порядка, ненаходящiя себѣ объясненiя, нарушаютъ впечатлѣнiе устойчивости и прочнаго порядка, которое должно быть присущимъ уголовному судопроизводству.

2) Въ отношенiи самаго толкованiя уголовно-судебнаго права желательны для каждаго суда постоянство и однообразiе направленiя; при этомъ задачею законодательства остается установленiе единства права на всемъ подлежащемъ его дѣйствию пространствѣ. Эта послѣдняя задача не будетъ исполнена въ томъ случаѣ, когда изданный для различныхъ частей территорiи законъ будетъ въ каждой изъ нихъ примѣняться различнымъ образомъ. Учрежденiе имперскаго суда въ Германiи и кассационнаго въ Австрiи имѣеть, главнымъ образомъ, въ виду обезпеченiе единства права; оба эти установленiя вооружены властью, которая даетъ имъ возможность проводить въ практику ихъ юридическiя воззрѣнiя. Въ силу этихъ отношенiй, каждый судья легко можетъ очутиться въ затрудненiи въ виду столкновенiя противоположныхъ предписанiй, которое онъ обязанъ разрѣшить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ по своему внутреннему убѣжденiю. Судья не можетъ признать себя вправѣ сдѣлать что либо такое, что по его убѣжденiю нарушаетъ законъ, или подчиниться, безъ критики, прецеденту, нерѣдко двусмысленному. Въ то же время судья обязанъ имѣть передъ глазами цѣль всего уголовного правосудiя и не можетъ не видѣть всей важности избѣжанiя такихъ рѣшенiй, которыя произведутъ въ общество впечатлѣнiе колебанiя и нетвердости уголовного правосудiя, или о которыхъ можно съ увѣренностью предполагать, что они будутъ отмѣнены высшимъ судомъ, имѣющимъ право послѣдняго рѣшенiя. Поэтому судья обязанъ постоянно освѣжать свое знанiе прецедентовъ, тщательно взвѣшивать ихъ основанiя и не отступать легкомысленно отъ установившейся практики.

V. Велѣдствiе указаннаго выше (§ 1) отношенiя между *правомъ* и *теорiею* процесса, научная разработка послѣдняго является условiемъ правильнаго примѣненiя закона гораздо болѣе, нежели въ области матеріальнаго права. Различное примѣненiе разрозненныхъ постановленiй матеріальнаго права еще не трудно себѣ представить, и опасность, заключающаяся въ различномъ толкованiи и примѣненiи ихъ, сравнительно, не такъ велика. Напротивъ,

въ области процесса немислимо различное толкованіе и примѣненіе отдѣльныхъ правилъ и установленій; каждая часть судебного дѣла и всей системы судебного права находится въ самой тѣсной связи съ цѣлымъ. Я признаю невозможнымъ исполнить задачу, въ которой нѣкоторые видѣли цѣль теории процесса „развить и выяснить высшее руководящее начало, приложимое ко всѣмъ отдѣльнымъ ученіямъ“ и „постепенно нисходя отъ общаго къ частному, вывести изъ этого начала тѣ слѣдствія, которыя оказываютъ вліяніе на все уголовное судопроизводство, при изложеніи отдѣльныхъ ученій...: прилагать его масштабъ къ повѣркѣ существующихъ постановленій положительнаго права, отнюдь не теряя руководящей нити среди разнообразныхъ установленій и правилъ“ <sup>1)</sup> по если и невозможно свести все уголовно-судебное право къ *одному* руководящему началу—то всетаки изученіе цѣли процесса, различныхъ способовъ ея достиженія, и средствъ, которыми для этого можно располагать, раскрываетъ основныя идеи, подъ вліяніемъ которыхъ сложилась основа уголовного судопроизводства, тѣ противорѣчія, которыхъ было необходимо избѣгнуть, и способъ разрѣшенія этихъ затрудненій. Такое изложеніе послужить ключемъ къ правильному пониманію отдѣльныхъ учреждений, установленныхъ закономъ, и ихъ взаимной связи. Но задача эта можетъ быть рѣшена лишь при условіи изученія процесса по методу не абстрактно-философическому, но *историко-сравнительному*. То, въ чемъ отдѣльное лицо, какъ бы оно ни было даровито, будетъ видѣть высшую цѣль, наиболѣе совершенное устройство уголовного судопроизводства, имѣть значеніе въ лучшемъ случаѣ лишь *de lege ferenda*; приложение открытаго имъ высшаго начала къ дѣйствующему уголовно-судебному праву было бы произвольно и повело бы къ смѣшенію, вмѣсто того, чтобы облегчить пониманіе законченнаго произведенія законодательства. Проникновеніе духа закона можетъ быть облегчено лишь сравненіемъ конкретныхъ институтовъ, которые смѣняли одинъ другой или существуютъ одновременно въ уголовномъ процессѣ различныхъ странъ, и отношеній, при которыхъ тотъ или другой институтъ оказали большее или меньшее, посредственное или непосредственное, вліяніе на основу дѣйствующаго уголовно-судебнаго права. Въ этомъ смыслѣ *исторія* уголов-

---

<sup>1)</sup> Генке.



наго процесса тѣхъ странъ, которыя имѣютъ для насъ значеніе, и сравнительное изложеніе уголовного судопроизводства, будутъ не вспомогательнымъ средствомъ, лежащимъ внѣ предѣловъ науки отечественнаго уголовного судопроизводства, но составною частью этой науки. Задача теоріи процесса не ограничивается содѣйствіемъ раскрытію основы дѣйствующаго уголовно судебного права и правильному познанію постановленій закона, посредствомъ изысканія истинныхъ основаній ихъ и конечной цѣли. Высшимъ началомъ процесса является *цѣлесообразность*. Нерѣдко въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ, выразивъ то, что онъ призналъ цѣлесообразнымъ, поставилъ это цѣлесообразное подъ охрану одного изъ своихъ параграфовъ, послѣдній становится понятнымъ лишь послѣ раскрытія руководившихъ законодателемъ побужденій. Въ тѣхъ же случаяхъ когда законъ оставляетъ лицо, призванное примѣнять его, безъ всякихъ указаній, полагаясь на его собственное усмотрѣніе, направляемое наукою, необходимо точно также выяснитъ себѣ цѣль закона; при этомъ можно съ полною справедливостію предполагать, что ежели цѣлесообразное не было облечено самимъ закономъ въ форму юридическаго положенія, то лицо, примѣняющее законъ, обязано исполнить то, что оно само признаетъ наиболѣе цѣлесообразнымъ. Въ этомъ отношеніи предстоить двоякая задача: найти цѣлесообразный способъ дѣйствія, и провѣрить, насколько способъ этотъ представляется удобнымъ и цѣлесообразнымъ въ виду опредѣленій дѣйствующаго закона. Историко-сравнительный методъ нерѣдко укажетъ на способы, которыми разрѣшаются извѣстные вопросы, на затрудненія и препятствія, которыя могутъ явиться, на пользу, которую могутъ въ этомъ отношеніи принести учрежденія, существующія въ нашемъ уголовно-судебномъ правѣ, и на условія, которыя для этого должны быть соблюдены; на примѣры разнообразнаго примѣненія, повидимому простыхъ, правилъ закона, и неожиданныя послѣдствія, къ которымъ приводили, несложные на первый взглядъ, случаи судебной практики. Но все это можетъ дать только *матеріалъ* для самостоятельнаго обсужденія и повѣрки возникающихъ вопросовъ; ихъ окончательное рѣшеніе зависитъ отъ составившагося твердаго убѣжденія въ соотвѣтствіи духу дѣйствующаго уголовно судебного права опредѣленнаго способа дѣйствія, признаваемаго цѣлесообразнымъ, и въ томъ, что этотъ способъ дѣйствія, введенный въ составъ процесса, не нарушаетъ его требованій и вмѣстѣ съ тѣмъ не теряетъ самъ своихъ достоинствъ.

Не меньшаго вниманія заслуживаетъ *гражданское судопроизводство*. Последнее составляетъ другую половину судопроизводства, преслѣдуетъ задачу во многихъ отношеніяхъ близкую къ задачѣ уголовного судопроизводства, и отправленіе его поручено вообще органамъ, установленнымъ въ виду того и другого. Изученіе сходства и различія формъ того и другого рода судопроизводства, указывая ихъ логическія и историческія основанія, не мало способствуетъ объясненію и правильному усвоенію сущности и основныхъ условій обоихъ. При глубокомъ различіи гражданского и уголовного судопроизводства, въ практикѣ того и другого нерѣдко возникаютъ совершенно однородныя затрудненія; поэтому судѣ, который будетъ постоянно имѣть въ виду различія обоихъ судопроизводствъ, указанія закона, сдѣланныя въ отношеніи одного изъ нихъ, могутъ служить къ восполненію пробѣла закона въ другой области судопроизводства (путемъ аналогіи общаго смысла законовъ — *Rechtsanalogie*). Конечно, при этомъ надлежитъ поступать съ крайнею осторожностью, въ особенности при восполненіи на основаніи германскаго устава гражданского судопроизводства пробѣловъ въ уставѣ уголовного судопроизводства. Ибо, хотя между этими двумя законами, которые оба основаны на публичности, устности и свободной оцѣнкѣ доказательствъ, и замѣчается связь, сравнительно съ отношеніемъ, довольно давно уже установившимся между ними въ континентальномъ законодательствѣ, болѣе близкая, но германское законодательство явно желало точно указать правила, общія тому и другому судопроизводству, избѣгая даже, при разрѣшеніи тождественныхъ вопросовъ, употреблять сколько нибудь различныя выраженія. На этомъ основаніи слѣдуетъ предполагать, что законодательство считало исчерпанными тѣ пункты, въ коихъ оба закона сходятся, и что рѣшеніе какого либо вопроса въ извѣстномъ смыслѣ, не повторяющееся въ обоихъ законахъ, не было признано въ одинаковой степени соответствующимъ тому и другому. — Въ *австрійскомъ* законодательствѣ замѣчается меньше связи между двумя судопроизводствами; ихъ основанія столь же далеко отстоятъ одно отъ другого, какъ и эпохи, въ которыя они были сочинены.

## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

### Литературныя пособія науки уголовного судопроизводства.

#### § 30. Литература новѣйшаго германскаго и австрійскаго уголовного судопроизводства.

Выше было указано направленіе, въ которомъ надлежитъ разрабатывать уголовно-судебное право, и первенствующее значеніе въ этомъ отношеніи исторіи права. Теперь остается указать литературу современнаго уголовного судопроизводства, дѣйствующаго въ Германіи и въ Австріи.

#### 1. Литература германскаго уголовного судопроизводства.

##### 1) Систематическія сочиненія.

*Holtzendorff*: Handbuch des deutschen Strafprozessrechtes. Сост. изъ статей Дохова, Фукса, Гейера, Глазера, Гольцендорфа, Г. Мейера, Мевеса, ф.-Шварце и Ульманна. 2 тома. Берлинъ 1879, 1880. *Adolf Dochow*: Der Reichsstrafprozess. 3 изд. Берлинъ 1880. *A. Geyer*: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozessrechtes: Лейпцигъ 1880. *Paul Kayser*: Die Strafgerichtsverfassung und das Strafverfahren des Deutschen Reichs. Падерборнъ 1879. *Rich. John*: Das deutsche Strafprozessrecht mit Rücksicht auf die Justizgesetze des deutschen Reichs in den Grundzügen systematisch dargestellt. Приложение къ энциклопедіи законовѣдѣнія Гольцендорфа. Лейпцигъ 1880. *L. v. Bar*: Systematik des deutschen Strafprozessrechtes auf Grundlage der deutschen Reichsjustizgesetze. Берлинъ 1878. *Karl Binding*: Grundriss des gemeinen deutschen Strafprozessrechtes. Лейпцигъ 1881. *C. Lueder*: Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafprozessrecht. Эрлангенъ 1881. *M. Delius*: Das Strafprozessverfahren und die Neuerungen nach der StPO für das deutsche Reich. Берлинъ 1879. *Quaritsch*: Compendium des deutschen Strafprozesses. 4 изд. Берлинъ 1881. *Meves*: Das Strafverfahren nach der deutschen StPO. 3 изд. Берлинъ 1880. *R. Bretschneider*: Referat über die vom Herrn Generalstaatsanwalt Dr. v. Schwarze aus Dresden im April 1879 in Chemnitz gehaltenen Vorträge über die deutsche StPO und deren Principien. Хемницъ 1879. *Ludwig Brosy*: Repetitorium des deutschen Strafprozesses. Лейпцигъ 1878. *Schramm*: Die Strafgerichte im deutschen Reiche, deren Verfassung und Verfahren.

2 изд. Нердлингенъ 1879. *Meltzing*: Der deutsche Strafprozess, an Rechtsfälle nach gerichtlichen Akten veranschaulicht. Людвигслустъ 1882.

2) *Комментаріи.*

*E. Löwe*, Appellationsgerichtsrath in Frankfurt a. d. O.: Die StPO für das deutsche Reich nebst dem GVG und den das Strafverfahren betreffenden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze. 3 изд. Берлинъ 1882 <sup>1)</sup> *Dr. Friedrich O. v. Schwarze*, kön. sächs. Generalstaatsanwalt, членъ и докладчикъ имперской коммисіи для составленія судебныхъ законовъ: Commentar zu der deutschen StPO und zu den auf dieselbe bezüglichen Bestimmungen des GVG. Лейпцигъ 1878. *R. John*, Geh. Justizrath und Professor in Göttingen: StPO für das deutsche Reich nebst Einführungs-gesetz (особый оттискъ изъ „Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterung n“) Эрлангенъ 1881, 1882, вып. 1 и 2. *Adolf Keller*, Oberlandsgewichtsrath in Colmar: Die StPO für das deutsche Reich nebst Einführungs-gesetze. 2 изд. Ларъ 1882. *H. G. Thilo*, kön. preuss. Kreisgerichtsdirector: Die StPO....Берлинъ 1878. *C. A. Dalcke*, Oberstaatsanwalt: Die deutsche StPO und das GVG nebst den deutschen Einführungs und den preussischen Ausführungsgesetzen. 2 изд. Берлинъ 1881. *C. A. Voitus*, kön. preuss. Obertribunalsrath a. D. Commentar zu der StPO für das deutsche Reich und den dieselbe ergänzenden Vorschriften des GVG. Берлинъ 1877. *E. G. Puchelt*: Die StPO des Deutschen Reichs. Unter Benutzung der Materialien sowie der Doctrin und Praxis, insbesondere der Rechtsprechung des Reichsgerichtes. Лейпцигъ 1881. *E. v. Bomhard*, Appellationsgerichtsrath und Referent im Bayerischen Justizministerium und *Wilh. Koller*, Stadtgerichtsassessor in München: Die StPO des deutschen Reichs....nebst dem Einführungs-gesetze. Mit Auslegungsbehelfen aus den Motiven.... und aus der bisher erschienenen Literatur. Нердлингенъ 1879. *Meves*, Appellationsgerichtsrath: Die StPO für das deutsche Reich. Бреславль 1882. *Julius Staudinger*, kön. bay. Oberappellationsgerichtsrath a. D., членъ коммисіи союзнаго совѣта: StPO für das deutsche Reich.... Mit Einleitung, Anmerkungen etc. Нердлингенъ 1877. *C. Krah*: StPO und StGB mit den Einführungs-gesetzen, zum praktischen Gebrauch bearbeitet. Франкфуртъ 1877. *J. E. Stiegele*: Die StPO für das deutsche Reich...nebst Einführungs-gesetz. Handausgabe mit Erläuterungen auf Grund der amtlichen Materialien etc. Штуттартъ 1879. *Jul. Weif-*

<sup>1)</sup> Въ 1884 г. вышло 4 изданіе. Пер.



*fenbach*, kön. preuss. Justizrath: StPO nebst GVG für das deutsche Reich. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts erläutert. Kassel 1881. *W. Dorendorf*: StPO. Bresлавль 1881.

3) Изъ многочисленныхъ изданій устава угол. суд. заслуживаютъ вниманія слѣдующія:

Официальное прусское съ указателемъ, Берлинъ, изд. Nauck u. Comp.; официальное для Эльзаса-Лотарингіи съ французскимъ переводомъ. Страсбургъ 1879, изд. R. Schulz u. Comp. R. Gneist'a, изданное фирмою *Guttentag* въ Берлинѣ (2 изд. 1882 г.), со введеніемъ (съ подробнымъ указателемъ), въ которомъ изложены система и содержаніе устава; *A. Dochow*'a (изданное также вмѣстѣ съ уголовнымъ уложеніемъ *H. Rüdorff*'a), Берлинъ, Гуттентагъ; *Höinghaus*'a „дополненное и снабженное разъясненіями по официальнымъ матеріаламъ“; *Delius*'a (*Die Prozessordnungen und die Gerichtsverfassung für das deutsche Reich, mit Erläuterungen*, Лейпцигъ 1877); *Freih. v. Neubronner*'a, съ постановленіями мѣстныхъ баденскихъ законовъ (2 отд. 5 тома Justizgesetze für das Grossh. Baden, изд. въ Маннгеймѣ 1880). *P. Kayser* Die Reichsprozessgesetze und deren Ergänzungen im Reiche. Берлинъ 1880. *Hellweg und Arndt*: Die deutsche Strafgesetzgebung, текстъ закона съ примѣчаніями. Берлинъ и Лейпцигъ 1883.

4. Сборники монографій по отдѣльнымъ вопросамъ уголовно-судебнаго права:

*Dr. F. O. v. Schwarze*: Erörterung praktisch wichtiger Materien aus dem deutschen Strafprozessrechte. Томъ 1, Лейпцигъ, 1881. *C. A. Voit*us: Controversen betreffend die StPO und das GVG, 2 тома 1878 и 1882. *v. Holtzendorff*: Rechtslexicon. 3 изд. Лейпцигъ 1880—1882.

5) Сборники судебныхъ рѣшеній (независимые отъ специальныхъ журналовъ):

Annalen des Reichsgerichts. Изданіе *K. Braun* und *H. Blum*, Лейпцигъ. Rechtsprechung des deutschen RG in Strafsachen. Изданіе членовъ прокуратуры имперскаго суда, Мюнхенъ и Лейпцигъ, съ 1879 г. Entscheidungen des RG in Strafsachen. Изданіе членовъ имперскаго суда, Лейпцигъ. *E. Grünewald*: Rechtsgrundsätze der Entscheidungen des RG. 6 томовъ. Берлинъ 1880—1882. *Max Nippold*, Amtsrichter zu Dresden: Wegweiser durch die Entscheidungen des RG mit Berücksichtigung der Rechtsprechung des kön. sächs. Oberlan-

desgerichts. Дрезденъ 1882. *Zuerl*: Repertorium zu den Erkenntnissen des Reichsgerichts in Strafsachen. Мюнхенъ и Лейпцигъ 1882. *Fuchsberger*: Die Entscheidungen des Oberhandelsgerichtes und des Reichsgerichtes. Часть IV: Das Strafprozessrecht. Гиссенъ 1882. Sammlung der Entscheidungen des kön. Oberlandesgerichts München in Gegenständen des Strafrechts und Strafprozesses. Издание под наблюдениемъ и руководствомъ королевскаго министерства юстиціи. Эрлангенъ. Annalen des kön. sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden. Издание *Klemm* und *Lamm*. Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen. Изд. *R. Johow* und *O. Küntzel*, Берлинъ съ 1881 г.

6) *Спеціальные журналы*:

Der Gerichtssaal. Zeitschrift für Strafrecht, Strafprozess, gerichtliche Medicin, Gefängnisskunde und ausländische Literatur. При участіи: *v. Bar*, *Berner*, *Hälschner*, *v. Holtzendorff*, *Merkel*, *v. Seeger*, *Teichmann*, *Ullmann*, *v. Binder*, *v. Buri*, *Glaser*, *v. Hye-Gluck*, *Rosshirt* и *Stenglein*, изд. *v. Schwarze*, 32-й годъ изданія. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Издание *A. Brinz* и *J. Pözl*. Мюнхенъ, 22 т. *Goltdammer*: Archiv für preuss. Strafrecht, Берлинъ, 28 т. *Grünhut*: Zeitschrift für das Privat—und öffentliche Recht der Gegenwart. Вѣна, 8 т. Zeitschrift für die vergleichende Rechtswissenschaft. Издание *Bernhöft* и *Cohn*. Штуттгартъ, 3 т. Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft. Издание *Dochow* <sup>1)</sup>, *Liszt* и *Lilienthal*. Берлинъ и Лейпцигъ съ 1881 г. Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart. При участіи: *Dr. v. Bar*, *Erythropel*, *Dr. Franke*, *Oppenhoff*, *Dr. Struckmann*, *Thomsen*, изд. *Bödiker*, Landgerichtsrath, въ Гильдесреймъ, съ 1881 г. Justizministerialblatt für die preussische Gesetzgebung und Rechtspflege. Издание министерства юстиціи, Берлинъ, 42-й годъ изданія. Archiv für das Civil—und Criminalrecht der kön. preuss. Rheinprovinzen. Кельнъ, 71 т. Annalen der Justiz und Verwaltung im Bezirke des Oberlandesgerichts . . . zu Kassel, изд. *Puchelt* и *Maurer*. Мангеймъ, 5-й годъ изданія. Annalen der grossh. badischen Gerichte. Изд. *Rosshirt*. Мангеймъ, 46-й годъ изданія. Württembergisches Gerichtsblatt. При содѣйствіи королевскаго министерства юстиціи, изд. *Kübel*, Штуттгартъ, 18 т. Württembergisches

<sup>1)</sup> *Dochow* † 20 дек. 1881 г.—Пер.

Archiv für Recht und Rechtsverwaltung. Изд. *Kübel* и *Sarwey*, Тюбингенъ, 21 т. *Seufferts*: Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern. Ред. *Hettich*, Эрлангенъ, 45 й годъ изданія. Zeitschrift des Anwaltsvereins für Bayern. Изд. *Feust* съ участіемъ *Gunzenhäuser'a*, Нюрнбергъ, 20 т. Allg. Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen. Изд. *v. Schwarze*. Лейпцигъ 24-й годъ изданія. Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt. Изд. *O. Bretschneider*, Иена, 27 т. Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthum Braunschweig. Ред. *C. Koch*. Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft. Изд. *Johann Friedrich Budde*, *August Moeller* и *Dr. Karl Birkmeyer*, Висмаръ, съ 1881 г.

## II. Литература современнаго австрійскаго уголовно-судебнаго права.

### 1) Изданія законовъ:

Изданіе государственной типографіи (K. K. Hof—und Staatsdruckerei) въ 12-ую и въ 8-ую долю листа, послѣднее (Вѣна 1873), состоитъ изъ двухъ томовъ, изъ коихъ второй содержитъ мотивы и парламентскіе матеріалы; затѣмъ слѣдуетъ назвать „Die StPO . . . und deren Einführungsgesetz mit Materialien“, помѣщенное въ 10-мъ томѣ изданія *J. Kaserer'a*: „Oesterr. Gesetze mit Materialien“, въ двухъ частяхъ, изд. въ Вѣнѣ въ 1873 г. (см. также 13 и 14 томы этого собранія, содержащіе законы о составленіи списковъ присяжныхъ засѣдателей и о временномъ приостановленіи дѣйствія суда присяжныхъ); 5-й томъ карманнаго изданія австрійскихъ законовъ *Manz* (5 изд. Вѣна, 1880), со всѣми дополнительными узаконеніями, правилами о введеніи въ дѣйствіе и краткими примѣчаніями, съ указаніемъ сихъ правилъ и соответствующихъ опредѣленій кассационнаго суда; помѣщенные въ 5 томѣ изданія *Leo Geller'a* „Oesterr. Justizgesetze mit Erläuterungen aus der oberstrichterlichen Rechtsprechung“ (Вѣна 1881) уголовное уложеніе и уставъ уголовного судопроизводства; наконецъ, вошедшее во вторую часть изданія *Mercy* въ Прагѣ „Commentirte Handausgabe der österreichischen Reichsgesetze“. *Итальянскій* officialный переводъ устава, сдѣланный въ Имперскомъ Указателѣ Законовъ, перепечатанъ въ изданіи *Weiske*: Manuale di procedura penale . . . con introduzione del Prof. Francesco Carrara aggiuntovi il nuovo codice di procedura penale austriaco . . . con note. Firenze 1874.—На французскомъ языкѣ: Code d'instruction criminelle autrichien traduit par *Edm. Bertrand* et

annoté par Ch. *Lyon-Caen*. Publication de la société de législation comparée. Paris, imprimé par ordre du Gouvernement 1874.

2) *Систематическія обработки всего уголовно-судебнаго права:*

*S. Mayer*: Handbuch des österr. Strafprozessrechts. T. I: Entstehungsgeschichte der österr. StPO .... und der damit zusammenhängenden Gesetze, nach amtlichen Quellen, Вѣна 1876. Т. II ч. 1: Commentar §§ 1—206, Вѣна 1878—1881 <sup>1)</sup>. *Emanuel Ullmann*: Lehrbuch des österr. Strafprozessrechtes. 2 изд. Инсбрукъ 1882. Комментаріи *Rulf*. 2 изд. Вѣна 1874, *Mitterbacher* и *Neumayer*, Грацъ. *Mitterbacher*, Вѣна 1882 (новое изданіе вышеупомянутаго комментарія его же). *Rulf*: Die Praxis des österr. Strafprozesses. Вѣна 1878. *Ivellio*: I motivi del regolamento di procedura penale ... Traduzione e studio. .... Цара, 1876.

3) Важнѣйшія *монографіи*, болѣе или менѣе непосредственно касающіяся австрійскаго устава уголовного судопроизводства:

*Glaser*: Kleine Schriften über Strafrecht und Strafprozess. 2 изд. Вѣна 1883, въ особенности стр. 841 и слѣд. (въ первомъ изданіи, кромѣ того, т. II стр. 81—274). *Wahlberg*: Ges. Schriften. 3 тома, Вѣна 1875—1882 (см. также—статью того же автора въ журналѣ Grünhut'a I стр. 152 и слѣд. подъ заглавіемъ: „Die Gehorsamsfrage in der StPO“). *Ribitsch*: Strafgerichte, Rechtsmittel, Fristen und Nichtigkeiten. Лайбахъ 1876. *A. Zucker*: Die Untersuchungshaft vom Standpunkt der österr. StPO. Въ 3 очеркахъ, Прага 1873—1879. *F. v. Liszt*: Lehrbuch des österr. Pressrechts. Лейпцигъ 1878 (судопроизводство стр. 340 и слѣд.). *Его же*: Die Privatanklage im österr. Recht. Статья въ журналѣ *Gerichtssaal* 1877 г. стр. 187 и слѣд. *M. Frydmann*: Systematisches Handbuch der Vertheidigung im Strafverfahren. Вѣна 1878. *J. Vargha*: Die Vertheidigung in Strafsachen historisch und dogmatisch dargestellt. Вѣна 1879. *Frühwald*: Praktisches Handbuch für die strafgerichtliche Wirksamkeit der K. K. Bezirksgerichte in Uebertretungsfällen. Вѣна 1874. Нельзя не указать также на статьи за подписью *J. v. W. (aser)*, еще несобранныя, но означенныя послѣдовательными нумерами и помѣщаемыя со времени вступленія въ дѣйствіе устава уголовного судопроизводства въ „Allg. österr. Gerichtszeitung“ подъ заглавіемъ: *Zur Anwendung der StPO*.

<sup>1)</sup> Части 2 и 3 изданы въ 1884 г.—Пер.



#### 4. Сборники судебных рѣшеній:

Plenarbeschlüsse und Entscheidungen des K. K. Cassationshofes, veröffentlicht im Auftrage des K. K. obersten Gerichts—als Cassationshofes von der Redaction der Allg. österr. Gerichtszeitung. Вѣна 1876 г. (изданы 4 тома, въ которыхъ первое по времени рѣшеніе—марта 1874 г.).

#### 5) Специальные журналы:

Allg. österr. Gerichtszeitung. Ред. *Dr. R. Nowak*, изд. съ 1850 г. Die Gerichtshalle. Ред. *Dr. I. Pisko*, изд. съ 1856 г. Juristische Blätter. Ред. *Dr. M. Burian* и *Dr. L. Iohanny*, изд. съ 1872 г. Allg. Juristenzeitung. Ред. *Dr. Stall*, *Dr. Kerpel* и *Dr. Frydmann*, изд. съ 1877 г. Всѣ названные журналы издаются въ Вѣнѣ, Mittheilungen des deutschen Juristenvereins in Prag. Ред. *Dr. Ullmann*, изд. съ 1868 г. въ Прагѣ. *Gazetta de' tribunali*. Ред. *Dr. L. Cambon* и *Dr. B. Giannelia*, изд. съ 1867 г. въ Триестѣ — Журналъ, издаваемый *Grünhut*'омъ, былъ уже упомянутъ въ предшествующемъ (I) отдѣлѣ (п. 6).

### § 31. Вспомогательныя науки.

I. Споры касательно различія между вспомогательными науками и второстепенными пособиями для основательнаго изученія извѣстной науки весьма понятны, и въ тоже время весьма мало плодотворны. Всего правильнѣе кажется различать между свѣдѣніями, необходимыми для данной отрасли знанія, по составляющими предметъ специальной разработки въ видѣ самостоятельной науки, исключительно въ силу закона раздѣленія труда и потому, что ихъ значеніе не во всѣхъ отношеніяхъ одинаково, и тѣми, которыя входятъ въ составъ какой либо иной науки. Имѣя въ виду уголовное судопроизводство, къ свѣдѣніямъ первой группы должно отнести исторію судопроизводства и изученіе его въ тѣхъ государствахъ, которыя, въ силу различныхъ отношеній къ судопроизводству данной страны, оказывали вліяніе на ходъ его развитія или, по крайней мѣрѣ, были принуждены преодолевать подобныя же затрудненія, съ какими встрѣтилось данное судопроизводство. Знанія, относящіяся ко второй группѣ, будутъ составлять не самостоятельную, но лишь вспомогательную науку, въ томъ только случаѣ, ежели подъ таковою разумѣть науку, которой результаты облегчаютъ примѣненіе науки главной. Въ

этомъ смыслѣ слѣдуетъ сказать, что для примѣненія уголовно-судебнаго законодательства весьма полезныя указанія даютъ сочиненія, посвященныя такъ назыв. *искусству производства слѣдствій* (Untersuchungskunde), а равно и тѣ, содержаніе которыхъ составляетъ подробное *изложеніе*, на основаніи подлинныхъ бумагъ, *производившихся уголовныхъ процессовъ*.

Изъ сочиненій по *искусству производства слѣдствій* слѣдуетъ назвать слѣдующія: *Joseph Kitzka*: Beitrag zur Lehre über die Erhebung des Thatbestandes der Verbrechen. Вѣна 1831. *L. H. F. von Jagemann*: Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde. 2 т., Франкфуртъ на Майнѣ 1838. *Duverger*, Manuel criminel des Juges d'instruction. 3 изд. Парижъ 1850 (съ изложеніемъ, продолженнымъ до 1865 г.).—Изъ множества изложеній уголовныхъ процессовъ (см. о литературѣ этого рода замѣчанія *Binding* а въ его Grundriss zur Vorlesung über gemeines deutsches Strafrecht § 16, VII; она содержится преимущественно въ приложеніяхъ къ специальнымъ журналамъ прежняго времени), заслуживаютъ особеннаго вниманія слѣдующія изданія: *G. I. F. Meister*: Practische Bemerkungen. 2 тома, Геттингенъ, 1792, 1795. *Klein*: Merkwürdige Rechtssprüche der holländischen Juristenfacultät. 5 томовъ, Берлинъ и Штеттинъ, 1796—1802. *A. v. Feuerbach*: Merkwürdige Criminalfälle. Въ 2 частяхъ, Гиссенъ 1808 и 1811. Того же автора: Aktenmässige Darstellung merkwürdiger Verbrechen. 2 тома, Гиссенъ, 1828, 1829 (частью вновь переработанное 2 изд. предшествующаго сочиненія: 3 изданіе съ введеніемъ Миттермайера, 1 томъ, Франкфуртъ 1849). *Tittmann*: Vorträge und Urtheile über merkwürdige Sträffälle aus Akten. Лейпцигъ 1815. *Pfister*: Merkwürdige Criminalrechtsfälle. 5 т., Гейдельбергъ и Франкфуртъ 1814—1820. *Bischoff*: Merkwürdige Criminalrechtsfälle. 4 т., Ганноверъ 1835—1840. *Bopp*: Bibliothek gewählter Strafrechtsfälle. Лейпцигъ и Штутгартъ 1834. *H. Zachariä*: Geschichtserzählungen aus Criminalakten. Геттингенъ 1835. *Ö. E. v. Wendt*: Die deutsche Facultätspraxis in Strafrechtsfällen. Нейштадтъ на О. 1836. *Scholz III*: Merkwürdige Strafrechtsfälle. Брауншвейгъ 1840, 1841. *W. Mejer*: Beispiele aus der Criminalpraxis, vorzüglich vom Standpunkte der Vertheidigung. Геттингенъ 1843. *Kasimir Pfyffer und I. B. zur Gilgen*. Aktenmässige Darstellung merkwürdiger Criminalrechtsfälle aus der deutschen Schweiz. Цюрихъ 1846. *A. Oberst*: Sammlung gerichtlicher Akten aus der pfälzischen Strafrechtspflege. Мюнхенъ 1848 (имѣетъ видъ собранія формъ производства).

II. Устройство полиціи имѣетъ весьма важное значеніе для примѣненія на практикѣ уголовного судопроизводства. Знакомство съ жизнью и дѣятельностью полиціи, со средствами, которыми она располагаетъ, съ ея борьбою противъ лицъ, промышляющихъ преступленіемъ, и въ особенности класса мошенниковъ, съ правами и нарѣченіемъ этого послѣдняго и, съ другой стороны, съ системою полицейскаго устройства, съ организаціею судебной полиціи, съ тою степенью знанія законовъ, которой возможно требовать отъ нашихъ полицейскихъ властей, и съ правилами, спеціально для нихъ установленными—все это необходимо для правильнаго разрѣшенія многихъ вопросовъ уголовного судопроизводства и нерѣдко оказывается крайне полезнымъ въ судебной практикѣ

Въ первомъ отношеніи необходимо вернуться къ сочиненіямъ: *R. v. Mohl*: Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates. 3 изд., 3 т., 1866, *Gustav Zimmermann*: Wesen, Geschichte, Literatur, charakteristische Thätigkeit und Organisation der modernen Polizei. Ганноверъ 1852, *L. A. v. Stein*: Die Verwaltungslehre, 4 ч. Das allgemeine Polizeirecht und die Sicherheitspolizei. Штутгартъ, 1867, и *Avé-Lallemant* Das deutsche Gaunerthum in seiner socialpolitischen, literarischen und linguistischen Ausbildung... 4 части, Лейпцигъ 1858—1862, *Physiologie der deutschen Polizei*. Лейпцигъ 1882. *Pözl*: Grundriss zu Vorlesungen über Polizei. Мюнхенъ 1866. Вообще заслуживаютъ вниманія: *Stieber*: Praktisches Lehrbuch der Criminalpolizei. Берлинъ 1860. *C. H. Ortloff*, Landgerichtsrath in Weimar: Lehrbuch der Criminalpolizei auf Grund der Reichsgesetze. Лейпцигъ 1881. *Dr. Wieck*: Ueber die Aufgabe und den Wirkungskreis der gerichtlichen Polizei (Braunschweigische Zeitschrift 1854 стр. 117 и слѣд., 133 и слѣд.). *A. Zaleisky*: Handbuch der Gesetze und Verordnungen, welche für die Polizeiverwaltung im österr. Kaiserstaate von 1740 bis 1852 erschienen sind. Вѣна 1854, съ многочисленными дополненіями по 1858 г. *Mayerhofer*: Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst. 2 т., 4 изд. Вѣна 1850, стр. 556—671. *Th. Förstemann*: Principien des preussischen Polizeirechts. Берлинъ 1869. *Genzmer*: Die Thätigkeit der Polizei in Strafsachen auf Grund der Reichsjustizgesetze und des preussischen Landrechts, für Bürgermeister, Amtsvorsteher, Gemeindevorsteher und andere Polizeibeamte. Берлинъ 1879. *Chuchul*: Die gerichtliche Polizei. Instructions—und Formularbuch. Кассель 1880. *Höfling*: Die Polizeibehörden in ihrer Thätigkeit als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft und als Polizeirichter. Лейпцигъ 1881. *R. E. v. Felsenthal*:

Aus der Praxis eines österreichischen Polizeibeamten. I (единственный изданный) томъ, Вѣна 1853.

III. *Судебная медицина*, въ особенности судебная *психологія*, въ свою очередь тѣсно связанная съ психіатріею.

Изъ обширной литературы этой науки мы ограничимся указаніемъ слѣдующихъ произведеній: *A. Henke*: Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. 13 изд. В.-ггмапп, Берлинъ 1859. *Ioh. Ludw. Caspers*: Handbuch der gerichtlichen Medicin. Neu bearbeitet und vermehrt von Geh. Rath Prof. Dr. C. Liman. Берлинъ, 7-е изд. въ двухъ томахъ: т. I—часть біологическая, 1881, т. II—танатологическая, 1882. *Dr. H. Beer*: Einleitung in das Studium und die Praxis der gerichtlichen Medicin. Вѣна 1851. *F. X. Güntner*: Kindsmord und Fruchtabtreibung. In gerichtsärztlicher Beziehung für Gerichtsärzte und Juristen dargestellt. Прага 1845. Того же автора: Handbuch der gerichtlichen Medicin für Mediciner, Rechtsgelehrte und Gerichtsärzte, mit Rücksichtnahme auf die Schwurgerichte. Перенбургъ 1851. *Dr. E. Buchner*: Lehrbuch der gerichtlichen Medicin für Aerzte und Juristen. Nach eigenen und fremden Erfahrungen bearbeitet. Мюнхенъ 1867. *Dr. I. H. Schürmayer*: Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. Mit Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen des In und Auslandes, insbes. des Verfahrens bei Schwurgerichten, für Aerzte und Juristen bearb. Съ приложеніемъ, содержащимъ краткое практическое руководство къ производству судебно-медицинскихъ вскрытій. 4 изд. Эрлангенъ 1874. *Dr. A. Schauenstein*: Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. 2 изд. Вѣна 1875. *Dr. E. Hofmann*: Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. Mit besonderer Berücksichtigung der österreich. und deutschen Gesetzgebung. Вѣна 1878. *Josef Maschka*: Handbuch der gerichtlichen Medicin. Тюбингенъ. Т. I, 1881, т. II, 1882. Того же автора: Sammlung gerichtsärztlicher Gutachten aus den Verhandlungen der Prager medicinischen Facultät, 4 т. in folio. Лейпцигъ 1873. *Prof. Dr. H. Friedberg*: Gerichtsärztliche Praxis. Вѣна и Лейпцигъ 1881. *Ed. Hofmann*: Die Leistungen auf dem Gebiete der gerichtlichen Medicin im Jahre 1880—1881, напеч. въ „Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft“, II, стр. 50 и слѣд. *C. H. E. Bischoff*: Grundriss einer anthropologischen Propädeutik zum Studium der gerichtlichen Medicin für Rechtsbeflissene. Боннъ 1827. *I. C. Hofbauer*: Die Psychologie in ihren Hauptanwendungen auf die Rechtspflege. 2 изд. Галле 1823. *I. C. A. Heinroth*: Grundzüge der Criminalpsychologie, Берлинъ 1833. *A. Schnitzer*: Die Lehre von der Zurechnungsfähigkeit bei zweifelhaften



Gemüthszuständen, für Aerzte und Juristen. Берлинъ 1840. *I. B. Friedreich*: System der gerichtlichen Psychologie. 2 изд. Реренсбургъ 1842. *I. Wilbrand*: Lehrbuch der gerichtlichen Psychologie für Aerzte und Juristen. Эрлангенъ 1858. *E. X. Güntner*: Handbuch der gerichtlichen Psychologie. Das Seelenleben des Menschen im gesunden und kranken Zustande in Bezug auf die Zurechnung vor den Gerichtshöfen, für Juristen und Aerzte. 2 изд. Гамбургъ 1868. *Dr. M. Leidesdorf*: Lehrbuch der psychischen Krankheiten, Штуттгартъ 1874. Итальянское изданіе, переработанное *Schiff* и *Ungern=Sternberg*. Туринъ 1878. *Dr. v. Kraft=Ebing*: Lehrbuch der gerichtlichen Psychopathologie. Штуттгартъ 1875. Того же автора: Grundzüge der Criminalpsychologie. 2 изд. Штуттгартъ 1882. Того же автора: Обзоръ нѣ успѣховъ, сдѣланныхъ въ области судебной психологии за десятилѣтіе 1866—1875 (приложение къ „Psychiatisches Centralblatt“. Въна 1876).—Изъ нѣмецкихъ специальныхъ журналовъ прежде первое мѣсто занималъ *Friedreichs Blätter für gerichtliche Anthropologie* (впослѣдствіи называвшійся „für gerichtliche Medicin und Sanitätspolizei“), котораго вышло до 1879 г. 30 томовъ; теперь же: Vierteljahresschrift für gerichtliche Medicin und öffentliches Sanitätswesen. При содѣйствіи королевской ученой комисіи и т. л. изд. Н. Enlenburg. Берлинъ (1880, т. 32).—Изъ новѣйшихъ произведеній французской литературы, которой въ особенности придаютъ блескъ болѣе старыя произведенія *Fodéré* (Traité de médecine légale. 1813, 8 vol.), *Orfila* (Leçons de médecine légale. Первое изд. въ 1828 г. въ Парижѣ въ 3 томахъ; нѣмецкій переводъ *Hergentröther*, 3 тома, Лейпцигъ 1829), и *Tardieu* (Etudes médico—légales: sur la strangulation. Парижъ 1858. Sur les attentats aux mœurs. 4 изд. 1882. Sur l'avortement, 1863), слѣдуетъ упомянуть: *Ch. Desmazes*: Histoire de la médecine légale en France. Парижъ 1880. *Lutard et Boutmy*: Manuel de médecine légale et de jurisprudence médicale. 3 изд. Парижъ 1881. *Dubrai*: Traité de jurisprudence médicale. Парижъ 1882. *Briand et Chaudé*. Manuel complet de médecine légale. Парижъ 1880.—Англійскія сочиненія: *A. S. Taylor*: A manual of medical jurisprudence. Первое изд. Лондонъ 1844, 12 изд. 1879; французскій переводъ *Contange*, Парижъ 1881; итальянскій переводъ *Simoncelli* издается въ настоящее время въ Неаполѣ. Того же автора: *On poisons in relation to medical jurisprudence and medicine*. 2 изд. Лондонъ 1859. Переводъ на нѣмецкомъ языкѣ съ примѣчаніями *Seydeler*. 3 т. Кёльнъ 1862, 1863. *D. Ferrier*: Die Functionen des Gehirns, нѣмецк. прил. къ ж. гр и уг. пр. кн. х 1885 г.

пер. dr. Н. Obersteiner. Брауншвейгъ 1879. *Henry Maudesley*: Responsibility in mental disease, Лондонъ 1874. — Изъ новѣйшей итальянской литературы (изъ болѣе старыхъ сочиненій *G. Barzellotti*: *Medicina legale*, 1 изд. въ 2 т. Пиза 1818) слѣдуетъ упомянуть: *Vigna*: *La giurisprudenza e la freniatria*. Миланъ 1880. *Dr. Francesco Forlani* (юристъ): *L'isterismo nei suoi rapporti colla follia e colla responsabilità; memorie medico—legali*. Вѣна, Туринъ и Флоренція 1869. *F. Polletti*: *Il delinquente, cenno di antropologia criminale*, Удине 1875. *Lombroso*: *L'uomo delinquente*. 2 изд. Туринъ 1881. *Archivio di psichiatria, scienze penali ed anthropologia penale*. Edit. *Lombroso, Garofalo e Ferri*. Изд. въ Туринѣ и Римѣ съ 1881 г.

---



1913

---

Вам. 1-3 = 5р.