

# Постановка вопросовъ присяжнымъ засѣдателямъ по русскому праву.

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ

*Экстраординарнаго профессора В. Н. Палагузова.*

---

## ПРЕДИСЛОВІЕ.

Постановка вопросовъ присяжнымъ представляетъ собою одинъ изъ труднѣйшихъ и важнѣйшихъ моментовъ уголовного процесса. О трудности говорить уже громадный процентъ кассаций по поводу нарушеній правилъ о постановкѣ вопросовъ въ общемъ числѣ отмѣняемыхъ кассационными судами приговоровъ.

Что касается важности этого момента процесса, то и она не подлежитъ сомнѣнію. Въ самомъ дѣлѣ, вопросы, предлагаемые присяжнымъ, вмѣстѣ съ краткимъ на нихъ отвѣтомъ (въ общемъ правилѣ — «да, виновенъ», или «нѣтъ, не виновенъ»), составляютъ вердиктъ присяжныхъ, рѣшеніе ими вопроса о виновности или невинности подсудимаго. Присяжные простымъ «да» или «нѣтъ» утверждаютъ или отрицаютъ то, что содержится въ вопросѣ, имъ предложенномъ. Исходъ процесса, такимъ образомъ, въ важнѣйшемъ отношеніи обуславливается содержаніемъ вопроса.

Исслѣдованіе этого момента процесса важно не только въ практическомъ, но и въ теоретическомъ отношеніи.

На значеніе интересующаго насъ предмета для вопроса о достоинствахъ суда присяжныхъ вообще и въ особенности въ сравненіи его съ другою формою суда съ участіемъ непрофессіональнаго элемента (шеффенгерихтомъ) мы указывали раньше <sup>1)</sup>).

Но независимо отъ этого, ученіе о постановкѣ вопросовъ интересно, какъ удобный случай для полного развитія, детальной обработки теоріи миссіи обоихъ элементовъ суда присяжныхъ — короннаго, професіональнаго и народнаго, непрофесіональнаго. Въ самомъ дѣлѣ, устанавливая правила касательно содержанія вопросовъ присяжнымъ, мы вмѣстѣ съ тѣмъ трактуемъ о миссіи ихъ въ уголовномъ процессѣ, мы проводимъ точнѣйшія границы между смежными компетенціями присяжныхъ и коронныхъ судей.

Вотъ причины того вниманія, которое оказано этому моменту процесса въ иностранной, преимущественно нѣмецкой, литературѣ <sup>2)</sup>). Но обиліе работъ въ данномъ случаѣ не устраняетъ трудностей, встрѣчаемыхъ изслѣдователемъ этого вопроса.

Если въ послѣднее время между иностранными (преимущественно нѣмецкими) процессуалистами стало устанавливаться согласіе въ основныхъ взглядахъ на миссію присяжныхъ <sup>3)</sup>), то не то нужно сказать о возрѣніяхъ по

---

<sup>1)</sup> См. мое изслѣдованіе «Къ вопросу о формѣ участія народнаго элемента въ уголовной юстиціи», т. XX Зап. Имп. Нов. ун-в. и отдѣльно, Одесса, 1876 г.

<sup>2)</sup> Литературу этого вопроса см. у Г. Мейера въ «Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen», изд. Гольцендорфа, 1879 г., т. II, стр. 127 — 128. Указанія на труды, появившіеся въ печати послѣ изданія Гольцендорфа, сдѣланы нами въ соответствующихъ мѣстахъ.

<sup>3)</sup> Къ сожалѣнію, этого нельзя сказать о нашихъ процессуалистахъ, изъ которыхъ многіе поддерживаютъ, какъ увидимъ дальше, взгляды, не имѣющіе уже опоры въ наукѣ. Это, конечно, не относится къ такимъ ученымъ процессуалистамъ, какъ профессоръ И. Я. Фойницкій, Л. Е. Владиміровъ, Чебышевъ—Дмитріевъ, труды которыхъ стоятъ на уровнѣ современной науки.

тѣмъ детальнымъ вопросамъ, изъ которыхъ слагается ученіе объ интересующемъ насъ институтѣ уголовного процесса. Разобраться въ этомъ лабиринтѣ разнорѣчій, выработать для себя основной взглядъ, на основаніи его оцѣнить несогласныя съ нимъ воззрѣнія, провести этотъ взглядъ чрезъ всѣ детали постановки вопросовъ — такова теоретическая задача и таковы затрудненія, встрѣчаемыя изслѣдователемъ въ этой области.

Сверхъ этого мнѣ предстояла и другая задача: примѣнить теоретическія начала къ разработкѣ дѣйствующаго русскаго права по этому предмету. Мнѣ предстояло — на основаніи немногихъ постановленій нашего устава уголовного судопроизводства постараться опредѣлить отношеніе нашего законодательства къ тѣмъ подробностямъ, деталямъ постановки вопросовъ, которыя *explicite* не разрѣшены нашимъ закономъ, но которыя такъ или иначе должны быть разрѣшены въ теоріи и въ практикѣ судебной.

Въ этой части моего труда пособіемъ служили мнѣ прежде всего рѣшенія нашего кассаціоннаго суда, хотя значеніе ихъ для разныхъ частей моего изслѣдованія не одинаково. По самому капитальному вопросу, по вопросу о томъ — призваны ли наши присяжные къ сужденію только о конкретномъ фактѣ, или и къ субсумціи этого факта подъ абстрактно-правовыя условія виновности, значеніе нашей кассаціонной практики сводится, при раздѣляемомъ мною взглядѣ на миссію присяжныхъ, такъ сказать, къ отрицательной величинѣ. Дѣло въ томъ, что по этому вопросу сенатъ нашъ держится взгляда, давно оставленнаго и въ теоріи, и въ западноевропейской практикѣ. Здѣсь мнѣ приходилось только разобрать аргументы, приводимые какъ сенатомъ, такъ и сторонниками его въ литературѣ въ пользу ограниченія миссіи присяжныхъ областью конкретного факта, а въ остальномъ сослаться на то изложеніе подробностей

сенатской доктрины, которое дано въ сочиненіи г. Селитренникова «О постановкѣ вопросовъ на судѣ уголовномъ, по рѣшеніемъ кассационнаго сената» С. П. Б., 1875 г.

И въ этомъ вопросѣ, какъ и въ другихъ случаяхъ, пособіемъ для меня служили, далѣе, сочиненія русскихъ процессуалистовъ, именно гг. Селитренникова, Чебышева—Дмитріева и др. Впрочемъ, одни изъ авторовъ касались постановки вопросовъ только вскользь, между прочимъ. Другіе, какъ г. Селитренниковъ, хотя и избрали этотъ моментъ процесса предметомъ спеціальныхъ занятій, тѣмъ не менѣе разсматривали вопросъ почти исключительно съ точки зрѣнія русскаго дѣйствующаго права и установившейся практики. Мало того, даже критикуя практику сената, г. Селитренниковъ систематически не пользуется теоріей и сравненіемъ нашего закона и практики съ положеніями иностранныхъ законодательствъ и практики. Это, впрочемъ, г. Селитренникову не можетъ быть поставлено въ упрекъ, такъ какъ онъ, какъ показываетъ уже названіе его сочиненія, задался исключительно цѣлью—разсмотрѣть постановку вопросовъ по рѣшеніямъ кассационнаго сената. Вотъ почему и у г. Селитренникова на ряду съ мѣткими замѣчанія мистрѣчаются нѣкоторые промахи, которыхъ онъ избѣгнулъ бы, если бы воспользовался иностранною литературою по этому предмету.

Но и тѣ изъ русскихъ авторовъ, которые пользовались иностранною литературою о постановкѣ вопросовъ, какъ напримѣръ гг. Вульфертъ, Рабиновичъ, Каллистовъ, приходятъ иногда касательно русскаго права къ такимъ выводамъ, приводятъ такіе аргументы, которые, конечно, не представляютъ серьезной опасности для сторонниковъ еще удерживаемой сенатомъ практики ограниченія присяжныхъ областью конкретнаго факта; иногда эти аргументы имѣютъ положительную тенденцію оправдать, ссылкой на теорію и

иностранныя законодательства, этотъ немѣющийся опоры въ наукѣ взглядъ нашего кассационнаго суда.

Въ виду изложеннаго, а также въ виду особаго интереса, который въ послѣднее время у насъ возбуждаетъ постановка вопросовъ, я и рѣшился предложить вниманію русскихъ специалистовъ настоящее изслѣдованіе.

Мнѣ остается сказать нѣсколько словъ о системѣ, принятой мною для настоящаго изслѣдованія. Во *введеніи* я пытаюсь изложить аргументы въ пользу необходимости постановки присяжнымъ особыхъ вопросовъ, я пытаюсь доказать преимущество французскаго нововведенія предъ порядками, имѣющими мѣсто въ Англіи, гдѣ присяжнымъ вовсе не ставятъ вопросовъ. Затѣмъ мое изслѣдованіе распадается на четыре части. Въ первой я отвѣчаю на вопросъ — о чемъ спрашиваютъ присяжныхъ? Здѣсь я излагаю правила теоріи и постановленія положительнаго права касательно *содержанія* вопросовъ. Во второй части сочиненія я займусь вопросомъ — *откуда* добывается это содержаніе, я буду трактовать о *матеріалѣ* для вопросовъ. Въ третьей — я скажу о *формѣ* (видахъ и редакціи) вопросовъ и, наконецъ, въ четвертой — о самой *процедурѣ* постановки вопросовъ (время постановки, субъекты процесса, принимающіе въ ней участіе, ихъ права въ этомъ отношеніи и проч.) <sup>1)</sup>.

Въ настоящее время я предлагаю вниманію читателя только первую часть изслѣдованія. Хотя по числу частей всего предположеннаго труда эта первая часть есть только одна четверть всего изслѣдованія, но по теоретическому интересу и важности предмета и дѣйствительному объему предлагаемая нынѣ книга едва ли не составляетъ половины всего труда.

---

<sup>1)</sup> Система эта заимствована мною у Планка (Planck). См. его соч. «Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprocessordnungen seit 1848». Göttingen. 1857, стр. 390.

Что касается системы, принятой мною въ предлагаемой нынѣ части своего труда, то въ объясненіе ея я могу сказать слѣдующее. Между тремя отдѣленіями этой части я распредѣлилъ весь матеріалъ въ порядкѣ перехода отъ болѣе общаго, принципіальнаго къ частному, точнѣйшему. Такъ въ 1-мъ отд. я говорю объ общихъ началахъ распредѣленія функцій между обоими элементами суда (проф. и не профес.) и излагаю положеніе этого вопроса въ положительныхъ законодательствахъ и въ теоріи. Здѣсь я пытаюсь доказать, что и въ теоріи, и въ положит. правѣ миссія присяжныхъ не ограничивается рѣшеніемъ о конкретныхъ фактахъ, а распространяется и на субсумцію ихъ подъ абстрактно-правовыя условія виновности, на рѣшеніе всего вопроса о виновности подсудимаго предъ закономъ. Второе отдѣленіе посвящено точнѣйшему разсмотрѣнію содержанія вопроса о виновности въ отличіе отъ смежнаго съ нимъ вопроса, подлежащаго вѣдѣнію профессиональнаго элемента суда, — вопроса о наказаніи. Здѣсь я провожу границы между этими двумя вопросами. Наконецъ, въ 3-мъ отдѣленіи я рассматриваю вопросъ о виновности въ его частяхъ — абстрактно-правовой и конкретно-фактической

---

## ВВЕДЕНІЕ.

### Необходимость постановки присяжнымъ вопросовъ.

---

Какъ извѣстно, въ Англіи нѣтъ особаго института постановки присяжнымъ вопросовъ. Въ англійскомъ процессѣ послѣ заключенія судебного слѣдствія и произнесенія председательствующимъ судьей заключительнаго слова (charge), между присяжными, въ самой залѣ судебного засѣданія, происходятъ краткіе переговоры. Если окажется, что между присяжными нѣтъ разногласія, то старшина ихъ встаетъ и объявляетъ вердиктъ въ выраженіяхъ: «guilty» (виновенъ) или «not guilty» <sup>1)</sup>. Въ противномъ случаѣ присяжные удаляются въ совѣщательную комнату. При этомъ имъ, по ихъ желанію, вручаются обвинительный актъ, законы, даже юридическое сочиненіе, которое цитировано было въ теченіе производства, и, въ случаѣ надобности, вещественное по дѣлу доказательство <sup>2)</sup>. Послѣ возвращенія присяжныхъ въ залу засѣданія секретарь, по строгому церемониалу, который обыкновенно, впрочемъ, не практикуется, спрашиваетъ ихъ — пришли-ли они къ единогласію и кто ихъ старшина. Затѣмъ присяжныхъ, въ присутствіи подсудимаго, спрашиваютъ отомъ — виновенъ-ли онъ или нѣтъ <sup>3)</sup>. Теперь, впрочемъ, присяжные про-

---

<sup>1)</sup> Mittermaier, Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren, Erlangen, 1851, стр. 487.

<sup>2)</sup> Glaser, Anklage, Wahrspruch und Rechtsmittel im englischen Schwurgerichtsverfahren, Erlangen, 1866, стр. 149 и сл.

<sup>3)</sup> Glaser, l. c., стр. 150; Mittermaier, l. c., стр. 487, прим. 120.

возглашаютъ свой вердиктъ безъ всякаго вопроса<sup>1)</sup>. Они, такимъ образомъ, даютъ свой вердиктъ устно, въ общемъ правилѣ, въ формѣ простаго «виновенъ» или «не виновенъ», при чемъ предполагается виновность или невинность въ томъ преступленіи, которое сформулировано въ обвинительномъ актѣ. Только послѣ провозглашенія, вердиктъ присяжныхъ заносится клеркомъ на бумагу, а впослѣдствіи и въ формальный протоколъ. И здѣсь, въ протоколѣ, вердиктъ присяжныхъ является въ формѣ «виновенъ въ вышеупомянутомъ преступленіи въ томъ видѣ, въ какомъ оно ставилось ему (т. е. подсудимому) въ вину упомянутымъ обвинительнымъ актомъ»<sup>2)</sup>.

Итакъ, въ Англіи вердиктъ присяжныхъ, въ общемъ правилѣ, есть простое утвержденіе или непринятіе обвиненія въ томъ видѣ, какъ оно сформулировано въ обвинительномъ актѣ. Въ Англіи роль вопроса присяжнымъ играетъ обвинительный актъ, слушащій, такимъ образомъ, для трехъ цѣлей: онъ является формулировкой обвиненія, вопросомъ присяжнымъ и окончательнымъ приговоромъ (о виновности).

Спрашивается теперь — не слѣдуетъ ли такой порядокъ предпочесть тому, какой, по примѣру французскаго законодателя, установленъ вездѣ на континентѣ Европы, гдѣ присяжнымъ предлагаютъ особые вопросы, облекаемые въ письменную форму?

Въ пользу утвердительнаго рѣшенія этого вопроса говорить уже фактъ существованія такого порядка на родинѣ суда присяжныхъ въ теченіе многихъ вѣковъ. Далѣе, въ пользу англійской системы приводятъ какъ англійскіе практики, такъ и иностранные писатели то соображеніе, что она проще континентальной. — Говорятъ, что эта система «упрощаетъ, облегчаетъ и сокращаетъ совѣщаніе присяжныхъ, не угрожая въ то же время общественному интересу. При англійской системѣ, продолжаютъ защитники ея, вниманіе и совѣщаніе присяжныхъ направляется только на *одинъ* пунктъ, именно на определенное преступленіе, о которомъ говоритъ обвиненіе; всѣ находящіяся на заднемъ планѣ расчеты, которые возникаютъ по

<sup>1)</sup> Mittermaier, l. c.

<sup>2)</sup> Glaser, l. c. стр. 151.



поводу эвентуальных вопросов, не имѣютъ мѣста<sup>1)</sup>. Эти изслѣдователи, превозносящіе англійскую систему, основной, органической недостаткомъ института постановки вопросовъ присяжнымъ видятъ въ томъ, что присяжные связаны рамками вопроса, что они не могутъ рѣшать ни о какомъ иномъ пунктѣ, ни о какой другой эвентуальности, кромѣ тѣхъ, которые заключаются въ заданномъ имъ вопросѣ, влѣдствіе чего они часто оказываются въ тяжеломъ положеніи — или вовсе оправдать подсудимаго (виновнаго, можетъ быть, по мнѣнію присяжныхъ, въ преступномъ дѣяніи, которое должно быть иначе формулировано, чѣмъ это сдѣлано въ вопросѣ), или осудить его за преступленіе, котораго онъ въ данномъ видѣ, въ данной формулировкѣ не совершалъ<sup>2)</sup>. Указываютъ, далѣе, на взаимныя недоразумѣнія между присяжными и судьями, къ которымъ даютъ поводъ вопросы, на то, что иногда присяжные не понимаютъ надлежащимъ образомъ вопроса, а судьи — ихъ вердикта и проч.

Затѣмъ защитники англійской системы ссылаются на технические затрудненія, порождаемыя постановкой вопросовъ вообще и французскою системою — въ особенности<sup>3)</sup>. Вообще защитники англійской системы, утверждая, что постановка вопросовъ не необходима, отрицаютъ даже ея цѣлесообразность. Считая, что

<sup>1)</sup> Mittermaier, l. c., стр. 447. Здѣсь Миттермайеръ намекаетъ на то, что, напр., обвинителю часто интересно поставить эвентуальный вопросъ въ тѣхъ видахъ, что присяжные признаютъ подсудимаго виновнымъ, если не въ томъ преступленіи, которое означено въ главномъ вопросѣ, то по крайней мѣрѣ въ томъ, которое составляетъ предметъ эвентуальнаго. Напротивъ, защитѣ и подсудимому постановка эвент. вопроса не выгодна, такъ какъ присяжные при одномъ главномъ вопросѣ могутъ вовсе оправдать, тогда какъ будь поставленъ эвентуальный, были бы шансы на обвинительный вердиктъ по этому вопросу.

<sup>2)</sup> Mittermaier, Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Europa und Amerika, Erlangen, 1865, стр. 187. Въ такомъ-же духѣ разсуждаютъ и тѣ изслѣдователи, которые, признавая постановку вопросовъ необходимою при институтѣ суда присяжныхъ, совѣтуютъ замѣнить судъ присяжныхъ т. н. шеффенгерихтомъ. Ср. Н. Meyer въ Handbuch des deutschen Strafprocessrechts, изд. Гольцендорфомъ, т. II, стр. 130; также мое изслѣдованіе «Къ вопросу о формѣ участія народнаго элемента въ уголовной юстиціи», стр. 63 и др.

<sup>3)</sup> См. мое изслѣдованіе «Къ вопросу» и проч., стр. 62 и сл.

постановка вопросов установлена во Франціи, главнымъ образомъ, съ тою цѣлю, чтобы ограничить предѣлы вѣдомства присяжныхъ областью конкретнаго факта, эти исследователи находятъ, что нѣтъ основанія сохранять этотъ институтъ тамъ, гдѣ миссія присяжныхъ понимается правильно, гдѣ присяжныхъ считаютъ призванными и въ субсумціи, подведенію конкретныхъ фактовъ подъ законныя условія вины, подъ законныя признаки преступленія <sup>1)</sup>).

Вотъ соображенія, побудившія такихъ извѣстныхъ ученыхъ, какъ Миттермайеръ, Вальтеръ, и др., высказаться противъ цѣлесообразности института, являющагося предметомъ настоящаго исследования.

Но соображенія эти, при ближайшемъ разсмотрѣніи, оказываются неосновательными.

Начнемъ съ того, что всегда, когда къ участію въ одномъ дѣлѣ по началу раздѣленія труда призывается два или нѣсколько факторовъ, одному изъ этихъ факторовъ необходимо знать результаты работы другаго; слѣдовательно, такъ или иначе, въ той или другой формѣ одинъ изъ факторовъ долженъ спрашивать у другаго о томъ, что составляетъ предметъ спеціальнаго призванія послѣдняго. И въ англійскомъ процессѣ, слѣдовательно, есть своего рода постановка вопросовъ. Вопросомъ въ Англіи является, какъ мы выше замѣтили, обвинительный актъ, на который отвѣчаютъ присяжные своимъ «guilty» или «not guilty». Весь вопросъ, слѣдовательно, въ томъ — цѣлесообразна-ли такая форма постановки вопроса присяжнымъ, цѣлесообразно-ли обвинительный актъ эксплуатировать и какъ вопросъ присяжнымъ? На вопросъ этотъ слѣдуетъ отвѣчать отрицательно въ виду слѣдующихъ соображеній. Какъ-бы утвержденія обвинительнаго акта ни были освобождены отъ излишнихъ подробностей, все-таки судебное слѣдствіе можетъ показать ошибки въ конкретно — фактической или юридической обрисовкѣ дѣянія, какъ эта обрисовка сдѣлана на основаніи предварительнаго, болѣе или менѣе поверхностнаго производства. Если въ такихъ случаяхъ стоять на правилѣ о неизмѣнности первоначальной формулы обвиненія, если заставить присяжныхъ игнорировать эти измѣненія и отвѣчать «да» или «нѣтъ» на первоначальную

<sup>1)</sup> Walther, Lehrbuch des bayerischen Strafprocessrechts, München, 1859, стр. 336.

формулу, то тогда именно въ весьма многихъ случаяхъ пришлось бы ставить присяжныхъ въ очень тяжелое положеніе — или вовсе оправдать явно виновнаго только потому, что въ фактическомъ или юридическомъ отношеніи обвиненіе послѣ судебного слѣдствія представляется въ нѣсколько иномъ видѣ, чѣмъ до этой стадіи процесса, или приписать подсудимому дѣяніе въ той обрисовкѣ, какая ошибочно сдѣлана въ обвинительномъ актѣ. При такой неизмѣнности обвиненія присяжные еще чаще, чѣмъ при системѣ постановки особыхъ вопросовъ, оказывались бы въ томъ тяжеломъ положеніи, на которое ссылаются, какъ мы видѣли, сторонники англійской системы, какъ на аргументъ противъ института особыхъ вопросовъ присяжнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, обвинительный актъ составляется на основаніи предварительнаго, болѣе и менѣе поверхностнаго производства, а вопросы присяжнымъ — послѣ тщательной повѣрки и эксплуатаціи доказательствъ на судебномъ слѣдствіи, когда дѣло разсмотрѣно со всѣхъ сторонъ, когда является болѣе данныхъ для сужденія обо всѣхъ возможныхъ эвентуальностяхъ какъ въ фактическомъ, такъ и въ юридическомъ отношеніяхъ, когда можно лучше, основательнѣе судить о вѣроятности той или другой обрисовки фактовъ, той или другой юридической квалифікаціи. Слѣдовательно, бояться несоотвѣстія, несовпаденія точки зрѣнія вопроса со взглядомъ присяжныхъ на данное дѣло менѣе шансовъ тогда, когда этотъ вопросъ редактируется послѣ судебного слѣдствія и въ виду его результатовъ, чѣмъ когда онъ, въ формѣ обвинительнаго акта, задается до этой существеннѣйшей стадіи процесса.

Итакъ, во всякомъ процессѣ, даже въ обвинительномъ (какъ въ, напр., Англійскій), необходимо дать право суду (геср. присяжнымъ) въ своемъ приговорѣ (вердиктѣ) отступать отъ той характеристики, обрисовки обвиненія, которая сдѣлана въ обвинительномъ актѣ, при томъ какъ въ юридическомъ, такъ и въ фактическомъ отношеніяхъ. Конечно, такимъ отступленіямъ отъ первоначальнаго обвиненія должны быть положены извѣстные предѣлы и именно въ законныхъ интересахъ защиты.

Теперь спрашивается: что удобнѣе, цѣлесообразнѣе — предоставлять-ли самимъ присяжнымъ давать окончательную редакцію этихъ отступленій отъ формулы обвиненія или формулировать эти модификаціи въ особыхъ письменныхъ вопросахъ?

При рѣшеніи этого вопроса не нужно забывать, что присяжные — не юристы по профессіи, что отъ нихъ нельзя ожидать такой точной формулировки результатовъ ихъ, въ существѣ даже вѣрныхъ сужденій о дѣлѣ, какая необходима для приговора о виновности подсудимаго. Какъ ни смотрѣть на миссію присяжныхъ, такое предоставленіе имъ окончательной формулы ихъ вердикта на тотъ случай, если-бы они нашли нужнымъ отступить отъ обвинительнаго акта, нецѣлесообразно, опасно.

Въ самомъ дѣлѣ, при взглядѣ на присяжныхъ, какъ на рѣшителей о чистомъ, конкретномъ фактѣ, о предоставленіи самимъ присяжнымъ формулировки ихъ вердикта нечего и думать. Впрочемъ, необходимость постановки вопросовъ при такомъ взглядѣ на миссію присяжныхъ не оспариваютъ даже сторонники англійской системы, объясняющіе, какъ мы видѣли, возникновеніе во Франціи этого института именно такимъ взглядомъ законодателя на миссію непрофессиональныхъ судей.

Но и при той теоріи призванія присяжныхъ, которая въ настоящее время пользуется все болѣею и болѣею популярностью, предоставленіе самимъ присяжнымъ редактировать свой вердиктъ также не цѣлесообразно. Въ самомъ дѣлѣ, если на судебномъ слѣдствіи выяснились такія обстоятельства, которыя въ комбинаціи съ фактами, отъ которыхъ отправлялось первоначальное обвиненіе, модифицируютъ юридическую квалификацію этого послѣдняго, то, давая присяжнымъ формулы этой эвентуальной квалификаціи въ письменномъ видѣ, мы не имѣемъ процессуальной гарантіи, что присяжные при рѣшеніи казуса будутъ имѣть въ виду всѣ необходимые реквизиты этой эвентуальной квалификаціи, всѣ законные признаки и только эти признаки новаго вида преступленія, усматриваемаго въ томъ-же дѣяніи подсудимаго. Такой пропускъ законнаго признака или такая прибавка излишняго условія вины возможны даже при соответствующемъ наставленіи присяжныхъ со стороны предсѣдателя, разъясняющаго имъ законный составъ даннаго преступленія, ибо никто не поручится, что присяжные не забудутъ о соответствующей части этого даваемого на словахъ наставленія въ рѣшительный моментъ, въ совѣщательной комнатѣ<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Ср. Н. Meyer въ Handbuch des deutschen Strafprocessrechts in Einzelbeiträgen, изд. Гольцендорфа, т. II, стр. 129.

А такой пропускъ или такое излишество по отношенію къ законнымъ условіямъ вины влекутъ за собою или незаконное осужденіе или таковое же оправданіе подсудимаго.

Тоже самое—и касательно переменъ въ конкретно-фактическомъ отношеніи. И здѣсь приговоръ, вердиктъ можетъ отступать отъ первоначальнаго обвиненія, впрочемъ, въ извѣстныхъ предѣлахъ. И здѣсь не цѣлесообразно, опасно было-бы ограничиваться устнымъ наставленіемъ предсѣдателя о томъ, какія переменны дозволительны и какія—нѣтъ. Это созналъ и англійскій законодатель. Рядомъ съ правомъ присяжныхъ вмѣсто конкретныхъ фактовъ, значащихся въ обвиненіи, устанавливать другіе—при чемъ эти поправки дѣлаются *tacite* или открыто, но безъ предварительнаго измѣненія обвинительнаго акта<sup>1)</sup>),—рядомъ съ этимъ англійское право знаетъ и институтъ *предварительнаго письменнаго исправленія, измѣненія обвиненія*. Судъ можетъ, въ виду выяснившихся на судебномъ слѣдствіи обстоятельствъ предписать соотвѣтствующую поправку въ обвинительномъ актѣ (дѣлаемую на оборотѣ послѣдняго), приноровить, приладить его къ результатамъ судебного слѣдствія<sup>2)</sup>. Въ этомъ-то институтѣ Глазеръ и видитъ переходъ къ французской системѣ постановки вопросовъ или, по крайней мѣрѣ, намекъ, указаніе на возможный переходъ<sup>3)</sup>.

И это совершенно справедливо. Въ самомъ дѣлѣ, въ чемъ состоитъ идея института постановки вопросовъ, какъ не въ томъ, чтобы дать присяжнымъ такую формулу, такой проектъ ихъ вердикта, который-бы находился въ соотвѣтствіи и съ тою обрисовкою обвиненія, какою выяснилась на судебномъ слѣдствіи. Если судебное слѣдствіе не выяснило ошибокъ въ обрисовкѣ дѣянія, данной въ обвиненіи, то редакторы вопроса просто повторяютъ формулу этого обвиненія, освободивъ развѣ ее отъ излишнихъ конкретно-фактическихъ подробностей. Напротивъ, если юридическая квалификація, сдѣланная обвиненіемъ, или нѣкоторые конкретно-фактическія подробности, въ немъ заключающіяся, представляются послѣ судебного слѣдствія въ иномъ видѣ, то тогда наступаетъ для редакторовъ вопросовъ присяжнымъ

<sup>1)</sup> Glaser, Anklage etc, стр. 181 и сл., 197.

<sup>2)</sup> Glaser. I. с. стр. 66.

<sup>3)</sup> I. с., стр. 514.

задача—приноровить эти вопросы къ результатамъ судебного слѣдствія въ формѣ поправокъ въ основномъ, главномъ вопросѣ, или въ видѣ добавленій (дополнительные вопросы), или, наконецъ, въ формѣ постановки эвентуальныхъ вопросовъ.

Такимъ образомъ, при системѣ постановки вопросовъ происходитъ то же что имѣетъ мѣсто въ Англіи. Разница только въ томъ, что въ Англіи поправки первоначального обвиненія, вызванныя судебнымъ слѣдствіемъ, не всегда заносятся на бумагу; что, далѣе, присяжнымъ въ Англіи предоставляется отступить отъ квалификаціи обвиненія, признавъ въ дѣяніи подсудимаго иное преступленіе, чѣмъ въ какомъ онъ первоначально обвинялся, причемъ эта эвентуальная квалификація (составляющая на континентѣ предметъ эвентуальныхъ вопросовъ) также не излагается предварительно на письмѣ, а проектируется предсѣдательствующимъ устно въ его заключительномъ словѣ. Если теперь сообразить, что присяжные могутъ позабыть подробности этого наставленія, что они могутъ свой вердиктъ поставить въ зависимость отъ несущественныхъ обстоятельствъ и проч., то въ институтѣ постановки письменныхъ вопросовъ нельзя не видѣть прогресса, улучшенія англійскихъ порядковъ при условіи, конечно, цѣлесообразной организаціи этого института.

Вообще, какъ отчасти указано выше и какъ это еще яснѣе выступить изъ дальнѣйшаго изложенія, и въ Англіи, не смотря на отсутствіе постановки вопросовъ, какъ особаго, строго закономъ нормированнаго акта процесса, происходитъ, въ сущности, то же, что на континентѣ группируется, приурочивается къ моменту постановки вопросовъ. Не вѣрно, по этому, утверждать, что затрудненія, встрѣчаемыя субъектами процесса, влияющими на постановку вопросовъ, падутъ, коль скоро опущена будетъ эта процедура. Они только перенесутся въ другіе моменты производства. Мало того, эти затрудненія увеличатся уже потому, что и вырабатывать, обсуждать формулу вердикта, и пользоваться ею при постановленіи самаго вердикта удобнѣе тогда, когда уже первоначальный проектъ ея изложенъ на бумагѣ, когда всѣ участвующіе въ ея созданіи субъекты процесса могутъ оцѣнить, взвѣсить каждое выраженіе.

Итакъ, въ принципѣ институтъ постановки вопросовъ несомнѣнно цѣлесообразенъ, представляетъ несомнѣнный прогрессъ въ сравненіи съ англійскими порядками. Весь вопросъ въ томъ

— какъ организовать эту процедуру, какъ нормировать содержаніе, редакцію и проч. вопросовъ, предлагаемыхъ присяжнымъ. Къ изслѣдованію этихъ то предметовъ мы теперь и перейдемъ, ограничиваясь въ нынѣ издаваемой части изслѣдованія разсмотрѣніемъ *содержанія* вопросовъ, предлагаемыхъ присяжнымъ.

---

## Часть первая. Содержание вопросов.

---

### ОТДѢЛЕНИЕ ПЕРВОЕ.

Общія начала распредѣленія функцій между присяжными и профессиональнымъ элементомъ суда.

*Глава I. Миссія присяжныхъ и профессиональныхъ судей по англійскому праву.*

---

Содержаніе вопросовъ, разрѣшаемыхъ присяжными, обусловливается тѣмъ или инымъ пониманіемъ той задачи, той миссіи, какая возложена въ уголовной юстиціи на присяжныхъ заседателей.

Первый, поэтому, вопросъ, который слѣдуетъ разрѣшить при разсмотрѣніи содержанія вопросовъ, это — вопросъ о специальной миссіи присяжныхъ, о тѣхъ началахъ, на которыхъ должно покоиться распредѣленіе функцій между профессиональнымъ и непрофессиональнымъ элементами суда присяжныхъ.

Хотя, какъ мы упоминали, англійское право не знаетъ изслѣдуемаго нами института постановки вопросовъ присяжнымъ, тѣмъ не менѣе и англійскому праву предстояла задача регулировать отношенія между судьями профессиональнымъ и присяжными. Такимъ образомъ, разграниченіе миссіи присяжныхъ и судей коронныхъ въ Англіи должно было непремѣнно имѣть мѣсто, хотя въ виду отсутствія вопросовъ, предлагаемыхъ присяжнымъ, это разграниченіе проводится въ другой формѣ, приурочено къ другимъ моментамъ процесса.



Въ настоящей главѣ мы и займемся изслѣдованіемъ — каково положеніе вопроса о границахъ между миссіями присяжныхъ и коронныхъ судей въ правѣ страны, справедливо считающейся родиной суда присяжныхъ.

Такое изученіе положенія интересующаго насъ вопроса на родинѣ суда присяжныхъ потому особенно интересно, что самый фактъ органическаго развитія и многовѣковаго существованія въ Англіи института присяжныхъ обосновываетъ большую вѣроятность предположенія, что этотъ вопросъ о границахъ, объ отношеніяхъ компетенціи обоихъ элементовъ суда присяжныхъ рѣшенъ тамъ наиболее удовлетворительнымъ образомъ. Это предположеніе вполне подтверждается ближайшимъ знакомствомъ съ функционированіемъ англійскаго суда присяжныхъ, вслѣдствіе чего изслѣдованіе англійскаго права и практики по этому предмету является твердой основой для построенія теоріи проведенія границъ между миссіями профессиональнаго и непрофессиональнаго элементовъ суда присяжныхъ.

Изложенію современнаго положенія интересующаго насъ вопроса, мы должны предпослать нѣсколько историческихъ данныхъ, такъ какъ здѣсь, какъ и вездѣ, англійскіе взгляды развивались постепенно, органически.

Извѣстно, что англійскій судъ присяжныхъ по уголовнымъ дѣламъ, какъ его знаетъ исторія въ самую раннюю эпоху, т. е. съ конца XII вѣка, былъ не болѣе, какъ особый видъ судебного *доказательства*, былъ тѣмъ, что нѣмецкіе изслѣдователи называютъ *Beweisjury*<sup>1)</sup>.

Мало того, къ жюри даже въ такой его роли въ самую раннюю эпоху прибѣгали только по поводу *частныхъ* вопросовъ, по поводу разныхъ отводовъ, возраженій, предъявлявшихся кторою—либо изъ сторонъ. Напримѣръ, на присяжныхъ ссылался обвинитель для провѣрки заявленнаго имъ отвода противъ допущенія, подъ предлогомъ падучей болѣзни обвиняемаго, замѣны этого послѣдняго его родственниками въ предстоящемъ судебномъ поединкѣ<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Cp. Brunner, *die Entstehung der Schwurgerichte*, стр. 42, 469, сл. и др.

<sup>2)</sup> Brunner, *l. c.*, 470: «ut inquiratur per sacramenta 24 militum com-provincialium, utrum A. habeat morbum caducum et utrum R. et W. parentes ejus sint vel non».

Только впоследствии, и именно въ XIII столѣтіи, на присяжныхъ стали ссылаться для разрѣшенія совокупнаго вопроса о виновности—«an culpabilis sit de hoc vel illo»<sup>1)</sup>).

Хотя и при разрѣшеніи послѣдняго вопроса такъ же, какъ и при провѣркѣ отводовъ и возраженій, присяжные были не болѣе, какъ видомъ судебного *доказательства*, давали свой вердиктъ на основаніи личныхъ своихъ свѣдѣній о дѣлѣ, тѣмъ не менѣе давали свое показаніе не только о конкретномъ фактѣ, но и о соотвѣтствіи его правовому понятію,—жюри было судебнымъ доказательствомъ не въ новѣйшемъ смыслѣ, а въ смыслѣ средневѣково-германскомъ. Правда, въ тѣхъ случаяхъ, когда присяжные призывались для разрѣшенія отвода или возраженія, они чаще всего рѣшали вопросы о конкретныхъ фактахъ, но не потому, чтобы средневѣковое право заботилось объ этомъ, а просто потому, что въ конкретному факту вопросъ сводился по необходимости, какъ это часто бываетъ при отводахъ и возраженіяхъ<sup>2)</sup>).

Что же касается до случаевъ, когда присяжные призывались, чтобы сказать: *utrum culpabilis sit de hoc vel illo*, то здѣсь даже сторонники ограниченія присяжныхъ областью конкретного факта не отрицаютъ того, что, въ общемъ правилѣ, присяжные вѣдали не только голый фактъ, но и его юридическую квалификацію,—однимъ словомъ, весь вопросъ о виновности въ преступленіи<sup>3)</sup>).

Впрочемъ, въ ятомъ эмбриональномъ періодѣ развитія суда присяжныхъ нельзя ожидать разрѣшенія вопроса, предполагающаго болѣе или менѣе тонкія различенія, болѣе или менѣе принципиальную постановку института, болѣе или менѣе осложненіе отношеній правовыхъ, политическихъ и проч.

Разрѣшенія этого вопроса можно ожидать только въ ту эпоху, когда жюри является, если не въ чистой формѣ суда, то по крайней мѣрѣ, въ качествѣ учрежденія, предъ которымъ производятся доказательства, которое, по выраженію Планка, слу-

<sup>1)</sup> Biener, Das englische Geschwornengericht, I, 199; Brunner, I с., стр. 472.

<sup>2)</sup> Ср. замѣчаніе Бруннера по аналогическому вопросу при производствѣ гражданскаго дѣла, I. с., стр. 420.

<sup>3)</sup> Ср. Biener, I, 199 сл

жить пробнымъ камнемъ доказательствъ (*Prüfstein der Beweise*). И вотъ, дѣйствительно, въ 16 вѣкѣ, т. е. послѣ того, какъ окончательно сформировалось продуцированіе доказательствъ передъ присяжными<sup>1)</sup>, было высказано положеніе, выраженное англійскимъ писателемъ Coke'омъ такъ: «*sicut ad quaestionem facti non respondent iudices, ita ad quaestionem juris non respondent juratores*», положеніе, утверждаемое и новѣйшими англійскими юристами<sup>2)</sup>.

Но важно знать—какъ понимается это положеніе, каковъ его объемъ, что имѣли въ виду тѣ, кто создали и ссылались на это положеніе, ибо, какъ справедливо замѣчаетъ извѣстный изслѣдователь англійскаго уголовного процесса Глазеръ, часто, по-видимому, очень опредѣленное положеніе, именно въ виду оснований, въ силу которыхъ оно возникло, должно быть истолковано (же<sup>3)</sup>).

Обращаясь къ демонстрированію случаевъ изъ старой англійской практики, въ которой различные судебные органы высказывали свои взгляды на отношенія присяжныхъ къ судьямъ по вопросамъ факта и права, мы начнемъ съ одного изъ старѣйшихъ казусовъ, съ процесса, непосредственно примыкающаго къ той именно эпохѣ, когда высказано было вышеприведенное положеніе. Мы говоримъ о процессѣ 1600 г.<sup>4)</sup> Дѣло шло по обвиненію въ *murder*. *Murder*, преднамеренное убійство (*Mord*—по нѣмцки), въ англійскомъ правѣ есть высшая, тягчайшая форма наказуемаго убійства, смежная съ понятіемъ *manslaughter*, которое, однако, не тождественно съ континентальнымъ понятіемъ объ убійствѣ по внезапному умыслу, ибо охватываетъ даже случаи неосторожнаго причиненія смерти<sup>5)</sup>. Дѣло въ этомъ про-

<sup>1)</sup> По гражданскимъ дѣламъ продуцированіе доказательствъ окончательно сформировалось около половины XV вѣка; по уголовнымъ дѣламъ это имѣло мѣсто позднѣе. Ср. Biener, I. c., стр. 181 и сл., 200.

<sup>2)</sup> Biener, I. c., I, 19J.

<sup>3)</sup> Ср. Glaser, *Anklage, Wahrspruch und Rechtsmittel im englischen Schwurgerichtsverfahren*, 237—238.

<sup>4)</sup> Случай этотъ приведенъ у Cottu, *De l'administration de la justice criminelle en Angleterre et de l'esprit du gouvernement anglais*, Paris, 1820 г., стр. 208—210; ср. Biener, I. c., I, 206; Glaser, I. c., 238.

<sup>5)</sup> См. выясненіе понятій *murder* и *manslaughter* у Blackstone'a въ переводѣ Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises* Paris, 1823, T. V, p. 530 и слѣд.

цессъ именно и шло о примѣненіи этого разграниченія между murder и manslaughter, такъ какъ подсудимый, не отрицая факта, ограничился въ своей защитѣ утвержденіемъ, что его дѣяніе не было преднамереннымъ убійствомъ. Присяжные не могли между собою согласиться по поводу этого правового вопроса. Въ виду этого они и пошли между собою на сдѣлку: признать сперва подсудимаго оправданнымъ; если же это не понравится суду, то—перемѣнить этотъ вердиктъ на обвинительный. Такъ они и сдѣлали. Когда судъ не одобрилъ оправдательнаго вердикта и отпавилъ ихъ къ новому совѣщанію, то они вынесли обвинительный вердиктъ. Когда затѣмъ этотъ маневръ присяжныхъ былъ открытъ суду двумя изъ нихъ, то они были лишены свободы и приговорены къ штрафу, за исключеніемъ двухъ обвинителей. Наказаніе это присуждено было присяжнымъ за то, что они дали вердиктъ, какъ бы будучи согласны по *правовому вопросу*, тогда какъ на самомъ дѣлѣ этого не было, что они *слѣпо положились на мнѣніе суда въ вопросъ права*<sup>1)</sup>.

Итакъ, несмотря на повидимому категорическое пренебреженіе о некомпетентности присяжныхъ въ сферѣ вопросовъ права, правило, высказанное въ 16 вѣкѣ,—въ этомъ казусѣ, стоящемъ на рубежѣ этого же столѣтія, проявляется взглядъ, требующій отъ присяжныхъ сознательнаго и даже свободнаго отношенія къ правовымъ вопросамъ.

Другой случай практическаго уясненія миссіи присяжныхъ относится къ 1670 г. Обстановка этого казуса—слѣдующая. По закрытіи правительствомъ въ 1670 г., молитвеннаго дома квакеровъ, послѣдніе собрались на открытомъ мѣстѣ. Это собраніе было разогнано, и два вожака, William Penn и William Mead, были арестованы и преданы суду за незаконное собраніе (unlawfull assembly), причемъ Penn'у ставилось въ специальную вину то, что онъ обратился къ собранію съ рѣчью, а Mead'у—общее руководство.

Въ такомъ видѣ дѣло передано на разсмотрѣніе лондонскаго суда Old Bailey. На судѣ проявилось слѣпое пристрастіе коронныхъ судей во вредъ подсудимымъ<sup>2)</sup>. Послѣдніе требовали

<sup>1)</sup> Cotta, l. c., стр. 209.

<sup>2)</sup> См. подробный отчетъ объ этомъ дѣлѣ у Phillips'a, Des pouvoirs et des obligations des jurés, переводъ Charles Comte'a, Paris, 1828 г., стр. 430 и слѣд.

указанія, на основаніи какого права они поставлены на судъ, такъ какъ понятія *unlawful assembly* и *riot*, какъ они установлены въ *common law*, не примѣнны къ ихъ дѣянію. И дѣйствительно, какъ говоритъ Бинеръ, обвиненіе было только дурно выбранною формою для выполненія королевскаго указа 1661 г. противъ сборищъ, такого указа, который не можетъ обосновать собою права на уголовную кару<sup>1)</sup>. Свидѣтели показали, что подсудимые были въ собраніи и что Репп говорилъ, но что именно онъ говорилъ, того свидѣтели не знаютъ. Судья объяснилъ присяжнымъ, что они должны только изслѣдовать, дѣйствительно ли подсудимые проповѣдовали, потому что вопросъ о томъ, были ли содержаніе и умыселъ ихъ проповѣди возмутительными, мятежными, есть вопросъ не факта, а права, касаться котораго имъ было бы опасно. Присяжные такъ и хотѣли сдѣлать. Они хотѣли высказаться только о томъ, къ чему ихъ считали единственно призванными,—желали признать подсудимыхъ виновными только въ томъ, что они говорили на улицѣ. Когда же этотъ вердиктъ не былъ принятъ, то они произнесли: не виновны. Присяжные за это были подвергнуты высылкѣ и тюремному заключенію до уплаты штрафа. По поводу ходатайства одного изъ присяжныхъ, Bushel'я, дѣло перешло въ высшій судъ *common pleas*. Низшій судъ мотивировалъ општрафованіе Bushel'я тѣмъ, что онъ оправдалъ подсудимыхъ вопреки полному доказательству и вопреки наставленію суда касательно вопроса права. По этому поводу высшій судья Джонъ Воганъ (*John Vaughan*) высказался слѣдующимъ образомъ. «Утвержденіе, что жюри дѣйствовало противно наставленію суда касательно правового вопроса, разсматриваемое буквально,—непонятно и ничего собою не выражаетъ. Потому что какимъ образомъ правовой вопросъ, самъ по себѣ, можетъ составлять такой предметъ спора, который бы подлежалъ вѣдѣнію присяжныхъ? Никогда вѣдь не представлялись предъ присяжными доказательства касательно того, что слѣдуетъ считать правомъ и что—нѣтъ..... Если смыслъ словъ «дѣйствовать противъ наставленія суда по вопросамъ права» — тотъ, что судья, по выслушаніи доказательствъ, можетъ сказать: «законъ за истца или за

<sup>1)</sup> Bienen, l. c., стр. 209—210.

отвѣтчика, и вы будете наказаны денежнымъ штрафомъ и тюремю, если не рѣшите такимъ-то образомъ» и если въ такомъ случаѣ присяжнымъ остается только повиноваться: тогда всякій долженъ усмотрѣть, что жури было-бы только тягостнымъ обходомъ, большимъ бременемъ, безъ пользы для рѣшенія о правѣ и неправѣ<sup>1)</sup>).

Если въ первомъ изъ вышеприведенныхъ казусовъ была выражена только общая мысль, что присяжные не должны быть слѣпымъ орудіемъ суда при примѣненіи права къ данному дѣлу, то здѣсь высказывается болѣе опредѣленное положеніе о миссіи присяжныхъ, положеніе, которое, какъ увидимъ ниже, можно примирить съ принципомъ, въ силу котораго вѣщателями абстрактнаго права являются лишь профессиональные судьи, что *de jure non respondent juratores*. Въ самомъ дѣлѣ, объясненіе судьи Вогана, не отрицая этого послѣдняго правила, настаиваетъ на томъ, что то, о чемъ приходится рѣшать присяжнымъ, никогда не можетъ быть исключительно чистымъ вопросомъ права и что, если абстрактно-правовыя правила находятся въ тѣсной связи съ конкретными фактами, то судья профессиональному непозволительно по этой причинѣ брать исключительно въ свои руки рѣшеніе всего дѣла, предписывая, диктуя присяжнымъ ихъ вердиктъ въ цѣлости<sup>2)</sup>. Словомъ, не отрицая исключительной компетентности профессиональныхъ судей въ вопросахъ абстрактнаго права, англійская судебная практика еще 2-ой половины XVII-го вѣка видитъ миссію присяжныхъ въ примѣненіи правовыхъ понятій къ данному случаю, въ субсумціи, въ подведеніи конкретныхъ фактовъ подъ абстрактныя признаки преступленія, какъ послѣдніе въ общемъ, абстрактномъ видѣ даны имъ судьей профессиональнымъ,—въ разрѣшеніи тѣхъ сложныхъ вопросовъ, которые относятся отчасти къ вопросу факта, отчасти—къ сферѣ права.

Вопросъ о компетентности присяжныхъ по подведенію, субсумціи конкретныхъ фактовъ подъ абстрактно—правовые признаки преступленія весьма остро былъ поставленъ въ такъ называемыхъ процессахъ о пасквиляхъ (*libel*) XVII и XVIII-го столѣтій.

<sup>1)</sup> Glaser, l. c., стр. 239—240.

<sup>2)</sup> Glaser, l. c., стр. 240.

Подъ libel'емъ англійское право разумѣтъ всякую публикацію (письмо, печатное произведеніе, рисунокъ и пр.), имѣющую своей тенденціей диффамировать, повредить чести кого-нибудь, а главнымъ образомъ чести должностнаго лица, возбуждая обиденное лицо, подвергая его ненависти, презрѣнію или насмѣшкамъ публики<sup>1)</sup>. Какъ справедливо замѣчаетъ Глазеръ<sup>2)</sup> и какъ это вполне понятно въ виду натуры этого преступленія, понятіе о пасквили<sup>3)</sup> можетъ быть дано только въ общихъ чертахъ, такъ что рѣшеніе вопроса—есть ли на лицѣ пасквили или нѣтъ, больше зависитъ отъ оцѣнки даннаго произведенія, нежели отъ твердыхъ общихъ началъ.

Съ другой стороны въ процессахъ даннаго рода значительная доля собственно фактической части вопроса легче констатируется, чѣмъ въ другихъ дѣлахъ. Въ самомъ дѣлѣ, обыкновенно авторъ или издатель даннаго пасквиля бываетъ на лицѣ; далѣе, инкриминируемыя мѣста изъ даннаго произведенія приведены въ обвинительномъ актѣ и, слѣдовательно, составляютъ часть протокола.

Словомъ, въ большинствѣ случаевъ, весь вопросъ при рѣшеніи дѣлъ о пасквиляхъ состоитъ въ томъ: можно ли инкриминируемыя мѣста, по ихъ непосредственному значенію и по связи съ остальными частями даннаго произведенія, подвести подъ понятіе libel'я или нѣтъ, можно ли конкретные факты въ формѣ инкриминируемыхъ словъ или образовъ подвести подъ абстрактные и вообще довольно неуловимые правовые признаки libel'я?

Вопросъ этотъ изстари считался въ Англіи чисто-правовымъ на томъ основаніи, что, повидимому, всѣ фактическія данныя для его рѣшенія заключаются въ протоколѣ, что суду профессиональному послѣ вердикта присяжныхъ, констатирующаго фактъ публикаціи извѣстнымъ лицомъ извѣстныхъ выраженій, ничего какъ будто не остается, какъ сопоставить съ абстрактными, правовыми признаками libel'я, тѣмъ болѣе, что и злой умыселъ, требуемый для его состава, при посредствѣ законныхъ презумцій, обращался въ чисто-правовой вопросъ. Пре-

<sup>1)</sup> Ср. Blackstone, т. V, стр. 418, цитиров. французскаго перевода.

<sup>2)</sup> Glaser, l. c., стр. 241.

зумировалось, что всякій именно то умышлялъ, что необходимо вытекает изъ его дѣйствій, — въ данномъ случаѣ то, что вытекаетъ изъ содержанія инкриминируемыхъ мѣстъ произведенія. <sup>1)</sup> Это, конечно, невѣрно, какъ вообще невѣрно, что вопросъ о подведеніи конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки есть чистый вопросъ права.

Въ самомъ дѣлѣ, рѣдко, когда законъ настолько рельефно очерчиваетъ данный признакъ преступленія, что осуществленіе этого законнаго признака въ данномъ случаѣ вытекаетъ съ необходимостью изъ констатированнаго, соответствующаго ему конкретнаго факта. Рѣдко съ такою необходимостью можно отъ одного простаго, голаго факта заключить о реализаціи въ немъ законнаго признака, какъ это бываетъ. напримѣръ, легко съ признакомъ подвижности при кражѣ и другихъ преступленіяхъ. Здѣсь именно достаточно только признать тотъ конкретный фактъ, что предметомъ кражи были, напр., карманные часы, — и вопросъ о реализаціи законнаго признака подвижности предмета кражи рѣшенъ безъ дальнѣйшихъ соображеній объ остальной конкретной обстановкѣ случая. Въ громадномъ же большинствѣ случаевъ, въ томъ числѣ и въ дѣлахъ о пасквилахъ, сопоставленіе, подведеніе конкретныхъ фактовъ подъ законный составъ преступленія предполагаетъ установленіе множества мелкихъ, невыразимыхъ на словахъ, фактовъ, предполагаетъ констатированіе конкретной обстановки, при отсутствіи которой доказанность отдѣльныхъ конкретныхъ фактовъ не можетъ вести съ необходимостью къ заключенію объ осуществленіи даннаго законнаго признака. Самые, повидимому, опредѣленные квалифікаціи, употребляемые закономъ, требуютъ такого соображенія фактической обстановки случая, такого, по выраженію Глазера, фотографическаго, не выполняемаго въ вопросѣ присяжнымъ, снимка съ конкретной обстановки даннаго дѣла. <sup>2)</sup>

Въ настоящемъ случаѣ, въ дѣлахъ о пасквилахъ, если присяжные только констатируютъ, что извѣстное лицо было авторомъ сочиненія, къ которомъ находится данное инкримини-

<sup>1)</sup> Biener, l. c., 221; Glaser, l. c., стр. 242.

<sup>2)</sup> Schwurgerichtliche Erörterungen, Wien, 1875 стр. 89. Ср: также мое изслѣдованіе «Къ вопросу о формѣ участія народнаго элемента въ уголовной юстиціи», Одесса, 1876, стр. 6.



руемое мѣсто, то это еще далеко не всегда даетъ коронному суду право признать на лицо понятіе libel'я, такъ какъ для рѣшенія этого вопроса, кромѣ пикрипинируемыхъ словъ, чаще всего необходимо установить другіе факты, касающіеся частью смысла цѣлаго сочиненія, частью объема, объективной его опасности и, такимъ образомъ, запутанныхъ политическихъ отношеній, наконецъ, умысла автора и разнородныхъ фактическихъ обстоятельствъ, его освѣщающихъ<sup>1)</sup>; безъ рѣшенія этихъ вопросовъ нельзя данное сочиненіе признать пасквилемъ. Если же уполномочить профессиональнаго судью дополнять приговоръ присяжныхъ установленіемъ (открытымъ или подразумеваемымъ) этихъ фактовъ, то тогда профессиональный судья является судьей не только права, но и факта, что даже не согласно со стариннымъ положеніемъ: *ad quaestionem facti non respondent iudices*.

Такимъ образомъ, какъ вообще, такъ въ дѣлахъ о пасквиляхъ въ особенности, вопросъ о виновности въ данномъ преступленіи не можетъ быть раздѣленъ такъ, чтобы присяжные рѣшали исключительно фактическіе вопросы, а профессиональные судьи — правовые, такъ какъ въ громадномъ большинствѣ случаевъ эти вопросы такъ неразрывно связаны между собою, что раздѣлить ихъ нѣтъ возможности, такъ какъ вообще вопросы о виновности въ данномъ преступленіи суть смѣшанные вопросы. Въ виду этого, если стоять только за исключительную компетенцію присяжныхъ въ фактическихъ вопросахъ, то приходится передать присяжнымъ и эти смѣшанные фактически-правовые вопросы, эти вопросы объ осуществленіи въ данныхъ конкретныхъ фактахъ извѣстныхъ правовыхъ признаковъ, — однимъ словомъ, весь вопросъ о виновности предъ закономъ, о виновности въ преступленіи.

Признаніе этой основной мысли мы видѣли уже въ словахъ судьи Вогана въ процессѣ 1670 г. Та же самая идея проглядываетъ и въ процессахъ о пасквиляхъ. Такъ въ процессѣ семи епископовъ, преслѣдованныхъ за петицію королю Іакову II, въ которой усматривался составъ libel'я, одинъ изъ профессиональныхъ судей прямо заявлялъ, что разрѣшеніе вопроса о

<sup>1)</sup> Glaser, Ankänge etc., стр. 250.

томъ, есть ли на лицо законное понятіе libel'я, зависеть отъ присяжныхъ <sup>1)</sup>).

Въ 1769 г. въ редактированномъ Woodfall'емъ изданіи — Public Advertiser — появилось одно изъ извѣстныхъ писемъ Юниуса, адресованное на имя короля <sup>2)</sup>).

Woodfall былъ преданъ суду присяжныхъ по обвиненію въ пасквилѣ, который усматривался въ этомъ письмѣ. Отъ присяжныхъ требовали, какъ и въ другихъ случаяхъ, чтобы они ограничились предметъ своего обсужденія рѣшеніемъ, было ли опубликовано данное сочиненіе и имѣло ли оно тотъ смыслъ, который придаетъ ему обвинительный актъ, <sup>3)</sup> оставляя профессиональному суду рѣшеніе вопроса, есть ли на лицо преступленіе libel'я. Присяжные такъ и сдѣлали, давъ вердиктъ «виновенъ только въ отпечатаніи и опубликованіи». Судъ уничтожилъ производство, заключившееся такимъ вердиктомъ, хотя со стороны обвиненія и такой вердиктъ признавался достаточнымъ для примѣненія наказанія за пасквиль.

Представитель обвиненія настаивалъ на томъ, что, хотя въ вердиктѣ нѣтъ ни слова о зломъ умыслѣ издателя письма, тѣмъ не менѣе такой умыселъ, по мнѣнію представителя обвиненія, вытекаетъ по закону изъ самаго libel'я, изъ самаго факта опубликованія произведенія извѣстнаго содержанія, — однимъ словомъ, обвинитель утверждалъ, что «the law would collect the intention from the libel itself». Однако, не смотря на это, судъ, какъ сказано выше, уничтожилъ производство въ виду того, что вердиктъ заключалъ въ себѣ необычное слово «только» <sup>4)</sup>).

Упомянемъ, наконецъ, о процессѣ по обвиненію С. Асафскаго декана Schipley въ опубликованіи злослѣннаго libel'я съ цѣлью возбужденія подданныхъ короля къ насильственной попыткѣ измѣненій въ правительствѣ, состояніи и конституціи королевства (такъ формулировано было обвиненіе) Защита представила свидѣтелей съ цѣлью удостовѣренія, что обвиняемый

<sup>1)</sup> Ср. Glaser, I. с., стр. 242 — 243.

<sup>2)</sup> См. Biener, I. с., I, стр. 221.

<sup>3)</sup> Здѣсь разумѣется, такъ сказать, чисто-фактическое истолкованіе извѣстнаго произведенія, т. е. разгадка значенія буквъ означающихъ названія и именно опозорныхъ лицъ и пр., однимъ словомъ то, что въ Англіи называется innuendos. Ср. Phillips, I. с., стр. 450.

<sup>4)</sup> Glaser, I. с., стр. 243 — 244; Biener, I. с., стр. 222.

былъ далекъ отъ злаго умысла. Но судья объяснилъ присяжнымъ, что ихъ дѣло въ настоящемъ случаѣ ограничиться вопросами опубликованія и смысла произведенія (*innuendos*).

Присяжные пропознесли сначала вердиктъ: «виновенъ только въ опубликованіи», а затѣмъ по внушенію судьи измѣнили его на слѣдующій: «виновенъ въ опубликованіи, не говоря, однако, о томъ, есть ли на лицо преступленіе *libel*'я». Въ своей просьбѣ о новомъ пересмотрѣ дѣла, защитникъ, знаменитый Erskine доказывалъ, что наставленіе, данное судьей присяжнымъ засѣдателямъ, неправильно, между прочимъ, на томъ основаніи, что съ давнихъ поръ установилось правило, по которому генеральный вердиктъ присяжныхъ въ уголовныхъ дѣлахъ заключаетъ въ себѣ весь спорный предметъ, всѣ вопросы не только факта, но и права. Чтобы поставить присяжныхъ въ возможность провнести подобный генеральный вердиктъ, судья долженъ дать имъ необходимое наставленіе въ правѣ. Здѣсь же этого не случилось, такъ какъ судья заявилъ присяжнымъ, что они не должны обсуждать ни незаконности произведенія, ни умысла подсудимаго<sup>1)</sup>.

Эти-то послѣдніе процессы и побудили Фокса выступить въ концѣ прошлаго вѣка со своимъ биллемъ о *libel*'ѣ. Результатомъ парламентской работы по этому поводу явился законъ 1792 г. о *libel*'ѣ, законъ, которымъ признано, что миссія присяжныхъ въ дѣлахъ о пасквиляхъ ничѣмъ не должна отличаться отъ ихъ призванія въ остальныхъ дѣлахъ, что присяжные и здѣсь имѣютъ право рѣшить весь спорный вопросъ, что они не должны быть ограничиваемы только признаніемъ виновности въ опубликованіи даннаго произведенія и констатираваніемъ того, что смыслъ этого произведенія дѣйствительно таковъ, какой ему приписываетъ обвинительный актъ. Напротивъ судья здѣсь, какъ и въ другихъ процессахъ, только высказываетъ свое мнѣніе и руководящія взгляды касательно *всего* спорнаго вопроса. Наконецъ, присяжные, по этому закону, имѣютъ право, какъ и въ другихъ случаяхъ, *самостоятельно* ограничить свои функціи такъ называемымъ *спеціальнымъ вердиктомъ*<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Cp. Glaser, стр. 244 и сл.; Biener, das Englische Geschwornengericht, 1. Band, стр. 222.

<sup>2)</sup> См. текстъ этого закона у Phillips'a, 1. с., 456—457.

Совершенно справедливо мнѣніе тѣхъ изслѣдователей, которые, какъ напримѣръ, Глазеръ, придаютъ громадное значеніе этому закону. Значеніе этого закона громадно не только для установленія правильнаго понятія о функціяхъ присяжныхъ въ дѣлахъ о пасквиляхъ, но и для выясненія миссіи, призванія присяжныхъ въ уголовныхъ дѣлахъ вообще.

Въ самомъ дѣлѣ, изъ этого закона, по отношенію къ дѣламъ о libel'яхъ, вытекаетъ, что присяжные своимъ вердиктомъ устанавливають не только виновность въ отпечатаніи произведенія съ извѣстнымъ, приписываемымъ ему обвиненіемъ, смысломъ, но виновность въ опубликованіи именно libel'я, виновность въ извѣстномъ преступномъ дѣяніи; присяжные, слѣдовательно, не только устанавливають такъ называемый *общій* составъ преступленія, не только рѣшаютъ вопросъ о конкретномъ смыслѣ даннаго произведенія, но и подводятъ это произведеніе подъ законное понятіе libel'я, такъ что послѣ ихъ вердикта судья ничего не остается, какъ примѣнить наказаніе.

Но этимъ, какъ мы сказали, не ограничивается значеніе закона 1792 г. Запрещая ограничивать присяжныхъ вопросомъ виновности въ опубликованіи извѣстнаго произведенія, имѣющаго приписываемый ему обвиненіемъ смыслъ, законъ этотъ прибавляетъ, что въ дѣлахъ о пасквиляхъ отношенія присяжныхъ къ профессиональному судья должны быть вообще тѣми же, что и въ остальныхъ уголовныхъ дѣлахъ. Вообще тенденція этого закона состоитъ въ томъ, чтобы уничтожить въ понятіяхъ судей всякую разницу между дѣлами о пасквиляхъ и о другихъ преступленіяхъ по отношенію къ миссіи присяжныхъ. А если такъ, то то, что сказано въ этомъ законѣ о миссіи присяжныхъ по дѣламъ о libel'яхъ, можетъ служить для уясненія понятій о призваніи ихъ въ уголовныхъ дѣлахъ вообще.

Итакъ, законъ о libel'яхъ служитъ однимъ изъ доказательствъ, что миссія присяжныхъ въ уголовныхъ дѣлахъ не ограничивается рѣшеніемъ вопроса объ общемъ составѣ преступленія и о конкретныхъ фактахъ особаго состава, а охватываетъ весь вопросъ о виновности предъ закономъ,—вообще всю такъ называемую субсумцію, въ томъ числѣ и подведеніе конкретныхъ фактовъ подъ законное понятіе даннаго преступленія. Такое заключеніе отъ частнаго (законъ о пасквиляхъ) къ общему тѣмъ основательнѣе, что это частное, эти дѣла о libel'яхъ,

представляютъ, какъ мы видѣли, наиболѣе удобный случай при-  
мѣненія теоріи отдѣленія конкретныхъ фактовъ отъ права и  
ограниченія присяжныхъ первымъ. Такое заключеніе, повторяемъ,  
будетъ тѣмъ основательнѣе, что дѣла о пасквиляхъ прежде всѣхъ  
другихъ дѣлъ стали ареной борьбы профессиональнаго элемента  
за исключительное призваніе во всемъ томъ, что только не от-  
носится къ чисто—конкретному. Если, слѣдовательно, и здѣсь  
теорія ограниченія присяжныхъ конкретнымъ фактомъ не одобрена  
англійскимъ законодателемъ, то нѣтъ ни малѣйшаго основанія  
предполагать такое одобреніе въ остальныхъ дѣлахъ, по отно-  
шенію къ которымъ вопросъ этотъ не ставился такъ рѣзко,—  
въ дѣлахъ, для которыхъ то или другое разрѣшеніе этого во-  
проса не имѣло такого важнаго практическаго значенія.

Но независимо отъ того значенія, какое имѣетъ законъ  
1792 г. для уясненія призванія присяжныхъ въ уголовныхъ  
дѣлахъ, въ пользу того взгляда, что англійскіе присяжные не  
ограничены голымъ, конкретнымъ фактомъ, говорятъ и другія  
соображенія, другіе процессуальные институты. Такъ, какъ мы  
уже упоминали, англійскимъ присяжнымъ не ставится особыхъ  
вопросовъ, какъ это принято на континентѣ. Роль вопроса при-  
сяжнымъ играетъ въ Англіи обвинительный актъ. Присяжные  
могутъ своимъ *guilty* или *not guilty* принять или отвергнуть  
обвинительный актъ цѣликомъ, если не пожелаютъ воспользо-  
ваться своимъ правомъ сдѣлать нѣкоторыя дополненія, испра-  
вленія или ограниченія къ своему утвердительному отвѣту, или  
если не пожелаютъ произнести такъ называемый *спеціальный  
вердиктъ*. Въ обвинительномъ же актѣ излагаются не только  
конкретные факты, но *непременно вся абстрактно-правовые при-  
знаки* даннаго преступленія, притомъ такъ, чтобы утвержденіе  
этихъ признаковъ со стороны присяжныхъ исчерпывало опера-  
цію подведенія конкретнаго случая подъ общее правило, подъ  
абстрактное, законное понятіе даннаго преступленія, насколько  
оно выяснено самимъ закономъ или юриспруденціею<sup>1)</sup>. Мало  
того, въ Англіи твердо стоятъ на томъ, чтобы въ обвинитель-  
номъ актѣ употреблялись *именно тѣ самыя выраженія*, тѣ тех-  
ническія слова, которыми пользуется матеріальное право для  
обозначенія особаго состава даннаго преступленія, не допуская

<sup>1)</sup> Glaser, 1. с., стр. 53—54.

замѣны ихъ хотя бы, повидимому, и равнозначущими, синонимическими выраженіями<sup>1)</sup>).

Итакъ, если присяжные отвѣчаютъ на обвинительный актъ въ цѣлости, если въ обвинительномъ актѣ, рядомъ съ конкретными фактами, заключается и юридическая ихъ квалифікація, то, значить, они констатируютъ не только конкретные факты, но и ихъ соответствіе съ законными, абстрактно-правовыми признаками данного преступленія<sup>2)</sup>. Это соображеніе подтверждается еще и тѣмъ, что кромѣ вердикта присяжныхъ, являющагося обыкновенно въ формѣ простаго принятія или непринятія обвинительнаго акта, англійское процессуальное право не знаетъ другого судебного акта, которымъ бы рѣшался вопросъ о виновности въ данномъ преступленіи. Если бы, разсуждаетъ Глазеръ, присяжные констатировали только конкретные факты, въ которыхъ реализуются абстрактно-правовые признаки данного преступленія, то въ процессѣ былъ бы отведенъ моментъ, была бы выработана форма для дальнейшей операціи, — для подведенія этихъ конкретныхъ фактовъ подъ абстрактные признаки преступленія. Но такого момента, такой формы, повторяемъ, англійское право не знаетъ. Судья послѣ вердикта присяжныхъ только назначаетъ наказаніе или, при оправдательномъ вердиктѣ, отпускаетъ подсудимаго, объявленнаго невиновнымъ (*quod eat sine die*). Но профессиональный судья вовсе не высказывается о томъ, что подсудимый невиновенъ или что онъ виновенъ въ такомъ-то преступленіи<sup>3)</sup>.

Намъ остается упомянуть еще объ одномъ англійскомъ институтѣ, говорящемъ противъ взгляда на англійскихъ присяжныхъ, какъ на судей только конкретнаго факта. Мы говоримъ о такъ называемомъ *спеціальному вердикту*. Известно, что иногда (чрезвычайно, впрочемъ, рѣдко), присяжные, опасаясь взять на свою отвѣтственность рѣшеніе вопроса о соответствіи конкретныхъ фактовъ нѣкоторымъ абстрактно правовымъ признакамъ данного преступленія, вмѣсто обычнаго, генеральнаго вердикта, постановляютъ такъ называемый спеціальныи вердиктъ, которымъ они предоставляютъ профессиональному судѣ операцію субсумціи признанныхъ ими конкретныхъ фактовъ подъ нѣко-

<sup>1)</sup> Glaser, *ib.*, стр. 54.

<sup>2)</sup> *ib.*, стр. 235.

<sup>3)</sup> *ibid.*

торые законные признаки преступления <sup>1)</sup>). Специальный вердиктъ, такимъ образомъ, содержитъ въ себѣ отчасти признанные присяжными абстрактно-правовые признаки, отчасти конкретные факты <sup>2)</sup>).

Такой специальный вердиктъ присяжные даютъ по своему почину, добровольно, безъ всякаго принужденія со стороны профессиональнаго судьи. Это — *право* присяжныхъ, а не ихъ обязанность. Такимъ образомъ, профессиональный судья не имѣетъ права ограничивать присяжныхъ чисто конкретнымъ фактомъ, не имѣетъ права по собственной инициативѣ захватывать въ свои руки операцію субсумціи признанныхъ присяжными конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки преступления <sup>3)</sup>).

Предыдущее изложеніе, какъ видитъ читатель, приводитъ къ тому результату, что англійскіе присяжные не только констатируютъ голые факты, но и производятъ субсумцію ихъ подъ соответствующіе абстрактно-правовые признаки преступления, что въ концѣ концовъ, вопросъ о виновности подсудимаго предъ закономъ рѣшается присяжными, что, однимъ словомъ, демаркаціонная линія между функціями присяжныхъ и профессиональнаго судьи не совпадаетъ съ границею между конкретнымъ фактомъ и правомъ. Въ самомъ дѣлѣ, производя сопоставленіе группы конкретныхъ фактовъ съ соответствующимъ имъ абстрактно-правовымъ признакомъ преступления, присяжные *implicite* рѣшаютъ вопросъ и объ объемѣ этого абстрактно-правоваго понятія; они рѣшаютъ, въ положительномъ или отрицательномъ смыслѣ, о юридическомъ значеніи массы неуловимыхъ конкретныхъ фактовъ, составляющихъ обстановку, окружающую болѣе выдающіеся конкретные факты. Однимъ словомъ, присяжные оперируютъ, имѣютъ дѣло не съ одними голыми, конкретными фактами, но и съ правовыми понятіями.

Но если послѣднее слово по вопросу о виновности подсудимаго предъ закономъ принадлежитъ присяжнымъ, то этимъ еще не сказано, что и профессиональному судѣ не предоставлено нѣкоторой доли участія, нѣкоторой доли вліянія на рѣшеніе присяжными этого вопроса. Мы подошли къ вопросу о томъ, каково это участіе профессиональнаго судьи въ рѣшеніи вопроса

<sup>1)</sup> Glaser, l. c., стр. 163 и сл.

<sup>2)</sup> Ср. Г. Меѣръ, Вопросы факта и права на судѣ присяжныхъ, переводъ Таганцева, стр. 28, 31 и др.

<sup>3)</sup> Ср. Glaser, l. c., стр. 235.

о виновности предъ закономъ, и въ какой формѣ оно проявляется въ англійскомъ судѣ присяжныхъ.

Отвѣтъ на этотъ-то вопросъ и даетъ настоящее понятіе о томъ, какъ въ Англіи смотрятъ на миссію, призваніе профессиональнаго и непрофессиональнаго элементовъ въ уголовной юстиціи, какъ тамъ проводится демаркаціонная линія между сферами дѣятельности обоихъ этихъ элементовъ суда.

Формально, какъ мы уже упоминали, вердиктъ о виновности предъ закономъ произносится одними присяжными. Но профессиональный судья имѣетъ вліяніе какъ на ту часть вердикта, которая констатируетъ конкретные факты, такъ и на часть его, задача которой состоитъ въ подведеніи этихъ фактовъ подъ законные признаки преступленія. Мало того, характеръ и объемъ вліянія судьи на обѣ эти части вердикта присяжныхъ почти одинъ и тотъ-же.

Въ самомъ дѣлѣ, что касается вліянія профессиональнаго судьи на *фигитическую* часть рѣшенія присяжныхъ, то оно состоитъ въ томъ, что судья рѣшаетъ вопросъ о *допустимости доказательствъ*. Въ Англіи, какъ извѣстно, дѣйствуетъ нѣчто въ родѣ отрицательной законной теоріи доказательствъ. Такимъ образомъ, рѣшивъ отрицательно вопросъ о допустимости извѣстнаго доказательства, запретивъ его продуцированіе на судебномъ слѣдствіи или, если причина недопустимости открылась послѣ его продуцированія, воспретивъ присяжнымъ строить на немъ свое рѣшеніе, профессиональный судья *отрицательно* и притомъ *рѣшительно* вліяетъ на фактическую сторону вердикта о виновности.

Таково категорическое, рѣшительное, требующее отъ присяжныхъ повиновенія, вліяніе профессиональнаго судьи на вопросъ факта. Но этимъ не изчерпывается вліяніе судьи на фактическую часть вердикта присяжныхъ. Англійскій судья, предоставляя послѣднее слово по вопросу о доказанности данныхъ фактовъ, объ убѣдительности допущенныхъ имъ доказательствъ—присяжныхъ, въ своемъ заключительномъ словѣ (*charge*) даетъ имъ въ руководство при оцѣнкѣ этихъ доказательствъ тѣ *общія* правила, которыя выработаны съ этою цѣлью вѣковой судебною практикою.

Значеніе даваемыхъ судьей по этому поводу объясненій въ свою очередь таково: только та часть этихъ объясненій



высказывается судьей авторитетно, которая имѣетъ дѣло съ установленіемъ именно *общихъ* руководящихъ правилъ; напротивъ, касательно *примѣненія* этихъ общихъ правилъ къ *конкретному случаю* судья даетъ присяжнымъ только *советы*<sup>1)</sup>.

Перейдемъ теперь къ той, болѣе для насъ интересной, части вердикта, которая имѣетъ дѣло съ субсумціей конкретныхъ фактовъ подъ абстрактно-правовыя понятія.

Чтобы подводить конкретные факты подъ законное, абстрактно-правовое понятіе преступленія, производящему эту субсумцію необходимо знать, имѣть въ виду самое правовое понятіе. Когда мы говоримъ «знать», «имѣть въ виду» понятіе преступленія, то разумѣемъ не просто названіе, терминъ, которымъ законъ обозначаетъ это преступленіе. Всякое почти понятіе преступленія представляется болѣе или менѣе сложнымъ понятіемъ, заключающимъ въ себѣ нѣсколько признаковъ. Такимъ образомъ, для подведенія данныхъ конкретныхъ фактовъ подъ такое сложное понятіе преступленія, на примѣръ подъ преступленіе кражи, мошенничества и проч., необходимо знать всѣ тѣ абстрактные признаки преступленія, которые составляютъ законный его составъ, и которые установлены въ источникахъ матеріальнаго уголовного права.

Но для операціи субсумціи и этого мало. Отдѣльные признаки особаго состава преступленія, какъ они установлены въ матеріальномъ уголовномъ правѣ, въ свою очередь часто являются понятіями, обнимающими болѣе или менѣе *сложный фактъ*. Вслѣдствіе этого то абстрактное выраженіе, то слово, которымъ въ законѣ обозначенъ этотъ сложный фактъ, или, вѣрнѣе, — эта группа мелкихъ фактическихъ обстоятельствъ, требуетъ, въ свою очередь, выясненія, истолкованія своего объема, ибо безъ такого истолкованія нельзя рѣшить вопросъ — соответствуютъ ли конкретныя обстоятельства даннаго дѣла тому значенію даннаго абстрактнаго признака преступленія, которое ему придаетъ законодатель. Такимъ образомъ, наука и судебная практика, употребляя въ дѣло всѣ методы толкованія законовъ матеріальнаго уголовного права, приходятъ къ установленію абстрактныхъ формулъ, опредѣляющихъ объемъ и значеніе отдѣльныхъ законныхъ признаковъ каждаго преступленія. Въ

<sup>1)</sup> Glaser, 1. с., стр. 333.

такомъ изъясненіи смысла, въ такомъ опредѣленіи и разложеніи нуждается, по характеру современныхъ кодексовъ матеріальнаго уголовного права, большинство законныхъ признаковъ какъ общаго, такъ и особаго состава преступленій. Въ отличіе отъ казуистическихъ постановленій старыхъ кодексовъ, старавшихся такъ редактировать диспозитивную часть каждаго уголовного закона, чтобъ она прямо ложилась на единичный случай,—новые кодексы, отказавшись отъ стремленія обратить судью въ простую машину, ограничиваются болѣе абстрактными опредѣленіями, которыя даютъ примѣнителю твердыя руководящія идеи для разграниченія дозволеннаго отъ недозволеннаго и одного вида преступленія отъ другаго, но предоставляютъ ему нѣкоторый просторъ въ оцѣнкѣ единичнаго случая. Чтобы убѣдиться въ этомъ, стоить припомнить только то, что сказано было прежде по поводу процессовъ о пасквиляхъ, стоить только обратиться вниманіе на такіе законные признаки общаго состава преступленія, на такіа опредѣленія, какъ, напримѣръ, законное опредѣленіе покушенія въ отличіе отъ приготовленія (начало исполненія), на такіе признаки особаго состава отдѣльныхъ преступленій, какъ предумышленіе въ убійствѣ и проч. Всѣ эти законные признаки допускаютъ болѣе или менѣе широкое толкованіе.

Всѣ до сихъ поръ изложенныя свѣдѣнія даетъ англійскимъ присяжнымъ профессиональный элементъ суда—судья. То, что судья излагаетъ въ своемъ заключительномъ словѣ о законныхъ признакахъ преступленія, о значеніи этихъ отдѣльныхъ признаковъ, обязательно для присяжныхъ, но—только по столько, по сколько даваемое предѣдателемъ наставленіе по этимъ предметамъ имѣетъ характеръ *абстрактныхъ* правовыхъ формулъ или *общихъ* правовыхъ взглядовъ, руководящихъ при подведеніи конкретныхъ фактовъ подъ законныя понятія.

И эта обязательность имѣетъ въ Англіи не только нравственную, но и внѣшнюю, юридическую санкцію. Въ самомъ дѣлѣ, если данная судьей для объясненія значенія известнаго правоваго понятія формула выражена на столько абстрактно опредѣлительно, на столько рельефно, что для подведенія подъ нее соответствующихъ конкретныхъ фактовъ нѣтъ надобности ни въ какихъ промежуточныхъ умозаключеніяхъ, ни въ какой оцѣнкѣ фактовъ, то рѣшеніе присяжныхъ даже въ положительномъ смыслѣ какъ-бы заранѣе уже дано судьей, конечно, при

предположеніи, что соответствующіе даннымъ правовымъ понятіямъ конкретные факты нигдѣ не оспариваются, для всѣхъ очевидно доказаны <sup>1)</sup>. Еще легче судья добиться осуществленія истолкованныхъ имъ правовыхъ положеній въ отрицательномъ направленіи, въ смыслѣ признанія несоответствія конкретныхъ фактовъ этимъ правовымъ понятіямъ, значить — въ пользу оправданія подсудимаго. Для этого результата у англійскаго предсѣдателя имѣется не одно средство. Такъ, если судья во время судебного слѣдствія усматриваетъ, что требуемый правомъ какъ *conditio sine qua non* для состава преступленія, признакъ преступленія не осуществился въ фактахъ, выяснившихся на судебномъ слѣдствіи, что, поэтому, законный и конкретный составъ преступленія не совпадаютъ, то онъ пресѣкаетъ дальнѣйшее производство (*stops the case*) и требуетъ отъ присяжныхъ оправдательнаго вердикта (это называется *to direct an acquittal*). Независимо отъ этого судья можетъ и въ своемъ заключительномъ словѣ потребовать отъ присяжныхъ оправдательнаго вердикта по тѣмъ-же самымъ соображеніямъ.

Часто, однако, хотя извѣстное правовое понятіе и выражено въ строго опредѣленной, абстрактной формулѣ, подъ которую сами собою подходятъ конкретные факты, но самые конкретные факты даннаго дѣла не достаточно опредѣлительно установлены. Въ этихъ случаяхъ судья не можетъ выразить своего наставленія въ категорической, безусловной формѣ, о которой выше была рѣчь. Онъ въ этихъ случаяхъ даетъ *условное* наставленіе, т. е. говоритъ, что если присяжные признаютъ доказанными такіе-то факты, то должны считать такіе-то, нѣтъ соответствующіе законные признаки осуществившимися <sup>2)</sup>.

Наконецъ, часто случается, что извѣстное правовое понятіе, извѣстный законный признакъ не поддается такой формулировкѣ, чтобы о соответствующихъ конкретныхъ фактахъ можно было категорически сказать, что они осуществляютъ или не осуществляютъ въ себѣ этотъ признакъ, не производя промежуточныхъ оцѣнокъ, обобщеній, умозаключеній. Часто случается, что, на основаніи соображеній объ относящихся до этого правового понятія законахъ, можно только указать на

<sup>1)</sup> Glaser, I. c., стр. 347.

<sup>2)</sup> Присяжы см. у Глазера I. c., стр. 355 и слѣд.

общіе руководящія взгляды, изъ которыхъ законодатель исходилъ, употребляя извѣстный правовой терминъ, и которыми должны руководиться присяжные при рѣшеніи вопроса объ осуществленіи этого правового понятія въ конкретныхъ обстоятельствахъ индивидуальнаго случая. Это бываетъ именно тогда, когда законодатель не могъ или не хотѣлъ выразить извѣстное условіе состава преступленія въ такой рѣзкой, опредѣленной законченности, въ такой точной формулѣ, которая бы не допускала примѣнителю закона никакой свободы въ оцѣнкѣ индивидуальнаго случая, когда, напротивъ, законодатель довольствуется болѣе эластичнымъ терминомъ, вмѣсто шаблоннаго, казуистическаго языка старыхъ законовъ. Таковы, напримѣръ, даже такія, повидимому, опредѣленные выраженія закона, какъ «ночное время», «публичное мѣсто», «предумышленіе» и другія обстоятельства, входящія въ составъ разныхъ видовъ преступленій. Очевидно, что тѣ законодатели, которые не захотѣли опредѣлить въ законѣ, что такое-то преступленіе нужно считать совершеннымъ въ ночное время, если, напр., оно учинено послѣ такого-то часа по полудни и до такого-то по полуночи, этимъ самымъ выразили свое желаніе, чтобы примѣнитель закона, соображая всѣ обстоятельства конкретнаго случая, рѣшилъ вопросъ о томъ, слѣдуетъ-ли считать это квалифицирующее обстоятельство осуществившимся въ данномъ случаѣ или нѣтъ?

Для такихъ случаевъ въ англійской практикѣ установилось правило, что судья даетъ присяжнымъ только общіе руководящія взгляды, почерпнутые изъ соображеній о разумѣ даннаго закона, на сколько онъ отразился въ соотвѣтствующихъ постановленіяхъ и проч., предоставляя присяжнымъ примѣненіе этихъ взглядовъ къ индивидуальному случаю. Хотя и здѣсь англійскіе присяжные должны руководиться именно тѣми общими взглядами касательно объема правовыхъ понятій, которые даны судьей, тѣмъ не менѣе рѣшеніе ихъ въ такихъ случаяхъ неуязвимо по стольку, по скольку именно не видно, что они отступили отъ наставленія предсѣдателя. Впрочемъ, если конкретные факты и въ обвинительномъ актѣ противопоставлены спорнымъ, сомнительнымъ законнымъ понятіямъ, какъ, напримѣръ, въ дѣлахъ о пасквиляхъ, то высшая инстанція можетъ признать рѣшеніе присяжныхъ неправильнымъ съ точки зрѣнія правовой

калѣфикаціи фактовъ. Затѣмъ высшая инстанція можетъ также опорочить вердиктъ присяжныхъ въ томъ случаѣ, когда процессъ представлялъ данныя, при которыхъ судья долженъ былъ дать присяжнымъ обязательное для нихъ наставленіе (напр., въ формѣ требованія оправдательнаго вердикта съ прекращеніемъ производства), между тѣмъ какъ судья этого не сдѣлалъ на самомъ дѣлѣ, а предоставилъ присяжныхъ свободную оцѣнку конкретныхъ фактовъ<sup>1)</sup>.

Говоря выше объ отношеніяхъ англійскаго судьи къ присяжнымъ по поводу примѣненія къ конкретнымъ фактамъ абстрактно-правовыхъ понятій, объ обязательности для присяжныхъ наставленія, даваемого судьей касательно абстрактнаго значенія правовыхъ терминовъ, мы упоминали, что иногда судья выражаетъ присяжнымъ свое *требованіе*. Можно подумать, что такъ какъ присяжные могутъ ограничиться краткимъ «виновенъ» или «не виновенъ», простымъ принятіемъ или непринятіемъ обвинительнаго акта, то это требованіе санкціонуется только чувствомъ нравственнаго долга присяжныхъ,—можно подумать, что если присяжные не захотятъ слѣдовать наставленію судьи, то очень легко могутъ осуществить это желаніе подъ прикрытіемъ этой краткой формулы, заключающей въ себѣ отвѣты не только на вопросы права, гдѣ присяжные должны подчиниться наставленію и руководству судьи, но и на тѣ, чисто-фактическія утвержденія, отъ того или другаго разрѣшенія которыхъ зависитъ признаніе или непризнаніе извѣстнаго правоваго попятія осуществившимся.

Конечно, не рѣдко это и случается на практикѣ; но нельзя сказать, чтобы англійскій судья былъ совершенно беззащитенъ въ виду такого настроенія присяжныхъ, по крайней мѣрѣ, въ тѣхъ болѣе выдающихся случаяхъ, когда судья имѣетъ основанія опасаться такого нежеланія или неумѣнія присяжныхъ подчиниться его наставленію.

Прежде всего, въ тѣхъ, случаяхъ, когда судья пользуется своимъ правомъ прекращенія производства (когда онъ stops the case) и требуетъ въ этомъ случаѣ оправдательнаго вердикта, то присяжные не могутъ вовсе осуществить своего невниманія къ этому требованію, такъ какъ обвинительный вердиктъ мо-

<sup>1)</sup> Glaser, стр. 379—380.

жетъ состояться только на основаніи обыкновеннаго, полнаго судебного слѣдствія, а не частичнаго, обрывка производства.

Но и тогда, когда судья даетъ свое обязательное для присяжныхъ наставленіе въ заключительномъ словѣ по обыкновенному, полному судебному слѣдствію,—и тогда, повторяю, судья можетъ доставить торжество изложеннымъ имъ правовымъ положеніямъ, не смотря даже на нежеланіе присяжныхъ слѣдовать въ своемъ вердиктѣ этимъ положеніямъ. Здѣсь, впрочемъ, нужно различать между вердиктами «виновентъ» или «невиновентъ». Въ послѣднемъ случаѣ, т. е. если присяжные прійдутъ къ отрицанію виновности подсудимаго, руководясь взглядами, несогласными съ тѣми правовыми положеніями, которыя имъ даны судьей, то послѣднему ничего болѣе не остается, какъ примириться съ такимъ вердиктомъ, такъ какъ здѣсь возможно предположеніе, что этотъ вердиктъ обязанъ своимъ существованіемъ непризнанію со стороны присяжныхъ конкретных *фактовъ*, въ которыхъ, по мнѣнію судьи, реализовались законные признаки преступленія,—въ вопросахъ же фактическихъ, въ вопросѣ объ убѣдительности допущенныхъ судьей доказательствъ присяжные—единственно компетентные судьи.

Напротивъ, если присяжные прійдутъ, путемъ игнорированія наставленія судьи въ правѣ, къ обвинительному вердикту, то положеніе англійскаго судьи по отношенію къ такому вердикту—иное.

Здѣсь, въ свою очередь, нужно различать три случая сообразно тремъ вышеупомянутымъ видамъ наставленія судьи. Прежде всего, если судья далъ присяжнымъ *безусловное* наставленіе въ смыслѣ оправданія подсудимаго по законнымъ причинамъ, по несовпаденію фактовъ, представленныхъ обвиненіемъ, съ законными признаками преступленія, то, хотя-бы присяжные и дали обвинительный вердиктъ, судья, не протоколируя такого вердикта, можетъ отпустить присяжныхъ подобно тому случаю, когда присяжные отпускаются за отсутствіемъ между ними единогласія<sup>1)</sup>. И въ такомъ случаѣ судья дѣйствуетъ, отнюдь не переступая за предѣлы своей компетенціи, своего призванія. Въ самомъ дѣлѣ, для обвинительнаго вердикта присяжные должны были не только установить конкретные факты, но и

<sup>1)</sup> Glaser, стр. 381—382.

примѣнить правовыя нормы къ данному случаю, и если при этомъ они сдѣлали ошибку или даже игнорировали изложенныя судьей правовыя положенія, то судья можетъ, такъ сказать, кассировать ихъ вердиктъ по чисто-правовымъ соображеніямъ. Можно, пожалуй, возразить, что присяжные могли признать существованіе именно такихъ фактовъ, которые подходятъ подъ изложенныя судьей правовыя положенія и на которые судья или не обратилъ вниманія, или считалъ ихъ недоказанными. Но дѣло-то въ томъ, что такое непринятіе вердикта предполагаетъ именно, что для этихъ, соответствующихъ правовымъ условіямъ вины, фактовъ въ дѣлѣ нѣтъ допускаемыхъ закономъ доказательствъ, что всегда имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда судья даетъ безусловно-обязательное для присяжныхъ наставленіе.

Напротивъ, когда въ дѣлѣ представляются двѣ или нѣсколько эвентуальностей въ фактическомъ отношеніи, изъ которыхъ одна соответствуетъ законному понятію даннаго преступленія, а другая нѣтъ, и когда возможно предполагать, что присяжные признаютъ именно такую фактическую обстановку, которая соответствуетъ истолкованнымъ судьей правовымъ условіямъ вины, тогда судья даетъ, какъ мы видѣли, *условное* наставленіе, которое гласитъ, что если присяжные признаютъ такіе-то факты, то должны, за несоответствіемъ ихъ законнымъ признакамъ преступленія, оправдать подсудимаго, что присяжные могутъ произнести обвинительный вердиктъ только при признаніи другой группы фактовъ. И такое наставленіе обязательно для присяжныхъ, хотя, доколѣ остается сомнѣніе — какую изъ фактическихъ эвентуальностей присяжные положили въ основу своего вердикта, до тѣхъ поръ послѣдній неуязвимъ, хотя-бы судья и былъ увѣренъ, что они пришли къ своему «виновенъ» именно благодаря игнорированію его наставленія въ правѣ. Однако, это сомнѣніе, а вмѣстѣ съ нимъ и неоспоримость, непоколебимость вердикта присяжныхъ устраняются, коль скоро на вопросъ судьи, предлагаемый присяжнымъ предварительно принятія ихъ вердикта или даже во время произнесенія заключительнаго слова, послѣдніе дадутъ отвѣтъ, въ которомъ открыто заявятъ — какую именно фактическую эвентуальность они положили или намѣрены положить въ основу своего вердикта.

Въ такихъ случаяхъ, разъ фактическая обстановка уста-

повлена и именно въ такомъ видѣ, который не допускаетъ субсумціи ея подъ данное преступленіе, присяжные не могутъ уклониться отъ даннаго имъ судьей правоваго наставленія точно такъ-же, какъ и въ томъ случаѣ, когда съ самаго начала судья даетъ присяжнымъ безусловное наставленіе. Вообще въ Англіи присяжные при объявленіи своего вердикта не связаны какой-нибудь определенной формулой. Все дѣло въ смыслѣ ихъ словъ, форму-же обязанъ выработать, на основаніи заявленій присяжныхъ, председательствующій судья. Такимъ образомъ, часто по собственной инициативѣ, часто по почину судьи, присяжные къ своему «виновенъ» прибавляютъ добавленіе, которое имѣетъ значеніе иногда объясненія, иногда ограниченія. Такія фактическія добавленія въ нужныхъ случаяхъ входятъ, какъ часть вердикта, въ протоколъ и даютъ возможность какъ председательствующему въ ассизахъ судья, такъ и высшему суду контролировать обвинительный вердиктъ съ точки зрѣнія соблюденія относящихся къ данному случаю правовыхъ положеній, съ точки зрѣнія правильности субсумціи <sup>1)</sup>).

Къ такимъ фактическимъ добавленіямъ къ вердикту «виновенъ» судья побуждаетъ присяжныхъ и въ случаяхъ *сомнительности*, спорности тѣхъ указаній, которыя онъ далъ присяжнымъ для руководства при сумсумціи конкретныхъ фактовъ подъ законное понятіе преступленія, когда можно предполагать разногласіе въ средѣ юристовъ касательно правовой оцѣнки однихъ и тѣхъ-же конкретныхъ фактовъ. Въ такихъ случаяхъ, председательствующій судья имѣетъ исключительное (не принадлежащее сторонамъ) право передать данный спорный вопросъ на окончательное разрѣшеніе апелляціоннаго суда (Court of Appeal).

Такимъ образомъ, всегда, когда есть возможность дать присяжнымъ абстрактную формулу значенія извѣстнаго законнаго признака, когда судья даетъ общепризнанное толкованіе извѣстнаго правоваго понятія,—присяжные не могутъ уклониться отъ примѣненія этого правоваго положенія къ данному случаю, по крайней мѣрѣ, во вредъ подсудимому.

Остается, слѣдовательно, третій случай—когда судья въ поясненіе извѣстнаго законнаго термина или понятія не можетъ дать абстрактной правовой формулы, когда онъ долженъ огра-

<sup>1)</sup> Glaser, стр. 384—385 и др.



ничаться только изложеніемъ присяжнымъ общихъ руководящихъ взглядовъ при оцѣнкѣ конкретныхъ фактовъ съ правовой точки зрѣнія, съ точки зрѣнія субсумціи ихъ подъ это правовое понятіе. Здѣсь имѣются въ виду тѣ случаи, когда вопросъ о реализаціи извѣстнаго законнаго признака преступленія въ конкретныхъ обстоятельствахъ даннаго дѣла не можетъ быть судьей предрѣшенъ даже въ отрицательномъ смыслѣ при посредствѣ установленія самой общей формулы, выражающей значеніе этого признака.

Въ этихъ случаяхъ, въ отличіе отъ двухъ другихъ, когда судья даетъ безусловное или условное наставленіе, въ формѣ требованія,—онъ предоставляетъ оцѣнку фактовъ даннаго дѣла присяжнымъ, здѣсь онъ какъ-бы заранее соглашается съ тѣмъ рѣшеніемъ вопроса субсумціи, которое дадутъ въ своемъ вердиктѣ присяжные.

Таковы отношенія англійскихъ присяжныхъ къ профессиональному элементу ассизовъ. Англійскіе присяжные, такимъ образомъ, не ограничены областью чистаго, конкретнаго факта.

Да это ограниченіе и не выполнимо, какъ давно признано въ наукѣ, по той уже причинѣ, что фактъ и право на судѣ до такой степени переплетаются между собою, что провести между ними рѣзкую демаркаціонную линію нѣтъ въ большинствѣ случаевъ никакой возможности, что или присяжные, кромѣ рѣшенія чисто фактическихъ вопросовъ, должны молчаливо дѣлать юридическую ихъ квалификацію, или профессиональные судьи, кромѣ вопросовъ чистаго, абстрактнаго права, должны рѣшать о конкретныхъ фактахъ<sup>1)</sup>.

Но къ расширенію миссіи присяжныхъ за предѣлы голаго факта англійское право пришло не только въ силу этой необходимости. Легко видѣть, что отношенія между профессиональными судьями и присяжными регулированы въ Англіи въ общихъ чертахъ рационально, сообразно со спеціальными качествами каждаго изъ этихъ двухъ элементовъ суда. Въ самомъ дѣлѣ, профессиональный элементъ суда (т. е. председательствующій въ ассизахъ коронный судья, дѣйствующій подъ контролемъ высшаго суда), очевидно, одинъ компетентенъ въ абстрактно-правовыхъ вопросахъ. Профессиональные судьи одни могутъ сказать,

<sup>1)</sup> Ср. мое изслѣдованіе «Къ вопросу о формѣ участія народнаго элемента въ уголовной юстиціи», стр. 2 и слѣд.

какіе признаки требуются закономъ для состава, для понятія даннаго преступленія. Они, далѣе, компетентны и въ вопросѣ объ абстрактномъ значеніи каждаго отдѣльнаго законнаго признака преступленія. Для опредѣленія такого значенія нужно опять-таки знаніе законовъ и умѣнье съ ними обращаться. Но на этомъ и оканчивается призваніе профессиональныхъ судей. Въ вопросѣ о *приложеніи* руководящихъ взглядовъ, правовыхъ положеній къ *индивидуальному*, конкретному случаю, въ вопросахъ *субсумціи* конкретныхъ фактовъ подъ законные, абстрактные признаки преступленія, т. е. въ вопросѣ о виновности подсудимаго предъ закономъ, какъ онъ истолкованъ профессиональнымъ судомъ, — въ этихъ вопросахъ призванными являются именно непрофессиональные судьи, присяжные.

Конечно, это особое призваніе, эта способность присяжныхъ въ вопросахъ субсумціи рельефно выступаетъ въ такихъ случаяхъ, когда извѣстное абстрактно-правовое условіе вины формулировано не на столько опредѣлительно, чтобы оно ложилось на соотвѣтствующіе конкретные факты даннаго дѣла безъ дальнѣйшихъ умозаключеній. Однимъ словомъ, это призваніе присяжныхъ сказывается, главнымъ образомъ, тогда, когда рѣчь идетъ о примѣненіи болѣе или менѣе эластичныхъ, растяжимыхъ абстрактныхъ признаковъ къ конкретному случаю. Что касается до условій такого призванія непрофессиональныхъ судей къ производству субсумціи, то эти условія коренятся именно въ томъ, что присяжные не относятся и не могутъ относиться къ этой операциіи, вообще — къ вершенію уголовныхъ дѣлъ, какъ къ предмету своей профессіи. Извѣстно, что всякая профессиональная дѣятельность, содѣйствуя выработкѣ общихъ, абстрактныхъ правилъ, выѣстъ съ тѣмъ притупляетъ впечатлительность къ особенностямъ конкретнаго случая, что въ человѣкѣ профессіи легко укореняется рутинное, шаблонное отношеніе къ дѣлу. А между тѣмъ въ тѣхъ случаяхъ, когда самъ законодатель не далъ точной формулировки извѣстнаго правоваго условія вины, когда онъ, напротивъ, воспользовался болѣе или менѣе эластичнымъ, растяжимымъ терминомъ, — въ этихъ случаяхъ, повторяю, внимательное соображеніе всей конкретной обстановки индивидуальнаго случая является настолько же необходимымъ для субсумціи, какъ и вѣрность тѣмъ руководящимъ взглядамъ, которые объясняютъ значеніе примѣняемыхъ къ дѣлу законныхъ признаковъ

преступленія и которые профессиональный судья черпаетъ изъ соображенія разныхъ постановленій и мотивовъ закона.

Впрочемъ, эта рутинъ, это шаблонное отношеніе къ дѣлу сказывается не только при примѣненіи абстрактно-правовыхъ положеній къ конкретному случаю, но и на выработкѣ судьей самыхъ этихъ положеній, объясняющихъ значеніе законныхъ признаковъ. Здѣсь наклонность къ шаблонамъ есть крайность, есть болѣзненное перерожденіе того именно свойства профессиональнаго элемента, ради котораго ему подобаетъ видное, дѣятельное участіе въ уголовной юстиціи. Имѣя надобность въ своей практической дѣятельности въ твердыхъ принципахъ, въ категорическихъ правилахъ, постоянно ища абстрактныхъ правилъ, заурядный профессиональный судья находитъ ихъ даже тамъ, гдѣ не думалъ найти законодатель, предоставляя опредѣленіе объема употребленнаго имъ эластическаго термина сообразно индивидуальной обстановкѣ конкретнаго случая. Судья профессиональный, для облегченія себя при разрѣшеніи отдѣльныхъ случаевъ, изобрѣтаетъ такіа формулы для выраженія значенія извѣстнаго законнаго признака, которыя—не болѣе, какъ шаблоны, дающіе ему возможность при наличности извѣстной группы болѣе рельефныхъ фактовъ признавать данный законный признакъ осуществившимся сплошь-да-рядомъ, не принимая въ расчетъ остальной конкретной обстановки даннаго случая<sup>1)</sup>. Доказательствомъ и иллюстраціей такой тенденціи профессиональнаго судьи служить исторія уголовного права въ любой странѣ, напр. въ той же самой Англіи. Стоитъ только припомнить то, что раньше нами сказано было по поводу процессовъ о пасквиляхъ, стоитъ только упомянуть о разныхъ презумціяхъ и фекціяхъ, изобрѣтавшихся англійскими юристами для облегченія своей дѣятельности по подведенію индивидуальнаго случая подъ законное понятіе преступленія<sup>2)</sup>.

Но хотя, такимъ образомъ, опасность для правильной субсумціи, если ее производятъ профессиональные судьи, грозитъ съ двухъ сторонъ, тѣмъ не менѣе она не одинакова въ обоихъ отношеніяхъ. Не столько нужно бояться установленія шаблон-

<sup>1)</sup> Cp. Glaser, Schwurgerichtliche Erörterungen, Wien, 187 г., стр. 90—91.

<sup>2)</sup> Glaser, Anklage etc, стр. 301 и 302.

ныхъ абстрактныхъ положеній, сколько — рутины, невниманія профессиональнаго судьи къ конкретной обстановкѣ случая, невниманія, мѣшающаго профессиональному судѣ правильно произвести субсумцію даже при правильности его абстрактныхъ положеній и руководящихъ взглядовъ. При гласности производства, при контролѣ верховнаго суда, состоящаго изъ лучшихъ юристовъ страны, трудно ожидать, чтобы профессиональный судья высказывалъ явно неосновательныя абстрактныя формулы, опредѣляющія значеніе законныхъ признаковъ. Опасна незамѣтная для посторонняго глаза и даже нечувствуемая, неясно сознаваемая самимъ судьей рутина при примѣненіи этихъ абстрактныхъ положеній къ конкретному случаю, въ особенности — при возможности прикрыть трудности и ошибки субсумціи общностью, неопредѣлительностью мотивовъ.

Вотъ почему англійскій процессъ стоитъ за призваніе присяжныхъ къ субсумціи конкретныхъ фактовъ подъ законъ. Сознаніе пользы отъ предоставленія присяжнымъ этой операціи такъ велико, что отъ возложенія ея на нихъ не удержало опасеніе, что они благодаря этому могутъ оставить безъ вниманія тѣ абстрактныя правила, тѣ руководящія взгляды, которые имъ сообщаетъ профессиональный судья для уясненія значенія законныхъ признаковъ преступленій. Мы видѣли выше, что не рѣдко присяжнымъ приходится рѣшать о такихъ законныхъ признакахъ преступленія, которые выражены законодателемъ терминомъ, допускающимъ болѣе или менѣе широкое толкованіе. Въ такихъ-то именно случаяхъ, благодаря невозможности точно формулировать абстрактно-правовое значеніе такого признака, благодаря неразрывной связи фактической и правовой сторонъ вопроса, присяжные могутъ, какъ мы видѣли, оставить безъ вниманія и тѣ руководящія взгляды, которые сообщилъ имъ судья для облегченія ихъ задачи. Впрочемъ, такое игнорированіе присяжными наставленія предсѣдателя можетъ имѣть результатомъ болѣею частью неправильное *оправданіе* подсудимаго; что же касается неправильнаго обвиненія, то оно случается рѣдко, ибо если его можно въ данномъ случаѣ опасаться, то судья выражаетъ требованіе оправдать подсудимаго. Часто вѣдь случается, что, не будучи въ состояніи дать на столько точную формулу значенія извѣстнаго признака, чтобъ вопросъ о его реализаціи рѣшить положительно, можно, однако, выра-

зять значеніе этого признака на столько, чтобъ этотъ вопросъ предрѣшитель отрицательно.—Но независимо отъ этого, благодаря счастливымъ условіямъ, среди которыхъ въ Англіи функционируетъ судъ присяжныхъ, такихъ коллизій профессиональнаго и непрофессиональнаго элементовъ, по свидѣтельству близко знакомыхъ съ дѣломъ лицъ, бываетъ очень мало. Въ Англіи даже, какъ мы видѣли, общепризнано, что присяжные обязаны слѣдовать данному судьей толкованію абстрактнаго значенія законныхъ признаковъ преступленія<sup>1)</sup>),—взглядъ, встречающій на континентѣ не мало авторитетныхъ противниковъ<sup>2)</sup>).

Какъ бы то ни было, въ Англіи, для обвинительнаго вердикта, необходимо вообще согласіе въ вопросѣ о соответствіи конкретныхъ фактовъ законнымъ признакамъ преступленія обоихъ элементовъ — профессиональнаго судьи и присяжныхъ, напротивъ, для оправданія достаточно отрицательнаго рѣшенія вопроса субсумціи со стороны одного изъ этихъ элементовъ<sup>3)</sup>).

Конечно, и такое явленіе, какъ неправильное оправданіе, нельзя считать нормальнымъ, желательнымъ. Но виду сказаннаго выше, едва ли всякое несогласіе присяжныхъ съ профессиональнымъ судьей въ вопросѣ о значеніи извѣстнаго законнаго признака нужно признавать неправильнымъ съ точки зрѣнія самого законодателя. Хотя въ громадномъ большинствѣ случаевъ профессиональные судьи лучше, конечно, вѣдаютъ абстрактное значеніе законнаго признака (и это обуславливаетъ если не юридическую обязательность ихъ толкованія закона для присяжныхъ, то, во всякомъ случаѣ, громадный авторитетъ, невниманіе къ которому безъ особыхъ причинъ слѣдуетъ считать нарушеніемъ нравственной обязанности присяжныхъ); тѣмъ не менѣе мыслимы случаи, когда простой здравый смыслъ непрофессиональнаго судьи лучше, чѣмъ заурядный профессиональ-

<sup>1)</sup> Вслѣдствіе этого въ Англіи и въ Америкѣ презумируютъ, что присяжные слѣдовали правовому наставленію судьи, почему, въ случаѣ неправильности этого наставленія, допускаютъ кассадію самаго вердикта. Ср. Глазеръ, I. с., стр. 258 и др.

<sup>2)</sup> Какое, напр., Н. Meyer. (Ср. въ Handbuch Holtzendorff'a, II, стр. 188) и цитированные тамъ писатели.

<sup>3)</sup> Ср. Glaser, Anklage etc., стр. 311—312.

ный судья, угадаетъ мысль закона<sup>1)</sup> въ виду опредѣленнаго индивидуальнаго случая, въ виду толкованій этого же закона со стороны свѣдущаго въ правѣ защитника и пр., — въ особенности, если принять въ расчетъ вышеупомянутыя крайности, въ которыя впадаетъ иногда профессиональный судья, изощряясь въ придумываніи разныхъ тонкостей, формулъ для выраженія значенія законныхъ признаковъ преступленія.

Въ концѣ концовъ, присяжный судъ является высшей возможной гарантіей для подсудимаго, ибо если послѣдній терпитъ наказаніе, то это предполагаетъ согласіе въ вопросѣ о значеніи извѣстныхъ законныхъ признаковъ такихъ разнородныхъ элементовъ, какъ коронный судья и присяжные.

Резюмируя взаимныя отношенія присяжныхъ и профессиональных судей въ Англіи, можемъ сказать, что вердиктъ о виновности подсудимаго предъ закономъ есть продуктъ дѣятельности обоихъ элементовъ суда, причемъ каждый изъ участниковъ дѣлаетъ именно то, къ чему онъ наиболѣе призванъ. Профессиональный элементъ, какъ носитель абстрактнаго права, даетъ абстрактно-правовыя формулы или общіе руководящія взгляды при правовой оцѣнкѣ конкретныхъ фактовъ; эту оцѣнку, это подведеніе фактовъ подъ законные признаки преступленія производятъ (подъ контролемъ предсѣдателя и высшаго суда) присяжные, руководясь упомянутыми абстрактными, общими наставленіями судьи, причемъ, какъ не люди профессіи, рутинны, они лучше считаются съ конкретно-фактическими особенностями индивидуальнаго случая. Иногда, правда, присяжные могутъ игнорировать правовое наставленіе судьи, но и это — не всегда бѣда въ виду того, что такой образъ дѣйствій можетъ быть во 1) главнымъ образомъ въ пользу подсудимаго, а во 2) — что рутина профессиональнаго судьи сказывается и на выработкѣ искусственныхъ, часто несогласныхъ съ идеею законодателя, формулъ выражающихъ, по мнѣнію этого судьи, значеніе извѣстнаго, точно неопредѣленнаго признака преступленія. Здѣсь присяжные являются спасительнымъ коррективомъ по отношенію къ односторонней, извращенной дѣятельности профессиональныхъ судей. Одного и въ Англіи, и по здравой теоріи присяжные не дѣлаютъ — не игнорируютъ закона, ясно сформулированнаго.

<sup>1)</sup> Cp. Bar, Recht und Beweis im Geschwornengericht, стр. 43—44.

Вотъ на какихъ основаніяхъ установились въ Англіи отношенія обонхъ элементовъ суда по вопросу о виновности предъ закономъ, вотъ какова теорія миссіи присяжныхъ засѣдателей, выведенная изъ дѣйствительной жизни Глазеромъ и др. извѣстными изслѣдователями <sup>1)</sup>).

## ГЛАВА II.

### Вопросъ о миссіи присяжныхъ во Франціи.

Намъ слѣдуетъ теперь указать на положеніе этого вопроса въ законодательствѣ и литературѣ Франціи.

Еще до учрежденія суда присяжныхъ въ этой странѣ, въ сочиненіяхъ такихъ публицистовъ, какъ Монтескье, предметомъ миссіи присяжныхъ выставлялся только вопросъ факта. «Le peuple n'est pas jurisconsulte, toutes les modifications et tempéraments des arbitres ne sont pas pour lui; il faut lui présenter un seul objet, un fait et un seul fait, et qu'il n'ait qu'à voir s'il doit condamner ou absoudre» <sup>2)</sup>). То же говорилъ и Беккариа.

Та же формула призванія присяжныхъ занесена какъ въ дебаты, происходившіе въ законодательныхъ собраніяхъ, такъ и въ законодательные акты этихъ собраній. Такъ напр., въ учредительномъ собраніи (*assemblée constituante*) Lepelletier de Saint-Fargeau говорилъ, между прочимъ: «les jurés jugent de la vérité du *fait*, le tribunal applique la loi» <sup>3)</sup>). Въ конституціи 3-го Сентября 1791 г. ст. 9 гл. 5 гласитъ: «Après l'accusation admise, le *fait* sera reconnu et déclaré par des *jurés*. L'application de la loi sera faite par des *Juges*». Такое же разграниченіе призванія присяжныхъ, какъ судей факта, и профессиональных судей, какъ судей права, какъ примѣнителей закона, встрѣчается и въ послѣдующихъ конституціяхъ.

Впрочемъ, болѣе внимательное разсмотрѣніе даже только этихъ источниковъ и соображеніе объ атмосферѣ, среди которой дѣйствовалъ тогдашній законодатель, скоро приводитъ къ убѣж-

<sup>1)</sup> Сюда, напр., можно отнести извѣстнаго нѣмецкаго процессуалиста Бары; ср. его «Recht und Beweis im Geschwornengericht».

<sup>2)</sup> *Esprit des lois*, l. VI, ch. IV.

<sup>3)</sup> См. у F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 1860, vol IX, стр. 6.

денію, что въ то время во Франціи не представляли себѣ ясно значенія этой формулы, что подъ словомъ «фактъ» въ данномъ случаѣ разумѣли не только юлые, конкретные факты, но и тѣ факты, которыми пользуется законодатель при опредѣленіи понятія данного преступленія, т. е. законные признаки претупленія.

Точно также, съ другой стороны, ясно не представляли себѣ и миссія профессиональнаго элемента суда, — подъ вопросами права, подъ примѣненіемъ закона разумѣли не то, что слѣдуетъ, а нѣчто болѣе узкое<sup>1)</sup>. И дѣйствительно, если, напр., Lepelletier de Saint-Fargeau говорилъ, какъ мы видѣли выше, что присяжные рѣшаютъ о фактѣ, а коронные судьи — примѣняютъ законъ, то въ дальнѣйшихъ словахъ своихъ онъ поясняетъ, что «*cette forme exclut tout arbitraire. Toute nuance de fait est étrangère au juge; il ne connaît que le fait posé par le verdict du jury; il faut, qu'il ouvre la loi et qu'il y trouve une peine précise applicable au fait déterminé: son seul devoir est de prononcer cette peine*»<sup>2)</sup>. Точно также по конституціи 5 фруктидора III года республики «*le fait est reconnu par un jury et la peine déterminée par la loi est appliquée par les tribunaux criminels*» (ст. 226). Итакъ, предоставляя присяжнымъ рѣшеніе факта, тогда думали такимъ путемъ *исключить всякій произволъ суда*, находили возможнымъ *ограничить* задачу профессиональнаго суда чисто *механической* дѣятельностью — подысканіемъ въ кодексѣ наказанія, опредѣленнаго за дѣяніе, признанное присяжными; весь центръ тяжести уголовного приговора тогда, очевидно, переносили въ вердиктъ присяжныхъ. Да и вообще въ присяжномъ судѣ тогда видѣли палладіумъ гражданской свободы, почему, конечно, тогда шло дѣло не объ ограниченіи компетенціи присяжныхъ, не о низведеніи ихъ на степень орудія короннаго суда.

А такимъ орудіемъ короннаго суда присяжные стали бы непременно, коль скоро они ограничены дѣйствительно голыми, конкретными фактами, въ совокупности которыхъ коронный судъ воленъ усмотрѣть или нѣтъ признаки того или другаго преступленія.

<sup>1)</sup> Ср. Wahlberg, въ Gerichtssaal'а 1851 г., II, 352 и слѣд.; также Glaser, Schwurgerichtliche Erörterungen, Wien, 1875 г., стр. 21 и слѣд.

<sup>2)</sup> Hélie, l. c., стр. 5.



Такимъ образомъ, — одно изъ двухъ: или подъ словомъ «фактъ» тогда разумѣли не конкретный фактъ, а совокупность законныхъ признаковъ, входящихъ въ составъ даннаго преступленія, или заключеніе отъ конкретныхъ фактовъ къ законнымъ признакамъ преступленія считали до того легкимъ, до того само собою разумѣющимся, логически необходимымъ, что не видѣли принципиальной разницы въ томъ, будутъ ли эту субсумцію производить присяжные или профессиональный судъ.

Последнее предположеніе можно себѣ объяснить желаніемъ въ то время мыслью о томъ, что уголовный кодексъ можно такъ редактировать, чтобы устранить всякую самостоятельность судьи по толкованію законовъ, что можно сочинить такіе уголовные законы, которые устраняли бы всякій судейскій произволъ, которые обращали бы судью въ машину, принимающую къ извѣстнымъ фактамъ указанное въ законѣ наказаніе. Но и первое предположеніе имѣетъ за собою довольно большое вѣроятіе, какъ увидимъ изъ дальнѣйшаго. Во всякомъ случаѣ ясно, что тогда господствовала путаница понятій по этому предмету, ясно и то, что еслибы тогдашнему законодателю разъяснили всю разницу между признаніемъ за присяжными права судить только о голомъ, конкретномъ фактѣ или и о его соответствіи законнымъ признакамъ преступленія, то трудно предположить, чтобы тогдашній, мечтавшій объ ограниченіи судейскаго произвола законодатель могъ согласиться на ограниченіе присяжныхъ такой узкой компетенціей<sup>1)</sup>. Во всякомъ случаѣ ясно, что при обоихъ предположеніяхъ присяжныхъ не хотѣли въ принципѣ ограничить дѣйствительно конкретными фактами, что желаніе ограничить компетенцію относилось къ профессиональному элементу, который долженъ былъ только опредѣлить наказаніе. Что касается до текста уголовныхъ законовъ, то они не даютъ ключа къ разрѣшенію вопроса, какъ слѣдуетъ понимать предоставленный присяжнымъ вопросъ факта. Въ частности ничего въ этомъ отношеніи опредѣлительнаго нельзя вывести изъ текста относящихся сюда постановленій кодекса

<sup>1)</sup> Ср. Гуго Мейеръ, цитир. сочин. въ переводѣ Таганцева, стр. 38—39.

3 брюмера IV года<sup>1)</sup>. Въ виду этого, а также, принимая въ расчетъ указанную выше обстановку, среди которой возникъ судъ присяжныхъ во Франціи, нельзя сказать, чтобы даже этотъ кодексъ, дробившій вопросы, предлагаемые присяжнымъ, стоялъ категорически за ограниченіе ихъ чисто конкретными фактами. Вотъ почему слѣдуетъ согласиться со взглядомъ Бургиньона, который не видѣлъ въ законодательствѣ, предшествующемъ кодексу 1808 г., стремленія ограничить присяжныхъ голыми фактами именно потому, что въ такомъ случаѣ дѣйствительными хозяевами дѣла были бы не присяжные, а коронные судьи, что, при такомъ порядкѣ, ни общество, ни отдѣльныя лица не найдутъ въ присяжныхъ той гарантіи, которая имѣлась въ виду при введеніи этого института<sup>2)</sup>. Къ этому взгляду склоняется и Г. Мейеръ, указывая на то, что во время составленія этого уложенія (IV года) не хотѣли намѣренно допустить при устройствѣ института присяжныхъ ничего существенно отличающагося отъ англійскаго образца; ограниченіе же присяжныхъ областью конкретного факта было бы такимъ отступленіемъ, отличіемъ.<sup>3)</sup> Г. Мейеръ, впрочемъ, сейчасъ же дѣлаетъ оговорку, что вообще франц. законодатель не имѣлъ яснаго представленія о различіи этихъ двухъ различныхъ системъ. Посмотримъ теперь, какъ относится къ интересующему насъ вопросу дѣйствующій кодексъ уголовного судопроизводства—code d'instruction criminelle 1808 г. Начнемъ съ текста относящихся сюда постановленій. Ст. 337 этого кодекса говоритъ: «вопросъ, выте-

<sup>1)</sup> Текстъ 374 ст. этого кодекса слѣдующій: la première question tend essentiellement à savoir si le fait qui forme l'objet de l'accusation est constant ou non; la seconde, si l'accusé est ou non convaincu de l'avoir commis ou d'y avoir coopéré; viennent ensuite les questions qui, sur la moralité des faits et le plus ou moins de gravité du délit résultent de l'acte d'accusation, de la défense de l'accusé ou du débat.—Здѣсь, какъ и въ другихъ мѣстахъ закона, правда, говорится о фактѣ, но что такое фактъ, нигдѣ не поясняется.

<sup>2)</sup> Ср. цитированное у г. Мейера (I. с. стр. 44, пр. 7) сочиненіе Бургиньона «Mémoire qui a remporté le prix sur cette question proposée par l'institut national: quels sont les moyens de perfectionner en France l'institution du jury» (A Paris, an X, стр. 76, 77), котораго у насъ подъ рукою не было.

<sup>3)</sup> Г. Мейеръ, I. с., стр. 46.

кающій изъ обвинительнаго акта, ставится въ слѣдующихъ выраженіяхъ: виновенъ ли подсудимый въ совершеніи такого-то убійства, такой-то кражи или такого-то другого преступленія со всѣми обстоятельствами, содержащимися въ резюмѣ обвинительнаго акта.» Даже отъ французскихъ сторонниковъ теоріи разграниченія факта и права не укрылось то, что редакція этой статьи кодекса не благопріятна ограниченію присяжныхъ чисто-конкретнымъ фактомъ, ибо присяжныхъ по этой статьѣ спрашиваютъ не о совершеніи подсудимымъ извѣстныхъ конкретныхъ фактовъ, а о томъ, *виновенъ ли онъ въ такомъ-то преступленіи*, ибо для рѣшенія этого вопроса присяжные должны произвести субсумцію конкретныхъ фактовъ подъ законное понятіе даннаго преступленія, должны квалифицировать эти конкретные факты. И такое заключеніе тѣмъ естественнѣе, что формула вопроса, предписанная въ 337 ст., какъ признають и французскіе юристы, вовсе не случайно прокралась въ эту статью, а напротивъ она встрѣчается и во многихъ другихъ статьяхъ (Ср. статьи 241, 338, 342, 345)<sup>1)</sup>.

Несмотря, однако, на такія правильныя соображенія, эти же французскіе писатели все-таки стоятъ на почвѣ теоріи ограниченія присяжныхъ областью конкретнаго факта. Для обоснованія такого утвержденія они пользуются слѣдующими аргументами. Прежде всего ссылаются на ту атмосферу, на тотъ законный порядокъ, среди котораго появился Code d'instruction criminelle, — на законодательство, предшествующее 1808 году. Говорятъ, что если это предшествующее кодексу 1808 г. законодательство предоставило фактъ присяжнымъ, а право—судьямъ короннымъ, то не умѣстно ли думать, что кодексъ 1808 г. не сдѣлалъ ничего иного, какъ продолжилъ, санкціонировалъ такое разграниченіе миссіи обоихъ элементовъ уголовного суда? Если бы, разсуждаютъ, кодексъ 1808 г. хотѣлъ уклониться отъ пути, начертаннаго прежнимъ законодательствомъ, то не было ли бы это прямо оговорено, какъ въ мотивахъ, такъ и въ самомъ текстѣ новаго закона? Когда, продолжаютъ защитники теоріи факта, законодатель предполагаетъ санкціонировать новую теорію, отвергнуть существующее правило, то не долженъ

<sup>1)</sup> См. F. Hélie, l. c., т. IX, стр. 10.

ли онъ это сдѣлать *explicite*, открыто, въ самыхъ ясныхъ и категорическихъ терминахъ ?<sup>1)</sup> Разсужденіе это было бы справедливо, если бы вѣрно было исходное положеніе, если бы предшествующее кодексу 1808 г. законодательство дѣйствительно ограничивало присяжныхъ областью конкретнаго факта. Мы, однако видѣли, что этого категорически сказать нельзя; напротивъ, если принять въ разсчетъ господствовавшій тогда взглядъ на присяжныхъ, какъ на оплотъ гражданской свободы, то прійдемъ къ совершенно противоположному. Эли и ранѣе его другіе писатели, въ подтвержденіе своего взгляда, ссылаются еще на статьи 363, 364, 365, 342 кодекса 1808 г. Но ссылка эта, какъ показалъ еще Кревель, неубѣдительна. Въ самомъ дѣлѣ, хотя изъ первыхъ трехъ статей видно, что могутъ быть случаи, когда, несмотря на обвинительный вердиктъ присяжныхъ, можетъ еще идти рѣчь о незапрещенности признанныхъ присяжными фактовъ съ точки зрѣнія закона, тѣмъ не менѣе эти случаи могутъ быть, безъ противорѣчія съ 337 ст., объяснены и тѣмъ, что присяжные вопросъ, имъ предложенный, рѣшатъ хотя утвердительно, но съ ограниченіемъ,—скажутъ: да, виновенъ, но безъ такихъ-то обстоятельствъ, предусмотрѣнныхъ въ вопросѣ. Если затѣмъ, по выключеніи этихъ отвергнутыхъ обстоятельствъ, остальное содержаніе вопроса не исчерпываетъ понятія даннаго и вообще какого бы то ни было преступленія, то коронному суду ничего не остается, какъ признать подсудимаго оправданнымъ, хотя бы неотвергнутая присяжными часть вопроса заключала и не конкретныя обстоятельства только, а законныя признаки преступленія въ неполномъ ихъ числѣ<sup>2)</sup>. Точно также ничего не доказываетъ и ссылка на 342 ст. Здѣсь приводится инструкція, которую старшина присяжныхъ читаетъ послѣднимъ въ совѣщательной комнатѣ, и въ которой указаны обязанности, миссія присяжныхъ. Эта инструкція заключается словами: «.... Ихъ (т. е. присяжныхъ) миссія не имѣетъ своимъ предметомъ ни преслѣдованія, ни наказанія преступленій; они призваны только, чтобы рѣшить — *виновенъ ли или нѣтъ под-*

<sup>1)</sup> См. разсужденіе такого рода у Hélie, l. c, стр. 11—12.

<sup>2)</sup> Ср. ст. Кревеля (Krävel) въ Archiv's des Criminalrechts, 1854 г., стр. 412—413.

судимый *от преступленія, которое ему приписываютъ.* Какъ справедливо указалъ еще Крезель, эти слова инструкціи не только не противорѣчатъ 337 статьѣ, но совершенно съ нею совпадаютъ <sup>1)</sup>

Также неосновательны и общія разсужденія, что ничего болѣе конкретнаго факта и нельзя предоставлять присяжнымъ, такъ какъ противное значило бы отъ людей, несвѣдущихъ въ правѣ, требовать примѣненія правовыхъ нормъ <sup>2)</sup>. Мы видѣли, что этотъ аргументъ опровергается дѣйствительностью, опровергается тѣмъ, что происходитъ на родинѣ суда присяжныхъ— въ Англіи. Мало того, мы увидимъ даже, что этимъ соображеніемъ не соответствуетъ и не соответствовала и сама французская практика. Въ самомъ дѣлѣ, не говоря уже о томъ, что въ вопросѣ присяжнымъ непременно должно фигурировать ничѣмъ не замѣнимое слово «виновенъ» <sup>3)</sup>, не говоря, далѣе, о непремѣнномъ включеніи въ вопросы всѣхъ *законныхъ* признаковъ, изъ которыхъ слагаются понятія о покушеніи и участіи въ преступленіи, и именно въ тѣхъ выраженіяхъ, какими обозначены эти признаки въ уголовномъ кодексѣ <sup>4)</sup>, — не говоря объ этомъ, повторяю, въ вопросы присяжнымъ включаются законные признаки *особаго* состава преступленія и опять таки въ *выраженіяхъ закона* <sup>5)</sup>. Любопытно, что и эти элементы вопросовъ, и эти законные признаки преступленія считаются французскими юристами *фактами* <sup>6)</sup>, какъ будто бы всякій фактъ, который попалъ въ диспозитивную часть уголовно-правовой нормы не есть eo ipso уже законное, правовое понятіе. Были даже примѣры, что въ вопросы присяжнымъ включалось *цѣлое* понятіе преступленія въ его *законномъ названіи* и безъ его законнаго опредѣленія. Спрашивали, напр., о виновности въ кражѣ (vol),

<sup>1)</sup> ib., стр. 412.

<sup>2)</sup> Ср. Hélie, l. c., стр. 14.

<sup>3)</sup> Hélie, l. c., стр. 73.

<sup>4)</sup> ib., стр. 81 и слѣд.

<sup>5)</sup> Хотя замѣна законнаго выраженія другимъ не всегда опровергаетъ вопросъ. Ср. Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, v. Instr. crim., n. 2751.

<sup>6)</sup> Ср. Trébutien, Cours élémentaire de droit criminel, 1854, т. II. стр. 425 и сл.

не замѣняя этого выраженія даже законнымъ его опредѣленіемъ (*soustraction frauduleuse de la chose d'autrui*) <sup>1)</sup>. Точно то же случалось и съ тѣми законными признаками преступленія, которые, въ свою очередь, имѣютъ свое опредѣленіе въ законѣ. Впрочемъ, такая система не находитъ одобренія ни среди писателей, ни въ кассационной практикѣ; <sup>2)</sup> рекомендуется включать въ вопросы не сложные правовыя понятія, а ихъ законныя опредѣленія.

Только для *весьма немногихъ* законныхъ признаковъ преступленія сдѣлано отступленіе въ томъ смыслѣ, что въ вопросы присяжнымъ должны включаться не эти признаки, а соответствующіе имъ конкретные факты. Сюда относятся, при обвиненіи въ *attentat à la pudeur* и *viol*, законный признакъ «*autorité*» (авторитетъ, власть), усиливающей отвѣтственность; далѣе, въ преступленіи подлога (*faux*) — законные признаки, квалифицирующие поддѣланный документъ, какъ *écriture authentique* или *de commerce* и нѣкоторые другіе законные признаки <sup>3)</sup>. Прежде къ этимъ признакамъ относили, при обвиненіяхъ въ поддѣлкѣ монеты, вопросъ о томъ, имѣла ли данная монета законный курсъ во Франціи. Но уже рѣшеніемъ кассационнаго суда 1850 г. 11 Янв. и этотъ законный признакъ отнесенъ къ числу вопросовъ, подлежащихъ рѣшенію присяжныхъ <sup>4)</sup>. Кассационнымъ судомъ высказано даже положеніе, что если фактъ и его правовая квалификація такъ неразрывно связаны, что изъять изъ вѣдѣнія присяжныхъ послѣднюю можно только при посредствѣ устраненія присяжныхъ отъ обсужденія нѣкоторыхъ чисто фактическихъ вопросовъ, то тогда слѣдуетъ предоставить присяжнымъ и квалификацію <sup>5)</sup>. Если сообразить все предыдущее, если принять въ расчетъ, какъ рѣдко законный признакъ можетъ быть замѣненъ чисто конкретными фактами, притомъ такъ, чтобъ коронному суду, безъ дополненія признанныхъ присяжными фактовъ другими неуловимыми конкретными обстоятель-

<sup>1)</sup> Hélie, I. c. стр. 70.

<sup>2)</sup> Hélie, I c.

<sup>3)</sup> Hélie, I. c., стр. 117 и сл.; ср. Г. Мейеръ, I. c., стр. 62.

<sup>4)</sup> Hélie, I. c. стр. 121.

<sup>5)</sup> ib, 122—123.

ствами, можно было бы признать соответствующий законный признак реализовавшимся, то легко понять, почему так рѣдкий на практикѣ случаи замѣны законныхъ признаковъ конкретными фактами по крайней мѣрѣ во всѣхъ случаяхъ, когда то или другое содержаніе вопроса имѣетъ существенное значеніе.

Итакъ, и законъ, и, въ дѣйствительности, практика французская предоставляютъ присяжнымъ рѣшать не только о голыхъ конкретныхъ фактахъ, но и о ихъ соответствіи законнымъ признакамъ преступленія. Такое пониманіе закона одобряютъ и новѣйшіе ученые французскіе <sup>1)</sup>.

### ГЛАВА III.

#### Миссія присяжныхъ въ Германіи и Австріи.

Намъ теперь остается рассмотреть положеніе этого вопроса въ Германіи и Австріи. Въ Германіи уже вскорѣ послѣ совершившейся въ срединѣ настоящаго столѣтія реформы уголовного процесса поняли, что теорія ограниченія присяжныхъ конкретнымъ фактомъ не только не вѣрна въ принципѣ<sup>2)</sup>, не только не согласна съ идеей института, но и не вытекаетъ изъ точнаго смысла положительнаго законодательства. Такъ невѣрность этого взгляда въ принципѣ оспаривали еще Цахаріе въ 1850 г. <sup>3)</sup>, Вальбергъ въ 1851 г. <sup>4)</sup>, Кревель въ 1854 г. <sup>5)</sup> и др. По вопросу

<sup>1)</sup> Вотъ что, напр., говорятъ по этому поводу профессоръ Garraud, Précis de droit criminel, Paris, 1881 г., стр. 791, п. 1193: «En résumé, dans le système de notre législation, nous croyons, qu'il appartient au jury de décider les questions de fait ou de droit, qui se rattachent soit aux éléments constitutifs du crime, soit a des circonstances atténuantes ou aggravantes légales».

<sup>2)</sup> Только одинъ нѣмецкій ученый стоитъ за цѣлесообразность и возможность ограниченія присяжныхъ фактомъ — Rubo, см. въ Verhandlungen des 13 Juristentages, Bd. II, стр. 183—186.

<sup>3)</sup> Das öffentlich — mündliche Verfahren in Königreich Hannover.

<sup>4)</sup> Въ статьѣ подъ названіемъ «die Geschwornenbank und der Gerichtshof, mit besonderer Rücksicht auf die Fragestellung, помѣщ. въ Gerichtssaal'ъ, 1851 г., II, стр. 343 и слѣд.

<sup>5)</sup> Въ статьѣ, подъ названіемъ «Beiträge zur zweckmässigsten Einrichtung der Schwurgerichte insbesondere in wiefern die That- und Rechtsfrage

о несоответствіи этого взгляда съ постановленіями партикулярныхъ нѣмецкихъ уголовно-процессуальныхъ законодательствъ писали, между прочимъ, Планкъ въ 1857 г.<sup>1)</sup> и специально Гуго Мейеръ въ 1860 г.<sup>2)</sup>, также Глазеръ въ 1862 г.<sup>3)</sup> и др. Согласно этимъ изслѣдованіямъ только-что названныхъ процессуалистовъ, особенно Планка и Г. Мейера, въ нѣмецкой литературѣ давно уже признано, что всѣ партикулярныя нѣмецкія законодательства 1848 и сл. годовъ, за исключеніемъ только кургессенскаго закона 31 Окт. 1848 г., считаютъ присяжныхъ компетентными въ вопросѣ о соответствіи конкретныхъ фактовъ *законнымъ* признакамъ преступленія<sup>4)</sup>.

При этомъ, какъ на аргументы въ пользу такого положенія, ссылались, при неопредѣлительности законныхъ опредѣленій, на общую идею, ради которой учреждали институтъ присяжныхъ въ Германіи. Если, основательно говорили, общественное мнѣніе настоятельно требовало въ 1848 г. введенія суда присяжныхъ, то ужь, конечно, не для того, чтобы присяжные были «пробными камнями представленнаго доказательства» (*Probirsteine eines geführten Beweises*), не для того только, чтобы они рѣшали — совершилъ ли подсудимый то или другое, а для того, чтобы присяжные устанавливали *вину* подсудимаго. Для этого же необходимо рѣшить, заключается ли въ дѣяніи подсудимаго преступленіе<sup>5)</sup>. «Безспорно, говорилъ другой изслѣдователь, что въ то время желали ввести въ уголовное правосудіе такого рода институтъ, по которому обсужденіе дѣйствительной вины подсудимаго, его ответственности передъ закономъ, было бы предоставлено народу»<sup>6)</sup>.

По отношенію къ нѣкоторымъ изъ этихъ партикулярныхъ

---

scharf getrennt werden kann» въ «Archiv's des Criminalrechts, 1854 г., стр. 403 и слѣд.

<sup>1)</sup> Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens, стр. 390—441, въ особенности § 140.

<sup>2)</sup> Цитированное сочиненіе въ переводѣ проф. Таганцева.

<sup>3)</sup> Fragenstellung im Schwurgerichtsverfahren, лекціи, перепечатанныя въ соч. Schwurgerichtliche Erörterungen, 1875 г., Wien, стр. 36 и слѣд.

<sup>4)</sup> Cp. Bar, Recht und Beweis im Geschwornengericht, Hannover, 1865 г., стр. 23.

<sup>5)</sup> Plank, Syst. Darst., стр. 404.

<sup>6)</sup> Мейеръ, l. c., стр. 87.



законодательствъ пользовались и другими аргументами, имѣющими свою основу въ текстѣ закона. Такъ напр., по отношенію къ прусской «Verordnung vom 3 Januar 1849 г. über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen», при нѣкоторой неопредѣлительности § 101, указывающаго на содержаніе вопросовъ присяжнымъ, ссылались на § 97 <sup>1)</sup>, опредѣлявшій существо обязанностей присяжныхъ, которыми они принимали на себя, подтверждая это присягой. Здѣсь ссылались на то мѣсто параграфа, гдѣ присяжные увѣщиваются постановить добросовѣстное рѣшеніе *между подсудимымъ и закономъ, доставить силу и значеніе которому и призваны присяжные* <sup>2)</sup>).

По отношенію къ Ганноверскому уставу 8 Ноября 1850 г. приводили слѣд. соображеніе изъ текста закона: по § 188 главный вопросъ присяжнымъ долженъ былъ по возможности держиваться обвинительной формулы (Anklageformel), заключающейся въ опредѣленіи о преданіи суду (Verweisungsurtheil); по 124 же § эта обвинительная формула должна была, кромѣ дѣянія подсудимаго и времени и мѣста его совершенія, заключать въ себѣ всѣ существенные для понятія преступленія признаки. Слѣдовательно, и въ вопросѣ присяжнымъ должны заключаться эти существенныя признаки преступленія <sup>3)</sup>. Еще болѣе категорично выражаются мотивы къ ганноверскому уставу, и именно слѣдующее, приведенное Г. Мейеромъ мѣсто: «Если не хотѣть допустить ограниченія дѣятельности присяжныхъ, которое противорѣчило бы самому духу этого института, то неминуемо должно предоставить имъ и *разрѣшеніе правовыхъ послѣдствій* . . . » <sup>4)</sup>.

По отношенію къ Баварскому закону также приводили мотивы къ закону 10 Ноября 1848 года, гдѣ, между прочимъ, говорится: «Не достаточно допустить въ вопросы (присяжнымъ) простое юридическое обозначеніе дѣянія, равно какъ не доста-

<sup>1)</sup> Мейеръ, I. с., стр. 91.

<sup>2)</sup> ib.

<sup>3)</sup> См. Г. Мейеръ, стр. 99 и слѣд. Подобное же соображеніе, хотя съ меньшей категоричностью сообразно меньшей опредѣлительности самаго закона, приводилось и по отношенію къ прусскому законодательству; ср. Мейеръ, стр. 90.

<sup>4)</sup> ib., стр. 101.

точно разложить вопросъ о виновности на отдѣльные фактическія отношенія, не указавъ въ то же время законныхъ признаковъ преступленія. Въ первомъ случаѣ мы не можемъ имѣть никакого вполнѣ убѣдительнаго представленія о томъ, правильно ли подвели присяжные данный фактъ подъ законъ, а во второмъ, напротивъ того, это подведеніе было бы предоставлено судѣ...<sup>1)</sup>.

Впрочемъ, независимо отъ мотивовъ, и текстъ постановленій баварскаго закона болѣе опредѣлительнъ, чѣмъ прусскій и ганноверскій. Ст. 173 говоритъ: «Die Hauptfrage wird dahin gerichtet, ob sich der Angeklagte des Verbrechens, welches den Gegenstand der Anklage bildet, *schuldig* gemacht habe. Hierbei sind alle wesentlichen thatsächlichen Beziehungen, wie solche in der Anklageschrift enthalten sind, oder sich bei der Verhandlung herausgestellt haben, in die Frage mit aufzunehmen». А § 171 вмѣняетъ въ обязанность предсѣдателя разъясненіе признаковъ, которыхъ законъ требуетъ для состава нарушенія, составляющаго предметъ обвиненія.

Категоричнѣе и опредѣлительнѣе всего выражается брауншвейгскій уставъ угол. судопр. 22 Августа 1849 г., § 140 котораго предписываетъ: «Главный вопросъ долженъ идти о томъ, виновенъ ли подсудимый? При этомъ приводится *преступленіе по его законнымъ признакамъ*, съ присоединеніемъ мѣста и времени совершенія».

Однимъ словомъ, только Кургессенское законодательство (Gesetz von 31 October 1848, die Umbildung des Strafverfahrens betreffend) должно быть истолковано въ смыслѣ ограниченія присяжныхъ конкретнымъ фактомъ. § 318 этого закона гласитъ, что вопросы «должны быть направлены на *факты*; если же, однако, дѣло идетъ о проступкѣ обиды (Beleidigung), то присяжные должны точно также рѣшить о томъ, заключается ли таковая (т. е. обида) въ выраженіяхъ или дѣйствіяхъ, которыя составляютъ предметъ обвиненія». Какъ изъ подчеркнутаго слова, такъ и потому, что подведеніе конкретныхъ фактовъ подъ законное понятіе оговорено, какъ исключеніе изъ общаго правила, видна ясно миссія присяжныхъ по кургессенскому закону<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Мейеръ; стр. 105.

<sup>2)</sup> Ср. Г. Мейеръ въ русскомъ переводѣ, стр. 134 — 135. Здѣсь, впрочемъ,

Замѣтимъ,—и это замѣчаніе имѣетъ значеніе для предстоящаго изслѣдованія русскаго права по этому предмету,— что отъ вышеуказаннаго толкованія нѣмецкихъ законодательствъ по вопросу о миссіи прионжныхъ изслѣдователей не удерживало то обстоятельство, что въ нѣкоторыхъ уставахъ содержится правило, аналогичное постановленію нашей 760 ст. уст. уг. суд.,— правило о замѣнѣ непопулярныхъ или спорныхъ правовыхъ понятій другими выраженіями.

Вотъ текстъ этихъ постановленій въ переводѣ. § 82 прусскаго закона 3 мая 1852 г.: «При обозначеніи существенныхъ признаковъ наказуемаго дѣянія, правовыя понятія, которыя не имѣютъ общезвѣстнаго или въ данномъ случаѣ безспорнаго значенія, должны быть, насколько возможно, замѣняемы такими равнозначущими выраженіями, для пониманія которыхъ не нужны свѣдѣнія въ правѣ». Отчасти уже процитированный выше § 188 ганноверскаго уст. уг. судопр. говоритъ: «При этомъ тѣ признаки преступленія, которые заключаютъ правовое понятіе, должны быть, по возможности, приводимы къ соответствующему фактическому отношенію (sind... auf das entsprechende thatsächliche Verhältniss zurückzuführen). Постановленія, подобныя ганноверскому, заключаются въ Ольденбургскомъ уставѣ уголовного судопроизводства 1857 г. и въ Вюртембергскомъ проектѣ 1863 г.

Изъ приведенныхъ постановленій правило прусскаго закона категорически истолковывалось не въ смыслѣ *замѣны* законныхъ признаковъ *конкретными фактами*, не въ смыслѣ т. н. *Ersetzung der Rechtsbegriffe*, а въ смыслѣ т. н. *Umschreibung*, замѣны законныхъ признаковъ *общими синонимическими выраженіями*, не принимая въ расчетъ конкретнаго случая. Такое толкованіе прусскаго закона рекомендовалось не только учеными<sup>1)</sup>, но и напр. прусскимъ министромъ юстиціи въ его рескриптѣ отъ 29 марта 1853 г.<sup>2)</sup>,

---

не совсѣмъ точно передана статья 318 кургессенскаго закона. Именно: вмѣсто союза «однако» (jedoch) въ русскомъ переводѣ стоятъ «а потому», вслѣдствіе чего постановка вопроса при оскорбленіи въ русскомъ переводѣ является не исключеніемъ, а какъ бы случай примѣненія общаго правила, что, конечно, не вѣрно.

<sup>1)</sup> Ср. Bar, Recht und Beweis, стр. 27.

<sup>2)</sup> ib., въ прик. 14.

Точно также цитированное постановленіе ганноверскаго закона не мѣшало изслѣдователямъ при выводѣ положенія, что ганноверское право стоитъ за компетентность присяжныхъ въ подведеніи конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки преступленія<sup>1)</sup>. По мнѣнію Г. Мейера, не вели категорически къ замѣнѣ законныхъ признаковъ конкретными фактами и постановленія Ольденбургскаго устава<sup>2)</sup>.

Какъ бы то ни было, однако, а эти постановленія не только *in concreto*, на практикѣ вели въ замѣнѣ законныхъ признаковъ конкретными фактами, но и въ принципѣ толковались такъ судами. Вообще, хотя, какъ справедливо замѣчаетъ Баръ, эти постановленія о замѣнѣ правовыхъ понятій имѣли въ своемъ корнѣ здравую идею, но не только приносили мало пользы, а даже вредили. Эта здравая мысль состояла въ томъ, что хотя присяжнымъ и предоставлено подведеніе конкретныхъ фактовъ подъ правовыя понятія, подъ законные признаки преступленія, тѣмъ не менѣе въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда рѣчь идетъ о примѣненіи трудныхъ или спорныхъ правовыхъ понятій, необходимо обезпечить за короннымъ элементомъ суда, а также за кассационнымъ судомъ, *контроль* надъ рѣшеніемъ этихъ вопросовъ со стороны присяжныхъ, какъ этотъ контроль имѣетъ имѣетъ мѣсто и надъ рѣшеніемъ вопросовъ, предоставленныхъ вѣдѣнію коронныхъ судей. Однимъ словомъ, необходимо въ интересахъ подсудимаго установить подобное тому, что, какъ мы видѣли, имѣетъ мѣсто въ Англіи. Вопросъ только въ томъ, какъ это осуществить, какъ сдѣлать, чтобы это былъ только контроль, а не изъятіе вовсе изъ вѣдѣнія присяжныхъ того, что по изложенной выше теоріи<sup>3)</sup>, составляетъ предметъ ихъ призванія. Очевидно, что способъ, предложенный вышецитированными нѣмецкими партикулярными законодательствами, не цѣлесообразенъ, какъ ни понимать *замѣну* правовыхъ понятій.

Въ самомъ дѣлѣ, если замѣнять законные признаки конкретными фактами (т. е. *Ersetzung der Rechtsbegriffe*), то присяжные лишены вовсе возможности судить о соответствіи этихъ конкретныхъ фактовъ замѣненнымъ законнымъ признакамъ,—

<sup>1)</sup> Ср. Г. Мейеръ, I. с., стр. 99 и слѣд.

<sup>2)</sup> Ср. Н. Meyer, въ *Handbuch des deutschen Strafprocessrechts*, изд. Гольцендорфа, II, стр. 151, пр. 17.

<sup>3)</sup> См. выше, по поводу англійскаго права.

рѣшеніе этого вопроса какъ въ положительномъ, такъ и въ отрицательномъ смыслѣ, предоставляется короннымъ судьямъ, присяжные же обращаются въ «*Probirsteine des Beweises*». Какъ справедливо замѣтилъ еще въ началѣ нынѣшняго столѣтія Фейербахъ, при такой практикѣ судъ присяжныхъ обращается въ простую забаву, которая отъ другихъ игрушекъ только тѣмъ отличается, что для смѣха она слишкомъ серьезна<sup>1)</sup>).

Мало того, при такомъ способѣ постановки вопросовъ, изъ вѣдѣнія присяжныхъ изымается даже то, что никто не думалъ до сихъ поръ отъ нихъ отнимать,—рѣшеніе обо всѣхъ конкретныхъ, историческихъ фактахъ, въ которыхъ реализуется общій и особый законный составъ преступленія.

Причина этого послѣдняго явленія заключается въ томъ, что, какъ мы уже старались показать при разсмотрѣніи англійскаго права, конкретный фактъ и право чаще всего не могутъ быть такъ рѣзко разграничены, чтобы присяжные рѣшали только о первомъ, а судьи—только о второмъ. Выражаясь конкретнѣе въ вопросы присяжнымъ очень часто нѣтъ возможности включать всѣ конкретныя подробности той обстановки, при которой извѣстные, болѣе выдающіеся конкретные факты дѣйствительно соответствуютъ данному, замѣненному законному признаку преступленія. Такимъ образомъ, при такой замѣнѣ законныхъ признаковъ болѣе выдающимися конкретными фактами приходится по неволѣ возлагать на коронный судъ не только субсумцію этихъ конкретныхъ фактовъ подъ законный признакъ, но и рѣшеніе, хотя и молчаливое, подразумеваемое, о бытіи или небытіи въ дѣлѣ такихъ мелкихъ, невыразимыхъ конкретныхъ фактовъ, которые имѣютъ рѣшительное значеніе въ вопросѣ о субсумціи. Другими словами: профессиональный судъ становится рѣшителемъ не только правовыхъ, но и конкретно-фактическихъ вопросовъ.

Но и другой способъ замѣны законныхъ терминовъ, законныхъ признаковъ,—тотъ способъ, который нѣмцы называютъ *Umschreibung der Rechtsbegriffe*, нецѣлесообразенъ. Во первыхъ, какъ бы мы ни старались передать законный терминъ въ одномъ или даже многихъ словахъ, все-таки часто трудно избѣгнуть неточности, а во вторыхъ, часто такое описаніе законнаго тер-

<sup>1)</sup> См. *Betrachtungen über das Geschwornen—Gericht*, 1813 г., стр. 170.

мина въ другихъ выраженіяхъ только потому вѣрно, что предполагается извѣстную конкретную обстановку даннаго дѣла. Между тѣмъ самая эта обстановка, при которой извѣстные общеупотребительныя абстрактныя выраженія могутъ приниматься за равнозначущія съ законными терминами,—самая эта конкретная обстановка, повторяю, можетъ представляться одному лицу въ одномъ, другому—въ другомъ видѣ. Такимъ образомъ, судъ, редактирующій вопросы въ общеупотребительныхъ выраженіяхъ, въ виду извѣстной конкретной обстановки, которая, можетъ быть, присяжнымъ представляется въ другомъ видѣ, *tacite*, молчаливо, *дополняетъ* вердиктъ присяжныхъ имъ самостоятельно признанными конкретными *фактами*, презумируя именно ту конкретную обстановку, при которой только и можно признать тождество смысла законныхъ выраженій съ выраженіями, употребленными судомъ,—другими словами: судъ въ этомъ случаѣ вторгается въ область факта, составляющую *исключительное* призваніе присяжныхъ<sup>1)</sup>.

Мало того, могутъ быть случаи, когда присяжные, исходя изъ совершенно другаго взгляда на конкретную обрисовку даннаго дѣла, чѣмъ та, въ виду которой судъ ставилъ вопросы и замѣнялъ извѣстные законные признаки другими общими выраженіями, поймутъ эти замѣняющія выраженія *въ другомъ смыслѣ*, недопускаящемъ отождествленія ихъ съ замѣненными словами, и судъ построить свой приговоръ на вердиктъ присяжныхъ, утверждающемъ *не то*, что желаетъ на немъ видѣть судъ. Могутъ, такимъ образомъ, быть случаи, когда подсудимый потерпитъ наказаніе только по недоразумѣнію<sup>2)</sup>.

Остается, такимъ образомъ, третій способъ контроля—*сопоставленіе* въ вопросахъ присяжнымъ спорнаго или непопулярнаго правоваго понятія съ соответствующими ему конкретными фактами. Это—то, что въ нѣмецкой литературѣ извѣстно подъ именемъ *спеціализированія* (*Spezialisirung*)<sup>3)</sup>. Только этотъ спо-

<sup>1)</sup> Ср. Баръ, *Recht und Beweis*, стр. 28 и слѣд.

<sup>2)</sup> *ib.* стр. 27 и слѣд.

<sup>3)</sup> Спеціализированіе съ цѣлью контроля надъ субсумціей слѣдуетъ отличать отъ включенія въ вопросы присяжнымъ конкретныхъ фактовъ съ другими цѣлями, и именно съ цѣлью *индивидуализированія* (отличія даннаго преступнаго дѣянія отъ всякаго другаго подобнаго же преступленія), дабы съ цѣлью дать подсудимому возможность организовать свою *защиту* и проч.

собою, съ одной стороны, не изъѣмлетъ вовсе изъ вѣдѣнія присяжныхъ субсумція конкретных фактовъ подъ законныя признаки преступленія, а съ другой—обеспечиваетъ контроль какъ профессиональнаго элемента суда, такъ и кассационной инстанціи. Правда, какъ мы уже указывали на это при разсмотрѣніи англійскаго права, этотъ контроль можетъ быть осуществленъ только въ интересахъ подсудимаго. Однако, и это уже очень важно. Кромѣ того, едвали съ точки зрѣнія идеи привлеченія непрофессиональнаго элемента къ участию въ уголовной юстиціи (см. выше, при разсмотрѣніи англійскаго права) и желательно, чтобы, несмотря на непризнаніе присяжными соответствія данныхъ конкретных фактовъ законнымъ признакамъ извѣстнаго преступленія, профессиональный элементъ суда могъ все-таки признать подсудимаго виновнымъ.

Обращаясь къ ближайшему обсужденію этого третьяго способа контроля надъ присяжными по субсумціи, мы должны отмѣтить слѣдующее различіе въ подробностяхъ. Нѣкоторые изъ исследователей, напр. Планкъ, хотя и рекомендуютъ сопоставленіе законныхъ признаковъ съ соответствующими конкретными фактами, но единственно въ видахъ руководства, указанія для присяжныхъ, которые, несмотря на непризнаніе этихъ конкретных фактовъ, могутъ усмотрѣть реализацію законныхъ признаковъ въ другихъ ими констатированныхъ конкретных фактахъ, что они могутъ выразить, давая утвердительный отвѣтъ на вопросы съ оговоркой, отрицающей доказанность извѣстныхъ приведенныхъ въ вопросѣ конкретных фактовъ и ставящей на мѣсто этихъ фактовъ—другіе<sup>1)</sup>

При этомъ Планкъ вовсе не требуетъ, чтобы такое сопоставленіе было производимо непремѣнно для всякаго законнаго признака, какъ потому, что это часто почти невозможно, такъ и потому, что часто это и ненужно. Во многомъ съ Планкомъ согласенъ и Глазеръ. И онъ, рекомендуя въ сомнительныхъ случаяхъ, (именно—когда можно опасаться ошибки присяжныхъ

---

Всѣ эти цѣли требуютъ присоединенія къ законнымъ признакамъ преступленія и такихъ конкретных фактовъ, въ которыхъ не реализуется ни одинъ законный признакъ преступленія. О специализированіи въ этомъ смыслѣ см. ниже.

<sup>1)</sup> Planck, System. Darstellung, стр. 400 и слѣд. и 428.

при подведеніи конкретных фактовъ подъ законные признаки) сопоставленіе конкретных фактовъ съ известными законными признаками, вовсе не настаиваетъ на абсолютной необходимости такого сопоставленія для всякаго законнаго признака<sup>1)</sup>.

Таково же въ существѣ и мнѣніе Бара, предлагающаго, въ виду контроля надъ субсумпціей, ставить особые дополнительные вопросы (Zusatzfragen). Въ главномъ вопросѣ содержится самое названіе преступленія или № статьи уголовного уложенія, законные признаки преступленія и столько конкретных фактовъ, сколько необходимо для возможности защиты<sup>2)</sup>. Затѣмъ въ особомъ дополнительномъ вопросѣ присяжныхъ спрашиваютъ о томъ, пришли-ли они къ утвердительному рѣшенію главнаго вопроса потому, что признали реализацію данныхъ законныхъ признаковъ преступленія только въ такихъ-то конкретных фактахъ, не находя въ дѣлѣ другихъ существенныхъ обстоятельствъ. Это «только», по первоначальному мнѣнію Бара, необходимо потому, что присяжные могли усмотрѣть реализацію даннаго законнаго признака и въ другихъ конкретных фактахъ, въ виду невыраженной, но ими признанной, конкретной обстановки даннаго случая, можетъ быть, дѣйствительно немѣшающей реализаціи даннаго законнаго признака<sup>3)</sup>.

Этотъ-же дополнительный вопросъ годится и на тотъ случай, когда въ дѣлѣ есть обстоятельства, исключающія виновность и касающіяся *общаю* состава преступленія (т. н. *Schuldausschliessungsgründe*), напр. необходимая оборона, психическое расстройство и проч. Въ такихъ случаяхъ Баръ предлагаетъ спрашивать въ дополнительномъ вопросѣ о томъ, обсудили-ли присяжные данное исключющее вину обстоятельство, и что они установили въ этомъ отношеніи?

Такимъ образомъ, Баръ предлагаетъ особый вопросъ о *мотивахъ* рѣшенія перваго, главнаго вопроса. Если присяжные отвѣтятъ на оба эти вопроса утвердительно, то судъ можетъ

<sup>1)</sup> Glaser, Schwurg. Erörterungen, стр. 55.

<sup>2)</sup> Впослѣдствіи Баръ нѣсколько видоизмѣнилъ это послѣднее требованіе. См. его статью въ *Gerichtssal's* Bd. 19, стр. 448—449. Объ этомъ рѣчь будетъ ниже, въ соответствующемъ отдѣлѣ.

<sup>3)</sup> Bar, *Recht und Beweis*, стр. 86 и др. Впослѣдствіи онъ нѣсколько смягчалъ это требованіе, допуская пропускъ этого «только». См. статью въ *Gerichtssal's*, Bd. 19, стр. 452—453.



все-таки оправдать подсудимаго, если признаеть несоотвѣтствіе противопоставленныхъ въ дополнительномъ вопросѣ конкретныхъ фактовъ съ законными признаками. Замѣтимъ, что какъ изъ другихъ мѣстъ, такъ и изъ того, что у Бара сказано касательно дополнительныхъ вопросовъ, вытекаетъ, что онъ отнюдь не *требуе*тъ сопоставленія *если* законныхъ признаковъ съ соотвѣтствующими конкретными фактами. И самый дополнительный вопросъ можетъ въ данномъ случаѣ вовсе отсутствовать, и прежде всего тогда, когда нельзя опасаться невѣрной субсумціи со стороны присяжныхъ <sup>1)</sup>).

Не такъ смотритъ на дѣло Дальке, требующій сопоставленія конкретныхъ фактовъ со *если* законными признаками преступленія. При этомъ каждому существенному законному признаку, по мнѣнію Дальке, долженъ быть противопоставленъ въ вопросѣ присяжнымъ *по крайней мѣрѣ одинъ* конкретный фактъ. Подъ существеннымъ законнымъ признакомъ Дальке разумѣетъ тѣ законные признаки, совокупность которыхъ необходима для реализаціи состава преступленія, такъ что при отсутствіи хотя-бы одного изъ нихъ дѣяніе или является вовсе неправомернымъ, или становится другимъ преступленіемъ <sup>2)</sup>. Въ своемъ проектѣ измѣненія редакціи § 328 прусскаго проекта устава уголовного судопроизводства Дальке идетъ далѣе: онъ требуетъ включенія въ вопросъ не только существенныхъ признаковъ преступленія, но и вообще соотвѣтствующихъ этимъ признакамъ фактическихъ обстоятельствъ безъ той оговорки, о которой выше шла рѣчь <sup>3)</sup>. Противъ требованія Дальке уже Г. Мейеръ справедливо возражалъ, что еслибы оно проводилось konsekventно, то повело бы къ слишкомъ большому обремененію вопросовъ конкретнымъ матеріаломъ. Часто, далѣе, такое konsekventное проведеніе правила Дальке даже невозможно. Часто напр., случается, что путемъ косвенныхъ уликъ можно съ увѣренностью сказать, что обвиняемый въ кражѣ похитилъ вещь,

<sup>1)</sup> Recht und Beweis, стр. 95 и сл.

<sup>2)</sup> Dalcke, Der Entwurf einer Strafprocessordnung für Preussen unter Vergleichung mit den neueren deutschen Strafprocessordnungen und mit besonderer Berücksichtigung der Lehre von der Fragestellung im schwurgerichtlichen Verfahren. Leipzig, 1865, стр. 49—50. Ср. также статью того же автора въ Goldammer's Archiv für pr. Strafrecht, Bd. 14, стр. 166.

<sup>3)</sup> Dalcke, Der Entwurf etc., стр. 53.

причемъ, однако, нельзя съ точностью указать, какимъ именно образомъ въ данномъ случаѣ реализовался этотъ законный признакъ кражи (т. е. похищеніе), т. е. въ какихъ именно конкретныхъ дѣйствіяхъ подсудимаго. Точно также бываетъ и съ признакомъ корыстной цѣли, входящимъ въ составъ нѣкоторыхъ преступленій. Кроме того, требуя включенія въ вопросы присяжнымъ конкретныхъ фактовъ, соответствующихъ всѣмъ законнымъ признакамъ преступленія, Дальке настаиваетъ на томъ, что помимо выбранныхъ судомъ конкретныхъ фактовъ присяжные не могутъ, при разрѣшеніи вопроса о реализаціи даннаго законнаго признака, принимать въ расчетъ другіе признанные ими конкретные факты, по мнѣнію ихъ, реализующіе въ себѣ этотъ законный признакъ. Всякій выборъ изъ дѣла конкретныхъ фактовъ, соответствующихъ законному признаку, Дальке считаетъ за операцію, въ высшей степени юридическую, и потому подлежащую исключительно профессиональному элементу суда. Вслѣдствіе этого даже тому законному признаку, который въ обвиненіи оставленъ въ такой общей формѣ по невозможности съ точностью указать на соответствующіе ему конкретные факты,—даже такой признакъ, повторяю, по теоріи Дальке, долженъ быть сопоставленъ съ конкретными фактами, выбранными изъ дѣла по усмотрѣнію суда. Но тогда, какъ справедливо замѣчаетъ Г. Мейеръ, наносится существенный ущербъ обвиненію, оно не разрѣшается во всемъ своемъ объемѣ, такъ какъ данный законный признакъ могъ, по мнѣнію присяжныхъ, найти свое осуществленіе въ другихъ признанныхъ ими конкретныхъ фактахъ, чѣмъ тѣ, какіе выбраны судомъ<sup>1)</sup>.

На основаніи изложенныхъ соображеній мы склоняемся въ пользу взгляда ученыхъ первой категоріи и именно въ пользу Баровскаго правила.

Даже Г. Мейеръ, противникъ какъ этого правила, такъ и вообще внесенія въ вопросъ конкретныхъ фактовъ, ненужныхъ для индивидуализированія дѣянія, даже онъ не можетъ ничего возразить противъ Баровскаго предложенія съ точки зрѣнія неправильнаго ограниченія обвиненія излишнимъ и произвольнымъ специализированіемъ<sup>2)</sup>. Точно также непримѣнимо къ

<sup>1)</sup> Ср. Н. Meyer въ Handbuch des 1. Strafprocessrechts Гольцендорфа, т. II, стр. 158 и цитированныя здѣсь въ прим. 6 сочиненія.

<sup>2)</sup> См. въ Handb. Гольцендорфа, II, 167.

Баровскому проекту вышеприведенное возраженіе Г. Мейера противъ предложенія Дальке, возраженіе, сводящееся къ указанію на невозможность или большую трудность консеквентнаго проведенія правила. Въ самомъ дѣлѣ, вѣдь Баръ и не требуетъ сопоставленія *всякаго* законнаго признака съ конкретными фактами, а только въ такомъ случаѣ, когда по обстоятельствамъ дѣла можно опасаться, что присяжные признаютъ реализацію известнаго законнаго признака въ такихъ конкретных фактахъ, которые, по мнѣнію ассизнаго и даже кассационнаго суда, этому признаку не соответствуютъ. Всякій согласится, что если чаще всего очень трудно только изъ данныхъ, *explicite* выраженныхъ конкретныхъ фактовъ сдѣлать съ логической необходимостью положительный выводъ о реализаціи известнаго законнаго признака, то не такъ трудно признать, что данные конкретные факты ни при какихъ условіяхъ не допускаютъ такой реализаціи.

Въ особенности легко такое отрицательное рѣшеніе вопроса о субсумціи тогда, когда дополнительный вопросъ редактированъ по первоначально предложенной Баромъ формулѣ, т. е. когда присяжныхъ спрашивать—усмотрѣли-ли они такой-то законный признакъ *только* въ такихъ-то конкретныхъ фактахъ?

Что касается возраженій, сдѣланныхъ противъ этого Баровскаго проекта Брауэромъ, Шварце и въ недавне время — Гуго Мейеромъ, то они, по нашему мнѣнію, не основательны. Г. Мейеръ боится того, что присяжные могутъ утвердительно рѣшить главный вопросъ (о виновности) и отрицательно — дополнительный. Нѣтъ сомнѣнія, продолжаетъ Г. Мейеръ, что такой вердиктъ долженъ влечь за собою осужденіе подсудимаго. «Какъ же, продолжаетъ Мейеръ, такой вердиктъ можетъ возбудить довѣріе, когда обстоятельство, которое судъ чрезъ выставленіе его въ особомъ, дополнительномъ вопросѣ, обозначилъ какъ существенное для рѣшенія, присяжными попросту оставлено въ сторонѣ? Тогда часто (по мнѣнію Мейера) будетъ произведено, впечатлѣніе, какъ-будто вердиктъ виситъ въ воздухѣ, и орaculaподобіе, которое присуще всякому приговору безъ мотивовъ, въ этомъ случаѣ усилится въ значительной мѣрѣ»<sup>1)</sup>. Мейеръ,

<sup>1)</sup> Н. Meyer, въ Holtzendorff's Handbuch des d. Stra'processrechts, II, 167 — 168.

даже, указывает на происходящее от постановки дополнительного вопроса излишнее, по его мнѣнію, усложненіе вопросовъ присяжнымъ, слѣдствіемъ чего можетъ быть путаница въ понятіяхъ присяжныхъ. Наконецъ, Мейеръ и въ принципѣ противъ такихъ дополнительныхъ вопросовъ. Онъ находитъ ихъ противорѣчащими существу суда присяжныхъ, такъ какъ, говоритъ онъ, вопреки существу суда присяжныхъ, этимъ хотятъ побудить присяжныхъ къ дачѣ мотивовъ рѣшенія. Г. Мейеръ, ссылаясь на Шварце и др., указываетъ на неудобства, которыя произойдутъ отъ попытки получить мотивы вердикта въ формѣ вопросовъ и отвѣтовъ. «Кажется, заключаетъ Мейеръ, какъ будто чрезъ это учрежденіе (т. е. постановку дополнительного вопроса), рассматриваемое въ смыслѣ улучшенія суда присяжныхъ, напротивъ, возвращаютъ послѣдній къ грубымъ зачаткамъ его<sup>1)</sup>».

Намъ кажется, что всѣ эти возраженія не основательны, не болѣе, какъ натяжка. Прежде всего, нельзя сказать, что свобода присяжныхъ отъ дачи мотивовъ въ той или другой формѣ есть *требованіе, консеквенція, существенная* принадлежность суда присяжныхъ. Понятно, что набираясь изъ разныхъ слоевъ общества, состоя часто изъ лицъ, неимѣющихъ не только юридическаго, но даже общаго средняго образованія, понятно, повторяю, что при такихъ условіяхъ присутствіе присяжныхъ не можетъ, на подобіе профессиональныхъ судей, быть обязываемо къ дачѣ *самостоятельно или редактируемыхъ* мотивовъ. Но эта свобода отъ дачи мотивовъ — не болѣе, какъ *естественное*<sup>2)</sup> послѣдствіе организаціи суда присяжныхъ, а отнюдь не *желательное* съ точки зрѣнія идеи этого учрежденія; эта свобода отъ дачи мотивовъ — отнюдь не такое требованіе существа института, чтобы защищать, поддерживать ее во что бы то ни стало. Напротивъ, будучи и въ судѣ присяжныхъ, какъ во всякомъ судѣ, явленіемъ неудобнымъ, свобода отъ мотивировки должна прекращаться, какъ только найдено средство такъ организовать эту мотивировку, чтобы осуществленіе ея не превышало силъ присяжныхъ при самомъ обыкновенномъ личномъ ихъ составѣ<sup>3)</sup>. Въ виду этого,

<sup>1)</sup> 1. с. стр. 168.

<sup>2)</sup> Ср. Zachariae, Handbuch des deutschen Strafprocesses, I, стр. 71—72, прим. 3.

<sup>3)</sup> Въ такомъ же духѣ разсуждаютъ мотивы къ проекту герман. уст.

возраженія противниковъ дополнительнаго вопроса постольку могутъ притязать на вниманіе, по скольку они бьютъ на неудобства конкретной организаціи нововведенія. Г. Мейеръ, какъ мы видѣли, и пытается указать на невыгодныя послѣдствія постановки дополнительнаго вопроса рядомъ съ главнымъ. Какъ мы видѣли, Г. Мейеръ высказываетъ опасеніе, что присяжные на главный вопросъ отвѣтятъ утвердительно, а на дополнительный — отрицательно. Но это опасеніе все-таки не рѣшаетъ вопроса. Въ самомъ дѣлѣ, изъ за того, что могутъ быть случаи утвердительнаго рѣшенія вопроса о виновности и отрицательнаго дополнительнаго вопроса, не слѣдуетъ, чтобы нужно было отказаться отъ этого средства исправить во многихъ другихъ случаяхъ ошибку въ подведеніи присяжными конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки преступленія, именно въ тѣхъ случаяхъ, когда на оба вопроса послѣдуетъ со стороны присяжныхъ утвердительный отвѣтъ <sup>1)</sup>. Да и въ чемъ собственно состоитъ вредъ допускаемыхъ Мейеромъ и его устрашающихъ случаевъ? Въ томъ, конечно, что если для даннаго законнаго признака въ дѣлѣ нѣтъ другихъ ему соответствующихъ конкретныхъ обстоятельствъ, кромѣ тѣхъ, которые указаны въ дополнительномъ вопросѣ (и которые также, можетъ быть, въ сущности не соответствуютъ этому признаку), то вердиктъ присяжныхъ, выраженный въ главномъ вопросѣ, утверждающемъ, между прочимъ, реализацію спорнаго законнаго признака, при отрицаніи дополнительнаго вопроса, можетъ представиться во

уг. суд., по поводу дополнительныхъ вопросовъ касательно причинъ, исключających наказуемость, касательно т. н. *Strafausschlussgründe*. Здѣсь справедливо сдѣлано замѣчаніе, что объясненія со стороны присяжныхъ, въ формѣ отвѣта на вопросы о *результатахъ* доказательствъ, объ установленныхъ ими фактахъ, не противорѣчатъ существу суда присяжныхъ. См. *Motive zum Entwurf einer Strafprozessordnung*, стр. 175—176 (по изданію Hahn'a — *Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, Berlin, 1879, III Band., стр. 226 — 227).

1) Брауэръ, впрочемъ, и этотъ случай ставитъ въ упрекъ Баровской формулѣ, такъ какъ въ отвѣтахъ присяжныхъ оказывается противорѣчіе. Этотъ упрекъ Брауэръ дѣлаетъ спеціально по поводу того вида дополнительныхъ вопросовъ, которые имѣютъ въ виду причину, исключающую вину. На это замѣчаніе Брауэра Баръ справедливо возражаетъ въ томъ смыслѣ, что демонстрировать противорѣчіе между основами рѣшенія и окончательнымъ результатомъ есть цѣль всякаго кассаціоннаго производства. См. цит. статью Бара въ *Gerichtssaal'a*, Bd. 19, стр. 440,

всеобщемъ сознаніи ни на чемъ неоснованнымъ. Но не проявится ли то же самое и въ томъ случаѣ, если особаго дополнительнаго вопроса не будетъ, хотя всякій, прослушавшій судебное слѣдствіе и пренія пойметъ, что въ дѣйствительности для даннаго законнаго признака нѣтъ никакихъ ему корреспондирующихъ конкретных фактовъ, кромѣ тѣхъ, на которыхъ, можетъ быть, настаивало обвиненіе, но которые, даже будучи доказаны, не могутъ реализовать въ себѣ даннаго законнаго признака?! Можно подумать, пожалуй, что разница въ томъ, что въ последнемъ случаѣ соблюдены по крайней мѣрѣ, такъ сказать, аппарасы, между тѣмъ какъ при Баровскомъ предложеніи и этого нѣтъ. Но и это не вѣрно, такъ какъ Баровская редація вопросовъ такова, что изъ нихъ однихъ, безъ приватія въ расчетъ остальнаго производства, нельзя сдѣлать заключенія, компрометирующаго вердиктъ присяжныхъ. Въ самомъ дѣлѣ, первый, главный вопросъ гласитъ: «виновенъ ли подсудимый въ такомъ-то преступленіи, слагающемся изъ такихъ то законныхъ признаковъ и совершенномъ тогда-то и тамъ то», второй, дополнительный — «признали ли присяжные, утвердительно рѣшившіе 1-й вопросъ, такой-то законный признакъ въ такихъ-то обстоятельствахъ (конкретныхъ)?» Если теперь присяжные на первый вопросъ отвѣтятъ утвердительно, а на второй — отрицательно, то текстъ вопросовъ и отвѣтовъ самъ по себѣ не исключаетъ предположенія, что въ дѣлѣ были и другія конкретныя обстоятельства, въ которыхъ присяжные усмотрѣли осуществленіе даннаго законнаго признака.

Шварце также боится того, что присяжные на главный вопросъ отвѣтятъ утвердительно, а на дополнительный отрицательно. Онъ предполагаетъ, что при такихъ отвѣтахъ присяжные могутъ отправляться отъ другой комбинаціи конкретныхъ фактовъ, въ которыхъ, по мнѣнію ихъ, реализовался данный законный признакъ, чѣмъ какую имѣлъ въ виду судъ. Шварце полагаетъ, что въ сложныхъ дѣлахъ, сколько бы судъ ни ставилъ дополнительныхъ вопросовъ, онъ все-таки можетъ не угадать, можетъ не попасть на тѣ именно конкретныя факты, въ которыхъ присяжные усматриваютъ реализацію извѣстнаго законнаго признака<sup>1)</sup>. Если, такимъ образомъ, Г. Мейеръ воз-

<sup>1)</sup> См. статью Schwarze въ *Gerichtssaal's*, 19 Bd. стр. 374.

стаетъ противъ предложенія Бара ради авторитета вердикта присяжныхъ, то Шварце опасается, что Баровское средство не поведетъ къ цѣли, что постановкой дополнительнаго вопроса нельзя добиться отъ присяжныхъ дѣйствительныхъ мотивовъ ихъ вердикта. На подобное замѣчаніе, сдѣланное Шварце въ другомъ мѣстѣ, Баръ справедливо возражаетъ въ томъ смыслѣ, что въ большинствѣ случаевъ хорошо извѣстно, въ какихъ обстоятельствахъ кроются трудности правовой оцѣнки. Если бы справедливо было это возраженіе Шварце, рассуждаетъ Баръ, то тогда невозможно было бы никакое наставленіе въ правѣ, ни наставленіе предсѣдателя присяжнымъ, ни поученіе, даваемое профессоромъ своимъ слушателямъ<sup>1)</sup>.

При оцѣнкѣ возраженій противъ Баровскаго предложенія, и именно тѣхъ, которыя ссылаются на неловкость ловить присяжныхъ на противорѣчіяхъ и проч., не слѣдуетъ забывать, что въ дополнительномъ вопросѣ дѣло можетъ идти о сомнительномъ въ своемъ законномъ значеніи признакѣ преступленія, о такомъ признакѣ, на который въ интересахъ правосудія желательно было бы призвать рѣшеніе даже высшаго кассационнаго суда. Во всякомъ случаѣ, интересы подсудимаго и вообще правосудія требуютъ гарантіи, что приговоръ присяжныхъ не произошелъ отъ ошибки въ опредѣленіи значенія даннаго существеннаго признака преступленія.

Ныне, не вѣрнѣе и вышеприведенный *историческій* аргументъ Мейера противъ Баровскаго предложенія. Въ самомъ дѣлѣ, аналогію, прототипъ Баровскому предложенію можно найти и не въ такой сѣдой старинѣ, а въ *современномъ* институтѣ англійскаго процесса. При изложеніи отношеній профессиональнаго и непрофессиональнаго элементовъ англійскаго жури, при изложеніи англійскихъ интитутовъ, обеспечивающихъ контроль профессиональнаго элемента надъ присяжными по субсумціи конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки преступленія, мы указывали на то, что часто по требованію судьи, а часто и по собственной инициативѣ англійскіе присяжные сопровождаютъ свой вердиктъ разными *дополненіями, ограниченіями и объясненіями*, входящими даже въ протоколъ засѣданія и могущими повлечь за собою даже отрицну обвинительнаго вердикта, если апелляціонный судъ усмотритъ, что фактическія обстоятель-

<sup>1)</sup> Gerichtssaal, I. c., стр. 453 — 454.

ства, вследствие утвержденія которыхъ присяжные пришли къ признанію извѣстнаго условія вины, не соотвѣтствуютъ этому законному условію. Напримѣръ, въ одномъ дѣлѣ, когда возбуждено было сомнѣніе, реализуется ли признакъ корыстности намятѣнія въ конкретныхъ фактахъ даннаго дѣла, присяжные къ своему «виновенъ» присоединили дополненіе: «подсудимые похитили у своего хозяина овесъ съ тою цѣлю, чтобъ дать его хозяйскимъ же лошадямъ, и безъ намятѣнія употребить овесъ въ свою личную пользу <sup>1)</sup>».

Читатель видитъ, что такими оговорками, дополненіями, объясненіями со стороны присяжныхъ ихъ обвинительнаго вердикта высшему апелляціонному суду дается возможность проявить свой контроль надъ присяжными по вопросу субсумпціи точно также, какъ и при Баровскомъ дополнительномъ вопросѣ. Разница только во внѣшности.

Итакъ, для квалификаціи проекта Бара нѣтъ надобности не только идти за аналогіями въ средвіе вѣка, но и обращаться къ институтамъ гражданского процесса <sup>2)</sup>.

Такимъ образомъ, нельзя не отнести сочувственно къ Австрійскому законодателю, который, требуя, чтобы въ главномъ вопросѣ присяжнымъ заключались *все законные признаки* преступнаго дѣянія (§ 318 австрійскаго устава уголовного судопроизводства 23 Мая 1873 г.), допускаетъ, съ цѣлю контроля надъ присяжными по вопросу о субсумпціи конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки, постановку дополнительнаго вопроса (*Zusatzfrage*): «на случай утвердительнаго рѣшенія вопроса, говоритъ вторая часть 3-го пункта § 323, можетъ быть потребована постановка дополнительнаго вопроса съ тою цѣлю, чтобы включенный въ вопросъ законный признакъ привести къ соотвѣтствующему ему фактическому отношенію <sup>3)</sup>». Съ тою же цѣлю обезпечить за кассационнымъ судомъ контроль надъ субсумпціей, австрійскій законодатель самъ указываетъ, какъ на поводъ къ кассациі, на случай, когда председатель далъ присяжнымъ неправильное наставленіе въ правѣ (п. 8 § 344).

<sup>1)</sup> Glaser, Anklage etc, стр. 391.

<sup>2)</sup> Какъ это дѣлаетъ самъ Баръ, оправдывая свое предложеніе ссылкой на Ньюйорскій кодексъ гражданского судопроизводства изд. 1857 г. См. статью Бара въ *Gerichtssaal*'s, Bd. 19, стр. 455.

<sup>3)</sup> Ср. Mitterbacher und Neumayer, *Erläuterungen zur Strafprocess-Ordnung vom 23 Mai 1873*, Graz., 1874, стр. 716 — 722.



Изъ иностранныхъ законодательствъ намъ остается упомянуть еще объ отношеніи *Германскаго* кодекса уголовного судопроизводства 1 Февраля 1877 г. къ вопросу о миссіи присяжныхъ. Какъ и слѣдовало ожидать, въ этомъ новѣйшемъ кодексѣ страны, которая въ лицѣ своихъ ученыхъ такъ много сдѣлала для выясненія миссіи присяжныхъ и для исправленія французскаго заблужденія, — какъ и слѣдовало ожидать, повторяю, теорія ограниченія призванія непрофессиональнаго элемента областью конкретнаго факта не нашла въ Германіи законодательной санкціи.

§ 293 германскаго устава гласитъ: «главный вопросъ начинается словами: «виновенъ ли подсудимый?» Онъ (т. е. главный вопросъ) долженъ обозначить взведенное на подсудимаго дѣяніе по его законнымъ признакамъ, съ указаніемъ, кромѣ того, обстоятельствъ, необходимыхъ для его различенія», т. е. для индивидуализированія дѣянія (Sie muss die dem Angeklagten zur Last gelegte That nach ihren gesetzlichen Merkmalen und unter Hervorhebung der zu ihrer Unterscheidung erforderlichen Umstände bezeichnen).

При посредствѣ этого постановленія, по справедливому замѣчанію одного изъ членовъ комиссіи рейхстага (Ганауэра), германскій уставъ применилъ къ новому направленію науки, которая пришла къ убѣжденію, что раздѣленіе вопросовъ факта и права вообще невозможно<sup>1)</sup>. Но предоставляя присяжнымъ весь вопросъ о виновности предъ закономъ, германскій уставъ вовсе отказался отъ средствъ контролировать эту дѣятельность присяжныхъ даже съ точки зрѣнія правильности субсумціи и притомъ въ интересахъ подсудимаго. Ни въ трехъ проектахъ, ни въ судебной комиссіи рейхстага, ни въ самомъ рейхстагѣ не предпринято ничего въ этомъ отношеніи, не смотря на то, что въ комиссіи Беккеромъ (Becker) было сдѣлано предложеніе по этому предмету въ слѣдующихъ выраженіяхъ: «если окажется сомнительнымъ или спорнымъ — допускаютъ ли добытыя на судебномъ слѣдствіи обстоятельства примѣненіе закона, то судъ по ходатайству или ex officio долженъ постановить одинъ или многіе дополнительные вопросы (Zusatzfragen), которые

<sup>1)</sup> См. Protocolle der Kommission, стр. 449, по изданію Hahn'a, III Band, стр. 917 — 918.

Вотъ въ какомъ положеніи вопросъ о миссіи присяжныхъ и о контролѣ надъ ихъ дѣятельностью по иностраннымъ законодательствамъ и въ западноевропейской литературѣ. Вотъ теорія призванія присяжныхъ, имѣющая наиболѣе кредита въ западной наукѣ и жизни. Въ самомъ дѣлѣ, большинство процессуалистовъ, въ особенности въ Германіи, гдѣ этотъ вопросъ особенно тщательно разрабатывался, покончили съ теоріей всемогущества присяжныхъ (*omnipotence du jury*), теоріей, видѣвшей въ присяжныхъ критиковъ положительнаго закона, дававшей имъ право, которое составляетъ исключительную прерогативу верховной власти,—право помилованія. Конечно, могутъ быть условія (дурное, отжившее матеріальное уголовное право), при которыхъ возможны случаи практикованія присяжными такого помилованія подсудимаго. Но это — не болѣе, какъ прискорбный *фактъ*, а не *право* присяжныхъ<sup>6)</sup>. Едва ли и мыслимо, чтобы законодатель

<sup>9)</sup> Эта теория подвергалась резкой критикѣ даже во Франціи, ср. Dalloz'a, Répertoire, Paris 1854, т. XXVIII, стр. 597 (п. 2415).

могъ дать присяжнымъ право нарушать, игнорировать продуктъ его собственной дѣятельности, едва ли можно ожидать отъ законодателя акта, который былъ бы ничѣмъ инымъ, какъ разрушеніемъ одною рукою того, что созидаетъ другая. Изъ опасенія со стороны присяжныхъ только практики подобнаго рода въ Германіи такіе ученые, какъ Рудольфъ фонъ Іерингъ, встаютъ противъ самаго института жюри<sup>1)</sup>.

Однимъ словомъ, теорія эта не имѣетъ теперь кредита въ наукѣ<sup>2)</sup>, какъ и противоположная ей, сводящая функція присяжныхъ къ невозможному (какъ мы показали выше) минимуму, — теорія ограниченія присяжныхъ голымъ фактомъ<sup>3)</sup>.

Не идетъ въ разрѣзъ съ изложенными выше и нами принятыми началами, опредѣляющими миссію присяжныхъ, и та теорія суда присяжныхъ, которая поддерживается извѣстнымъ нѣмецкимъ ученымъ Іономъ (John). И Іонъ не можетъ ограничивать компетенцію присяжныхъ разрѣшеніемъ вопроса о конкретныхъ фактахъ, ибо онъ признаетъ справедливость положенія, по которому «никто не долженъ подвергаться тяжкому наказанію, если въ его виновности профессиональный судья не въ состояніи былъ убѣдить извѣстное число независимо отъ него стоящихъ народныхъ судей<sup>4)</sup>» причемъ, какъ видно изъ дальнѣйшаго, подъ виновностью (Schuld) Іонъ разумѣетъ именно виновность предъ закономъ<sup>5)</sup>. Такимъ образомъ, хотя у Іона не отбѣиваются особыя способности непрофессиональныхъ судей къ выполненію какихъ-либо специальныхъ функцій, изъ которыхъ слагается дѣятельность уголовного судьи, хотя Іонъ *raison d'être* привлеченія непрофессиональныхъ судей видитъ единственно въ той гарантіи для подсудимаго, какая дается *coincidentem* взглядовъ какъ профессиональнаго суда, такъ и присяжныхъ на ви-

<sup>1)</sup> См. извѣстное сочиненіе его «Der Zweck im Recht», I, стр. 401 и сл.

<sup>2)</sup> Ср. Н. Meyer, Die Frage des Schöffengerichts, geprüft an der Aufgabe der Geschworenen, Erlangen, 1873, стр. 32.

<sup>3)</sup> Изъ нѣмецкихъ ученыхъ за эту теорію стоитъ, сколько извѣстно, одинъ Рубо (Rube), см. Verhandlungen des 13. Juristentages, Bd. II, стр. 1-3 и сл.

<sup>4)</sup> Strafprocessordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. Erläutert von Dr. Richard Ed. Iohn. (Separatdruck aus der «Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen») Erlangen 1881, I Bd., 1 Heft, стр. 48.

<sup>5)</sup> ib., стр. 49.

новность его предъ закономъ, тѣмъ не менѣ изъ его теоріи суда присяжныхъ съ логической необходимостью вытекаетъ признаніе за присяжными компетенціи въ вопросъ субсумціи конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки преступленія.

Такимъ образомъ, если не принимать въ расчетъ воззрѣній сторонниковъ т. н. шеффенгерихта, настаивающихъ на участіи присяжныхъ въ примѣненіи къ конкретному случаю не только диспозитивной части уголовного закона, но и санкціи, на участіи непрофессиональнаго элемента вмѣстѣ съ судьями въ опредѣленіи *наказанія* за преступленіе <sup>1)</sup>; то ученымъ, стоящимъ за ту форму участія непрофессиональнаго элемента въ уголовной юстиціи, которая находитъ свое выраженіе въ судѣ присяжныхъ, остается болѣе узкое поле для разногласія. Эти разногласія, какъ увидимъ въ своемъ мѣстѣ, и проявляются при проведеніи точнѣйшей границы между вопросомъ о виновности (*Schuldfrage*) и вопросомъ о наказаніи (*Strafffrage*).

Теперь мы рассмотримъ положеніе вопроса о миссіи присяжныхъ у насъ, въ Россіи.

#### ГЛАВА IV.

##### Русское дѣйствующее право и литература по вопросу о признаніи присяжныхъ <sup>2)</sup>.

Если, какъ мы показали, на западѣ теорія ограниченія присяжныхъ областью конкретнаго факта не имѣетъ теперь никакого кредита ни въ наукѣ, ни на практикѣ, то не то, къ сожалѣнію, у насъ, въ Россіи. На сторонѣ ограниченія присяжныхъ фактомъ, *de lege lata*, у насъ, въ литературѣ, Буцковскій и др., на практикѣ — всѣ судебныя учрежденія съ сенатомъ во главѣ. Правда, ни Буцковскій, ни наша практика никогда не могли провести konsekventно свою теорію <sup>3)</sup>; правда, теорію эту, въ особенности въ новѣйшее время, стали восхвалять какъ *желательный* принципъ только, не всегда выполнимый

<sup>1)</sup> См. напр., Н. Meyer, *Die Frage des Schöffengerichts*, стр. 73 и сл.

<sup>2)</sup> Часть этой главы въ нѣскольکو иномъ видѣ была напечатана въ *Журналѣ гражд. и угол. права* за 1884 г., кн. III.

<sup>3)</sup> См. о противорѣчіяхъ и непослѣдовательности практики нашего сената по этому предмету у г. Селитренникова. «О постановкѣ вопросовъ на судѣ уголовномъ по рѣшеніямъ кассационнаго сената» 1875, стр. 2 и слѣд.

на практикѣ, но все же какъ желательный будто-бы съ точки зрѣнія науки и русскаго закона<sup>1)</sup>. Тѣмъ не менѣе у насъ и практика, и нѣкоторые писатели все еще продолжаютъ, такъ или иначе, стоять за эту оставленную наукой и западно-европейской практикой теорію. Но если въ практикѣ нашихъ судовъ теорія ограниченія миссіи присяжныхъ продолжаетъ господствовать, то въ литературѣ нашей есть представители и другого взгляда на призваніе присяжныхъ. Таковыми являются гг. Квачевскій, покойный проф. Чебышевъ-Диптріевъ, фонъ-Резонъ, Селитренниковъ, Каллистовъ, настаивающіе на предоставленіи присяжнымъ всего вопроса о виновности предъ закономъ. Къ сожалѣнію, проводя этотъ одобренный наукою взглядъ при толкованіи нашего закона, только-что названные писатели, на ряду съ мѣткими замѣчаніями, дѣлаютъ и промахи, дающіе возможность старому взгляду сохранить свою позицію.

Намъ, повтому, предстоитъ подвергнуть ревизіи всѣ доселѣ приведенные аргументы, какъ въ пользу теоріи ограниченія присяжныхъ голымъ фактомъ, такъ и въ пользу теоріи распространенія миссіи ихъ на вопросъ о виновности предъ закономъ.

Замѣчательно, что иногда представители борящихся теорій въ своей аргументаціи ссылаются на однѣ и тѣ же статьи нашихъ процессуальныхъ законовъ, какъ на доводы въ пользу своихъ противорѣчащихъ другъ другу взглядовъ.

Такъ, съ одной стороны, виднѣйшій представитель теоріи факта, покойный сенаторъ Буцковскій, черпаетъ свои доводы отчасти въ 760 ст. уст. угол. суд., отчасти въ томъ пониманіи идеи суда присяжныхъ, которое ходило во Франціи, какъ въ сѣрѣ писателей, такъ и въ средѣ практиковъ<sup>2)</sup>. Въ смыслѣ положительнаго аргумента въ пользу той же теоріи практиковалась иногда и ссылка на 7 ст. учр. суд. уст.<sup>3)</sup>, на 754, 771, 823, 826 и 827 ст. уст. уг. суд.<sup>4)</sup>, — на статьи, которыя какъ будто-бы расширяютъ компетенцію судей за пре-

<sup>1)</sup> Ср. статью г. Рабиновича, О постановкѣ вопросовъ присяжнымъ заседателямъ, въ Юридич. Вѣст. 1882 г., августъ.

<sup>2)</sup> См. О приговорахъ по уголовнымъ дѣламъ, рѣшаемымъ съ участіемъ присяжныхъ заседателей, 1866 г., стр. 31 и слѣд.

<sup>3)</sup> Ср. Селитренниковъ, I. с. стр. 18

<sup>4)</sup> Такъ дѣлаетъ, напр., Буцковскій.

дѣлы опредѣленія наказанія и даютъ, по словамъ сторонниковъ теоріи факта, доступъ судьямъ-юристамъ въ область вопроса о виновности подсудимаго предъ закономъ. Съ другой стороны, сторонники компетентности присяжныхъ въ разрѣшеніи вопроса о виновности предъ закономъ, ссылаются на 7 ст. учр. суд. уст. и 752—755, 757, 758, 760, 801. 811, 812 и др. ст. уст. уг. суд. Читатель видитъ, что въ массѣ статей, на которыя опираются сторонники двухъ различныхъ взглядовъ, есть три статьи, на которыя сдѣлана, такъ сказать, общая ссылка. Уже это обстоятельство, само по себѣ, говоритъ, или о неосновательности ссылки на эти три статьи, съ которой-либо стороны, или о неопредѣлительности самихъ этихъ статей, о ихъ неспособности служить аргументами въ пользу обѣихъ теорій.

Чтобы рѣшить какъ эти вопросы, такъ и вообще вопросъ о томъ, какое изъ двухъ толкованій нашего закона вѣрнѣе, обратимся къ разбору цитированныхъ выше статей съ точки зрѣнія вопроса о компетентности нашихъ присяжныхъ.

Начнемъ именно съ тѣхъ статей, на которыя сдѣлана общая ссылка, и именно съ 760 ст. уст. угол. суд., которая въ глазахъ сената и покойнаго Буцковскаго служитъ аргументомъ въ пользу теоріи факта, а въ глазахъ покойнаго Чебышева-Дмитріева—въ пользу призванія присяжныхъ къ разрѣшенію вопроса о виновности предъ закономъ.

Статья эта предписываетъ ставить вопросы присяжнымъ «въ общеупотребительныхъ выраженіяхъ, по существеннымъ признакамъ преступленія и виновности подсудимаго, а не въ видѣ принятыхъ въ законѣ опредѣленій».

Чебышевъ-Дмитріевъ говоритъ, что «слова: *«по существеннымъ признакамъ преступленийъ и виновности подсудимаго»* ясно указываютъ, что вопросы должны быть составлены такъ, чтобы присяжнымъ для отвѣта на нихъ приходилось сравнивать признаки даннаго конкретнаго дѣянія, т. е. признаки виновности подсудимаго, съ признаками преступленія, какъ оно опредѣляется въ законѣ<sup>1)</sup>. Но это совершенно невѣрно, ибо вопросъ *по существеннымъ признакамъ преступленія* будетъ поставленъ какъ тогда, когда вмѣсто *законныхъ* признаковъ будутъ въ вопросахъ поставлены замѣняющія ихъ абстрактныя

<sup>1)</sup> Русское уголовное судопроизводство, 1875, стр. 516.

синонимическія выраженія, такъ и тогда, когда законные признаки замѣнены будутъ соотвѣтствующими имъ конкретными фактами, взятыми изъ даннаго дѣла.

Но если ст. 760, сама по себѣ, не даетъ ключа къ разрѣшенію нашего вопроса въ смыслѣ расширенія миссіи присяжныхъ на весь вопросъ о виновности подсудимаго *предъ закономъ*, то изъ нея, нельзя сдѣлать заключенія и о томъ, что она требуетъ ограниченія присяжныхъ чисто фактическими вопросами. Ни одно выраженіе 760 ст. не обязываетъ судъ къ непремѣнной замѣнѣ законныхъ терминовъ именно конкретными фактами. Въ самомъ дѣлѣ, вопросы могутъ быть составлены и въ «общеупотребительныхъ выраженіяхъ», и «по существеннымъ признакамъ преступленія и виновности подсудимаго», и, наконецъ, «не тѣмъ видѣ принятыхъ въ законѣ опредѣленій», несмотря на то, что въ нихъ будутъ вмѣсто непопулярныхъ законныхъ выраженій стоять соотвѣтствующія имъ общія выраженія, взятые изъ доступнаго присяжнымъ языка.

Вообще изъ этой статьи вполне ясно одно, — что законодатель хотѣлъ *популяризировать* языкъ вопросовъ, предлагаемыхъ присяжнымъ. Эта популяризація, какъ мы видѣли, можетъ быть достигнута *двоими* путемъ, именно: 1) замѣной законнаго термина («принятаго въ законѣ опредѣленія») *синонимическимъ* словомъ такого-же *абстрактнаго* характера, какъ и замѣняемое законное выраженіе, и 2) замѣной этого-же законнаго термина *конкретными фактами*, взятыми изъ даннаго дѣла, фактами, въ которыхъ законное понятіе реализуется. Ст. 760 уст. уг. суд. не есть какое-либо исключительное постановленіе русскаго законодательства. Напротивъ, ей соотвѣтствуютъ аналогическія постановленія нѣмецкихъ партикулярныхъ кодексовъ угол. судопр. эпохи 1848 и слѣд. годовъ. Такъ, очень близко къ нашей 760 ст. подходитъ 82 ст. прусскаго закона 3 мая 1852 г. Между тѣмъ, какъ мы видѣли, нѣмецкія процессуалисты толковали эту статью двояко, — то въ смыслѣ *описанія* правового понятія равнозначущими *общими* выраженіями (*Umschreibung der Rechtsbegriffe*), то въ смыслѣ замѣны первыхъ конкретными фактами.

Не такъ смотритъ на дѣло Будковский. Онъ вовсе игнорируетъ возможность иначе удовлетворить требованію популярности вопросовъ, какъ замѣною законныхъ выра-

женій конкретными фактами. Онъ знаетъ только три способа редакціи вопросовъ: 1) въ законныхъ выраженіяхъ, безъ конкретныхъ фактовъ, 2) въ законныхъ же выраженіяхъ, но съ соответствующими конкретными фактами и 3) только въ конкретныхъ фактахъ <sup>1)</sup>. А это совершенно невѣрно. Для примѣра укажемъ на возможность редактировать вопросъ по 1480 ст. улож. о нак. слѣдующими способами: во 1-хъ, «виновенъ-ли А. въ томъ, что тамъ-то и тогда-то съ умысломъ причинилъ В. истязанія»? 2) «Виновенъ-ли А. въ томъ, что подвергнувъ В. тамъ-то и тогда-то сѣченію розгами, отъ которыхъ у послѣднего образовались синебагровыя, кровавыя полосы, тѣмъ умышленно причинилъ В. истязанія»? 3) «Виновенъ ли А. въ томъ, что тамъ-то и тогда-то умышленно подвергнувъ В. сѣченію розгами, отъ которыхъ у В. образовались синебагровыя, кровавыя полосы <sup>2)</sup>. 4) «Виновенъ-ли А. въ томъ, что тамъ-то и тогда-то умышленно совершилъ такое посягательство на личность В., которое сопровождалось мученіемъ и жестокостью?» Первые три способа подходятъ подъ типы редакціи, предусмотрѣнные Буцковскимъ. Между тѣмъ при 4-мъ способѣ оказалось возможнымъ избѣжать *законнаго* термина (истязаніе), замѣнивъ его общеупотребительными *абстрактными* выраженіями, опредѣляющими это понятие <sup>3)</sup>. И такихъ примѣровъ возможности такъ назыв. Umschreibung der Rechtsbegriffe можно подыскать безчисленное множество изъ уложенія.

Интересна аргументація по этому предмету у другаго апологиста теоріи ограниченія присяжныхъ конкретными фактами—г. Рабиновича. Допуская въ принципѣ замѣну законныхъ выраженій другими, болѣе понятными, но столь же абстрактными выраженіями, г. Рабиновичъ далѣе замѣчаетъ, что такъ какъ такая замѣна рѣдко приложима на практикѣ, «то слѣдуетъ думать, что требованіе это (т. е. общеупотребительность выраженій) именно должно быть осуществлено замѣной законныхъ признаковъ конкретными фактами, заимствованными изъ

<sup>1)</sup> Буцковскій, О приговорахъ, стр. 68 — 69.

<sup>2)</sup> По толкованію сената (рѣш. 1872 г. № 491, 1875 г. № 434) въ этихъ конкретныхъ фактахъ реализуется понятіе «истязаніе».

<sup>3)</sup> Опредѣленіе это взято изъ рѣшенія кассацион. департ. сената за 1870 г. № 1413.



дѣла. Не говоря о томъ, что едва-ли замѣна законныхъ признаковъ равнозначущими общими же выраженіями рѣдко приложима на практикѣ, замѣтимъ, что вѣдь самъ же г. Рабиновичъ возражаетъ далѣе на аналогическій аргументъ г. Селитренникова (г. Селитренниковъ указываетъ на трудность, иногда невозможность замѣны законнаго признака конкретными фактами) въ томъ смыслѣ, что «невозможность послѣдовательнаго проведенія не свидѣтельствуетъ противъ самой возможности существованія въ нашемъ законодательствѣ взгляда, опровергаемаго г. Селитренниковымъ» <sup>1)</sup>. Но не примѣнимо-ли это возраженіе г. Рабиновича, *mutatis mutandis*, и къ нему самому, не можемъ-ли и мы сказать, что рѣдкая приложимость способа замѣны законныхъ выраженій абстрактными же, но общепонятными выраженіями, не свидѣтельствуетъ противъ самой возможности такого взгляда въ нашемъ законодательствѣ?

Отставаяя до сихъ поръ возможность толкованія 760 ст. въ смыслѣ такъ назыв. *Umschreibung*, мы, однако, не думаемъ скрывать невыгодныя стороны и такого способа редакціи вопросовъ <sup>2)</sup>.

Но точно такія же и даже большія неудобства, какъ мы раньше показали, имѣетъ и способъ постановки, требуемый Буциовскимъ и сенатомъ, такъ какъ въ вопросѣ о конкретныхъ обстоятельствахъ не можетъ быть изображена вся совокупность тѣхъ деталей конкретной обстановки даннаго дѣла, при которыхъ отдѣльные факты, *explicite* выраженные въ вопросѣ, соотвѣтствуютъ извѣстнымъ законнымъ признакамъ.

Обратимся теперь къ анализу другаго постановленія, изъ котораго черпаютъ свои аргументы какъ сторонники, такъ и противники компетентности присяжныхъ въ вопросѣ о подведеніи конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки преступленія, — къ разсмотрѣнію 7 ст. учреж. суд. установ.

Эта статья говоритъ, что присяжные призываются «для опредѣленія въ уголовныхъ дѣлахъ вины или невинности подсудимыхъ». Для категорическаго вывода изъ этой статьи въ пользу той или другой теоріи необходимо объяснить, въ какомъ смыслѣ употреблены здѣсь слова «вина или невинность».

<sup>1)</sup> О постановкѣ вопросовъ присяжнымъ, Юрид. Вѣстникъ 1882 г. августъ, стр. 589.

<sup>2)</sup> См. выше.

Г. Селитренниковъ, правда, догадывается, на основаніи самыхъ общихъ соображеній, что, конечно, «на судѣ дѣло идетъ о виновности или невинности въ преступленіи или проступкѣ, и что въ сферѣ уголовного права вина немыслима иначе, какъ вина въ дѣяніи, воспрещенномъ уголовнымъ закономъ»<sup>1)</sup>. Нельзя не признать, что въ виду неопредѣлительности словъ вина, виновность, въ виду того, что слова «виновенъ», «виновность», допускаютъ и допускали другое толкованіе, что эти слова ставились и въ вопросахъ, содержащихъ въ себѣ не законный составъ преступленія, а конкретные факты и проч.<sup>2)</sup>, такіа, столь общія соображенія г. Селитренникова не могутъ имѣть той убѣдительной силы, которая была бы желательна для уничтоженія застарѣлаго убѣжденія противниковъ. Впрочемъ, мы должны здѣсь оговориться, что не въ этой статьѣ г. Селитренниковъ черпаетъ свой главный аргументъ. На эту статью онъ ссылается не какъ на положительный доводъ въ пользу защищаемой имъ теоріи, а, главнымъ образомъ, для отраженія вывода, который дѣлаетъ изъ этой статьи сенатъ и другіе сторонники ограниченія присяжныхъ конкретнымъ фактомъ. И дѣйствительно, если эта статья и не доказываетъ категорически вывода, что присяжные призваны подводить конкретные факты подъ законные признаки какъ общаго, такъ и особаго состава преступленія, то она, во всякомъ случаѣ, не говоритъ и въ пользу теоріи сената, ибо слова «вина», «виновность», можно понимать и въ юридическомъ смыслѣ, въ смыслѣ виновности предъ закономъ, въ такомъ смыслѣ, въ какомъ, напр., германскій законъ о судоустройствѣ (*Gerichtsverfassungsgesetz vom 27 Januar 1877*) говоритъ въ 81 статьѣ, что «суды присяжныхъ

<sup>1)</sup> О постановкѣ вопросовъ, стр. 18 слѣд. Въ этомъ же духѣ разсуждаетъ и г. Каллистовъ, вышеупомянутая статья, стр. 94.

<sup>2)</sup> Ср. Г. Мейеръ Вопросы факта и права, перев. Таганцева, стр. 88—89, 102 и др. Въ случаѣ постановки вопроса «виновенъ ли А. въ совершеніи такихъ то конкретныхъ фактовъ», слово «виновенъ», очевидно, имѣетъ въ виду отсутствіе обстоятельствъ, исключающихъ вину, т. е. виновеніе. Конечно, это есть субсумція конкретныхъ фактовъ подъ законное понятіе той части *общаго* состава преступленія, которая называется виновеніемъ. Но дѣло идетъ не о подведеніи конкретныхъ фактовъ только подъ *общій составъ* преступленія, а о субсумціи конкретныхъ фактовъ подъ *все* законные признаки, какъ общаго, такъ и *особаго состава* преступленія.

состоять изъ трехъ членовъ суда... и двѣнадцати *присяжныхъ, призванныхъ къ рѣшенію вопроса о виновности* (Schuldfrage)<sup>1)</sup>. Въ нашихъ глазахъ, повторяемъ, статья 7 учр. суд. уст., *сама по себѣ*, не имѣетъ значенія положительнаго, рѣшительнаго аргумента въ пользу теоріи расширенія миссіи присяжныхъ на вопросъ о виновности предъ закономъ. Но въ *связи* съ другими статьями уст. угол. судопр.—тѣми статьями, въ которыхъ говорится о винѣ или невинности, о значеніи этихъ терминовъ, — можно, намъ кажется, придти къ мнѣнію о справедливости конечнаго результата аргументаціи г. Селитренникова и Чебышева — Дмитріева.

Оставляя, однако, нашу аргументацію до другаго мѣста, рассмотримъ остальные статьи, на которыя ссылаются сторонники сенатской доктрины, т. е. на 823, 826 и 827 ст. уст. уг. суд. <sup>1)</sup>. Что касается первой изъ этихъ статей, то сторонники ограниченія присяжныхъ фактомъ, эксплуатируютъ ее въ свою пользу слѣдующимъ образомъ. Изъ того, что по 823 ст. подсудимому и защитнику предоставляется, послѣ произнесенія присяжными вердикта, доказывать, что дѣяніе, ими признанное, *незапрещено закономъ*, явствуетъ, говорятъ сторонники теоріи факта, что присяжные признаютъ виновность въ конкретномъ дѣяніи, предоставляя юридическую квалификацію суду, который можетъ и не признать преступности дѣянія <sup>2)</sup>. Отчего же, спрашивается, нельзя объяснить эту статью и въ томъ смыслѣ, что она имѣетъ въ виду случаи, когда присяжные на вопросъ, *содержащій въ себѣ законные признаки преступленія или по крайней мѣрѣ равнозначашія абстрактныя выраженія*, отвѣтятъ утвердительно и, пользуясь въ то же время правомъ, предоставленнымъ имъ 812 ст. уст. уг. суд., отвергнуть одинъ изъ признаковъ входящихъ въ составъ самаго понятія преступленія, — признакъ, безъ котораго, по мнѣнію подсудимаго или его защитника, нѣтъ вовсе состава какого либо преступленія вообще<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Разборъ 754 ст. мы отложили до того мѣста, гдѣ, по поводу аргументовъ противниковъ сенатской теоріи, ссылающихся на эту статью, мы будемъ говорить о цѣлой группѣ статей, къ которой она относится.

<sup>2)</sup> Рабиновичъ, О постановкѣ вопросовъ, Юрид. Вѣст., августъ 1882 г., стр. 590.

<sup>3)</sup> Ср. Чебышевъ-Дмитріевъ, Русское уголов. судопр., стр. 519. Тамъ, какъ мы видѣли, объяснялась и аналогическая статья французскаго Code d'instruction criminelle (364).

Точно также объясняется и 826 ст. въ связи съ 1 п. 771 ст. уст. уг. суд., — статьи, на которыя ссылается Буцковский для обоснованія своей теоріи. Въ самомъ дѣлѣ, то значеніе, какое имѣетъ 823 ст. для дѣятельности сторонъ (подсудимаго или защитника), — 826 статья, въ связи съ 1 п. 771 ст., имѣетъ по отношенію къ суду, постановляющему приговоръ по рѣшенію присяжныхъ. Такимъ образомъ, если присяжные отвергнутъ какой либо существенный признакъ преступленія, то судъ можетъ и долженъ, на основаніи 826 ст. и 1 п. 771 ст. уст. уг. суд., признать подсудимаго оправданнымъ за невоспрещенностью дѣянія закономъ подѣ страхомъ наказанія <sup>1)</sup>.

Наконецъ, такъ же мало убѣдительно и ссылка Буцковского на 827 ст. уст. уг. суд., которая предписываетъ, чтобы въ протоколѣ приговора, постановленнаго по рѣшенію присяжныхъ засѣдателей, заключеніе прописывалось безъ его основаній, и соображенія суда приводились *только по предметамъ, относящимся къ примѣненію законовъ*. Въ самомъ дѣлѣ, статья эта, въ подчеркнутой нами части своей, имѣетъ значеніе, свой полный *raison d'être*, какъ при теоріи сената, такъ и при предоставленіи присяжнымъ рѣшать вопросъ о соотвѣтствіи конкретныхъ фактовъ законнымъ признакамъ преступленія. Во-первыхъ, если присяжные даже разрѣшаютъ весь вопросъ о виновности предѣ закономъ, то судьямъ, какъ справедливо замѣчаетъ г. Чебышевъ-Дмитріевъ (I. с. стр. 519), необходимо будетъ все-таки приводить соображенія о законахъ для примѣненія наказанія. Но независимо отъ этого, законныя соображенія суда, при субсумированіи присяжными конкретныхъ фактовъ подѣ законныя признаки преступленія, необходимы и для вопроса о *виновности* предѣ закономъ. Въ самомъ дѣлѣ, присяжные, по защищаемой нами теоріи, вѣдь не отвѣчаютъ на вопросъ о виновности въ такомъ-то преступленіи (напр. въ кражѣ со взломомъ), а на вопросъ, въ которомъ перечислены *признаки* этого преступленія, или въ ихъ законныхъ, или въ соотвѣствующихъ имъ общепотребительныхъ выраженіяхъ. Однимъ словомъ, присяжные не отвѣчаютъ на вопросъ «виновенъ-ли А въ кражѣ», а на вопросъ «виновенъ ли А въ тайномъ похищеніи такого-то движимаго имущества». Следовательно,

<sup>1)</sup> Ср. Чебышевъ-Дмитріевъ, I. с., стр. 518 и слѣд.

даже послѣ утвердительнаго вердикта присяжныхъ суду, прежде чѣмъ онъ перейдетъ къ разрѣшенію вопроса о наказаніи, необходимо будетъ привести то соображеніе, что присяжные, констатируя признаки тайнаго похищенія чужаго движимаго имущества, тѣмъ самымъ признали подсудимаго виновнымъ въ кражѣ, ибо констатированные присяжными признаки исчерпываютъ собою законный составъ преступленія кражи, что видно изъ сопоставленія вердикта съ 1644 ст. улож. о наказаніяхъ. Вотъ, правда, чрезвычайно несложное, но все-таки соображеніе суда о законахъ, и именно по поводу вопроса о виновности. Эти соображенія, впрочемъ, часто бываютъ очень сложны, и именно тогда, когда самъ законъ не даетъ полнато опредѣленія даннаго преступленія, а — или упускаетъ какой-нибудь признакъ, необходимый, по соображенію съ другими статьями уложенія, для бытія даннаго преступленія (т. н. *Subintelligirter Theil des Thatbestandes*), или и вовсе не даетъ никакой дефиниціи, а ограничивается простымъ названіемъ преступленія. Въ такихъ случаяхъ, для постановки вопросовъ присяжнымъ по признакамъ преступленія, суду самому приходится придумывать дефиницію этого преступленія и помѣщать ее въ вопросы. Затѣмъ, по утвердительномъ рѣшеніи присяжными такого вопроса, суду, прежде примѣненія наказанія, приходится оправдать, обосновать свою дефиницію преступленія, причемъ эти свои мотивы судъ, конечно, основываетъ на соображеніяхъ о законахъ, относящихся къ данному преступленію. Такимъ образомъ, и эту ссылку сторонниковъ сенатской доктрины необходимо отклонить по ея явной несостоятельности.

Теперь мы обратимся къ провѣркѣ доводовъ, приводимыхъ въ пользу раздѣляемой нами теоріи, къ провѣркѣ доводовъ г. Селитренникова и др. писателей по нашему вопросу.

Что касается того обстоятельства, что въ 752, 753, 755, 757 и 811 ст. говорится о *претупномъ* дѣяніи, о событіи *преступленія* и проч., въ техническомъ смыслѣ этихъ словъ, то изъ этого еще не слѣдуетъ того, чего хочется г. Селитренникову <sup>1)</sup>. Прежде всего, всѣ эти статьи относятся и къ вопросамъ, которые ставятся въ дѣлахъ, рѣшаемыхъ *безъ* участія *при-*

---

<sup>1)</sup> А также и г. Каллистову, въ недавней статьѣ, повторяющей эти доводы г. Селитренникова; см. стр. 95 и слѣд. статьи г. Каллистова.

*сяженыя*. Мало того, г. Селитренникову интересно доказать, что *въ самомъ вопросѣ* присяжнымъ должны заключаться въ общемъ правилѣ законные признаки, образующіе составъ даннаго преступленія. Между тѣмъ, этого требованія отнюдь невидно изъ перечисленныхъ выше статей. Такъ, ст. 752 говоритъ, что о преступномъ дѣяніи непредусмотрѣнномъ въ обвинительномъ актѣ и т. д., вопросы, при извѣстныхъ условіяхъ, не предлагаются. Но о преступномъ дѣяніи можно спрашивать двояко: можно перечислить въ вопросѣ самые законные признаки этого дѣянія, можно редактировать его и въ формѣ конкретныхъ фактовъ, въ которыхъ реализуется законный составъ этого преступнаго дѣянія. Въдь если вопросъ будетъ редактированъ по второму способу, если въ вопросѣ спрашиваютъ о виновности подсудимаго въ совершеніи такихъ-то дѣйствій, которыя подходятъ подъ законный, хотя и несодержащійся въ вопросѣ, составъ даннаго преступленія, то и такой вопросъ должно признавать вопросомъ о дѣяніи преступномъ. Здѣсь нужно признать, поэтому, справедливость замѣчанія г. Рабиновича, дѣлаемаго по поводу этихъ аргументовъ г. Селитренникова<sup>1)</sup>. Г. Селитренниковъ говоритъ<sup>2)</sup>, что «событіе только тогда получаетъ названіе преступнаго, событія преступленія, когда въ немъ осуществились всѣ условія, требуемыя отъ преступленія закономъ; индивидуальный же случай, единичный фактъ, въ его конкретной формѣ, является ни больше, ни меньше, какъ только фактомъ съ признаками преступленія, какъ происшествіемъ, нуждающимся еще въ изслѣдованіи для того, чтобы быть признаннымъ преступнымъ». На это можно возразить, что если въ вопросѣ будутъ заключаться *всѣ* конкретные факты, соответствующіе законнымъ признакамъ преступленія, то такое дѣяніе и будетъ квалифицировано, какъ преступное, ибо «въ немъ осуществились всѣ условія, требуемыя отъ преступленія закономъ». И дажѣ, что такое «фактъ съ признаками преступленія», какъ не преступленіе? Въдь если нѣтъ, то тогда, значитъ, никто и никогда не совершаетъ преступленій, а только простые факты. Конечно, абстрактная квалификація дѣянія дѣлается *закономъ*, возводящимъ это дѣяніе, при наличности извѣстныхъ условій, въ пре-

<sup>1)</sup> О постановкѣ вопросовъ, I. с. стр. 589, 590.

<sup>2)</sup> I. с., стр. 19.

ступное; конечно, признаніе въ каждомъ конкретномъ случаѣ соответствія между конкретнымъ дѣяніемъ и абстрактнымъ, законнымъ составомъ даннаго преступленія принадлежитъ *судящему* субъекту. Но все-таки не судъ создаетъ, *творитъ* преступленіе, квалицируя дѣяніе подсудимаго, а самъ подсудимый, совершая преступное дѣяніе.

Вотъ почему законъ можетъ говорить о преступномъ дѣяніи даже до производства квалификаціи судомъ, только предполагая, подразумѣвая будущую квалификацію. Впрочемъ, вышеприведенныя статьи, эксплуатируемыя г. Селитренниковымъ, можно понимать и въ такомъ смыслѣ, что они предполагаютъ квалификацію уже произведенною, но только не присяжнымъ, а короннымъ судомъ. Въ самомъ дѣлѣ, весь вопросъ при толкованіи этихъ статей состоитъ именно въ томъ, *къ* кому должна быть произведена эта квалификація — судомъ ли короннымъ или присяжнымъ. Разсматривая съ этой точки зрѣнія статьи 752, 753, 755 и др., выше процитированныя со словъ г. Селитренникова, мы въ нихъ не находимъ ключа къ разрѣшенію интересующаго насъ вопроса. И дѣйствительно, квалификація эта можетъ быть произведена *судомъ короннымъ* и притомъ, такъ сказать, *tacite*, *въ моментъ постановки самой вопроса присяжнымъ*. По 760 ст. судъ долженъ ставить вопросы, во всякомъ случаѣ, по существеннымъ признакамъ преступленія. При анализѣ этой статьи мы выше доказывали, что она *не требуетъ* непременно ограниченія вопроса только конкретными фактами. Но ни изъ 760 ст., ни изъ 752, 753, 755 и др. выше цитированныхъ статей не видно, чтобы законъ *требовалъ* и непременно *исключенія* въ вопросъ законныхъ признаковъ преступленія. Изъ того же, что въ вопросы *explicite* не включаются квалицирующіе конкретное дѣяніе законные признаки, не слѣдуетъ, чтобы судъ молчаливо не могъ сдѣлать эту квалификацію, выбирая всѣ тѣ конкретные факты, въ которыхъ, по его мнѣнію, реализуются всѣ законные признаки, входящіе въ составъ даннаго преступнаго дѣянія. Другое дѣло *возможно* ли всегда исчерпать законный составъ конкретными фактами, ему соответствующими. Говорю «другое дѣло», ибо если придавать рѣшающее значеніе, при толкованіи закона, возможности вполне послѣдовательнаго проведенія известной теоріи, то тогда единственно возможная будетъ только та теорія, которая во всякомъ случаѣ требуетъ включе-

нія въ вопросъ присяжнымъ всѣхъ законныхъ признаковъ и именно въ томъ видѣ, въ какомъ они изложены въ диспозитивной части подлежащей статьи уложенія. Но такая теорія обязательности включенія употребленныхъ закономъ выраженій, во всякомъ случаѣ, поколеблена, какъ мы видѣли, 760 ст. уст. уг. суд. Что касается ссылокъ г. Селитренникова на 811 и 812 ст. уст. уг. суд., то онѣ не имѣютъ полной доказательной силы въ виду того, что это—не болѣе, какъ *примѣры*. Изъ нихъ можетъ быть сдѣланъ только тотъ выводъ, что въ вопросахъ присяжнымъ (собственно въ отвѣтахъ) *могутъ* попадаться и выраженія, употребляемые уголовнымъ закономъ; но вѣдь этого не отрицаютъ и сторонники противоположнаго взгляда на миссію присяжныхъ, какъ Буцковский и въ особенности Рабиновичъ. Да и 760 ст. уст. уг. суд. предполагаетъ такую возможность, ибо требуетъ употребленія общеупотребительныхъ выраженій, каковыми, конечно, могутъ часто являться и выраженія, встрѣчающіяся въ законѣ.

Намъ непонятенъ также аргументъ, употребленный г. Селитренниковымъ по поводу 812 ст., аргументъ слѣдующаго содержанія: «... отрицать фактъ, какъ фактъ, вообще говоря, нельзя, а можно только отрицать то значеніе, которое приписывается этимъ фактамъ<sup>1)</sup>».

Конечно, фактъ, если онъ когда-нибудь существовалъ, не можетъ быть уничтоженъ присяжными, которые ошибочно отвергаютъ его существованіе. Тѣмъ не менѣе, выраженіе «отрицать» можно примѣнить и къ отрицанію факта, а не только его значенія, потому что слово «отрицать» не значитъ уничтожать, а не признавать существующимъ, а послѣднее, конечно, возможно по отношенію къ заявленнымъ которою-либо стороною фактамъ.

Такъ же мало убѣдительны и доводы, черпаемые г. Селитренниковымъ изъ 820 и 827 ст. уст. уг. суд. По поводу 820 ст. г. Селитренниковъ говоритъ, что переходъ отъ вердикта присяжныхъ непосредственно къ вопросу о наказаніи, «возможенъ единственно только при постановкѣ вопросовъ по законнымъ признакамъ, такъ какъ съ признаніемъ виновности въ преступленіи по закону, ничего болѣе не остается,

<sup>1)</sup> 1. с., стр. 28.



какъ назначить и опредѣлить другія послѣдствія обвинительнаго вердикта. Если же допустить, что вопросы должны содержать въ себѣ исключительно конкретные факты, то заключенію о наказаніи долженъ предшествовать моментъ подведенія этихъ фактовъ подъ законъ. Но такого момента уставъ уголовного судопроизводства не устанавливаетъ. Отсюда одно изъ двухъ: или пропускъ очень существенный въ законѣ, или предположеніе о разрѣшеніи присяжными исключительно конкретного матеріала — невѣрно <sup>1)</sup>).

Выписанное разсужденіе г. Селитренникова вѣрно вплоть до того мѣста, гдѣ онъ утверждаетъ, что момента подведенія факта подъ законъ нельзя отыскать въ нашемъ уставѣ угол. судопр. Выше я уже имѣлъ случай замѣтить, что такимъ моментомъ *можетъ быть*, съ точки зрѣнія теоріи конкретного факта, *уже самая постановка вопросовъ* присяжнымъ.

Если толковать 760 ст. въ смыслѣ замѣны законныхъ признаковъ соответствующими имъ конкретными фактами, то судъ, выбирая изъ дѣла такіе конкретные факты и помѣщая ихъ въ вопросы присяжнымъ, tacite рѣшаетъ заранее вопросовъ о виновности предъ закономъ. Вотъ почему переходъ отъ вердикта къ вопросу о наказаніи возможенъ и при гипотезѣ, что, по нашему уставу уголов. судопр., присяжные рѣшаютъ только вопросъ о фактѣ.

Не знаемъ, находился ли г. Селитренниковъ подъ вліяніемъ иностранной литературы по аналогическому вопросу, или онъ самостоятельно пришелъ къ только-что разобранному доводу; но считаемъ нужнымъ напомнить, что подобный аргументъ въ западной литературѣ приводился, и именно Глазеромъ, — по отношенію къ англійскому праву <sup>2)</sup>. И этотъ доводъ Глазера мы признали вполне справедливымъ, но — *только* по отношенію къ англійскому процессу. Въ самомъ дѣлѣ, въ Англіи присяжнымъ не ставится вопросовъ, *присяжные просто принимаютъ или отвергаютъ обвинительный актъ*, если не желаютъ воспользоваться своимъ правомъ произнести такъ назыв. спеціальныи вердиктъ и если не находятъ подсудимаго виновнымъ въ какомъ-либо другомъ, меньшемъ преступленіи, близкомъ къ тому, которое

<sup>1)</sup> I. с., стр. 37 и слѣд.

<sup>2)</sup> См. выше, гл. I.

составляют предмет обвинительного акта. Въ Англіи, далѣе, судья, за исключеніемъ случая, когда присяжные постановляютъ по своей инициативѣ специальный вердиктъ, не произноситъ по ихъ рѣшенію приговора о томъ, что подсудимый не виновенъ или виновенъ, онъ только отпускаетъ подсудимаго въ первомъ и назначаетъ наказаніе во второмъ случаѣ. Не то у насъ, гдѣ судъ не только ставитъ присяжнымъ вопросы, но по рѣшенію ихъ во всякомъ случаѣ, долженъ произнести сущность приговора (резолюцію), изготovitъ и объявить приговоръ, и притомъ не только съ цѣлью опредѣленія наказанія, но и съ цѣлью окончательнаго признанія подсудимаго оправданнымъ или обвиненнымъ. Мы выше оспаривали мнѣніе Буцковскаго, стремящагося изъ сопоставленія 827 и 1 п. 771 ст. вывести безусловное ограниченіе присяжныхъ областью конкретнаго факта. Но мы оспаривали только *безусловный* выводъ его въ этомъ смыслѣ, мы, однако, не отрицали, что цитированныя статьи *допускаютъ* и толкованіе Буцковскаго, т. е. то именно, что вся квалифікація конкретныхъ фактовъ принадлежитъ исключительно профессиональному суду. Такимъ образомъ, если-бы въ законѣ нашемъ не было никакихъ другихъ точекъ опоры для рѣшенія интересующаго насъ вопроса, то въ 827 и 771 статьяхъ *можно* было бы усмотрѣть указаніе на моментъ, когда судъ профессиональный имѣетъ случай оформить то молчаливое рѣшеніе вопроса о субсумціи конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки преступленія, о которомъ мы говорили по поводу 760 ст. уст. уг. суд.

Намъ остается еще рассмотреть аргументы, черпаемые изъ 801 ст. уст. уг. суд., предписывающей предсѣдательствующему объясненіе присяжнымъ законовъ, относящихся къ опредѣленію свойства рассматриваемаго преступленія или проступка.

Г. Селитренниковъ здѣсь рассуждаетъ такъ: если присяжнымъ даются свѣдѣнія о смыслѣ законовъ касательно опредѣленія свойства преступленія, то они, значитъ, а не судьи коронные, рѣшаютъ, по нашему уставу, вопросъ о виновности *предъ закономъ*, они, значитъ, не только констатируютъ конкретные факты (для чего вѣдливо знать законовъ), но и подводятъ, сопоставляютъ эти факты съ соответствующими законными признаками преступленія. Предполагать же, что при начертаніи даннаго постановленія 801 ст. законодатель имѣлъ въ виду какую-нибудь другую цѣль, кромѣ указанной г. Селитренниковымъ, послѣдній

находить невозможнымъ. Въ данномъ случаѣ, г. Селетренниковъ не соглашается съ аргументаціей Бущковскаго, который находить возможнымъ примирить объясненіе присяжнымъ законовъ съ принципомъ ограниченія присяжныхъ конкретнымъ фактомъ <sup>1)</sup>).

Аргументацію г. Селетренникова, въ особенности ту ея часть, гдѣ онъ полемизируетъ съ Бущковскимъ <sup>2)</sup>, можно, намъ кажется, считать вполне убѣдительною для того вывода, что присяжные, по нашему праву, *не абсолютно* ограничены конкретнымъ фактомъ. Дѣйствительно, еслибы законодатель такъ же боялся малѣйшаго вторженія присяжныхъ въ область субсумціи фактовъ подъ абстрактные признаки преступленія, разъ они упомянуты въ законѣ, какъ онъ, напр., боится вмѣшательства присяжныхъ въ вопросъ о наказаніи; то онъ не только не начерталъ бы даннаго постановленія 801 ст., но постарался бы предписать абсолютное воздержаніе и сторонъ, и предсѣдателя отъ самаго упоминанія о законахъ передъ присяжными, т. е. поступилъ бы здѣсь такъ же, какъ съ вопросомъ о наказаніи.

Но современные русскіе сторонники теоріи ограниченія присяжныхъ конкретнымъ фактомъ и не думаютъ утверждать, что въ вопросы присяжныхъ *ни въ какомъ случаѣ* не должно включать законныхъ признаковъ. Они понимаютъ правило объ ограниченіи присяжныхъ конкретнымъ фактомъ только какъ *принципъ, допускающій исключенія*, и именно тамъ, гдѣ замѣнить законный признакъ конкретнымъ фактомъ нѣтъ возможности или чрезвычайно неудобно. Г. Рабиновичъ <sup>3)</sup> съ этою именно точки зрѣнія и смотритъ на разумъ 801 ст. уст. уг. суд., предполагая, что законодатель нашъ именно имѣлъ въ виду только *возможность* случаевъ включенія въ вопросы присяжнымъ законныхъ признаковъ преступленія, объясненіе которыхъ потому и вѣнчано въ обязанность предсѣдательствующему.

<sup>1)</sup> Бущковскій объясняетъ *raison d'être* 1 п. 801 ст. тѣмъ, что странно было бы оставлять присяжныхъ безъ разъясненія имъ, въ чемъ мнѣнія, выраженные въ обвинительномъ актѣ и заключительныхъ преніяхъ, различествуютъ на счетъ свойства рассматриваемаго преступленія. Суд. В. 1867 года № 78.

<sup>2)</sup> I. с., стр. 3 и слѣд.

<sup>3)</sup> I. с., стр. 590.

Такимъ образомъ, вопросъ о положительномъ принципѣ нашего закона остается все-таки неразрѣшеннымъ, если не настаивать на категоричности текста 1 п. 801 ст. (предсѣдатель «объясняетъ»...), на томъ, что предписанное 801 ст. разъясненіе законовъ, по тексту статьи, является не исключеніемъ, а *общимъ правиломъ* въ глазахъ закона, — вещь настолько ординарною, насколько и изложеніе обстоятельствъ дѣла<sup>1)</sup>).

Но независимо отъ этихъ соображеній о текстѣ 801 ст., предложенное г. Рабиновичемъ объясненіе значенія 1 п. ея падаетъ, какъ мы увидимъ ниже, при внимательномъ изслѣдованіи смысла тѣхъ словъ, которыми нашъ законъ опредѣляетъ миссію присяжныхъ, словъ: «виновность» «вина». Если заключеніе г. Селетренникова отъ средства къ цѣли, само по себѣ, и можетъ еще быть до нѣкоторой степени оспариваемо<sup>2)</sup> г. Рабиновичемъ, то, какъ мы увидимъ ниже, къ тому же заключенію приводитъ нашъ совершенно независимое изслѣдованіе самой цѣли, въ данномъ случаѣ—миссіи присяжныхъ по нашему закону, средствомъ къ осуществленію которой и является объясненіе присяжнымъ законовъ.

Мнѣ остается еще разобрать доводы покойнаго Чебышева, Дмитріева, черпаемые имъ изъ 520, 751, 737, 746 ст. уст. уг. суд. Возражая Бупковскому по поводу толкованія послѣднимъ 801 ст., Чебышевъ-Дмитріевъ спрашиваетъ: «почему же въ обвинительномъ актѣ приписываемое подсудимому преступленіе опредѣляется по закону, когда *выводы* обвинительнаго акта должны служить основаніемъ вопросовъ (ст. 751)?»<sup>3)</sup>. На это можно замѣтить, что обвинительный актъ по нашему праву имѣетъ значеніе свое *не только для судебнаго слѣдствія*, но и

<sup>1)</sup> Въ такомъ же духѣ разсуждаетъ и г. Калистовъ, *ib.* стр. 98 и слѣд.

<sup>2)</sup> И въ нѣмецкой литературѣ аналогическое 801 статьѣ уст. уг. суд. постановленіе, напр., прусскаго процессуальнаго кодекса, не имѣло такого рѣшительнаго значенія въ глазахъ толкователей, какое г. Селетренниковъ придаетъ 1 п. 801 ст. нашего закона. Ср. Гуго-Мейеръ, *цит. соч.* стр. 90, прим. Мало того, и болѣе категорическое, опредѣлительное постановленіе 171 ст. баварскаго устава 1848 г. находили возможнымъ примирять съ теоріей ограниченія присяжныхъ конкретнымъ фактомъ. Ср. Mittermaier, *Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte*, 250—251 стр. Это, однако, уже неважно. Ср. Гуго-Мейеръ, *l. c.*, 107—108 стр.

<sup>3)</sup> Русское уголовн. суд., стр. 520.

для стадіи *преданія суду*, что онъ пишется прокуратурою, между прочимъ, и для *обвинительной камеры*, которая въ виду его постановляетъ свое опредѣленіе о преданіи суду или о прекращеніи дѣла (ср. ст. 529 и слѣд.). Но даже если оставить въ сторонѣ это значеніе обвинительнаго акта, если принимать въ расчетъ только его значеніе для судебного слѣдствія, то и тогда заключеніе г. Чебышева-Дмитріева неосновательно. И на судебномъ слѣдствіи обвинительный актъ имѣетъ значеніе не для *однихъ присяжныхъ*, а прежде всего—для подсудимаго и его защитника, затѣмъ, для суда короннаго. Конечно, обвинительный актъ имѣетъ громадное значеніе и для вопросовъ, предлагаемыхъ присяжнымъ, и именно, между прочимъ, то значеніе, на которое указываетъ цитированный г. Чебышевымъ-Дмитріевымъ 751 ст. уст. уг. суд.: выводы обвинительнаго акта служатъ главнымъ основаніемъ для этихъ вопросовъ (ср. 751, 752 ст. уст. уг. суд., какъ послѣдняя разъяснена кассационной практикой). Но это свое значеніе обвинительный актъ можетъ сохранить какъ тогда, когда въ вопросы присяжнымъ будутъ включаться законные признаки преступленія, подъ которое авторъ обвинительнаго акта подводитъ дѣяніе подсудимаго, такъ и тогда, когда коронный судъ, принимая въ расчетъ эту юридическую квалификацію обвинительнаго акта, замѣнитъ законные признаки соответствующими имъ и указанными въ обвинительномъ актѣ конкретными фактами. Г. Чебышевъ-Дмитріевъ въ выписанномъ выше мѣстѣ дѣлаетъ удареніе на упоминаемомъ 751 ст. словѣ «*выводы*» обвинительнаго акта, выводы, которые должны по этой же статьѣ служить основаніемъ вопросовъ. Здѣсь, конечно, онъ отождествляетъ слова «*выводы*» съ юридической квалификаціей. Но это выраженіе закона можно отнести и къ тѣмъ конкретнымъ фактамъ, въ которыхъ осуществляются законные признаки, и которые составитель обвинительнаго акта установилъ, вывелъ изъ уликъ за и противъ подсудимаго, собранныхъ на предварительномъ слѣдствіи. Но даже если-бы въ 751 ст. вмѣсто слова «*выводы*» прямо сказано было «*юридическая квалификація*», то и тогда всю статью 751 можно было бы принимать, какъ за правило для *короннаго суда* при постановкѣ вопросовъ, а не для самихъ присяжныхъ. Въдѣ тамъ говорится не о *текстѣ*, даже не о содержаніи вопросовъ, а объ *основаніи, матеріалѣ* для вопросовъ, которые ставятся

судомъ короннымъ. Далѣе, по поводу 737 ст. Чебышевъ-Дмитріевъ приводитъ выписку изъ изданія госуд. канцеляріи, гдѣ говорится, что «содержаніе обвинительной рѣчи прокурора по дѣламъ, рѣшаемымъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, опредѣляется предметами, подлежащими обсужденію присяжныхъ»<sup>1)</sup>. Но и этотъ мотивъ, самъ по себѣ, не даетъ ключа къ разрѣшенію интересующаго насъ вопроса. Изъ сопоставленія текста 737 ст. съ вышеприведеннымъ къ ней мотивомъ, въ самомъ дѣлѣ, можно построить только такой силлогизмъ: такъ какъ по 737 ст. прокуроръ даетъ передъ присяжными заключеніе о свойствѣ и степени вины подсудимаго, и такъ какъ по мотиву къ этой статьѣ содержаніе рѣчи прокурора опредѣляется предметами, подлежащими обсужденію присяжныхъ, то ясно, что присяжнымъ предоставлено обсужденіе вопроса о свойствѣ и степени вины, т. е. вопроса о виновности. Значитъ, это сопоставленіе не даетъ намъ болѣе того, что даютъ 7 ст. учр. суд. уст. и другія статьи уст. уг. суд., прямо очерчивающія кругъ компетенціи присяжныхъ вопросомъ о виновности. Опять, слѣдовательно, мы наталкиваемся на вопросъ — какъ слѣдуетъ понимать термины, употребляемые нашимъ закономъ для обозначенія миссіи присяжныхъ,—слова: «вина», «виновность».

Обращаясь къ выясненію смысла этихъ терминовъ, мы начнемъ свое изслѣдованіе съ отдѣла устава уголовного судопроизводства, на который предыдущіе изслѣдователи не обращали никакого вниманія,—именно съ статей, употребляющихъ слова: «виновность», «вина», въ примѣненіи къ производству передъ *короннымъ, профессиональнымъ* судомъ.

Мы говоримъ о той группѣ статей уст. угол. суд., которая стоитъ подъ заголовкомъ: «Постановленіе приговоровъ безъ участія присяжныхъ засѣдателей» (отдѣленіе 2 главы IX раздѣла IV книги 2, статьи 765 и слѣд.)

Общій порядокъ статей этого отдѣленія слѣдующій. Давъ въ 765 ст. правило, относящееся къ внѣшнему порядку обсужденія вопросовъ, входящихъ въ приговоръ, законъ далѣе переходитъ къ правиламъ, касающимся самаго разрѣшенія этихъ вопросовъ. Въ число послѣднихъ входятъ, прежде всего, вопросъ о ви-

<sup>1)</sup> То же дѣлаетъ и г. Калистовъ въ недавней вышеупомянутой статьѣ своей, стр. 94—95.

нѣ или невпнности (ст. 766), а затѣмъ — о наказаніи (ст. 774). Статья 771 предвидитъ три вида окончательнаго разрѣшенія этихъ главнѣйшихъ вопросовъ, сообразно чему является три вида приговоровъ: 1) или объ *оправданіи* подсудимаго, когда дѣяніе, въ коемъ онъ былъ обвиняемъ, признается недоказаннымъ, неподлежащимъ вѣнненію, или невоспрещеннымъ закономъ подѣ страхомъ наказанія; 2) или объ *освобожденіи отъ суда*, когда преступное дѣяніе покрывается давностью и проч., или, наконецъ, 3) о *наказаніи* подсудимаго, когда онъ изобличается въ такомъ преступномъ дѣяніи, которое ему вѣняется въ вину и отъ отвѣтственности за которое онъ не можетъ быть освобожденъ. Читатель видитъ, что эта группа статей (765 — 775) охватываетъ правила для рѣшенія *всѣхъ* вопросовъ, составляющихъ главные, существенные элементы уголовного приговора. Сюда относятся не только вопросъ о доказанности конкретнаго дѣянія и его вѣненіи въ вину, но и вопросъ о *соотвѣтствіи этого конкретнаго дѣянія законному составу даннаго и вообще какою бы то ни было преступленія* (пп. 1 и 3 ст. 771).

За этой группой статей слѣдуетъ статья 776 слѣдующаго содержанія: «*Сверхъ разрѣшенія вопросовъ о виновности и наказаніи, судъ дѣлаетъ постановленія и о другихъ послѣдствіяхъ преступленія или проступка и судебного о немъ производства, какъ-то: 1) о вещахъ, добытыхъ прест. дѣяніемъ, 2) о вознагражденіи за вредъ и убытки, понесенные тою или другою стороною, и 3) о возмѣщеніи судебныхъ издержекъ*». Затѣмъ, въ слѣдующихъ статьяхъ идутъ подробныя правила касательно этихъ второстепенныхъ частей приговора.

Такимъ образомъ, ст. 776 даетъ перечень *всѣхъ* какъ главныхъ, такъ и второстепенныхъ частей приговора, притомъ такъ, что начало этой статьи, выписанное выше курсивомъ, резюмируетъ главные части его, правила о которыхъ даны въ предыдущихъ статьяхъ, а остальной текстъ относится къ второстепеннымъ элементамъ приговора, подробныя правила о которыхъ даны въ слѣдующихъ статьяхъ.

Теперь, разсматривая ту часть 776 ст., которая относится къ главнымъ элементамъ приговора, мы видимъ, что такихъ необходимыхъ элементовъ, въ мысли нашего законодателя, два: вопросъ о виновности и вопросъ о наказаніи. Третьей, промежуточной категоріи вопросовъ, къ которой можно было бы от-

нести вопросъ о субсумціи конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки преступленія, законъ нашъ не знаетъ; въ мысли нашего законодателя вопросы о виновности и наказаніи суть смежные понятія,—гдѣ кончается первый, тамъ начинается второй. Мы видѣли, кромѣ того, что словами «вопросы о виновности и наказаніи» законъ нашъ резюмируетъ содержаніе тѣхъ вопросовъ, подробныя правила о разрѣшеніи которыхъ даны раньше и къ которымъ относится и вопросъ о соответствіи конкретного дѣянія законному понятію преступленія (ст. 771 п.п. 1 и 3).

Вопросъ, такимъ образомъ, только въ томъ — къ какой изъ упомянутыхъ въ началѣ 776 ст. частей приговора слѣдуетъ отнести вопросъ о подведеніи конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки преступленія — къ вопросу ли о виновности или къ вопросу о наказаніи?

Я думаю, что достаточно поставить предложенный выше вопросъ, чтобы рѣшить его въ томъ смыслѣ, что операція *субсумции конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки преступленія, въ мысли нашего, какъ и всякаго законодателя, относится именно къ той части приговора, которая обозначена въ 776 ст. вопросомъ о виновности*. Вѣдь разрѣшая вопросъ—соотвѣтствуетъ ли конкретное дѣяніе подсудимаго законнымъ условіямъ виновности въ данномъ преступленіи, тотъ, кто производитъ эту операцію, очевидно, не только не разрѣшаетъ вопроса о наказаніи, но даже и не касается его, вѣдь въ этомъ случаѣ производящій субсумцію имѣетъ дѣло только съ *диспозитивною* частью даннаго уголовного закона и не касается *санкціи*, наказанія, положеннаго за данное, предусмотрѣнное этимъ закономъ преступленіе. Вѣдь принципиально нельзя провести иной границы между вопросами о виновности и о наказаніи, чѣмъ та, какая естественно дается этими двумя частями каждой отдѣльной уголовно-правовой нормы, какая вытекаетъ изъ буквального смысла словъ «виновность» и «наказаніе». Вѣдь если разрѣшеніе вопроса о соответствіи конкретныхъ фактовъ законнымъ признакомъ преступленія считать относящимся къ области вопроса о наказаніи, то тогда и отрицательное рѣшеніе этого вопроса, ведущее по 1 п. 771 ст. уст. уг. суд. къ оправдательному приговору, слѣдуетъ также считать рѣшеніемъ вопроса о наказаніи, между тѣмъ какъ судъ, разрѣшая вопросъ о субсумціи конкретныхъ фактовъ подъ



законные признаки въ отрицательномъ смыслѣ, очевидно, и не заглядываетъ въ отдѣлъ санкціи даннаго уголовного закона, въ часть статьи, говорящую о положенномъ наказаніи. Здѣсь я предвижу возраженіе, заимствованное изъ текста 3 п. 771 ст., состоящее въ томъ, что тамъ, какъ о противоположности оправдательному приговору, упоминается приговоръ «о наказаніи» («судъ постановляетъ приговоръ . . . о наказаніи подсудимаго»), что, слѣдовательно, вопросъ о виновности въ данномъ преступномъ дѣяніи, разрѣшенный положительно, отнесенъ-де нашимъ закономъ къ вопросу о наказаніи. Но это совершенно невѣрно, ибо для «приговора о наказаніи», какъ онъ охарактеризованъ въ 3-мъ п. 771 ст., необходимо не только разрѣшеніе вопроса о виновности въ данномъ преступленіи, не только подведеніе конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки преступленія, но и разрѣшеніе вопроса о такъ наз. законныхъ причинахъ прекращенія дѣла, причинахъ, въ силу которыхъ, несмотря на виновность подсудимаго въ данномъ преступленіи, наказаніе не можетъ имѣть мѣста (давность, помилованіе—вообще причины, исключаютія наказаніе, обстоятельства, являющіяся, по выраженію Гуго-Мейера, какъ бы эквивалентами его). При разрѣшеніи этого вопроса судъ, конечно, не имѣетъ дѣла съ вопросомъ о виновности въ данномъ преступленіи.

Можно предвидѣть, пожалуй, еще слѣдующее возраженіе противъ нашего толкованія. Сторонники теоріи конкретнаго факта, пожалуй, скажутъ, что, рѣшая вопросъ о законныхъ условіяхъ, вины, производя субсумцію конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки даннаго преступленія, судъ рѣшаетъ вопросъ объ одномъ изъ условій примѣненія наказанія, что, слѣдовательно, и этотъ вопросъ могъ быть отнесенъ нашимъ законодателемъ къ вопросу о наказаніи. На это можно замѣтить, что если бы нашъ законодатель руководился такими соображеніями, то онъ вовсе отказался бы отъ установленія этихъ двухъ категорій вопросовъ, такъ какъ и установленіе конкретныхъ фактовъ съ такимъ же правомъ, какъ и подведеніе ихъ подъ законные признаки, можно отнести къ условіямъ примѣненія наказанія. Одно изъ двухъ: или слить всю массу вопросовъ въ одну массу условій для примѣненія наказанія, или, если дѣлать разграниченіе между этими условіями, и именно то разграниченіе, которое связывается съ терминами виновность и наказаніе, то къ первой категоріи, оче-

видно, нужно отнести все то, отъ чего зависить признаніе подсудима виновнымъ въ данномъ преступномъ дѣяніи. До сихъ поръ сомнѣвались только въ томъ, какъ понимать слово виновность—въ смыслѣ ли виновности въ конкретномъ фактѣ или виновности предъ закономъ. Но до сихъ поръ никто, кажется, серьезно не утверждалъ, что вопросъ о виновности предъ закономъ можетъ быть отнесенъ къ вопросу о наказаніи <sup>1)</sup>.

Таково значеніе термина виновность въ статьяхъ устава, говорящихъ о приговорахъ по дѣламъ, рѣшаемымъ *безъ участія присяжныхъ заседателей*. Такова терминологія нашего законодателя въ томъ отдѣлѣ устава, который относится къ производству въ средѣ коллегіи *професіональных, ученыхъ* судей, въ отдѣлѣ, гдѣ законодатель, употребляя термины, не имѣлъ надобности принаравливать ихъ къ не юридическому пониманію слова «виновность», гдѣ онъ обращается къ юристамъ.

Посмотримъ теперь, какъ относится нашъ законъ къ этому же термину въ тѣхъ мѣстахъ, которыя касаются производства *передъ присяжными*.

Здѣсь слѣдуетъ замѣтить, что въ уставѣ имѣются двоякаго рода процессуальныя правила, касающіяся производства передъ присяжными. Одни изъ нихъ — *общіе* для дѣлъ, рѣшаемыхъ съ участіемъ и безъ участія присяжныхъ. Сюда относятся напр. всѣ правила о заключительныхъ преніяхъ по судебному слѣдствію, за исключеніемъ статей: 738 (касающейся специально производства безъ участія присяжныхъ), 743, 746 (относящихся специально къ производству съ участіемъ присяжныхъ). Далѣе, къ общимъ статьямъ слѣдуетъ причислить всѣ правила о постановкѣ вопросовъ, за исключеніемъ 760 ст., относящейся специально къ производству передъ присяжными и части статьи 761. Наконецъ, къ общимъ же статьямъ относятся правила о постановленіи приговоровъ, изложенныя въ 774—800, за исклю-

---

<sup>1)</sup> Впрочемъ г. Калистовъ, въ вышеозначенной статьѣ своей, относить вопросъ о законопротивности дѣянія къ вопросу о *последствіяхъ* виновности (стр. 102). Это, однако, неврѣно съ точки зрѣнія нашего закона, такъ какъ послѣдствіями виновности нашъ законъ считаетъ вопросъ о наказаніи, вопросъ о вещахъ добытыхъ преступленіемъ и о вознагражденіи за вредъ и убытки (ср. 776 и 820 ст. уст. угол. суд.).

ченієм ст. 797, имѣющей полное примѣненіе только въ дѣлахъ, рѣшаемыхъ безъ участія присяжныхъ. Другія правила даны *спеціально для производства съ присяжными*. Сюда, кромѣ уже вышеуказанныхъ, относятся 801—828 ст. изъ устава уголовного судопроизводства и 7 ст. учр. суд. уст. <sup>1)</sup>.

Если теперь мы пересмотримъ всѣ статьи, касающіяся спеціально производства передъ присяжными, то не увидимъ и намека на то, чтобы законодатель нашъ, опредѣляя миссію, предметъ вѣдѣнія присяжныхъ, придавалъ терминамъ «виновность», «вина» и проч. какой-либо иной смыслъ, чѣмъ тотъ, какой эти слова имѣютъ въ примѣненіи къ производству передъ короннымъ судомъ. Собственно говоря, ни въ 7 ст. учр. суд. уст., ни въ другихъ статьяхъ, говорящихъ о виновности, какъ предметъ вѣдѣнія присяжныхъ, нѣтъ вовсе никакого опредѣленія значенія этого слова. Но именно это отсутствіе особаго опредѣленія слѣдуетъ толковать въ смыслѣ *тождества* значенія слова «виновность», въ примѣненіи его къ производству съ присяжными, съ значеніемъ, придаваемымъ этому термину въ статьяхъ, говорящихъ о дѣлахъ, рѣшаемыхъ чисто - короннымъ судомъ. На такую аргументацію я, впрочемъ, съ увѣренностью ожидаю возраженія въ томъ смыслѣ, что она построена на слабыхъ основаніяхъ, что она презумируетъ слишкомъ большую выдержанность языка нашего законодателя. На это, прежде всего, надо замѣтить, что настоящее толкованіе должно именно исходить изъ предположенія послѣдовательности законодателя, доколѣ, конечно, противное не будетъ доказано, что истинный методъ толкованія тотъ, который свои аргументы черпаетъ не внѣ закона, а въ немъ самомъ. Впрочемъ, за наше толкованіе говорятъ и соображенія о той *обстановкѣ*, о тѣхъ *смыслахъ* и *образцахъ*, которые были въ виду у редакторовъ нашихъ судебныхъ уставовъ. Дѣло въ томъ, что въ противность гг. Буцковскому и Рабиновичу, старающимся ссылкой на французскую систему доказать тенденцію русскаго законодателя къ

---

<sup>1)</sup> Мы не упоминаемъ здѣсь о правилахъ, касающихся чисто формальной стороны производства передъ присяжными, какъ напр. касательно образованія присутствія присяжныхъ, наставленія, даваемого присяжнымъ при открытіи судебного засѣданія и проч.

ограниченію присяжныхъ областью конкретнаго факта, я рѣшаюсь утверждать, что именно въ виду французской системы, какъ она установилась задолго до редакціи судебныхъ уставовъ, нашъ законодатель, при начертаніи 7 ст. учр. суд. уст., 760 и др. ст. уст. уг. суд., не исходилъ изъ такого взгляда на миссію присяжныхъ, который имѣетъ тенденцію ограничить ихъ въ принципѣ областью голаго, конкретнаго факта.

Дѣло въ томъ, что какъ мы видѣли, ни при введеніи института присяжныхъ во Франціи, въ 1791 г., ни при изданіи дѣйствующаго и нынѣ кодекса 1808 г. не имѣлось въ виду ограниченіе присяжныхъ дѣйствительно *только, конкретнымъ* фактомъ. Говорилось, правда, о томъ, что присяжные суть судьи факта, а коронные судьи—права, но эти слова—фактъ и право, имѣли въ этомъ случаѣ совершенно *другое* значеніе. Въ области факта, какъ тогда, такъ и впослѣдствіи, относили не только то, что нѣмецкіе изслѣдователи понимаютъ подъ историческими, *конкретными фактами*, но и тѣ факты, которыми пользуется законъ при опредѣленіи понятія извѣстнаго преступнаго дѣянія, т. е. законные признаки преступленія.

Вотъ каковъ образецъ былъ въ виду у редакторовъ судебныхъ уставовъ.

Но кромѣ французскаго Code d'instruction criminelle, въ виду нашего законодателя были вѣдь не только англійскій судъ присяжныхъ, но и партикулярныя нѣмецкія законодательства 1848 и слѣд. годовъ, была и цѣлая литература о компетенціи миссіи народнаго элемента въ уголовной юстиціи.

Какъ мы видѣли, еще до редакціи нашихъ установъ, литература германская, въ трудахъ такихъ изслѣдователей, какъ Цахаріэ, Вальбергъ, Кревель, Арнольдъ, Планкъ, Гуго Мейеръ, Глазеръ и др., рѣзко поставила этотъ вопросъ и рѣшила его въ смыслѣ невѣрности взгляда на присяжныхъ, какъ на судей чисто - конкретнаго факта. Наука и даже нѣкоторыя нѣмецкія законодательства открыто признали присяжныхъ судьями о *смысленности предъ закономъ*.

Въ виду всего изложеннаго, едва ли можно объяснить простою, неумышленною случайностью то обстоятельство, что нашъ законодатель, для означенія призванія присяжныхъ, вмѣсто старой формулы «вопросъ *факта*,» въ 7 ст. учр. суд. уст. и въ разныхъ статьяхъ уст. уг. суд. употребляетъ ту именно, къ

которой уже тогда пришла наука, — формулу, заключающуюся въ выраженіяхъ «вина», «невинность», «вопросъ о виновности», формулу, лучше которой не могъ придумать и новѣйшій герман. кодексъ угол. судопр. 1877 г., созданный при такомъ живомъ участіи лучшихъ представителей науки и практики германской<sup>1)</sup>.

Но допустимъ, что нашъ законъ не даетъ никакихъ положительныхъ намековъ для рѣшенія интересующаго насъ вопроса въ ту или другую сторону<sup>2)</sup>, что онъ представляетъ изъ себя *tabula rasa* въ этомъ отношеніи. Но и тогда русскимъ процессуалистамъ, стоящимъ на уровнѣ современной науки, слѣдовало бы пользоваться этою уклончивостью законодателя, для проведенія на практикѣ той теоріи призванія присяжныхъ, которая единственно совмѣстима съ идеей суда присяжныхъ, а не той, которая, по словамъ Фейербаха, сказаннымъ еще въ 1813 г., обращаетъ судъ присяжныхъ въ простую забаву, отличающуюся отъ другихъ игрушекъ только тѣмъ, что для смѣха она слишкомъ серьезна<sup>3)</sup>. *Одно изъ двухъ — или присяжнымъ нужно предоставить субсумцію конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки, или изнать судъ присяжныхъ вовсе изъ русскаго православаго организма.*

Не такъ дѣлаетъ г. Рабиновичъ. Теорію факта онъ старается оправдать даже ссылкой на науку и иностранныя законодательства. Вотъ вѣрнѣе ходъ теоретическаго разсужденія г. Рабиновича по этому предмету<sup>4)</sup>. Изложивъ доводы, которые приводятся процессуалистами, оспаривающими самую возмож-

<sup>1)</sup> Дѣйствительно, любопытно сравнить постановленія нашего закона по интересующему насъ вопросу съ соответствующими постановленіями Германскаго законодательства. Ст. 81 закона о судоустройствѣ (*Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877*) говоритъ слѣдующее: суды присяжныхъ состоятъ изъ трехъ Коровныхъ судей — въ томъ числѣ предсѣдатель — и изъ 12 присяжныхъ, *«призванныхъ къ разрѣшенію вопроса о виновности (Schuldfrage)»*. Подчеркнутыя нами слова, какъ видитъ читатель, почти буквально тождественны съ словами нашего закона о судоустройствѣ, опредѣляющими миссію нашихъ присяжныхъ (7 ст. учр. суд. уст.)

<sup>2)</sup> Допустить, что законъ нашъ даетъ какія-нибудь точки опоры для теоріи сената в Будковскогого, мы, въ виду изложеннаго, не можемъ.

<sup>3)</sup> *Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht*, стр. 170.

<sup>4)</sup> См. его статью, подъ назв. «О постановкѣ вопросовъ присяжнымъ заседателямъ» въ Юридическомъ Вѣстникѣ за 1882 г., стр. 585 и слѣд.

ность разграниченія между вопросами права и факта <sup>1)</sup>, г. Рабиновичъ и самъ приходитъ къ выводу, что «различіе между вопросами права и факта въ высшей степени неопредѣленно, что обнаруживается уже изъ теоретическаго анализа этого различія и подтверждается судебной практикой различныхъ странъ». Какъ видитъ читатель, этотъ выводъ есть не совсѣмъ точное выраженіе того же вывода, къ которому пришла наука и практика западной Европы относительно невозможности отдѣленія вопросовъ конкретнаго факта и права <sup>2)</sup>. Какъ бы то ни было такой выводъ, казалось бы, долженъ былъ повлечь за собой смертный приговоръ теоріи ограниченія присяжныхъ конкретнымъ фактомъ, ибо какая же цѣна процессуальнаго правила, если оно построено на различіи «въ высшей степени неопредѣленною». Но г. Рабиновичъ успокаивается на томъ, что теорія ограниченія присяжныхъ фактомъ — «не болѣе, какъ *правило*, которое необходимо отличается меньшею опредѣленностью, нежели *формула*» <sup>3)</sup>; онъ признаетъ «заслугу этого правила» въ *указаніи* границы компетенціи присяжныхъ, хотя эта граница и не можетъ быть еще точно проведена». Странно это «еще»: какъ будто *уже* не доказана невозможность этого точнаго, послѣдовательнаго проведенія правила объ ограниченіи компетенціи присяжныхъ конкретнымъ фактомъ, а коронныхъ судей — только правомъ?! Какъ будто есть еще надежда на наступленіе этой возможности въ будущемъ?!

И далѣе, изложивъ доводы противниковъ теоріи ограниченія компетенціи присяжныхъ конкретнымъ фактомъ, доводы, выставляющіе невыгоды такой системы, г. Рабиновичъ говоритъ: «Не согласиться съ тѣмъ, что невыгоды эти весьма значительны, конечно, невозможно, хотя только-что приведенная характеристика Фейербаха не примѣнима уже болѣе ни къ французскому, ни тѣмъ болѣе къ нашему суду присяжныхъ, такъ какъ вопросъ о виновности нигдѣ уже болѣе не раздробляется за исключеніемъ нѣкоторыхъ случаевъ, о которыхъ скажемъ ниже» <sup>4)</sup> Здѣсь, говоря о характеристикѣ Фейербаха, г. Рабино-

1) *ib.*, стр. 591—594.

2) См. выше.

3) *l. c.*, стр. 594.

4) *ib.*, стр. 597.

вѣтъ имѣть въ виду выписанное имъ на той же страницѣ мѣсто изъ сочиненія Фейербаха, въ которомъ, какъ мы выше упоминали, знаменитый юристъ говоритъ, что при извѣстномъ пониманіи миссіи присяжныхъ самый институтъ, въ которомъ они фигурируютъ, становится *мишушкой, отличающейся отъ другихъ забавъ только тѣмъ, что она слишкомъ серьезна для того, чтобы служить для потѣхи*. Изъ словъ Фейербаха у г. Рабиновича приведены, впрочемъ, только сейчасъ подчеркнутыя нами слова. Эта неполнота выписки, а также замѣчаніе г. Рабиновича о непримѣнимости характеристики Фейербаха къ современному суду присяжныхъ, незнающему дробленія вопросовъ, очень легко могутъ дать поводъ читателю г. Рабиновича, не видавшему сочиненія нѣмецкаго ученаго, подумать, что Фейербахъ, говоря эти слова, возставалъ главнымъ образомъ, если не единственно, противъ дробленія вопросовъ. Между тѣмъ знаменитый юристъ это предостереженіе дѣлаетъ въ виду самой теоріи, защищаемой г. Рабиновичемъ, въ виду стремленія ограничить присяжныхъ областью конкретнаго или, какъ его называетъ Фейербахъ, историческаго факта. На страницѣ 170 своего сочиненія, подъ названіемъ — *Betrachtungen über das Geschworenengericht (Landshut, 1813 г.)* Фейербахъ говоритъ: «So klar dieses, so einleuchtend zugleich, dass der historische Bestandtheil der Thatfrage über Schuld oder Nichtschuld von dem juridischen nicht getrennt werden kann, wenn nicht die Jury zu einem blossen Spiel gemacht werden soll, das sich von andern Spielen nur dadurch unterscheidet, dass es zum Lachen zu ernsthaft ist. — Denn wird eine Jury blos darüber gefragt: ob gewisse ihr vorgelegte That-sachen historisch wahr oder nicht wahr seyen? so sind die m u Oberherrn gesetzten Richter ganz allein Herren und Meister über Schuld oder Nichtschuld des Angeklagten, weil dann immer die *Qualification* der That von ihrer Beurtheilung voallei abhängt».

Далѣе, указывая на невыгоды противоположной его взглядъ системы, г. Рабиновичъ останавливается прежде всего на томъ произволѣ, «который водворился бы въ самомъ примѣненіи права, если бы это примѣненіе совершалось людьми, съ правомъ незнаемыми...» Онъ говоритъ, что въ сравненіи съ этимъ произволомъ ничто тотъ произволъ, какой ставится въ упрекъ защищаемой имъ системѣ, произволъ при отнесеніи за-

конныхъ терминовъ, то къ категоріи фактическихъ, подлежащихъ включенію въ вопросы, то къ разряду юридическихъ.

На это можно возразить, что при хорошей организаціи отношеній профессиональныхъ судей къ присяжнымъ, при томъ контролѣ надъ послѣдними по субсумціи, о которомъ рѣчь была раньше, произвола присяжныхъ такъ бояться нечего. Но даже если бы опасенія г. Рабиновича были основательны, то для устраненія этой опасности слѣдовало бы вырвать зло съ корнемъ, уничтоживъ судъ присяжныхъ, а не создавать явно не выполнимой теоріи, извращающей природу суда присяжныхъ и обращающей, какъ сказалъ еще знаменитый Фейербахъ, этотъ институтъ въ игрушку.

Какъ бы то ни было, говоря о произволѣ, который является послѣдствіемъ предоставленія присяжнымъ субсумціи, г. Рабиновичъ стоитъ за *однообразное, точное примѣненіе уголовнаго закона къ конкретнымъ случаямъ*. Г. Рабиновичъ присоединяется къ мнѣнію французскаго криминалиста Эли, который, какъ и многіе другіе французскіе писатели, считаетъ, что присяжные способны судить только о матеріальномъ (конкретномъ) фактѣ, что они не имѣютъ *«ни одною такого качества, которое бы дѣлало ихъ способными судить о юридической квалификаціи фактовъ»*<sup>1)</sup>. Г. Рабиновичъ заботится о *«точности состава всякаго преступленія»*, точности, необходимой *«не только въ интересахъ карательныхъ, но и обратно въ интересахъ ненаказуемости такого дѣянія, которое не подходитъ подъ этотъ составъ»*<sup>2)</sup>. Г. Рабиновичъ даже противъ того, чтобы присяжные оправдывали подсудимаго, если такое оправданіе состоится на основаніи толкованія закона присяжными, когда оно расходится съ толкованіемъ юристовъ, ибо, по его словамъ, *«примѣненіе такого взгляда на практикѣ повело бы къ весьма опаснымъ послѣдствіямъ, оно устранило бы всѣ тѣ преимущества, какія современное законодательство и правосудіе имѣютъ надъ первобытнымъ народнымъ правомъ и судомъ»*<sup>3)</sup>.

Посмотримъ теперь, на сколько послѣдователенъ г. Рабиновичъ въ своей дальнѣйшей аргументаціи. Черезъ 5—6 стра-

<sup>1)</sup> *ib.*, стр. 598.

<sup>2)</sup> *ib.*, стр. 599.

<sup>3)</sup> *ib.*, стр. 599.



ницъ г. Рабиновичъ, возражая сторонникамъ предоставленія присяжнымъ субсумціи (которые, какъ онъ выражается, опасаются лишенія института «всякаго нравственнаго значенія» при ограниченіи компетенціи присяжныхъ конкретнымъ фактомъ), успокаиваетъ читателя тѣмъ, что и при его теоріи присяжные играютъ громадную роль въ уголовной юстиціи и еще-какую! Но лучше предоставимъ слово автору: «Присяжныхъ, говоритъ г. Рабиновичъ, спрашиваютъ вѣдь теперь о виновности подсудимаго въ опредѣленномъ дѣянїи; въ оцѣнкѣ виновности они рѣшительно ничѣмъ не отъснены, слѣдуи единственно указанїямъ своей совѣсти; они не признаютъ виновности, если, слѣдуя этимъ указанїямъ, они не усмотрятъ преступности этого дѣянїя, именно если усмотрятъ такія причины невмѣняемости о которыхъ, быть можетъ, законъ и не знаетъ ничего; однимъ словомъ, они отвергнутъ виновность, если дѣланіе не противорѣчитъ ихъ правовымъ воззрѣнїямъ. Если же они такое противорѣчіе признаютъ, то наступаетъ ближайшая обязанность суда—точно квалифицировать преступность дѣянїя, соображаясь съ существующими законами». Итакъ, тѣмъ же присяжнымъ, которымъ г. Рабиновичъ раньше не хотѣлъ дать права оправдывать подсудимаго при несогласїи ихъ съ толкованїемъ закона юристами, тѣмъ же присяжнымъ онъ даетъ право игнорировать законъ, ставить, при оправданїи подсудимаго, на мѣсто закона свое произвольное усмотрѣніе! Куда же дѣвалась высказанная раньше г. Рабиновичемъ забота о торжествѣ закона, объ охраненїи юстиціи отъ произвола со стороны присяжныхъ?! Куда дѣвались предостереженія и опасенія г. Рабиновича—какъ бы на мѣсто преимуществъ современнаго законодательства не вступили бы первобытное право и судъ?! Вотъ это поистинѣ значитъ «оказывать плохую услугу институту», ибо возводить въ теорію, въ принципъ то, чего многіе не терпятъ какъ фактъ, какъ практику, значитъ увеличивать число недовольныхъ институтомъ жюри. Мало того, проповѣдывать такія теорїи—значитъ, при условїи ознакомленія съ ними присяжныхъ, деморализировать послѣднихъ, прїучать ихъ отвѣчать не на вопросъ, отрицать то, что собственно они признаютъ. Въ самомъ дѣлѣ, если присяжныхъ спрашиваютъ, по проекту г. Рабиновича, о томъ—виновенъ ли А въ совершенїи такихъ-то конкретных фактовъ? и если присяжные, не усматриваютъ въ дѣлѣ ника-

нихъ причинъ невѣренія, не только законныхъ, но даже и незаконныхъ, если далѣе присяжные увѣрены въ доказанности всѣхъ конкретныхъ фактовъ, вошедшихъ въ вопросъ, но не находятъ по своимъ правовымъ воззрѣнїямъ въ дѣяніи ничего преступнаго, то они должны, по совѣту г. Рабиновича, отвѣтить отрицательно, между тѣмъ какъ, не выходя изъ рамокъ вопроса, а имѣя въ виду только истину, они должны бы отвѣтить положительно. Едва ли это услуга институту, на который сыплется и безъ того много нареканій за подобную практику — а тутъ хотятъ это возвести въ правило, санкціонировать своеобразной теоріей. Ужъ если считать присяжныхъ творцами права, законодателями, то и вопросъ имъ нужно предлагать соответствующій этой миссіи, — нужно, напр., было бы редактировать вопросъ такъ: «признаютъ ли присяжные, что А, совершивъ такіе-то конкретныя дѣйствія, оказался, по мнѣнію присяжныхъ, преступникомъ»? Или: «виновенъ ли А, совершившій такіе-то конкретные факты, въ какомъ-нибудь преступленіи, въ какомъ-либо дѣяніи, которое, по правозазрѣнію присяжныхъ, слѣдовало бы наказать»? При отрицательномъ отвѣтѣ на этотъ вопросъ судъ долженъ былъ бы объявить подсудимаго оправданнымъ, свободнымъ отъ суда, при положительномъ — «точно квалицировать преступность дѣянія, соображаясь съ существующими законами», какъ говоритъ г. Рабиновичъ. Или, быть можетъ, г. Рабиновичъ освобождаетъ присяжныхъ отъ закона только въ вопросѣ о вѣреніи? Но почему же однако?

Мы нарочно остановились на разсмотрѣніи взглядовъ г. Рабиновича, такъ какъ въ сожалѣнію, они, не имѣя кредита въ наукѣ, у насъ въ Россіи во всякомъ случаѣ болѣе, чѣмъ то было бы желательно, популярны. Такъ, съ одной стороны большимъ еще кредитомъ у насъ пользуется теорія факта; съ другой — очень популярна теорія всемогущества присяжныхъ въ большемъ или меньшемъ размѣрѣ. Напримѣръ, еще недавно одинъ изъ рецензентовъ московскаго журнала «Юридическій Вѣстникъ», счелъ нужнымъ упрекнуть профессора И. Я. Фойницкаго за то, что въ своемъ прекрасномъ курсѣ уголовного судопроизводства уважаемый ученый предостерегаетъ отъ теорій, «согласно которымъ институтъ присяжныхъ рекомендуется какъ лучшій коррективъ недостатковъ закона», за то что г. Фойницкій стоитъ за

подзаконность всякаго суда, а слѣдовательно и суда присяжных<sup>1)</sup>.

Сведемъ теперь результаты, добытые нами при помощи изслѣдованія постановленій нашего закона, относящихся къ вопросу о фактѣ и правѣ въ нашемъ судѣ присяжныхъ. Ст. 776 уст. уг. суд., какъ по своему положенію въ системѣ статей отдѣленія, говорящаго о постановленіи приговоровъ безъ участія присяжныхъ, такъ и по редакціи начальныхъ словъ, показываетъ, что вопросъ о виновности, въ понятіяхъ законодателя, есть область, *граничащая* съ областью вопроса о наказаніи. Далѣе, изъ текста той же статьи, и въ особенности изъ ея положенія въ системѣ другихъ статей, явствуетъ, что въ понятіяхъ нашего закона, вопросами о виновности и наказаніи *исчерпывается* все существенное содержаніе уголовного приговора, т. е. 1) констатированіе конкретныхъ фактовъ, 2) субсумція ихъ подъ законное понятіе преступленія и 3) опредѣленіе размѣра наказанія. А изъ этого ясно, въ свою очередь, что, распредѣляя это содержаніе уголовного приговора, весь этотъ матеріалъ между двумя *пограничными* областями — вопросами о виновности и наказаніи, законъ нашъ подъ вопросомъ о виновности разумѣетъ виновность предъ закономъ, ибо субсумцію конкретныхъ фактовъ подъ диспозитивную часть уголовно-правовой нормы никакой законодатель не могъ отнести къ вопросу о наказаніи. Такое понятіе о виновности, изъ котораго, очевидно, исходилъ нашъ законодатель въ мѣстахъ устава, относящихся къ производству передъ короннымъ судомъ, не поколеблено ни одной изъ статей, относящихся къ производству передъ присяжными, слѣдовательно, этотъ терминъ имѣетъ одинаковое значеніе и въ 7 ст. учр. суд. уст. и др. статьяхъ уст. уг. суд., опредѣляющихъ предметъ вѣдѣнія присяжныхъ областью вопроса о винѣ, виновности. Такое толкованіе нашего закона не только не опровергается другими постановленіями, но, напротивъ, находится въ согласіи съ цѣлою серіей статей, на которыя уже ува-

<sup>1)</sup> Мы должны здѣсь, впрочемъ, отмѣтить и другое явленіе, которое не можетъ не быть пріятно для друзей суда присяжныхъ, именно, — что здравыя, согласныя съ современною наукой идеи касательно этого учрежденія имѣютъ своихъ выразителей и въ средѣ практическихъ дѣятелей. Я сошлюсь на слова, сказанныя по этому поводу въ сенатѣ г. Спасовичемъ. См. рѣчь его по дѣлу Мельническихъ въ «Журналѣ Гражд. и Угол. права» за 1884 г., Май.

зываютъ гг. Чебышевъ-Дмитріевъ и Селитренниковъ, хотя, само по себѣ, громадное большинство этихъ статей и недостаточно для желаемого названными авторами вывода. Наше толкованіе, наконецъ, находитъ себѣ подкрѣпленіе и въ той атмосферѣ, и въ тѣхъ вліяніяхъ, среди которыхъ дѣйствовали редакторы судебныхъ уставовъ. Оно, наконецъ даетъ возможность согласить нашъ законъ съ современною наукой.

Что касается до соотношенія этого вывода, этого принципа, съ постановленіемъ, выраженнымъ въ 760 ст. уст. уг. суд., то въ нашихъ глазахъ дѣло представляется въ такомъ видѣ. Мы видѣли, что текстъ 760 ст., самъ по себѣ, недостаточенъ категориченъ, опредѣлительенъ для какого-либо вывода. Мы видѣли, что текстъ 760 статьи можно примирить съ обѣими теоріями миссіи присяжныхъ. Но здѣсь слѣдуетъ сопоставить это постановленіе съ тѣмъ принципомъ нашего законодательства, который мы вывели изъ толкованія статей 776 и предыдущихъ уст. уг. суд. и 7 ст. учр. суд. уст. Въ виду этого принципа и въ виду неопредѣлительности самой 760 ст., постановленіе ея необходимо толковать въ томъ смыслѣ, который наиболее гармонируетъ съ выведеннымъ нами правиломъ закона для разграниченія компетенціи присяжныхъ и коронныхъ судей. Здѣсь мы настаиваемъ на томъ общемъ правилѣ толкованія законовъ, которое требуетъ, въ случаѣ сомнѣнія, расширять общее правило на счетъ отступленія, которое не дозволяетъ отмѣнять консеквенціи общаго принципа безъ категорически выраженного закономъ требованія, какимъ, конечно, нельзя признать постановленіе 760 ст. уст. уг. суд.

Такимъ образомъ, статью 760 слѣдуетъ, по нашему мнѣнію, понимать въ томъ смыслѣ, что maximum чего она требуетъ, — это замѣны неупотребительныхъ законныхъ признаковъ синонимическими общими выраженіями, а отнюдь не конкретными фактами, такъ какъ въ послѣднемъ случаѣ не только вопросъ о виновности предъ закономъ, но и отрицательное разрѣшеніе вопроса о конкретномъ фактѣ предоставлялось бы не присяжнымъ, а коронному суду. Наконецъ, мы держимся того мнѣнія, что и такая замѣна употребляемыхъ закономъ признаковъ преступленія общеупотребительными абстрактными выраженіями должна практиковаться судомъ только въ край-

нихъ случаяхъ, такъ какъ въ языкѣ весьма трудно вообще подобрать совершенно синонимическія выраженія.

Таково, на нашъ взглядъ, положеніе вопроса *de lege lata*. Чтобы снять послѣдній упрекъ съ нашего законодательства мы могли бы только посовѣтовать, чтобы въ замѣнъ 760 ст. уст. уг. суд. въ законѣ было постановлено правило, по которому вопросы присяжнымъ должны содержать въ себѣ всѣ существенные признаки, какъ общаго, такъ и особаго состава даннаго преступленія, и притомъ въ тѣхъ самыхъ выраженіяхъ, въ какихъ законъ опредѣляетъ данное преступленіе.

---

## ОТДѢЛЕНІЕ ВТОРОЕ

### Точнѣйшее опредѣленіе содержанія вопросовъ, предлагаемыхъ присяжнымъ

---

#### ГЛАВА I.

Содержаніе вопроса о виновности, въ отличіе отъ вопроса о наказаніи, по началамъ теоріи и по иностраннымъ законодательствамъ.

Предыдущее изложеніе привело къ основному правилу, опредѣляющему содержаніе вопросовъ присяжнымъ, къ выводу, что современная наука и жизнь считаютъ присяжныхъ призванными къ рѣшенію вопроса о *виновности подсудимаго предъ закономъ*. Намъ слѣдуетъ теперь остановиться на детальномъ анализѣ вопроса о виновности, на указанія демаркаціонной линіи, которая отдѣляетъ этотъ вопросъ отъ смежнаго вопроса—о наказаніи, составляющаго предметъ вѣдомства профессиональнаго элемента суда присяжныхъ.

Казалось бы, что въ проведеніи границъ между вопросами о виновности и наказаніи трудности нѣтъ никакой. Дѣйствительно, въ содержаніе каждаго изъ этихъ вопросовъ входятъ такіе предметы, относительно принадлежности которыхъ къ той или другой области не можетъ быть никакого сомнѣнія.

Но въ числѣ вопросовъ, входящихъ въ уголовный приговоръ, есть и такіе, о которыхъ и въ средѣ ученыхъ, и между разными законодательствами, и, наконецъ, въ практикѣ идетъ споръ по поводу отнесенія ихъ къ тому или другому изъ смежныхъ вопросовъ.

Начнемъ свой анализъ вопроса о виновности предъ закономъ съ той части его, которая относится къ *общему составу* преступления.

Нѣтъ сомнѣнiя, что къ вопросу о виновности относится, прежде всего, вопросъ о *вмѣняемости* (*Zurechnungsfähigkeit*), или, выражая тоже въ отрицательной формѣ,—разрѣшенiе вопроса о причинахъ *невмѣняемости* (дѣтскiй возрастъ, причины преходящаго отсутствiя свободнаго волеопредѣленiя, душевное разстройство). Безъ разрѣшенiя этихъ вопросовъ не можетъ быть и рѣчи о виновности предъ закономъ, такъ какъ эти обстоятельства исключаютъ даже *понятiе* о *дѣлани* въ правовомъ смыслѣ<sup>1)</sup>. Такимъ образомъ, присяжные, а не судьи, рѣшаютъ о томъ, находился ли подсудимый въ состоянiи психическаго разстройства и пр.

Въ частности, какъ извѣстно, новѣйшiе кодексы уголовного права по отношенiю къ *возрасту* устанавливаютъ такую градацию: до извѣстнаго возраста (дѣтство) устанавливается безусловная невмѣняемость, затѣмъ идетъ возрастъ условной вмѣняемости (когда подсудимый дѣйствовалъ съ разумѣнiемъ) и, наконецъ, безусловной вмѣняемости.

Такимъ образомъ, присяжные должны устанавливать не только фактъ *разумности*, но и *самый возрастъ*, такъ какъ и онъ является законнымъ условiемъ вмѣненiя, слѣдовательно, и виновности. Собственно всѣ эти вопросы *implicite* заключаются въ словѣ «виновенъ», которымъ начинается главный вопросъ присяжнымъ<sup>2)</sup>.

Точно также къ вопросу о виновности относятся и другiе вопросы, обуславливающiе вмѣненiе, слѣдовательно, и вину. Сюда относятся обстоятельства, исключаящiя *противузаконность* (*Rechtswidrigkeit*) дѣянiя, какъ напр. необходимая оборона, состоянiе крайней необходимости и др. Какъ эти, исключаящiя *вмѣненiе*, такъ и предыдущiя обстоятельства, исключаящiя вмѣ-

<sup>1)</sup> См. Н. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 3 Auflage, стр. 281, пр. 1.

<sup>2)</sup> См. Planck, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens, стр. 410—411; Zucke, Fragestellung und Wahrsprüche in den Preussischen Schwurgerichten, Leipzig, 1867, стр. 33—34.

няемость, известны въ наукѣ нѣмецкой подъ общимъ именемъ *Schuldausschliessungsgründe* — обстоятельствъ, исключающихъ *вину* (въ отличіе отъ т. наз. *Strafausschliessungsgründe*—обстоятельствъ, исключающихъ *наказаніе*) и подлежащихъ, поэтому, разрѣшенію присяжныхъ, какъ судей виновности. И обстоятельства, исключающія законопротивность дѣянія, разрѣшаются отвѣтомъ на ту часть вопроса, которая выражается начальнымъ словомъ вопроса «виновенъ ли»<sup>1)</sup>. Къ вопросу о виновности несомнѣнно, далѣе, относится опредѣленіе самой *формы* вины — признаніе *умысла* или *неосторожной* вины. Къ общему же составу преступленія, а слѣдовательно и къ вопросу о виновности, относятся и вопросы, касающіеся *объективной* стороны—вопросы о томъ, есть ли данное дѣяніе *покушеніе* или *совершеніе*, вопросы о *формѣ участія* въ преступномъ дѣяніи.

Къ вопросу о виновности (въ данномъ преступленіи) относится и установленіе всѣхъ тѣхъ условій, которыя необходимы для признанія реализаціи въ данномъ дѣяніи *особаю* состава преступленія,—всѣ законные признаки преступленія, указанные въ диспозитивной части данного уголовного закона, данной статьи уголовного уложенія.

Насколько несомнѣнно, что вышеозначенные вопросы входятъ въ вопросъ о виновности, настолько несомнѣнно, что разрѣшеніе тѣхъ вопросовъ, установленіе тѣхъ обстоятельствъ, отъ которыхъ зависитъ какъ самое бытіе наказанія, такъ и точное опредѣленіе его *quantum'a* въ предѣлахъ между *maximum'омъ* и *minimum'омъ* наказанія, положеннаго закономъ за данное преступленіе, входитъ въ область вопроса о наказаніи. Это—то, что нѣмцы называютъ (*allgemeine*) *Strafausschliessungsgründe* (*Straftilgungsgründe*) и *Strafzumessungsgründe*. Къ первой категоріи относятся вопросы о давности, помилованіи, примиреніи съ потерпѣвшимъ,—вообще обстоятельства *попашающія* наказаніе, такъ

---

<sup>1)</sup> Planck, l. c. стр. 411, п. 4. Не такого мнѣнія de lege lata Zacks, который изъ текста ст. 80 и 81 прусскаго закона 3 мая 1852 г. дѣлаетъ выводъ, что отвѣтъ на всѣ остальные обстоятельства, исключающія *вину* (онъ называетъ ихъ *Strafausschliessungsgründe*), кромѣ невмѣняемости, не заключается въ отвѣтъ на вопросъ «виновенъ-ли». Zacks, l. c., стр. 34. Этотъ категорическій выводъ, однако, не оправдывается даже текстомъ; см. Н. Meyer, *That- und Rechtsfrage* (нѣм. изд.), стр. 202 и слѣд.



сказать, его эквиваленты (выражение Г. Мейера). Нѣтъ, въ самомъ дѣлѣ, никакого сомнѣнія, что эти вопросы ничего общаго съ виной не имѣютъ, которая существуетъ въ полной мѣрѣ и при этихъ обстоятельствахъ, имѣющихъ только то дѣйствіе, что къ данному преступному дѣянію *не примѣняется* заслуженное наказаніе <sup>1)</sup>. Точно также ничего общаго съ виновностью не имѣютъ, а потому и не входятъ въ область компетенціи присяжныхъ рѣшенія по вопросамъ объ *exceptio rei judicatae*, о наличности въ данномъ случаѣ требуемой закономъ, какъ *conditio sine qua non* для наказуемости преступнаго дѣянія, жалобы потерпѣвшаго <sup>2)</sup>.

Что касается т. наз. *Strafzumessungsgründe*, то они слѣдуются изъ обстоятельствъ, увеличивающихъ наказаніе, т. е. приближающихъ его къ *maximum'u*—*Straferhöhungsgründe*, и обстоятельствъ, понижающихъ наказаніе къ *minimum'u*—*Strafmin-derungsgründe*. Новѣйшіе кодексы уголовного права отказались не только отъ исчерпывающаго, но даже и отъ примѣрнаго наименованія законныхъ условій, при которыхъ судья долженъ повышать или понижать наказаніе въ предѣлахъ законныхъ *maximum'a* и *minimum'a*, предоставляя судѣ по собственному усмотрѣнію квалифицировать найденныя имъ въ дѣлѣ конкретныя обстоятельства въ смыслѣ увеличивающихъ или уменьшающихъ наказаніе и опредѣлять ихъ вліяніе на квантумъ наказанія. Законодатель, очевидно, при этомъ исходитъ изъ соображенія, что ни исчерпать эти обстоятельства, ни точно опредѣлить ихъ вліяніе на размѣръ наказанія нѣтъ возможности, что установленіе конкретнаго *quantum'a* наказанія за конкретное дѣяніе можетъ быть лишь результатомъ *сравненія* этого дѣянія съ другими однородными дѣяніями. И дѣйствительно, чтобы сдѣлать выборъ между, напр., каторгой на 5 или на 6 лѣтъ, если за данное дѣяніе положена каторга между 4 и 6 годами, необходимо имѣть въ виду дѣяніе, такъ сказать, среднее, нужно

<sup>1)</sup> Ср. Bar, op. c., стр. 255 и сл., и многіе др. авторы, напр. Zucke, op. c., § 32.

<sup>2)</sup> Ср. Bar, l. c., стр. 233; Zucke ib., стр. 89—90; H. Meyer въ *Handbuch Holtzendorff's*, II, стр. 138; Oppenhoff, *die preussische Gesetze über das mündl. und öff. Verfahren in Strafsachen*, стр. 395 (пр. 35 къ art. 81) и др.

путемъ сличенія дѣяній, совершенныхъ при разнообразныхъ обстоятельствахъ, абстрагировать понятіе объ обыкновенномъ, среднемъ дѣяніи, за которое нужно положить и среднее наказаніе, а потомъ уже, сообразно числу и значенію обстоятельствъ даннаго случая,—приближать это среднее наказаніе то къ maximum'у, то къ minimum'у. Очевидно, что такую операцію могутъ совершать только лица, имѣвшія случай и возможность наблюдать много однородныхъ преступныхъ дѣяній, т. е. тѣ, которые сдѣлали изъ вершенія уголовныхъ дѣлъ свою *профессію*, а никакъ не присяжные <sup>1)</sup>). Въ пользу отнесенія *Strafzumessungsgründe* къ вопросу о наказаніи говоритъ и то простое соображеніе, что если уже дѣлать различіе между вопросами о виновности и наказаніи, то къ послѣднему нельзя не отнести рѣшенія вопроса обо всѣхъ тѣхъ закономъ непредусмотрѣнныхъ обстоятельствахъ, которыя должны быть принимаемы въ соображеніе лицомъ, выбирающимъ изъ разныхъ, находящихся въ его распоряженіи размѣровъ наказанія тотъ, который наиболѣе справедливъ въ данномъ случаѣ. Вѣдь эти обстоятельства—не болѣе, какъ доводы, аргументы, которыми примѣнитель наказанія оправдываетъ свое рѣшеніе вопроса о наказаніи. Мало того, эти доводы получаютъ опредѣленное значеніе только въ устахъ того, кто соизмѣряетъ ихъ съ наказаніемъ. Въ самомъ дѣлѣ, даже признаніе со стороны присяжныхъ бытія извѣстныхъ обстоятельствъ, квалифицированныхъ ими, какъ увеличивающія или уменьшающія наказаніе, имѣло бы очень мало практическаго значенія, ибо, если не возвращаться къ старой системѣ абсолютно-опредѣленныхъ каръ, если не связывать съ разными обстоятельствами и ихъ комбинаціями разныхъ абсолютно-опредѣленныхъ наказаній, то опредѣленіе конкретнаго quantum'a наказанія, не смотря на признанный присяжными обстоятельства, зависѣло бы все-таки отъ короннаго суда.—Если, напр., присяжные захотятъ на вопросъ суда опредѣлить степень безнравственности средствъ, употребленныхъ преступникомъ, то какое бы прилагательное они не выбрали, степень эта получитъ свое точное выраженіе въ устахъ примѣнителя наказанія, который скажетъ, что за это подсудимому назначается столько-то

---

<sup>1)</sup> Ср. Bar, Recht und Beweis, стр. 237 и 247.

лишнихъ лѣтъ или мѣсяцевъ наказанія. Не естественно ли поэтому отнести и установленіе этихъ обстоятельствъ къ дѣятельности того, кто соизмѣряетъ съ ними наказаніе.

Итакъ, вопросъ о *Strafzumessungsgründe* относится къ вопросу о наказаніи. А если такъ, то профессиональные судьи, а не присяжные, рѣшаютъ вопросъ какъ о томъ, какимъ образомъ слѣдуетъ кваліфицировать данное обстоятельство по отношенію къ его вліянію на мѣру наказанія въ предѣлахъ, положенныхъ закономъ за данное преступленіе, такъ и о томъ, слѣдуетъ ли считать это обстоятельство доказаннымъ. Такимъ образомъ, коронные судьи рѣшаютъ не только о правѣ, но и о *фактѣ*, если этотъ фактъ относится къ области вопроса о наказаніи.

Но кромѣ обстоятельствъ, вліяющихъ на мѣру наказанія въ предѣлахъ закономъ за данное дѣяніе указанныхъ *maximum'a* и *minimum'a*, въ наукѣ и положительномъ уголовномъ правѣ выгурируютъ и обстоятельства, обуславливающія выступленіе за предѣлы нормальной мѣры наказанія, положеннаго за данное преступленіе. Это—т. наз. *Strafänderungsgründe*, въ числѣ которыхъ нужно различать обстоятельства, обуславливающія переходъ за законный *maximum* нормальнаго наказанія—такъ наз. *Straferschwerungsgründe* (*Strafschärfungsgründe*) и обстоятельства, смягчающія наказаніе—*Strafmilderungsgründe*<sup>1)</sup> Какъ тѣ, такъ и другія, кромѣ того, различаются въ слѣдующихъ отношеніяхъ. Измѣняющія мѣру наказанія обстоятельства могутъ быть предусмотрены закономъ или для *всѣхъ* (*allgemeine Strafänderungsgründe*) или только для *отдѣльныхъ* преступленій (*besondere Strafänderungsgründe*). Далѣе, законодатель можетъ *самъ* указать въ законѣ на *условія*, при которыхъ судья имѣетъ право и обязанность покинуть предѣлы нормальной мѣры наказанія—*опредѣленные*, *bestimmte Strafänderungsgründe*, или предоставить это *судейскому усмотрѣнію*, не перечисляя отдѣльныхъ обстоятельствъ — *неопредѣленные причины измѣненія* мѣры наказанія (*unbestimmte Strafänderungsgründe*). Впрочемъ, новѣйшіе кодексы знаютъ, главнымъ образомъ, *особенныя опредѣленные* (*besondere bestimmte*) и *особенныя неопредѣленные* (смягчающія) причины перемѣны наказанія; изъ *общихъ* опредѣлен-

<sup>1)</sup> Н. Meyer, L. des Strafrechts, 3 Aufl., стр. 374 и сл.

ныхъ причинъ смягченія въ настоящее время фигурируетъ *юношескій возрастъ*, а изъ общихъ опредѣленныхъ причинъ отягченія—*повтореніе* (рецидивъ), которое, впрочемъ, въ германскомъ кодексѣ 1871 г. является причиной отягченія наказанія только для *нѣкоторыхъ* преступленій. Итакъ, является вопросъ—какія изъ этихъ обстоятельствъ входятъ въ область вопроса о виновности, т. е. подлежатъ вѣдѣнію присяжныхъ, какія относятся къ вопросу о наказаніи?

Относительно принадлежности *особенныхъ опредѣленныхъ причинъ отягченія или смягченія* нормальнаго наказанія къ вопросу о виновности спора нѣтъ, такъ какъ если законодатель положилъ за данное преступленіе нормальное наказаніе и затѣмъ постановилъ, что за то же преступленіе, но при такихъ то особенныхъ условіяхъ, слѣдуетъ назначить другое наказаніе, выступающее за рамки нормальнаго, то этимъ самымъ онъ создалъ *особый видъ преступленія*, вслѣдствіе чего рѣшеніе вопроса о томъ, осуществились ли въ данномъ случаѣ законныя условія отягченія или смягченія, входитъ въ вопросъ о виновности подсудимаго въ данномъ видѣ преступленія<sup>1)</sup> такъ же точно, какъ и вопросъ о реализаціи тѣхъ законныхъ условій, тѣхъ законныхъ признаковъ, которые относятся къ преступленію, обложенному нормальнымъ наказаніемъ. Противъ предоставленія этихъ вопросовъ на разрѣшеніе присяжныхъ нельзя приводить того аргумента, который мы выше эксплуатировали противъ отнесенія къ ихъ компетенціи непоименованныхъ въ законѣ обстоятельствъ, вліяющихъ только на мѣру наказанія въ предѣлахъ maximum'a и minimum'a. Въ самомъ дѣлѣ, въ настоящемъ случаѣ, т. е. при *bestimmte Strafänderungsgründe*, присяжному нѣтъ надобности *сличать* разные казусы одного рода, чтобы судить, слѣдуетъ ли наказаніе приблизить къ maximum'у или minimum'у, ибо *самъ законъ* устанавливаетъ условія отягченія или смягченія наказанія, такъ что дѣло сводится, какъ и для состава нормальнаго преступленія, къ произведенію субсумціи конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки, подъ законныя условія отягченія или смягченія наказанія. Вопросъ этотъ такъ же рѣшался и рѣшается въ положительномъ правѣ<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Ср. Bar., I. c., стр. 234.

<sup>2)</sup> Такъ Code d'instruction criminelle, art. 337, 338 и 339, требуетъ

Не такъ легко и безспорно разрѣшеніе вопроса о принадлежности къ одной изъ двухъ смежныхъ областей другихъ обстоятельствъ смягченія или отягченія наказанія.

Такъ, разнорѣчіе касается принадлежности вопроса объ *особенныхъ неопредѣленныхъ причинахъ смягченія*. Извѣстно, что нѣкоторые кодексы уголовного права, напр. германскій, при нѣкоторыхъ (весьма многихъ) преступленіяхъ устанавливаютъ, кромѣ нормальнаго, *особое, болѣе мягкое наказаніе*, причемъ, однако, не заботятся объ опредѣленіи условій, при которыхъ должно быть примѣнено это смягченное наказаніе, а ограничиваются неопредѣленной ссылкой на «*mildernde Umstände*».

Эти «*mildernde Umstände*» представляютъ довольно близкую аналогію съ *французскими институтами смягчающихъ обстоятельствъ* (*circonstances atténuantes*), какъ они санкціонированы закономъ 28 апрѣля 1832 г. Сходство заключается въ томъ, что въ обоихъ случаяхъ признаніе присяжными такихъ неуставленныхъ напередъ смягчающихъ обстоятельствъ влечетъ за собою другое, смягченное наказаніе, чѣмъ то, какое положено за данное преступленіе (напр. вмѣсто смертной казни—вѣчная или срочная каторга, вмѣсто вѣчной каторги—срочная или *régclusion* и пр., см. art. 463 du Code pénal). Разница — въ томъ, что о «*mildernde Umstände*» рѣчь идетъ при *отдѣльныхъ* преступленіяхъ, за которыя законъ полагаетъ два наказанія (нормальное и смягченное, при наличности «*mildernde Umstände*»), въ то время какъ о франц. *circonstances atténuantes* рѣчь идетъ разъ для *всѣхъ* преступленій, при которыхъ только угодно

---

постановки вопросовъ о т. н. *circonstances aggravantes* (обстоятельства, отягчающія наказаніе) и объ *excuses légales*, подъ которыми французская практика разумѣетъ предусмотрѣнные закономъ обстоятельства, влекущіе за собою или освобожденіе подсудимаго отъ наказанія, или смягченіе послѣдняго. Ср. F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, т. IX, стр. 41 и сл. Германскій уставъ угол. судопр. 1 января 1877 г., § 295, тоже относитъ вопросы о «*solche, vom Strafgesetze besonders vorgesehene Umstände, welche die Strafbarkeit vermindern oder erhöhen*» къ предметамъ вѣдѣнія присяжныхъ. Австрійскій уставъ 23 мая 1873, § 322, также постановляетъ, что «*Erschwerungs- und Milderungsumstände sind nur dann Gegenstand der Fragestellung an die Geschwornen, wenn das Vorhandensein eines solchen Umstandes nach dem Gesetze eine Aenderung des Strafsatzes oder der Strafart begründet*». Cp. Mitlerbacher und Neumayer, op. c., стр. 730.

будетъ присяжнымъ признать и безъ особаго вопроса ихъ наличность (art. 341 du Code d'instruction criminelle).

Итакъ, является вопросъ, къ чьей компетенціи слѣдуетъ отнести рѣшеніе вопроса о наличности этихъ неопредѣленныхъ, въ законѣ непоименованныхъ, смягчающихъ обстоятельствъ, слѣдуетъ ли пойти въ этомъ случаѣ по стопамъ французскаго законодателя 1832 г. и германскаго 1877 г.,<sup>1)</sup> предоставившихъ рѣшеніе этого вопроса присяжнымъ, или послѣдовать примѣру австрійскаго законодателя 1873 г., относящаго къ предметамъ вѣдѣній присяжныхъ только вопросы объ отдѣльныхъ, именно точно въ уголовномъ законѣ означенныхъ обстоятельствахъ<sup>2)</sup>.

Приступая къ изслѣдованію этого вопроса, мы замѣтимъ прежде всего, что особеннаго авторитета французское законодательство въ этомъ отношеніи имѣть не можетъ, такъ какъ извѣстно, что предоставленіе присяжнымъ рѣшенія вопроса о наличности *circonstances atténuantes* было не болѣе, какъ, такъ сказать, *expédient*, какъ выходъ изъ того затруднительнаго положенія, которое было создано многочисленными суровостями французскаго кодекса матеріальнаго уголовного права, суровостями, влекшими за собой оправдательные вердикты присяжныхъ единственно въ виду непомѣрно строгой кары закона (уравненіе наказаній за покушеніе, пособничество и совершеніе и пр.). Для устраненія этого-то невыгоднаго послѣдствія неудовлетворительности уголовного кодекса и предоставлено именно присяжнымъ право *исправлять уголовный законъ*, вмѣсто законодательной реформы послѣдняго<sup>3)</sup>.

Въ пользу отнесенія этихъ обстоятельствъ къ вопросу о виновности говорятъ сходство эффекта этихъ неопредѣленныхъ смягчающихъ обстоятельствъ и обстоятельствъ, для которыхъ въ законѣ есть опредѣленные условія, опредѣленный составъ, и о которыхъ рѣчь была выше. Говорятъ, что если присяжные судятъ о наличности отдѣльныхъ въ законѣ указанныхъ смяг-

<sup>1)</sup> По § 297 германскаго устава уголов. судопр. 1877 г. объ этихъ *mildernde Umstände* присяжнымъ ставится особый дополнительный вопросъ (*Nebenfrage*), если это предложено со стороны прокуратуры или подсудимаго, или если самъ судъ найдетъ это нужнымъ.

<sup>2)</sup> Ср. Mitterbacher und Neumayer, l. c., стр. 730.

<sup>3)</sup> Ср. Bar., Recht und Beweis, стр. 236 и сл.

чающихъ обстоятельствъ, то почему бы не имѣ же рѣшать вопросъ и о существованіи смягчающихъ обстоятельствъ вообще, имѣющихъ, въ концѣ концовъ, то же дѣйствіе — смягченіе наказанія. Притомъ, разсуждаютъ, въ случаѣ ссылки данной статьи уголовного уложенія на смягчающія обстоятельства и назначенія другого смягченного наказанія, можно говорить и объ особомъ видѣ преступленія, какъ и при точно въ законѣ обозначенныхъ смягчающихъ обстоятельствахъ. Говорятъ также, что если вообще отъ присяжныхъ ожидается лучшее, чѣмъ отъ профессиональныхъ судей, рѣшеніе вопроса о доказательствахъ, то и здѣсь, гдѣ рѣчь идетъ объ общемъ соображеніи сопровождающихъ дѣяніе обстоятельствъ, присяжные, а не ученые судьи, дадутъ лучшее рѣшеніе<sup>1)</sup>. Приводились въ пользу этого мнѣнія и другія соображенія. Такъ въ комиссіи рейхстага депутатъ Гриммъ (Grimm) выражалъ мнѣніе, слѣдующимъ образомъ изложенное въ протоколахъ: «вся система смягчающихъ обстоятельствъ, по своему историческому развитію и по своей внутренней природѣ, рассчитана на институтъ суда присяжныхъ, составляетъ въ извѣстной мѣрѣ нераздѣльную часть его. Теоретическій вопросъ о томъ, идетъ ли рѣчь о составной части вопроса о виновности или вопроса о наказаніи, можетъ оставаться въ сторонѣ, да и для законодателя онъ не имѣетъ рѣшительнаго значенія. Ораторъ рѣшилъ бы его въ первомъ смыслѣ. Законъ имѣетъ въ виду только случаи, соотвѣтствующіе среднему уровню, и предоставляетъ право спускаться еще ниже средняго наказанія, если встрѣчаются особые обстоятельства. По отношенію къ смягчающимъ обстоятельствамъ имѣетъ силу то же, что и касательно особо означенныхъ причинъ смягченія. Они суть въ извѣстномъ смыслѣ суррогатъ казуистики, которую, собственно говоря, законодатель долженъ былъ бы дать, но которой онъ не далъ; судъ, именно народный судъ, и долженъ настолько быть самъ законодателемъ». Въ концѣ-концовъ Гриммъ заявилъ, что принялъ бы предложеніе Рейхеншпергера (касательно предоставленія присяжнымъ вопроса объ особыхъ неопредѣленныхъ смягчающихъ обстоятельствахъ) даже тогда,

<sup>1)</sup> Такъ въ общихъ чертахъ формулируютъ соображенія сторонниковъ компетенціи присяжныхъ Bar, Recht und Beweis, стр. 235 и Amsberg въ Protocoll der Kommission (Hahn, Materialien, стр. 923).

«если было бы установлено, что здѣсь рѣчь идетъ объ отмѣриваніи наказанія (Strafzumessung), а не о части вопроса о виновности, такъ какъ такую именно долю вліянія на опредѣленіе мѣры наказанія онъ желаетъ предоставить присяжнымъ»<sup>1)</sup>.

Вглядъ, приведенный въ послѣднихъ строкахъ, именно — что присяжнымъ слѣдуетъ предоставить нѣкоторую долю и въ вопросѣ о наказаніи, отстаивалъ въ комиссіи рейхстага и Беккеръ (Becker), ссылаясь при этомъ на то, что въ основѣ историческаго развитія вопроса о смягчающихъ обстоятельствахъ и дѣйствующаго въ Германіи уголовного кодекса лежитъ предположеніе, что рѣшеніе о нихъ будетъ предоставлено присяжнымъ. То же мнѣніе поддерживали Фелькъ (Völk) и Рейхеншпергеръ, которые категорически настаивали на томъ, что уже при разработкѣ германскаго уголовного кодекса редакторы его имѣли въ виду предоставить рѣшеніе санкціонированныхъ имъ неопредѣленныхъ смягчающихъ обстоятельствъ присяжнымъ, что видно даже изъ текста § 213 этого кодекса<sup>2)</sup>.

Мы нарочно болѣе подробно изложили основанія, по которымъ однимъ изъ лучшихъ и новѣйшихъ кодексовъ угол. судопр. спорный вопросъ рѣшенъ въ смыслѣ отнесенія неопредѣленныхъ смягчающихъ обстоятельствъ къ предметамъ компетенціи присяжныхъ. Ближайшее изслѣдованіе приводитъ къ выводу о несостоятельности этихъ доводовъ.

Такъ, если уже искать аналогіи неопредѣленнымъ смягчающимъ обстоятельствамъ, то ее правильнѣе видѣть въ тѣхъ законѣхъ неозначенныхъ, непоименованныхъ обстоятельствахъ, которые вліяютъ на судейское усмотрѣніе при опредѣленіи quantum'a наказанія въ предѣлахъ законныхъ maximum'a и minimum'a, — однимъ словомъ, въ Strafzumessungsgründe<sup>3)</sup>. Въ самомъ дѣлѣ, хотя внѣшній эффектъ признанія неопредѣленныхъ смягчающихъ обстоятельствъ (размѣръ наказанія) тождественъ съ эффектомъ опредѣленныхъ смягчающихъ обстоятельствъ, хотя и въ томъ, и въ другомъ случаѣ судья переходитъ отъ одного

<sup>1)</sup> См. Protocolle der Kommission, Hahn, I. c., стр. 923.

<sup>2)</sup> Protocolle, I. c., стр. 924.

<sup>3)</sup> Это признаютъ и сторонники отнесенія mildernde Umstände къ компетенціи присяжныхъ. Ср. Н. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, стр. 382.



(нормальнаго) наказанія къ другому (смягченному); тѣмъ не менѣе разница между ними существенная и именно въ томъ, что при неопредѣленныхъ «*milderne Umstände*», какъ и при обстоятельствахъ, приближающихъ наказаніе къ *minimum*'у (*Strafminderungsgründe*), plus или minus наказанія законъ не поставилъ въ зависимость отъ *опредѣленныхъ* условій, что установленіе *quantum*'а наказанія въ обоихъ случаяхъ зависитъ отъ *усмотрѣнія* судьи, что тамъ и здѣсь мы имѣемъ дѣло не съ двумя законными составами преступныхъ дѣяній, а съ однимъ. Скажутъ, пожалуй, что это не такъ, что при «*milderne Umstände*» законъ различаетъ два состава дѣяній: одинъ—нормальный, другой—нормальный съ прибавкой въ законѣ опредѣленно неуказанныхъ, но имъ подразумеваемыхъ обстоятельствъ. Но не то же ли бываетъ всегда, когда законодатель даетъ судѣ большой просторъ между *maximum*'омъ и *minimum*'омъ одного наказанія. Въдѣ и здѣсь, назначая низкій *minimum*, законодатель предполагаетъ возможность такихъ, въ точности имъ неуказываемыхъ обстоятельствъ, которыя должны понижать, смягчать наказаніе, удаляя его отъ средней величины. Иногда за одно преступное дѣяніе законъ назначаетъ даже два разнородныхъ наказанія, непосредственно одно за другимъ. Далѣе, и по отношенію къ *Strafzumessungsgründe* въдѣ можно сказать то же, что говорилось, какъ мы видѣли, относительно *milderne Umstände*, напр. что эти закономъ предполагаемые, но невыраженные *Strafzumessungsgründe* «суть въ извѣстномъ смыслѣ суррогатъ казуистики, которую, собственно говоря, законодатель долженъ былъ дать, но которой онъ не далъ». И здѣсь, будучи послѣдовательнымъ, можно говорить о столькихъ подвидахъ преступленія, сколько единицъ даннаго рода наказанія заключается въ предѣлахъ *maximum*'а и *minimum*'а наказанія, положеннаго за дѣяніе. Но тогда что остается для вопроса о наказаніи?

Но независимо отъ этихъ соображеній о принадлежности обстоятельствъ *en question* въ вопросу о виновности или къ вопросу о наказаніи, въ пользу отнесенія ихъ къ предметамъ вѣдѣнія судей профессиональных говорятъ и другія соображенія. Нѣтъ сомнѣнія, что, при рѣшеніи вопроса о цѣлесообразности или нецѣлесообразности предоставленія присяжнымъ рѣшенія вопроса объ этихъ обстоятельствахъ, критеріемъ должно служить то же, что и въ другихъ случаяхъ, — соображеніе

о способности присяжных къ отправленію той или другой функціи, объ интересахъ юстиціи. Итакъ, если приложить этотъ критерій къ данному случаю, то легко усмотрѣть, что и при рѣшеніи вопроса о наличности *неопредѣленныхъ* причинъ смягченія, какъ и таковыхъ же причинъ простаго приближенія наказанія къ *minimum'у*, присяжнымъ слѣдуетъ *сличать* рѣшаемый случай съ другими случаями того же рода, чтобъ такимъ образомъ быть въ состояніи сказать, подходитъ ли первый подъ общую норму или выступаетъ за ея предѣлы и въ какую сторону. Другими словами: присяжнымъ приходилось бы не только констатировать конкретные факты, касающіеся этихъ смягчающихъ обстоятельствъ, не только подводить ихъ подъ абстрактныя условія, при которыхъ слѣдуетъ признать необходимость смягченія, но и *вырабатывать* себѣ эти *абстрактныя* условія, абстрактныя масштабы, руководящія при назначеніи нормальнаго и смягченнаго наказанія. Выше мы старались показать, что не въ этомъ сила, не въ этомъ и миссія непрофессиональнаго элемента вообще, такъ какъ для этого непрофессиональные судьи, присяжные должны перестать быть таковыми, должны обратиться въ профессиональныхъ, ибо для отправленія такихъ функцій требуется сличеніе, сравненіе разныхъ случаевъ одного рода, продолжительная практика <sup>1)</sup>). Предоставленіе вѣдѣнію присяжныхъ этихъ неопредѣленныхъ смягчающихъ обстоятельствъ, какъ справедливо замѣчаетъ Баръ, невыгодно еще и въ томъ отношеніи, что даетъ возможность и поводъ присяжнымъ при недостаточности доказательствъ вины подсудимаго успокоиться признаніемъ смягчающихъ наказаніе обстоятельствъ, т. е. въ сущности дѣлать то, что прежде практиковалось въ формѣ назначенія такъ называемой *roena extraordinaria* <sup>2)</sup>). Вотъ соображенія, въ виду которыхъ нельзя, намъ кажется, не отнести вопроса о неопредѣленныхъ смягчающихъ обстоятельствахъ къ предметамъ вѣдѣнія коронныхъ, профессиональныхъ судей.

Прилагая тѣ же критеріи къ рѣшенію вопроса о мѣстѣ *рецидива*, среди двухъ смежныхъ частей приговора, мы склоняемся на сторону тѣхъ, кто относитъ вопросъ о наличности рецидива къ вопросамъ, подлежащимъ вѣдѣнію присяжныхъ. Въ самомъ дѣлѣ,

<sup>1)</sup> Ср. Ваг, I. с., стр. 237 и сл.

<sup>2)</sup> Ср. Ваг, I. с., стр. 239.

какъ мы упоминали раньше, рецидивъ трактуется новѣйшими законодательствами, какъ *точно определенное* закономъ обстоятельство, имѣющее *определенное* же вліяніе на размѣры вины и наказанія <sup>1)</sup>. При этомъ безразлично, гдѣ законъ говоритъ о рецидивѣ — въ общей ли части кодекса (какъ французскій Code pénal) или въ особенной (какъ германскій кодексъ 1871 г.), какъ безразлично это по отношенію къ другимъ обстоятельствамъ, относящимся къ вопросу о виновности. Важно то, что законъ даетъ абстрактныя условія, необходимыя для признанія реализаціи рецидива въ данномъ случаѣ, что, слѣдовательно, присяжнымъ слѣдуетъ только сопоставить конкретныя обстоятельства даннаго случая съ общими законными признаками рецидива, чтобъ судить о наличности послѣдняго.

Не такъ, однако, смотритъ на дѣло французская практика <sup>2)</sup> и нѣмецкій законодатель <sup>3)</sup>, которые относятъ вопросъ о наличности рецидива къ предметамъ вѣдѣнія профессиональнаго суда, къ вопросу о наказаніи.

Любопытно разсмотрѣть доводы въ пользу такого рѣшенія вопроса. Въ рѣшеніи французскаго кассационнаго суда, приведенномъ у Эли, между прочимъ, говорится, что «фактъ рецидива, не будучи никемъ образомъ отягчающимъ обстоятельствомъ факта, служащаго предметомъ обвиненія, такъ какъ онъ абсолютно отъ него не зависить, и не составляя также, самъ по себѣ, пресуппозитіи, такъ какъ онъ не болѣе, какъ нравственный фактъ, изъ котораго законъ выводитъ доказательно испорченности, отягчающей наказаніе за дѣяніе, являющееся предметомъ новаго обвиненія, — можетъ и долженъ быть обсуждаемъ и признаваемъ судомъ <sup>4)</sup>».

Но еслибы дѣйствительно рецидивъ не былъ обстоятельствомъ, составляющимъ обстановку, при которой совершенно новое преступное дѣяніе, то, не будучи и самостоятельнымъ преступленіемъ, не могъ бы имѣть никакого вліянія на мѣру наказанія за новое преступленіе, какъ всякое другое обстоятель-

<sup>1)</sup> Ср. Н. Meyer, Holtzendorff's Handbuch, II, стр. 141; также Баръ, Recht und Beweis, стр. 248 и сл.

<sup>2)</sup> Ср. F. Hélie, Traité de l'instr. crimin., т. IX, стр. 23 и слѣд.

<sup>3)</sup> § 262 германскаго устава уголов. судопр. 1871 г.

<sup>4)</sup> Hélie, ib., стр. 24.

ство, къ дѣлу не относящееся. Вѣдь рецидивъ есть именно обстоятельство, коренящееся въ *субъектъ* новаго преступленія въ *моментъ совершенія имъ послѣдняго*, есть особое состояніе этого субъекта, и потому совершенно аналогиченъ другимъ обстоятельствамъ, отягчающимъ отвѣтственность, каковы напр. особое въ моментъ совершенія преступленія отношеніе субъекта къ потерпѣвшему отъ преступленія (состояніе въ услуженіи и проч.), особыя отношенія преступника къ нарушаемымъ преступленіемъ обязанностямъ (въ преступленіяхъ должностныхъ лицъ). Вслѣдствіе этой-то связи, этого отношенія къ новому дѣлю рецидивъ и усиливаетъ наказуемость послѣдняго, а слѣдовательно и отягчаетъ виновность <sup>1)</sup>).

Приводились и другіе доводы противъ отнесенія рецидива къ предметамъ вѣдѣнія присяжныхъ, доводы, впрочемъ, опровергнутые даже единомышленниками. Такъ, напр., Эли возстаётъ противъ довода французскаго писателя Мерлена (Merlin), аргументирующаго ссылкой на то, что фактъ рецидива доказывается *официальнымъ актомъ* (прежнимъ приговоромъ). Эли справедливо возражаетъ на это въ томъ смыслѣ, что тогда бы пришлось изъять изъ вѣдѣнія присяжныхъ и другіе, несомнѣнно имъ подвѣдомые факты, если они, какъ напр. время рожденія жертвы преступленія, фактъ банкротства и др., удостовѣряются *официальными документами* <sup>2)</sup>. Впрочемъ, если эти послѣднія соображенія и не выдерживаютъ научной критики, то, однако, въ значительной степени умаляютъ *практическое* значеніе той непослѣдовательности, которая сказывается въ отнесеніи вопроса о наличности рецидива къ предметамъ компетенціи профессиональнаго суда, а не присяжныхъ, такъ какъ дѣйствительно при сужденіи о наличности рецидива приходится оперировать, главнымъ образомъ, если не исключительно, съ чисто-правовыми понятіями, ибо соотвѣтствующіе конкретные факты обыкновенно стоятъ внѣ всякаго спора, устанавливаются простой справкой о прежней судимости.

Въ такомъ же смыслѣ, какъ относительно рецидива, слѣдуетъ рѣшить вопросъ и относительно *несовершеннолѣтняго воз-*

<sup>1)</sup> Ср. Баръ, I. с., стр. 251; Н. Meyer въ Handbuch Гольцендорфа II, стр. 141.

<sup>2)</sup> Hélie, ib.

раста подсудимаго. Тамъ мы имѣли дѣло съ закономъ предусмотрѣнной общей причиной *отягченія* вины и наказанія, здѣсь — съ такой же причиной *смягченія*. Такимъ образомъ, тѣ же соображенія приводятъ насъ въ выводъ, что присяжные должны констатировать наличность малолѣтняго или несовершеннолѣтняго возраста, какъ законной причины смягченія наказанія, какъ они констатируютъ реализацію и другихъ (особенныхъ) закономъ опредѣленныхъ причинъ смягченія.

Противъ компетенціи присяжныхъ въ этомъ случаѣ возражали въ томъ смыслѣ, что присяжные должны рѣшать только объ обстоятельствахъ дѣянія, къ которымъ нельзя отнести известный возрастъ подсудимаго<sup>1)</sup>. Нѣтъ сомнѣнія, что это возраженіе лишено всякаго значенія, такъ какъ все, что составляетъ обстановку даннаго дѣянія, обстановку притомъ настолько по закону не безразличную, что отъ нея зависитъ назначеніе *другаго* наказанія, входитъ въ понятіе обстоятельствъ даннаго дѣянія, какъ напр. входитъ въ число обстоятельствъ и состояніе даннаго лица на должности, въ услуженіи, въ родствѣ съ потерпѣвшимъ при совершеніи нѣкоторыхъ преступленій. Впрочемъ, вопросъ въ нами принятомъ смыслѣ рѣшался издавна, такъ же рѣшается и теперь<sup>2)</sup>.

Намъ остается еще рассмотретьъ два спорныхъ въ наукѣ вопроса — о томъ, кто изъ двухъ факторовъ уголовного приговора, присяжные или судьи, компетентны при рѣшеніи вопроса

<sup>1)</sup> См. цитированнаго у Бара, *Recht und Beweis*, стр. 135, прим. 167, писателя

<sup>2)</sup> См. касательно Прусскаго законодательства 1849—52 гг. у Oppenhoffa, *Die Preussischen Gesetze über das mündliche und öffentliche Verfahren in Strafsachen etc.*, Berlin, 1860, стр. 402, пр. 2 къ art. 83. Ср. также Zache, *op. c.*, стр. 79. У обоихъ комментаторовъ выражено, впрочемъ, что вопросъ о возрастѣ ставится присяжнымъ только въ случаѣ сомнѣнія или спора — достигъ ли уже подсудимый 16 лѣтняго возраста во время совершенія преступленія. Дальше (и совершенно справедливо) идетъ комментаторъ къ германскому уставу уголовн. судопр. 1877 — Löwe: онъ во всякомъ случаѣ требуетъ упоминанія въ вопросахъ присяжнымъ о возрастѣ подсудимаго, чтобъ уже изъ этого слѣдовала необходимость постановки дальнѣйшаго вопроса о разуміи (*Einsicht*), который по § 298 предлагается касательно всякаго, недостигшаго 18 лѣтъ подсудимаго. Löwe, *Die Strafprocessordnung für das Deutsche Reich*, стр. 695, прим. 4 къ § 298.

1) о тѣхъ, большей частью предусмотрѣнныхъ въ *особой части* уголовного кодекса обстоятельствахъ, при которыхъ уже прежде заслуженное наказаніе *не примѣняется* къ дѣянію подсудимаго и 2) объ условіяхъ примѣненія наказанія къ дѣянію, совершенному подъ дѣйствіемъ *старой, замѣненной закона или заграницей*.

Обращаясь къ разрѣшенію перваго вопроса, мы должны условиться на счетъ значенія обстоятельствъ, о которыхъ собственно идетъ рѣчь. Эти обстоятельства извѣстны въ нѣмецкой литературѣ подъ именемъ «specielle Strafausschliessungsgründe», въ отличіе отъ «allgemeine Strafausschliessungsgründe (помилованіе, давность), о которыхъ рѣчь была выше. Къ этимъ специальнымъ обстоятельствамъ, исключающимъ наказаніе, въ германскомъ уголовномъ уложеніи 1871 г. относятся, напр., слѣдующіе случаи: 1) когда покусившійся на преступленіе прекратить дальнѣйшее приведеніе своего умысла въ исполненіе не вслѣдствіе независящихъ отъ его воли препятствій, а свободно (1 Abs. § 46 des Strafgesetzbuches), или когда виновникъ оконченнаго уже покушенія еще до обнаруженія своего дѣянія самъ отвратитъ наступленіе его послѣдствій (2 п. § 46); 2) взятіе назадъ, при извѣстныхъ условіяхъ, ложнаго по неосторожности показанія (§ 163); 3) свободный отказъ сторонъ до начала дуэли отъ ея осуществленія (§ 204); 4) погашеніе пожара виновнымъ до обнаруженія преступленія и до наступленія дальнѣйшаго вреда, чѣмъ тотъ вредъ, который причиненъ однимъ только заженіемъ (§ 310), и 5) взаимность при обидахъ и легкихъ видахъ нарушенія тѣлесной неприкосновенности (§§ 199 и 233).

Во французскомъ правѣ этимъ specielle Strafausschliessungsgründe соотвѣтствуютъ excuses légales, подъ которыя практика подводитъ не только случаи, названные въ Code pénal прямо именемъ excuses, но и вообще всѣ тѣ закономъ предусмотрѣнные обстоятельства, въ силу которыхъ законъ смягчаетъ, модифицируетъ или даже исключаетъ, отиѣняетъ наказаніе, положенное за преступленіе <sup>1)</sup>.

Сюда, наприм., относятся слѣдующіе случаи: освобожденіе отъ наказанія тѣхъ изъ виновныхъ въ комплотахъ или другихъ

---

<sup>1)</sup> См. Hélie, I. с., т. IX, стр. 42.

преступленіяхъ, посягающихъ на внутреннюю или вѣшнюю безопасность государства, которые впервые сообщили правительству объ этихъ преступленіяхъ и о виновникахъ и участникахъ въ нихъ или способствовали ихъ арестованію (art 108); въ дѣлахъ о *réunion séditieuse avec bandes armées* или *rebellion avec attroupement* — фактъ, что подсудимые удалились по первому предостереженію властей (art 100 и 213 d. C. p.) и др. случаи подобнаго рода <sup>1)</sup>.

По поводу обстоятельствъ этой категоріи нѣкоторые исследователи <sup>2)</sup> указываютъ на непоследовательность тѣхъ законодательствъ, которыя, какъ напр. германское <sup>3)</sup> и французское <sup>4)</sup>, относятъ эти *specielle Strafausschliessungsgründe* къ предметамъ вѣдѣнія присяжныхъ, въ то время, какъ упомянутыя выше *allgemeine Strafausschliessungsgründe* (давность, помилованіе) отнесены къ вопросу о наказаніи, — слѣдовательно, къ области компетенціи коронныхъ судей.

На это замѣчаніе возражаютъ, что здѣсь, въ случаяхъ *specielle Strafausschliessungsgründe*, дѣло идетъ о фактахъ, которые находятся съ *виною* подсудимаго въ тѣсной связи, часто даже (какъ напр. въ случаѣ добровольно покинутаго покушенія и др.) рѣчь собственно идетъ о томъ, дѣйствительно-ли подсудимый имѣлъ твердую рѣшимость совершить преступленіе <sup>5)</sup>. Собственно говоря, замѣчаетъ Г. Мейеръ, эти причины могутъ быть разсматриваемы, какъ *ограниченія состава преступленія* (*Einschränkungen des Thatbestandes*), тогда какъ *allgemeine Strafausschliessungsgründe*, не имѣя никакого отношенія къ вопросу о виновности, могутъ быть трактуемы, какъ *эквиваленты наказанія* <sup>6)</sup>. Принадлежность этихъ спеціальныхъ обстоятельствъ къ законному составу преступленія, по мнѣнію Г. Мейера, выступаетъ явственнѣе всего въ случаѣ добровольнаго отступленія отъ покушенія (*freiwilliger Rücktritt vom Versuch*). Обстоятельство, что такой добровольной остановки не было на дѣлѣ,

<sup>1)</sup> ib.

<sup>2)</sup> Напр. Н. Meyer, Handbuch Holtzendorff's, т. II, стр. 139—140.

<sup>3)</sup> 2 ч. § 295, герм. уст. угол. суд. 1877 г.

<sup>4)</sup> Ср. art 339 du Code d'instr. crim., какъ его толкуетъ практика. См. Hélie, op. c., § 663.

<sup>5)</sup> Bar, l. c., стр. 256.

<sup>6)</sup> Н. Meyer, Taht-und Rechtsfrage, стр. 197 и 209 сл.

нѣкоторыя законодательства включаютъ прямо въ самое *опредѣленіе* покушенія <sup>1)</sup>).

Впослѣдствіи, въ позднѣйшемъ своемъ сочиненіи <sup>2)</sup>, тотъ же Гуго Мейеръ измѣнилъ свой взглядъ по этому вопросу, хотя соображенія, въ виду которыхъ послѣдовала эта перемѣна, едва ли убѣдительны. Справедливо, конечно, что *однимъ* случай, предусмотрѣнный германскимъ кодексомъ, какъ специальная причина безнаказанности, именно—упомянутый въ цитированныхъ выше §§ 199 и 233, не имѣетъ отношенія къ винѣ. Но отсюда естественнѣе прійти къ признанію необходимости *изятія* для этого случая, чѣмъ къ отрицанію изъ-за него компетентности присяжныхъ въ остальныхъ случаяхъ. Такая поспѣшность въ выводѣ со стороны Г. Мейера тѣмъ болѣе рѣзка, что онъ же самъ признаетъ, что этотъ особый случай (реторсія при обидахъ и легкихъ нарушеніяхъ тѣлесной неприкосновенности) рѣдко можетъ встрѣчаться въ производствѣ предъ присяжными <sup>3)</sup>.

Теперь намъ остается, согласно обѣщанію, рассмотреть послѣднюю серію спорныхъ вопросовъ и, прежде всего — вопросъ о томъ, что должно входить въ содержаніе вопросовъ, предлагаемыхъ присяжнымъ, когда рѣчь идетъ о дѣяніи, совершенномъ подъ господствомъ *старого* уголовного закона, а судимомъ при другомъ, *новомъ* законѣ. По началамъ современнаго уголовного права, въ случаѣ мѣны законовъ со времени совершенія преступленія и до момента разрѣшенія дѣла, къ дѣянію подсудимаго долженъ быть примѣненъ тотъ изъ законовъ, который наиболѣе мягокъ <sup>4)</sup>). При этомъ рѣшеніе вопроса о томъ, какой изъ этихъ разновременныхъ законовъ наиболѣе мягокъ, бываетъ довольно затруднительно, зависитъ отъ разнообразныхъ правовыхъ соображеній, такъ какъ здѣсь слѣдуетъ имѣть въ виду не одну санкцію уголовного закона, но и его диспозитивную часть, условія наказуемости дѣянія и проч. Однимъ словомъ, тотъ изъ разновременныхъ законовъ считается наиболѣе мягкимъ, который *по всемъ* своимъ опредѣленіямъ въ

<sup>1)</sup> Meyer, *ibid.* стр. 211.

<sup>2)</sup> Meyer въ *Handbuch Holtzendorff's*, II, стр. 140.

<sup>3)</sup> См. Н. Meyer въ *Handb. Holtz*, II, стр. 140, прим. 10.

<sup>4)</sup> См. Н. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 3 Aufl., стр. 95 и слѣд., и цитированные тамъ кодексы и сочиненія.



ихъ примѣненіи къ данному случаю даетъ окончательный результатъ, наиболѣе для подсудимаго благопріятный <sup>1)</sup>).

Итакъ, можетъ съ перваго взгляда показаться, что такъ какъ въ настоящемъ случаѣ рѣчь идетъ о рѣшеніи вопроса о *бѣйствіи* уголовно-матеріальнаго закона во времени, такъ какъ здѣсь нужно рѣшить—какой изъ двухъ или многихъ законовъ приложимъ къ данному дѣянію, то этотъ вопросъ долженъ быть рѣшенъ короннымъ судомъ, вопросъ же присяжнымъ долженъ быть постановленъ *по тому только одному* изъ разновременныхъ уголовныхъ законовъ, который короннымъ судомъ признанъ приложимымъ къ данному случаю, т. е. по одному только наиболѣе мягкому угол. закону <sup>2)</sup>).

Но такое рѣшеніе вопроса было бы совершенно невѣрнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, если современное уголовное право примѣняетъ къ дѣянію наиболѣе мягкій уголовный законъ, то изъ этого еще не слѣдуетъ, что и другой законъ, и именно тотъ, во время дѣйствія котораго дѣяніе совершено, не имѣетъ никакого значенія при рѣшеніи данного дѣла. Напротивъ, если даже, по причинѣ бѣлшей строгости закона времени совершенія преступленія, примѣняется позднѣйшій, болѣе мягкій; то все-таки старый законъ имѣетъ рѣшительное значеніе въ томъ смыслѣ, что если дѣяніе подсудимаго не подходитъ подъ его условія, если оно не было съ точки зрѣнія этого закона преступнымъ, то не можетъ быть и рѣчи о примѣненіи новаго, мягкаго закона, хотя бы дѣяніе подсудимаго и удовлетворяло требованія послѣдняго. Такимъ образомъ, при несовпаденіи условій двухъ разновременныхъ законовъ можетъ явиться необходимость рѣшить два вопроса: одинъ — о виновности подсудимаго предъ старымъ закономъ, другой — предъ новымъ.

Что именно присяжные компетентны на разрѣшеніе вопроса о виновности предъ закономъ, который признается судомъ примѣнимымъ къ данному случаю (т. е., значитъ — болѣе мягкимъ), то въ этомъ никто не сомнѣвается. Но независимо отъ этого,

<sup>1)</sup> Н Meyer, l. с., стр. 98.

<sup>2)</sup> Такъ смотрѣли на дѣло, по свидѣтельству Гольтдаммера, многие суды. См. его статью, подъ назв. «Die Fragestellung bei der Konkurrenz verschiedener Strafgesetze» etc, помѣщ. въ бывшемъ подъ его редакцію журналѣ «Archiv für preussisches Strafrecht, Bd. XV, стр. 794 и слѣд.

присяжные компетентны и на рѣшеніе вопроса о виновности предъ закономъ времени совершения дѣянія, хотя бы онъ былъ вообще болѣе строгъ, ибо разрѣшеніе этого вопроса въ утвердительномъ смыслѣ есть условіе виновности предъ новымъ закономъ, ибо и этотъ вопросъ есть также вопросъ о виновности предъ закономъ, вопросъ о субсумціи конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки преступленія, какъ оно опредѣлено было закономъ, дѣйствовавшимъ во время совершения дѣянія <sup>1)</sup>. При этомъ все равно — предлагается ли присяжнымъ два вопроса или одинъ, если только въ этомъ одномъ вопросѣ совмѣщены законные признаки обоихъ разновременныхъ законовъ. Это уже вопросъ второстепенный, вопросъ редакціи. Существенно только, что присяжные призваны, въ той или другой формѣ, къ сужденію о реализаціи въ данномъ случаѣ законныхъ признаковъ *обоихъ разновременныхъ законовъ* <sup>2)</sup>.

Въ такомъ же смыслѣ разрѣшаются и аналогическіе случаи, именно — когда за дѣяніе, совершенное *заграницей*, отечественный законъ, для отвѣтственности своего подданнаго, ставитъ условіемъ преступность дѣянія не только по отечественному кодексу, но и по закону страны, гдѣ дѣяніе совершено <sup>3)</sup>. И здѣсь отечественный судъ, правда, примѣняетъ только свой уголовный законъ <sup>4)</sup>, но подъ *условіемъ* предварительнаго *утвердительноаго* рѣшенія *вопроса о виновности* своего соотечественника предъ *иностраннымъ уголовнымъ закономъ*. И это условіе отвѣтственности, виновности предъ отечественнымъ закономъ должно быть констатировано присяжными, какъ судьями виновности <sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> См. Bar. I. с., стр. 229 и сл.

<sup>2)</sup> Компетентность присяжныхъ на рѣшеніе вопроса о виновности предъ обоими разновременными законами призываютъ: Oppenhoff, I. с., стр. 395 (прим. 25 къ art. 81), Bar, I. с., стр. 229 и сл., Löwe, die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, стр. 686 (пр. 11 къ § 293), Goldammer, въ своемъ Archiv f. pr. Strafr., Bd. XV, стр. 795 и сл., также Н. Meyer, Handb. Holtz., II, стр. 178.

<sup>3)</sup> Какъ это, напр., дѣлаетъ герм. кодексъ 1871, § 4 п. 3.

<sup>4)</sup> За исключеніемъ, по Герм. уложенію, случая, когда подсудимый во время совершения былъ иностранецъ, а затѣмъ сталъ герм. подданнымъ, — здѣсь примѣняется *иностранный законъ*, если онъ *мѣне* германскаго. Ср. § 4 п. 3 ч. 2 Герм. уг. код.

<sup>5)</sup> Bar. I. с.; Oppenhoff, I. с., стр. 393 (прим. 25 къ art. 81); Goldammer, I. с., стр. 798; Löwe, I. с., стр. 686; Н. Meyer, I. с., стр. 178.

Наконецъ, въ пользу компетенціи присяжныхъ разрѣшается въ литературѣ и вопросъ о томъ, какой изъ элементовъ суда присяжныхъ призванъ устанавливать другія условія ответственности предъ закономъ. Къ этимъ условіямъ относятся вопросы о томъ, слѣдуетъ ли считать мѣсто, гдѣ совершено преступленіе, принадлежащимъ къ территоріи иностраннаго государства, если это сомнительно; при извѣстныхъ условіяхъ, далѣе, вопросъ о томъ — слѣдуетъ ли считать данное лицо своимъ подданнымъ или иностранцемъ? <sup>1)</sup>).

## ГЛАВА II.

**Граница между вопросами о виновности и наказаніи по русскому праву.**

Теперь намъ слѣдуетъ рассмотреть — какъ въ *русскомъ правѣ* проведена граница между вопросами о винѣ и наказаніи. Между прочимъ, мы уже касались этого вопроса <sup>2)</sup>; теперь мы займемся деталями.

Изъ 754 ст. уст. угол. суд. видно, что вопросъ присяжнымъ о виновности подсудимаго охватываетъ собою вопросъ о *вмѣнѣнн* (слѣдов., и о *вмѣняемости*), притомъ — о *вмѣненіи* какъ юридическомъ, такъ фактическомъ: «вопросы о томъ, совершилось ли событіе преступленія, было ли оно *дляніемъ подсудимаго* и должно ли оно быть *вмѣнено* ему въ *вину*, соединяются въ одинъ совокупный вопросъ о виновности подсудимаго», который, какъ мы упоминали раньше, подлежитъ, на основаніи 7 ст. учр. суд. уст., рѣшенію присяжныхъ.

Уже изъ этого слѣдуетъ, что присяжные, а не коронные судьи, должны рѣшать объ обстоятельствахъ, исключających *вмѣняемость* и *вмѣненіе*, ибо, рѣшающій эти вопросы, рѣшаетъ вопросъ о *вмѣненіи*, о виновности.

Такимъ образомъ, къ предметамъ вѣдѣнія присяжныхъ относится рѣшеніе о предусмотрѣнныхъ статьею 92 уложенія о наказ. причинахъ не*вмѣненія*, каковы: случай, малолѣтство,

<sup>1)</sup> См. Ваг., I. с., стр. 232; также рѣшеніе прусскаго оберъ-трибунала отъ 10 апр. 1856, сообщенное въ журналъ Goldammer'a, Archiv für pr. Strafr., Bd. IV, стр. 538—539. Contra: Oppenhoff, I. с., стр. 395 (прим. 36 къ art. 81).

<sup>2)</sup> Въ главѣ IV отдѣленіи I го.

безуміе, сумасшествіе и припадки болѣзни, приводящіе въ совершенное безпамятство, ошибка, принужденіе и необходимость обороны. Всѣ эти обстоятельства не только въ теоріи и по иностраннымъ закодательствамъ, но и по нашему уложенію, суть «причины, по коимъ содѣянное не должно быть *вмѣняемо въ вину*» (заголовокъ къ 92 и слѣд. статьямъ улож. о нак.).

Вопросъ о *полномъ разумнѣи* подсудимыхъ, достигшихъ 17-ти лѣтъ, рѣшается также присяжными, а не судомъ. Справедливость этого подтверждается слѣдующими соображеніями.

Прежде всего, для дѣтей отъ 10—14 лѣтъ вопросъ и разумнѣи въ сущности равносильнъ вопросу о вмѣненіи, такъ какъ, по 137 ст. улож. о наказ., дѣти этого возраста, которыя учинили преступное дѣяніе, по признанію суда, безъ разумнѣи, точно такъ-же юридически не отвѣтственны, какъ и дѣти отъ 7—10-лѣтняго возраста, такъ какъ отсутствіе разумнѣи не есть ничто постороннее дѣянію и его совершителю, какъ давность и другія причины погашенія наказанія, а именно равняется отсутствію условій для вмѣненія въ вину предъ закономъ <sup>1)</sup>).

Что же касается несовершеннолѣтнихъ отъ 14—17-лѣтъ, то хотя на основаніи 2 части 137 ст. ул. о нак. признаніе судомъ отсутствія полнаго разумнѣи и не освобождаетъ отъ юридической отвѣтственности, тѣмъ не менѣе *модифицируетъ вину*. Отсутствіе полнаго разумнѣи принадлежитъ, такимъ образомъ, къ числу обстоятельствъ, имѣющихъ *опредѣленное* <sup>2)</sup>, при томъ *значительное* вліяніе на *вину* и строгость наказанія (ст. 136 ул. о нак.), и потому вопросъ объ этомъ не только въ теоріи

<sup>1)</sup> Ср. Будковскій, О приговорахъ, стр. 34; Кистяковскій, Элементарный учебникъ общаго уголовного права, Кіевъ, 1882 г., стр. 483 и слѣд. Имъ оставляемъ здѣсь въ сторонѣ вопросъ о *редакціи* вопросовъ касательно малолѣтнихъ отъ 10—14 лѣтъ до соответствующаго мѣста нашего труда. Все равно—рѣшаютъ ли присяжные вопросъ о разумнѣи подсудимыхъ этого возраста въ формѣ вопроса о разумнѣи, или вопроса о полномъ разумнѣи, или, наконецъ, *implicite*, въ составѣ «главнаго о нихъ вопроса, который, въ случаѣ малолѣтства подсудимаго, раздѣляется на вопросы о содѣяніи имъ преступления и на вмѣненіе ему въ вину содѣяннаго» (Будковскій, 1. с.),—теперь для насъ важно, что именно присяжные, а не судъ, рѣшаютъ этотъ вопросъ.

<sup>2)</sup> Это важно въ виду 755 ст. уст. уг. суд. См. ниже, по поводу остальныхъ обстоятельствъ, уменьшающихъ или увеличивающихъ вину и наказаніе.

и иностранных законодательствахъ, но и по русскому праву долженъ быть отнесенъ къ вопросу о виновности. Это положеніе, впрочемъ, ни съ чьей стороны не подвергалось сомнѣнію и непоколебимо санкціонировано практикой<sup>1)</sup>.

Если это такъ, если вопросъ о полномъ разумѣніи долженъ быть разрѣшаемъ присяжными, то послѣдними же долженъ быть разрѣшаемъ и вопросъ о *лѣтахъ* подсудимаго, такъ какъ этотъ вопросъ есть необходимое условіе для разрѣшенія вопроса о разумѣніи. Нашъ сенатъ, впрочемъ, во многихъ рѣшеніяхъ высказалъ взглядъ, что вопросъ о возрастѣ подсудимаго не можетъ быть предлагаемъ присяжнымъ, такъ какъ послѣдніе, «по силѣ 7 ст. учр. суд. устан., присоединяются къ составу судебныхъ мѣстъ лишь для опредѣленія вины или невинности подсудимыхъ, по внутреннему убѣжденію, а возрастъ въ тѣхъ случаяхъ, когда число лѣтъ можетъ имѣть вліяніе на вѣнненіе, на размѣръ или родъ наказанія, опредѣляется по установленнымъ въ законѣ (уст. уг. суд. ст. 413) положительнымъ правиламъ, на основаніи которыхъ показаніе обвиняемаго о лѣтахъ повѣряется справкою изъ метрическихъ книгъ, а за неимѣніемъ ихъ, изъ ревизскихъ сказокъ или другихъ документовъ<sup>2)</sup>». По точному смыслу 763, 754 и 755 ст., разсуждаетъ далѣе сенатъ, «отдѣльные вопросы могутъ быть постановляемы только о такихъ обстоятельствахъ, которыя въ данномъ случаѣ особо увеличиваютъ или уменьшаютъ степень виновности и наказанія, по которымъ содѣянное не вѣнняется въ виду или же наказаніе уменьшается или вовсе отиѣняется, но и въ сихъ случаяхъ предметомъ вопросовъ могутъ быть только причины отиѣны или смягченія наказанія, какъ-то — большая или меньшая степень разумѣнія, принужденіе и т. п., а вовсе не опредѣленіе времени рожденія подсудимаго<sup>3)</sup>».

Такая постановка занимающаго насъ вопроса намъ кажется неправильной.

<sup>1)</sup> См. Селитренниковъ, I, с., стр. 320 и слѣд.; Вудцовскій, О приговорахъ etc., стр. 48 и сл., 53 и сл.

<sup>2)</sup> См. рѣшеніе угол. касс. деп. сен. 1867 г. № 490 и др. Селитренниковъ, I, с., стр. 265; Таганцевъ, Уложеніе о наказаніяхъ, изданіе 4-е, тезисъ 725 и сл.

<sup>3)</sup> См. цитир. выше рѣшеніе сената.

Мы прежде всего оставляемъ въ сторонѣ вопросъ о томъ, какъ ставить вопросъ о возрастѣ — отдѣльно ли отъ главнаго, или включать его въ текстъ послѣдняго. Это — вопросъ редакціи. Дѣло теперь въ томъ — присяжные или судъ должны рѣшать по нашему закону вопросъ о возрастѣ подсудимаго.

Намъ кажется, что при рѣшеніи этого вопроса необходимо исходить исключительно изъ тѣхъ постановленій нашего закона, которыя опредѣляютъ миссію присяжныхъ, иначе — содержаніе вопроса о виновности. Намъ кажется, что если справедливо, что, какъ это признаетъ и самъ сенатъ въ вышеприведенномъ соображеніи, присяжные призваны рѣшать объ обстоятельствахъ, отъ которыхъ зависитъ признаніе или непризнаніе вины или смягченіе наказанія, то къ такимъ обстоятельствамъ не можетъ не быть отнесенъ и возрастъ подсудимаго, та или другая величина котораго (сама по себѣ или въ соединеніи съ признаніемъ отсутствія разумія) вліяетъ какъ на бытіе, такъ и на величину наказанія. Напротивъ, то обстоятельство, что законъ въ 413 ст. уст. уг. суд. преподалъ для судебного слѣдователя правила опредѣленія возраста, не можетъ имѣть никакого значенія въ данномъ случаѣ: разъ вопросъ о возрастѣ подлежитъ рѣшенію присяжныхъ, то они рѣшаютъ его, какъ и всѣ другіе вопросы, по внутреннему убѣжденію, а не на основаніи предустановленныхъ, формальныхъ доказательствъ. Рѣшительнаго значенія 413-ой статьѣ придавать въ этомъ случаѣ, намъ кажется, нельзя уже по мѣсту, которое она занимаетъ въ уставѣ, въ виду того, что она есть правило для судебного слѣдователя.

Впрочемъ, и самъ сенатъ въ аналогическихъ случаяхъ разсуждалъ иначе. Такъ, напр., въ одномъ рѣшеніи своемъ сенатъ призналъ, что «и по дѣламъ о злостномъ банкротствѣ присяжные имѣютъ право не признавать дѣйствительность факта преступленія», не смотря на то, что этотъ фактъ (свойство несостоятельности), составляя преюдиціальныи для уголовного суда вопросъ, раньше былъ признанъ рѣшеніемъ коммерческаго суда. Сенатъ вполнѣ согласился съ доводами подсудимаго, настаивавшаго, что такое изъятіе изъ вѣдѣнія присяжныхъ вопроса о событіи преступленія было бы равносильнымъ навязыванію суду присяжныхъ теоріи формальныхъ доказательствъ, что 29-ю

статью уст. угол. суд. нужно понимать иначе, чѣмъ ее понялъ судъ <sup>1)</sup>).

Къ вопросу о виновности, безъ всякаго сомнѣнія, относится далѣе, по русскому праву, все то, что входитъ въ *особый составъ преступленія*.

Не такъ легко рѣшеніе вопроса касательно принадлежности тѣхъ или другихъ *обстоятельствъ, увеличивающихъ или уменьшающихъ вину и наказаніе*, къ той или другой части уголовного приговора.

На основаніи послѣднихъ словъ 755 ст. уст. уг. суд., объ обстоятельствахъ, имѣющихъ вліяніе на опредѣленіе *лишь мѣры наказанія въ предѣлахъ одной и той же степени*, вопросы *вовсе не предлагаются*. Напротивъ, на основаніи первой части той же статьи, объ обстоятельствахъ, которыя *особо увеличиваютъ или уменьшаютъ степень виновности*, вопросы *предлагаются*.

Такимъ образомъ, въ содержаніе вопросовъ присяжнымъ могутъ входить *только* обстоятельства, *особо увеличивающія или уменьшающія вину*. Говоримъ «могутъ», потому что тотъ фактъ, что объ этихъ обстоятельствахъ вообще постановляется вопросъ, самъ по себѣ не говоритъ въ пользу того, что на этотъ вопросъ должны отвѣчать именно *присяжные*. Что, однако, вопросъ объ особо-увеличивающихъ или уменьшающихъ вину обстоятельствахъ дѣйствительно долженъ разрѣшаться присяжными, а не судомъ, то въ этомъ неотразимо убѣждаютъ слѣдующія соображенія.

Во-первыхъ, уже выраженія 755 статьи указываютъ на то, что законъ относитъ эти обстоятельства къ вопросу о виновности, а не къ вопросу о наказаніи: они вѣдь «увеличиваютъ или уменьшаютъ степень *виновности*», да еще «особо». Если такъ, то, на основаніи 7 ст. учр. суд. уст., вопросъ объ этихъ обстоятельствахъ, относится, какъ вопросъ о винѣ, къ предметамъ вѣдѣнія присяжныхъ.

Во-вторыхъ, въ пользу этого же говорятъ и мотивы къ этой статьѣ. Въ самомъ дѣлѣ, изъ того мѣста объяснительной записки 1863 г., которое относится къ разсматриваемой статьѣ, видно ясно, что нашъ законодатель ожидалъ отвѣта на вопросъ объ этихъ обстоятельствахъ именно со стороны присяжныхъ,

<sup>1)</sup> См. рѣш. выс. сен. по дѣлу Яковлева, 1873 г., № 904.

что, требуя отдѣльныхъ вопросовъ о данномъ преступленіи и объ особо квалифицирующихъ его обстоятельствахъ, онъ хотѣлъ облегчить положеніе присяжныхъ <sup>1)</sup>).

Итакъ, вопросъ объ особо-модифицирующихъ виновность обстоятельствахъ разрѣшается присяжными.

Но здѣсь является дальнѣйшій вопросъ—что именно слѣдуетъ разумѣть подъ этими обстоятельствами въ отличіе отъ тѣхъ вліяющихъ лишь на мѣру наказанія обстоятельствъ, вопросовъ о которыхъ вовсе не предлагается?

Обращаясь къ Уложенію о наказаніяхъ, мы видимъ, что законъ нашъ знаетъ двѣ группы обстоятельствъ, вліяющихъ на наказаніе. Къ первой группѣ относятся прежде всего тѣ изъ нихъ, которыя предусмотрены въ 129 ст. въ качествѣ «обстоятельствъ, увеличивающихъ вину и наказаніе». На основаніи 130 и 148 ст. улож. о наказ., судъ, въ случаѣ признанія этихъ обстоятельствъ, вообще только приближаетъ наказаніе въ выс-

---

<sup>1)</sup> Вотъ выписка изъ объяснительной записки 1863 г., приведенная подъ статью 755 уст. угол. суд. въ Судебныхъ Уставахъ, изданныхъ Государственною Канцеляріей, часть II, стр. 266: «Опытъ иностранныхъ законодательствъ, употреблявшихъ различныя системы постановки вопросовъ, для рѣшенія дѣлъ присяжными, убѣждаетъ въ томъ, что если съ одной стороны дробленіе вопросовъ затрудняетъ присяжныхъ, . . . то съ другой стороны сжатіе всего дѣла въ одинъ вопросъ виновать или невиновать, можетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ имѣть послѣдствіемъ признаніе подсудимаго виновнымъ въ такомъ преступленіи, котораго сомысліе или вѣроятность сомнительны. . . Кромѣ того, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда надлежитъ разрѣшить, спорилось ли преступленіе особенными обстоятельствами, увеличивающими или уменьшающими степень виновности подсудимаго, нельзя ограничиться однимъ вопросомъ потому, что на вопросъ о виновности можно отвѣчать утвердительно, а на вопросъ объ особенныхъ обстоятельствахъ—отрицательно». — Изъ этой выписки, а также изъ ссылки на нее же подъ статью 756 (запрещающемъ соединеніе такихъ вопросовъ, отвѣты на которые могутъ быть различны) видно, что законодатель только противъ соединенія вопроса объ обстоятельствахъ, особо-модифицирующихъ вину, съ вопросомъ о виновности, а не противъ разрѣшенія перваго вопроса присяжными; онъ даже предполагаетъ это; законодатель не допускаетъ соединенія этихъ вопросовъ только потому, что отвѣтъ на нихъ за одинъ разъ будетъ иногда затруднителенъ, а не потому, чтобы одинъ изъ нихъ входилъ въ сферу компетенціи суда, другой—присяжныхъ.



шей его мѣрѣ, къ максимуму наказанія, опредѣленнаго въ законѣ за данное преступленіе. Очевидно, эти обстоятельства относятся къ тѣмъ, о которыхъ по 755 статьѣ уст. угол. судопр. вопроса вовсе не предлагается.

Равнымъ образомъ, не должно предлагать вопросъ и объ увеличивающемъ вину обстоятельствѣ, предусмотрѣнномъ въ 131 статьѣ улож. о наказ., ибо хотя на основаніи 132 ст. ул. вліяніе *повторенія* преступленія (рецидивъ) указано съ большею опредѣленностью, чѣмъ вліяніе обстоятельствъ 129 ст., тѣмъ не менѣе и повтореніе, въ общемъ правилѣ, не влечетъ за собою оставленія положенной за преступленіе мѣры наказанія <sup>1)</sup>).

Этимъ увеличивающимъ вину обстоятельствамъ соответствуютъ ее *уменьшающія*, исчисленныя въ 134 статьѣ улож. о наказ. На основаніи 135 ст. ул. о нак., а также 774 ст. уст. угол. судопр., дѣйствіе этихъ обстоятельствъ на мѣру наказанія ни въ отдѣльности, ни въ ихъ сочетаніяхъ въ точности не опредѣлено; сказано только, что, при признаніи ихъ, судъ, разсматривающій дѣло безъ участія присяжныхъ, или приближаетъ наказаніе къ минимуму его законной мѣры, или даже уменьшаетъ его на одну или двѣ степени. Последняя добавка (о правѣ суда уменьшать наказаніе за предѣлы минимума) есть собственно нововведеніе, вызванное судебною реформою 1864 года: коронному суду, рѣшающему дѣло безъ участія присяжныхъ, дано право, соответствующее предоставленному присяжнымъ праву—по собственному ихъ побужденію признавать подсудимаго заслуживающимъ снисхожденія (ст. 814 уст. угол. суд.), вслѣдствіе чего судъ обязанъ понизить наказаніе по крайней мѣрѣ на одну степень, но могутъ понизить его и на двѣ (ст. 828 уст. уг. суд.). Въ уложеніи же о наказаніяхъ предыдущихъ изданій этого права суда въ подобныхъ случаяхъ не существовало.

Какъ бы то ни было, и въ настоящее время уменьшающія вину обстоятельства, исчисленныя въ 134 статьѣ улож. о наказ.,

---

<sup>1)</sup> Только поэтому вопросъ о наличности повторенія не входитъ по нашему закону въ содержаніе вопросовъ, разрѣшаемыхъ присяжными засѣданіями. Ср. выше. Не таково мнѣніе покойнаго Будцоваго, О приговорахъ, стр. 67.

имѣютъ *наименьшее и наименѣе определенное* вліяніе на мѣру наказанія,—другихъ какихъ-либо уменьшающихъ вину обстоятельствъ со спеціальнымъ дѣйствіемъ буквально лишь на мѣру наказанія въ предѣлахъ законныхъ *maximum'a* и *minimum'a* уложеніе наше не знаетъ. Въ самомъ дѣлѣ, другія уменьшающія вину обстоятельства, указанныя какъ въ общей, такъ и въ особенной части уложенія о наказаніяхъ, имѣютъ и болѣе, и болѣе определенное вліяніе на наказаніе. Къ этой второй группѣ обстоятельствъ, на примѣръ, изъ общей части уложенія можно отнести несовершеннолѣтіе подсудимаго (какъ мѣра только смягченія наказанія, см. выше) изъ особенной же части—многія обстоятельства, предусмотрѣнныя или въ особыхъ статьяхъ, или хотя и въ тѣхъ статьяхъ, которыя предусматриваютъ нормальное преступленіе, но съ *точнымъ* обозначеніемъ какъ ихъ состава, такъ и вліянія на наказаніе (на примѣръ, такое значеніе имѣютъ по отношенію къ преступленію, предусмотрѣнному 1477 ст. ул. о наказ.,—вторая часть этой статьи, по отношенію къ 1478 ст.—слѣдующая, 1479, и многія другія).

Такимъ образомъ, если дѣлать различіе между разными обстоятельствами, вліяющими на наказаніе, то къ обстоятельствамъ, о которыхъ вопроса вообще не предлагается, слѣдуетъ отнести и исчисленныя въ 134 статьѣ уложенія о наказ. тѣмъ болѣе, что 1) они совершенно аналогичны обстоятельствамъ 129 ст., несомнѣнно относящимся къ этой категоріи, а во 2) и безъ всякаго вопроса присяжные, на основанія 814 ст. уст. уг. суд., могутъ по этимъ же, какъ и по другимъ обстоятельствамъ, признавать, по собственной инициативѣ, подсудимаго заслуживающимъ снисхожденія, вслѣдствіе чего судъ долженъ уменьшить наказаніе въ тѣхъ же размѣрахъ, какъ и при признаніи обстоятельствъ, исчисленныхъ въ 134 статьѣ улож. о наказаніяхъ.

Итакъ, хотя по нашему закону въ вопросахъ *explicite* и не фигурируютъ обстоятельства 134 ст. улож. о наказаніяхъ, тѣмъ не менѣе присяжные могутъ по собственной инициативѣ рѣшать какъ о нихъ, такъ и о другихъ обстоятельствахъ дѣла, *непредусмотрѣнныхъ, неопредѣленныхъ* закономъ и имѣющихъ вліяніе на мѣру наказанія. Выше, при теоретическомъ изложеніи этого вопроса, мы были противъ предоставленія присяжнымъ вліянія на мѣру наказанія по неопредѣленнымъ причинамъ смягченія потому, что при этомъ присяжнымъ необ-

ходимо сравнивать разные казусы одного рода и вида и путем такого сравнения вырабатывать самостоятельно руководящія начала при соразмѣреніи степени виновности съ квантумомъ наказанія, — операція, въ которой въ принципѣ присяжные, какъ судьи временные, не способны.

Считая, что право смягченія наказанія въ принципѣ не должно принадлежать присяжнымъ, мы, однако, не будемъ порицать редакторовъ устава уголовного судопроизводства за это заимствованіе французскаго института именно въ виду устарѣлости и суровости нѣкоторыхъ постановленій дѣйствовавшаго тогда и нынѣ еще дѣйствующаго уголовного уложенія. Въ самомъ дѣлѣ, въ настоящее время это зло, происходящее отъ невѣрности принципу, все-таки меньше, чѣмъ то, какое бы имѣло мѣсто безъ этого права присяжныхъ на смягченіе, такъ какъ при суровости, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, нашего уложенія присяжные скорѣе совершенно оправдывали бы виновнаго, чѣмъ подвергали бы его слишкомъ строгой карѣ. Къ счастью, однако, и это меньшее зло, эта невѣрность началу, которое должно итти въ виду при распредѣленіи функций присяжныхъ и процессіональных суде<sup>1)</sup>, можетъ быть устранено, лишено своего *raison d'être*, когда вмѣсто дѣйствующаго уложенія вступитъ въ силу вырабатываемый нынѣ новый уголовный кодексъ.

Итакъ, въ вопросы присяжныхъ *explicite* должны входить только тѣ обстоятельства, увеличивающія или уменьшающія виновность, которыя *точно определены закономъ въ своемъ составѣ*, и которыя имѣютъ *опредѣленное вліяніе на размѣръ наказанія*, вліяніе, обуславливающее по крайней мѣрѣ *оставленіе предположенной за данное преступленіе мѣры наказанія*<sup>1)</sup>. При этомъ, конечно, безразлично—предусмотрѣны ли эти увеличивающія или уменьшающія вину обстоятельства въ общей или

<sup>1)</sup> Нѣкоторое отступленіе отъ этого правила нужно сдѣлать по отношенію къ обстоятельствамъ, предусмотрѣннымъ 134 ст. уложенія о наказаніяхъ, въ томъ именно смыслѣ, что хотя они могутъ влечь за собой уменьшеніе наказанія не на одну, а даже на двѣ степени, но къ *особо уменьшающимъ* все-таки не относятся по вышесказаннымъ основаніямъ. Въ редакціи 755 ст. устава уголовного судопроизводства нельзя не видѣть ошибки. Редакторы, очевидно, все-таки имѣли въ виду старый текстъ 135 статьи уложенія о наказаніяхъ.

особенной части уложения, и если въ особенной, то въ особой ли статьѣ или въ той же, которая опредѣляетъ нормальное преступленіе. Важно только, чтобы законные признаки, квалифицирующие данное преступленіе, были твердо закономъ установлены, и чтобы законъ придавалъ имъ точное вышеуказанное вліяніе на размѣръ наказанія.

Согласно вышеданному опредѣленію особо квалифицирующихъ виновность обстоятельствъ, къ нимъ не относятся и не должны входить въ содержаніе вопросовъ присяжнымъ, кромѣ упомянутыхъ уже, еще, напр., обстоятельства, въ виду которыхъ судъ избираетъ, по 149 статьѣ улож. о наказаніяхъ, одно изъ нѣсколькихъ наказаній, положенныхъ за данное преступленіе безъ точнаго при томъ указанія, когда именно судъ долженъ назначить то или другое наказаніе. Это вытекаетъ изъ того, что здѣсь судъ имѣетъ дѣло не съ точно опредѣленными обстоятельствами, имѣющими опредѣленное же вліяніе на наказаніе, а съ неопредѣленнымъ, общимъ указаніемъ 149 статьи улож. о наказ., предоставляющей выборъ одного изъ наказаній или опредѣленіе степени и мѣры усмотрѣнію суда, «который при семъ принимаетъ въ соображеніе важность вины, состояніе подсудимаго и обстоятельства, сопровождавшія преступленіе», безъ дальнѣйшаго указанія, какія это обстоятельства. Такимъ образомъ, судъ здѣсь рѣшаетъ вопросъ о наказаніи въ томъ же смыслѣ, какъ онъ рѣшаетъ его, когда за данное преступное дѣяніе положено только одно наказаніе, опредѣленное не только родомъ и степенью, но и точной мѣрой, когда судъ движется между maximum'омъ и minimum'омъ точно опредѣленной мѣры наказанія. Въ сущности говоря, подъ мѣрою наказанія, въ примѣненіи къ 755 ст. уст. угол. судопр., нужно разумѣть въ общемъ правилѣ <sup>1)</sup> не только извѣстный квантумъ какой-либо степени наказанія (въ этомъ значеніи слово «мѣра» употреблено въ началѣ 148 ст. улож. о наказ.), но вообще всѣ тѣ карательныя мѣры въ совокупности, которыя опредѣлены за данное преступленіе безъ точнаго указанія — когда каждая изъ нихъ должна быть примѣнена, но—только эти мѣры.

Намъ кажется, что выше мотивированное нами различіе между особо квалифицирующими вину обстоятельствами, кото-

<sup>1)</sup> Исключеніе указано раньше.

рыя должны *explicite* входить въ содержаніе вопросовъ присяжнымъ, и остальными увеличивающими и уменьшающими вину обстоятельствами, не входящими въ вопросы присяжнымъ, — что это различіе, повторяю, наиболее согласно какъ съ данной раньше теоретической формулировкой, такъ и съ истиннымъ смысломъ русскаго закона.

Въ сущности, на такихъ же общихъ основаніяхъ граница эта проводится и нашимъ кассационнымъ сенатомъ<sup>1)</sup>. Сначала было сенатъ нашъ былъ близокъ къ мысли, что особо квалифицирующихъ обстоятельствъ въ смыслѣ 755 ст. устава уголовного судопроизводства слѣдуетъ искать исключительно въ особенной части уложенія<sup>2)</sup>. Впрочемъ, какъ справедливо замѣчаетъ покойный Чебышевъ-Дмитріевъ, это было лишь обмолвкой (точнѣе—неудачной формулировкой) со стороны сената, отъ которой онъ впоследствии отступился<sup>3)</sup>. Эта обмолвка или неточность сената, впрочемъ, имѣетъ *de lege lata* болѣе принципиальное, чѣмъ практическое значеніе, такъ какъ въ общей части уложенія, и именно въ числѣ обстоятельствъ, помѣщенныхъ подъ заголовками увеличивающихъ или уменьшающихъ вину и наказаніе, кромѣ несовершеннолѣтняго возраста, нѣтъ такихъ, которые бы подходили подъ условія особо-квалифицирующихъ вину въ смыслѣ 755 ст. устава уголовного судопроизводства,

<sup>1)</sup> Изъ сенатскихъ рѣшеній наиболее принципиально-важными являются рѣшенія по дѣлу Лаврова, Сафьянникова, Заруднаго и Дюкова, 1870 г., № 295, по которому докладчикомъ былъ покойный Вуцковскій, и рѣшеніе по дѣлу Родіонова, за 1866 г., № 3 и др.

<sup>2)</sup> Это, напр., можно заключить изъ той формулировки разницы между особо квалифицирующими вину и остальными обстоятельствами, которая дана въ рѣшеніи 1866 г., № 3: «Въ законахъ нашихъ, говорятъ сенатъ, уменьшающія вину обстоятельства имѣютъ двойной характеръ: тѣ изъ нихъ, которыя числятся въ 134 ст. уложенія о наказаніяхъ, относятся болѣе или менее ко *всѣмъ родамъ преступленій*, но не опредѣляютъ свойствъ каждаго преступленія въ особенности... Къ другой категоріи уменьшающихъ вину обстоятельствъ слѣдуетъ отнести тѣ, которыя имѣютъ свойство *преступленій*». Затѣмъ идетъ примѣрное перечисленіе статей уложенія, гдѣ находятся такіе особые обстоятельства, и въ числѣ этихъ статей нѣтъ ни одной изъ общей части, а только изъ особенной (176, 178, 182, 183, 211, 234, 235, 282, 286, 291, 292, 294, 296, 1483, 1484 и др.)

<sup>3)</sup> Чебышевъ-Дмитріевъ, I. с., стр. 648.

если не считать обстоятельства, предусмотрѣннаго 143 ст. уложенія о наказаніяхъ обстоятельства, отнесеннаго сенатомъ къ особо уменьшающимъ вину и наказаніе и потому подлежащимъ разрѣшенію присяжныхъ<sup>1)</sup>, что, однако, и съ нашей, и съ сенатской точки зрѣнія не безспорно.

Такъ же, въ сущности, рѣшила этотъ вопросъ и наша юридическая литература. Въ особенности ясно и послѣдовательно разсужденіе г. Селитренникова, формула котораго только тѣмъ отличается отъ нами принятой, что онъ для признанія за даннымъ обстоятельствомъ значенія особо-увеличивающаго или уменьшающаго вину требуетъ законнаго вліянія его по крайней мѣрѣ на *степень* наказанія<sup>2)</sup>, придавая, очевидно, рѣшительное значеніе соответствующимъ словамъ 755 ст. («объ обстоятельствахъ, имѣющихъ вліяніе на опредѣленіе лишь мѣры наказанія *въ предѣлахъ одной и той же степени*, вопросы не предлагаются»). Мы же обращаемъ главное вниманіе на то, что эти особыя обстоятельства должны сколько-нибудь измѣнить *мѣру наказанія* (понимая ее въ вышеуказанномъ болѣе широкомъ смыслѣ); что же касается до дальнѣйшихъ словъ 755 ст., то считаемъ, что они употреблены только для *поясненія* мысли закона, ибо *обыкновенно* наше уложеніе, при назначеніи наказанія и при его измѣненіяхъ, въ смыслѣ единицы употребляютъ *степени*<sup>3)</sup>.

Мысль нашу подтверждаетъ и то соображеніе, что, на основаніи 130, 148 и др. статей уложенія о наказаніяхъ, судъ долженъ совершенно такъ же почитать крайніе предѣлы мѣры наказанія въ узкомъ значеніи слова «мѣра» (т. е. въ томъ смыслѣ, въ какомъ эти слова употреблены въ началѣ 148 ст. уложенія о наказаніяхъ), какъ и назначенную за преступленіе степень. Переступать границы мѣры безъ указанныхъ въ законѣ

<sup>1)</sup> Ср. Кассационныя рѣшенія, 1870, №№ 1074, 1872, 322. Ср. также Будковский, I. с., стр. 54 и сл.

<sup>2)</sup> Селитренниковъ, О постановкѣ вопросовъ, стр. 318.

<sup>3)</sup> Такой *обыкновенный* способъ опредѣленія наказанія за отдѣльныя преступленія имѣетъ въ виду и 135 ст. уложенія о наказаніяхъ, гдѣ говорится, что «въ случаѣ уменьшающихъ вину подсудимаго обстоятельствъ суду предоставляется уменьшать *мѣру* слѣдующаго виновному наказанія *въ предѣлахъ назначенной закономъ степени*».

условіи судъ не имѣетъ права, какъ не имѣетъ такого права на переходъ къ другой степени <sup>1)</sup>).

Но за исключеніемъ этого пункта, выводы г. Селитренникова по этому вопросу, въ общихъ чертахъ, какъ могъ усмотрѣть читатель, согласуются съ нами усвоенными.

Я также согласенъ съ г. Селитренниковымъ, когда онъ, вопреки мнѣнію сената <sup>2)</sup>, къ числу обстоятельствъ, особо-квалифицирующихъ вину, относитъ обстоятельства, предусмотрѣнные 186 ст. (количество выдѣланнаго оружія и проч.) и 277 ст. уложенія о наказаніяхъ (публичность, присутствіе многихъ свидѣтелей)<sup>3)</sup>. Напротивъ, къ обстоятельствамъ, особо-квалифицирующимъ вину, нельзя отнести, какъ это, однако, дѣлаетъ покойный Чебышевъ-Дмитріевъ, вопросъ о степени приведенія злого умысла въ дѣйствіе<sup>4)</sup> (ст. 757 устава уголовного судопроизводства) и вопросъ о неосторожности<sup>5)</sup>. Какъ эти вопросы, такъ и вопросъ о степени участія въ преступленіи каждаго изъ нѣсколькихъ подсудимыхъ (ст. 758 устава уголов. судопр.) суть вопросы о *формѣ вины*, какъ и вопросъ о исполнѣ совершившаго преступномъ дѣяніи, о преступленіи умышленномъ и проч. Это вопросы главные (или при извѣстныхъ условіяхъ, — эвентуальные, см. ниже) по отношенію къ покусившемуся на преступленіе, неосторожному виновнику или участнику, причѣмъ по отношенію къ каждому такому вопросу могутъ быть свои

---

<sup>1)</sup> Наше разногласіе съ г. Селитренниковымъ въ формулахъ обстоятельствъ особо увеличивающихъ или уменьшающихъ вину могло бы имѣть известное значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда уложеніе за данное преступленіе назначаетъ опредѣленный квантумъ известной степени наказанія, а не всю степень, причѣмъ предвидитъ опредѣленное обстоятельство, при наличности котораго судъ долженъ понизить это нормальное наказаніе, но въ предѣлахъ той же степени. По формулѣ г. Селитренникова это обстоятельство не относится къ числу предусмотрѣнныхъ 755 ст. устава уголовного судопроизводства, потому, что здѣсь нѣтъ уменьшенія по крайней мѣрѣ на одну степень, что, однако, по нашему мнѣнію, не вѣрно.

<sup>2)</sup> См. выше цитированное рѣшеніе по дѣлу Лаврова и др., 1870 г., № 295.

<sup>3)</sup> Селитренниковъ, 1. с., стр. 317.

<sup>4)</sup> Чебышевъ-Дмитріевъ, Русск. угол. судопр., стр. 646.

<sup>5)</sup> *ib.*, стр. 648.

особые, дополнительные вопросы объ обстоятельствахъ, особо увеличивающихъ или уменьшающихъ вину и наказаніе.

Въ уложеніи о наказаніяхъ есть одно увеличивающее вину обстоятельство, которое несмотря на то, что по вліянію своему на наказаніе не подходитъ подъ понятіе особо увеличивающаго вину въ смыслѣ 755 ст. устава уголовн. судопроизводства, но, тѣмъ не менѣе, подлежитъ сужденію присяжныхъ по особой причинѣ. Мы говоримъ о *совокупности* преступленій (ст. 152 уложенія о наказаніяхъ). Въ самомъ дѣлѣ, по 152 ст. уложенія, наибольшее вліяніе совокупности состоитъ въ томъ, что судъ назначаетъ высшую мѣру тягчайшаго изъ заслуженныхъ наказаній. Тѣмъ не менѣе вопросъ о совокупности рѣшается присяжными въ томъ смыслѣ, что они устанавливаютъ *условія*, необходимые для того, чтобы судъ могъ при окончательномъ опредѣленіи наказанія принять въ расчетъ и дать мѣсто законному вліянію этого обстоятельства на наказаніе. И это потому, что усиливающимъ вину и наказаніе обстоятельствомъ здѣсь является не какое-либо придаточное къ преступленію обстоятельство, а *самостоятельное преступленіе*, виновность въ которомъ, какъ и всегда, должна быть констатирована присяжными, притомъ во всякомъ случаѣ, даже помимо вліянія на увеличеніе наказанія за другое болѣе тяжкое преступленіе. И дѣйствительно, вѣдь дѣло можетъ принять такой оборотъ, что присяжные признаютъ вопреки ожиданію суда, подсудимаго не виновнымъ въ болѣе тяжкомъ, главнѣйшемъ преступленіи, такъ что не рѣши они вопроса о виновности во второстепенномъ преступленіи, подсудимый не потерпѣлъ бы вовсе заслуженнаго наказанія.

Закончимъ наше обзорѣніе предѣловъ вопроса о виновности положеніемъ, что и по нашему закону къ этому вопросу не относятся, и потому не подлежатъ рѣшенію присяжныхъ засѣдателей вопросы о наличности въ данномъ случаѣ требуемыхъ закономъ условій *давности*, *примиренія* съ обиженнымъ, *смерти* преступника (ст. 155 улож. о наказан.), а также вопросы о наличности обстоятельствъ, *смягчающихъ наказаніе въ размѣрѣ*, *выходящихъ изъ предѣловъ судебной власти* (ст. 153 улож. о наказаніяхъ) и обусловливающихъ его *помилованіе*. Въ самомъ дѣлѣ, какъ мы уже раньше имѣли случай замѣтить, нашъ законъ знаетъ виновность и при обстоятельствахъ первой категоріи, которыя ея не уничтожаютъ, не имѣютъ ничего



съ ней общаго, а только служатъ основаніемъ къ «освобожденію подсудимаго отъ суда» (ср. ст. 771, п. 2 и 772 устава уголовного судопроизводства<sup>1)</sup>). Точно также и уложеніе о наказаніяхъ дѣлаетъ различіе между этими причинами «отмѣны наказанія» и тѣми обстоятельствами, которыя исключаютъ виновность, причинами, «по коимъ содѣянное не должно быть смѣнимо въ вину». Наши же присяжные, какъ объ этомъ не разъ говорилось, призваны только для опредѣленія вины, виновности.

Противъ такой интерпретаціи не можетъ, конечно, служить аргументомъ 763 ст. устава уголовного судопроизводства, предписывающая суду не отказывать подсудимому въ постановленіи вопроса объ одной изъ причинъ, по коимъ содѣянное не вѣняется въ вину, или же наказаніе уменьшается или вовсе отиѣняется, если причина эта принадлежитъ къ числу указанныхъ въ законѣ. Изъ нея ясно, что вопросъ долженъ быть по ходатайству подсудимаго поставленъ о причинѣ отиѣны наказанія, но этимъ еще не сказано, что этотъ вопросъ ставится въ числѣ вопросовъ о виновности, въ числѣ вопросовъ, подлежащихъ рѣшенію присяжныхъ. Напротивъ, вопросы о причинахъ отиѣны наказанія относятся, какъ мы видѣли, къ вопросу о наказаніи и по нашему законодательству. А если такъ, то и всѣ тѣ факты, которые необходимо констатировать для признанія въ данномъ случаѣ извѣстной причины отиѣны наказанія, должны быть устанавливаемы профессиональнымъ судомъ, какъ ему предоставлено устанавливать и другіе конкретные факты, отъ признанія которыхъ зависитъ избраніе мѣры наказанія въ законѣ указанныхъ предѣлахъ<sup>2)</sup>.

Точно также вопросъ объ обстоятельствахъ, обусловливающихъ чрезвычайное смяченіе наказанія или даже помилованіе и

<sup>1)</sup> Смерть, впрочемъ, подсудимаго является причиной къ прекращенію дѣла; ср. Буцковский, 1. с., стр. 141.

<sup>2)</sup> Иногда, впрочемъ, и въ вопросахъ присяжнымъ могутъ попадаться конкретные факты, необходимые для признанія реализаціи данной причины отиѣны наказанія. Такъ, напр., вопросъ о времени совершенія преступленія, входящій, въ числѣ другихъ конкретныхъ фактовъ, въ вопросъ о виновности, является однимъ изъ необходимыхъ условій и для примѣненія постановленій о давности. Но это—случайное совпаденіе.

предусмотрѣнныхъ 153 и 154 ст. уложенія о наказаніяхъ, какъ и 775 ст. устава уголовнаго судопроизводства, подлежитъ, по нашему закону, рѣшенію короннаго суда и потому не входитъ въ содержаніе вопросовъ, предлагаемыхъ присяжнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, въ числѣ правилъ о постановкѣ вопросовъ нѣтъ указанія на то, чтобы объ этихъ обстоятельствахъ, замѣтимъ, только *примѣрно* указанныхъ въ 153 ст. уложенія о наказаніяхъ (ср. 153 и 154 статьи уложенія), вообще ставился вопросъ. Очевидно, этихъ обстоятельствъ не имѣетъ въ виду вышеистолкованная 755 ст. устава уголовн. судопроизводства, трактующая объ обстоятельствахъ, которыя увеличиваютъ или уменьшаютъ степень виновности, и объ обстоятельствахъ, имѣющихъ вліяніе лишь на мѣру наказанія. Процессуальныя правила касательно теперь нами разсматриваемыхъ чрезвычайныхъ случаевъ, когда представляются особыя уваженія къ облегченію участи подсудимаго, даны въ 775 и 798 ст. устава уголовн. судопр. На основаніи этихъ статей, равно обязательныхъ въ дѣлахъ, рѣшаемыхъ какъ съ участіемъ, такъ и безъ участія присяжныхъ засѣдателей (ср. 826 и сл. ст. устава угол. судопр.), ходатайство объ этомъ облегченіи участи подсудимаго или помилованіи его предоставляется *суду*, который при томъ *самъ же приводитъ въ приговоръ «уваженія къ облегченію участи подсудимаго»* и мнѣніе свое относительно мѣры предполагаемаго смягченія.

---

## ОТДѢЛЕНИЕ ТРЕТЬЕ.

**Вопросъ о виновности въ его абстрактно-правовой и конкретно-фактической частяхъ.**

---

### ГЛАВА I.

**Абстрактно-правовая часть вопроса о виновности по началамъ теоріи и по положительному праву.**

Итакъ, присяжные констатируютъ не только конкретные факты, но и подводятъ ихъ подъ соотвѣтствующія абстрактно-правовыя понятія, изъ которыхъ слагается вопросъ о виновности предъ закономъ, какъ мы очертили его составъ въ предыдущей главѣ.

Поэтому независимо отъ необходимаго конкретно-фактическаго матеріала, о которомъ рѣчь будетъ ниже, *въ вопросахъ присяжнымъ должны содержаться всѣ законные признаки, всѣ эти правовыя понятія, изъ которыхъ состоитъ вопросъ о виновности.*

Таково основное правило о содержаніи вопросовъ, предлагаемыхъ присяжнымъ. Теперь займемся выводомъ консеквенцій изъ этого основнаго положенія касательно абстрактно-правовой части вопроса о виновности, примѣненіемъ его къ частнымъ случаямъ, представляемымъ практикой.

Говоря о законныхъ, абстрактныхъ признакахъ преступленія, какъ о необходимомъ составномъ элементѣ вопросовъ присяжнымъ, мы разумѣемъ подъ этими словами тѣ именно *выраженія*, которыя употребляетъ законъ, опредѣляя данное преступленіе, данное обстоятельство, входящее въ вопросъ о виновности, какъ мы его выше охарактеризовали. Какъ на это уже было указано выше, это не только вопросъ редакціи, а —

содержанія вопросовъ, ибо другое выраженіе — очень часто и другое понятіе: рѣдко вѣдь въ языкѣ попадаются совершенно синонимическія при всѣхъ условіяхъ выраженія.

Итакъ, въ вопросы присяжнымъ слѣдуетъ включать то опредѣленіе даннаго преступленія, даннагоотягчающаго или ослабляющаго виновность обстоятельства, которое сдѣлалъ самъ законодатель. Конечно, могутъ быть случаи, когда судъ можетъ подыскать лучшее, болѣе соответствующее выраженіе для даннаго признака, чѣмъ то, какое употреблено законодателемъ. Но въ среднемъ итогѣ нельзя не признать цѣлесообразнымъ—придерживаться въ точности выраженій закона<sup>1)</sup>.

Иногда въ кодексѣ матеріальнаго уголовного права могутъ встрѣчаться преступныя дѣянія, *не вполне определенныя законодателемъ*. Иногда, опредѣляя въ диспозитивной части данной статьи извѣстное преступное дѣяніе, законодатель пропускаетъ, при перечисленіи признаковъ этого преступленія, одинъ какой нибудь или даже нѣсколько признаковъ, которые тѣмъ не менѣе въ духѣ самаго закона являются существенными элементами опредѣляемаго преступленія, почему ихъ слѣдуетъ, такъ сказать, *подразумѣвать*. Это — такъ называемый *subintellegirter Theil des Thatbestandes, subintellecta*<sup>2)</sup>.

Очевидно, что если подразумѣваемый признакъ преступленія не заключается *implicite* въ другомъ, здѣсь же въ законѣ выраженномъ, то и онъ долженъ быть включаемъ въ вопросъ присяжнымъ, ибо и онъ есть необходимый законный элементъ, входящій въ составъ вопроса о виновности въ данномъ пре-

1) Ср. Н. Meyer, Holtzendorff's Handbuch, II, стр. 150.

2) Примеры такихъ подразумѣваемыхъ признаковъ на почвѣ прусскаго уголовного законодательства см. у Zaeke, Fragestellung und Wahrsprüche, стр. 36 и сл. Здѣсь, впрочемъ, видно, по нашему мнѣнію, нѣкоторое смѣшеніе разнородныхъ случаевъ, именно въ одну массу поставлены случаи, когда данное условіе виновности *заключается* въ другомъ, болѣе общемъ законномъ признакѣ, приведенномъ тутъ же, въ легальномъ опредѣленіи преступленія, и случаи, когда въ опредѣленіи даннаго преступленія вовсе *пропущены* признаки, выводимыя изъ другихъ постановленій закона. Мы имѣемъ въ виду только случаи втораго рода. Къ нимъ, напр., относится случай, означенный у Zaeke подъ № 8 (стр. 37). Напротивъ, случаи, приведенные Zaeke, напр., подъ №№ 2, 3 и др. относятся къ случаямъ первой категоріи.

ступленіи. Невключеніе такихъ subintellecta въ вопросъ присяжнымъ могло бы повлечь за собою одно изъ слѣдующихъ двухъ принципиально равно невыгодныхъ послѣдствій: при утвердительномъ отвѣтѣ присяжныхъ на предложенный имъ вопросъ судъ долженъ былъ бы или примѣнить наказаніе къ дѣянію, явно непроступному, или дополнить вердиктъ присяжныхъ самостоятельнымъ установленіемъ пропущеннаго въ вопросѣ признака преступленія, т. е. произвести операцію, въ принципѣ составляющую предметъ исключительной компетенціи присяжныхъ.

Вопросъ о subintellecta разрѣшался de lege lata практикой<sup>1)</sup> и въ литературѣ различно. Такъ, напр., противъ возможности включенія subintellecta въ вопросъ съ точки зрѣнія германскаго закона—Т. Оппенгофъ (Th. F. Oppenhoff), за необходимость—Г. Мейеръ<sup>2)</sup>, за возможность—Фрейдштейнъ (Freidenstein<sup>3)</sup>).

Мы не можемъ не согласиться со взглядомъ Г. Мейера на отношеніе германскаго устава угол. судопр. 1877 г. къ вопросу о subintellecta. Въ самомъ дѣлѣ § 293 германскаго кодекса требуетъ внесенія въ вопросъ законныхъ признаковъ преступленія, откуда слѣдуетъ, что въ вопросѣ должны содержаться и признаки подразумеваемые въ духѣ закона, выводимые изъ

---

<sup>1)</sup> Въ старой прусской практикѣ, напр., было признано, что подразумеваемая часть состава преступленія должна быть включена въ вопросъ при *ходатайствѣ сторонъ*; см. Zaska, I. с., стр. 35 и др. Это, впрочемъ, намъ кажется, можно объяснить недостаткомъ различенія разныхъ случаевъ, о которыхъ заикнуто было раньше. Въ самомъ дѣлѣ, нѣтъ особой надобности включать въ вопросъ такое понятіе, которое и безъ того заключается въ болѣе общемъ признакѣ, здѣсь же, въ вопросѣ, приведенномъ. Достаточно только разъяснить присяжнымъ это болѣе общее правовое понятіе, его содержаніе. Очень можетъ быть, что при смѣшеніи этихъ случаевъ съ настоящими subintellecta и установился на практикѣ взглядъ, неблагоприятный вообще обязательному, ex officio iudicis, включенію подразумеваемыхъ правовыхъ условий виновности въ вопросы присяжнымъ.

<sup>2)</sup> Н. Meyer въ Handbuch Holtzendorff's, II, стр. 149—150.

<sup>3)</sup> См. его статью «Das Materielle und Formelle der schwurgerichtlichen Fragestellung in thatsächlicher und juristischer Beziehung», помѣщ. въ Archiv für Strafrecht, XXXI Bd., II Heft, стр. 100 и слѣд.

других постановлений закона, ибо и они—также законные признаки, хотя и не упомянутые рядомъ съ остальными признаками преступления въ его закономъ опредѣленіи<sup>1)</sup>.

Но какъ бы этотъ вопросъ ни рѣшался съ точки зрѣнія дѣйствующаго въ Германіи уголовно-процессуальнаго кодекса, для насъ важны слѣдующіе теоретическіе выводы, вполнѣ, какъ увидимъ ниже и какъ мы уже отчасти видѣли, приложимые къ русскому праву: 1) включенію въ вопросы подлежатъ не только въ данной статьѣ уголовного уложенія перечисленные признаки преступления, но и выводимые изъ общаго смысла относящихся къ данному преступленію постановленій закона, т. е. такъ называемыя *subintellecta*; 2) явно-выраженные закономъ признаки должны въ вопросахъ фигурировать въ законныхъ же выраженіяхъ, хотя, конечно, не всякая замѣна ихъ другими *обычными* же выраженіями можетъ влечь кассацию вердикта; 3) особенно опасна и принципиально недопустима замѣна законныхъ признаковъ *конкретными фактами*, взятыми изъ даннаго дѣла,—развѣ это дѣлается для избѣжанія явнаго педантизма (напримѣръ, смѣшно было бы кассировать вердиктъ на томъ только основаніи, что въ вопросѣ присяжнымъ «виновенъ ли А въ тайномъ похищеніи принадлежащихъ В. карманныхъ часовъ?», вмѣсто законныхъ терминовъ «чужихъ вещей, денегъ или инаго движимаго имущества» (ст. 1644 улож. о наказ.), сказано только — «принадлежащихъ В. карманныхъ часовъ», такъ какъ эти опущенные законные признаки *очевидно* выводятся изъ признака упомянутыхъ въ вопросѣ конкретныхъ обстоятельствъ даннаго случая<sup>2)</sup>).

Наконецъ къ этимъ положеніямъ можно прибавить еще слѣдующее, выводимое изъ тѣхъ принциповъ, на основаніи которыхъ мы въ началѣ настоящаго изслѣдованія опредѣлили въ

---

<sup>1)</sup> Ср. Zachariae, Handbuch des deutschen Strafprocesses, II. стр. 499. Такъ думаетъ и Фрейдентейнъ въ цитированной выше статьѣ, стр. 105. Однако, этотъ послѣдній авторъ, признавая *subintellecta* также законными признаками, толкуетъ § 293 германскаго устава угол. судопр. въ томъ смыслѣ, что эти *subintellecta* только могутъ, а не должны быть включаемы въ вопросы. Ср. I. с., стр. 103.

<sup>2)</sup> Ср. Н. Meyer въ Handbuch Holtzendorff's, II, стр. 152—153.

общихъ чертахъ компетенцію присяжныхъ. Мы указывали, что анализировать, разлагать сложное абстрактно-правовое понятіе на его абстрактные же элементы, есть дѣло профессиональныхъ судей, а не присяжныхъ. На этомъ основаніи въ вопросы присяжнымъ слѣдуетъ включать не только опредѣляющіе преступленіе законные признаки, но и законныя же опредѣленія этихъ отдѣльныхъ признаковъ, если законодатель озаботился опредѣленіемъ наиболее сложныхъ признаковъ преступленія. Въ сущности говоря, эти законные признаки, изъ которыхъ слагается данный опредѣленный закономъ признакъ преступленія, являются тоже въ свою очередь признаками послѣдняго, хотя и наиболее элементарными.

Перейдемъ теперь къ истолкованію *русскую* закона касательно включенія въ вопросы присяжнымъ т. н. *subintellecta*.

Здѣсь мы, впрочемъ, ограничимся немногими словами. Вѣрно ли наше вышеизложенное пониманіе миссіи русскихъ присяжныхъ или нѣтъ, — все равно *subintellecta* въ томъ или другомъ видѣ должны входить въ вопросъ присяжнымъ. Съ нашей точки зрѣнія, при нашемъ пониманіи миссіи присяжныхъ, нѣтъ сомнѣнія, что статью 760 уст. уголовн. судопр., предписывающую ставить вопросы по существеннымъ признакамъ преступленія и виновности подсудимаго, какъ и другія относящіяся сюда статьи, слѣдуетъ толковать такъ, что внесенію подлежатъ *все* признаки преступленія, въ томъ числѣ даже по недосмотру невоключенные въ данную статью уложенія (въ общихъ, абстрактныхъ выраженіяхъ, а не въ соответствующихъ имъ конкретныхъ фактахъ даннаго дѣла), если только послѣдніе дѣйствительно существенны, если толкованіе, ихъ установившее, правильно, если, однимъ словомъ, эти *subintellecta* являются необходимымъ элементомъ вины подсудимаго предъ закономъ, къ установленію которой и призваны присяжные.

Съ точки зрѣнія нашего сената это положеніе можно формулировать такъ: въ вопросъ присяжнымъ слѣдуетъ включать не только общепонятные признаки преступленія, явно выраженные въ законномъ его опредѣленіи, не только конкретные факты, соответствующіе таковымъ же необщедоступнымъ признакамъ, но и признаки или соответствующіе имъ конкретные факты, явно невыраженные въ данномъ опредѣленіи, а выводимые изъ другихъ постановленій закона. Съ точки зрѣнія на-

шего сената вопросъ этотъ тѣмъ болѣе долженъ быть разрѣшенъ въ такомъ смыслѣ, что самъ же сенатъ признаетъ, что вопросы присяжнымъ «должны быть составлены съ такою ясностью, чтобы отвѣтами на нихъ могла быть *положительно* указана та *степень виновности* подсудимаго, опредѣленіе которой законъ предоставляетъ *присяжнымъ засѣдателямъ*, а засимъ *приговоръ суда долженъ быть основанъ на точномъ смыслѣ рѣшенія присяжныхъ, безъ всякаго дополненія, распространенія или ограниченія его судомъ* <sup>1)</sup>». Въ другомъ рѣшеніи сенатъ выразился такъ: «обсужденіе *всего* того, что въ дѣйствительности относится къ фактической сторонѣ дѣла, принадлежитъ *исключительно однимъ присяжнымъ засѣдателямъ, а никакъ не суду*. Вслѣдствіе сего вопросы, предлагаемые присяжнымъ засѣдателямъ, должны быть составлены съ такою полнотой относительно предметовъ, подлежащихъ ихъ обсужденію и разрѣшенію, чтобы *приговоръ суда могъ быть основанъ на точномъ положительномъ смыслѣ рѣшенія присяжныхъ засѣдателей, безъ всякаго дополненія, распространенія или ограниченія этого рѣшенія со стороны самого суда во всемъ томъ, что касается въ чемъ либо фактической стороны дѣла* <sup>2)</sup>».

Итакъ, если вопросы присяжнымъ составляются по существеннымъ признакамъ *преступленія*, если суду не дозволяется дополнять признанныя присяжными обстоятельства другими фактами, касающимися виновности подсудимаго; то необходимо включать въ вопросы и факты, соотвѣтствующіе существеннымъ признакамъ преступленія, *explicite* въ данной статьѣ не выраженнымъ.

Намъ теперь слѣдуетъ рассмотреть другой вопросъ, касающійся абстрактно-правовой части вопроса о виновности, именно — можно ли и слѣдуетъ ли включать въ вопросъ присяжнымъ самое *названіе* преступленія или N статьи уголовного кодекса.

Мы говоримъ о предложеніи Бара спрашивать присяжныхъ не только о законныхъ признакахъ, но и о реализаціи самаго понятія соотвѣтствующаго преступленія. Баръ предлагаетъ напр. ставить подобный вопросъ: «виновенъ ли А. въ томъ, что, сдѣлавъ то-то и то-то (слѣдуютъ конкретные факты, взятые изъ

<sup>1)</sup> Рѣшеніе кассационнаго департамента сената 1868 г., № 87.

<sup>2)</sup> Рѣшеніе кассационнаго сената, 1869 г., № 831.



дѣла), совершилъ такимъ образомъ такое-то преступленіе (здѣсь приводится названіе преступленія или, за неимѣніемъ его, N статьи уголовного кодекса), слагающееся изъ такихъ-то законныхъ признаковъ (слѣдуетъ перечисленіе законныхъ признаковъ<sup>1)</sup>).

Предлагаемое включеніе въ вопросъ самаго понятія преступленія Баръ мотивируетъ тѣмъ, что съ одной стороны эти термины, означающіе цѣлое преступленіе, напр., кража, мошенничество, часто для неюрисстовъ гораздо понятнѣе, чѣмъ законныя ихъ опредѣленія, а съ другой—что такое включеніе въ вопросъ термина преступленія или ссылки на цѣлое понятіе послѣдняго даетъ присяжнымъ важное средство для уразумѣнія самаго законнаго опредѣленія преступленія. Баръ указываетъ на случаи, когда законное опредѣленіе даннаго преступленія вполнѣ, по буквальному толкованію, соответствуетъ конкретному дѣянію подсудимаго, тѣмъ не менѣе, однако, несомнѣнно, что это дѣяніе не подходитъ подъ понятіе соответствующаго и вообще какаго бы то ни было преступленія. Въ видѣ примѣра онъ ссылается на опасность спрашивать присяжныхъ только по законнымъ признакамъ преступленія, предусмотрѣннаго § 121 прусскаго уголовного кодекса, въ которомъ при опредѣленіи преступленія поддѣлки монетъ—пропущенъ подразумеваемый, необходимый признакъ—преступное намѣреніе (*rechtswidrige Absicht*), т. е. въ данномъ случаѣ намѣреніе пустить поддѣланную монету въ обращеніе<sup>2)</sup>. Если, разсуждаетъ Баръ, присяжные будутъ спрошены о томъ, совершилъ ли подсудимый означенное, предусмотрѣнное въ § 121 преступленіе поддѣлки монеты (наказуемое цухтгаузомъ отъ 5—15 лѣтъ), то ясно, что въ этомъ своемъ вердиктѣ они не могутъ подразумѣвать подражаніе монетъ съ непроступной цѣлью, а, напримѣръ, въ интересахъ искусства или въ шутку, хотя это можетъ случиться при спрашиваніи присяжныхъ, обыкновенно неимѣющихъ особыхъ правовыхъ свѣдѣній, только по тому опредѣленію, которое дано въ § 121<sup>3)</sup>. Читатель видитъ, что здѣсь Бару мотиви-

<sup>1)</sup> Bar, *Recht und Beweis*, стр. 174, 177.

<sup>2)</sup> Въ дѣйствующемъ обще-германскомъ кодексѣ этотъ законный признакъ вошелъ въ опредѣленіе даннаго преступленія, см. § 146 des *Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich*.

<sup>3)</sup> Bar I. c., стр. 174—175.

номъ къ включенію понятія преступленія въ вопросы присяжнымъ послужили *subintellecta*.

Но ни *subintellecta*, ни первый доводъ Бара не достаточны для обоснованія его требованія. Въ самомъ дѣлѣ, въ тѣхъ случаяхъ, когда уже само названіе преступленія понятно для присяжныхъ, когда рѣчь идетъ о такихъ не сложныхъ преступленіяхъ, какъ кража, убійство и пр., будетъ понятно и законное опредѣленіе этого преступленія. Но если даже допустить, что могутъ встрѣтиться случаи, когда названіе преступнаго дѣянія понятнѣе для присяжныхъ, чѣмъ его законное опредѣленіе, то изъ этого еще не слѣдуетъ, что на эту видимую общедоступность термина, обозначающаго преступленіе, слѣдуетъ вообще возлагать большія надежды. Часто названіе преступленія, даже при его общедоступности, не только не помогаетъ неюрису при субсумированіи конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки, но даже мѣшаетъ. Нерѣдко, напримѣръ, подъ понятіе мошенничества неюрисъ способенъ подвести и такое дѣяніе, которое не заключаетъ въ себѣ всѣхъ признаковъ этого преступленія, какъ они установлены закономъ и практикой, а соответствуетъ тому представленію объ этомъ преступленіи, которое въ ходу въ разговорномъ языкѣ. Вообще безъ наставленія присяжнымъ и при Баровской системѣ обойтись нельзя. А при наставленіи, даваемомъ *ex visu* цѣлаго понятія преступленія и и другихъ постановленій закона, объясняющихъ законные признаки преступленія, значеніе послѣднихъ будетъ понятно присяжнымъ и безъ включенія въ вопросъ названія преступленія или N-ра статьи.

Что касается случаевъ неполнаго законнаго опредѣленія преступленія, то въ такихъ случаяхъ лучше въ вопросъ присяжнымъ включать законные признаки преступленія какъ упомянутые, такъ и пропущенные въ его законномъ опредѣленіи, чѣмъ мѣсто пропущенныхъ признаковъ (т. наз. *subintellecta*) наполнять терминомъ преступленія или даже номеромъ статьи уголовного кодекса. Въ самомъ дѣлѣ, кто поручится, что присяжные въ рѣшительный моментъ не выпустятъ вовсе изъ вида этихъ подразумеваемыхъ, неупомянутыхъ въ вопросѣ признаковъ преступленія, необходимыхъ, однако, для признанія реализаціи послѣдняго? Но даже не забывая о *существованіи* этихъ *ubintellecta*, присяжные могутъ позабыть тѣ *выраженія*, ко-

торыя лучше всего означаютъ содержаніе, объемъ этихъ подразумеваемыхъ признаковъ. Если возможность такой забывчивости со стороны присяжныхъ будутъ оспаривать, если будутъ надѣяться на то, что присяжные удержатъ въ памяти всѣ существенные пункты резюме, то тогда ничто не препятствуетъ принять и ту постановку вопросовъ, ради устраненія которой Баръ, между прочимъ, предлагаетъ свою, — ничто въ такомъ случаѣ не мѣшаетъ спрашивать присяжныхъ даже по неполному законному опредѣленію. При такихъ надеждахъ, наконецъ, можно и вовсе отказаться отъ постановки вопросовъ присяжнымъ, усвоивъ англійскіе порядки <sup>1)</sup>.

Какъ бы то ни было, изъ усвоеннаго нами и въ началѣ настоящаго труда изложеннаго взгляда на миссію непрофессіональныхъ судей не вытекаетъ ихъ призваніе къ *самостоятельному* анализу понятія преступленія на составные абстрактные его элементы, анализу, необходимому для подведенія дѣянія непосредственно подъ цѣлое понятіе преступленія—это, напротивъ, дѣло профессиональныхъ судей, и потому мы не соглашаемся и съ Гуго Мейеромъ, думающимъ, что если присяжнымъ предоставляютъ примѣненіе права въ формѣ рѣшенія вопроса о реализаціи законныхъ признаковъ, то было бы *консеквентно* предоставить имъ и дальнѣйшую функцію этого примѣненія права, т. е. рѣшеніе вопроса о реализаціи всего понятія преступленія<sup>2)</sup>. Мы согласны съ тѣмъ, что присяжные призваны къ рѣшенію всего вопроса о виновности предъ закономъ; но думаемъ, что, благодаря именно отсутствію у присяжныхъ юридическихъ свѣдѣній, необходимыхъ для анализа сложнаго понятія преступленія на его законные элементы, они должны рѣшать этотъ вопросъ при посредствѣ сопоставленія конкретныхъ фактовъ не съ цѣлымъ понятіемъ преступленія, а съ законными его признаками, какъ послѣдніе въ абстрактномъ своемъ значеніи истол-

<sup>1)</sup> Къ Баровскимъ доводамъ не прибавилъ сколько-нибудь вѣснихъ аргументовъ и новѣйшій сторонникъ этого взгляда—Фрейдентштейнъ; см. статью его въ «Archiv für Strafrecht, Bd. XXXI, стр. 135 и слѣд. Впрочемъ, въ виду указаннаго раньше отношенія Фрейдентштейна къ вопросу о subintellecct, наши вышеприведенные аргументы противу Баровскаго правила примѣнимы къ Фрейдентштейну въ слабѣйшей степени.

<sup>2)</sup> Н. Meyer, Holdtzendorff's Handbuch, II, стр. 164 пр.

кованы председателемъ суда, который при этомъ толкованіи имѣетъ въ виду цѣлое понятіе преступленія.

Самостоятельнаго со стороны присяжныхъ анализа понятія преступленія на его составные элементы, впрочемъ, прямо не желаютъ и сторонники оспариваемой нами системы постановки вопросовъ <sup>1)</sup>. Но дѣло въ томъ, что включеніе въ вопросъ присяжнымъ самаго понятія преступленія (т. е. его названія) можетъ дать имъ поводъ такъ именно понимать свое призваніе. Скажутъ, пожалуй, что председатель можетъ дать имъ наставленіе въ противномъ такому ошибочному пониманію смысла. Но тогда и мы, въ свою очередь, можемъ сказать, что постановивъ вопросы по всѣмъ законнымъ признакамъ преступленія и не включая въ эти вопросы термина преступленія, можно дать присяжнымъ наставленіе, чтобы, при субсумціи конкретныхъ фактовъ подъ эти признаки, они приняли въ расчетъ то толкованіе абстрактнаго значенія послѣднихъ, которое дано председателемъ въ его резюме въ виду какъ цѣлаго понятія преступленія, такъ и другихъ постановленій закона, проливающихъ свѣтъ на значеніе законныхъ признаковъ. Такое толкованіе необходимо вѣдь какъ при защищаемой нами постановкѣ вопросовъ, такъ и при включеніи въ вопросъ термина преступленія.

Обращаемся теперь къ положительнымъ законодательствамъ по интересующему насъ предмету и, прежде всего, конечно, къ *англійскому*. Припоминая то, что было въ началѣ изслѣдованія связано о миссіи англійскихъ присяжныхъ, и объ ихъ отношеніяхъ къ профессиональному судѣ, читатель, конечно, согласится съ нами въ томъ, что вообще въ Англіи присяжныхъ не считаютъ призванными самостоятельно рѣшать вопросъ о реализаціи цѣлаго понятія преступленія,—они вѣдь связаны тѣмъ наставленіемъ, которое даетъ судья касательно абстрактнаго значенія признаковъ преступленія въ своемъ charge. Соотвѣтственно этому и названіе преступленія ни въ Англіи,

<sup>1)</sup> Къ числу сторонниковъ оспариваемой нами системы не слѣдуетъ относить Г. Мейера, который вышеприведеннымъ замѣчаніемъ своимъ хочетъ только, какъ видно, прибавить лишній доводъ въ пользу своей давней мысли о невозможности вообще послѣдовательно организовать процедуру постановки вопросовъ, или, что — то же, о необходимости замѣнить судъ присяжныхъ шеффенгерихтомъ, который можетъ обойтись безъ этой процедуры.

ни въ Америкѣ обыкновенно не фигурируетъ въ обвинительномъ актѣ <sup>1)</sup> не только *вмѣсто* законныхъ признаковъ преступленія, но, что собственно для насъ здѣсь интересно, и *рядомъ* съ ними. А вѣдь, какъ извѣстно, обвинительный актъ заступаетъ въ Англіи мѣсто вопроса присяжнымъ.

Если Г. Мейеръ и нашелъ возможнымъ высказать, хотя и нерѣшительно, предположеніе — не предоставлено ли англійскимъ присяжнымъ рѣшеніе вопроса о томъ, исчерпывается ли перечисленными въ обвинительномъ актѣ законными признаками цѣлое понятіе преступленія, то только въ виду того, что въ числѣ законныхъ признаковъ преступленія, фигурирующихъ въ обвинительномъ актѣ при *нѣкоторыхъ* преступленіяхъ, попадаютъ и такіе, которые, какъ онъ говоритъ, не могутъ быть установлены безъ принятія цѣлаго понятія преступленія (напр., термины *burglariously, traitorously, ravished* и пр.) <sup>2)</sup>. Если, однако, это и такъ, то — только для *нѣкоторыхъ* случаевъ, хотя и здѣсь, конечно, присяжные придаютъ такое именно значеніе этимъ терминамъ, которое строго согласуется съ наставленіемъ, даваемымъ по правовымъ вопросамъ судьей.

Что касается *французскаго* законодательства и практики, то хотя, какъ мы раньше говорили, первое благопріятствуетъ спрашиванію присяжныхъ о реализаціи въ данномъ дѣлѣ цѣлаго понятія извѣстнаго преступленія, не разложеннаго на его законные признаки, тѣмъ не менѣе вторая пришла къ совѣмъ другимъ положеніямъ. Сколько намъ извѣстно, во Франціи не ставятъ вопросовъ по схемѣ Бара. Тѣмъ менѣе можно ожидать подобнаго въ *Австріи* и *Германиі*, гдѣ предписывается ставить вопросы по законнымъ признакамъ преступленія, а о включеніи въ вопросъ названія преступленія нѣтъ и помину. Что касается комментаторовъ германскаго кодекса 1877 г., то одинъ изъ лучшихъ — Лёве (Löwe), перечисляя предметы, входящіе въ содержаніе вопроса присяжнымъ, оговаривается, что «техническое названіе преступленія, въ отличіе отъ баварской практики, опи-

<sup>1)</sup> Glaser, 1. с., стр. 53. Только въ Шотландіи практикуется помѣщеніе въ обвинит. актѣ названія преступленія.

<sup>2)</sup> That- und Rechtsfrage, стр. 32.

равшейся на 173 ст. закона 10 ноября 1848 г. <sup>1)</sup>), не включается въ вопросъ <sup>2)</sup>).

Намъ, наконецъ, нѣтъ надобности распространяться о положеніи интересующаго насъ теперь вопроса въ *русскомъ правѣ* и практикѣ, такъ какъ, опредѣляя миссію нашихъ присяжныхъ, мы имѣли случай подробно останавливаться на 760 ст. устава уголовного судопроизводства и выяснять какъ истинный смыслъ этой неудачно редактированной статьи, такъ и то значеніе, которое придаетъ отдѣльнымъ ея выраженіямъ литература и кассационная практика.

## ГЛАВА II.

**Конкретно-фактическая часть вопроса о виновности (конкретизированіе, специализированіе).**

Выше, излагая миссію присяжныхъ и отношенія ихъ къ профессиональному элементу суда, мы указывали и на *специализированіе, конкретизированіе* вопросовъ присяжнымъ, какъ на *средство контроля* надъ подведеніемъ конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки преступленія. По этому предмету мы согласились съ предложеніемъ Бара — ставить въ случаѣ надобности особые отъ главнаго вопросы, въ которыхъ бы сопоставлялись эти спорные законные признаки съ соответствующими имъ фактами. Но независимо отъ этихъ особыхъ и не всегда постановляемыхъ вопросовъ съ цѣлью контроля надъ присяж-

---

<sup>1)</sup> Эта статья гласила: «die Hauptfrage wird dahin gerichtet, ob sich der Angeklagte des *Verbrechens*, welches den Gegenstand der Anklage bildet, schuldig gemacht habe. Hierbei sind alle wesentlichen thatsächlichen Beziehungen in die Frage... mitaufzunehmen». На этомъ основаніи ставили такіе вопросы: «Ist der Angeklagte schuldig, das Verbrechen des Raubes virten Grades dadurch begangen zu haben, dass er am 20 October 1848 Morgens den S. Altaus Langenwied festgehalten, mit einem Messer in die Brust gestochen und dadurch lebensgefährlich verwundet, sofort demselben in diesem Zustande der Vergewaltigung zwei gegerbte Kalbfelle entwendet hat». Meyer, That- und Rechtsfrage, стр. 136.

<sup>2)</sup> Löwe, die Strafprocessordnung für das deutsche Reich, стр. 686, прим. 12 а къ § 293.

ными, необходимо во всякомъ случаѣ и въ главный (часто единственный) вопросъ о виновности, рядомъ съ абстрактно-правовымъ содержаніемъ его, включать нѣкоторую долю *конкретно-фактическаго матеріала*. Никто, въ самомъ дѣлѣ, ни на минуту не усумнится въ томъ, что вопросы, въ родѣ того, что «виновенъ ли подсудимый въ тайномъ похищеніи чужой движимой вещи» или «виновенъ ли подсудимый въ умышленномъ лишеніи жизни человека», абсолютно не мыслимы. Въдѣ вопросъ присяжнымъ съ ихъ отвѣтомъ составляетъ часть *примовора* и именно по вопросу о виновности предъ закономъ; съ другой стороны, вопросъ о виновности съ отвѣтомъ присяжныхъ есть *разрѣшенное обвиненіе*, которое является, такимъ образомъ, проектомъ желаемаго обвинителемъ вердикта. Но ни обвиненіе, ни приговоръ не могутъ быть совершенно абстрактны, констатировать только совершеніе подсудимымъ вообще кражи, грабежа и проч.

Итакъ, извѣстная доля конкретно-фактическаго матеріала необходима какъ въ обвиненіи, такъ и въ вопросѣ присяжнымъ. Вопросъ только въ томъ, какая это должна быть доля. Къ разрѣшенію этого вопроса мы теперь и обращаемся.

По этому предмету существуетъ довольно богатая литература, въ которой нашли свое выраженіе самые разнородные взгляды на мѣру конкретизированія, специализированія преступнаго дѣянія въ вопросахъ присяжнымъ. Эта разница во взглядахъ объясняется и обусловливается разницею въ *цѣляхъ*, задачахъ специализированія, которыя преслѣдовались разными исследователями.

Такъ, Дальке, требуя включенія въ вопросъ рядомъ съ законными признаками соотвѣтствующихъ каждому изъ нихъ конкретныхъ фактовъ, имѣетъ въ виду, какъ мы раньше указывали, контроль надъ присяжными по подведенію конкретныхъ фактовъ подъ абстрактныя, законныя условія виновности подсудимаго<sup>1)</sup>. Мы уже рассматривали этотъ взглядъ въ своемъ мѣстѣ, именно тамъ, гдѣ рѣчь шла объ организаціи отношеній между профессиональными и непрофессиональными судьями по

---

<sup>1)</sup> Ту же, между прочимъ, цѣль имѣетъ специализированіе и у Гольтдамера, см. его Archiv, Bd. IV, въ статьѣ, «Ueber einige Mängel der Fragestellung an die Geschwornen und der Verdicte der letzteren», стр. 485 и сл.

вопросу о виновности. Мы видѣли, что эта цѣль достигается лучше постановкой специальныхъ вопросовъ по способу Бара. Здѣсь же рѣчь идетъ о томъ конкретномъ матеріалѣ, который долженъ содержаться въ главномъ, иногда единственномъ, вопросе о виновности предъ закономъ.

Другая теорія специализированія, развитая нѣмецкимъ практикомъ Типпельскирхомъ <sup>1)</sup>, различаетъ разные роды конкретизированія, обозначенные различными терминами: *индивидуализированіе*, *специфицированіе* и *специализированіе* <sup>2)</sup>. Индивидуализированіе, по Типпельскирху, имѣетъ цѣлью представить дѣяніе, какъ историческое явленіе, для чего нужно заключить это дѣяніе въ необходимыя границы всякаго такого явленія — пространство и время. Но независимо отъ такого индивидуализированія, Типпельскирхъ требуетъ дальнѣйшаго конкретизированія, которому онъ даетъ имена *специфицированія* и *специализированія* <sup>3)</sup>.

Специфицированіе по Типпельскирху имѣетъ цѣлью установленіе того, что должно служить предметомъ непосредственнаго, ближайшаго *доказыванія*. Иногда предметомъ доказыванія являются тѣ самые факты, которые включены законодателями въ опредѣленіе даннаго преступленія, т. е. законные признаки преступленія. Въ такихъ случаяхъ, по Типпельскирху, какъ въ заключительную формулу обвиненія, такъ и въ вопросы слѣдуетъ включать эти самые законные признаки (конечно, съ прибавкой конкретныхъ обстоятельствъ, индивидуализирующихъ дѣяніе). Напр., при обвиненіи въ кражѣ нѣтъ, по Типпельскирху, надобности доказывать, схватилъ ли подсудимый украденныя вещи руками или какимъ-либо инструментомъ, и какимъ способомъ онъ ихъ удалилъ съ мѣста ихъ находенія. Достаточно, вмѣсто этихъ конкретныхъ обстоятельствъ, помѣстить въ вопросъ (и въ обвиненіе) соответствующій законный признакъ (похищеніе). Не то — при другихъ преступленіяхъ. Такъ, при обвиненіи въ обидѣ недостаточно спрашивать, виновенъ ли подсудимый въ обидѣ на словахъ, — необходимо указать употребленныя при этомъ

<sup>1)</sup> Tippelskirch — «Ueber die Principien der Fragestellung und des Wahrspruches der Geschwornen» въ Archiv für preuss. Strafrecht, herausg. von Goldammer, Bd. VI (1858 г.), стр. 589 и сл.

<sup>2)</sup> l. c., стр. 614 и др.

<sup>3)</sup> ib., стр. 614, 617 и др.



слова и обстоятельства, изъ которыхъ явствуетъ, что первыя направлены были противъ потерпѣвшаго. Приведа еще нѣсколько примѣровъ, Типпельскирхъ такъ формулируетъ руководящій принципъ спецификаціи: въ вопросы (и заключительную форму обвинительнаго акта) слѣдуетъ включать «*всѣ тѣ факты, которые, еслибы были опровергнуты, то это или вовсе упразднило бы преступленіе, заключающееся въ обвиненіи, или смятило бы наказуемость его, или, наконецъ, свело бы его къ другой категоріи преступленій*»<sup>1)</sup>. Типпельскирхъ, впрочемъ, не хочетъ простой *законности* законныхъ признаковъ специфицирующими ихъ конкретными фактами. Напротивъ, по Типпельскирху, независимо отъ конкретныхъ фактовъ, въ вопросѣ должны фигурировать во всякомъ случаѣ законные признаки преступленія. Приведеніе этихъ законныхъ признаковъ есть, по Типпельскирху, необходимое въ вопросѣ *квалификаціи* дѣянія<sup>2)</sup> Не того требуетъ Типпельскирхъ по отношенію къ *лицамъ* и *вещамъ*. Эти элементы законнаго состава преступленія должны быть *специализированы*, подъ чѣмъ Типпельскирхъ разумѣетъ не сопоставленіе законнаго обозначенія предмета преступленія и проч. съ его конкретнымъ осуществленіемъ, а именно *замѣну* абстрактнаго законнаго термина конкретнымъ<sup>3)</sup>.

Такое опредѣленіе какъ конкретной, такъ и законной, абстрактной части вопроса установлено Типпельскирхомъ въ видахъ предоставленія присяжнымъ именно того, къ чему, по его мнѣнію, призваны присяжные по прусскому законодательству 1849—1852 г. По мнѣнію Типпельскирха, вердиктъ присяжныхъ есть для короннаго суда не болѣе, какъ суррогатъ собственнаго сознанія подсудимаго<sup>4)</sup>, слѣдов. не болѣе, какъ доказательное средство (Beweismittel). Типпельскирхъ полагаетъ, что этотъ старый англійскій взглядъ на жюри примѣнимъ и теперь, что, говоря словами Бракенгефта (Brackenhöft), «*die Geschwornen*

<sup>1)</sup> ib., стр. 620.

<sup>2)</sup> ib., стр. 617—618.

<sup>3)</sup> ib., стр. 622.

<sup>4)</sup> Это выводится изъ того, что, по 75 Art. прусскаго закона 3 мая 1852 г., въ случаѣ полнаго сознанія подсудимаго судъ и безъ присяжныхъ можетъ примѣнить наказаніе.

*entscheiden nicht, sondern sie untersuchen und offenbaren; sie sind in der Untersuchung Mittel der richterlichen Gewalt* <sup>1)</sup>....

Обращаясь къ критической оцѣнкѣ изложенной теоріи, мы не можемъ не согласиться съ Г. Мейеромъ, который справедливо замѣтилъ, что нельзя in abstracto сказать, что такой то законный признакъ *всегда* служить непосредственнымъ предметомъ доказыванія (какъ это, однако, утверждаетъ Типпельскирхъ, напр., по отношенію къ признакамъ кражи, см. выше), а такой-то требуетъ предварительнаго констатированія конкретного факта, [изъ котораго уже слѣдуетъ его реализація. Какъ справедливо утверждаетъ Г. Мейеръ, обстоятельства данаго дѣла могутъ быть и при обвиненіи въ кражѣ таковы, что все зависитъ отъ рѣшенія вопроса, сдѣлалъ ли подсудимый такое-то *опредѣленное* дѣйствіе (изъ сферы тѣхъ, которыя подходятъ подъ законный признакъ тайнаго похищенія), имѣлъ ли подсудимый такое-то *опредѣленное* намѣреніе; весь процессъ можетъ вращаться около установленія этихъ конкретныхъ фактовъ, изъ которыхъ уже, въ случаѣ ихъ доказанности, будетъ вытекать реализація соответствующаго законнаго признака. И такъ—при всѣхъ законныхъ признакахъ, которые, за немногими исключеніями, являются родовыми понятіями. Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія Типпельскирха, въ случаѣ сомнѣнія редакторы обвиненія и вопроса должны *всегда* прибѣгать къ спецификаціи <sup>2)</sup>. Такая крайняя тенденція къ спецификаціи, однако, была бы противна истинной природѣ уголовно-правоваго обвиненія, какъ это было уже показано выше, при разсмотрѣніи теоріи Дальке. Но пойдѣмъ далѣе. Если теорія Типпельскирха неправильно относится къ интересамъ обвиненія, то она такъ же нецѣлесообразно ограничиваетъ область компетенціи присяжныхъ. Такъ, по отношенію къ законнымъ признакамъ преступленія, которые касаются субъекта и объекта этого послѣдняго, Типпельскирхъ прямо требуетъ ограниченія присяжныхъ конкретнымъ фактомъ, ибо въ вопросъ включаются, какъ мы видѣли, *только* эти факты, безъ сопоставленія съ соответствующими

<sup>1)</sup> ib., стр. 610—611, прим. 3.

<sup>2)</sup> Н. Meyer, «Ueber das Verhältniss des konkreten zu dem gesetzlichen Thatbestande des Verbrechens im schwurgerichtlichen Verfahren», въ Goldammer's Archiv, Bd. 10, стр. 342.

имъ законными признаками. Онъ прямо заявляетъ, что ему нѣтъ дѣла до того, что рѣшеніе, напр., вопроса, подходитъ ли извѣстная бумага подъ понятіе «документъ», иногда бываетъ очень трудно. Это, по его мнѣнію, дѣло короннаго суда, а не присяжныхъ <sup>1)</sup>. Здѣсь опять нельзя не согласиться съ Г. Мейеромъ, не видящимъ никакого основанія для такого выдѣленія законныхъ признаковъ, касающихся субъекта и объекта, для различнаго трактованія лицъ и вещей, съ одной стороны, и дѣйствій подсудимаго—съ другой. Въдѣ въ самомъ дѣлѣ, чѣмъ обуславливается разница, проводимая Типпельскирхомъ, по отношенію къ законнымъ признакамъ, касающимся дѣянія подсудимаго, и таковыми же признаками, опредѣляющими, напр., объектъ его? Развѣ «bewohntes Gebäude», «Urkunde», «öffentlicher Weg» не такіе же законные признаки даннаго преступленія, какъ и «wegnehmen» «Absicht rechthidriger Zueignung» и пр.? Почему, говоритъ Мейеръ, присяжные должны устанавливать, что то, что подсудимый продѣлалъ съ бумагой, есть «поддѣлка» (Fälschung) въ законномъ смыслѣ, и не должны рѣшать вопроса, есть ли поддѣланная бумага документъ въ законномъ же смыслѣ <sup>2)</sup>.

Но компетенція присяжныхъ, по Типпельскирху, ограничена даже и тамъ, гдѣ имъ, повидимому, Типпельскирхомъ же предоставлено болѣе простаго констатированія конкретныхъ фактовъ. Мы говоримъ о той части состава преступленія, которая касается *дѣйствій* подсудимаго, которая, по Типпельскирху, должна въ вопросѣ быть выражена какъ законными признаками, такъ и специфицирующими ихъ конкретными фактами.

Въ самомъ дѣлѣ, Типпельскирхъ желаетъ, чтобы присяжные при подсумированіи конкретныхъ фактовъ подъ приведенные въ вопросѣ законные признаки были ограничены только включенными въ вопросѣ конкретными фактами: онъ не даетъ права присяжнымъ усмотрѣть реализацію извѣстнаго законнаго признака въ другихъ, установленныхъ ими фактахъ <sup>3)</sup>. И при всемъ этомъ Типпельскирхъ находитъ возможнымъ заявлять свою солидарность <sup>4)</sup> съ Планкомъ въ пониманіи послѣднимъ

<sup>1)</sup> ib., стр. 622—623.

<sup>2)</sup> Ср. Н. Meyer, That—und Rechtsfrage, стр. 275—278.

<sup>3)</sup> Tappelskirch, I. c., стр. 605.

<sup>4)</sup> См. Tappelskirch, I. c., стр. 612.

миссіи присяжныхъ, какъ она отразилась на постановленіяхъ нѣмецкихъ партикулярныхъ законодательствъ, въ частности — прусскихъ законовъ 1849—1852 гг. <sup>1)</sup>).

Итакъ, предложенный Типпельскирхомъ принципъ специализированія, — если столь неопредѣленное, ведущее къ внутреннимъ противорѣчіямъ правило можно назвать принципомъ, — въ концѣ концовъ сводится къ суженію сферы компетенціи присяжныхъ не только въ вопросѣ субсумціи, но и въ вопросѣ о доказательствахъ, въ вопросѣ чистаго факта. Нужно замѣтить, что дѣло сводится именно къ *ограниченію*, къ *суженію* сферы дѣятельности, а не только къ контролю.

Въ оправданіе опеки надъ присяжными въ формѣ специализированія законныхъ признаковъ въ вопросѣ ссылаются на примѣръ Англіи <sup>2)</sup>), гдѣ, какъ мы указывали выше, профессиональный элементъ суда дѣйствительно имѣетъ свою долю участія въ разрѣшеніи какъ правовой, такъ и фактической части вопроса о виновности. Но не нужно забывать, что въ Англіи, какъ мы также указывали, имѣется своего рода *законная теорія доказательствъ*, что, слѣдовательно, въ Англіи вопросъ о доказательствахъ является въ извѣстномъ смыслѣ *правовымъ* вопросомъ. Во всякомъ случаѣ профессиональному элементу въ Англіи предоставлено воздѣйствіе на ту сторону вопроса о виновности, къ которой собственно и призваны профессиональные судьи, эти носители абстрактнаго права, абстрактныхъ правилъ. Въ частности же, въ вопросѣ о доказательствахъ, англійскій судья, какъ мы видѣли, имѣетъ право только не допустить присяжныхъ положить въ основу ихъ вердикта извѣстное, запрещенное законной теоріей, доказательство. Мы видѣли, какія для реализаціи этого права у англійскаго судьи имѣются средства. Напротивъ, разъ судья считаетъ данное доказательство допустимымъ, присяжные могутъ сдѣлать и *другую* окончательную его оцѣнку, могутъ изъ него сдѣлать и *другой* выводъ, чѣмъ какой сдѣлалъ бы профессиональный судья. И противъ такой отличной эксплуатаціи присяжными допущеннаго доказательства профессиональный судья въ Англіи безсиленъ, ибо онъ призванъ только для разъясненія *абстрактныхъ* правилъ, а не для само-

<sup>1)</sup> Веглядъ Планка на этотъ предметъ изложенъ выше.

<sup>2)</sup> См. напр. статью Гольдхаммера въ его Archiv'ѣ, Bd. IV, стр. 493.

стоятельнаго сужденія даннаго дѣла, не для непосредственнаго примѣненія абстрактной нормы, общаго руководящаго взгляда къ конкретному, индивидуальному случаю.

Хотя нѣкоторые изъ писателей и предлагаютъ специализированіе главнымъ образомъ только съ цѣлью устранить изъ числа предметовъ обсужденія присяжныхъ факты, въ пользу которыхъ вовсе не представлено доказательствъ, съ цѣлью предотвратить возможность положеніе присяжными въ основу ихъ вердикта личныхъ свѣдѣній о дѣлѣ, непровѣренныхъ на судебномъ слѣдствіи <sup>1)</sup>; тѣмъ не менѣе въ разсматриваемой нами формулѣ специфизированія и специализированія, предложенной Типпельскирхомъ, не сдѣлано никакой оговорки съ цѣлью предотвратить неоправдываемое ни теоріей, ни примѣромъ Англій, вторженіе профессиональныхъ судей въ оцѣнку допустимыхъ доказательствъ, въ окончательное сужденіе о доказанности, точнѣе — недоказанности извѣстныхъ конкретныхъ фактовъ. Въ самомъ дѣлѣ, ограничивая присяжныхъ только тѣми конкретными фактами, которые включены въ вопросъ, судъ можетъ взять изъ вѣдѣнія присяжныхъ и такіе конкретные факты, которые хотя и представляются суду менѣе вѣроятными, чѣмъ включенные имъ въ вопросъ, но въ пользу которыхъ на судебномъ слѣдствіи обнаружались доказательства не только, по мнѣнію присяжныхъ, рѣшительныя въ данномъ случаѣ, но и съ общей точки зрѣнія допустимыя. Мы при этомъ предполагаемъ, что эти невключенные въ вопросъ конкретные факты такъ же годны для реализаціи даннаго законнаго признака, какъ и включенные. Очевидно, что при такихъ обстоятельствахъ нарушены будутъ тѣ начала распредѣленія функцій присяжныхъ и судей, которыя освящены какъ теоріей, такъ и многовѣковой практикой на родинѣ суда присяжныхъ. Если Типпельскирхъ не желалъ ничего подобнаго, если бы онъ хотѣлъ только устраненія явно недоказанныхъ фактовъ, то соотвѣтственно могъ бы формулировать свое правило, предписавъ конкретизировать вопросъ только на столько, на сколько это необходимо для индивидуализированія дѣянія и для устраненія той фактической обрисовки его, въ пользу которой не представлено вовсе доказательствъ. Впрочемъ, и въ этомъ видѣ правило было бы, хотя не про-

<sup>1)</sup> Goldammer, I. c., стр. 491 и сл.

тивно изложеннымъ нами принципамъ распредѣленія функций между судьями и присяжными, однако все таки недостаточно съ точки зрѣнія контроля надъ присяжными по установленію конкретныхъ фактовъ. Въ самомъ дѣлѣ, можетъ случиться, что для извѣстнаго законнаго признака нѣтъ другого конкретнаго субстрата, какъ именно тотъ самый, который можетъ быть принятъ присяжными за доказанный по личнымъ свѣдѣніямъ о дѣлѣ и вообще по явно недопустимымъ въ уголовномъ процессѣ источникамъ. Очевидно, что специализированіемъ вопроса тутъ дѣлу помочь нельзя. Точно также специализированіемъ нельзя добиться желаемого Гольтдаммеромъ и другими результата и тогда, когда въ пользу даннаго включеннаго въ вопросъ конкретного факта, правда, есть допустимое доказательство, которое, однако, во мнѣніи присяжныхъ само по себѣ не привело бы къ утверженію самого факта, когда утверженіе послѣдовало со стороны присяжныхъ только потому, что они приняли въ расчетъ и частныя свои свѣдѣнія о данномъ дѣлѣ. Вообще, какъ справедливо замѣтилъ Кревель, специализированіе все-таки не предотвратитъ опасности принятія въ расчетъ присяжными своихъ личныхъ свѣдѣній о дѣлѣ <sup>1)</sup>. Вслѣдствіе этого, если даже признать законность этой цѣли специализированія, если допустить вліяніе профессиональнаго элемента суда на рѣшеніе фактическихъ вопросовъ, то цѣлесообразнѣе будетъ выбрать *другую форму* для этого воздѣйствія профессиональнаго элемента на оцѣнку доказательствъ и именно ту форму, въ которой всегда выражается рѣшеніе тѣхъ или другихъ вопросовъ въ процессѣ. Можно было бы, напр., вмѣстѣ съ Баромъ предоставить суду право, не смотря на обвинительный вердиктъ присяжныхъ, признать подсудимаго оправданнымъ или постановить о передачѣ дѣла на разрѣшеніе другого состава присяжныхъ, если профессиональный судъ большинствомъ голосовъ найдетъ, что судебное производство не дало для обвинительнаго вердикта присяжныхъ достаточныхъ основаній съ точки зрѣнія общепризнанныхъ правилъ о доказательствахъ, выработанныхъ опытомъ. При этомъ Баръ требуетъ извѣстной мотивировки такого рѣшенія суда <sup>2)</sup>. Понятно, что, для доставленія возможности суду пользоваться

<sup>1)</sup> Cp. Kräwel, въ Archiv'ѣ Гольтдаммера, Bd. VI, стр. 214.

<sup>2)</sup> Recht und Beweis, стр. 341 и сл., 364, § 22 и 23.

этимъ правомъ безъ вторженія въ оцѣнку допустимыхъ съ общей точки зрѣнія доказательствъ, цѣлесообразно эксплуатировать при этомъ и вопросы, предлагаемые на разрѣшеніе присяжныхъ, какъ эксплуатируютъ ихъ при осуществленіи контроля суда надъ дѣятельностью присяжныхъ по субсумціи конкретныхъ фактовъ подъ законные признаки преступленія (см. выше). Но нѣтъ надобности осложнить для этого главный, нормальный вопросъ. Данные, необходимыя суду для кассачіи (или даже для предупрежденія) вердикта за отсутствіемъ допустимыхъ доказательствъ, можно получить отъ присяжныхъ при помощи дополнительнаго вопроса, какъ получаютъ ихъ для кассачіи вердикта по соображеніямъ чисто-правовымъ (при субсумціи). Въ такихъ дополнительныхъ вопросахъ нужда можетъ явиться, когда въ пользу даннаго конкретнаго факта есть и допустимыя, и недопустимыя доказательства, и суду надо знать, не даютъ ли присяжные рѣшительнаго значенія первымъ, такъ какъ въ такомъ случаѣ право суда на кассачію не имѣетъ мѣста.

Теперь обратимся къ разсмотрѣнію формулъ конкретизированія, предложенныхъ Баромъ. Одна изъ этихъ формулъ, позднѣйшая <sup>1)</sup>, довольно близка къ формулѣ Типпельскирха. Правда, Баръ исходитъ изъ того положенія, что въ вопросѣ присяжнымъ включаются *все* законные признаки,—и здѣсь главнѣйшее отличіе Баровской формулы отъ Типпельскирховой. Напротивъ, что касается принципа конкретизированія вопроса, то и Баръ не удовлетворяется индивидуализированіемъ дѣянія. Мѣра конкретизированія по Бару обусловлена другими соображеніями, именно соображеніями о прочности *аргументаціи*. Если бы было сказано только, разсуждаетъ Баръ, что такой-то убилъ человека, и если бы представленные доказательства давали бы только такой результатъ, то напередъ должно было бы сказать, что эта аргументація совершенно ненадежна. Если нельзя установить, кто именно былъ убитъ и какими средствами, то виновность подсудимаго и причинная связь должны быть признаны безъ дальнѣйшаго неустановленными, ибо кажущаяся увѣренность, что подсудимый долженъ быть виновнымъ, исходитъ при точнѣйшемъ разсмотрѣніи на степень очень обманчивой вѣроятности, на основаніи которой не можетъ состояться обвинительный

1) См. статью въ *Gerichtssaal's*, Bd. 19, стр. 446 и сл.

приговоръ. «Проблема постановки вопросовъ etc. стоитъ въ ближайшей связи съ *аргументаціей*: первая (т. е. постановка вопросовъ), такъ сказать, *кристаллизуетъ существенные пункты послѣдней*». Вслѣдствіе этого Баръ требуетъ включенія въ вопросъ такого числа конкретныхъ фактовъ, чтобы чрезъ это аргументація, результаты которой концентрируются въ вопросахъ, являлась достаточно определенной подкладкой обвинительнаго приговора. Нужно себя спросить, продолжаетъ Баръ, является ли основательное сомнѣніе въ истинѣ самихъ фактовъ, если ихъ представить себѣ въ томъ или другомъ общемъ видѣ. Если является, то редація недостаточна <sup>1)</sup>. Для законодательнаго нормированія этого правила Баръ рекомендуетъ слѣдующее постановленіе: «въ вопросъ слѣдуетъ включать столько конкретныхъ фактовъ, чтобы въ нихъ можно было найти достаточно надежную основу аргументаціи для обвинительнаго приговора, принимая въ соображеніе природу даннаго преступленія и обстановку даннаго случая» <sup>2)</sup>. Такимъ путемъ, по заявленію Бара, можно обезпечить за судомъ благотворное *отрицательное* вліяніе на вердиктъ присяжныхъ въ томъ направленіи, чтобы присяжные не ставили въ базисъ своего рѣшенія факты, на которые вовсе не распространялись представленные доказательства <sup>3)</sup>. Такой принципъ, говоритъ въ другомъ мѣстѣ Баръ, такое сопоставленіе въ вопросъ конкретныхъ фактовъ и законныхъ признаковъ есть, нѣкоторымъ образомъ, средство создать для жюри своего рода *законную систему доказательствъ* <sup>4)</sup>.

Изложенная формула и по заявленію самого Бара <sup>5)</sup>, и въ дѣйствительности есть другое выраженіе болѣе ранней его формулы конкретизированія, по которой мѣра конкретизированія обусловливается соображеніями объ *интересахъ защиты*, которая невозможна при совершенно абстрактной формулировкѣ вопроса по законнымъ признакамъ преступленія. Баръ требуетъ, чтобы и обвиненіе, и вопросъ присяжнымъ заключали въ себѣ столько конкретныхъ обстоятельствъ, сколько необходимо для

<sup>1)</sup> 1. с., стр. 448—449.

<sup>2)</sup> 1. с., стр. 450.

<sup>3)</sup> ib., стр. 449.

<sup>4)</sup> ib., стр. 450.

<sup>5)</sup> Gerichtssaal, Bd. 19, стр. 449.



открытія подсудимому возможности организовать свою защиту при предположеніи его невинности, каковое предположеніе должно имѣть мѣсто во всякомъ процессѣ. Въ свою очередь, возможность организовать защиту по Бару опредѣляется не а priori, а изъ соображенія со стороны суда обстоятельствъ даннаго процесса<sup>1)</sup>.

Переходя къ разбору этихъ формулъ Бара, считаемъ нужнымъ обратить вниманіе читателя на то, что едва-ли когда-либо бываютъ такіа неопредѣленныя, совершенно абстрактныя обвиненія, противъ которыхъ вооружается Баръ. Какъ бы ни была организована процедура преданія суду, когда окончательно формулируется обвиненіе, такіа совершенно абстрактныя обвиненія не мыслимы уже *въ интересахъ самого обвиненія*. Если справедливо, что невозможна защита противъ тѣхъ абстрактныхъ обвиненій, примѣры которыхъ приводитъ выше Баръ, то также справедливо и то, что при такой абстрактной формулировкѣ предполагаемой вины подсудимаго не возможенъ и желаемый обвиненіемъ приговоръ. Это, какъ читатель могъ усмотрѣть, признаетъ и Баръ, заявляя что при явно-недостаточномъ конкретизированіи преступнаго дѣянія *напередъ* можно сказать, что оно не доказано.

И дѣйствительно, уже въ заключительной формулѣ опредѣленія обвинительной камеры или обвинительнаго акта должны заключаться и обыкновенно заключаются не только законные признаки преступленія, но и конкретные факты, индивидуализирующіе дѣяніе подсудимаго; кромѣ того, въ виду защиты имѣется большой матеріалъ, заключающійся какъ въ остальномъ текстѣ этихъ документовъ, такъ и въ актахъ предварительнаго слѣдствія, *на основаніи* которыхъ, *въ виду* которыхъ постановлено опредѣленіе обвинительной камеры или написанъ обвинительный актъ.

Вообще обвиненіе, доказывая виновность подсудимаго въ данномъ преступленіи, не можетъ ограничиться совершенно абстрактной формулировкой вины. Въдѣ и косвенныя улики, и свидѣтели, на которыхъ ссылается обвиненіе, не говорятъ исключительно словами закона, не даютъ только законныхъ, аб-

<sup>1)</sup> Recht und Beweis, стр. 76—79.

страктныхъ признаковъ преступленія. Въдѣ между даннымъ источникомъ истины и окончательнымъ выводомъ о реализаціи даннаго абстрактнаго состава преступленія лежитъ много промежуточныхъ, чисто-фактическихъ положеній, которыя въ аргументаціи обвинителя составляютъ цѣлую цѣпь. Правда, составитель обвинительнаго акта или редакторы опредѣленія о преданіи суду могутъ оставить подробное раскрытіе, развитіе этой цѣпи аргументаціи до судебного слѣдствія. Но и въ этомъ случаѣ подсудимый можетъ организовать свою защиту. Въ самомъ дѣлѣ, какъ справедливо замѣтилъ Г. Мейеръ, объектъ, противъ котораго направляется оружіе защиты, слѣдуетъ искать не только въ *утвержденіяхъ* обвиненія, но и въ представленномъ имъ *матеріалѣ для аргументаціи*. Если, продолжаетъ Мейеръ, достаточно позаботились о томъ, чтобы все то, что обвинитель имѣетъ въ виду эксплуатировать на судебномъ слѣдствіи въ качествѣ матеріала своей аргументаціи, было заблаговременно извѣстно подсудимому или защитнику, то тогда все сдѣлано, что можетъ быть сдѣлано со стороны закона для доставленія возможности организовать защиту <sup>1)</sup>.

Итакъ, при такомъ порядкѣ нѣтъ надобности требовать отъ заключительной формулы обвиненія и отъ вопросовъ присяжнымъ болѣе конкретныхъ фактовъ, чѣмъ какіе необходимы для установленія тождества дѣянія подсудимаго<sup>2)</sup>. На это можно ожидать слѣдующихъ возраженій. Прежде всего можно, не упоминаясь на томъ, что въ виду всякой неупомянутой въ вопросѣ конкретной подробности дѣянія подсудимый имѣлъ возможность подготовить свою защиту, требовать, чтобы подсудимый зналъ, *какая* именно изъ выступившихъ при производствѣ дѣла конкретно-фактическихъ эвентуальностей будетъ положена въ основу вердикта присяжныхъ. Можетъ, напр., случиться, что, сохраняя тождество дѣянія, обвиненіе допускаетъ возможность котораго-либо изъ нѣсколькихъ способовъ осуществленія дальнейшей конкретно фактической подробности дѣянія, которая не охвачена вопросомъ, и именно потому, что эта дальнѣйшая по-

<sup>1)</sup> Handbuch Holtzend., II, 162.

<sup>2)</sup> Мы здѣсь предполагаемъ и тождество законной квалификаціи дѣянія. Объ измѣненіяхъ этой квалификаціи рѣчь будетъ во второй части труда.

дробность не необходима для установленія тождества дѣянiя. Въ такомъ случаѣ, обобщая вопросъ, не включая въ него вовсе той конкретно-фактической подробности, касательно обрисовки которой существуетъ нѣсколько возможностей, судъ дозволяетъ присяжнымъ положить въ основу ихъ вердикта любую изъ этихъ возможностей, любой изъ фактовъ, въ которыхъ могла осуществиться данная подробность дѣянiя, причемъ защитѣ, конечно, не извѣстно—какой именно. Итакъ, скажутъ, что хотя бы защитѣ и дана была возможность подготовиться къ опроверженiю обоихъ способовъ осуществленiя данной подробности дѣянiя, тѣмъ не менѣе можно утверждать, что законные интересы подсудимаго не гарантированы въ томъ отношенiи, что одна половина присяжныхъ можетъ исходить изъ признанiя одной возможности, а другая—другой, такъ что ни въ пользу каждой изъ эвентуальностей не имѣется большинства голосовъ, а подсудимый будетъ все-таки приговоренъ, тогда какъ, еслибы вопросъ заключалъ въ себѣ какой либо *одинъ* изъ возможныхъ способовъ осуществленiя данной подробности дѣянiя, то получился бы оправдательный вердиктъ<sup>1)</sup>.

Такимъ образомъ, все дѣло сводится къ рѣшенiю вопроса, по какимъ пунктамъ необходимо требовать *согласiя* большинства присяжныхъ, какiе конкретные факты должны быть установлены *большинствомъ* присяжныхъ.

На этотъ вопросъ Баръ отвѣчаетъ въ томъ смыслѣ, что а priori, напередъ можно сказать только, что большинство присяжныхъ должно имѣть въ виду одно и то же дѣянiе и, слѣдовательно, признавать тѣ факты, при посредствѣ которыхъ устанавливается тождество дѣянiя; что же касается до дальнѣйшихъ фактическихъ подробностей дѣянiя, то нужно принимать въ соображенiе обстоятельства даннаго процесса. Если для защиты все равно въ данномъ случаѣ—какъ присяжные будутъ относиться къ данной конкретно-фактической подробности, въ какомъ именно видѣ они будутъ представлять себѣ данное обстоятельство дѣянiя, если защита пользуется одной и той же системой доказательствъ для опроверженiя обоихъ возможныхъ способовъ осуществленiя даннаго обстоятельства дѣянiя, тогда нѣтъ

---

<sup>1)</sup> Таковъ смыслъ разсужденiя Бара, см. Recht und Beweis, стр. 78.

надобности требовать такого согласія большинства присяжныхъ въ представленіи себѣ этой подробности. Если же защита подсудимаго является разною смотря по тому, какой изъ видовъ осуществленія данной подробности дѣянія утверждается обвиненіемъ, тогда согласіе большинства присяжныхъ въ установленіи одной изъ возможностей необходимо, тогда, слѣдовательно, по Бару необходимо включеніе одного какого-либо способа осуществленія этой подробности въ вопросъ присяжнымъ<sup>1)</sup>.

Итакъ, въ одинаковости или различіи въ системѣ защиты лежитъ по Бару критерій для сужденія о томъ, на столько ли данный фактъ существенъ, чтобы требовать отъ большинства присяжныхъ согласія касательно его доказанности. Только при этомъ условіи подсудимый является гарантированнымъ отъ неправильнаго осужденія.

Намъ кажется, что выраженное въ такой формѣ правило это не выдерживаетъ критики, противорѣчитъ даже основнымъ взглядамъ самого Бара. Намъ кажется, что если осуществить всѣ консеквенціи, вытекающія изъ этого правила, то можно прийти къ невозможности отправлять правосудіе.

Въ самомъ дѣлѣ, допустимъ слѣдующій случай. Обвиненіе, вполне ясно устанавливая тождество даннаго преступнаго дѣянія подсудимаго, давая также вполне опредѣленную юридическую его квалификацію, не можетъ, однако, въ своей характеристикѣ конкретной обрисовки дѣянія, остановиться категорически на какомъ-либо мелкомъ конкретномъ фактѣ изъ равно, по его мнѣнію, возможныхъ въ данномъ случаѣ. Положимъ, дадѣе, что, не будучи въ состояніи выбрать какой-нибудь изъ этихъ конкурирующихъ между собою мелкихъ конкретныхъ фактовъ, обвиненіе представило, однако, вполне убѣдительныя и *in abstracto* допустимыя доказательства въ пользу того, что такъ или иначе, въ томъ или другомъ видѣ дѣяніе совершенно подсудимымъ. Предположимъ, наконецъ, что подсудимый, сверхъ общихъ соображеній о недостаточности доводовъ обвиненія, соображеній, неимѣющихъ отношенія къ обвѣмъ изъ возможныхъ эвентуальностей данной подробности дѣянія, приводитъ, для

<sup>1)</sup> См. разсужденіе Бара по поводу условій допустимости альтернативныхъ вопросовъ, *Recht und Beweis*, стр. 201—202.

опроверженія каждаго изъ этихъ возможныхъ видовъ осуществленія данной черты дѣянія, разными самостоятельными доказательствами, пользуется разной системой аргументаціи. При такихъ обстоятельствахъ можетъ случиться, что всѣ присяжные, убѣжденные вполне доводами обвиненія, тѣмъ не менѣе должны будутъ оправдать подсудимаго. Это можетъ случиться тогда, когда игнорируя, не раздѣляя вовсе доводовъ защиты какъ общихъ, такъ и употребленныхъ ею противъ обѣихъ возможныхъ формъ осуществленія данной черты дѣянія, добросовѣстные присяжные, однако, не могутъ категорически утверждать, что осуществилась именно такая-то изъ возможностей,—вѣдь по Бару, въ случаѣ разной системы защиты, въ одинъ или въ каждый изъ многихъ вопросовъ должно быть включено не одной изъ возможныхъ формъ осуществленія данной черты дѣянія, вмѣсто того, чтобы или вовсе опустить въ вопросѣ эти подробности, или совокупить ихъ въ альтернативной формѣ.

Можно ожидать возраженія въ томъ смыслѣ, что здѣсь имѣтъ, собственно говоря, разницы въ системѣ защиты, какъ эту разницу слѣдуетъ понимать въ настоящемъ случаѣ, что при обѣихъ эвентуальностяхъ конкретной обрисовки данной подробности дѣянія въ доводахъ защиты есть все-таки не мало общаго, и именно та часть аргументаціи, которая имѣетъ цѣлью ослабить положительные доводы обвиненія. Но тогда слѣдовало бы озаботиться болѣе точнымъ опредѣленіемъ понятія о различіи въ системѣ защиты. При томъ защита всегда, независимо отъ самостоятельныхъ доводовъ въ пользу подсудимаго, должна озаботиться ослабленіемъ силы аргументовъ обвиненія.

Хотя у Бара встрѣчаются намеки и на то пониманіе разницы въ системѣ защиты, которое можетъ, при его правилѣ, повлечь указанныя вредныя для интересовъ правосудія послѣдствія<sup>1)</sup>; тѣмъ не менѣе, судя по высказаннымъ въ другихъ случаяхъ взглядамъ Бара, едва ли можно думать, что онъ желалъ этихъ послѣдствій, что онъ исходилъ изъ такого пониманія разницы защиты. Въ самомъ дѣлѣ, если рассуждать аналогично съ рассужденіемъ Бара по нѣскольکو иному случаю<sup>2)</sup>, то

<sup>1)</sup> Recht und Beweis, стр. 79, 157, прим. 46.

<sup>2)</sup> ib. стр. 165—167.

можно, кажется, прийти къ выводу, что онъ не долженъ быть безусловно противъ обобщенія вопроса даже въ такихъ случаяхъ, о которыхъ рѣчь была выше. Въдѣ и въ этихъ случаяхъ, какъ въ тѣхъ, къ которымъ относится цитируемое разсужденіе Бара, судъ, распредѣляя равно допускаемая обвиненіемъ подробности между отдѣльными вопросами, вторгается не въ свою область, именно въ сферу оцѣнки доводовъ обвиненія и защиты. Въ самомъ дѣлѣ, конкретизируя болѣе опредѣлительно, чѣмъ обвиненіе, судъ молчаливо утверждаетъ, что если не доказана такая-то подробность дѣянія, то, значитъ, не доказано и бытіе самого дѣянія. Такое (отрицательное) рѣшеніе вопроса о доказательствахъ со стороны суда не всегда, конечно, противорѣчитъ Баровскимъ (англійскимъ) принципамъ распредѣленія функций между профессиональными судьями и присяжными, и именно не противорѣчитъ тогда, когда обвиненіе не представило никакихъ допустимыхъ *in abstracto* доказательствъ въ пользу своихъ положеній<sup>1)</sup>.

Но если это не такъ, если судя на основаніи допустимыхъ доказательствъ обвиненія всѣ присяжные или большинство ихъ даетъ этимъ доказательствамъ рѣшительное значеніе и вовсе не признаетъ силы за доводами защиты, также *in abstracto* допустимыми? Тогда-то и наступитъ нежеланное вообще Баромъ вторженіе суда въ окончательную оцѣнку доказательствъ, если, дѣйствуя по его совѣту, судъ включить въ вопросъ одинъ изъ возможныхъ конкретныхъ фактовъ только потому, что, по случаю, защита въ виду каждаго изъ этихъ фактовъ является различною, пользуется разными доказательствами.

Итакъ, слѣдуетъ предположить, что употребляя слова «различіе» или «одинаковость» защиты, Баръ подъ ними разумѣетъ нѣчто иное. Это предположеніе подтверждается слѣдующимъ. Обсуждая одинъ казусъ изъ ганноверской практики, когда явилось сомнѣніе — какое изъ двухъ дѣйствій, реализовавшихся въ себѣ

---

<sup>1)</sup> Въ этомъ случаѣ, впрочемъ, незачѣмъ всю надежду возлагать на вопросы, — контроль суда въ этомъ смыслѣ можетъ выразиться кассацией вердикта. Конкретизированіе же въ вопросахъ можетъ понадобиться развѣ тогда, когда, по мнѣнію суда, обвиненіе представило допустимыя доказательства въ пользу одной изъ возможностей, такъ что для кассации вердикта необходимо установить — изъ какой возможности присяжные исходили.

покушеніе на предумышленное убійство, имѣло въ дѣйствительности мѣсто, Баръ разсуждаетъ такъ: «Das, was den Gegenstand der Verhandlung bildete, war eine der Frau auf dem Boden oder in unmittelbarer Nähe desselben zugefügte Misshandlung, mit der Absicht zu tödten, jedoch ohne diesen Erfolg. Dabei blieb, *da die Absicht zu tödten und ebensowenig das Ausbleiben des Erfolges in keinem der beiden Fälle in Zweifel gezogen werden konnte, die Vertheidigung, wenn solche überhaupt möglich war, in dem einen, wie in dem anderen Falle dieselbe*, und richtiger noch hätte die Frage allgemein auf thätliche Misshandlung auf dem Boden und in dessen unmittelbarer Nähe gestellt, oder es hätten beide Fälle in Einer alternativen Frage zusammengefasst werden können. Denn wurden zwei Fragen alternativ gestellt, so konnte sehr wohl für jede derselben Stimmgleichheit der Geschwornen und dann Freisprechung eintreten, obwohl sämtliche Geschwornen die Verurtheilung wollten. *Dieselbe That* aber blieb der ganze Vorgang, mochte man die eine oder die andere Misshandlung zur Frage verstellen: es war ein und derselbe Willensact und Dies allein ist in dieser Beziehung entscheidend»<sup>1)</sup>).

Итакъ, важно, что, какое-бы конкретное дѣйствіе подсудимаго присяжные ни признали доказаннымъ (въ данномъ случаѣ покушеніе на убійство въ началѣ усматривалось въ томъ, что подсудимый сбросилъ свою жену съ опасностью для жизни послѣдней изъ слуховаго окна, а впослѣдствіи выяснилось, что онъ не сбрасывалъ жены своей, а покушался на ея убійство посредствомъ дубины), все-таки не нарушается *тождество* дѣянія, а это только имѣетъ по Бару рѣшительное значеніе. Далѣе, изъ приведенныхъ словъ Бара явствуется, что онъ не допускаетъ разницы защиты, какой бы изъ приведенныхъ конкретных фактовъ присяжные ни положили въ основу своего вердикта, хотя мыслимы случаи, когда для опроверженія каждаго изъ этихъ фактовъ защита имѣетъ подѣ рукою различныя доказательства. Изъ примѣчанія къ этому мѣсту даже видно, что Баръ только тогда и допускаетъ разницу въ системѣ защиты, когда бы отъ признанія той или другой возможности зависѣла *разная правовая квалификація* дѣянія, въ данномъ случаѣ, когда бы дѣло

<sup>1)</sup> Recht und Beweis, стр. 157—158.

шло не о покушеніи, а о совершившемся убійствѣ, и когда можно было бы сомнѣваться, нѣтъ ли здѣсь на лицо, вмѣсто преду-мышленнаго убійства, реальной совокупности покушенія на та-ковое съ неосторожнымъ убійствомъ<sup>1)</sup>. Тотъ же самый взглядъ на этотъ пунктъ проскальзываетъ у Бара и въ другомъ случаѣ<sup>2)</sup>. Все это убѣждаетъ насъ въ справедливости заявленія Бара, что въ сущ-ности, въ общемъ правилѣ, требованія его касательно конкрети-зирования дѣянія едвали больше требованій тѣхъ, кто, какъ Кре-вель, Г. Мейеръ, Цакъ и др., считаютъ необходимымъ включеніе въ вопросъ только тѣхъ конкретныхъ фактовъ, которые служатъ для установленія *тождества* дѣянія. Справедливость этого видна также изъ той критики взгляда Г. Мейера, которую далъ Баръ. Доказывая невѣрность масштаба Мейера, желающаго включенія въ вопросъ столькихъ конкретныхъ фактовъ, сколько необхо-димо для того, чтобы данное преступное дѣяніе при данныхъ условіяхъ могло быть совершено известнымъ лицомъ *однимъ только разъ*, Баръ иллюстрируетъ свою мысль слѣдующимъ ча-стнымъ случаемъ. Онъ говоритъ, что если дѣло идетъ о совер-шившемся предумышленномъ убійствѣ, то по Мейеру (и при предположеніи, что такіа преступленія вообще подлежатъ дѣй-ствію отечественнаго закона даже въ случаѣ совершенія ихъ заграницею) достаточенъ вопросъ — виновенъ ли А въ преду-мышленномъ убійствѣ такого-то, безъ упоминанія, когда, гдѣ совершено убійство и въ какомъ дѣяніи оно выразилось, — при посредствѣ ли отравленія, или пистолетнаго выстрѣла или под-верженіемъ находящагося въ кризисѣ опасно больного дѣйствію сквознаго вѣтра или зимняго холода<sup>3)</sup>. Если внимательно вни-нуть въ это разсужденіе, то увидимъ, что Баръ и здѣсь тре-буетъ не болѣе, какъ установленія *тождества* того конкрет-наго дѣянія, въ которомъ обвиненіе усматриваетъ признаки дан-наго преступленія. И здѣсь нельзя не согласиться съ Баромъ. Не тогда констатировано тождество преступнаго дѣянія, когда видно только, что такое-то преступленіе могло быть совершено подсудимымъ *однимъ разъ*, а когда видно, въ какомъ изъ раз-ныхъ возможныхъ конкретныхъ дѣяній даннаго лица осуще-

1) l. с., стр. 157, пр. 46 а.

2) ib., стр. 204, прим. 113.

3) ib., стр. 75—76.



связилось данное преступленіе. Изъ изложеннаго явствуетъ, что Баръ собственно противъ того формальнаго правила, которое Г. Мейеръ даетъ для констатированія тождества дѣянія, что Баръ не требуетъ болѣе конкретныхъ фактовъ, чѣмъ сколько необходимо для того, чтобы всѣ присяжные, давая свои голоса, имѣли въ виду одно и то же дѣяніе. Изъ изложеннаго ясно, что и Баръ въ сущности требуетъ согласія большинства присяжныхъ только касательно реализаціи въ одномъ и томъ же дѣяніи подсудимаго законныхъ признаковъ даннаго преступленія. Иначе и быть не могло, ибо, если разъ переступить за границу тѣхъ конкретныхъ фактовъ, которые устанавливають тождество дѣянія, если требовать большинства голосовъ присяжныхъ еще по дальнѣйшимъ конкретно-фактическимъ подробностямъ дѣянія, то, за невозможностью подыскать другія твердыя границы, пришлось бы требовать отъ присяжныхъ полнаго согласія во всѣхъ мелочахъ, пришлось бы помириться съ невозможностью отправленія правосудія.

Въ самомъ дѣлѣ, всякій согласится, что если обозначать тѣ пункты, въ которыхъ должны сходиться взгляды большинства присяжныхъ, эпитетами «важнѣйшіе», «существеннѣйшіе», то этихъ не дается въ сущности никакого опредѣленія, никакихъ опредѣленныхъ указаній. Это сознаетъ и самъ Баръ, намекая на то, что важность, существенность конкретнаго факта опредѣляется значеніемъ его для системы защиты. Но и это послѣднее указаніе не выдерживаетъ, какъ мы выше пытались показать, критики, если систему защиты отождествлять съ содержаніемъ и суммою аргументовъ, доказательствъ, которыми пользуется подсудимый.

По всѣмъ изложеннымъ соображеніямъ мы склоняемся въ пользу того принципа конкретизированія, который имѣетъ са себя большинство писателей и который требуетъ включенія въ вопросъ столькохъ и такихъ конкретныхъ фактовъ, сколько и какіе нужны для установленія *тождества* дѣянія подсудимаго въ указанномъ выше смыслѣ, или, какъ нѣкоторые выражаются, для индивидуализированія дѣянія <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> См. Kräwel въ статьѣ, помѣщенной въ Archivъ Гольтдамера, Bd. VI, стр. 218; Н. Meyer, ib., Bd. X, стр. 345—346 и друг.; Zache, Fragstellung und Wahrsprüche etc., стр. 53 и слѣд.; Н. Meyer въ Handbuch Holt-

Въ такомъ же смыслѣ вопросъ этотъ рѣшенъ и положительными законодательствами Англіи, Франціи, Германіи и Австріи.

Извѣстно, что до недавняго времени въ Англіи отъ обвинительнаго акта требовалась иногда крайняя опредѣлительность, иногда до смѣшнаго много конкретныхъ подробностей, при чемъ для осужденія подсудимаго было необходимо, чтобы присяжные своимъ вердиктомъ признали всѣ эти подробности въ томъ именно видѣ, въ какомъ они описаны въ обвинительномъ актѣ, этомъ суррогатѣ вопросовъ, предлагаемыхъ на континентѣ присяжнымъ. Несогласіе присяжныхъ съ малѣйшею подробностью заставляло ихъ, поэтому, оправдывать явно виновныхъ только благодаря излишней конкретности обвиненія <sup>1)</sup>.

Впрочемъ, недавнее англійское законодательство (статуты 7 августа 1851 и 6 августа 1861 гг.) значительно упростило задачу обвиненія, требуя, напр., въ дѣлахъ о похищеніи или поддѣлкѣ документовъ только включенія названія, подъ которымъ эти документы обыкновенно извѣстны. Точно также при обвиненіи въ обоихъ видахъ убійства (murder и manslaughter) теперь нѣтъ надобности приводить способъ или средства причиненія смерти; достаточно при murder сказать, что подсудимый «преступно, намѣренно и съ злымъ предумышленіемъ убилъ покойнаго <sup>2)</sup>». Такимъ образомъ, въ настоящее время обвинительный актъ, кромѣ абстрактно-правовыхъ признаковъ преступленія, долженъ

---

zendorff's, II, стр. 160 и слѣд. Разница между этими писателями въ *средствахъ*, предлагаемыхъ ими для установленія тождества дѣянія, а не въ самой цѣли. Такъ, одни думаютъ, что для установленія тождества достаточно къ законнымъ признакамъ преступленія прибавить только мѣсто и время дѣянія; другіе справедливо настаиваютъ на недостаточности этихъ конкретныхъ подробностей для желанной цѣли во многихъ случаяхъ.

<sup>1)</sup> Ср. Mittermaier, Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren etc., 1851 г., стр. 248. При обвиненіи въ убійствѣ, напр., въ обвинительномъ актѣ давалось не только намѣреніе смертельной раны въ длину, ширину и проч., но и указаніе на *стоимость* того орудія, которымъ нанесена эта рана. См. образецъ indictment'a, приведенный въ приложеніи IV, § 1, въ изданіи Chompré, Commentaire sur les lois anglaises, par W. Blackstone, Paris, 1823, v. VI, p. XLV.

<sup>2)</sup> Ср. Glaser, Anklage etc., стр. 65; Bar, Recht und Beweis, стр. 80.

заключать въ себѣ только тѣ конкретные факты, которые, какъ время и мѣсто совершенія преступленія, служатъ для индивидуализированія преступнаго дѣянія. Напротивъ, о другихъ цѣляхъ конкретизированія, по крайней мѣрѣ въ общемъ правилѣ, въ Англіи особенно не заботятся <sup>1)</sup>). Вышеупомянутый статутъ 1851 г., говоря о мѣрѣ конкретизированія обвиненія, не представляетъ практикѣ, соображаясь съ особенностями данного случая, рѣшать вопросъ о томъ, какіе конкретные факты достаточно индивидуализируютъ обвиненіе, а устанавливаетъ напередъ абстрактныя правила для отдѣльных родовъ преступленій, т. е. дѣлаетъ почти то же, что рекомендовалъ Гуго Мейеръ <sup>2)</sup>).

Въ виду изложеннаго, можно про англійское рѣшеніе интересующаго насъ вопроса сказать, что, будучи вѣрно въ принципѣ, правильно ограничивая цѣли конкретизированія индивидуализированіемъ дѣянія, оно не вѣрно въ проведеніи этого начала, устанавливая напередъ, разъ на всегда абстрактныя правила для разныхъ родовъ преступленій. Въ самомъ дѣлѣ, часто въ виду обстоятельствъ данного случая такое годное *in abstracto* правило можетъ оказаться недостаточнымъ, неведущимъ къ той цѣли, которую оно преслѣдуетъ и которая состоитъ въ установленіи тождества даннаго дѣянія. Такъ, напр., при обвиненіяхъ въ кражѣ обыкновенно дѣяніе достаточно индивидуализировано, когда, кромѣ законныхъ признаковъ преступленія, означено мѣсто, время и объектъ кражи; но иногда производство по обвиненію въ одной кражѣ у даннаго лица можетъ дать указанія и на другую или другія кражи, совершенныя въ тотъ же день у того же лица, при чемъ объектами кражи были однородные и даже равноцѣнные предметы. Въ такомъ случаѣ, конечно, для установленія тождества дѣянія, для отличія его отъ другихъ однородныхъ, необходимо включить еще какой-нибудь конкретный фактъ, напримѣръ, способъ похищенія, если въ данныхъ двухъ кражахъ онъ былъ не одинъ и тотъ же. Нѣтъ, какъ мы выше доказывали, необходимости, чтобы присяжные соглашались между собою во всѣхъ подробностяхъ дѣянія; однако, необходимо, чтобы, давая свой вердиктъ, всѣ они имѣли въ виду одно и то же дѣяніе подсудимаго, а не разные его преступныя

<sup>1)</sup> Glaser, *ib*, стр. 57—74.

<sup>2)</sup> Въ цитированной выше статьѣ, помѣщенной въ Archivъ Гольтдаммера, т. X.

дѣянія, чтобы они не сифшивали его дѣянія съ однородными преступленіями другихъ лицъ.

Иногда, поэтому, можно индивидуализировать обвиненіе и не прибѣгая ко времени, мѣсту; иногда можно лучше установить тождество дѣянія, означивъ опредѣлительно то дѣйствіе подсудимаго, въ которомъ выразилось приведеніе умысла въ исполненіе (т. н. *Ausführungshandlung*) <sup>1)</sup>.

Что касается *французскаго* законодательства и практики по этому предмету, то въ общемъ итогъ онъ стоитъ на вѣрномъ пути. Въ самомъ дѣлѣ, французскій законъ говоритъ только: «вопросъ ставится въ слѣдующихъ выраженіяхъ: виновенъ ли подсудимый въ совершеніи *такого-то* убійства, *такой-то* кражи или *такого-то* другаго преступленія <sup>2)</sup>». Изъ этого видно, что вопросъ присяжнымъ не долженъ довольствоваться простою ссылкой на факты, установленные постановленіемъ о преданіи суду или обвинительнымъ актомъ, — вопросъ не говоритъ «виновенъ ли подсудимый въ совершеніи кражи, о которой рѣчь въ *arrêt de mise en accusation*, а — «виновенъ въ *такой-то* кражѣ». Слѣдовательно, независимо отъ законной квалификаціи дѣянія, въ вопросъ нужно включать обстоятельства, индивидуализирующія это преступное дѣяніе, устанавливающія его тождество <sup>3)</sup>.

Вотъ принципъ для мѣры конкретизированія, данный французскимъ законодателямъ, отназавшимся отъ всякихъ дальнѣйшихъ правилъ и наставленій, предоставившимъ предсѣдателю суда рѣшать въ каждомъ данномъ случаѣ вопросъ — какіе и сколько конкретныхъ фактовъ необходимо для этой цѣли конкретизированія.

Такъ понимаютъ дѣло и французскіе писатели, и практика французскаго кассационнаго суда. Они вообще признаютъ, что вопросы должны быть точны, опредѣлительны; они не требуютъ отъ конкретизированія ничего, кромѣ установленія тождества дѣянія; мало того, они довольствуются даже тѣмъ, чтобы соотношеніемъ вопросовъ съ обвиненіемъ и дебатами было констатировано, что въ умахъ присяжныхъ не могло быть сомнѣ-

<sup>1)</sup> Cp. Stelling, Ueber Anklagebesserung, Göttingen, 1866, стр. 29 и слѣд.

<sup>2)</sup> См. art. 337 du Code d'instruction criminelle.

<sup>3)</sup> Cp. Hélie, l. c., т. IX, стр. 75 и слѣд.

нія на счетъ факта, бывшаго предметомъ ихъ обсужденія<sup>1)</sup>. Въ виду этого, хотя въ вопросахъ, для индивидуализированія преступнаго дѣянія, обыкновенно фигурируютъ указанія на время, мѣсто, жертву преступления; тѣмъ не менѣе кассационный судъ не только не требуетъ строгой точности этихъ указаній, но и не кассируетъ вердиктовъ, постановленныхъ по вопросамъ, въ которыхъ то или другое изъ вышеуказанныхъ обстоятельствъ вовсе опущено, если только это не даетъ повода сомнѣваться на счетъ тождества дѣянія, бывшаго въ виду присяжныхъ. Только тогда точное обозначеніе времени, мѣста, жертвы преступления является необходимымъ, когда отъ рѣшенія этихъ вопросовъ зависитъ примѣненіе къ дѣянію законовъ о давности, объ условной отвѣтственности несовершеннолѣтнихъ,—вообще, когда отъ того или другаго рѣшенія объ этихъ фактическихъ обстоятельствахъ зависитъ рѣшеніе вопросовъ о виновности или о наказанія подсудимаго, о примѣнимости къ дѣянію извѣстнаго уголовного закона и проч.<sup>2)</sup>.

Чрезвычайно любопытно отношеніе къ интересующему насъ вопросу новѣйшихъ законодательствъ—австрійскаго и германскаго, которыя вырабатывались въ виду большой нѣмецкой литературы по этому предмету.

Обращаясь къ германскому законодательству, мы видимъ, что уже § 251 проекта уст. угол. суд., представленнаго рейхстагу въ 1874 г., говоритъ о включеніи въ вопросъ, рядомъ съ законными признаками преступления, только тѣхъ конкретных фактовъ, которые устанавливаютъ тождество дѣянія: «Sie (т. е. die Hauptfrage) muss die dem Angeklagten zur Last gelegte That nach ihren gesetzlichen Merkmalen und unter Hervorhebung der zu ihrer Unterscheidung erforderlichen Umstände bezeichnen».

Въ мотивахъ къ этому проекту прямо говорится, что хотя многіе не удовлетворяются ближайшею цѣлью специализированія (установленіе тождества дѣянія), а, напротивъ, въ специализированіи ищутъ ручательства за то, что присяжные будутъ черпать объекты для субсумціи только изъ обстоятельствъ, пред-

<sup>1)</sup> См. Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence etc., v. instruction criminelle, № 2770.

<sup>2)</sup> Dalloz, l. c., №№ 2775, 2781; Hélie, l. c., стр. 77 сл.

ставленных обвиненіемъ и изслѣдованныхъ на судебномъ слѣдствіи, или за правильность самой субсумціи конкретныхъ фактовъ подъ законныя признаки преступленія; тѣмъ не менѣе вытекающія изъ такихъ цѣлей стремленія дать твердыя правила для специализированія не увѣнчались успѣхомъ. По мнѣнію составителей проекта, предложенія въ этомъ родѣ «такъ разнородны и столь другъ другу противорѣчатъ<sup>1)</sup>, что въ нихъ можетъ быть усмотрѣно доказательство бесплодности лежащей въ ихъ основаніи идеи»<sup>2)</sup>.

До сихъ поръ какъ текстъ проекта, такъ и мотивы къ нему игнорируютъ,—последніе даже отвергаютъ,—всякую другую цѣль конкретизированія, кромѣ установленія тождества дѣянія. Но дальше дѣло нѣсколько измѣняется. Вслѣдъ за вышеизложеннымъ мѣстомъ мотивомъ идетъ слѣдующая тирада: «въ виду этого проектъ ограничился тѣмъ, что въ качествѣ общаго требованія для главнаго вопроса установилъ только то специализированіе, которое необходимо, чтобъ устранить всякое сомнѣніе на счетъ тождества дѣянія. Желательно ли, въ виду обстоятельствъ даннаго случая, и если да, то—на сколько именно желательно специализированіе *въ еще большемъ объемѣ*, — должно быть предоставлено усмотрѣнію судьи»<sup>3)</sup>.

Итакъ, мотивы въ только-что выписанномъ мѣстѣ, если *не требуютъ*, то по крайней мѣрѣ *допускаютъ* конкретизированіе въ болѣшей мѣрѣ, чѣмъ сколько требуется для установленія тождества дѣянія.

Въ виду этого мѣста мотивовъ, а также въ виду того, что § 293 дѣйствующаго устава угол. судопроизв. вполнѣ совпадаетъ съ текстомъ § 251 проекта, нѣкоторые комментаторы германскаго закона стоятъ *de lege lata* за дозволенность болѣшей мѣры конкретизированія, чѣмъ сколько необходимо для

<sup>1)</sup> При этомъ въ мотивахъ сдѣлано въ примѣчаніи перечисленіе той литературы этого вопроса, которою мы выше пользовались. Мотивы ссылаются на предложенія Вара, Планка, Мейера, Гольтдаммера, Типпельскирха и т. д.

<sup>2)</sup> Ср. Hahn, die gesammten Materialien etc., III Bd., стр. 225 (Motive zum Entwurf einer Strafprocessordnung etc., стр. 174).

<sup>3)</sup> Motive etc., стр. 174—175 (опр. пар.).

простаго индивидуализированія<sup>1)</sup>, хотя это едва-ли вѣрно, ибо при толкованіи закона главнѣйшее вниманіе нужно обращать на текстъ его, а не на мотивы, — текстъ же § 293 не знаетъ другой цѣли конкретизированія, кромѣ установленія тождества дѣянія. Мало того, принятіе оспариваемаго толкованія повлекло бы за собою какъ ущербъ обвиненію, такъ и суженіе законной сферы компетенціи присяжныхъ. Какъ справедливо замѣчаютъ нѣкоторые, при включеніи въ вопросы конкретныхъ фактовъ необходимо обращать вниманіе на то, что присяжнымъ должна быть обеспечена возможность имѣть въ виду *если* приведенные въ обвиненіи и выступившіе на судебномъ слѣдствіи факты, что приведеніе въ вопросъ *нѣкоторые* (взятыхъ за предѣлами необходимаго индивидуализированія дѣянія) фактовъ можетъ часто влечь за собою ограниченіе сферы усмотрѣнія присяжныхъ и неправильное оправданіе подсудимаго только вслѣдствіе непризнанія присяжными доказанности неимѣющихъ значенія обстоятельствъ, включенныхъ въ вопросъ<sup>2)</sup>. Между тѣмъ германскій законъ и мотивы признають присяжныхъ за *исключительными*, единственными судей *всего* вопроса о виновности<sup>3)</sup>.

Таково же, въ всякаго сомнѣнія, отношеніе къ этому вопросу и *австрійскаю* устава угол. судопр. 1873 г., § 318 котораго предписываетъ, между прочимъ, включать въ главный вопросъ присяжнымъ «особенныя обстоятельства дѣянія по мѣсту, времени, предмету и т. д. на сколько это необходимо для *ясственнаго обозначенія дѣянія* или для рѣшенія по искамъ о вознагражденіи»<sup>4)</sup>. Итакъ, если не принимать въ расчетъ случайной, побочной для уголовного процесса цѣли конкретизированія, то единственной цѣлью послѣдняго по австрійскому праву

<sup>1)</sup> См., напр., Schwarze, Commentar zu der Deutschen Strafprocessordnung, № 5 ad § 293, стр. 457.

<sup>2)</sup> Löwe, Die Strafprocessordnung für das Deutsche Reich, Note, 13 b. ad § 293. стр. 688; также Н. Meyer, Handbuch Holtzendorff's, II, стр. 163—164.

<sup>3)</sup> Ср. сказанное выше о миссіи присяжныхъ въ Германіи; также § 81 закона о судоустройствѣ и «Motive des Entwurfs» etc., стр. 173—174.

<sup>4)</sup> ...«Hiebei sind... die besonderen Umstände der That nach Ort, Zeit, Gegenstand u. s. w., soweit beizufügen, als dies zur deutlichen Bezeichnung der That oder für die Entscheidung über die Entschädigungsansprüche nothwendig ist».

является установленіе *тождества* дѣянія. Такъ понимаютъ предписанія австрійскаго устава угол. судопр. и тамошніе комментаторы<sup>1)</sup>).

Намъ остается сказать въ заключеніе о положеніи этого вопроса у насъ, въ Россіи.

Нѣтъ никакого сомнѣнія въ томъ, что въ вопросы присяжнымъ и у насъ необходимо включать столько конкретныхъ фактовъ, сколько нужно для установленія тождества дѣянія, хотя это требованіе *explicite* не выражено въ законѣ.

Въ самомъ дѣлѣ, на основаніи сказаннаго нами раньше о миссіи нашихъ присяжныхъ, ихъ вердиктъ является окончательнымъ рѣшеніемъ *всѣхъ тѣхъ* предметовъ, которые входятъ въ вопросъ о виновности подсудимаго въ известномъ преступленіи. Вердиктъ этотъ есть поетому *часть приговора*, на которою суду коронному остается установить другую часть, трактующую о наказаніи и другихъ послѣдствіяхъ виновности подсудимаго. А если такъ, то въ вердиктѣ, слѣдовательно, и въ вопросѣ присяжнымъ должно заключаться все<sup>2)</sup> то, что находится въ соответствующей части приговора. Отсюда же и въ виду 21 и 22 статей устава угол. судопр., вопросъ присяжнымъ долженъ заключать въ себѣ тѣ конкретные факты, которые индивидуализируютъ дѣяніе, устанавливая его тождество. Мы имѣемъ здѣсь въ виду возможный случай, когда, напр., оправданный подсудимый при позднѣйшемъ обвиненіи его въ другомъ преступленіи того же вида, что и первое, предъявить т. н. *exceptio rei judicatae*. Уже въ виду такой возможности приговоръ по первоначальному обвиненію долженъ заключать *всѣ* данныя для сужденія о правильности такого отвода.

Такъ, въ сущности, смотрять на дѣло какъ наши писатели<sup>3)</sup>, такъ и судебная практика<sup>4)</sup>. Обыкновенно въ вопросахъ фигурируетъ обозначеніе личности подсудимаго (по званію, имени, отчеству, фамиліи или прозвищу и возрасту), далѣе — мѣсто,

<sup>1)</sup> См. Mitterbacher und Neumayer, Erläuterungen zur Strafprocess-Ordnung vom 23 Mai 1873, Graz, 1874, стр. 702 и сл.

<sup>2)</sup> Кроме, конечно, мотивовъ рѣшенія.

<sup>3)</sup> Буцковскій, о приговорахъ, стр. 68 и сл.; Селитренниковъ, I. с. стр. 47 и слѣд.

<sup>4)</sup> См. у Селитренникова, I. с.



время совершенія преступленія, лице, противъ котораго было направлено преступное дѣяніе. Нельзя, однако, какъ въ виду отсутствія категорическаго требованія нашего закона, такъ и по теоретическимъ соображеніямъ, изложеннымъ ранѣе, настаивать<sup>1)</sup> на томъ, что въ вопросѣ *непремѣнно* должны фигурировать всѣ вышеуказанныя данныя. Иногда время, иногда мѣсто преступленія могутъ быть указаны весьма неопредѣленно, иногда въ вопросѣ можетъ вовсе отсутствовать указаніе на мѣсто совершенія, и тѣмъ не менѣе, при посредствѣ другихъ конкретныхъ обстоятельствъ, дѣяніе вполне индивидуализировано.

---

---

<sup>1)</sup> Какъ это, однако, дѣлаетъ покойный Буцковскій, 1. с., стр. 73—74.

## ОГЛАВЛЕНИЕ.

|                                                                                                                                                | Стр.    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| Предисловіе.. . . .                                                                                                                            |         |
| Введеніе. Необходимость постановки присяжнымъ вопросовъ. . .                                                                                   | 7— 15   |
| <b>ЧАСТЬ ПЕРВАЯ. Содержаніе вопросовъ.</b>                                                                                                     |         |
| Отдѣленіе первое. Общія начала распредѣленія функций между присяжными и профессиональнымъ элементомъ суда.                                     |         |
| Глава I. Миссія присяжныхъ и профессиональныхъ судей по англійскому праву . . . . .                                                            | 16—47   |
| Глава II. Вопросъ о миссії присяжныхъ во Франціи . . . . .                                                                                     | 47—55   |
| Глава III. Миссія присяжныхъ въ Германіи и Австріи. . . . .                                                                                    | 55—76   |
| Глава IV. Русское дѣйствующее право и литература по вопросу о призваніи присяжныхъ . . . . .                                                   | 76—109  |
| Отдѣленіе второе. Точнѣйшее опредѣленіе содержанія вопросовъ, предлагаемыхъ присяжнымъ.                                                        |         |
| Глава I. Содержаніе вопроса о виновности, въ отличіе отъ вопроса о наказаніи, по началамъ теоріи и по иностраннымъ законодательствамъ. . . . . | 110—131 |
| Глава II. Граница между вопросами о виновности и наказаніи по русскому праву . . . . .                                                         | 131—146 |
| Отдѣленіе третье. Вопросъ о виновности въ его абстрактно-правовой и конкретно-фактической частяхъ.                                             |         |
| Глава I. Абстрактно-правовая часть вопроса о виновности по началамъ теоріи и по положительному праву. . . . .                                  | 147—158 |
| Глава II. Конкретно-фактическая часть вопроса о виновности (конкретизированіе, специализированіе) . . . . .                                    | 158—185 |