ОТНОШЕНІЕ

ПРИГОВОРА КЪ ОБВИНЕНІЮ.

Уголовно-юридическое изслѣдованіе

Мануила Немировскаго,

приватъ-доцента Императорскаго Новороссійскаго Университета.

ОДЕССА.

«Экономическая» типографія, улица Жуковскаго, 43.

1906.

Печатано по постановленію Совѣта Императорскаго Новороссійскаго Университета.

Ректоръ *И. М. Занчевскій.*

МГСПА Библиотека Юрид. Наук

1946

Библиотека Краснодарского учебно-педагогического института издательства

Посвящается моей дорогой тетѣ

Эрнестинѣ Михайловнѣ

Португаловой.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стр.

ВВЕДЕНІЕ I

Глава I.

Историческій очеркъ.

Отношеніе приговора къ обвиненію въ древнемъ Римѣ, въ особенности въ quaestiones perpetuae. Неизмѣнность обвиненія въ древнегерманскомъ и англо-норманскомъ процессѣ. Предметъ приговора, по взглядамъ итальянскихъ юристовъ. Предметъ приговора въ инквизиціонномъ процессѣ. Inquisitio generalis и specialis и artikuliertes Verhör. Предметъ процесса и приговора къ началу XIX в. 5

Глава II.

Англійское право.

Окончательная формулировка обвиненія въ обвинительномъ актѣ и соблюдаемыя при этомъ правила. Принципъ неизмѣнности окончательно формулированнаго обвиненія. Отступленія отъ этого принципа, допускаемыя практикою. Законъ 1851 г. и исправленіе обвиненія (amendment). Другія отступленія отъ принципа неизмѣнности обвиненія, допущенныя этимъ и другими законами. Недостаточность этихъ отступленій и примѣняемые въ англійскомъ правѣ другіе способы привести обвиненіе въ соотвѣтствіе съ данными, обнаруженными на судебномъ слѣдствіи: 1) эвентуальные пункты обвинительныхъ актовъ; относящіяся сюда правила и въ особенности принципъ тожества; значеніе эвентуальныхъ пунктовъ; 2) новое преслѣдованіе за то же дѣяніе съ иной квалификаціей: принципъ «no bis in idem» въ англо-американскомъ и шотландскомъ правѣ (pleas of autrefois acquit и of autrefois convict). Обстоятельства, вліявшія на образованіе англійской системы, и тенденція къ смягченію ея, наблюдаемая въ Англіи. 31

II

Глава III.

Французское и Итальянское право.

Стр.

Окончательная формулировка обвиненія во Франціи. Отношеніе обвинительнаго акта къ опредѣленію о преданіи суду. Отношеніе вопросовъ, предлагаемыхъ на разрѣшеніе присяжныхъ, къ обвиненію, согласно Code d'instr. crim. Распространительное толкованіе, принятое практикой и доктриной, и основанія го. Попытки найти границу допустимыхъ и недопустимыхъ измѣненій обвиненія въ рѣшеніяхъ кассаціоннаго суда и въ доктринѣ. Неудовлетворительность этихъ попытокъ, вслѣдствіе неопредѣленности понятія «другое дѣяніе, другое преступленіе». Права суда и сторонъ при постановкѣ субсидіарныхъ вопросовъ. Отношеніе къ интересамъ защиты. Факультативность субсидіарныхъ вопросовъ и связь ея съ объемомъ res judicata: взглядъ кассаціоннаго суда и мнѣнія во французской литературѣ уголовнаго процесса. Ограниченное значеніе принципа «ne bis in idem», по рѣшеніямъ кассаціоннаго суда, и неустойчивость послѣдняго въ этомъ вопросѣ. Измѣненіе обвиненія въ судахъ безъ присяжныхъ. — Итальянское право: черты сходства и особенности его сравнительно съ французскимъ 82

Глава IV.

Партикулярныя нѣмецкія законодательства.

Общая характеристика постановленій этихъ законодательствъ, касающихся отношенія приговора къ обвиненію, и особенности ихъ сравнительно съ французскимъ правомъ. Особое значеніе Прусскаго законодательства. Предметъ приговора, согласно постановленіямъ этого послѣдняго; понятія: «дѣяніе» и «сопровождающія обстоятельства». Отсрочка засѣданія и «Vorbehalt». Отличіе «Vorbehalt» отъ французскаго «réserve» 150

Глава V.

Германское право.

Опредѣленіе объ открытіи судебнаго слѣдствія и обвинительный актъ. Отношеніе приговора къ обвиненію, по уставу угол. суд. 1-го февраля 1877 г.: дѣяніе, какъ предметъ слѣдствія и приговора; мотивы закона; общее условіе допустимыхъ измѣненій обвиненія—сохраненіе тожества дѣянія. Понятіе: «тожество дѣянія» въ германской судебной практикѣ и процессуальной литературѣ; реальная совокупность, какъ граница, до которой сохраняется тожество. Случаи юриди-

Стр.

ческаго *единства*. Вліяніе измѣненія обвиненія на содержаніе принципа: «ne bis in idem». Значеніе юридическихъ и фактическихъ препятствій измѣненію обвиненія. Условія, съ которыми связывается въ германскомъ правѣ измѣненіе обвиненія: предупрежденіе подсудимаго и отсрочка разбирательства. Значеніе этихъ мѣръ въ судебной практикѣ. Условія распространенія приговора на другое вновь обнаруженное дѣяніе. Измѣненіе обвиненія въ судѣ присяжныхъ. Измѣненіе обвиненія при заочномъ разбирательствѣ 166

Глава VI.

Законодательства Австрійское, Норвежское и Венгерское.

Отношеніе приговора къ обвиненію, по уставу угол. суд. 23 мая 1873 г. Мотивы относящихся сюда постановленій. Тожество дѣянія въ австрійской судебной практикѣ. Условія, съ которыми связывается измѣненіе обвиненія. Сравненіе австрійскаго законодательства съ германскимъ. Права сторонъ при постановкѣ эвентуальныхъ вопросовъ. Отношеніе приговора къ обвиненію въ Норвежскомъ и Венгерскомъ законодательствахъ 238

Глава VII.

Вопросъ объ отношеніи приговора къ обвиненію въ наукѣ уголовнаго процесса.

Теорія принципіальной неизмѣнности обвиненія и ея представители: Цахаріе, Планкъ и Гейеръ. Промежуточныя теоріи: а) Миттермайера, б) Гуго Мейера, в) Газенбальга, г) Бара. Теорія, допускающая *всякое* измѣненіе обвиненія при сохраненіи тожества дѣянія, и ея представители: а) на почвѣ слѣдственнаго и смѣшаннаго процесса: Биперъ и Гольдтаммеръ; б) на почвѣ обвинительнаго процесса: Герау, Віарда, Штеллингъ и Глазеръ. Теорія, выдвигающая формальное условіе: исправленіе обвиненія обвинителемъ (Штеллингъ).—Современное положеніе вопроса въ наукѣ. 258

Глава VIII.

Отношеніе приговора къ обвиненію de lege ferenda.

Итоги предыдущаго изложенія. Необходимость обратиться къ анализу сущности обвинительнаго процесса. Обвинительный процессъ, по взгляду Планка. Значеніе въ этой теоріи обвинительнаго принципа. Оправдываются ли исходной точкой зрѣнія выводы Планка и примыкающихъ къ нему процессуалистовъ относительно неизмѣнности

Стр

обвиненія, а также промежуточныя теоріи? Выводъ, дѣйствительно соотвѣтствующій этому взгляду на обвинительный процессъ. Другая точка зрѣнія на этотъ послѣдній. Непріемлемость взгляда Планка на обвинительный принципъ. Дѣйствительное значеніе послѣдняго. Вліяніе на природу уголовнаго процесса матеріальнаго правоотношенія и значеніе принципа оффиціальнаго, принциповъ неизмѣнности (Immutabilitätsprinzip), матеріальной истины и инструкціоннаго. Вліяніе этихъ принциповъ на взаимное положеніе суда и сторонъ. Самодѣятельность суда въ выясненіи дѣла и, какъ слѣдствіе ея, право суда уклоняться отъ формулированнаго обвинителемъ обвиненія. Согласимость такой дѣятельности суда съ природой обвинительнаго процесса. Сравненіе съ гражданскимъ процессомъ новѣйшаго времени. Причины ограниченія допустимыхъ измѣненій предѣлами того же дѣянія и характеръ распространенія приговора на другое дѣяніе: матеріальное правоотношеніе, какъ предметъ уголовнаго иска; сущность этого отношенія. Выводы отсюда для опредѣленія понятія «то же дѣяніе». Границы тожества при обстоятельствахъ, дополняющихъ и замѣняющихъ факты, приведенные въ обвиненія. Права сторонъ при измѣненіи обвиненія. Обязанность увѣдомленія (Informationspflicht) и ея слѣдствія 291

Глава IX.

Русское право.

Отношеніе приговора къ обвиненію въ мировыхъ учрежденіяхъ. Формулировка обвиненія въ обвинительномъ актѣ въ общихъ судебныхъ мѣстахъ. Исправленіе неполноты и неточностей обвиненія при постановкѣ вопросовъ. Права сторонъ и суда при постановкѣ вопросовъ. Предѣлы допустимыхъ измѣненій обвиненія по Уставу Угол. Суд.; взгляды въ литературѣ русскаго уголовнаго процесса и въ судебной практикѣ. Мѣры, съ которыми связано измѣненіе обвиненія въ русскомъ правѣ. Значеніе юридическихъ препятствій ко всесторонней оцѣнкѣ дѣянія. Принципъ «ne bis in idem» въ русскомъ правѣ. Отношеніе приговора къ обвиненію въ Проектѣ новой редакціи Уст. Угол. Суд. 352

ВВЕДЕНІЕ.

Въ инквизиціонномъ процессѣ приговоръ обнимаетъ все то, что установлено слѣдствіемъ противъ лица, къ нему привлеченнаго, слѣдствіе же, начинаясь по слухамъ, извѣту, доносу и т. п., не имѣетъ опредѣленной основы и можетъ простираться далеко за предѣлы фактовъ, давшихъ ему начало, хотя и въ процессѣ этого типа возможно проведеніе какой-либо границы въ этомъ отношеніи въ интересахъ цѣлесообразности слѣдственной дѣятельности. Во всякомъ случаѣ здѣсь нѣтъ обвиненія въ формальномъ смыслѣ, т. е. обращеннаго къ суду требованія управомоченнаго на это лица о признаніи за государствомъ по отношенію къ опредѣленному индивиду (обвиняемому) права наказанія, уголовнаго права, въ субъективномъ смыслѣ, вытекающаго изъ преступнаго дѣянія. Напротивъ, наличность такого обвиненія есть необходимое условіе процесса обвинительнаго типа: окончательно формулированное на основаніи матеріала, собраннаго въ предварительной стадіи производства, обвиненіе предъявляется на разрѣшеніе суда и служитъ основой главнаго производства, судебнаго слѣдствія, которое и представляетъ собою судебный процессъ въ истинномъ его значеніи [1]) и которое въ свою очередь является основаніемъ приговора.

---

[1]) «Уголовный процессъ въ тѣсномъ смыслѣ», по выраженію Kries'a (Lehrbuch des Deutschen Strafprocessrechts. Freiburg. 1892 г., стр. 4). Процессъ въ широкомъ смыслѣ обнимаетъ и предварительное производство и исполненіе приговора (ibid., стр. 2). См. также Bennecke und Beling. Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprocessrechts. Breslau. 1900 г., § I—IV.

Въ обвинительномъ процессѣ и получаетъ особенную важность вопросъ объ отношеніи приговора къ обвиненію, такъ какъ предметъ послѣдняго даже послѣ окончательной формулировки можетъ измѣниться [1]), выступить съ другимъ фактическимъ содержаніемъ и съ другимъ юридическимъ характеромъ, вслѣдствіе выясненія съ каждымъ дальнѣйшимъ шагомъ по пути процессуальнаго изслѣдованія новыхъ, прежде неизвѣстныхъ или оставленныхъ безъ вниманія, моментовъ. Если, напримѣръ, на первыхъ порахъ казалось, что совершено было присвоеніе, то, при дальнѣйшемъ ходѣ изслѣдованія, можетъ обнаружиться, что переходъ имущества отъ собственника во владѣніе обвиняемаго былъ результатомъ обмана и что въ дѣйствительности совершено мошенничество, можетъ сверхъ того оказаться, что, съ цѣлью вызвать у собственника заблужденіе, обвиняемымъ были представлены подложные документы, или что и составлены они имъ же. Спрашивается, какъ далеко распространится задача судьи въ начатомъ процессѣ, подвергнетъ-ли онъ своему обсужденію, сдѣлаетъ-ли предметомъ слѣдствія и приговора всѣ эти факты, обосновывающіе вину обвиняемаго, во всемъ ихъ объемѣ и всемъ ихъ юридическомъ значеніи, или же только часть ихъ, или же ограничится тѣми фактами, которые изложены въ окончательно формулированномъ обвиненіи, и оцѣнитъ ихъ только съ точки зрѣнія того уголовнаго закона, который нарушенъ, по мнѣнію обвинителя, разрѣшитъ такимъ образомъ, есть ли то именно уголовное право (въ субъективномъ смыслѣ), на кото-

---

[1]) До момента предъявленія суду собственно нельзя говорить объ обвиненіи (см. Beling—l. c., стр. 241), хотя положительное право иногда называетъ этимъ терминомъ предложеніе обвинителя о производствѣ предварительнаго слѣдствія (напр., германскій Уст. Уг. Суд.). Вопросъ объ измѣненіяхъ такого, еще не окончательно формулированнаго, обвиненія не представляетъ однако затрудненій; обвинительному процессу онъ является даже чуждымъ, и, если положительное право (напр., германское) запрещаетъ иногда распространять предварительное слѣдствіе на другое дѣяніе безъ предложенія прокурора, то этотъ запретъ далеко не имѣетъ того значенія, которое имѣетъ подобный же запретъ относительно распространенія *приговора* на другое дѣяніе, и предложеніе прокурора по поводу обнаруженнаго слѣдователемъ дѣянія сводится къ простой формальности. (См. Kries въ Zeitschrift f. d. gesamte. Strafrechtswissenschaft, т. IX, стр. 78—80).

ромъ настаивалъ обвинитель, предъявляя суду свой уголовный искъ?

Этотъ вопросъ объ отношеніи приговора къ обвиненію или о предѣлахъ измѣненія предмета послѣдняго (Anklageänderung), тѣсно связанный съ сущностью обвинительнаго процесса, съ опредѣленіемъ роли сторонъ и суда въ послѣднемъ, а также оказывающій рѣшительное вліяніе на объемъ res judicata, законной силы приговора, признается въ наукѣ и практикѣ однимъ изъ самыхъ спорныхъ и трудныхъ [1]). Въ различныя эпохи и различными законодательствами онъ разрѣшался далеко не одинаковымъ образомъ. Въ исторіи мы встрѣчаемся съ двумя крайними его разрѣшеніями: она знаетъ и полную неизмѣнность предмета обвиненія, и доходящую до самыхъ широкихъ размѣровъ измѣняемость его при переходѣ, впрочемъ, къ слѣдственному типу процесса, когда обвиненіе смѣнилось розыскомъ и когда можно говорить собственно объ измѣненіяхъ не обвиненія, а первоначальнаго предмета слѣдствія. Въ положительномъ правѣ современныхъ государствъ уже нѣтъ этихъ крайнихъ точекъ зрѣнія, но и оно представляетъ пеструю картину постановленій, болѣе или менѣе удаляющихся отъ крайнихъ точекъ. Наименьшія уклоненія приговора отъ обвиненія встрѣчаемъ мы въ Англіи, наибольшія въ Германіи, къ системѣ которой близки, опять-таки не въ одинаковой мѣрѣ, Австрійское, Венгерское и Норвежское право; среднее положеніе занимаютъ Франція, Италія и большинство нѣмецкихъ партикулярныхъ законодательствъ, дѣйствовавшихъ до объединенія ихъ въ общеимперскомъ Уставѣ Угол. Суд. (1877 г.).

---

[1]) См. напр. Löwe—№ 1 къ § 263 Strafprocessordnung für das Deutsche Reich (изд. 11-е); Glaser въ Gerichtssaal, т. 36, стр. 151, прим. 55 въ началѣ; Случевскій—Учебникъ, изд. 2-е, стр. 612; Mitterbacher und Neumayer. Erläuterungen zur Strafprocessordnung v. 23 Mai 1873. Graz, стр. 531. «Извѣстно, говоритъ онъ, что ни одинъ вопросъ въ наукѣ не такъ споренъ, въ своемъ разрѣшеніи не такъ труденъ, въ своихъ слѣдствіяхъ не такъ важенъ, какъ вопросъ, можетъ ли, при какихъ обстоятельствахъ и въ какомъ объемѣ окончательный приговоръ отступать отъ основы судебнаго слѣдствія (обвинительнаго акта, опредѣленія о преданіи суду)». Въ томъ же смыслѣ мотивы австрійскаго устава 23 мая 1873 г.: «eine der wichtigsten und schwierigsten Fragen des Strafprocessrechts». (См. Kaserer, X, ч. 2, стр. 68).

Мы разсмотримъ тѣ немногія данныя, которыя можно найти по нашему вопросу въ исторіи процесса, устанавливающія связь крайнихъ и противоположныхъ точекъ зрѣнія съ крайними отжившими формами уголовнаго судопроизводства—чисто обвинительной и инквизиціонной—и поучительныя поэтому и для настоящаго времени; разсмотримъ затѣмъ положенія дѣйствующихъ законодательствъ, въ ихъ типичныхъ представителяхъ, а также судебной практики, развивавшей эти положенія и вліявшей на созданіе новыхъ процессуальныхъ нормъ; далѣе,—какъ разрѣшаетъ нашъ вопросъ наука уголовнаго процесса; и постараемся опредѣлить, путемъ анализа этого матеріала, каково должно быть, на нашъ взглядъ, наиболѣе правильное разрѣшеніе этого вопроса; наконецъ, примѣнимъ полученные выводы къ оцѣнкѣ русскаго дѣйствующаго права въ этой области и той реформы, которая произведена здѣсь Проектомъ новой редакціи Устава Уголовнаго Судопроизводства.

ГЛАВА I.

Историческій очеркъ.

Отношеніе приговора къ обвиненію въ древнемъ Римѣ, въ особенности въ quaestiones perpetuae. Неизмѣнность обвиненія въ древне-германскомъ и англо-норманскомъ процессѣ. Предметъ приговора, по взглядамъ итальянскихъ юристовъ. Предметъ приговора въ инквизиціонномъ процессѣ. Inquisitio generalis и specialis и artikuliertes Verhör. Предметъ процесса и приговора къ началу XIX в.

Первый періодъ въ исторіи римскаго уголовнаго процесса, до появленія quaestiones perpetuae, характеризуется почти полнымъ отсутствіемъ твердыхъ процессуальныхъ нормъ [1]), и по вопросу объ измѣняемости предмета обвиненія напрасно было-бы искать въ это время законоположеній или принциповъ, опредѣляющихъ ея предѣлы. И въ магистратскомъ процессѣ, и въ судѣ комицій формулировалось, въ чемъ то или другое лицо обвиняется [2]), но при той обширной власти, которую въ началѣ имѣлъ римскій магистратъ [3]) и которая позже умѣрялась правомъ провокаціи на его приговоры къ комиціямъ, а также при томъ смѣшеніи функцій законодательства и суда, которое столь характерно для комицій и которое позволяло имъ, творя судъ, не подчиняться закону, а нерѣдко тутъ же, по поводу даннаго дѣла, реформировать послѣдній, можно сказать съ значительной

---

[1]) Mommsen—Römisches Strafrecht. Leipzig, 1899 г. стр. 340 («legalisirte Formlosigkeit»).

[2]) Mommsen—op. cit., стр. 165. Geib—Geschichte des Römischen Criminalprocesses. Leipzig, 1842 г., стр. 22—24.

[3]) Mommsen—стр. 204 («comitiale, magistratische Omnipotenz»).

степенью достовѣрности, что допускалось неограниченное измѣненіе обвиненія: осужденіе могло послѣдовать за преступленіе иного рода и даже за новое, обнаружившееся на судѣ дѣяніе, кромѣ того, которое первоначально было возведено на обвиняемаго [1]). Могло быть измѣнено и то наказаніе, которое угрожало ему по первоначальному обвиненію [2]).

Но это положеніе совершенно измѣнилось съ появленіемъ quaestiones perpetuae [3]), когда для различныхъ преступленій были изданы свои особые законы, касавшіеся въ то же время и порядка преслѣдованія за предусмотрѣнныя въ этихъ законахъ дѣянія. Для каждой категоріи ихъ существовало особое судилище (quaestio), которое было компетентно только для разрѣшенія дѣлъ, возникавшихъ по поводу этихъ именно преступленій [4]).

Уже въ самомъ началѣ процесса опредѣлялся предметъ судебнаго изслѣдованія, именно, когда приносилась обвинителемъ жалоба (nominis delatio), которая заявлялась на словахъ и заносилась преторомъ въ протоколъ [5]), или же въ письменной формѣ, въ прошеніи, называвшемся «libellus». Объ обычаѣ при-

---

[1]) Mommsen—op. cit., стр. 171.

[2]) Mommsen—op. cit., стр. 166, Geib—op. c., стр. 117. Напротивъ, по мнѣнію Zumpt'a (Der Criminalprocess der Römischen Republik. Leipzig. 1871 г., стр. 204), мѣра наказанія, примѣненія которой требовалъ въ комиціяхъ магистратъ, не могла быть измѣнена.

[3]) Первая quaestio относится къ 605 г. ab. urbe cond., позже ихъ насчитывалось одиннадцать.

[4]) «Такъ какъ все уголовное право и весь уголовный процессъ, говоритъ Geib (op. cit., стр. 361), собственно распались на столько отдѣльныхъ уголовныхъ кодексовъ и отдѣльныхъ уставовъ уголовнаго судопроизводства, сколько только было вообще различныхъ законовъ и, вслѣдствіе этого, различныхъ quaestiones perpetuae, то само собою понятно, что каждый судъ могъ высказаться только о томъ, нарушенъ ли именно его уголовный кодексъ, т. е. спеціальный законъ, поддержаніе котораго ему было поручено».

[5]) Это технически называлось inscriptio, а подпись обвинителя subscriptio. Zumpt (op. cit., 145 стр. и слѣд.) полагаетъ, что занесеніе въ протоколъ словесной жалобы относится къ императорскому періоду, а первоначально жалоба приносилась всегда въ письменной формѣ. Но, по мнѣнію Mommsen'a (op. cit. 385 стр., пр. 1), libellus и inscriptio иногда смѣшивались, и эти термины употреблялись одинъ вмѣсто другого. См. также объ этомъ Birnbaum—Neues Archiv des Criminalrechts, IX (1827 г.), 3; стр. 360.

несен'я письменныхъ жалобъ говоритъ философъ Сенека [1]) («qui deferebant, libello id faciebant atque ei subscribebant»), а юристъ Павелъ [2]) приводитъ и форму этого «libellus»: «Libellorum inscriptionis conceptio talis est. Consul et dies. Apud illum Praetorem vel Proconsulem Lucius Titus professus est se Maeviam lege Iulia de adulteriis ream deferre: quod dicat eam cum Gajo Seio in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis adulterium commisisse». Такимъ образомъ, въ жалобѣ указывалось юридическое основаніе обвиненія; кромѣ того приводились вкратцѣ и факты, въ которыхъ осуществилось данное преступленіе [3]).

Эти указанія были необходимы, какъ для выясненія того, подсудно ли дѣяніе данному суду, данной quaestio, такъ и для допроса обвиняемаго преторомъ – «interrogatio», когда первому предлагался вопросъ, признаетъ ли онъ себя виновнымъ во взводимомъ на него обвинителемъ дѣяніи [4]). Благодаря этому, процессъ сызначала получалъ прочное основаніе, предметъ обвиненія опредѣлялся, какъ предметъ иска при litis contestatio въ гражданскихъ дѣлахъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ обозначалось, противъ чего

---

[1]) Senecae philosophi opera omnia. Lib. III, cap. 26 (De beneficiis).

[2]) L. 3, pr. D. de accusat. (48,2).

[3]) Mommsen—стр. 385, пр. 4, напримѣръ: «edit subscriptionem, occisos senatores XXXV». Zumpt—op. c., 150 стр. Послѣдній однако заходитъ слишкомъ далеко, полагая, что въ письменной жалобѣ необходимо было употреблять выраженія закона. Zumpt указываетъ на l. 3,3 Dig. XLVIII, 2: «Sed et si aliud crimen objiciat, veluti quod domum suam praebuerit, ut stuprum mater familias pateretur; quod alterum deprehensum dimiserit, quod pretium pro comperto stupro acceperit et si quid simile, id ipsum libellis comprehendendum erit. Но слова «id ipsum» могутъ означать не тѣ же выраженія, а вообще изображеніе состава взводимаго дѣянія. См. также Rosshirt въ Neues Archiv des Criminalrechts, XI, 3, стр. 389.

[4]) Zumpt—op. cit. 175 и слѣд., Mommsen—op. c., стр. 388, Geib—op. c., 273, Zachariae—Handbuch des Deutschen Strafprozesses. Göttigen 1860—1868, т. I, стр. 101. Что допросъ производился объ *опредѣленномъ* преступленіи, есть достаточно доказательствъ въ источникахъ: «Capitonem repetundarum interrogant», говоритъ Тацитъ (Annalium lib. XVI, 21). «P. Autronius et P. Sulla legibus ambitus interrogati»... (Sallustius—De conjuratione Catilinae, c. XVIII).

должна будетъ направить свои усилія защита. «Reis suis, говоритъ тотъ же римскій юристъ Павелъ, edere crimina accusatores cogendi sunt, scire enim oportet, quibus sint criminibus responsuri [1]).

Если при производствѣ дѣла открывалось, что дѣяніе, совершенное обвиняемымъ, не подходитъ подъ тотъ уголовный законъ, подъ который его подвелъ обвинитель и нарушенія котораго составляли предметъ вѣдомства данной quaestio, то должно было послѣдовать оправданіе обвиняемаго. Такъ, Марій Антоній Феррацій, по поводу толкованія одного мѣста въ рѣчи Цицерона «Pro Cluentio», уличаетъ одного изъ комментаторовъ въ ошибкѣ, заключающейся въ томъ, что послѣдній допускаетъ возможность осужденія въ quaestio perpetua не за преступленіе, давшее начало уголовному преслѣдованію, а за другое: «peccat... quod putet quempiam alio crimine damnari potuisse, quam quo accusaretur», говоритъ Феррацій и продолжаетъ: «Singuli praetores suas habent quaestiones, eorumque jurisdictio una illa lege continebatur secundum quam judicia exercebant, ut is qui de repetundis quaerebat, nullo modo damnare posset Reum Majestatis. De Milone jam damnato lege Pompeja Pedianus: Milo postera die factus reus ambitus apud Manlium Torquatum absens damnatus est. post paucos dies apud Favonium Quaesitorem de sodalitiis; deinde apud L. Fabium Quaesitorem iterum absens damnatus est de vi» [2]). Задача защиты была достигнута, когда удавалось установить невиновность обвиняемаго въ дѣяніи, предусмотрѣнномъ тѣмъ закономъ, на которомъ основывалъ обвинитель свое обвиненіе: «Satis est, говорится въ Declamationes Квинтиліана, non esse me hac lege, qua deferor nocentem... neque enim est quaerendum apud vos, an alio judicii genere damnari possim» [3]). Не допускался переходъ даже къ родственному преступленію, если оно не подходило подъ тотъ законъ, согласно съ которымъ было формулировано обвиненіе, при подачѣ жалобы, и нарушеніе котораго единственно входило въ кругъ вѣдомства данной quaestio. Цицеронъ въ сочиненіи «De

---

[1]) Mommsen—op. cit., 385 стр. Rosshirt—l. c., 390 стр., прим. 26.

[2]) Ferratius Marius Antonius — Epistolarum libri sex. Venetiis MDCCXXXVII. lib. I, epist. 7 ad Nob. N. N. de quaestionibus publicis.

[3]) См. Geib—op. c., стр. 361, 362, пр. 376.

inventione rhetorica» [1]) разсматриваетъ случай, гдѣ жалоба говорила объ отравленіи, но subscriptio поставляла обвиняемому въ вину отцеубійство, и весь процессъ получилъ невѣрное направленіе, какъ обвиненіе въ parricidium въ соотвѣтствующей quaestio («quum veneficii cujusdam nomen esset delatum et quia parricidii causa subscripta esset, extra ordinem esset acceptum»...). Осужденіе могло поэтому состояться только за отцеубійство, хотя-бы смерть *отца* не была доказана, и наказаніе должно было послѣдовать именно за это преступленіе—смертная казнь, что Цицеронъ признаетъ несправедливымъ (за veneficium назначалась ссылка—deportatio) и совѣтуетъ защитнику остановиться подольше на этомъ обстоятельствѣ, какъ благопріятномъ для оправданія. Такимъ образомъ, въ силу того принципа римскаго уголовнаго права республиканской эпохи, что damnatio est judicium, poena legis, т. е. въ силу необходимости для суда примѣнить наказаніе, установленное закономъ, а съ другой стороны, вслѣдствіе невозможности для какой-либо quaestio perpetua примѣнить законъ иной, чѣмъ тотъ, къ поддержанію котораго она была призвана, исходъ былъ одинъ—оправданіе обвиняемаго [2]), хотя бы было установлено, что совершено другое преступленіе, напр.: не veneficium, а parricidium, хотя оба они суть виды убійства [3]).

При неизмѣнности обвиненія, интересъ обвинителя и го-

---

[1]) l. II, cap. XIX, 58 и 59.

[2]) «Ea igitur poena si affici reum non oporteat, damnari quoque non oportere, quoniam ea poena damnationem necessario consequatur», ib. (c. XIX, 59).

[3]) Zumpt—op. c., стр. 205, полагаетъ, что разсматриваемый Цицерономъ случай не могъ произойти въ judicium publicum, гдѣ оправданіе, при доказанности другого юридическаго характера дѣянія, было бы несомнѣнно и безъ ссылки на различіе въ наказаніи, и относитъ его ко времени до введенія суда присяжныхъ (quaestio) за parricidium, когда рѣшавшій дѣло магистратъ, въ случаѣ необходимости, переносилъ его въ комиціи. По Mommsen'у (op. c., 644), случай относится къ разбирательству въ судѣ присяжныхъ. Можно думать, что ссылка на несправедливость болѣе тяжкаго наказанія была, по мнѣнію Цицерона, хорошимъ способомъ защиты именно потому, что присяжные могли-бы признать обвиняемаго виновнымъ въ parricidium, чтобы не оправдывать только изъ-за того, что отпалъ квалифицирующій моментъ.

сударства въ наказаніи виновнаго обезпечивался возможностью новаго преслѣдованія того же лица за то же дѣяніе, въ которомъ это лицо было оправдано, съ иной квалификаціей. Такъ: Цицеронъ, обвиняя Верреса въ crimen repetundarum, говоритъ судьямъ, что не успокоится, пока не добьется осужденія Верреса, и, если послѣдній будетъ оправданъ въ repetundae, онъ, Цицеронъ, возбудитъ новый процессъ въ соотвѣтствующей quaestio, обвиняя сицилійскаго правителя въ peculatus; если ему и тамъ удастся ускользнуть отъ осужденія, то возбудитъ обвиненіе въ perduellio [1]).

Невозможно было также обвиненіе одновременно въ двухъ или нѣсколькихъ преступленіяхъ, поскольку данная quaestio не имѣла юрисдикціи о всѣхъ этихъ преступныхъ дѣяніяхъ [2]). «Una controversia est, говоритъ Квинтиліанъ, per se furti, per se adulterii, plures autem ejusdem generis, ut in pecuniis repetundis, aut diversi, ut si quis sacrilegii et homicidii simul accusetur, quod nunc in publicis judiciis non accidit, quoniam praetor certa lege sortitur»... [3]).

Ферраціи упоминаетъ, что «extra ordinem» слѣдствіе въ judicia publica (quaestiones) распространялось иногда и на другія преступленія (собственно дѣла, causae) и что о нихъ постановлялся приговоръ [4]), но подобные случаи представлялись исключительными, и Моммзенъ полагаетъ, что на практикѣ адвокаты иногда вторгались въ область преступленія, не бывшаго предметомъ обвиненія, и увлекали за собою и присяжныхъ—judices, но «по крайней мѣрѣ юридически, приговоръ, долженъ ограничиваться указаннымъ въ жалобѣ преступленіемъ». Кромѣ того, упоминаніе о другихъ преступленіяхъ, совершенныхъ обвиняе-

---

[1]) Cicero in Verrem Act. II, lib. I, cap. 5 и Griolet. De l'autorité de la chose jugée en matière civile et en matière criminelle. Paris. 1867 г., стр. 188. См. также Ciceronis Epistol. lib. 3, ad Q. F. R. Epist. IV, 1. и по поводу этого Ferratius—l. c.

[2]) Zumpt—204, напр.: судъ компетентенъ не только для рѣшенія о вымогательствѣ должностнымъ лицомъ денегъ, но и для рѣшенія вообще о преступленіяхъ по должности.

[3]) Quintiliani Institutionis oratoriae libri XII, lib. III, c. 10,1 (изд. Мейстера, 1886 г.).

[4]) Ferratius—l. c.

мымъ, дѣлалось обвинителемъ съ цѣлью ярче охарактеризовать личность перваго и тѣмъ усилить обвиненіе [1]). Именно такъ слѣдуетъ, по мнѣнію Гайба, понимать тѣ мѣста изъ сочиненій Цицерона, на которыя ссылается Феррацій въ подтвержденіе своего сейчасъ приведеннаго взгляда [2]).

Что касается *фактическихъ* измѣненій предмета обвиненія при судебномъ разбирательствѣ, не измѣнявшихъ юридическаго характера дѣянія, напримѣръ: уменьшенія суммы полученныхъ посредствомъ вымогательства денегъ, то такія измѣненія разрѣшались въ томъ же процессѣ [3]).

Въ императорскую эпоху Рима, по мѣрѣ распространенія экстраординарнаго процесса, судьѣ дается бо́льшая свобода и въ выборѣ наказанія, и въ изслѣдованіи событія, давшаго начало уголовному преслѣдованію, измѣненіе предмета обвиненія становится возможнымъ, и надо полагать, что оно не встрѣчаетъ никакихъ препятствій, такъ какъ процессъ все болѣе и болѣе усвоиваетъ слѣдственный характеръ и судья получаетъ право привлекать къ своему обсужденію факты по собственной инціативѣ, ex officio [4]). То соединеніе обвиненій въ нѣсколькихъ разнородныхъ дѣяніяхъ, которое, по свидѣтельству Квинтиліана, прежде не допускалось, становится обычнымъ въ нѣкоторыхъ категоріяхъ судовъ: «principum et senatus cognitionibus frequens est» [5]). У римскихъ авторовъ этой эпохи о такомъ по-

---

[1]) Mommsen—op. c., стр. 380, 204, пр. 2.

[2]) Geib—op. c., стр. 361, 362.

[3]) Zumpt--op. c., стр. 202, 203 (въ процессѣ Верреса). Для представленія доказательствъ по новому обстоятельству иногда допускался перерывъ засѣданія.

[4]) Geib—op. c., стр. 654, 655; Zumpt—op. c., стр. 205.

[5]) См. прим. 3 на стр. 10. См. также l. 9, C. de accusat. (IX, 2): «Si tamen ex eodem facto plurima crimina nascuntur et de uno crimine in accusationem fuerit deductus, de altero non prohibetur ab alio deferri. Judex autem super utroque crimine audientiam accomodabit; nec enim licebit ei separatim de uno crimine sententiam proferre, prius quam plenissima examinatio super altero quoque crimine fiet». См. Geib—655 стр Zachariae—op. c. II, 84, 85—полагаетъ, что совмѣстное разсмотрѣніе обвиненій не было необходимымъ, а только допускалось. Но текстъ l. 9 C. de accus. противорѣчитъ этому. Цитированный законъ относится къ случаямъ идеальной совокупности. При такъ называемой конкурренціи законовъ, l. 14 D. de accusat. (48,2) требо-

рядкѣ не разъ упоминается [1]), и эта именно кумуляція обвиненій въ одномъ производствѣ развила привычку судей въ экстраординарномъ процессѣ произвольно распространять его на всю дѣятельность обвиняемаго [2]). Иногда предметомъ приговора дѣлалась даже преступная дѣятельность другого лица, а не обвиняемаго, напр.: свидѣтеля, котораго изобличили въ ложномъ показаніи во время производства дѣла, или обвинителя: напр., мужа, жаловавшагося на прелюбодѣяніе жены, между тѣмъ какъ оказалось, что онъ самъ занимался сводничествомъ ея [3]).

валъ, чтобы обвиненіе основывалось на одномъ какомъ-либо изъ этихъ законовъ. См. Gieb—l. c., Zachariae—op. c. II, пр. 8 къ § 83, Mommsen—op. c. 890, 891 стр. Hefftter. Non bis in idem. Berlin. 1873 г., стр. 7. Иное толкованіе l. 14 D. de accus. у Савиньи—System d. heutigen Römischen Rechts. Berlin. 1841 г., V, 250, 251 стр.

[1]) См. напр., C. Plinius Caecilius Secundus—Epistolarum libri novem. Ed. Lipsiae (1870 г.), lib. VII, 6, 8, (стр. 185): мать убитаго обвиняетъ вольноотпущенниковъ одновременно въ подлогѣ и отравленіи. См. также у Тацита—Annalium lib. III, 38; IV, 21 и 52; II, 50. Mommsen (пр. 4 на 378 стр.) замѣчаетъ, что нельзя съ увѣренностью сказать, было ли въ этихъ случаяхъ предъявлено нѣсколько самостоятельныхъ обвиненій, или же Тацитъ говоритъ о мимоходомъ брошенныхъ упрекахъ еще и въ другихъ преступленіяхъ, кромѣ того, въ которомъ подсудимый обвинялся. Дѣйствительно Тацитъ, разсказывая, что Цезій Кардусъ обвинялся въ лихоимствѣ и въ crimen majestatis, прибавляетъ: «quod tum omnium accusationum complementum erat». Повидимому, прибавка имѣла цѣлью только усилить неблагопріятное для подсудимаго впечатлѣніе суда (III, 38). Но по поводу дѣла Пизона, обвинявшагося въ произнесеніи рѣчи противъ императора и въ томъ (adjecitque), что хранилъ дома ядъ и ходилъ въ курію вооруженнымъ, Тацитъ говоритъ: «ceterorum, quae multa cumulabantur, receptus est reus (IV, 21), т. е. receptio nominis—преданіе суду—касалось всѣхъ дѣяній.

[2]) Mommsen—op. c., стр. 378. Напротивъ Zachariae—op. c., I, 98 стр — полагаетъ, что распространеніе процесса на новое преступленіе судьею ex officio инквизиціонная идея, несвойственная римскому судопроизводству, такъ какъ сближеніе процесса экстраординарнаго съ инквизиціоннымъ ограничивалось, какъ и самъ этотъ процессъ, случаями общественной опасности. Ср. однако слѣд. примѣч. (3).

[3]) Zachariae — op. c. I, стр. 96 — 98, стр. 107, пр. 2. См. также Biener—Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprocesses. Leipzig. 1827 г., стр. 15.

Въ римскомъ правѣ, въ періодъ judicia publica, неизмѣнность обвиненія обусловливалась особенностями судоустройства, въ древне-германскомъ и англо-норманскомъ процессѣ она вытекала изъ сущности судопроизводства, представлявшаго значительныя отличія отъ римскаго. Римскій процессъ даже въ только что указанную эпоху, когда господствовало обвинительное начало и когда дѣятельность суда ограничивалась функціей рѣшенія, а движеніе дѣла находилось въ рукахъ обвинителя и обвиняемаго, несмотря на незначительное развитіе момента оффиціальности уголовнаго преслѣдованія, все же никогда не былъ проникнутъ частно-правовымъ характеромъ въ такой мѣрѣ, какъ процессъ древне-германскій, гдѣ порядокъ производства уголовныхъ и гражданскихъ дѣлъ въ теченіе долгаго времени отмѣченъ совершенно одинаковыми чертами, и римскій судья никогда не былъ въ той степени пассивнымъ зрителемъ процессуальныхъ дѣйствій, производимыхъ сторонами, въ какой судья древне-германскій. Это отличіе объясняется особенностями въ способахъ доказательствъ, примѣнявшихся въ каждомъ изъ этихъ процессовъ, и въ той конечной цѣли, къ которой каждый изъ нихъ былъ направленъ. Римскій судья постановлялъ свой приговоръ по внутреннему убѣжденію, къ которому онъ приходилъ на основаніи картины событія, развернувшейся передъ нимъ на судѣ, и дѣятельность сторонъ была направлена на то, чтобы повліять на это убѣжденіе приведеніемъ фактовъ, удостовѣряющихъ то или другое утверждаемое обстоятельство; однимъ изъ главныхъ средствъ для этого были показанія свидѣтелей. Любая рѣчь Цицерона показываетъ, что установленіе и анализъ отдѣльныхъ, часто мелкихъ, обстоятельствъ и группировка уликъ составляли задачу обвиненія и защиты, и результаты предлагались суду, какъ основы его убѣжденія и рѣшенія [1]). Напротивъ, германскій процессъ не заботится объ убѣжденіи судьи: истина не то, что представляется таковою судьѣ въ силу логическихъ выводовъ изъ установленныхъ фактовъ, а то, что при-

---

[1]) Римскіе судьи—ни предсѣдатель quaestio, ни judices — не вмѣшивались однако въ приведеніе доказательствъ. Это было дѣломъ сторонъ. Участіе судьи въ выясненіи дѣла относится только къ императорскому періоду. См. Mommsen—op. c. 421, 422 и пр. 2 ibid.

знаетъ истиною законъ, при соблюденіи извѣстныхъ, имъ преду смотрѣнныхъ условій [1]).

Весь процессъ запечатлѣнъ самымъ строгимъ формализмомъ. Уже въ самомъ началѣ какъ искъ, такъ и обвиненіе облекаются въ опредѣленную формулу, и она именно должна быть доказана. Въ правѣ англо саксовъ обвиненіе имѣло характеръ личныхъ исковъ, и для каждаго изъ нихъ существовала особая формула, какъ въ формулярномъ процессѣ древняго Рима [2]). Формулы, въ которыхъ замѣтно часто религіозное ихъ происхожденіе [3]), упоминаются и въ законахъ франковъ Салическихъ (въ lex Salica формула начиналась словами: «hic ego te tangano, ut»...) и Рипуарскихъ и декретахъ Тассилона: такъ, истецъ или обвинитель, что здѣсь безразлично, говоритъ: «Вы убили моего отца», «Вы похитили моего раба». Отвѣтъ обвиняемаго гласитъ: «я не убилъ вашего отца», «я не укралъ вашего раба» [4]). Зомъ, ссылаясь на Мальбергскую глоссу къ Салическому закону, находитъ даже, что истецъ долженъ былъ примѣнить техническія названія къ изложенію деликта, въ которомъ обвиняетъ отвѣтчика, къ требуемой буссѣ и къ отдѣльнымъ элементамъ состава: кражу должно было назвать «texaca», разбой—«charoenna», буссу въ 15 солидовъ — «Mannbusse», иначе процессъ былъ проигранъ; нельзя было сказать: «пятьдесятъ свиней», а нужно употребить слово «стадо» [5]). Употребленіе извѣстныхъ сакраментальныхъ словъ, подъ угрозой потери дѣла, требовалось и въ англо-норманскомъ правѣ: напримѣръ, при

---

[1]) I. Planck. Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. 1879 г. Braunschweig, т. II, стр. 2 и 3. См. также Brunner — Die Entstehung der Schwurgerichte. Berlin. 1872 г., 48, 49 стр. и Planck—Die Lehre von dem Beweisurtheil. Göttingen. 1848 г., стр. 60.

[2]) Glasson—Histoire du droit et des Institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre. Paris. 1882 г., т. III, 359—362.

[3]) Glasson—Histoire du droit et des Institutions de la France. Paris. 1889 г., т. III, 409, 410 стр.

[4]) Thonissen - L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi Salique. Bruxelles—Paris. 1882 г. (2-е изд.), стр. 421, 422, 428, 431. Такимъ образомъ, отвѣтъ опровергаетъ утвержденіе жалобщика слово за словомъ, во всей его цѣлости.

[5]) Sohm — Die altdeutsche Reichs-und Gerichtsverfassung. I. Die

appellum (жалобѣ въ тяжкомъ преступленіи—felonie) необходимы были слова: «cum felonia in pace Dei et ducis», при обвиненіи съ вызовомъ на поединокъ нужно было «verba duelli dicere» [1]). Даже въ XIII вѣкѣ, Britton опредѣляетъ appel, какъ pleynte de homme fete sur autre ovek purpos de ly atteyndre de felonie par motz a ceo ordneyeez (т. е. въ слѣдующихъ словахъ ..») [2]). Во Франціи во времена Бомануара (XIII вѣкъ) неточное обозначеніе противника въ жалобѣ «de nom et de surnom» влекло потерю дѣла, хотя бы личность обвиняемаго была указана и безъ того достаточно ясно. Для того, чтобы избѣгнуть такого результата надлежало сдѣлать особую оговорку: «если онъ называется иначе, то я не желаю изъ-за этого потерять своего права» [3]). Точность требовалась и при опроверженіи обвиненія противникомъ, который долженъ былъ отвергнуть утвержденіе обвинителя слово за словомъ, mout (mot) à mout. Ошибки имѣли роковое значеніе, и поправка собственныхъ словъ не допускалась; ее могли сдѣлать только адвокаты, повѣренные, и Бомануаръ предупреждаетъ объ опасности вести процессъ безъ ихъ помощи [4]). Неправильная формулировка жалобы, согласно «Assises

---

Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung. Weimar. 1871 г., стр. 567—569. Thonissen объясняетъ употребленіе этихъ словъ (германскаго корня) желаніемъ облегчить пониманіе латинскаго текста закона и не придаетъ имъ того значенія, что Зомъ (Thonissen—op. c. 425—427 стр.).

[1]) Brunner—Wort nnd Form im altfranzösischen Prozess, 1868 г. въ его Forschungen zur Geschichte des Deutschen und Französischen Rechts. Stuttgart. 1894 г., стр. 295, 307, 308.

[2]) Britton въ Francis Morgan Nichols. The french Text carefully revised with an englisch translation, introduction and Notes. Oxford. M.DCCCLXV. Vol. I, стр. 97.

[3]) Brunner—op. cit., стр. 293, 294. О требованіи строгой точности въ нѣмецкихъ памятникахъ: Саксонскомъ зерцалѣ и законахъ города Бреславля 1261—1283 г. см. Siegel. Die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang. Wien, 1866 г., стр. 10—12.

[4]) Beaumanoir. Les Coutumes de Beauvoisis. Edit. Beugnot. Paris M.DCCCXLII; I, cap. V, 9 (стр. 93). См. также Assises de Jerusalem I. Assises de la Haute Cour—livre de Jean d'Ibelin. Edit. Beugnot. Paris, M.D.CCCXLI, chap. XI, стр. 35: нужно просить о назначеніи свѣдущаго лица, адвоката (conseil) для веденія дѣла, «car qui dit sa parole en court, se il faut on· mesprent il n'i peut amender». Въ главѣ 27-й того же памят-

de Jerusalem» [1]), даетъ право обвиняемому уклониться отъ процесса, т. е. совсѣмъ не представлять защиты и не принимать судебнаго поединка, напримѣръ: если въ жалобѣ сказано, что обвиняемый «a tel meurtri et doné le cop (coup) ou les cos (coups), de quei il (потерпѣвшій) a mort receue, такъ какъ, поясняется тамъ далѣе, murtre et homecide ne peuvent estre en un cors», и, если обвинитель хотѣлъ обвинять въ побояхъ, повлекшихъ смерть, онъ долженъ былъ сказать: «doné les cos, de quei il l'a murtri», тогда обвиняемый долженъ былъ-бы защищаться и опровергать обвиненіе mout à mout [2]). Такой порядокъ и вся система доказательствъ не открывали пути для измѣненія предмета обвиненія во все время процесса и исключали возможность отступленія приговора отъ того, что формулировалось въ уголовномъ искѣ. Именно то, что приведено обвинителемъ, должно быть доказано имъ или опровергнуто противникомъ. Формула составляетъ thema probandum. Утвержденіе обвинителя или опроверженіе обвиняемаго, которое воспроизводитъ въ отрицательной формѣ взводимое обвиненіе, считается доказаннымъ, если сторона, допущенная къ приведенію доказательствъ, которое здѣсь

ника (относящагося къ XIII в. и отражающаго правоположенія болѣе ранняго періода—см. предисловіе Beugnot, стр. XX) говорится о необходимости для адвоката техническихъ свѣдѣній, безъ которыхъ дѣло можетъ быть проиграно, напр., о томъ, что такое убійство, *какова должна быть жалоба съ обвиненіемъ въ этомъ дѣяніи* и какъ должно защищаться (I, стр. 52; см. также стр. 174—chap. 104).

[1]) I, стр. 147—149 (chap. XCI). См. также Brunner—op. c., стр. 298—300, 310, 311.

[2]) См. также Assises de Jerusalem I, 174 стр., chap. CIV... «Je née et defent mout pour mout ce que tel me met sus et l'en dement mout à mout»... См. еще Glasson—Histoire... de France, т. VI, 485, Esmein—Histoire de la procédure criminelle en France. Paris. 1882 г., стр. 45, Thonissen—op. c. 432, 433 стр. Въ законахъ франковъ рипуарскихъ допускалось частичное отрицаніе и частичное признаніе того, что утверждалъ обвинитель. Обвиняемый могъ, напр., отрицать, что нанесенная имъ рана была столь тяжкая, какъ говорилъ обвинитель; тогда первый долженъ былъ уплатить штрафъ пропорціонально тому, что онъ призналъ, и доказательство (присяга) приводится только о томъ избыткѣ, на которомъ настаиваетъ истецъ и который отрицается отвѣтчикомъ. Предметъ процесса такимъ образомъ измѣняется (Thonissen—l. c.). Но это исключеніе.

представляетъ не бремя, а преимущество [1]), подтвердила сказанное присягой или вышла побѣдителемъ изъ испытанія ордаліями или изъ судебнаго поединка. Присяга недѣлима и относится ко всему утвержденію стороны, такимъ образомъ предметъ процесса не можетъ потерпѣть измѣненій [2]); что же касается ордалій и судебнаго поединка, который становится въ средніе вѣка любимымъ средствомъ доказательства и особенно въ уголовныхъ дѣлахъ вытѣсняетъ другія, переходя даже въ XIV в [3]), то къ этимъ доказательствамъ вполнѣ примѣнимы слова Планка: «результатъ приведенія доказательствъ заключаетъ въ себѣ простую альтернативу полной удачи или неудачи, коль скоро въ какомъ-либо пунктѣ форма не соблюдена» [4]).

---

[1]) Planck—Deut. Gerichtsver., § 99 и Beweisurtheil, стр. 47.

[2]) Ср. Glaser—Das Verhältniss des Urtheils zur Strafklage въ Gerichtssaal, т. 36 (1884 г.), стр. 82. Присяга относится къ тому, что составляетъ предметъ иска или обвиненія. Planck—Gerichtsverfahren II, стр. 31 («wo man eyde thun sal die sal man thun nach der clage»). При этомъ содержаніемъ присяги служитъ не фактъ въ его конкретномъ проявленіи, но заключеніе, сдѣланное посредствомъ субсумціи даннаго случая подъ правовое положеніе, напр.: «dat it van *ungelucke* tu komen si unde dat he vor neue *wrake* mit em ne hadde», вмѣсто приведенія въ присягѣ фактовъ, въ которыхъ выразилось отсутствіе умысла на убійство и элементъ случая. (Planck—ib., стр. 29). См. также Gaupp. Das alte Magdeburgische und Hallische Recht. Breslau. 1826 г. V (Breslauer Recht 1294), стр. 260—261 (§ 7), гдѣ обвинитель присягаетъ, что лошадь принадлежитъ ему и что она у него украдена или похищена силою (do iz im abe gestolen oder aber geroubet wart). Ничтожныя упущенія въ формулѣ присяги влекли ея недѣйствительность и проигрышъ дѣла (Planck—ib., стр. 38). Относительно древнѣйшей эпохи Зомъ (ор. с. 567—569 и 138 стр.) говоритъ: «Какъ присяга, такъ и искъ древнефранкскаго права процессуальный актъ съ verborum contemplatio и съ процессуальной опасностью».

[3]) Esmein—op. c., стр. 92 Glasson—Histoire... de France, VI, 531, 623, 636 стр. Hélie—Traité de l'Instruction criminelle, т. I, 282 стр.—говоритъ, что съ десятаго вѣка судебный поединокъ сталъ единственнымъ правиломъ у судей, единственнымъ доказательствомъ преступленій, единственной формой процесса. «Судьи ограничивались тѣмъ, чтобы назначить поединокъ, опредѣлить предметъ спора и констатировать результатъ».

[4]) Planck—Gerichtsverfahren, II, стр. 14. Что касается свидѣтелей, то они не давали показанія объ опредѣленныхъ имъ извѣстныхъ фактахъ, а присягали вмѣстѣ со стороною, на нихъ сославшеюся, въ томъ, что она права,

Этотъ формализмъ, который, по мнѣнію Глассона, былъ нѣкогда даже полезенъ, какъ средство противъ шиканы и злоупотребленій обвинителя, продержался очень долго [1]). Постепенно онъ смягчался, то благодаря сословнымъ изъятіямъ [2]), то благодаря институту защитниковъ—Vorsprecher, counseil, словами которыхъ довѣритель былъ связанъ только въ мѣрѣ даннаго полномочія, что позволяло ему «amender et desavouer la parole de son advocat», предупреждая этимъ проигрышъ дѣла, пока, наконецъ, вообще не было допущено исправленіе жалобы и другихъ заявленій [3]), а переходъ къ процессу per inquisitionem, который появляется при меровингахъ, но достигаетъ развитія *въ періодѣ послѣ каролинговъ, и который состоялъ въ выясненіи* дѣла посредствомъ разспроса свидѣтелей изъ той же мѣстности (enquête du pays) [4]), открылъ возможность проникновенія въ процессъ новыхъ данныхъ, не указанныхъ сторонами. Въ уголовныхъ судахъ, впрочемъ, уже въ XIII вѣкѣ слагается новый типъ процесса—слѣдственный, инквизиціонный, сначала въ каноническомъ правѣ, а вскорѣ и въ свѣтскихъ законодательствахъ Франціи и Германіи, въ Англіи же развивается судъ присяжныхъ, связанный съ англо-норманскимъ процессомъ enquête du pays.

повторяя слово за словомъ ея утвержденіе. Они свидѣтели того, что сторона заслуживаетъ довѣрія, соприсяжники, но не свидѣтели въ современномъ смыслѣ или въ томъ, въ какомъ они фигурировали въ процессѣ per inquisitionem, сообщая извѣстные имъ факты. Послѣдній процессъ вначалѣ былъ исключительнымъ и касался гражданскихъ дѣлъ. См. Esmein—op. c., стр. 48, Brunner—*Entstehung der Schwurgerichte*, особ. 54, 68, 84 *и слѣд.*, 106, 114, 118 стр. Sohm—op. c., 129, 130, 140—143. Въ Италіи и Германіи позже сыграли роль начала римскаго процесса о доказательствахъ. Thonissen (op. c., стр. 567) указываетъ, что въ законахъ франковъ свидѣтели сообщали извѣстные имъ факты; такъ же и Glasson—Histoire... de la France, т. III, 487, 488.

[1]) *Glasson—Histoire... de la France*, III, 410.

[2]) См. Siegel—op. cit., стр. 31.

[3]) Brunner—Wort und Form, стр. 362, 371. См. также Britton (l. c. Vol. I, стр. 101, № 7), гдѣ разрѣшается обвиняемому опровергать взводимое обвиненіе въ felony общимъ образомъ («не виновенъ въ преступленіи, въ которомъ обвиняетъ обвинитель, не повторяя жалобы дословно). Ср. Etablissements et Coutumes, Assises et Arrêts de l'échiqier de Normandie au XIII-ème siècle (1207 — 1245). Marnier. Paris. 1839 г., стр. 45, 46. (De Response).

[4]) См. Brunner и Sohm l. c., Esmein—op. c., стр. 81

Но, на ряду съ инквизиціоннымъ, на континентѣ еще нѣкоторое время удерживался обвинительный процессъ, который въ Германіи является нормальнымъ, ординарнымъ, даже въ эпоху Карла V, въ Constitutio Criminalis Carolina [1]). Но обвинительный процессъ конца среднихъ вѣковъ и начала новаго времени утрачиваетъ прежній, чисто состязательный и формальный характеръ: вліяніе инквизиціоннаго каноническаго процесса и началъ римскаго права сообщаетъ обвинительному процессу этой эпохи характеръ большей оффиціальности, измѣняетъ систему доказательствъ и даетъ судьѣ больше свободы въ отношеніи предмета изслѣдованія [2]). Если у римлянъ предметомъ процесса было дѣяніе въ опредѣленной юридической квалификаціи, crimen, а въ древне-германскомъ и англо-норманскомъ процессѣ—опредѣленное утвержденіе обвинителя во всѣхъ его деталяхъ, то доктрина этой, позднѣйшей, эпохи готова, повидимому, допустить больше уклоненій приговора отъ первоначальнаго обвиненія, распространить первый на матеріальный фактъ, давшій начало уголовному преслѣдованію, хотя нельзя не отмѣтить, что мнѣнія юристовъ, опирающіяся на источники римскаго права и представляющія толкованія такихъ мѣстъ послѣднихъ, которыя разсчитаны на иные процессуальные порядки, отличные отъ судопроизводства конца среднихъ вѣковъ, позволяютъ сдѣлать только предположительные выводы. Такъ, Bartolus, комментируя приведенный выше [3]) l. 9 C. de accus. (IX, 2), допускаетъ два обвиненія въ случаѣ adulterium incestuosum—отдѣльно за adulterium и за incestus; рѣшеніе должно быть, впрочемъ, постановлено общее за оба преступленія. Если же рѣшеніе судьи отвергло наличность самого факта половыхъ сношеній, то новое обвиненіе за одно изъ этихъ «crimina excedentia», послѣ оправданія въ другомъ, невозможно. «Absolutoria lata in uno potest parere exceptionem rei judicatae in alio, si pronuntiet super factum» [4]).

---

[1]) Biener—op. c., 153, 158 стр. Какъ объ ординарномъ, говоритъ объ обвинительномъ процессѣ и Julius Clarus—Receptarum sententiarum opera omnia. Lib. V. Fin. Qu III и V (изд. Francofurti M.DCIV).

[2]) Biener - Beiträge, особ. стр. 91, 137, 138, 153 и 154.

[3]) Прим. 5 на стр. 11-й этой главы.

[4]) Bartolus. In Codicem Justinianeum (Lugduni 1563 г.), стр. 361, ad l. 9. lib. 9 Cod. Crimina excedentia—не совпадающія по составу, требую-

Поэтому, надо полагать, судьѣ предоставлялось оцѣнить въ процессѣ, начатомъ за одно изъ этихъ преступленій само дѣяніе обвиняемаго, независимо отъ квалификаціи, сдѣланной обвинителемъ, и оправдать обвиняемаго по недоказанности событія, давшаго поводъ къ обвиненію. Не видно однако, могъ ли бы судья, по мнѣнію Бартола, признать наличность adulterium, при обвиненіи въ incestus, или обратно. Bartholomaeus a Saliceto [1]) ставитъ вопросъ, можетъ ли, если въ начатомъ обвиненіи опущенъ какой-либо квалифицирующій моментъ, измѣняющій деликтъ или наказаніе, быть возбуждено другимъ обвинителемъ новое обвиненіе, болѣе правильное? Судья, отвѣчаетъ Салицетусъ, долженъ тогда оставить первое обвиненіе и допустить второго обвинителя съ его обвиненіемъ, «tanquam melius ponentem veritatem». Если фактъ доказанъ, то, говоритъ далѣе тотъ же юристъ, судья не долженъ оправдать обвиняемаго; вѣроятно, имѣется въ виду оправданіе, вслѣдствіе неправильной квалификаціи. Оправдательный приговоръ можетъ быть, такимъ образомъ, результатомъ только недоказанности матеріальнаго дѣянія, съ другой стороны, предоставляется другому обвинителю исправить обвиненіе. Вмѣстѣ съ тѣмъ, мы встрѣчаемъ мнѣнія юристовъ о невозможности новаго обвиненія за то же дѣяніе съ иной квалификаціей [2]). Такъ, Antonius Gometzius приводитъ, какъ твердо установившееся, правило, что «post sententiam latam in aliqua causa vel delicto non potest postea secunda accusatio admitti ratione alicujus qualitatis omissae» [3]). Нѣкоторые, впрочемъ, признаютъ это положеніе только въ случаѣ, если новое обвиненіе приводитъ qualitatem *aggravantem*, отягчающее обстоятельство, въ другихъ же

щія наказанія за каждое въ отдѣльности, въ отличіе отъ такихъ преступленій, гдѣ одно есть часть другого (homicidium и parricidium) и одно наказаніе поглощается другимъ. Къ послѣднимъ преступленіямъ, представляющимъ только два вида одного, l. 9. Cod. de accus. непримѣнимъ (ibid.).

[1]) Bartholomaei a Saliceto bononiensis Pars tertia in VII, VIII IX Codicis libros (Francofurti cïɔicc. XV, изд. Zetzneri) l. 9 Cod. lib. IX, de accusat. et inscription., 19.

[2]) См. по этому поводу Borgmann—Die Identität der That (Dissert.). Göttingen. 1891 г., стр. 11—17; изложеніе его не вполнѣ точно.

[3]) Commentariorum variarumque resolutionum juris civilis, communis et regii libri tres. Francofurti ad Moenum 1584 г. III (delictorum tomus), стр. 430.

случаяхъ новое обвиненіе допускаютъ [1]), подъ вліяніемъ инквизиціонной идеи [2]) настигнуть виновнаго во что бы то ни стало; идеи, вообще противной принципу «ne bis in idem» [3]).

Согласно ст. 47 Каролины, относящейся къ ординарному, обвинительному, процессу [4]), предметъ изслѣдованія и рѣшенія составляетъ дѣяніе, взводимое на обвиняемаго обвинителемъ: допросъ перваго относится именно къ этому дѣянію, и невиновность въ *этомъ* дѣяніи («der auffgelegten missethatt») онъ долженъ стараться доказать.

У Карпцова [5]), а также у юриста XVII вѣка Пуффендорфа [6]) мы встрѣчаемъ еще указаніе и на письменную формулировку обвиненія въ ординарномъ—обвинительномъ—процессѣ въ libellus, который долженъ былъ опредѣлить предметъ процесса,

---

[1]) Carpzow. Practica nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium. (Francofurti MDCLXXVII), qu. CIV, 59, со ссылкой на Гомеца и Фаринація (Prax. crim. lib. I, tit. I, qu. 4, n. 4): «nam delictum principale et sic in ipsa substantia et essentia fuit jam sublatum per sententiam absolutoriam, quae declaravit nullum adesse delictum»... и c. CXXV, № 7: «Sicuti et absolutione semel secuta denuo formari potest inquisitio vel fieri accusatio propter novam qualitatem antea non deductam, nunc deducendam et probandam. Scilicet nova qualitas alteret crimen, ut videatur esse aliud». Въ томъ смыслѣ, какъ qu. CIV, 59 Карпцова, также Antonius Matthaeus—De criminibus. Ad lib. XLVII и XLVIII Dig. Commentarius. Lib. XLVIII Dig. tit. XIX, cap. II de sententia judicis absolutoria, № 6 (стр. 917).

[2]) Обвинительный и инквизиціонный процессъ не были строго разграничены въ эту эпоху. См. Bar, по поводу мнѣнія Фаринація, въ Neues Magazin für Hannoversches Recht 1862 г. (III, 2), стр. 337. На смѣшеніе процессовъ указываетъ и приведенное въ предыдущемъ примѣч. CXXV, № 7 Practica Карпцова.

[3]) Карпцовъ (op. c. CXXV, № 8) допускаетъ новое преслѣдованіе, если есть новыя доказательства. Характерно мнѣніе Фаринація (Farinacius—Praxis et theoricae Criminalis libri duo, изд. 1606 г. L. I, tit 1, qu. 4, Limita VII (стр. 37), что судья въ правѣ рѣшить о лжесвидѣтельствѣ «per viam exceptionis» въ процессѣ, производящемся по другому дѣлу, съ примѣненіемъ poena extraordinaria mitior, что не препятствуетъ новому преслѣдованію за лжесвидѣтельство противъ того же лица, какъ наказаннаго не въ достаточной мѣрѣ (non sufficienter primo loco punitus).

[4]) Biener.- Beiträge, стр. 153.

[5]) Op. c., qu. CIV, de accusat. in Processu criminali ordinario.

[6]) Esaiae Puffendorfii Introductio in Processum Criminalem Luneburgicum. Francofurti et Lipsiae. MDCCXXXII, cap. II, §§ V и VI.

какъ нѣкогда въ Римѣ. Въ libellus вносились всѣ улики «punctatim et articulatim» и предлагались обвиняемому «ad confusionem et obscuritatem evitandam». Обвиняемый опровергаетъ то, что на него возведено, посредствомъ очистительной присяги или подвергается пыткѣ. Обвиненіе, формулированное въ libellus, не можетъ быть измѣнено во время процесса [1]).

Но обвинительный процессъ всюду вымиралъ, вытѣсняемый инквизиціоннымъ, и постановленія, относящіяся къ первому, не имѣли почвы для развитія. Вниманіе законодателей, доктрины и судебной практики сосредоточилось на выработкѣ правилъ инквизиціоннаго процесса.

Характерная черта послѣдняго состоитъ въ отсутствіи обвинителя и въ соединеніи функцій послѣдняго и функцій судьи въ одномъ лицѣ, который сохраняетъ, правда, прежнее названіе, но по существу своей дѣятельности отличается отъ судьи римскаго, эпохи judicia publica, и древне-германскаго, онъ обращается *въ слѣдователя-инквирента, приступающаго къ слѣдствію*, не выжидая жалобы, по доносу, вслѣдствіе слуховъ о совершившемся преступленіи и т. п. Никто не опредѣляетъ ни личности обвиняемаго, ни предмета изслѣдованія, а самъ судья долженъ заботиться объ обнаруженіи преступныхъ дѣяній и виновныхъ лицъ. Вполнѣ развившійся инквизиціонный процессъ не ставитъ никакихъ границъ этой дѣятельности инквирента, и при такомъ характерѣ процесса нѣтъ, конечно, нормъ, опредѣляющихъ, что можетъ быть привлечено въ кругъ изслѣдованія. Но въ началѣ своего развитія, пока еще сохранялись остатки обвинительнаго процесса, и инквизиціонный до нѣкоторой степени намѣчалъ рамки слѣдствія. Въ каноническомъ правѣ, въ постановленіяхъ Латеранскаго собора 1215 г., привлеченному къ слѣдствію предъявляются пункты взводимаго на него обвиненія, *противъ нихъ направляетъ онъ свою защиту*, слѣдовательно ими опредѣляется предметъ процесса [2]). Въ свѣтскомъ

---

[1]) Carpzow—Practica, qu. CXIII, 43.

[2]) Decretal. Greg. IX. Lib. V, tit. 1, De accusationibus, cap. 24. (Corpus jur. canon. изд. Рихтера, 1839 г., ч. II, 718 стр.): «Debet igitur esse praesens is, contra quem facienda est inquisitio, nisi se per contumaciam absentaverit, et exponenda sunt ei illa capitula, de quibus fuerit inquirendum, ut facultatem habeat defendendi se ipsum».

инквизиціонномъ судопроизводствѣ также существовало предъявленіе привлеченному къ слѣдствію тѣхъ пунктовъ, которые представляли формулировку обвиненія (въ матеріальномъ смыслѣ). Они назывались articuli и были основой допроса привлеченнаго лица—инквизита.

Этотъ допросъ (artikuliertes Verhör) былъ моментомъ, соотвѣтствующимъ преданію суду и раздѣлявшимъ двѣ стадіи процесса: inquisitio generalis и inquisitio specialis. Inquisitio generalis соотвѣтствуетъ предварительному слѣдствію современнаго процесса: въ этой стадіи собирались свѣдѣнья о преступленіи, выяснялся его характеръ, устанавливались corpus delicti и подозрѣваемое лицо. Когда же эти свѣдѣнья были собраны и слѣдствіе направлялось противъ опредѣленнаго лица, съ цѣлью его изобличенія, начиналось inquisitio specialis [1]). Результаты inquisitio generalis группировались въ пункты, и по нимъ производился допросъ инквизита [2]). Этотъ моментъ какъ-бы опредѣлялъ все послѣдующее слѣдствіе; концентрируя всѣ данныя противъ инквизита, articuli какъ-бы замѣняли libellus обвинительнаго процесса, и ихъ содержаніемъ очерчивался предметъ inquisitio и приговора. «Expediti quoque juris est, говоритъ Карпцовъ, quod in processu criminali ordinario necessario requiratur responsio accusati et litis contestatio, utpote per quam judicium constituitur. Neque enim poena irrogari unquam poterit, nisi prius de crimine vel ex responsione delinquentis, vel ex probationibus certis constet. Sequitur ergo quod nec inquisitio legitima consistat antequam delinquens interrogetur ejusque responsio adnotetur. Quia inquisitio in locum accusationis est surrogata. Surrogatum vero capit et retinet naturam ejus in cujus locum surrogatur». «Formatio articulorum inquisitionalium et annotatio respon-

---

[1]) Carpzow—op. c. Qu. CVII, №№ 10 и 11. См. также Biener — Beiträge, 169, 170 и ср. 114 — 116 стр. (точка зрѣнія Jul. Clari) и Zachariae—Grundlinien des gemein. deutsch. Criminal-prozesses. Göttingen, 1837 г. § 88.

[2]) Puffendorf—op. c., cap. XIV, § VI. О содержаніи отдѣльныхъ пунктовъ онъ говоритъ (ibid.): «Singula quidem momenta et circumstantiae singulae includantur articulis singulis nec uno plures reo circumstantiae proponendae sunt».

sionis ad articulos ab inquisito factae», составляетъ, по выраженію Карпцова, «нервъ слѣдствія» [1]).

Бемеръ [2]) такъ объясняетъ значеніе examen ad articulos для послѣдующихъ моментовъ процесса: «Non enim tantum facilitat probationem criminis vel innocentiae, verum etiam suggerit, *quid quantumve accusatur vel reus probare debeat*, imo viam ad confessionem tamquam liquidissimam probationem parat» [3]). Съ допросомъ обвиняемаго связывалась пытка, поэтому ст. 20 Каролины запрещалось производить допросъ о томъ преступномъ дѣяніи, на которое не было указанія и которое не установлено въ предварительной стадіи, въ inquisitio generalis: «Item wo nit zuvor redlich anzeygen der missthat darnach man fragen wolt vorhanden und beweist würde, soll niemants gefragt werden». Карпцовъ выводитъ изъ этой статьи, что посторонніе факты и преступленія, которые не были въ виду судьи въ предварительной стадіи, не вносятся въ articuli inquisitionales, «sed ex inquisitione generali articuli formari et inquisitus super iis tantummodo factis, quorum nomine indicia verisimilia sunt probata, interrogari debet»... Онъ посылаетъ упрекъ неопытнымъ и увлекающимся судьямъ, распространяющимъ слѣдствіе и

---

[1]) Practica, Qu. CXIII, 9; и CVII, 75. Онъ указываетъ на рескриптъ герцога Августа Саксонскаго отъ 5 января 1579 г., гдѣ признается необходимымъ «die Verbrechung Articulsweise verfassen» и о немъ допросить привлеченнаго къ слѣдствію. У Юлія Клара допросомъ обвиняемаго *заканчивается* inquisitio *specialis*, и, на основаніи всего собраннаго матеріала, составляется charta inquisitionis или libellus criminalis, служащій основой послѣдующаго производства, которое называется «processus». Здѣсь свидѣтели допрашиваются вторично. Biener—op. c., 115—117 стр.

[2]) Boehmer. Observationes selectae ad Bened. Carpzowii J. C. Practicam и т. д. (Francofurti ad Moenum 1759, стр. 40) ad quaest. CXIII observatio I.

[3]) Bauer—Lehrbuch des Strafprocesses. Göttingen. 1833 г., стр. 405, 406—отмѣчаетъ пользу допроса по пунктамъ, такъ какъ онъ даетъ твердую почву слѣдствію: «Особенность его (допроса) состоитъ въ томъ, что онъ образуетъ полное цѣлое, въ которомъ факты расчленены до мельчайшихъ подробностей и цѣль котораго получить отъ подсудимаго разъясненіе о всѣхъ важныхъ пунктахъ и такимъ путемъ прямо или посредственно привести все слѣдствіе къ такому заключенію, чтобы могъ быть на немъ основанъ приговоръ».

допросъ на «facta ac crimina aliena nunquam perpetrata absque prorsus conjectura et indiciis» [1])...

Допросъ свидѣтелей также относился къ тому дѣянію, о которомъ производилось слѣдствіе; онъ производился по пунктамъ, и о содержаніи послѣднихъ Пуффендорфъ говоритъ: «articulos autem oportet esse convenientes vel quos vocant pertinentes, hoc est qui quadrent et ad factum ejusque circumstantias pertineant» [2]).

Но сущность инквизиціоннаго процесса была враждебна ограниченіемъ власти и дѣятельности судьи въ его стремленіи къ раскрытію преступленій. Послѣднее составляло его задачу, и, чѣмъ шире была область изслѣдуемаго, тѣмъ лучше эта задача выполнялась. На первый планъ выдвигался государственный интересъ, а интересы и права подсудимаго не имѣли значенія въ глазахъ законодателей и судей въ эту эпоху развитія абсолютизма. Карпцовъ самъ же указываетъ на разницу между articuli inquisitionales и libellus обвинительнаго процесса: libellus не можетъ быть измѣненъ послѣ litis contestatio, напротивъ, послѣ допроса, при наличности новыхъ фактовъ, можно составить новые пункты и допросить по нимъ инквизита; «commodum vertitur publicum: ne scilicet delicta remaneant impunita», поясняетъ онъ [3]), и, выразивши сожалѣніе, что судьи, увлекаясь догадками, распространяютъ допросъ «несчастныхъ подсудимыхъ» за предѣлы дѣянія, установленнаго предварительнымъ производствомъ, Карпцовъ тѣмъ не менѣе дѣлаетъ такую оговорку, которая уничтожаетъ значеніе сказаннаго имъ раньше: «Quamvis non negem judici fas esse apparentibus alterius quoque criminis commissi indiciis etiam leviusculis Reum desuper incidenter interrogare, prout praxis quotidiana docet» [4]).

---

[1]) Carpzow — Practica, Qu. CXIII №№ 24, 25. См. также Zachariae — Grundlinien d. Criminal-Processes, § 160 и «Die Gebrechen und Reform d. deut. Strafverfahrens Göttingen. 1846 г., стр. 132.

[2]) Puffendorf—op. c., cap. XV. § XV. См. также Boehmer—op. c., CXIV observ. III и Carpzow—op. c. Qu. CXIV, 18—20. Въ Саксоніи не составлялись особые пункты для допроса свидѣтелей (ib. 21).

[3]) Practica, Qu. CXIII, 43. О вызовѣ новыхъ свидѣтелей и допросѣ ихъ по новымъ пунктамъ въ инквизиціонномъ процессѣ см. Puffendorf—op. c., c. XV, § XXIX.

[4]) Practica, Qu. CXIII, 26.

Постепенно различіе между generalis и specialis inquisitio стушевывается [1]), допросъ по пунктамъ теряетъ значеніе и выходитъ изъ употребленія [2]), и вотъ какую картину распространенія слѣдствія далеко за предѣлы первоначально инкриминируемаго дѣянія рисуетъ Миттермайеръ въ появившейся въ 1819 г. статьѣ «Ueber die Ausdehnung der Criminaluntersuchungen» [3]):

«Если во время главнаго слѣдствія какой-нибудь свидѣтель выскажетъ противъ преслѣдуемаго за простую кражу подсудимаго подозрѣніе въ обманѣ или другой кражѣ, или другой свидѣтель сдѣлаетъ предположеніе, что подсудимый принималъ участіе въ какой-либо дракѣ, то инквирентъ находитъ уже въ этомъ достаточный поводъ произвести слѣдствіе и о томъ, о чемъ высказано подозрѣніе. Такимъ образомъ случается, что уголовные процессы, которые начались о незначительныхъ проступкахъ и легко были бы окончены въ какихъ-нибудь двѣ недѣли, длятся мѣсяцы и годы и наводятъ на мысль, что наши инквиренты всякаго подсудимаго, попавшаго въ ихъ сѣть по какому-нибудь поводу, разсматриваютъ, какъ человѣка, надъ которымъ они безпрепятственно могутъ производить слѣдственные эксперименты. Вслѣдствіе этого уголовный процессъ, который и безъ того представляетъ опасное средство для нарушенія гражданской свободы, обращается въ истинное мученіе, увеличивая безъ нужды и безъ права на это сумму страданій подсудимаго. Иллюстраціей можетъ служить такой примѣръ изъ практики, приводимый Миттермайеромъ: за нѣкоторыя неправильности въ паспортѣ была задержана одна дѣвушка; при ней оказалось 800 флориновъ; она объяснила, что деньги далъ ей обольстившій ее встрѣчный неизвѣстный офицеръ за то, что она провела съ нимъ ночь. Слѣдователь занялся однако вопросомъ и о томъ, откуда она достала 800 fl., не ограничиваясь слѣдствіемъ о паспортномъ нарушеніи, и процессъ напрасно тянулся 10 мѣ-

---

[1]) Glaser—Kleinere Schriften, 2-te Auflage. Wien, 1883 г., стр. 660 и Mittermaier. Das Deutsche Strafverfahren. Heidelberg 1845 г., I Theil, стр. 114 и II Th., стр. 12.

[2]) Tittmann—Handbuch der Strafprocesswissenschaft. Halle 1824 г., т III, стр. 157, 158 и 160. См. еще 393 стр.

[3]) Въ Neues Archiv d. Criminalrechts III, 4; стр. 541 и слѣд.

сяцовъ. «Охота за преступленіями опаснѣе, чѣмъ прежніе суды за ересь», замѣчаетъ Миттермайеръ и указываетъ на то, что къ уголовному правосудію и его жрецамъ существуетъ въ населеніи весьма понятная ненависть [1]).

Такимъ образомъ, слѣдствіе распространялось даже на новыя дѣянія подсудимаго кромѣ того, которое дало начало процессу; естественно, что это послѣднее дѣяніе инквирентъ могъ подвергнуть разсмотрѣнію со всѣхъ точекъ зрѣнія, придать ему какую угодно квалификацію, смотря по тому, какой взглядъ сложился у него ко времени постановленія приговора. Задача судьи состояла не въ повѣркѣ утвержденія обвинителя, какъ въ древнемъ обвинительномъ процессѣ, а въ раскрытіи того, что произошло и какія юридическія свойства имѣетъ происшедшее? [2])

Судебная практика въ расширеніи власти инквирента шла впрочемъ всегда дальше черты, указанной законодателемъ; примѣромъ служитъ толкованіе 20-й ст. P. G. O. (Каролины), приведенное выше. Въ началѣ XIX в. въ законодательствахъ, несмотря на инквизиціонный характеръ судопроизводства, также можно встрѣтить постановленія, ограничивающія предметъ слѣдствія. Миттермайеръ указываетъ на нихъ въ той самой статьѣ, въ которой возстаетъ противъ не знающей границъ инквизиторской дѣятельности судей.

Таковы постановленія законодательствъ прусскаго (1805 г.) австрійскаго (1803 г.) и баварскаго (1813 г.) [3]). Сущность этихъ ограниченій сводится къ запрету распространять слѣдствіе на вновь открывшіяся дѣянія, развѣ бы подсудимый признался въ нихъ или новыя преступленія были тяжкія, напримѣръ: профессіональные разбой, кража, бродяжество, поджогъ,

---

[1]) l. c. прим. 10 на 551 стр. и 552 стр. См. также Kries въ статьѣ Vorverfahren und Hauptverfahren въ Zeitschrift f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft, IX (1889 г.), стр. 12: судья могъ сдѣлать предметомъ разслѣдованія всю прежнюю жизнь инквизита.

[2]) Ср. Abegg въ Gerichtssaal, 1857 г., II, стр. 248, 249. Planck—Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens. Göttingen. 1857 г., стр. 318, 319.

[3]) См. кромѣ Миттермайера (указ. ст., стр. 547—549), Paalzow. Kommentar über die Criminalordnung für die preussischen Staaten, Berlin, 1807 г., II, § 416; Jenull. Das österreichische Criminalrecht. Grätz, 1812 г. III, стр. 286.

или даже нетяжкія, но разслѣдованіе которыхъ не связано съ большой затратой времени или важно для возмѣщенія убытковъ или раскрытія соучастниковъ. При этомъ австрійскій законъ требуетъ, чтобы подозрѣніе относительно новыхъ дѣяній основывалось на объективныхъ данныхъ, а не на однихъ догадкахъ: «rechtlicher Verdacht», въ отличіе отъ «blosser Argwohn» [1]).

За ограниченіе слѣдствія на почвѣ инквизиціоннаго процесса высказывается и теорія той эпохи. Миттермайеръ [2]) видитъ въ распространеніи слѣдствія противорѣчіе съ сущностью спеціальной инквизиціи, такъ какъ послѣдняя можетъ относиться только къ тому, за что лицо предается суду и что было предварительно изслѣдовано; и въ слѣдственномъ процессѣ должна быть твердая основа судейской дѣятельности, должно быть «*обвиненіе* въ совершенномъ преступленіи». Если нѣтъ этой основы, то гражданской свободѣ угрожаетъ опасность. Важны тѣ доводы, которые приводитъ Миттермайеръ въ пользу ограниченія слѣдствія въ интересахъ его успѣшности: «нельзя сомнѣваться, говоритъ онъ, что каждый уголовный процессъ тѣмъ болѣе запутанъ, расплывчатъ и лишенъ плана, чѣмъ на бо́льшее число преступленій сразу направляетъ инквирентъ свою дѣятельность: допросы теряютъ свою связь, наполовину доказанное обвиненіе въ одномъ преступленіи сплетается со слабо обоснованнымъ извѣтомъ въ другомъ, и обвиняемый терпитъ отъ произвольныхъ экспериментовъ слѣдователя, защитникъ подъ конецъ уже не знаетъ, отъ какихъ извѣтовъ онъ долженъ защищать подсудимаго, и судьямъ, опять-таки къ великому вреду для послѣдняго, труднѣе выполнить обязанность постановленія

---

[1]) Такъ разъясняетъ эти понятія Jenull—l. c. Zachariae (Gebrech u. Ref., стр. 134, 135) указываетъ также на ганноверскій законъ 8 сентября 1840 г., сходный съ баварскимъ, и свидѣтельствуетъ, что эти постановленія, вслѣдствіе своей неопредѣленности, имѣютъ на дѣлѣ мало значенія и оставляютъ усмотрѣнію судьи много мѣста. По вюртембергскому уставу требовалось для распространенія слѣдствія на новое дѣяніе формальное постановленіе о преданіи суду Такое же постановленіе требовалось, если новое дѣяніе болѣе тяжкое, и австрійскимъ уставомъ 29 іюня 1853 г. (слѣдственнаго типа). См. Hye-Glünеck. Die leitenden Grundsätze der öster. Strafprozessord. v. 29 iuni 1853. Wien 1854, 276 стр.

[2]) l. c., стр. 543—545.

приговора» [1]). Высказываясь въ пользу обвинительнаго процесса, Миттермайеръ и для слѣдственнаго считаетъ необходимыми слѣдующія ограниченія предмета слѣдствія [2]): необходимо соблюдать различіе между предварительнымъ производствомъ и спеціальнымъ слѣдствіемъ. Только въ первомъ можно распространять розыскъ и на новыя преступленія, но преданіе суду, т. е. переходъ къ спеціальному слѣдствію, можетъ послѣдовать за всѣ преступленія только, если они между собою связаны и, отъ совмѣстнаго изслѣдованія ихъ, рѣшеніе выиграетъ въ полнотѣ и правильности и, если они всѣ настолько установлены, чтобы дать основаніе къ преданію суду.

Когда же *новыя* преступленія обнаружатся только при спеціальномъ слѣдствіи, то, для распространенія его и на эти преступленія, необходима наличность такихъ доказательствъ, чтобы они «сразу, безъ дальнѣйшаго пространнаго изслѣдованія оправдывали спеціальное слѣдствіе, хотя бы о *первомъ* преступленіи ничего еще не было извѣстно». Необходимо притомъ, чтобы отъ распространенія слѣдствія выигрывало уголовное правосудіе, и «особенность главнаго случая или другія важныя причины» этому не препятствовали, чтобы тамъ, гдѣ требуется для перехода къ спеціальному слѣдствію постановленіе суда, инквирентъ самъ не имѣлъ права на это и въ отношеніи новыхъ преступленій. Рекомендуемыя Миттермайеромъ ограниченія отличаются такой неопредѣленностью, что едва ли ихъ можно признать какой-либо гарантіей для подсудимаго. Не пріобрѣтаютъ они большей точности и ясности и отъ дальнѣйшихъ замѣчаній знаменитаго процессуалиста, относящихся къ вопросу, когда отъ распространенія слѣдствія рѣшеніе выиграетъ и какія причины, напротивъ, такому распространенію мѣшаютъ. Выигрышъ будетъ, говоритъ онъ, если наказаніе за новое преступленіе вліяетъ на наказаніе за совокупность обоихъ преступленій, или, если новое измѣняетъ характеръ первоначальнаго вполнѣ или отчасти, напримѣръ: при слѣдствіи по поводу возстанія открывается существованіе измѣнническої переписки и возстаніе оказывается подготовленнымъ съ цѣлью измѣны; или при слѣдствіи о простомъ убійствѣ (Todtschlag) открываются указанія

---

[1]) Ср. также Planck—op. c., стр. 318, 319.

[2]) l. c., стр. 549—557.

на прелюбодѣяніе, совершенное подсудимымъ съ женой убитаго, вслѣдствіе чего есть основаніе для предположенія о предумышленномъ убійствѣ (Mord) [1]). Значеніе придается, далѣе, признанію въ первоначальномъ преступленіи (тогда слѣдствіе не должно затягиваться, въ общемъ правилѣ), а также наличности оправдывающихъ въ этомъ дѣяніи данныхъ (оправдательный приговоръ не долженъ замедляться), наконецъ, возможности открытія соучастниковъ и возмѣщенію вреда потерпѣвшему. Основаніемъ для того, чтобы не распространять слѣдствіе, можетъ быть трудность изслѣдованія новаго преступленія, по дальности разстоянія мѣста, гдѣ оно совершено, или ожидаемая безрезультатность слѣдствія, напр.: если преступленіе совершено очень давно или преступникъ не имѣетъ средствъ для возмѣщенія вреда.

Таковы историческія данныя, относящіяся къ нашему вопросу. Въ обвинительномъ процессѣ древняго Рима приговоръ могъ быть постановленъ только о томъ преступленіи, которое входило въ кругъ вѣдомства данной quaestio perpetua и которое составляло съ самаго начала предметъ обвиненія, въ обвинительномъ процессѣ древне-германскомъ и англо-норманскомъ предметомъ доказательствъ и рѣшенія было утвержденіе обвинителя во всѣхъ его подробностяхъ, въ слѣдственномъ процессѣ, въ эпоху его полнаго развитія, слѣдствіе и приговоръ могли быть распространены далеко за предѣлы того дѣянія, которое дало поводъ къ преслѣдованію, и только вначалѣ и ко времени своего упадка слѣдственный процессъ ставилъ здѣсь нѣкоторыя границы, неопредѣленныя, несоблюдаемыя на практикѣ и осужденныя или на совершенное исчезновеніе, или на замѣну болѣе твердыми и опредѣленными: первое случилось въ XVII и XVIII в., второе—съ переходомъ къ обвинительному процессу, принятому дѣйствующими законодательствами всѣхъ культурныхъ государствъ.

---

[1]) Въ этихъ двухъ примѣрахъ только во второмъ случаѣ можно говорить объ обнаруженіи новаго, самостоятельнаго дѣянія, въ первомъ же дѣяніе остается прежнимъ, но новое обстоятельство вліяетъ на квалификацію. Ср. ниже.

ГЛАВА II.

Англійское право.

Окончательная формулировка обвиненія въ обвинительномъ актѣ и соблюдаемыя при этомъ правила. Принципъ неизмѣнности окончательно формулированнаго обвиненія. Отступленія отъ этого принципа, допускаемыя практикой. Законъ 1851 г. и исправленіе обвиненія (amendment). Другія отступленія отъ принципа неизмѣнности обвиненія, допущенныя этимъ и другими законами. Недостаточность этихъ отступленій и примѣняемые въ англійскомъ правѣ другіе способы привести обвиненіе въ соотвѣтствіе съ данными, обнаруженными на судебномъ слѣдствіи: 1) эвентуальные пункты обвинительныхъ актовъ; относящіяся сюда правила и въ особенности принципъ тожества; значеніе эвентуальныхъ пунктовъ; 2) новое преслѣдованіе за то же дѣяніе съ иной квалификаціей: принципъ «ne bis in idem» въ англо-американскомъ и шотландскомъ правѣ (pleas of auterfois acquit и of auterfois convict). Обстоятельства, вліявшія на образованіе англійской системы, и тенденція къ смягченію ея, наблюдаемая въ Англіи.

Въ вопросѣ объ отношеніи приговора къ обвиненію система англійскаго права запечатлѣна своеобразнымъ характеромъ. Та связанность обвинителя сдѣланнымъ имъ суду въ жалобѣ заявленіемъ, которая свойственна англо-норманскому и древнегерманскому процессу, удержалась въ Англіи до середины XIX столѣтія. Въ отличіе отъ континентальныхъ государствъ, Англія сохранила въ области уголовнаго судопроизводства тѣсную преемственную связь съ прошлымъ и унаслѣдовала отъ него и обвинительный процессъ, и институтъ присяжныхъ съ нѣкоторыми особенностями, которыя были впослѣдствіи устранены французскимъ, а за нимъ и другими европейскими законодательствами. Эти особенности: значительное развитіе частно-

правового элемента въ уголовномъ процессѣ при организаціи уголовнаго преслѣдованія [1]), крайній формализмъ при составленіи процессуальныхъ актовъ, этотъ отголосокъ стариннаго тяжебнаго крючкотворства [2]), обвинительное (большое) жюри, какъ органъ преданія суду, постановленіе вердикта малаго жюри прямо по обвинительному акту, безъ постановки вопросовъ.

Обвиненіе формулируется въ Англіи въ обвинительномъ актѣ—indictment [3]), который затѣмъ подвергается разсмотрѣнію большого жюри [4]). Послѣднее не вноситъ въ обвинительный актъ никакихъ измѣненій, а только или отвергаетъ его, находя улики слишкомъ слабыми для того, чтобы предложить дѣло разрѣшенію малаго жюри, или же, въ противномъ случаѣ, принимаетъ обвинительный актъ словами «true bill», и послѣдній поступаетъ на разрѣшеніе малаго жюри и служитъ основой дальнѣйшаго процесса—судебнаго слѣдствія, вердикта и приговора, опредѣляя его предметъ. Присяжнымъ не ставятъ вопросовъ, формулирующихъ обвиненіе въ моментъ, непосредственно предшествующій вердикту, а окончательной формулировкой остается обвинительный актъ [5]), и дать утвердительный отвѣтъ на

---

[1]) Возбужденіе уголовнаго преслѣдованія до 1879 г. было предоставлено почти исключительно частной иниціативѣ, да и въ настоящее время только въ важнѣйшихъ случаяхъ оно сосредоточивается въ рукахъ директора публичнаго обвиненія и его помощниковъ.

[2]) Ср. Best's Grundzüge des Englischen Beweisrechts, bearbeitet von Marquardsen. Heidelberg. 1851 г., стр. 267.

[3]) Другіе виды обвинительныхъ актовъ—presentment, inquisition и information—по содержанію совпадаютъ съ indictment, которое имѣетъ значеніе и общаго для всѣхъ этихъ видовъ термина. См., напримѣръ, 14 и 15 Vict. (законъ 1851 г.), с. 100, ст. 30.

[4]) Обвиненіе въ преступленіяхъ должности —information—исходитъ отъ генералъ-атторнея и поступаетъ прямо на разрѣшеніе суда существа. См. Franqueville—Le Système judiciaire de la Grande Bretagne. Paris. 1893 т. II, стр. 349, 350 и слѣд., 266, 267, 281, 270, пр. 3.

[5]) Glaser. Anklage, Wahrspruch und Rechtsmitel im englischen Schwurgerichtsverfahren. Erlangen 1866 г., стр. 178. Вердиктъ и приговоръ не формулируются особо, а только протоколируются. Протоколъ (record) приводитъ цѣликомъ содержаніе обвинительнаго акта, отмѣчаетъ важнѣйшіе моменты процесса, затѣмъ приводитъ отвѣтъ присяжныхъ и опредѣленіе судомъ наказанія въ словахъ, которыя сами по себѣ указываютъ на неизмѣн-

него присяжные могутъ въ своемъ вердиктѣ только при доказанности всѣхъ утвержденій обвинительнаго акта—по общему правилу, всѣхъ до мельчайшихъ подробностей; малѣйшее уклоненіе доказаннаго отъ утверждаемаго влекло оправданіе подсудимаго [1]). Вредъ такого формализма усугублялся еще тѣми педантичными требованіями, которыя предъявлялись къ составленію обвинительнаго акта и несоблюденіе которыхъ влекло признаніе его недѣйствительнымъ со стороны суда, уничтоженіе (quashing). Подъ страхомъ такой кассаціи, обвинитель долженъ былъ дать въ обвинительномъ актѣ всѣ тѣ подробности, которыя требовались закономъ и обычнымъ правомъ, а затѣмъ приходилось ихъ доказать, чтобы не послѣдовалъ оправдательный вердиктъ. Недостатки обвинительнаго акта, т. е. неполнота, слишкомъ большая общность выраженій, несоотвѣтствіе вообще тѣмъ требованіямъ, которыя излагаются ниже, вызывало уничтоженіе обвинительнаго акта, о чемъ иногда просилъ самъ обвинитель, обязываясь представить новый надлежащій indictment, и даже, если бы послѣдовалъ по ненадлежаще составленному акту обвинительный вердиктъ, судъ могъ и въ этотъ моментъ кассировать все производство и не постановлять приговора о наказаніи. Такая кассація (arrest of judgment) впрочемъ непримѣнима въ случаяхъ тѣхъ недостатковъ indictment, которые, въ силу обычнаго права или закона, признаются восполненными или исправленными вердиктомъ и могутъ дать основаніе только для «quashing» [2]).

Разсмотримъ же правила составленія англійскихъ обвинительныхъ актовъ, которыя, хотя и утратили, послѣ изданія приводимаго ниже закона 1851 г., прежнее значеніе, но не вполнѣ

ность обвиненія: «названные присяжные утверждаютъ подъ присягой, что подсудимый виновенъ въ упомянутомъ выше (при изложеніи обвинительнаго акта) преступленіи, которое ему, какъ упомянуто выше, приписывается, того рода и вида, какъ на него возводится въ выше приведенномъ обвинительномъ актѣ; въ силу чего судъ... (слѣдуетъ постановленіе суда о наказаніи)—Glaser, op. c., стр. 49.

[1]) Best-Marquardsen—l. c.

[2]) Archbold's-Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases by Sir John Jervis. London. 1900 г. (изд. 22), стр. 73—75, 71, 107, 108, 150, 151, 204. Roscoe's-Digest of the Law of Evidence in Criminal Cases by Perceval Keep. London. 1898 г. (12 изд.), стр. 197, 180, 181.

и кромѣ того важны для уразумѣнія этого закона и для иллюстраціи тѣхъ результатовъ, къ которымъ ведетъ система полной неизмѣнности обвиненія, въ связи съ подробнымъ и точнымъ формулированіемъ его въ моментъ предъявленія суду, и которые въ самой Англіи, еще до законодательной реформы, сознавались доктриной и судебной практикой, вызывая стремленіе смягчить и ослабить вредъ крайняго формализма.

Въ обвинительномъ актѣ необходимо описать преступное дѣяніе, взводимое на обвиняемаго, причемъ недостаточно назвать это преступленіе тѣмъ техническимъ названіемъ [1]), подъ которымъ оно *извѣстно* обычному праву *или* закону (статуту), а должно привести всѣ признаки, изъ которыхъ оно слагается: такъ, недѣйствителенъ обвинительный актъ, вмѣняющій обвиняемому въ вину полученіе денегъ посредствомъ ложныхъ увѣреній, если пропущенъ признакъ: «съ намѣреньемъ обмануть» (with intent to defraud), или обвинительный актъ объ оскорбленіи должностного лица, если не указано, что послѣднее находилось *при исполненіи служебныхъ обязанностей* [2]). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ требуется примѣненіе извѣстныхъ сакраментальныхъ терминовъ для описанія образа дѣйствія, или намѣренья, или другого признака состава, и замѣна этихъ терминовъ равнозначащими словами недопустима: обвинительный актъ о предумышленномъ убійствѣ долженъ, напримѣръ, употребить слово «murdravit», актъ объ изнасилованіи—слово «rapuit», о кражѣ—«felonice cepit et asportavit»; при преступленіяхъ противъ личности требовалось употребить выраженіе «with force and armes», намѣренье при убійствѣ охарактеризовать словами «feloniously» и «of his malice aforethought». Далѣе, обвинительный актъ долженъ привести и тѣ конкретныя обстоятельства, въ которыхъ въ данномъ случаѣ осуществились признаки взводимаго на обвиняемаго преступленія: нельзя, напримѣръ, обвинять

---

[1]) Оно необходимо въ Шотландіи, гдѣ составляетъ большую посылку силлогизма, въ формѣ котораго излагаются тамъ обвинительные акты. Меньшую посылку составляетъ изложеніе фактической стороны. Заключеніе требуетъ наказанія обвиняемаго, если онъ будетъ изобличенъ въ этомъ преступленіи. Alison. Practice of the Criminal Law of Scottland Edinburg—London. MDCCCXXXIII, гл. VII, № 3 (стр. 219).

[2]) Archbold—op. c., стр. 108 (дѣло James), 63 (дѣло Leafe), Roscoe—op. c., стр. 451.

кого-либо просто въ кражѣ или разбоѣ, а должно указать факты, въ которыхъ кража или разбой проявились. Негоденъ обвинительный актъ, обвиняющій констебля въ небрежномъ исполненіи своихъ обязанностей и не указавшій, въ какихъ обстоятельствахъ выразилась эта небрежность. Изъ указаннаго правила существуютъ впрочемъ *исключенія*: при обвиненіи въ убійствѣ *въ настоящее время* не требуется указаніе способа или орудія причиненія смерти; при обвиненіяхъ въ baratry (кляузничество), содержаніи игорнаго дома или притона разврата или въ проституціи, факты, въ которыхъ усматриваются эти проступки, могутъ не быть приведены въ обвинительномъ актѣ. Точно такъ же можно не излагать подробностей пособничества или подстрекательства, поэтому, напримѣръ, при обвиненіи, по st. 37 Geor. 3 c. 70, въ подговорѣ военнослужащаго къ отказу отъ исполненія своихъ обязанностей, можно не упоминать о примѣненныхъ для подговора способахъ. Признается достаточнымъ употребленіе общихъ выраженій, безъ ближайшей конкретизаціи, при обвиненіяхъ въ подкупѣ или *недолжномъ воздѣйствіи* при выборахъ въ парламентъ, въ муниципальныя и друг. учрежденія. Обвинительный актъ, по 32 и 33 Vict. c. 62 (законъ о несостоятельныхъ должникахъ 1869 г.), можетъ не приводить какого-либо отдѣльнаго акта банкротства, не перечислять всѣхъ документовъ и т. п. [1]). Напротивъ, по общему правилу, способы, примѣненные для обманнаго полученія денегъ, должны быть спеціально означены и, если означены только нѣкоторые и сказано: «и другіе», то это указаніе неточно, и обвинительный актъ можетъ быть признанъ недѣйствительнымъ [2]).

Но особенно интересны правила относительно приведенія въ indictment другихъ конкретныхъ фактовъ, кромѣ необходимыхъ для описанія абстрактныхъ выраженій закона, а именно: относительно индивидуализирующихъ обстоятельствъ: времени, мѣста, предмета, орудія, способа совершенія преступнаго дѣянія, имени обвиняемаго или потерпѣвшаго. Здѣсь особенно ярко проявился формализмъ англійскаго права.

---

[1]) Archbold—70, 71, 61, 62 стр.

[2]) Archbold—65 стр. Ср. Alison—op. c., стр. 276, 277. Эта неопредѣленность влечетъ недѣйствительность обвинительнаго акта только до вердикта, послѣ же недостатокъ признается исправленнымъ (cured) въ вердиктѣ. (Archbold—стр. 74, дѣло Goldsmith).

Обвинительный актъ долженъ точно указать имя обвиняемаго, а также потерпѣвшаго, или то прозвище, подъ которымъ они извѣстны [1]). При неизвѣстности имени, можно ограничиться указаніемъ на это, и обвинительный актъ можетъ, напримѣръ, говорить о кражѣ у лица, неизвѣстнаго присяжнымъ (т. е. обвинительному жюри), или обозначить обвиняемаго такъ: «человѣкъ, который по имени неизвѣстенъ обвинительному жюри, но доставленъ ему лично смотрителемъ тюрьмы» [2]); если бы однако оказалось, что въ дѣйствительности имя потерпѣвшаго или обвиняемаго извѣстно обвинителю, то этого достаточно было для признанія подсудимаго оправданнымъ по настоящему обвиненію, а обвинитель могъ возбудить новое противъ того же лица за то же дѣяніе, приведя въ indictment правильное его названіе [3]). Въ дѣлѣ Walker обвинительный актъ приписывалъ подсудимому, что онъ подговорилъ неизвѣстное присяжнымъ лицо совершить кражу. Большое жюри нашло, что кражу совершилъ нѣкто Чарльзъ Ильсъ, который сознался въ этомъ. Судья (Le-Blanc) разъяснилъ малому жюри, что подсудимый (подстрекатель) долженъ быть оправданъ, вслѣдствіе неправильности указанія обвинительнаго акта, гдѣ говорилось о совершеніи кражи неизвѣстнымъ лицомъ, тогда какъ оно фигурировало передъ присяжными и имя его упомянуто на оборотѣ обвинительнаго акта, въ спискѣ свидѣтелей по данному дѣлу.

Не менѣе педантично другое рѣшеніе, состоявшееся по дѣлу Clark и относящееся къ имени потерпѣвшаго. Обвинительный актъ говорилъ объ убійствѣ рожденнаго внѣ брака ребенка George Lakeman Clark'a. На судебномъ слѣдствіи выяснилось, что ребенокъ при крещеніи нареченъ «George Lakeman», по фамиліи его предполагаемаго отца, что онъ такъ всегда и назывался, что и мать, фамилія которой была Clark, тоже такъ его звала, и другой фамиліи ребенка, кромѣ Lakeman, свидѣтели не знаютъ. Судъ нашелъ все-таки недостаточнымъ, что было установлено тождество личности, и осужденіе не могло послѣдовать [4]). Фатальное значеніе имѣла даже незначительная описка

---

[1]) Roscoe—op. c., стр. 75.

[2]) Archbold—op. c., стр. 48. Stephen-Mühry. Handbuch des englischen Strafrechts und Strafverfahrens. Göttingen. 1843 г., стр. 434.

[3]) Roscoe—76.

[4]) Roscoe—75 стр., Archbold—49 стр.

въ имени, развѣ бы, несмотря на это, дѣйствительное имя и указанное въ обвинительномъ актѣ произносились одинаково, были «idem sonantia» и различались лишь по начертанію (напр. Segrave и Seagrave, но не M.' Cann и M.' Carn) [1]). Даже въ томъ случаѣ, гдѣ какое-либо имя было приведено въ indictment безъ особенной надобности, напр.: при описаніи мѣста совершенія убійства указано, что оно произошло въ домѣ, принадлежащемъ Джемсу Бреверу и Джону Сендей, вмѣсто Джону Бреверу и Джемсу Сендей, ошибка влекла паденіе обвиненія, «такъ какъ, если обвинитель счелъ нужнымъ указать наименованіе собственниковъ домовъ, то это несоотвѣтствіе получало существенное значеніе (it was a fatal variance) [2])».

Требовалось также точное обозначеніе времени и мѣста совершенія преступнаго дѣянія; нѣкогда даже необходимо было повторять эти указанія при каждомъ изъ изложенныхъ въ обвинительномъ актѣ дѣйствій (then and there—тогда и тамъ) [3]). Нынѣ обозначеніе мѣста представляется необходимымъ съ такою точностью, которая нужна для опредѣленія территоріальной подсудности и только въ нѣкоторыхъ случаяхъ болѣе точное, именно: при преступленіяхъ, связанныхъ съ мѣстностью [4]). Но, если обвинитель привелъ названіе мѣста, хотя бы этого въ данномъ случаѣ не требовалось, а просто для описанія, и окажется, что оно носитъ другое названіе, то обвиненіе падаетъ: напримѣръ, когда подсудимый обвинялся въ запрещенной охотѣ на дичь въ лѣсу, названномъ въ обвинительномъ актѣ «Old Walk», а было установлено, что лѣсъ назывался на самомъ дѣлѣ «Long Walk» [5]).

---

[1]) Archbold—58 стр., Alison—op. c., 222 стр., Roscoe—77 стр.

[2]) Roscoe—стр. 76 (дѣло Durore). Позднѣйшее рѣшеніе по дѣлу Pye, по аналогичному случаю, послѣдовало въ противоположномъ смыслѣ. Sfarkie—A pratical Treatise of the Law of Evidence and Digest of proofs in Civil and Criminal Proceedings. London. 1842 г. (3-е изд.), т. I, 466«

[3]) Archbold—59 стр., Franqueville—op. c., II, стр. 344 и пр. 4 ibid. Это признавалось необходимымъ даже въ концѣ XVIII в. Roscoe—74 стр.—указываетъ впрочемъ, что, по странной непослѣдовательности, не требовалось доказать мѣсто и время, какъ приведено въ indictment кромѣ случаевъ, гдѣ преступленіе ограничено во времени или по мѣсту.

[4]) Roscoe—77 стр., Starkie—I, 465, Archhold—60 стр. Къ такимъ преступленіямъ относятъ кражу изъ обитаемаго помѣщенія, вторженіе въ жилище, содержаніе публичныхъ домовъ и нѣкоторыя другія.

[5]) Roscoe—78 стр. (дѣло Owen).

Въ другомъ случаѣ (въ Шотландіи) указано было, что разбой совершенъ на тропинкѣ, хотя это указаніе могло быть опущено. На слѣдствіи выяснилось, что преступленіе было окончено на дорогѣ, шедшей рядомъ съ этой тропинкой; обвиненіе было спасено только потому, что начало дѣянія произошло все-таки на тропинкѣ [1]).

Что касается обозначенія въ indictment времени совершенія, *то точность требуется только въ случаяхъ, когда это важно* для существа преступленія, напримѣръ: при burglary (кражѣ со взломомъ): для состава этого преступленія необходимо совершеніе его ночью, поэтому принято указывать въ обвинительномъ актѣ часъ, когда оно совершилось, но признается достаточнымъ, если сказано, что оно произошло ночью; можно даже ограничиться выраженіемъ «burglariously», не указывая ночного времени или времени вообще (дѣло Thompson) [2]). Точность важна, далѣе, если возбужденіе уголовнаго преслѣдованія ограничено извѣстнымъ срокомъ. Въ Шотландіи существовало правило, что обвиненіе признается годнымъ, если преступленіе произошло хотя и не въ то время, которое обозначено въ обвинительномъ актѣ, но въ томъ же мѣсяцѣ или въ непосредственно слѣдующемъ или предшествующемъ. Основаніе допустимости *такихъ отклоненій Ализонъ видитъ въ томъ, что бо́льшая точ*ность немыслима, такъ какъ память свидѣтелей слабѣе именно при опредѣленіи времени [3]).

Съ большей строгостью относилось англійское право къ описанію объекта преступнаго дѣянія. Въ дѣлѣ Jenks, ошибочное наименованіе собственника украденныхъ вещей, вмѣсто «I. Davis» «I. Wakelin», повлекло оправданіе подсудимаго: при-

---

[1]) Alison—op. c., стр. 263. См. также 257 — 264 стр. Не такъ строго въ Англіи. Ср. Sarkie—I, 465.

[2]) Roscoe—77, Archbold—59, 60 стр.

[3]) Alison—251, 252 стр. Въ виду особой важности времени совершенія преступнаго дѣянія для защиты, напр., при установленіи alibi, Глазеръ соглашается съ мнѣніемъ, высказаннымъ по этому поводу однимъ американскимъ юристомъ: «придавать значеніе невѣрной буквѣ въ имени и допускать неправильную дату есть педантизмъ». (Glaser—Anklage, Wahrspruch etc., стр. 62, пр. 18). Для случаевъ, гдѣ отъ этого зависитъ установленіе alibi, въ Шотландіи особыя правила относительно указанія времени, см. у Alison'a—op. c., 253 стр.

знано невозможнымъ игнорировать эти слова, какъ излишнюю прибавку (surplusage), такъ какъ они опредѣляютъ похищенное имущество, и безъ нихъ описаніе преступленія неполно. Неправильное обозначеніе имущества влекло оправданіе, и нельзя было, напримѣръ, обвиненіе въ кражѣ ботинокъ (schoes) поддерживать, доказывая на судебномъ слѣдствіи кражу сапогъ (boots). Требовалось также точное указаніе въ обвинительномъ актѣ о кражѣ числа и цѣны похищенныхъ предметовъ и даже точное обозначеніе и наименованіе украденныхъ монетъ [1]).

Менѣе строго въ этомъ отношеніи уже издавна шотландское право, признающее невозможнымъ и несправедливымъ затруднять потерпѣвшаго такими требованіями, часто невыполнимыми [2]).

По обычному праву Англіи, документы, на которые направлено было дѣяніе обвиняемаго, должны были быть приведены въ обвинительномъ актѣ дословно: напр., при обвиненіи въ подлогѣ [3]).

При обвиненіи въ преступленіяхъ, состоящихъ въ произнесеніи или написаніи какихъ-либо словъ, напримѣръ: при обидѣ, угрозѣ, памфлетѣ, эти слова должно было привести самымъ точнымъ образомъ. Даже такое несовпаденіе обвинительнаго акта съ установленнымъ на судебномъ слѣдствіи происшествіемъ, какъ то, что оскорбительныя слова были сказаны на самомъ дѣлѣ во второмъ лицѣ, какъ прямое обращеніе, а не въ третьемъ, повлекло оправданіе [4]).

Требовалось, наконецъ, и точное обозначеніе орудія, которымъ совершено преступленіе, напримѣръ: вида оружія при убійствѣ или нанесеніи раны и даже цѣны оружія [5]).

---

[1]) Roscoe—76, 77 стр., Archbold—68, 69 стр.

[2]) Alison—293 и слѣд. стр.

[3]) Archbold—66 стр. Ошибка при передачѣ документа въ копіи влекла потерю дѣла Starkie—I, 477.

[4]) Archbold—67, 68 стр. (дѣло Berry).

[5]) Ср обвинительный актъ по дѣлу Webster (изъ американской практики) у Mittermaier'a — Das Englische, Schottische und Nordamerikanische Strafverfahren. Erlangen. 1851 г., стр. 258, пр. 37. См также Franqueville—op. c., II, 345 стр. Напротивъ, въ Шотландіи этого не требовалось: обвинительный актъ могъ, напримѣръ, такъ обозначить орудіе: «молоткомъ или другимъ тяжелымъ орудіемъ, которымъ можно причинить смерть. (Alison—299 стр.).

Такой порядокъ велъ, по замѣчанію Беста, къ тому, что «*проигрывались самыя справедливыя дѣла въ мірѣ*» [1]); самими англійскими юристами сознавалась необходимость смягчить этотъ формализмъ, обращавшій процессъ въ какую-то лоттерею, гдѣ стараются поймать противника на словѣ, и дѣлавшій изъ отправленія уголовнаго правосудія «торжественный фарсъ», какъ выразился Стифенъ [2]). Опредѣленность обвинительнаго акта въ описаніи событія и юридической квалификаціи, конечно, нужна, особенно при отсутствіи постановки вопросовъ присяжнымъ и самостоятельной формулировки приговора, для того, чтобы судъ зналъ, о чемъ рѣшать и есть ли составъ преступленія, подсудимый—противъ чего защищаться, чтобы онъ могъ оспаривать приписываемые ему факты или ихъ уголовно-юридическое значеніе и чтобы въ послѣдующемъ возможномъ процессѣ онъ былъ въ состояніи представить exceptio rei judicatae, т. е. установить, что онъ судился уже за *это* же дѣяніе [3]).

Но поэтому именно и нѣтъ надобности приводить въ обвинительномъ актѣ несущественныя подробности и, если онѣ приведены, придавать ихъ недоказанности такое значеніе, чтобы

---

[1]) Best-Marquardsen—267 стр.

[2]) См. Franqueviile — op. c., II, 346. Самъ Franqueville видитъ въ точности обвинительнаго акта въ Англіи гарантію для подсудимаго, тѣмъ болѣе важную, чѣмъ менѣе опредѣленно проведено разграниченіе отдѣльныхъ преступленій. По Roscoe (op. c., 79), эта строгость есть средство оградить обвиняемаго отъ неожиданныхъ поворотовъ обвиненія, опровергать которые онъ не приготовился. Ализонъ по поводу формализма обвинительныхъ актовъ говоритъ, что здѣсь примѣнимо изреченіе: «multorum, quae a majoribus nostris instituta, ratio reddi non potest» и прибавляетъ, что опытъ, который обошелся дорого, показалъ, какъ опасны могутъ быть такія ошибки, и что, стоитъ дозволить небрежность и неточность въ несущественной части обвинительнаго акта, спустя немного времени онѣ проникнутъ и въ существенныя его части. См. Alison — op. c., стр. 220, но на стр. 288 онъ самъ отмѣчаетъ дурное впечатлѣніе, производимое на общество оправданіемъ, послѣдовавшимъ по причинѣ небрежнаго составленія судебныхъ актовъ.

[3]) Archbold — стр. 64. См. также мнѣнія американскихъ юристовъ у Глазера (Anklage etc., 51 стр., пр. 2), который, съ своей стороны, отмѣчаетъ двойственный характеръ indictment, какъ основы судебнаго слѣдствія, излагающей сущность обвиненія (Darlegung des Angriffs), и какъ проекта вердикта и декларативной части приговора (ibid. стр. 52, 181).

осужденіе не могло послѣдовать. Такая прибавка подробностей есть *излишекъ*, «surplusage», *и, если въ остальныхъ, существенныхъ частяхъ* обвиненіе правильно и подтверждено, обвиняемый не подлежитъ оправданію. «Utile per inutile non vitiatur», говоритъ Старки [1]). По его мнѣнію, важно только тожество доказаннаго съ изложеннымъ въ обвинительномъ актѣ, но полнаго, естественнаго тожества нельзя требовать, и право удовлетворяется меньшимъ: совпаденіемъ доказательствъ съ фактами и обстоятельствами, которые юридически существенны для обвиненія [2]). Сюда относятся прежде всего факты, составляющіе необходимые элементы (necessary ingredients) преступленія, взводимаго на обвиняемаго [3]), но кромѣ того и нѣкоторыя описательныя утвержденія: индивидуализирующія обстоятельства, важныя для установленія тожества дѣянія, опредѣляющія и отграничивающія его отъ другихъ такихъ же. Если бы было опущено такое обстоятельство или не доказано такъ, какъ утверждалось въ indictment, обвиняемый могъ бы быть введенъ въ заблужденіе относительно существа обвиненія, и вердиктъ и приговоръ могли бы признать подсудимаго виновнымъ въ другомъ дѣяніи, а при новомъ обвиненіи за то же дѣяніе протоколъ *прежняго засѣданія* (*въ который вносится и приговоръ*) не давалъ бы обвиняемому опредѣленнаго доказательства тожества прежняго и новаго предметовъ обвиненія.

Поэтому, поясняетъ Старки, при обвиненіи въ кражѣ вороной лошади, утвержденіе обвинительнаго акта о цвѣтѣ лошади, хотя и не необходимое, но описывающее существенный элементъ *обвиненія* (*предметъ кражи*)—descriptive of that, which is material—не должно быть отброшено: доказательство, что украдена бѣлая лошадь не было бы доказательствомъ части утверждаемаго, но доказательствомъ другого дѣянія, совершенія другой кражи [4]). «Указаніе по своей собственной природѣ излишнее, нельзя однако разсматривать, какъ несущественное,

---

[1]) Starkie—Practical Treatise, т. I, стр. 432. См. такъ же Alison—op. c., стр. 224 (рѣш. 1746 г.).

[2]) Это «artificial and legal identity». Starkie—op. c., 431 стр.

[3]) См. Archbold—op. c., стр. 63. Повидимому, такъ же Starkie—I. 471.

[4]) Starkie—op. c., I, 433, 434 стр. Такъ же Best-Marquardsen—стр. 265 и пр. 4 на 266 стр.

когда оно устанавливаетъ тожество того, что существенно». Напротивъ, surplusage есть «такое указаніе (averment), которое можетъ быть совершенно отброшено безъ вреда для обвиненія»: такъ, для состава разбоя безразлично, совершено ли преступленіе въ обитаемомъ помѣщеніи, поэтому, если окажется, что имя собственника дома, приведенное въ indictment, приведено невѣрно, это не мѣшаетъ осужденію; такъ еще, если обнаружится ошибочность указанія обвинительнаго акта, что поджогъ совершенъ въ ночное время [1]).

Въ судебной практикѣ мы встрѣчаемъ также случаи, гдѣ несовпаденіе фактической стороны преступнаго дѣянія, какъ она изображена въ обвинительномъ актѣ, съ дѣйствительностью, отразившеюся въ приведенныхъ на судѣ доказательствахъ, не имѣло результатомъ оправданія подсудимаго, вслѣдствіе того, что это измѣненіе обвиненія не вліяло на составъ преступленія: такъ, обвиняемая, согласно indictment, дала незамужней женщинѣ H. M. G. нѣсколько пріемовъ настойки (decoction) для умерщвленія плода, судебное слѣдствіе обнаружило, что данное средство приготовлялось поливаньемъ листьевъ какого-то растенія кипяткомъ, и эксперты признали это средство «отваромъ» (infusion). Судья Лауренсъ объяснилъ присяжнымъ, что настойка и отваръ понятія ejusdem generis, и для обвиненія су-

---

[1]) Starkie—I, 436, 437, 443 стр. То же правило, самостоятельно, не ссылаясь на Starkie, устанавливаетъ Glaser—Anklage etc., стр. 187, 188. Арчбольдъ говоритъ: «Когда обвинительный актъ содержитъ suplusage, но факты, составляющіе преступленіе, достаточно обозначены безъ такихъ излишнихъ словъ, обвинительный актъ годенъ (is not bad), если такой излишекъ и обозначенъ ошибочно» (Archbold — стр. 64). Alison, въ свою очередь, находитъ, что несовпаденіе деталей обвинительнаго акта, напр., званія потерпѣвшей, съ тѣмъ, что установлено судебнымъ слѣдствіемъ, не должно бы имѣть фатальное значеніе для дѣла, если этимъ не нарушается тожество какого-либо указанія, напр.: личности потерпѣвшаго (дѣло Hannay, Alison — стр. 284, 285, 287). Вообще онъ находитъ нужнымъ столь специальное обозначеніе личности, чтобы ее можно было отличить отъ кого-либо другого и обвиняемый могъ понять, кто имѣется въ виду (ibid. стр. 283). Съ точки зрѣнія существенности указаній для тожества дѣянія, могутъ быть признаны правильными и выше приведенныя рѣшенія по дѣламъ Owen и Jenks, поскольку тожество зависѣло тамъ отъ точности названій и именъ. См. дѣло Taylor (Starkie—I, 469 д). Ср. Glaser—op. c. 188, 189.

щественно только, дала ли подсудимая какое-либо вещество съ цѣлью умерщвленія плода (дѣло Phillips) [1]).

Въ другомъ случаѣ обвинительный актъ приписывалъ лицу A. нанесеніе потерпѣвшему смертельнаго удара, а лицамъ B. и C. пособничество; на судѣ оказалось, что смертельный ударъ нанесъ B., а C. и A. помогали ему. Этотъ поворотъ обвиненія признанъ допустимымъ, такъ какъ всѣ трое могутъ быть, на *основаніи даннаго обвинительнаго акта, признаны виновными въ* убійствѣ; тожество лица, нанесшаго ударъ, несущественно, такъ какъ, согласно англійскому праву, этотъ ударъ считается нанесеннымъ всѣми тремя, и тотъ, кто его нанесъ, только орудіе остальныхъ [2]). По дѣлу Leatham было признано безразличнымъ для обвиненія, совершенъ ли подсудимымъ подкупъ при выборахъ черезъ нѣкоего F. G. (какъ утверждалъ обвинительный актъ), которому онъ далъ для этой цѣли деньги, или же F. G. совершилъ это не самъ, а поручилъ это своимъ агентамъ (какъ установлено слѣдствіемъ), ибо подкупъ прямой или черезъ агентовъ одно и то же въ глазахъ закона. Такимъ образомъ, здѣсь и въ предыдущемъ примѣрѣ признана возможной подстановка одного факта на мѣсто другого, юридически равнозначащаго [3]).

Средствомъ противъ проигрыша дѣла, вслѣдствіе неточности обвинительнаго акта, можетъ быть, далѣе, то правило толкованія, въ силу котораго употребленное выраженіе должно быть понимаемо въ его обычномъ, общепринятомъ смыслѣ. Поэтому, напримѣръ, при обвиненіи въ подчисткѣ передаточной надписи на векселѣ обвинительный актъ былъ подвергнутъ разрѣшенію *присяжныхъ, несмотря на то, что тамъ эта надпись* была названа «indorsement», а оказалось, что подчищенныя слова были не на оборотѣ векселя, а на лицевой сторонѣ, и

---

[1]) Roscoe—op. c., стр. 78.

[2]) Ibid. Согласно 24 и 25 Vict. c. 94, s. 1 (Зак. 1861 г.), пособникъ (accessory before the fact) можетъ быть обвиненъ, судимъ, осужденъ и наказанъ во всѣхъ отношеніяхъ такъ, какъ если бы онъ былъ главнымъ виновнымъ (Roscoe—71 стр., Archbold—1230)

[3]) *Roscoe—op. c.*, 299 стр. См. также Glaser—Anklage etc., 182—185 стр. Въ этихъ случаяхъ, говоритъ онъ, «прибѣгаютъ къ помощи юридической фикціи». (183 стр.). Эта фикція создается положеніями *матеріальнаго* права.

это измѣненіе обвиненія было допущено потому, что такая надпись обыкновенно также называется indorsement [1]).

Существеннымъ ограниченіемъ принципа полной неизмѣнности обвиненія, формулированнаго въ indictment, служитъ предлагаемое англійскими юристами и усвоенное судебной практикой *правило дѣлимости утвержденій* (divisible averments) обвинительнаго акта; согласно этому правилу, поскольку утвержденіе дѣлимо, доказанность на судѣ только части утверждаемаго не ведетъ къ потерѣ дѣла. Это касается прежде всего такихъ утвержденій, дѣлимость которыхъ не связана съ измѣненіемъ юридической стороны дѣянія: если, напримѣръ, обвинительный актъ говорилъ, что похищено большее количество предметовъ или высшей цѣны, а доказана кража меньшаго количества (вмѣсто 10 сувереновъ 5) или менѣе дорогихъ вещей, или, если обвинительный актъ вмѣнялъ подсудимому въ вину составленіе, напечатанье и опубликованіе пасквиля, а доказано только опубликованье, ибо для состава преступленія достаточно одного изъ этихъ дѣйствій; такъ еще, когда въ обвинительномъ актѣ говорилось о нѣсколькихъ внѣшнихъ актахъ (overt acts), въ которыхъ проявилась государственная измѣна (high treason), а слѣдствіемъ установленъ только одинъ изъ нихъ, или о нѣсколькихъ ложныхъ показаніяхъ (при лжесвидѣтельствѣ), а установлено какое-нибудь одно [2]).

Въ этихъ случаяхъ, а также въ разсмотрѣнныхъ выше, несмотря на происшедшее измѣненіе обвиненія такого *чисто фактическаго* свойства, вердиктъ присяжныхъ можетъ отвѣтить

---

[1]) Archbold—op. c., стр. 65 (дѣло Bigg.).

[2]) Roscoe—op. c., 72—74, Starkie—op. c., I, 432, 433, 438. Archbold—op. c., 195 стр. Послѣдній смѣшиваетъ эти случаи съ приводимыми въ текстѣ ниже, гдѣ измѣняется и квалификація, и разсматриваетъ и тѣ, и другіе въ одной рубрикѣ: «Verdict of lesser offence than that charged in indictment». Тамъ, гдѣ размѣръ или количество индивидуализуютъ предметъ обвиненія и существенны для тожества дѣянія, частичное подтвержденіе на судѣ даже дѣлимаго указанія обвинительнаго акта недопустимо, ибо обвиняемый могъ бы быть осужденъ за другое дѣяніе. См. Starkie—op. c., стр. 435. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ цѣна можетъ быть существенна для состава преступленія, и тогда допущеніе частичнаго доказательства зависитъ отъ возможности измѣненія юридическаго свойства дѣянія, указаннаго въ обвинительномъ актѣ (см. ниже текстъ).

на обвинительный актъ словомъ: «виновенъ» [1]), но можетъ сдѣлать и прибавку, ограничивающую отвѣтъ тѣмъ, что дѣйствительно доказано, напримѣръ: на обвинительный актъ объ убійствѣ посредствомъ нанесенія трехъ ранъ, отвѣтить: виновенъ, но нанесена одна рана [2]).

Но обычное право Англіи не ограничивается допущеніемъ однихъ фактическихъ измѣненій: на основаніи уже указаннаго принципа дѣлимости утвержденій обвинительнаго акта, обвинительный вердиктъ можетъ быть постановленъ, несмотря на то, что не доказаны какіе-либо элементы инкриминируемаго преступленія, если только остальные, доказанные даютъ все-таки составъ какого-либо преступленія [3]). Такимъ образомъ обвиняемый можетъ быть осужденъ за другое преступленіе, чѣмъ указанное въ обвинительномъ актѣ, когда первое относится ко второму, какъ меньшее къ большему: такъ, при обвиненіи въ предумышленномъ убійствѣ (murder), если предумышленье (malice prepense) не установлено судебнымъ слѣдствіемъ, подсудимый можетъ быть признанъ виновнымъ въ простомъ (умышленномъ)

---

[1]) См. Glaser—op. c. § 8, особ. 185 стр. (внизу) и 186.

[2]) См. дѣло Morgan у Archbold'a—op. c., стр. 198. Арчбольдъ впрочемъ говоритъ, что былъ въ этомъ случаѣ вынесенъ спеціальный вердиктъ, который состоитъ въ томъ, что присяжные ограничиваются констатированіемъ фактовъ, предоставляя субсумцію ихъ суду. Въ такомъ случаѣ присяжные не отвѣчаютъ: «виновенъ». См. Glaser—Anklage etc., 163, 164 стр., который однако отмѣчаетъ, что трудно отличить настоящій спеціальный вердиктъ отъ близкаго съ нимъ special finding, когда присяжные отвѣчаютъ: «виновенъ» съ прибавленіемъ, оставляя открытымъ вопросъ о юридическомъ значеніи какого-либо признаннаго ими фактическаго момента. При спеціальномъ вердиктѣ въ истинномъ смыслѣ присяжные констатировали бы всѣ признанные ими, съ отступленіемъ отъ обвинительнаго акта, факты, а о наличности въ нихъ состава инкриминируемаго преступленія рѣшилъ бы судъ.

[3]) Archbold — op. c. 194 и слѣд., Roscoe — op. c., стр. 72 и слѣд., Starkie—op. c., I, 432, 439 стр. Въ этомъ случаѣ присяжные выносятъ или вердиктъ съ прибавленіемъ: виновенъ въ умышленномъ убійствѣ (manslaughter) — см. Glaser—Anklage etc., 199 стр., — или же спеціальный вердиктъ, см. дѣло Frances—Roscoe —op. c., 72 стр., гдѣ присяжные, при обвиненіи въ разбоѣ, признали доказанными факты, соотвѣтствовавшіе только кражѣ.

убійствѣ (manslaughter), при обвиненіи въ кражѣ со взломомъ (burglary and stealing goods) или разбоѣ (robbery), можетъ быть признанъ виновнымъ въ простой кражѣ (larceny) [1]), если взломъ, или насиліе надъ личностью, или угроза не доказаны; при обвиненіи въ кражѣ со взломомъ, осужденіе можетъ послѣдовать также за взломъ, за проникновеніе въ обитаемое помѣщеніе ночью съ намѣреньемъ совершить тамъ преступленіе, за вторженіе въ жилище, или за кражу изъ обитаемаго помѣщенія на сумму не менѣе 5 фунтовъ ст. (если такая цѣна украденнаго была упомянута въ indictment), сообразно съ тѣмъ, что установлено на судѣ. Вообще при отпаденіи отягчающихъ обстоятельствъ, вердиктъ можетъ признать наличность преступленія неквалифицированнаго, напримѣръ: вмѣсто кражи лошади—простую кражу. Такъ и въ томъ случаѣ, когда обвиненіе въ преступленіи, сопровождаемомъ отягчающими обстоятельствами, было основано на какомъ-либо статутѣ, а преступленіе безъ этихъ обстоятельствъ наказуемо не по статуту, а по обычному праву: при нѣкоторыхъ преступленіяхъ противъ личности, согласно многимъ рѣшеніямъ судовъ, подсудимый можетъ быть признанъ виновнымъ за болѣе легкій видъ насилія—common assault (нападеніе, обида дѣйствіемъ, самоуправство), напримѣръ: по обвинительному акту, говорящему о нападеніи и незаконномъ причиненіи ранъ и истязаніяхъ, повлекшихъ серіозное тѣлесное поврежденіе (actual bodily harm), предусмотр. 24 и 25 Vict. 100, s. 47 (дѣла Oliver, Jeadon), или—если даже въ обвинительномъ актѣ не упоминалось объ «assault» (дѣло Taylor); такъ еще, при обвиненіи въ indecent assault (любострастіе съ насиліемъ; дѣло Bostock) [2]). При обвиненіи въ лжесвидѣтельствѣ подъ присягой

---

[1]) Archbold—194 и Roscoe—72. Оба ссылаются на Hale'я, см. однако противоположное рѣшеніе по дѣлу Frances у Roscoe (ibid.).

[2]) Archbold—195, Roscoe — 267, 268 стр. Archbold не ссылается по дѣламъ Oliver и друг. на законъ 7 Will. IV и 1 Vict. c. 85, который признавалъ такой принципъ и былъ отмѣненъ 14 и 15 Vict. c. 100, s. 10, и судя по указанію на 24 и 25 Vict. c. 100, s. 47, эти дѣла относятся къ болѣе позднему періоду, и рѣшенія основаны на общемъ правилѣ о доказанности части утвержденій обвинительнаго акта: 24 и 25 Vict. c. 100, s. 47 предусматриваетъ assault съ болѣе тяжелымъ результатомъ. Ср. еще Roscoe—ор. с., 177 стр. (Dingley) и Archbold—ор. с., стр. 797. Прежде, до закона 48 и 49 Vict. c. 69, формула обвинительнаго акта при изнасилованіи

(perjury, пред. статутомъ), подсудимый можетъ быть признанъ виновнымъ въ принесеніи ложной присяги передъ компетентной властью (по обычному праву, это false oath—misdemeanor), но не въ судебномъ процессѣ; для perjury необходимъ и этотъ признакъ. Допускается и переходъ отъ болѣе тяжкаго преступленія, предусмотрѣннаго статутарнымъ правомъ, къ менѣе тяжкому, предусмотрѣнному также статутомъ, когда составъ перваго содержитъ какой-нибудь признакъ, лишній по сравненію съ составомъ второго: такъ, при обвиненіи въ опубликованіи клеветнической статьи (defamatory libel) завѣдомо о ея лживости, проступкѣ, за который 6 и 7 Vict. c. 96, s. 4 угрожаетъ денежнымъ штрафомъ и тюрьмою до двухъ лѣтъ, въ случаѣ недоказанности завѣдомости, вердиктъ можетъ признать наличность проступка, пред. s. 5, c. 96 того же статута и наказуемаго штрафомъ и тюрьмою не свыше одного года [1]).

Измѣненіе обвиненія, затрагивающее и юридическую сторону его, за нѣкоторыми исключеніями, основанными на прямомъ указаніи закона, возможно однако только при условіи перехода отъ преступленія (felony) къ преступленію или отъ проступка (misdemeanor) къ проступку, но не отъ одного изъ этихъ видовъ преступнаго дѣянія (offence) къ другому, такъ какъ они представляютъ различія (are different things). Поэтому, при обвиненіи въ нападеніи съ цѣлью грабежа (felony), не можетъ быть постановленъ приговоръ о виновности подсудимаго въ common assault (misdemeanor); обвиняемый въ сбытѣ поддѣльной монеты послѣ осужденія уже за такое же преступное дѣяніе, что составляетъ felony, не можетъ быть осужденъ за сбытъ въ первый разъ поддѣльной монеты, если рецидивъ не установленъ, такъ какъ тогда дѣяніе превращается въ misdemeanor [2]).

гласила: «совершилъ нападеніе и противозаконно совокупился и т. д.», и также допускалось осужденіе за «common assault» (дѣло Guthrie), нынѣ слова «совершилъ нападеніе» опускаются, и возможность перехода къ «common assault» считается сомнительной (Roscoe—777, Archbold—195).

[1]) Archbold—195, 993 и 1063 стр.

[2]) Archbold — 196, Roscoe — 72 стр. (внизу). Порядокъ производства при felony и misdemeanor не одинаковый, напр., въ отношеніи отводовъ, сообщенія подсудимому копіи обвинительнаго акта. (См. Archbold—82, 179, 166 стр. и Roscoe—168 стр.).

Основанія новаго воззрѣнія, смягчившаго прежній доведенный до крайности формализмъ, давшаго больше свободы присяжнымъ и судьямъ относительно предъявленнаго обвиненія и открывшаго путь къ нѣкоторымъ отклоненіямъ отъ послѣдняго въ вердиктѣ и приговорѣ, получили въ статутарномъ правѣ Англіи (законодательствѣ) отчасти признаніе, отчасти дальнѣйшее развитіе.

Первоначально смягченіе строгихъ требованій, предъявляемыхъ къ судебнымъ актамъ было допущено въ гражданскомъ процессѣ (статутъ 3 и 4 Wil. IV c. 42, s. 23), затѣмъ распространено и на уголовный, на дѣла о проступкахъ, 9-мъ статутомъ Георга IV, а 11 и 12 статутами Викторіи (c. 46, § 4)—и на дѣла о преступленіяхъ. Но смягченіе выразилось только въ томъ, что разрѣшено было исправлять ошибки въ приведенныхъ въ обвинительномъ актѣ документахъ [1]). Несравненно болѣе важенъ законъ 7 августа 1851 г.—14 и 15 Act Victor. c. 100 (An Act for further improving the administration of criminal justice), устраняющій прежній формализмъ обвинительныхъ актовъ и вводящій особую *процедуру исправленія* (*amendment*) ихъ. Этотъ законъ [2]) начинается объясненіемъ необходимостн реформы и признаетъ, что «подсудимый часто ускользаетъ отъ осужденія, вслѣдствіе техническихъ строгостей уголовнаго судопроизводства въ вопросахъ, несущественныхъ для дѣла», что часто оправданіе является результатомъ несоотвѣтствія указаній обвинительнаго акта съ данными судебнаго слѣдствія въ отношеніи именъ, даты, мѣста и другихъ обстоятельствъ; что эта строгость можетъ быть смягчена, такъ чтобы наказаніе виновнаго было обезпечено, а вмѣстѣ съ тѣмъ у подсудимаго не были отняты законныя средства защиты.

Согласно этому закону (c. 100), если на судебномъ слѣдствіи (trial) будетъ обнаружено несоотвѣтствіе между приведенными тамъ доказательствами и утвержденіями обвинительнаго акта, относящимися къ названію округа, города, села, общины, прихода или вообще мѣста, или къ имени или описанію лица

---

[1]) Best-Marquardsen — op. c., 268, 269, 271 стр., Roscoe —op. c., 182 стр., Starkie—op. c. I, 496.

[2]) Онъ (c. 100) приведенъ съ позднѣйшими измѣненіями у Roscoe въ Appendix (op. c., стр. 871). На Шотландію этотъ законъ не распространяется. (См. sect. 32).

физическаго или юридическаго, собственниковъ объекта преступленія или вообще потерпѣвшихъ, или къ имени и фамиліи или какому бы то ни было обозначенію указанныхъ лицъ, или къ названію или описанію предмета, вещи, собственности, *суду предоставляется, если* онъ найдетъ, что такое *несоотвѣтствіе не затрагиваетъ существа дѣла* (such variance not material to the merits of the case) *и не можетъ повредить защитѣ* подсудимаго, предписать исправленіе обвинительнаго акта сообразно съ тѣмъ, что доказано. Исправленіе производится однимъ изъ чиновниковъ, состоящихъ при судѣ, или другимъ лицомъ въ той части, въ какой обнаружилось несоотвѣтствіе, а также въ другихъ частяхъ обвинительнаго акта, гдѣ это окажется необходимымъ (вслѣдствіе связи съ первой). Судъ для этого откладываетъ дѣло и назначаетъ его къ слушанью передъ тѣми же или другими присяжными, какъ найдетъ удобнымъ (reasonable). Постановленіе суда объ amendment записывается на оборотѣ обвинительнаго акта или пришнуровывается вмѣстѣ съ послѣднимъ къ протоколу засѣданія. Для свидѣтелей, обвиняемаго и обвинителя (the prosecutor) сохраняется обязанность явки въ новое засѣданіе съ прежней отвѣтственностью (залогомъ, поручительствомъ), для обвинителя—обязанность продолжать преслѣдованіе, для обвиняемаго право отводовъ, если дѣло слушается передъ новыми присяжными (sect I). Вердиктъ и приговоръ по такому исправленному обвинительному акту имѣетъ во всѣхъ отношеніяхъ ту же силу и тѣ же слѣдствія, какъ если бы послѣдній и первоначально былъ такимъ (s. II). Въ протоколъ засѣданія вносится только исправленный обвинительный актъ, безъ упоминанія о фактахъ, *исправленіе которыхъ послѣдовало* (s. III) [1]).

Благодаря процедурѣ исправленія обвинительныхъ актовъ, возникаетъ возможность привести въ соотвѣтствіе предъявленное обвиненіе съ результатами судебнаго слѣдствія, и устраняется то безвыходное положеніе, которое создается отсутствіемъ постановки присяжнымъ вопросовъ; но слѣдуетъ замѣтить, что исправленіе indictment возможно только въ случаяхъ, прямо указанныхъ въ 14 и 15 Vict. c. 100, s. 1, и не охватываетъ

---

[1]) Таково же содержаніе позднѣйшаго закона 50 и 51 Vict. c. 71 s. 20 для случаевъ особаго вида обвиненія—«inquisition». См. Archbold—стр. 144.

другихъ измѣненій, которыя можетъ потерпѣть обвиненіе на судебномъ слѣдствіи. Являясь, по справедливому замѣчанію Глазера, проектомъ вердикта, суррогатомъ вопроснаго листа континентальнаго процесса, исправленный обвинительный актъ ставитъ только одинъ главный вопросъ [1]).

Вмѣстѣ съ возможностью исправленія обвинительнаго акта, тотъ же законъ *отмѣняетъ прежнія строгія правила составленія indictment*: согласно sect. V, въ случаяхъ подлога и предъявленія поддѣланнаго документа [2]), кражи, присвоенія, уничтоженія, сокрытія или полученія обманнымъ способомъ какого-либо документа, достаточно опредѣлить его обычнымъ, общеизвѣстнымъ названіемъ или назначеніемъ, и не требуется уже приводить его въ копіи, или описывать его иначе, или указывать цѣну. То же опредѣляетъ ст. 7 (s. VII) для другихъ случаевъ, гдѣ необходимо сдѣлать въ обвинительномъ актѣ указаніе на документъ, написанный, напечатанный или изображенный въ цыфрахъ [3]). Монеты (sect. XVIII) и банковые билеты могутъ быть обозначены словомъ: деньги, а названія ихъ можно не приводить и не требуется доказать спеціальные признаки ихъ. Въ обвинительныхъ актахъ о лжесвидѣтельствѣ, ложномъ показаніи, удостовѣреніи и т. п. нужно обозначить только сущность инкриминируемаго преступленія и, передъ какимъ судомъ или передъ кѣмъ послѣдовало показаніе, свидѣтельство и т. д., не приводя тѣхъ документовъ, въ которые оно занесено (s. XX); то же опредѣляетъ s. XXI для indictment по поводу подкупа или подстрекательства къ преступленіямъ, упомянутымъ въ XX s. Болѣе общее предписаніе содержитъ XXIV s.: «не почитается неудо-

---

[1]) Ср. ниже и Glaser—Anklage etc., стр. 180 и 514.

[2]) Въ отношеніи этихъ преступленій дѣйствіе этой статьи отмѣнено 24 и 25 Vict. c. 95 и замѣнено такимъ же предписаніемъ 24 и 25 Vict. c. 98 s. 42 и 43 въ другой, болѣе полной редакціи (Archbold—67 стр.).

[3]) Ст. 5 воспроизводится позднѣйшимъ закономъ 24 и 25 Vict. c. 98 (Forgery Act 1861 г.) s. 42, а s. 43 и s. 44 того же закона воспроизводятъ, съ редакціонными измѣненіями, ст. 6 и 8 закона 1851 г. (14 и 15 Vict. c. 100), отмѣненныя 95 с. зак. 1861 г., и признаютъ достаточнымъ назвать безъ подробностей средства, употребленныя для поддѣлки документа, и указать обманное намѣреніе безъ обозначенія лица, на которое оно было направлено (см. Archbold -675 стр).

-вletворительнымъ обвинительный актъ, вслѣдствіе недостатка указанія какого-либо обстоятельства, которое не необходимо доказать», въ частности: вслѣдствіе того, что лицо названо не по имени, а описательно, напр.: по занимаемой должности, или вслѣдствіе того, что не обозначено время тамъ, гдѣ это несущественно для преступнаго дѣянія, или обозначено неправильно, напр.: въ невозможный день или въ день, слѣдующій за приняттемъ большимъ жюри обвинительнаго акта, или по недостатку полнаго и надлежащаго заключенія, по недостатку званія (addition) обвиняемаго, цѣны предмета, суммы вреда, *если они несущественны для состава преступленія*, наконецъ—вслѣдствіе упущенія нѣкоторыхъ техническихъ, сакраментальныхъ словъ [1]).

«Всякое возраженіе (s. XXV) противъ обвинительнаго акта, вытекающее изъ формальнаго недостатка, явствующаго изъ самого этого акта (formal defect apparent on the face thereof), должно быть осуществлено посредствомъ demurrer или просьбы о кассаціи обвинительнаго акта (motion to quash) до приведенія присяжныхъ къ присягѣ и не позже; и всякій судъ, которому заявлено такое возраженіе, можетъ, если найдетъ это необходимымъ, постановить объ исправленіи формальнаго недостатка чиновникомъ суда или другимъ лицомъ, послѣ чего судебное засѣданіе продолжается, какъ если бы такого недостатка не было». «Цѣль ст. 25, говоритъ Роско, вѣроятно, составляло не расширеніе права исправленія обвинительнаго акта, предоста-

---

[1]) Слишкомъ общая формулировка обвиненія можетъ однако вызвать особое ходатайство подсудимаго—demand for particulars—обращеніе его до засѣданія къ адвокату обвинителя съ просьбой сообщить болѣе подробныя свѣдѣнія о дѣяніи; въ случаѣ отказа, подсудимый представляетъ судьѣ удостовѣреніе; послѣдній *можетъ* отсрочить засѣданіе и потребовать отъ обвинителя сообщенія подробностей: напр., именъ лицъ, у которыхъ, согласно обвинительному акту о присвоеніи, получены обвиняемымъ деньги: хотя указаніе лицъ не требуется, но *въ данномъ случаѣ*, зная, о какихъ суммахъ идетъ рѣчь, онъ, можетъ быть, привелъ бы доказательства, что онѣ истрачены на нужды хозяина. *Особенно трудно защищаться*, при неопредѣленныхъ указаніяхъ времени, мѣста, суммы, или лица, *невиновному*. См. Roscoe—168, 413, 414 (дѣло Hodgson). Онъ указываетъ, что demand for particulars удовлетворяется обыкновенно при обвиненіи въ заговорѣ (conspiracy), растратѣ (embezzlement), кляузничествѣ (barratry), нарушеніи благочинія (nuisance), порчѣ большихъ дорогъ (168 стр.).

вленнаго ст. 1, а только предупрежденіе формальныхъ недостатковъ, явствующихъ изъ этого акта, которыми пользуются послѣ вердикта, ходатайствуя о кассаціи производства (motion in arrest of judgment), или инымъ образомъ. Терминъ: «formal defect apparent on the face of the indictment» довольно неопредѣленный; вѣроятно, разумѣются такіе формальные недостатки, которые могутъ быть исправлены въ силу 1 ст.» [1]). Но *правильность указаній, о которыхъ говорится въ ст. 1, можетъ* быть обнаружена вообще не изъ самого обвинительнаго акта, а только изъ данныхъ, установленныхъ судебнымъ слѣдствіемъ, т. е. послѣ приведенія присяжныхъ къ присягѣ, а въ ст. 25-й, рѣчь идетъ о противоположномъ случаѣ.

Самъ Роско приводитъ дѣло Larkin, въ которомъ неправильность обозначенія относилась къ *имени* подсудимаго и была ясна, впрочемъ, уже изъ обвинительнаго акта, такъ какъ между утвержденіями послѣдняго было противорѣчіе: подсудимый въ двухъ мѣстахъ, по ошибкѣ, былъ названъ различно (A. B. вмѣсто D. T.), тѣмъ не менѣе ходатайство подсудимаго, признаннаго виновнымъ, объ отмѣнѣ вердикта (arrest of judgment), т. е. возраженіе, заявленное позже, чѣмъ требуется 25 ст. с. 100 статута 14 и 15 Викторіи, апелляціонный судъ нашелъ *подлежавшимъ* удовлетворенію, вопреки мнѣнію первой инстанціи [2]). Скорѣе, ст. 25 имѣетъ въ виду другіе случаи, гдѣ прежде возраженіе могло быть заявлено и позже, послѣ вердикта, или даже послѣ приговора, какъ поводъ его отмѣны высшей инстанціей, по writ of error, и гдѣ границу намѣтило уже обычное право, послѣ нѣкоторыхъ колебаній, а именно случаи, въ которыхъ въ обвинительномъ актѣ не соблюдены стилистическія требованія [3]) или въ которыхъ указаніе, *существенное для обвиненія*, хотя и сдѣлано, но недостаточно полно (imperfectly). Уже обычное право признаетъ такіе недостатки дающими основаніе только для demurrer и уничтоженія обвинительнаго акта, но, если подсудимый этимъ возраженіемъ не воспользовался,

---

[1]) Roscoe—op. c. 184 стр.

[2]) Roscoe—op. c., стр. 183. Судъ первой инстанціи уже послѣ вердикта вычеркнулъ слова: «A. B.» и замѣнилъ ихъ словами: «D. T.» Но такое исправленіе послѣ вердикта найдено высшей инстанціей неправильнымъ, какъ измѣняющее то, что признано присяжными.

[3]) См., напр., Archbold—33 стр.

они считаются исправленными вердиктомъ [1]). Ст. 25 разсматриваемаго закона, повидимому, закрѣпила это, но вмѣсто уничтоженія indictment допустила его исправленіе [2]).

Къ вопросу о фактической сторонѣ обвинительнаго акта относится еще одно постановленіе—24 и 25 Vict. c. 100 (Offences against the Person Act, 1861 г.), s. 6, согласно которой не требуется приводить въ indictment по поводу убійства способа и средствъ причиненія смерти [3]).

Законодательство обратило вниманіе и на вопросъ объ *измѣненіи* на судебномъ слѣдствіи *юридической стороны* обвиненія. Въ основаніи большинства относящихся сюда статей различныхъ статутовъ лежитъ уже знакомый намъ принципъ, въ силу котораго, при доказанности части утверждаемыхъ обвинительнымъ актомъ фактовъ, вердиктъ можетъ признать подсудимаго виновнымъ въ той части, которая доказана. Такое поста-

---

[1]) Archbold—74, 253 (дѣла Heymann, Goldsmith), Roscoe — 204 стр. Послѣдній, на ряду съ приведеннымъ выше въ текстѣ мнѣніемъ, указываетъ и дѣло Goldsmith'a, между тѣмъ тамъ признано, что обвинительный актъ о принятіи вещей, полученныхъ посредствомъ обмана, могъ быть признанъ недѣйствительнымъ по demurrer или уничтоженъ (кассированъ) за неприведеніе *фактовъ обмана*, но это нарушеніе исправлено вердиктомъ.

[2]) Roscoe—op. c., 181 стр.—говоритъ, что, если объ уничтоженіи обвинительнаго акта по формальнымъ недостаткамъ проситъ обвинитель, то просьба, «кажется», можетъ быть заявлена до дѣйствительнаго начала судебнаго слѣдствія. Что ст. 25 не имѣетъ въ виду случаевъ, указанныхъ въ 24 ст., видно изъ того, что недостатки, упоминаемые въ послѣдней, признаются совсѣмъ не имѣющими значенія. Archbold—стр. 150—указываетъ, что именно послѣ изданія этого закона, demurrer утратило прежнее значеніе.

[3]) Эта статья возстанавливаетъ 14 и 15 Vict. c. 100, s. 4, отмѣненную c. 95 того же статута 24 и 25 Vict. (Archbold—744). Послѣдній предусматриваетъ различныя преступленія противъ имущества, личности и т. д., а потому статьи, содержавшіяся въ 14 и 15 Vict., c. 100 и относившіяся къ indictment по поводу этихъ преступленій, размѣщены въ соотвѣтствующихъ главахъ статута 24 и 25 Vict. и выпущены (въ силу c. 95) при новомъ изданіи 14 и 15 Vict. См. также ниже (текстъ) и 24 и 25 Vict. c. 96, s. 94, воспроизводящую s. 14 c. 100 статута 14 и 15 Vict. и дозволяющую при обвиненіи нѣсколькихъ лицъ въ совмѣстномъ укрывательствѣ (receiving) имущества, вынести вердиктъ о виновности только того или тѣхъ, которые изобличены, хотя бы было установлено укрывательство только части того имущества (ibid. стр. 515).

новленіе содержитъ 9 ст. 14 и 15 Vict. c. 100, согласно которой, если будетъ установлено, что подсудимый совершилъ не преступленіе или проступокъ, а только покушеніе на это преступленіе (или проступокъ), то это не служитъ основаніемъ къ оправданію подсудимаго, но присяжные имѣютъ право признать его невиновнымъ въ икриминированномъ преступленіи и виновнымъ въ покушеніи на послѣднее. Подсудимый въ такомъ случаѣ подлежитъ наказанію за покушеніе и не можетъ быть затѣмъ привлеченъ къ суду за покушеніе на это преступленіе. Но подсудимый можетъ быть признанъ виновнымъ въ покушеніи только на это самое преступленіе, но не въ покушеніи, которое, по закону, составляетъ самостоятельное преступленіе; напротивъ, если оно составляетъ самостоятельный проступокъ (misdemeanor), примѣненіе 9-й ст. не встрѣчаетъ препятствій [1]). Далѣе 24 и 25 Vict. c. 96 (Larceny Act 1861 г.), s. 41, которая возстанавливаетъ предписаніе s. 11-й 14 и 15 Vict. c. 100, предоставляетъ присяжнымъ, если, при обвиненіи въ разбоѣ, будетъ доказано только нападеніе съ цѣлью совершить насильственное похищеніе, вынести вердиктъ о виновности подсудимаго въ такомъ нападеніи. Новое же преслѣдованіе за тѣ же факты въ этой квалификаціи не допускается. По 24 и 25 Vict. c. 100, s. 25, присяжные въ правѣ обвиняемаго, по 23 s. того же закона, въ поднесеніи кому-либо яда или другого разрушительнаго или вреднаго вещества, могущихъ подвергнуть опасности жизнь или причинить тяжкое поврежденіе здоровья, что составляетъ felony, признать виновнымъ въ поднесеніи такихъ веществъ съ намѣреньемъ причинить вредъ или вызвать непріятность (misdemeanor, пред. 24 s.). Въ силу 14 и 15 Vict. c. 19, s. 5, если подсудимый обвиняется въ преступленіи, въ составъ котораго входитъ нанесеніе рѣзаныхъ и колотыхъ ранъ (cut, stab, or wound), за исключеніемъ умышленнаго и предумышленнаго убійства, присяжные могутъ признать подсудимаго виновнымъ въ проступкѣ—противозаконномъ причиненіи раны безъ обстоятельствъ, сообщающихъ дѣянію болѣе тяжкій характеръ, напримѣръ: безъ намѣренья причинить тяжкое тѣлесное поврежденіе (grievous bodily harm). Но этотъ законъ неприменимъ къ совершенно аналогичному случаю, въ которомъ подсудимому

---

[1]) Archbold—196 (дѣла Mc. Pherson, Connel).

вмѣнялось въ вину, что онъ произвелъ выстрѣлъ съ намѣреньемъ причинить тяжкое тѣлесное поврежденіе (дѣло Miller)[1]). Здѣсь ярко сказывается казуистическій характеръ англійскаго законодательства, исключительность постановленій, дающихъ бо́льшую свободу присяжнымъ относительно обвиненія, и отсутствіе строго проведеннаго принципа въ этой процессуальной области.

Другую категорію составляютъ случаи такихъ измѣненій обвиненія, гдѣ между изложенными въ обвинительномъ актѣ и доказанными фактами существуетъ едва уловимое различіе, обосновывающее столь же неуловимое различіе въ квалификаціи.

Сюда относятся ss. 72 и 88 Larceny Act (24 и 25 Vict. c. 96). Въ силу s. 72, если, при обвиненіи въ присвоеніи или растратѣ, будетъ доказано, что подсудимый взялъ данное имущество способомъ, составляющимъ по закону кражу, онъ можетъ быть признанъ виновнымъ въ кражѣ простой или квалифицированной (домашней), и обратно: по обвиненію въ кражѣ—признанъ виновнымъ въ присвоеніи и растратѣ; а въ силу s. 88, если при обвиненіи въ мошенничествѣ (misdemeanor) будетъ доказано, что имущество получено способомъ, составляющимъ по закону кражу (felony), то это не служитъ основаніемъ къ оправданію въ такомъ misdemeanor [2]) Для того, чтобы оцѣнить значеніе этихъ статей закона, необходимо отмѣтить, что присвоеніе (embezzlement), кража (larceny) и мошенничество (false pretences), въ англійскомъ правѣ еще меньше различаются по составу, чѣмъ въ континентальныхъ законодательствахъ, и кражу между прочимъ составляетъ похищеніе и посредствомъ обмана, если только взятіе вещи являлось пріобрѣтеньемъ владѣнія, а не права собственности, при чемъ приходится анализировать намѣренье потерпѣвшаго. Для иллюстраціи можно привести слѣдующій примѣръ: обвиненіе было предъявлено въ кражѣ двухъ серебрянныхъ молочниковъ у серебрянныхъ дѣлъ мастера. Подсудимый служилъ у одного господина, который былъ постояннымъ покупателемъ у этого мастера, и, по оставленіи

---

[1]) Archbold—op. c., стр. 195, 488, 197, Roscoe—op. c., стр. 71, 521, 524 850, 851 (въ дѣлѣ Waudby 1895 г. положеніе, высказанное по дѣлу Miller, не было соблюдено).

[2]) Archbold — op. c., стр. 194, 197, 525; Roscoe — op. c., стр. 71, 429, 24 и 25 Vict. c. 96 s. 72 замѣняетъ s. 13-ю 14 и 15 Vict. c. 100.

службы, пришелъ въ лавку послѣдняго и сказалъ, что его хозяину нужны серебряные молочники и что тотъ просилъ дать ему какой-нибудь и записать на его счетъ. Мастеръ далъ подсудимому два молочника, чтобы хозяинъ его выбралъ, какой понравится. Подсудимый ихъ продалъ и скрылся. На судѣ мастеръ—обвинитель показалъ, что онъ не поставилъ молочниковъ въ счетъ покупателя и не имѣлъ намѣренья ихъ поставить въ счетъ, пока тотъ не заявитъ, какой онъ выбралъ. Подсудимый возражалъ, что его дѣяніе составляетъ только мошенничество, но судья Bayley нашелъ, что, такъ какъ обвинитель имѣлъ намѣренье передать только владѣніе, а не право собственности, дѣяніе составляетъ кражу, но, если бы онъ послалъ только одинъ молочникъ и записалъ его въ счетъ, преступленіе представлялось бы въ иномъ видѣ (т. е. какъ мошенничество). [1]). Порядокъ, указанный 88-й ст. Larceny Act: *осужденіе за мошенничество, несмотря на доказанность кражи*, въ судебной практикѣ и примѣняется только тогда, когда доказано взятіе вещи именно посредствомъ обмана, [2]) но, когда передано было только владѣніе, между тѣмъ какъ первоначальное обвиненіе предполагало, что передано было право собственности. Особенность s. 88 Larceny Act, заключается въ томъ, что игнорируется различіе въ квалификаціи и въ тяжести дѣяній [3]). Напротивъ, по s. 72-й, вердиктъ и приговоръ постановляются о томъ преступленіи, которое доказано, но различіе между larceny и embezzlement еще болѣе тонкое; второе, говоритъ Роско, [4]) есть только видъ перваго, оно во всѣхъ отношеніяхъ такое же точно преступленіе, какъ то, которое совершается слугою, который принялъ

---

[1]) См. дѣло Davenport у Roscoe—op. c. 562, 563 стр. и Archbold—op. c., стр. 424.

[2]) Roscoe—op. c. 434 (дѣло Bulmer). Подъ понятіе larceny подходитъ и похищеніе инымъ способомъ.

[3]) При обвиненіи въ larceny, вердиктъ не можетъ признать виновнымъ подсудимаго, если доказано false pretences. Поэтому Archbold (424) и Roscoe (434) совѣтуютъ, при сомнѣніи въ наличности перваго изъ этихъ преступныхъ дѣяній, предъявлять обвиненіе во второмъ, при обратномъ порядкѣ дѣло можетъ быть проиграно. Арчбольдъ прибавляетъ, что наказаніе за оба почти одинаковое.

[4]) Roscoe—op. c., стр. 408.

вещь отъ своего хозяина и присвоилъ себѣ. Послѣднее larceny, такъ какъ владѣніе хозяина продолжается, согласно обычному праву, пока не произошло неправильное присвоеніе ея слугою. Статутъ же, относящійся къ embezzlement, устанавливаетъ владѣніе хозяина, начиная съ того момента, когда вещь поступила въ руки его служащаго, такъ что послѣдній можетъ нарушить владѣніе хозяина, хотя бы переданная ему *третьимъ лицомъ* вещь еще не была у хозяина и тотъ пріобрѣлъ владѣніе именно черезъ служащаго. Такое нарушеніе и составитъ embezzlement, между тѣмъ какъ до этого оно не могло быть подведено подъ понятіе larceny. Такимъ образомъ, embezzlement есть дополненіе larceny и, хотя они одинаково наказуемы, если совершены служащими (ср. 24 и 25 Vict. c. 96, s. 68 и s. 67.; кража *простая* наказуема слабѣе, ср. s. 4 того же закона и 54 и 55 Vict. c. 69), но присяжные не въ правѣ, при наличности фактовъ, составляющихъ embezzlement, признать виновнымъ въ larceny (дѣло Garbutt), такъ что и при дѣйствіи 24 и 25 Vict. c. 96, s. 72, различіе между этими преступленіями должно быть соблюдаемо. [1]).

Измѣненія обвиненія вслѣдствіе того, что доказанные факты составляютъ не misdemeanor, a felony, возможны не только при кражѣ и мошенничествѣ, но и въ другихъ случаяхъ. Они предусмотрѣны s. 12-й статута 14 и 15 Vict. c. 100, которая также разрѣшаетъ присяжнымъ вынести вердиктъ о misdemeanor хотя бы доказанные факты по закону достигали (amount) felony, но кромѣ того дается и другой выходъ.: судъ можетъ, если найдетъ нужнымъ, освободить присяжныхъ отъ вердикта и направить дѣло *къ составленію новаго обвинительнаго акта* за felony, въ каковомъ случаѣ дѣло производится такъ, какъ если бы обвиняемый совсѣмъ не судился за misdemeanor. Этотъ порядокъ представляетъ близкое сходство съ исправленіемъ обвинительныхъ актовъ. Упомянутая 12-я ст. примѣняется, какъ и при доказанности larceny вмѣсто false pretences, только тогда, когда доказано дѣяніе, возведенное на подсудимаго обвинительнымъ актомъ (where the facts given in evidence prove the act charged in the indictment), гово-

---

[1]) Roscoe—op. c. 408, 409 и 397 стр. Онъ приводитъ однако примѣры, гдѣ признана наличность embezzlement, хотя вещь передана служащему самимъ хозяиномъ. По поводу наказуемости см. стр. 397, 550, 549 и 203 Roscoe (op. c.).

ритъ Арчбольдъ [1]), ссылаясь на дѣло Shott, гдѣ обвинительный актъ приписывалъ подсудимому совокупленіе съ дѣвочкой въ возрастѣ отъ 10 до 12 лѣтъ (misdemeanor, по прежнему законодательству), было доказано, что дѣвочкѣ менѣе 10 лѣтъ и что поэтому совершено felony, но признано, что 12 ст. 14 и 15 Vict. c. 100 непримѣнима и что подсудимый долженъ быть оправданъ. Ст. 12-я вообще не даетъ присяжнымъ права признать виновнымъ въ felony того, кто обвинялся въ misdemeanor, а разрѣшаетъ только, несмотря на доказанность перваго (преступленія), признать виновнымъ во второмъ, и смыслъ рѣшенія по дѣлу Shott, какъ и по дѣлу Bulmer (см. выше), заключается въ томъ, что это второе—проступокъ—долженъ быть все-таки доказанъ, между тѣмъ какъ въ дѣлѣ Shott не доказано было, что дѣвочка въ возрастѣ отъ 10 до 12 лѣтъ. Если обвиненіе предъявлено въ обманномъ полученіи имущества (false pretences), то осужденіе можетъ послѣдовать за этотъ проступокъ, хотя бы слѣдствіе установило большее—что ложныя утвержденія были сдѣланы на письмѣ, благодаря чему дѣяніе превратилось въ подлогъ (forgery—преступленіе). Важно только, чтобы и обманное полученіе имущества также было точно доказано [2]).

Глазеръ [3]) приводитъ дѣло Shott, какъ примѣръ, доказывающій, что, по обычному праву, присяжные не могутъ въ вердиктѣ констатировать *элементъ состава, не упомянутый въ обвиненіи.* Но *статутарное* право *въ нѣкоторыхъ случаяхъ признаетъ это возможнымъ*, что видно изъ права присяжныхъ вынести вердиктъ объ embezzlement при обвиненіи въ larceny и наоборотъ, такъ какъ, несмотря на близость этихъ преступленій, они не совпадаютъ вполнѣ. Кража, напримѣръ, можетъ быть и простая, совершенная не слугою, а для embezzlement послѣднее необходимо, между тѣмъ 24 и 25 Vict. c. 96, s. 72 допускаетъ переходъ отъ перваго ко второму, да и при переходѣ отъ домашней кражи къ embezzlement фактическая сторона должна измѣниться, и измѣненіе не будетъ состоять только въ отпаденіи какого-либо обстоятельства, указаннаго обвиненіемъ,

---

[1]) Archbold—op. c., стр. 84.

[2]) Roscoe—op. c., стр. 434. Въ другомъ мѣстѣ (стр. 874) Арчбольдъ объясняетъ по поводу того же дѣла Shott, что ст. 12 примѣнима только если фактами, составляющими felony, доказанъ обвинительный актъ.

[3]) Glaser. Anklage, Wahrspruch etc., стр. 199 и пр. 3 тамъ же.

но и въ замѣнѣ его другимъ. Это видно болѣе ясно въ другихъ, ниже слѣдующихъ случаяхъ: согласно Criminal Law Amendment Act 1885 г., 48 и 49 Vict c. 69, s. 9, если на судебномъ слѣдствіи по обвиненію въ изнасилованіи (rap) или дѣяніи, составляющемъ преступленіе, предусмотрѣнное s. 4 этого закона, присяжные найдутъ доказаннымъ, что обвиняемый виновенъ въ преступномъ дѣяніи, пред. 3, 4 или 5 ss., этого акта *или въ любострастіи* (indecent assault), а не въ преступленіи, *возведенномъ* на него въ обвинительномъ актѣ, или покушеніи на это послѣднее, то могутъ оправдать подсудимаго въ такомъ преступленіи и признать его виновнымъ въ преступномъ дѣяніи изъ числа выше названныхъ или въ любострастіи....». Преступныя дѣянія, пред. 3-ей, 2 п. 4-й и 5-ой ст., суть слѣдующія: доставленіе женщины или дѣвушки для противозаконныхъ половыхъ сношеній посредствомъ угрозъ, обмана, приведенія въ безпамятство (s. 3), покушеніе на противозаконное совокупленіе съ дѣвочкой до 13-лѣтняго возраста (s. 4 пунктъ 2-й; пунктъ 1-й составляетъ felony и отличается отъ 2-го п., какъ delictum consummatum отъ покушенія), такой же проступокъ въ отношеніи къ дѣвушкѣ въ возрастѣ отъ 13 до 16 лѣтъ (s. 5, п. 1) или къ невмѣняемому лицу женскаго пола. [1]) Такимъ образомъ, уже переходъ, разрѣшаемый ст. 9-й этого закона, отъ ст. 4 п. 1 къ ст. 5 п. 1 предполагаетъ недоказанность утвержденія обвинительнаго акта о возрастѣ (до 13 л.) и доказанность другого возраста (свыше 13 л. до 16 л.), и къ вердикту о виновности во второмъ проступкѣ нельзя прійти, только выключивъ одно изъ обстоятельствъ обвинительнаго акта: необходимо подставить на мѣсто его другое, а переходъ отъ изнасилованья къ stuprum non violentum nec voluntarium или къ сводничеству (ст. 5, п. 2 и ст. 3) приводятъ къ такой же замѣнѣ однихъ признаковъ другими, констатированью новыхъ, прежде не указанныхъ, такъ какъ s. 9 закона имѣетъ въ виду *новыя* обстоятельства, обнаруженныя слѣдствіемъ, а не тѣ же, но въ иной квалификаціи, ибо трудно представить себѣ *обвинительный актъ* объ изнасилованіи, *приводящій факты*, его исключающіе, какъ обманъ для доставленія женщины другому для полового сношенія, или согласіе на coitus со стороны безумной. То же нужно сказать относительно 24 и

---

[1]) Archbold—op. c., стр. 197, Roscoe—op. c., стр. 767—771,

25. Vict c. 100, s. 60, допускающей при обвиненіи въ убійствѣ ребенка вердиктъ о виновности въ сокрытіи родовъ, хотя часто въ случаяхъ, пред. этой статьей, сокрытіе родовъ implicite можетъ заключаться въ указаніяхъ обвинительнаго акта, напр.: въ фактѣ помѣщенія трупа ребенка въ скрытомъ мѣстѣ, фактѣ, въ которомъ можетъ проявиться также уничтоженіе слѣдовъ убійства. При такомъ предположеніи, при недоказанности причиненія ребенку смерти, остальная доказанная часть обвинительнаго акта дастъ составъ проступка, пред. 24 и 25 vict. c. 100, s. 60. [1]).

Этими постановленіями исчерпываются исключенія изъ общаго правила, воспрещающаго присяжнымъ признавать подсудимаго виновнымъ въ другомъ преступленіи, чѣмъ указано въ обвинительномъ актѣ [2]).

Границы допустимыхъ измѣненій обвиненія намѣчены весьма тѣсныя, далеко не охватывающія всѣхъ возможныхъ или только частыхъ случаевъ. Даже измѣненія чисто фактическія могутъ и при современномъ состояніи англійскаго права повлечь оправданіе: и нынѣ обвинитель не избавленъ отъ необходимости приводить подробности дѣянія, которыя затѣмъ должно доказать. Общность формулировки обвинительнаго акта допускается ст. XXIV c. 100 закона 7 августа 1851 г. (см. выше) только относительно обстоятельствъ, не существенныхъ для состава преступленія, напротивъ, обстоятельства существенныя, осуществляющія законные признаки преступленія, и теперь должны быть приведены, и то, что приведено, должно быть доказано, а несовпаденіе утверждаемаго съ доказаннымъ влечетъ потерю дѣла [3]). Исключеніе составляетъ только право обвинителя не

---

[1]) Ср. текстъ этой статьи («it schall be lawful for the jury... to find... that the child had recently been boren, and that such person (обвиняемый), did, by some secret disposition of the dead body of such child, endeavour to conceal the birth thereof). Это постановленіе замѣнило 9 G. 4 c. 31, s. 14 и 10 G. 4, c. 34 s. 17 (1). По настоящему закону обвиненіе въ сокрытіи родовъ можетъ быть предъявлено не только къ матери (Archbold—790 стр.).

[2]) Для полноты перечня слѣдуетъ упомянуть еще о правѣ признать обвиняемаго въ подкупѣ при выборахъ виновнымъ въ незаконныхъ дѣйствіяхъ безъ подкупа и обвиняемаго въ послѣднемъ дѣяніи виновнымъ въ немъ же, хотя доказанъ подкупъ (46 и 47 Vict. c. 51, s. 52; см. Archbold — стр. 195 и 1191).

[3]) См. Archbold — стр. 71. Не отвергается положительно и нынѣ взглядъ старинной судебной практики, что, если преступленіе описано въ

приводить способа, коимъ совершено убійство [1]). Исправленіе обвинительнаго акта въ этихъ случаяхъ неправильнаго указанія существенныхъ обстоятельствъ, невозможно, такъ какъ ст. 1, с. 100 зак. 7 августа 1851 г. къ нимъ не относится, но и въ случаяхъ, въ ней предусмотрѣнныхъ, т. е. при измѣненіяхъ въ индивидуализирующихъ обстоятельствахъ, допустить amendment зависитъ отъ суда, который долженъ взвѣсить, не повредитъ ли это защитѣ подсудимаго. При томъ законы, допускающіе общность формулировки или исправленіе обвинительнаго акта, разсматриваются практикой, какъ исключенія, и толкуются ограничительно, и старыя традиціи со всею ихъ строгостью въ отношеніи обвинительныхъ актовъ даютъ себя чувствовать [2]).

Иллюстраціей можетъ служить дѣло Frost: къ подсудимымъ было предъявлено обвиненіе въ томъ, что, во время охоты на дичь, они вошли ночью на землю Георга Вильгельма Фридриха Чарльза герцога Кембриджскаго. Было доказано, что послѣдній имѣлъ имена Георгъ и Вильгельмъ и другія, но свидѣтели не показали, какія были другія имена. Судъ не удовлетворилъ ходатайства обвинителя объ исправленіи indictment посредствомъ вычеркиванья недоказанныхъ именъ «Фридрихъ Чарльзъ». Апелляціонный судъ призналъ, что судъ 1-й инстанціи *не* былъ *обязанъ* удовлетворить ходатайство и «что при наличности данныхъ свидѣтелями показаній совершенно правильно отклонилъ ходатайство; но что судъ поступилъ бы неправильно, отказавши въ исправленіи, если бы просимое исправленіе состояло въ вычеркиваніи всѣхъ именъ герцога Кембриджскаго, названнаго въ обвинительномъ актѣ Георгомъ Вильгельмомъ Фридрихомъ Чарльзомъ герцогомъ Кембриджскимъ. Согласно правилу обычнаго права, обвинитель долженъ доказать всякое описательное утвержденіе, хотя бы его не было необходимости приводить. Надлежащій порядокъ былъ бы признать, что упомянутое лицо

обвинительномъ актѣ болѣе подробно чѣмъ это необходимо, не необходимое описаніе элемента состава преступленія (въ отличіе отъ отягчающихъ обстоятельствъ) становится существеннымъ и важнымъ, не можетъ быть отброшено, какъ surplusage, и должно быть точно доказано. См. дѣло Dowlin и замѣчаніе Archbold'a (op. c., стр. 63) по этому поводу.

[1]) См. также совсѣмъ незначительныя исключенія выше на стр. 35-й.

[2]) Ср. Franqueville—op. c. II, 347; Glaser—Anklage etc., стр. 180; Stelling—Ueber Anklagebesserung. Göttingen. 1866 г., стр. 45.

было лицо, имѣющее титулъ герцога Кембриджскаго, и опустить всѣ имена». Во всякомъ случаѣ исправленіе могло быть сдѣлано только во время судебнаго засѣданія (trial), а, такъ какъ оно не было сдѣлано, обвинительный вердиктъ не могъ послѣдовать и былъ отмѣненъ апелляціоннымъ судомъ [1]).

Въ такихъ случаяхъ, которые не предусмотрѣны приведенными выше постановленіями закона и положеніями обычнаго права (напр., о дѣлимости утвержденій), англійская практика прибѣгаетъ для спасенія дѣла отъ проигрыша къ другому средству, нѣкогда практиковавшемуся почти всегда и между прочимъ и тамъ, гдѣ въ этомъ нынѣ уже нѣтъ надобности. Это средство *эвентуальныя обвиненія*: обвинительный актъ предъявляетъ къ подсудимому обвиненіе въ нѣсколькихъ пунктахъ (counts) и изображаетъ въ каждомъ изъ нихъ инкриминируемое дѣяніе различнымъ образомъ; если доказательства не подойдутъ къ одному пункту, то подойдутъ къ другому или третьему, какое-нибудь изъ изображеній событія все-таки совпадетъ съ дѣйствительностью, какъ она раскрылась на судебномъ слѣдствіи [2]); и обвинитель долженъ былъ напречь свою сообразительность при составленіи indictment, чтобы предусмотрѣть возможные повороты дѣла. Понятно, что обвинительные акты должны были имѣть громадные размѣры и содержали множество пунктовъ въ ту эпоху, когда требовалась подробнѣйшая конкретизація обвиненія и въ то же время точное совпаденіе съ нимъ доказательствъ [3]), но и нынѣ обвинительные акты часто содер-

---

[1]) Roscoe — op. c., стр. 183. Обозначеніе именъ не было необходимо, но, если они приведены, то предполагается, что обвинитель придавалъ имъ значеніе; исправляя ошибку, онъ не могъ все-таки оставить только два имени, такъ какъ лица съ этими двумя именами и съ титуломъ герцога Кембриджскаго не было, а было лицо съ 4 именами. См. еще дѣло о O'Callaghan (Roscoe—ibid.), гдѣ также отказано въ исправленіи.

[2]) См. о значеніи пунктовъ Wharton — A Treatise on the criminal Law of the United States. Philadelphia 1874 г. Vol. I, стр. 332; Archbold—op. c. 82, Roscoe—op. c., 178 стр. Glaser—op. c. § 4. Best-Marquardsen—op. c., 267 стр. См. также постановленіе Нью-Іоркскаго Устава, § 279, у A. Hartmann'a: «Die Strafrechtspflege in Amerika». Berlin 1906 г., стр. 164.

[3]) Franqueville—op. c., II, стр. 345 и 346—говоритъ, что иногда обвинительные акты содержали по 70 пунктовъ и что одинъ судья передаетъ, какъ ъ молодости ему случилось составить обвинительный актъ, копія котораго

жать по нѣсколько пунктовъ, различающихся только передачей подробностей дѣянія, индивидуализирующихъ обстоятельствъ или фактовъ, въ которыхъ проявился какой-либо элементъ состава, напримѣръ: одинъ пунктъ говоритъ о похищеніи имущества, принадлежащаго лицу А., другой, вслѣдствіе неувѣренности обвинителя въ правильности послѣдняго указанія, о похищеніи имущества, принадлежащаго В [1]); или разные пункты приводятъ различныя комбинаціи выполненія дѣянія: такъ, въ новѣйшемъ изданіи Арчбольда (1900 г.) приводится слѣдующій образецъ обвинительнаго акта о покушеніи на отравленіе—поднесеніи нѣкоему I. N. яда, съ цѣлью коварно и съ злымъ умысломъ лишить его жизни: въ этомъ обвинительномъ актѣ, въ случаѣ сомнѣнія, какой ядъ былъ данъ, должно въ нѣсколькихъ пунктахъ описать этотъ ядъ различнымъ образомъ или назвать его различно, и, наконецъ, одинъ пунктъ долженъ говорить вообще о разрушающемъ организмъ веществѣ, неизвѣстномъ присяжнымъ; если обвинитель не увѣренъ въ томъ, что подсудимый лично поднесъ ядъ, прибавляется пунктъ, гласящій, что обвиняемый устроилъ такъ, чтобы ядъ былъ поднесенъ лицу I. N. или взятъ послѣднимъ; если же сомнительно, былъ ли ядъ предназначенъ для I. N., слѣдуетъ прибавить пунктъ о намѣреніи вообще совершить убійство (murder) поднесеніемъ яда [1]).

на пергаментѣ имѣла 90 метровъ длины. Пункты обвинительнаго акта отличались часто другъ отъ друга совсѣмъ ненужными деталями. напримѣръ: въ одномъ пунктѣ нанесеніе раны изображалось въ видѣ удара ножомъ, который подсудимый держалъ въ правой рукѣ, въ другомъ — въ видѣ удара ножомъ, который подсудимый держалъ въ лѣвой рукѣ, въ третьемъ — безъ упоминанія, какой рукой нанесенъ ударъ (Franqueville — l. c.). См. также Mittermaier—Das Englische... Strafverfahren, стр. 252 и пр. 37 на 258 стр. (случай изъ американской практики).

[1]) Archbold—op. c., стр. 82

[2]) Archbold — op. c., 781 и 782 стр. Другой примѣръ обвинительный актъ объ изгнаніи плода (miscarriage), въ которомъ, по мнѣнію того же автора (стр. 793), можетъ оказаться благоразумнымъ въ разныхъ пунктахъ различно описать примѣненное снадобіе (drug.). Ср. однако рѣшеніе по дѣлу Pillipps, приведенное выше (стр. 43). Franqueville — op. c., II, 318 стр. говоритъ, что и нынѣ обвинительные акты иногда обременены массою пунктовъ, содержащихъ едва уловимыя различія или незначительные оттѣнки выраженія. Судьи и адвокатъ даже не смотрятъ на нихъ, а подсудимый безъ защитника совершенно неспособенъ въ нихъ разобраться.

Часто также различные *пункты отличаются* другъ отъ друга *и съ юридической стороны*, представляя дѣяніе, какъ преступленіе то *одного*, то *другого рода*. При чемъ эти преступленія могутъ быть и неодинаково наказуемыми, такъ: въ дѣлѣ Strange, обвинительный актъ вмѣнялъ подсудимому въ вину нанесеніе раны: первый пунктъ—съ намѣреньемъ убить, второй—съ намѣреньемъ причинить увѣчье и лишить трудоспособности (maim and disable), третій—съ намѣреньемъ причинить тяжкое тѣлесное поврежденіе. За преступленіе, указанное въ первомъ пунктѣ, была опредѣлена въ законѣ смертная казнь, за два другихъ транспортація [1]). Согласно 46 и 47 Vict. c. 3, s. 7[2] (законъ о взрывчатыхъ веществахъ 1883 г.), обвинительный актъ можетъ обвинять подсудимаго въ различныхъ пунктахъ въ различныхъ преступленіяхъ, предусмотрѣнныхъ этимъ закономъ, напримѣръ: 1) въ поставленіи взрывомъ въ опасность жизни или имущества (s. 2), 2) въ изготовленіи или храненіи взрывчатыхъ веществъ при подозрительныхъ обстоятельствахъ (s. 4). За первое изъ этихъ преступленій можетъ быть назначено уголовное рабство пожизненно, а за второе на срокъ не свыше 14 лѣтъ (или тюрьма) [2]).

Въ практикѣ судовъ, которою и выработана система эвентуальныхъ обвиненій, послѣднія допускались однако не всегда: такъ, запрещалось соединеніе пунктовъ, изъ которыхъ одинъ говорилъ о разбоѣ, а другой о нападеніи съ разбойной цѣлью, но, такъ какъ по 24 и 25 Vict. c. 96, s. 41, теперь возможенъ здѣсь вердиктъ за второе, при обвиненіи въ первомъ, этотъ запретъ двухъ пунктовъ утратилъ значеніе [3]). Въ дѣлѣ Brannon признано неправильнымъ соединеніе пунктовъ, изъ которыхъ въ одномъ подсудимый выставляется главнымъ виновнымъ, а въ другомъ прикосновеннымъ къ преступленію (accessory after the

---

[1]) Archbold—стр. 80, Roscoe—стр. 179. Рѣчь идетъ объ обвиненіи по отмѣненному нынѣ закону 7 W. 4 and. 1 Vict. c. 85, s s. 2 и 4. Напротивъ, соединеніе въ *одномъ* пунктѣ различныхъ квалификацій ведетъ къ demurrer и уничтоженію обвинительнаго акта, вслѣдствіе двойственности (duplicity)—Archbold, стр. 74, 75.

[2]) Archbold—634, 636 и 82 стр.

[3]) Archbold—стр. 80, Roscoe—179 (дѣло Gough).

fact). Но при обвиненіи въ кражѣ второй пунктъ можетъ быть объ укрывательствѣ вещей, добытыхъ посредствомъ этой кражи или части ихъ, и vice versa; это признавала и судебная практика [1]) и прямо оговорено въ 24 и 25 Vict. c. 96, s. 92. Въ одномъ пунктѣ обвиненіе предъявляется въ совершеніи дѣянія въ качествѣ виновнаго первой степени, въ другомъ—въ качествѣ виновнаго 2-й степени (дѣло Gray), въ одномъ—въ соучастіи до преступленія, въ другомъ—въ соучастіи послѣ дѣянія (прикосновенности)—дѣло Blackson [2]).

Особенно соблюдается правило, что преступленія, указанныя въ различныхъ пунктахъ должны быть всѣ или только felonies, или misdemeanors. Нарушеніе этого правила не признается исправленнымъ вердиктомъ, развѣ бы осужденіе было вынесено только за felony [3]).

Гораздо важнѣе этого правила, вытекающаго изъ техническихъ особенностей англійскаго судопроизводства по поводу дѣяній этихъ различныхъ видовъ, другое: *отдѣльные пункты должны касаться непремѣнно одного и того же событія или дѣянія* (*transaction*), представляя различные его варіанты, самостоятельныя же дѣянія того же подсудимаго не могутъ быть изложены въ одномъ обвинительномъ актѣ, въ различныхъ его пунктахъ, а должны составить предметъ самостоятельныхъ обвиненій въ формѣ отдѣльныхъ обвинительныхъ актовъ о каждомъ изъ такихъ дѣяній [4]). Если же они соединены въ различныхъ пунктахъ одного indictment, то, по ходатайству подсудимаго, судья долженъ предложить обвинителю выбрать, какое обвиненіе онъ желаетъ поддерживать, и только соотвѣтствующій пунктъ составляетъ предметъ судебнаго разбирательства и рѣшенія. Критеріемъ для разграниченія самостоятельныхъ обвиненій отъ варіантовъ одного и того же, излагаемыхъ въ одномъ обвини-

---

[1]) Иначе только дѣло Galloway.

[2]) Archbold—80, 81; Roscoe — 179 и 163 стр. Относительно подобной же американской практики Wharton -op. c, I, стр. 330.

[3]) Archbold—82 стр., Roscoe—178 стр. (дѣло Ferguson).

[4]) Archbold — op. c., стр. 79 — 84, Roscoe — op. c., стр. 178 — 180. Такъ и § 278 Нью-Іоркскаго Устава угол. судопр. Hartmann — op. c., стр. 163, 164.

тельномъ актѣ, служитъ тожество фактической стороны происшествія. Арчбольдъ прямо различаетъ два различныхъ отдѣльныхъ преступленія, которыя не могутъ быть соединены въ одномъ indictment, и различную квалификацію тѣхъ же самыхъ фактовъ, «where the same facts may constitute several felonies»; только въ первомъ случаѣ соблюдается правило о выборѣ обвинителемъ одного изъ пунктовъ; удовлетвореніе соотвѣтствующаго ходатайства подсудимаго предоставлено усмотрѣнію судьи, который и руководствуется тѣмъ, что дѣло представляетъ болѣе, чѣмъ одно обвиненіе. Когда дѣло такого именно рода и когда можно говорить о нѣсколькихъ самостоятельныхъ преступныхъ дѣяніяхъ и нѣсколькихъ самостоятельныхъ обвиненіяхъ, вопросъ, на который англійская юриспруденція не даетъ точнаго отвѣта [1]), но изъ приводимыхъ рѣшеній, гдѣ признавалось неправильнымъ соединеніе нѣсколькихъ пунктовъ, можно замѣтить, что границу, по достиженіи которой утрачивается единство преступнаго дѣянія и рѣчь идетъ уже не о томъ же transaction въ иной формулировкѣ, а о нѣсколькихъ *отдѣльныхъ* дѣяніяхъ одинаковаго или различнаго юридическаго свойства, составляетъ случай реальной совокупности: такъ, нельзя въ одномъ indictment, хотя бы въ разныхъ пунктахъ, обвинять подсудимаго въ отправленіи трехъ отдѣльныхъ угрожающихъ писемъ (дѣло Ward), въ двухъ случаяхъ заговора (conspiracy), относящихся къ разному времени (дѣло Barry), въ двухъ отличныхъ (distinct) другъ отъ друга кражахъ со взломомъ—одной изъ дома A, другой изъ дома B, или въ совершенныхъ въ разное время кражахъ вещей—одной у A, другой у B, или въ убійствѣ и кражѣ со взломомъ [2]). Въ этихъ случаяхъ значеніе придавалось именно раздѣльности дѣяній, а не количеству объектовъ кражи: и при нѣсколькихъ объектахъ

---

[1]) «Natürlich ist man (da diese Frage schon der so ausgebildeten deutschen Rechtswissenschaft so grosse Schwierigkeiten bereitet) von einer consequenten Durchführung eines klar erkannten Grundsatzes sehr weit entfernt», говоритъ по этому поводу Глазеръ (op. c., стр. 85).

[2]) Ср. также слова Арчбольда (стр. 83), «... Several counts charging distinct misdemeanors against the defendant commited on totally different occasions and relating to different subject matters»... и Starkie—op. c., II, стр. 614 с.

посягательства дѣяніе можетъ быть единымъ, и въ англійской практикѣ есть рѣшенія въ этомъ смыслѣ, такъ: въ дѣлѣ Trueman обвинительный актъ говорилъ въ пяти пунктахъ о поджогѣ обвиняемымъ пяти домовъ, принадлежавшихъ разнымъ лицамъ; оказалось, что всѣ дома были расположены рядомъ и отъ пожара одного изъ нихъ сгорѣли всѣ пять, поэтому было признано, что здѣсь одно дѣяніе, и обвинителю не пришлось выбирать, по какому изъ пунктовъ онъ поддерживаетъ обвиненіе. Одно дѣяніе и одно обвиненіе усмотрѣно также въ дѣлѣ Giddins—въ случаѣ разбойнаго нападенія на двухъ лицъ и похищеніи при этомъ у одного 1 шиллинга, а у другого двухъ шиллинговъ. При *продолжаемыхъ преступленіяхъ* дѣяніе признается единымъ, а не совокупностью нѣсколькихъ, и, когда, въ дѣлѣ Firth, обвинительный актъ говорилъ о похищеніи 1000 куб. фут. свѣтильнаго газа въ одинъ пріемъ, а слѣдствіе выяснило, что подсудимый втеченіе нѣсколькихъ лѣтъ отводилъ газъ изъ трубы обвинителя посредствомъ другой трубы, минуя газометръ, осужденіе признано правильнымъ, такъ какъ всѣ акты составляли не отдѣльныя кражи въ разное время, а одну длящуюся. Въ дѣлѣ Welman было установлено слѣдствіемъ, что обвиняемый въ іюлѣ 1850 г. пытался выманить у обвинительницы деньги подъ предлогомъ взноса въ ссудо-сберегательную кассу, но безуспѣшно, и что въ августѣ онъ снова обратился къ ней съ тѣмъ же разговоромъ съ цѣлью выманить деньги. Вопросъ о томъ, настолько ли связаны оба разговора, чтобы составить одно длящееся ложное увѣреніе, признанъ подлежащимъ рѣшенію присяжныхъ [1]). Повидимому, на пресумціи единства дѣянія, основаны постановленія Larceny Act (24 и 25 Vict.) c. 96, s. 5 и s. 71, разрѣшающія обвинять въ нѣсколькихъ пунктахъ одного обвинительнаго акта въ нѣсколькихъ кражахъ или нѣсколькихъ

---

[1]) См. Roscoe, 178—180, Archbold 79—84, а также Roscoe — 79 и 80 стр., Archbold — 75 стр. Дѣло Barry имѣетъ ту особенность, что рѣчь шла объ уговорѣ на подложное составленіе документовъ, погибшихъ при пожарѣ, и одинъ пунктъ относилъ пожаръ къ іюню, а другой къ ноябрю 1864 г. Повидимому, этому различію было придано значеніе факта, нарушающаго тожество дѣяній, изображенныхъ въ каждомъ изъ пунктовъ, ибо, дѣйствительно, могло быть два случая уговора на подложное составленіе не однихъ и тѣхъ же документовъ, но разныхъ и погибшихъ въ разное время.

растратахъ (embezzlement) при условіи, если число ихъ не болѣе трехъ и онѣ совершены въ теченіе 6 мѣсяцевъ у одного и того же лица однимъ и тѣмъ же подсудимымъ.

Но среди этихъ рѣшеній Арчбольдъ и Роско помѣщаютъ и такія, гдѣ, какъ въ дѣлахъ Gough, Brannon, Galloway [1]), отдѣльные пункты были варіантами того же дѣянія. Вообще рѣшеніе вопроса о единствѣ дѣянія не основано на ясномъ пониманіи реальной совокупности и на опредѣленномъ отношеніи къ ней нормъ матеріальнаго права, а предоставлено, если не считать упомянутой пресумціи, такту судьи, который долженъ взвѣсить, насколько множество пунктовъ, говорящихъ о различныхъ преступленіяхъ, можетъ *затруднить защиту подсудимаго*. Въ особенности этотъ процессуальный критерій примѣняется къ оцѣнкѣ обвинительныхъ актовъ по поводу проступковъ. «Хотя это и нельзя назвать незаконнымъ, говоритъ Арчбольдъ, но едва ли справедливо подвергать суду человѣка, обвиняя его, въ 40 пунктахъ, въ обманѣ, такъ какъ въ большинствѣ случаевъ невозможно, чтобы обвиняемый не потерпѣлъ серіознаго вреда по одному какому-либо изъ обвиненій при доказанности обстоятельствъ, относящихся къ другимъ». «Подсудимый, говоритъ Роско, не можетъ дѣлить своего вниманія между двумя обвиненіями» [2]).

Эвентуальные пункты обвинительныхъ актовъ выполняютъ въ англійскомъ процессѣ ту же функцію, которую въ континентальномъ выполняютъ эвентуальные вопросы [3]) съ тою разницей, что послѣдніе составляются по заключеніи судебнаго слѣдствія, между тѣмъ какъ первые—при предъявленіи обвиненія большому жюри, въ моментъ преданія суду. Несомнѣнно, что англійская система отличается существенными недостатками: множество пунктовъ обвинительнаго акта, изъ которыхъ многіе впослѣдствіи оказываются безполезными и излишними, утомляя вниманіе судьи и особенно присяжныхъ, усложняя задачу обвинителя, затрудняя защиту подсудимаго и тогда, когда они составляютъ варіанты одного дѣянія, все-таки не обезпечиваетъ

---

[1]) См. выше стр. 64 и 65.

[2]) Archbold l. c., особ. стр. 80, 83, 79 (such a course of proceeding is calculated to embarrass the prisoner in his defence), Roscoe—180 стр.

[3]) Ср. Glaser—Anklage etc., стр. 85, 203, 513 и слѣд.

отъ неожиданнаго поворота обвиненія на судебномъ слѣдствіи, который не могъ быть предусмотрѣнъ обвинителемъ въ началѣ процесса, и въ результатѣ дѣло можетъ окончиться оправданіемъ виновнаго, вслѣдствіе недоказанности ни одного изъ пунктовъ и невозможности въ заключительный моментъ слѣдствія измѣнить обвиненіе сообразно съ тѣмъ, что установлено. Но и далекая отъ совершенства система эвентуальныхъ пунктовъ обвинительнаго акта [1]), примѣнима, какъ было изложено, не всегда [2]); возникаетъ вопросъ, какимъ же образомъ обезпечиваются интересы правосудія въ случаяхъ, когда эвентуальные пункты или недопустимы или не достигаютъ цѣли, а вердиктъ не можетъ отступить отъ предъявленнаго обвиненія, несмотря на то, что оно потерпѣло измѣненіе?

Средствомъ, которое должно обезпечить интересы правосудія, является въ Англіи *возбужденіе новаго преслѣдованія противъ того же подсудимаго за то же дѣяніе.*

Новый обвинительный актъ можетъ быть прежде всего представленъ въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло не завершилось окончательнымъ приговоромъ, хотя бы уже послѣдовалъ вердиктъ присяжныхъ, именно: въ силу права судей кассировать все про-

---

[1]) Эта система отличается въ Англіи еще нѣкоторыми недостатками которые не связаны съ ея существомъ и вполнѣ устранимы: во-первыхъ, каждый пунктъ долженъ содержать всѣ тѣ обстоятельства, которыя вообще долженъ приводить обвинительный актъ, и недостаточна ссылка на другой пунктъ. Несоблюденіе этого впрочемъ, ведетъ только къ уничтоженію indictment, но признается исправленнымъ вердиктомъ (Archbold — 65 стр. дѣла Sarah Waters и Waverton; Franqueville—II, 347). Во-вторыхъ, пункты не излагаются въ условной или альтернативной формѣ, а такъ, какъ если бы сразу предъявлялось нѣсколько обвиненій вмѣстѣ, т. е. въ копулативной формѣ, а вердиктъ прежде могъ быть общій, дающій одинъ отвѣтъ на весь обвинительный актъ, что получало значеніе тогда, когда пункты говорили не объ одинаковыхъ преступленіяхъ: судъ не могъ опредѣлить, какое преступленіе признано присяжными доказаннымъ и какое назначить наказаніе. Но позднѣйшая практика устранила это неудобство, признавши, что по каждому пункту долженъ быть постановленъ особый вердиктъ и приговоръ. (Archbold — стр. 82, особ. дѣла O'Connell и Latham; Roscoe — 197, 198, особ. дѣла Gregory и Latham; см. также Glaser—op. c., § 10).

[2]) См. выше стр. 64 и 65. При сомнѣніи, составляетъ ли дѣяніе felony, или misdemeanor, въ новѣйшей практикѣ принято предъявленіе двухъ обвинительныхъ актовъ, замѣняющихъ недопустимое въ такихъ случаяхъ соедине-

изводство, какъ неправильное (arrest of judgment) [1]). Такъ: въ дѣлѣ Ryan, обвиняемый въ поднесеніи яда лицу А., съ намѣреньемъ лишить его жизни, былъ признанъ присяжными виновнымъ, хотя слѣдствіемъ было установлено, что ядъ былъ взятъ лицомъ А., но предназначался для другого. Предсѣдательствовавшій судья (Паркъ) нашелъ осужденіе неправильнымъ и направилъ дѣло къ составленію новаго обвинительнаго акта, гдѣ говорилось вообще «съ намѣреньемъ причинить смерть», безъ упоминанія *имени* потерпѣвшаго, послѣ чего дѣло разсматривалось снова и окончилось обвинительнымъ приговоромъ.

Но и послѣ окончательнаго рѣшенія дѣла возможно новое обвиненіе *въ томъ же дѣяніи. Правда, и въ англо американ*скомъ процессѣ признается законная сила окончательнаго приговора и существуютъ особыя возраженія—plea of auterfois acquit и plea of auterfois convict—представляющія два вида exceptio rei judicatae: одно, основанное на предшествующемъ оправданіи, а другое на предшествующемъ осужденіи; правда, что обычное право Англіи издавна признаетъ принципъ: «никто не долженъ рисковать жизнью за одно и то же преступное дѣяніе болѣе, чѣмъ одинъ разъ» [2]), принципъ, санкціонированный конституціей Соединенныхъ Штатовъ [3]), но понимается онъ такъ узко,

---

ніе двухъ пунктовъ въ одномъ обвинительномъ актѣ (Archbold—89 стр.). Послѣ вердикта по одному indictment, производится слѣдствіе, относящееся ко второму indictment, и постановляется вердиктъ по этому второму обвиненію и затѣмъ приговоръ. См. описаніе этого порядка у Глазера (ор. с., стр. 94 и пр. 68 ibid.), который приводитъ случай, гдѣ такой приговоръ принялъ въ соображеніе и вердиктъ по первому обвинительному акту или скорѣе объясненіе, данное присяжными своему «невиновенъ».

[1]) См. Archbold—782 стр. (д. Ryan) и § 470 Нью-Іоркскаго Устава Hartmann—op. c., 164 стр.).

[2]) «No man is to be brought into jeopardy of his life more than once for the same offence»—Bishop. Commentaries on the criminal Law. Boston 1882 г. Vol. I, стр. 590. Сама эта паремія указываетъ на старинное происхожденіе, когда уголовный процессъ угрожалъ смертной казнью. См. еще Blackston—т. VI, стр. 228 франц. перев. 1823 г. (съ 15-го изд.,) Commentaires sur les lois anglaises и Hartmann—op. c., 170 и 171 стр.

[3]) «No person shall be... subject for the same offence to be twice put in jeopardy of lif or limb»—Bishop, l. c.

что на практикѣ теряетъ бо́льшую часть своего значенія [1]). Обозрѣніе судебной практики позволяетъ скорѣе сдѣлать тотъ выводъ, что въ общемъ тѣ же факты, которые составляли предметъ перваго обвиненія, нѣсколько модифицированные, могутъ быть положены въ основу новаго обвинительнаго акта, и *только въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ, несмотря на измѣнившееся обвиненіе, обвиняемый могъ быть осужденъ уже въ первомъ процессѣ, не допускается вторичное преслѣдованіе*. Многіе изъ тѣхъ законовъ, которые разрѣшаютъ переходъ къ другому преступленію или осужденіе за misdemeanor, хотя слѣдствіемъ доказано felony, содержатъ прямое запрещеніе новаго преслѣдованія судившагося лица за тѣ же факты въ иной квалификаціи, и вообще признается, что plea of auterfois acquit примѣнимо, поскольку осужденіе могло законнымъ образомъ послѣдовать уже по первому обвинительному акту [2]), на основаніи статута или обычнаго права [3]), такъ: оправданный по обвиненію въ убійствѣ преднамѣренномъ не можетъ быть снова привлеченъ къ суду за тѣ же факты, квалифицированные, какъ убійство умышленное; оправданный по обвиненію въ кражѣ за растрату и обратно; оправданный въ оконченномъ преступленіи—за покушеніе, въ разбоѣ—за нападеніе съ цѣлью насильственнаго похищенія; оправданный въ мошенничествѣ—за кражу. Но оправданный по обвинительному акту о кражѣ можетъ быть снова судимъ за тѣ же факты, квалифицированные, какъ мошенничество, такъ какъ въ первомъ процессѣ при доказанности послѣдняго онъ не могъ быть осужденъ ни за этотъ проступокъ, ни за первоначально инкриминированное преступленіе. Точно такъ же, до 24 и 25 Vict. c. 94,

---

[1]) Ср. Glaser—Die Durchführung der Regel: Non bis in idem im englischen und französischen Strafprozess въ Gerichtssaal, 1871 г., стр. 1.

[2]) Archbold—op. c., стр. 155; Bishop—op c., Vol. I, § 1052; Roscoe—op. c., стр. 176. Wharton—op. c. I, 449 стр.—даетъ нѣсколько иную формулу: «оправданіе или осужденіе за большее преступленіе (offence) служитъ препятствіемъ послѣдующему обвинительному акту за меньшее, заключающееся въ прежнемъ, вездѣ, гдѣ по обвинительному акту о большемъ преступленіи, обвиняемый могъ бы быть осужденъ за меньшее».

[3]) См. выше. Новое преслѣдованіе не допускается въ силу прямого указанія 14 и 15 Vict c. 100, s. 9; 24 и 25 Vict. c. 96, s. 41; 24 и 25 Vict. c. 96, s. 72 и s. 88.

s. 1, оправданный по обвиненію въ совершеніи дѣянія въ качествѣ главнаго виновнаго могъ быть снова судимъ за пособничество къ тому же дѣянію и обратно [1]). Тамъ, гдѣ несовпаденіе данныхъ судебнаго слѣдствія съ обвинительнымъ актомъ должно было вызвать оправдательный вердиктъ, послѣдній не можетъ дать основаніе для plea of autrefois acquit. Даже тамъ, гдѣ обвинительный актъ могъ быть исправленъ, но это не было сдѣлано, и подсудимый былъ поэтому оправданъ, онъ можетъ быть снова привлеченъ къ суду за тѣ же факты [2]). Тѣмъ скорѣе допустимо новое преслѣдованіе, когда измѣнившееся обвиненіе въ первомъ процессѣ никоимъ образомъ не могло быть предметомъ вердикта.

Такъ, послѣ оправданія по обвинительному акту о предумышленномъ убійствѣ, допустимо обвиненіе того же лица въ поджогѣ (arson), происшедшемъ отъ тѣхъ же фактовъ (дѣло Serné). Въ дѣлѣ Dingley, оправданный въ изнасилованіи былъ осужденъ во второмъ процессѣ за нападеніе (assault) на то же лицо и тогда

---

[1]) Archbold—op. c., 156, 157; Roscoe—op. c., 176. По поводу американской практики Wharton—op. c., I, § 552. Въ изданіи 1903 г. (Дженкса) Stephen'a New Commentaries on the Laws of England, IV, 356, 357 стр. и пр. «и» упущено измѣненіе законодательства по поводу соучастія и сдѣлана ссылка на старыя рѣшенія (Ср. Archbold—l. c.).

[2]) Это объясняютъ тѣмъ, что подсудимый не былъ въ опасности въ первомъ процессѣ, см. Archbold—157, Roscoe—l. c., дѣло Green: «A prisoner will not be considered to have been in jeopardy, where the prosecution fails by reason of a defect in the indictment wich might have been amended». Такъ, напримѣръ, если была ошибка въ имени, см. Bishop—op. c. § 1052 (новое обвиненіе отличается только болѣе правильнымъ указаніемъ), Wharton—op. c., I, стр. 446 и 447; Bishop (§ 1053) говоритъ, что оправданный въ убійствѣ выстрѣломъ изъ ружья снова можетъ быть судимъ за убійство ударомъ ружья по головѣ. Такъ же Alison—op. c. 288, 289 стр. (примѣры именно изъ англійской практики). См. еще о техническихъ недостаткахъ indictment, мѣшающихъ осужденію Bishop—op. c. I, стр. 630 (это 4-й случай изъ числа тѣхъ, гдѣ преступленія, упомянутыя въ каждомъ изъ обвинительныхъ актовъ, не «тѣ же самыя») Archbold—дѣла Vaux, Coggan, Taylor: «So an acquittal (or judgment for the defendant on demurrer, R. v. Richmond) upon an insufficient indictment, is no bar to another indictment for the same offence». Здѣсь рѣчь идетъ о недостаткѣ, который вытекалъ не изъ судебнаго слѣдствія, а изъ самого обвинительнаго акта.

же, такъ какъ въ силу 14 и 15 Vict. c. 100, s. 10, въ отличіе отъ закона 7 Wil. 4 и 1 Vict. c. 85, s. 11, обвиняемый въ преступленіи, въ составъ котораго входитъ assault не можетъ быть признанъ виновнымъ только въ этомъ послѣднемъ (common assault). Въ другомъ случаѣ (дѣло Gilmore) признано, что оправданный въ загражденіи рельсоваго пути съ намѣреньемъ подвергнуть опасности жизнь пассажировъ (24 и 25 Vict c. 97, s. 35 и c. 100, s. 32) можетъ быть снова судимъ за тѣ же факты, какъ проступокъ—поставленіе въ опасность пассажировъ незаконнымъ дѣйствіемъ (ss. 36 и 34 того же закона). Оправданный въ кражѣ имущества (larceny), предусмотрѣнной обычнымъ правомъ, на томъ основаніи, что имущество было принадлежностью (fixtures) недвижимости, можетъ быть вновь обвиненъ въ кражѣ именно такихъ предметовъ (stealing the fixtures)—д. O'Brien [1]).

Въ первомъ процессѣ обвинительный вердиктъ можетъ послѣдовать и тогда, когда *доказана часть* обвинительнаго акта, т. е. за преступленіе, которое относится къ первоначально возведенному на подсудимаго, какъ часть къ цѣлому, поэтому *оправданіе или осужденіе за большее исключаютъ новое преслѣдованіе за меньшее* (послѣ murder за manslaughter) [2]), но въ силу 14

---

[1]) Archbold—156, 157, Roscoe—177 стр. Въ дѣлѣ Sernè, повидимому, поджогъ разсматривался, какъ средство совершенія убійства. Это рѣшеніе подходитъ подъ 3-ю категорію, гдѣ Bishop (l. c.) видитъ разныя преступленія: «when each indictment sets out an offence differing in all its elements from that in the other, though both relate to one transaction, a proposition, прибавляетъ онъ, of wich the exact limits are difficult to define». Murder и arson отличаются всѣми своими элементами, хотя представляютъ одинъ случай. Но это рѣшеніе достаточно мотивируется невозможностью осужденія за поджогъ по обвинительному акту объ убійствѣ: если осужденіе въ первомъ процессѣ было невозможно, то все равно, различаются ли преступленія всѣми или нѣкоторыми элементами. Американскій юристъ Wharton—op. c., I, 454 стр.—указываетъ, на основаніи судебной практики, что одинъ и тотъ же ударъ можетъ быть предметомъ двухъ послѣдовательныхъ обвиненій: въ предумышленномъ убійствѣ и разбоѣ, являясь составнымъ элементомъ обоихъ преступленій.

[2]) Но, такъ какъ, при обвиненіи въ felony, оправданіе можетъ быть результатомъ доказанности только misdemeanor (осужденіе за послѣднее по обвинительному акту о первомъ невозможно), обвиненію въ послѣднемъ не служитъ препятствіемъ *оправданіе* въ первомъ. Bishop—op. c., § 1055.

и 15 Vict. c. 100, s. 12, и въ томъ случаѣ, когда *доказано больше*, чѣмъ утверждаетъ обвинительный актъ, это не должно вести къ оправдательному вердикту, именно, если доказано felony, а не misdemeanor, поэтому не можетъ быть оправданъ обвиняемый въ мошенничествѣ потому, что доказанъ подлогъ, такъ какъ оказалось, что обманное заявленіе было сдѣлано на письмѣ [1]), обвиняемый въ совокупленіи съ дѣвушкой въ возрастѣ 13—16 лѣтъ потому, что не было согласія на совокупленіе и дѣяніе приняло характеръ изнасилованья (дѣло Neal), или обвиняемый въ уговорѣ (conspiracy) на преступленіе—потому, что оно дѣйствительно совершилось (дѣло Button) [2]), слѣдовательно подсудимый можетъ быть осужденъ или за меньшее (misdemeanor), или за большее (felony), если судъ направитъ дѣло для составленія новаго обвинительнаго акта [3]). Во всякомъ случаѣ здѣсь, въ силу приведеннаго выше принципа, новое обвиненіе за тѣ же факты въ одной изъ этихъ квалификацій невозможно, все равно окончится ли предыдущій процессъ обвинительнымъ или оправдательнымъ приговоромъ. Въ приведенныхъ примѣрахъ преступныя дѣянія относились другъ къ другу также, какъ часть къ цѣлому, и при томъ, какъ misdemeanor къ felony, но вопросъ представляется не такъ просто разрѣшимымъ, когда одного изъ этихъ условій не было. Если преступленія (въ широкомъ смыслѣ) *разной тяжести, но одно не есть составная часть другого* то, какъ мы видѣли, новое преслѣдованіе возможно въ одной, изъ этихъ квалификацій, несмотря на наличность приговора за то же дѣяніе въ другой изъ нихъ. Это разнородныя offences и, хотя бы одно было misdemeanor, а другое felony осужденіе по обвинительному акту за первое изъ нихъ въ порядкѣ s. 12 c. 100 упомянутаго только что статута послѣдовать не можетъ. Съ этой точки зрѣнія, объяснимо рѣшеніе по дѣлу Morris, гдѣ осужденный за assault не могъ противопоставить новому обвиненію въ manslaughter plea of autrefois convict [4]). Съ другой

---

[1]) Roscoe—op. c., стр. 434 (дѣла Anderson, Evans, Tuder).

[2]) Archbold—op. c, стр. 873 и 1220.

[3]) Ср. выше, стр. 57

[4]) Roscoe — op. c., стр. 177 Напротивъ, привлекаемый за причиненіе раны (feloniously stabbing) можетъ сослаться на предшествовавшее осужденіе за тѣ же факты, какъ за common assault (дѣло Walker, Roscoe—176);

стороны, тамъ, гдѣ *одно является составной частью другого, но не относится ко второму, какъ misdemeanor къ felony*, s. 12 c. 100 также непримѣнима, поэтому по обвиненію, начатому объ умышленномъ убійствѣ (felony) судъ не въ правѣ направить дѣло къ составленію новаго обвинительнаго акта о предумышленномъ убійствѣ (felony). пріостановивъ дѣло.

Такимъ образомъ, здѣсь не остается способа привести обвиненіе въ соотвѣтствіе съ данными судебнаго слѣдствія: осужденіе за murder во всякомъ случаѣ послѣдовать не можетъ, а при осужденіи за manslaughter, останется неразрѣшеннымъ вопросъ о томъ плюсѣ, который установленъ слѣдствіемъ. Къ тому же, по крайней мѣрѣ прежде, подсудимый могъ быть оправданъ и въ manslaughter, именно потому, что доказано нѣчто большее—murder, которое поглотило первое, такъ что его, manslaughter, нѣтъ, *оно* не доказано [1]). Этотъ строгій формализмъ исчезъ, какъ указываетъ Арчбольдъ [2]), еще до 14 и 15 Vict c. 100, s. 12, но и теперь, подъ вліяніемъ указанныхъ соображеній, представляется сомнительнымъ, говоритъ Роско, препятствуетъ ли оправданіе или осужденіе за manslaughter новому обвиненію въ murder. [3]). Вартонъ прямо говоритъ, что оправданіе или осужденіе за менѣе тяжкое преступное дѣяніе (*offence*) вообще не служитъ препятствіемъ къ обвиненію въ болѣе тяжкомъ [4]).

послѣднее входитъ въ составъ перваго изъ этихъ преступныхъ дѣяній, но не есть составная часть manslaughter. См. выше, стр. 54, см. также Bishop—op. c., I, § 1059 и прим. 3 на 636 и на 637 стр., гдѣ приведено подобное же рѣшеніе шотландское, поясняющее, что убійство не существуетъ до момента смерти потерпѣвшаго и нельзя было говорить объ этомъ преступленіи, когда дѣло разбиралось за assault при жизни потерпѣвшаго. Смерть послѣдняго не есть только отягчающее обстоятельство, явившееся послѣ приговора, но образуетъ новое преступленіе».

[1]) Ср. Bishop — op. c., I, § 1058. Объ этой *теоріи поглощенія* подробности у Глазера (Anklage, Wahrspruch etc., стр. 103—106, и Gerichtssaal, 1871 г., стр. 10).

[2]) См. стр. 1220 (д. Button), гдѣ рѣчь идетъ однако только о поглощеніи проступка преступленіемъ, а не преступныхъ дѣяній разныхъ категорій. Ср. выше пр. 2-е на 73 стр.

[3]) Roscoe—стр. 177.

[4]) Wharton—op c., I, стр. 451, напримѣръ: оправданный въ нападеніи съ цѣлью совершить убійство привлекается снова за предумышленное убійство.

Впрочемъ нынѣ уголовный, кодексъ шт. Нью-Іорка (1881 г.) въ § 36 запрещаетъ оправданнаго или осужденнаго за преступленіе, имѣющее различныя степени, привлекать снова за другую степень того же преступленія [1]). Что касается Англіи, то Арчбольдъ и Стифенъ [2]) склоняются также къ тому, что новое обвиненіе въ указанномъ случаѣ недопустимо, и первый приводитъ рѣшеніе по дѣлу Elrington, въ которомъ признано, что лицо обвиняемое въ меньшемъ преступномъ дѣяніи и оправданное или осужденное за это послѣднее не можетъ быть снова судимо за тѣ же факты въ болѣе тяжкой квалификаціи (in a more aggravated form). Глазеръ высказывается также въ пользу этого принципа съ тѣмъ ограниченіемъ, что приговоръ долженъ быть въ первомъ процессѣ *оправдательный* (за меньшее) для exceptio rei judicatae противъ обвиненія въ большемъ, такъ какъ новый процессъ былъ бы недопустимой повѣркой доказательствъ, приведенныхъ въ первомъ процессѣ, ибо, если не доказано меньшее, подавно не можетъ быть доказано большее; присяжные въ новомъ процессѣ, рѣшали бы о фактѣ, отвергнутомъ уже присяжными въ первомъ процессѣ, конечно, предполагая, что оправданіе было результатомъ недоказанности manslaughter, а не теоріи поглощенія (merger). Напротивъ, послѣ *обвинительнаго* приговора за меньшее, по его мнѣнію, новое преслѣдованіе за большее не должно встрѣчать препятствій. [3]) Англійская юриспруденція не дѣлаетъ этого различія, исходя изъ положенія, что exceptio rei judicatae должно противопоставить новому обвиненію тогда, когда доказательства, необходимыя для поддержанія второго обвинительнаго акта, были бы достаточны, чтобы вызвать законное осужденіе по первому [4]).

---

[1]) См. Zeitschrift. f. d. gesamte Strafrechtswis. IV т., прилож. стр. 12. Въ первомъ процессѣ осужденіе можетъ послѣдовать только за то же преступленіе, или меньшую степень его, или за покушеніе, но не за большую степень (§ 35)

[2]) Archbold—стр. 156, Stephen — Commentaries — IV, 356 стр; онъ указываетъ, что фактъ умышленнаго совершенія есть въ каждомъ изъ обвиненій, различіе только въ степени вины. Въ томъ же смыслѣ Bishop—op. c., I, стр. 635 и случай изъ американской практики Iowa (ib., стр. 636, прим.).

[3]) Glaser - Anklage, стр. 111 и 112.

[4]) Archbold—стр. 155 и 159 (The same rules apply generally to this plea—of auterfois convict—as to the plea of auterfois acquit), Stephen—Mühry,

Это положеніе примѣнимо и къ предшествующему *обвинительному* приговору: доказательства предумышленнаго убійства достаточны для осужденія за умышленное; и, если оно послѣдовало, то отъ этого взаимное отношеніе доказательнаго матеріала обоихъ обвиненій не мѣняется, и дѣйствительно, для «plea of auterfois convict есть основательное объясненіе: присяжнымъ въ процессѣ o murder пришлось бы раньше установить, есть ли убійство вообще (manslaughter), хотя это уже рѣшено, такъ какъ нельзя обязать ихъ въ основу своего вердикта положить чужое рѣшеніе—жюри перваго процесса,—но тогда оправданіе во второмъ находилось бы часто во внутреннемъ противорѣчіи съ первымъ, хотя съ внѣшней стороны различіе обоихъ приговоровъ могло бы быть объяснено недоказанностью только того излишка, который не составлялъ предмета рѣшенія въ процессѣ o manslaughter, т. е. предумышленья [1]).

Далѣе, могутъ быть и, при несовершенствѣ англійскаго законодательства, даже очень часто, случаи, гдѣ одни и тѣ же факты могутъ быть подведены подъ различныя нормы статутарнаго и обычнаго права. По поводу этого законъ 1889 г., The Interpretation Act, 52 и 53 Vict. c. 63, s. 33. предписываетъ слѣдующее: если дѣяніе или упущеніе составляетъ преступленія (offences) согласно двумъ или болѣе законамъ или по закону и по обычному праву, подсудимый можетъ подвергнуться преслѣдованію и наказанію за одно какое-нибудь изъ нихъ, но не долженъ быть наказанъ дважды за то же самое преступленіе [2]). Этотъ законъ предусматриваетъ, такимъ образомъ, такъ называемое стеченіе нѣсколькихъ нормъ, одинаково подходящихъ къ дѣянію виновнаго (Gesetzesconcurrenz), и предоставляетъ обвинителю выбрать одну изъ нихъ; обвинительный приговоръ исключаетъ возможность новаго преслѣдованія за то же дѣяніе на основаніи другой изъ конкуррирующихъ нормъ.

Handbuch, стр. 472, Bishop—I, стр. 630 («the offences are the same in all ..... circumstances wherein the evidence to support one of the indictments sustains also the other»).

[1]) Ср. Bishop.,—op. c., I, § 1057 и § 1058: американскій случай, гдѣ послѣ осужденія только за «assault» недопущено обвиненіе въ дракѣ, потому что «одно есть часть другого; и, если бы обвиняемый былъ снова наказанъ за драку, то онъ былъ бы дважды наказанъ за assault».

[2]) Archbold—155 стр.

Мы видѣли, что предметомъ обвиненія служитъ одно дѣяніе подсудимаго. Приговоръ относится только къ нему, и сила этого приговора и вытекающія отсюда pleas, въ той мѣрѣ, въ какой принципъ ne bis in idem признается англійскимъ (и американскимъ) правомъ, примѣнимы только тогда, когда новое обвиненіе касается тѣхъ же фактовъ (the same facts), т. е. того же дѣянія (transaction), что и первое [1]). Но тожество дѣянія понимается англо-американской практикой своеобразно. Въ дѣлѣ Champneys [2]), несостоятельный должникъ былъ оправданъ въ сокрытіи товаровъ, которое онъ совершилъ тѣмъ, что не внесъ ихъ въ свой балансъ; послѣ того онъ былъ привлеченъ снова къ суду по обвиненію въ сокрытіи другихъ товаровъ [3]), совершенномъ также невнесеніемъ ихъ въ тотъ же балансъ. Новый процессъ былъ допущенъ съ оговоркой, что вообще такой порядокъ не долженъ практиковаться, за исключеніемъ особенныхъ обстоятельствъ случая; но, что это за обстоятельства, не разъяснено. Такимъ образомъ, одно дѣяніе—одинъ случай банкротства—становится предметомъ двухъ послѣдовательныхъ процессовъ. По-видимому, особенныя обстоятельства, усмотрѣнныя въ указанномъ дѣлѣ, состояли въ дѣлимости дѣянія [4]). Подобный же случай представляетъ сообщаемый Вартономъ: два обвиненія за кражу сѣдла вмѣстѣ съ лошадью: одно за кражу сѣдла, другое за кражу лошади, и Вартонъ это объясняетъ тѣмъ, что дѣяніе дѣлимо на двѣ отдѣльныхъ вѣтви (into two distinct branches). Напротивъ, дѣяніе, состоящее въ нападеніи (assault) недѣлимо [5]), хотя бы

---

[1]) Преступленія не одни и тѣ же, говоритъ Бишопъ, толкуя понятіе the same offences постановленія американской конституціи (Amendm. art. 5), «when the evidence offered in the first indictment and that intended to be offered on the second, relate to different transactions, whatever be the words of the respective allegations» (Bishop—op. c. I, стр. 630, 2-й случай.)

[2]) Roscoe—стр. 177, Archbold—157 стр.

[3]) По Roscoe, въ новомъ обвиненіи *тѣ же и другіе* товары были *специально* означены (specified).

[4]) Если придерживаться изложенія Roscoe, то можно думать, что новое обвиненіе было допущено потому, что по первому оправданіе было вызвано недостаткомъ точности указаній обвинительнаго акта, общностью формулировки; былъ insufficient indictment Ср. выше пр. 2-е на 72 стр.

[5]) Wharton—op. c. I, 457 стр. См. еще Bishop—op. c., I, стр. 638: возможны два послѣдовательныхъ обвиненія при кражѣ одновременно двухъ свиней у одного собственника (въ Америкѣ—если у разныхъ).

оно имѣло два одинаковыхъ результата: напр., повлекло за собой смерть двухъ лицъ [1]).

Иная точка зрѣнія на сущность принципа ne bis in idem существуетъ издавна *въ Шотландіи*. Законная сила приговора распространяется на комплексъ фактовъ, составлявшій предметъ перваго обвиненія, и *возобновленіе преслѣдованія за тѣ же факты, съ измѣненной квалификаціей* (for any other crime involving the same species facti), *недопустимо*, такъ какъ это считается способомъ обхода принципа законной силы приговоровъ [2]).

Необходимо еще упомянуть о томъ, что приговоръ, постановленный по обвинительному акту, содержавшему эвентуальные пункты обвиненія, устраняетъ возможность новаго преслѣдованія за какое-бы то ни было изъ этихъ обвиненій, хотя бы вердиктъ послѣдовалъ только по одному изъ пунктовъ. Но, если эвентуальный пунктъ былъ внесенъ въ обвинительный актъ, неправильно, т. е. когда это не допускается (см. выше), то приговоръ по такому пункту не имѣетъ значенія и не можетъ служить основаніемъ для pleas of autefois acquit или convict[3]). Эти возраженія (pleas) примѣнимы и противъ обвинительнаго акта, вносимаго на разсмотрѣніе тѣхъ же присяжныхъ, что и предыдущій, по которому уже состоялось рѣшеніе, какъ это видно изъ дѣла Parry[4]). Такимъ образомъ, эвентуальное обвиненіе и въ этой формѣ—самостоятельнаго обвинительнаго акта—возможно лишь постольку, поскольку оно было бы допущено въ случаѣ принятія большимъ жюри второго обвинительнаго акта не до начала судебнаго слѣдствія по первому, а послѣ окончанія перваго процесса [5]).

---

[1]) Здѣсь одно преступное дѣяніе (one crime), Bishop—op. c. I, § 1061.

[2]) Alison—op. c., глава XVII, № 3. См. однако выше пр., 4 на 74 стр. въ концѣ. Въ американской практикѣ также можно встрѣтить рѣшенія, основанныя на широкомъ пониманіи тожества дѣянія, подъ которымъ разумѣютъ тѣ же факты, которые дали начало первому обвиненію. (Bishop — op. c., I, § 1060). Такъ: осужденный за поджогъ не можетъ быть снова привлеченъ къ суду за убійство, совершенное посредствомъ того же поджога, см. Wharton — op. c., I, § 565. Самъ онъ объясняетъ это рѣшеніе тѣмъ, что одно преступленіе есть составная часть (ingredient) другого. Такъ же Bishop—I, § 1058. Англійское рѣшеніе по дѣлу Elrington (привед. выше) ссылается также на тожество дѣянія (transaction) въ случаѣ убійства умышленнаго и предумышленнаго.

[3]) Roscoe—177 стр. (въ концѣ), Archbold—160 стр. (сверху).

[4]) Roscoe—стр. 175.

[5]) Glaser—Anklage etc., стр. 96. См. выше примѣч. 2-е на 69-й стр.

Такова сложная система англійскаго права въ нашемъ вопросѣ. Она связана съ условіями быта и юридическаго строя страны: съ преданностью населенія традиціоннымъ формамъ процесса, значительнымъ развитіемъ частнаго преслѣдованія преступленій и отсутствіемъ прокуратуры, съ несовершенствомъ матеріальнаго уголовнаго права, болѣе свободнымъ отношеніемъ судей къ присяжнымъ и бо́льшей властью судей при опредѣленіи наказанія. Формализмъ унаслѣдованъ уголовнымъ процессомъ отъ гражданскаго [1]) и древняго норманскаго и поддерживался необходимостью хотя бы такимъ образомъ—строгостью предъявляемыхъ къ обвинителю требованій—смягчить суровость наказанія, угрожавшаго смертью за ничтожныя преступленія еще въ началѣ XIX в. (in favorem vitae) [2]). Коррективомъ этой строгости требованій сдѣлались эвентуальные пункты обвинительнаго акта, тѣмъ болѣе удобные для составлявшихъ ихъ служащихъ при судѣ и адвокатовъ, что болѣе длинный обвинительный актъ оплачивался дороже [3]); другимъ коррективомъ должно было стать новое преслѣдованіе, но, такъ какъ оно возбуждалось частнымъ лицомъ и сопряжено было съ большими издержками, оно въ самомъ себѣ заключало средство противъ злоупотребленій повторными обвиненіями: неудача перваго процесса и напрасные расходы, тогда понесенные, часто могли быть достаточнымъ термазомъ для начала новаго процесса [4]), и не только тогда, когда послѣдній былъ способомъ восполнить пробѣлы перваго, но и тогда, когда не было иного средства добиться правосудія; въ результатѣ не мало преступленій могли остаться безнаказанными, а тамъ, гдѣ, благодаря особенностямъ

---

[1]) Best—Marquardsen, op. c, стр., 267.

[2]) Franqueville — op. c., II, 346: «le résultat final était, en somme, d'adoucir les rigueurs de la loi criminelle». См. еще Glaser — Anklage, стр. 180, прим. 2.

[3]) Best-Marquardsen—l. c., Franqueville—l. c.

[4]) Глазеръ указываетъ, что новое преслѣдованіе практикуется весьма рѣдко и объясняетъ это зависимостью такого преслѣдованія отъ дискреціонной власти судей, которые сами большей частью выходятъ изъ среды адвокатуры и гуманно относятся къ подсудимымъ; общественное мнѣніе также осуждаетъ повтореніе преслѣдованія (Gerichtssaal, 1871 г., стр. 15 и 16, и Anklage, Wahrspruch etc., стр. 517).

англійскаго процесса, подсудимый можетъ быть осужденъ только за меньшее, первоначально инкриминированное преступное дѣяніе (misdemeanor), хотя бы доказано было большее, не достигается соотвѣтствіе наказанія дѣйствительной винѣ подсудимаго, хотя широкія рамки санкціи уголовнаго закона позволяютъ англійскому судьѣ смягчить этотъ недостатокъ. Съ теченіемъ времени многія изъ этихъ условій быта и юридическаго строя измѣнились; но англійская система съ трудомъ поддается реформѣ; [1]) нѣкоторые шаги однако уже сдѣланы: именно, въ направленіи болѣе широкаго отступленія вердикта и приговора отъ формулировки обвинительнаго акта.

---

[1]) По поводу консерватизма англійскаго процесса и непригодности его служитъ образцомъ для континентальнаго рѣзкія замѣчанія у Kries'a въ Zeitschrift f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft, IX, 17 стр., пр. 16. Онъ доходитъ даже до отрицанія всякаго научнаго смысла изученія его.

ГЛАВА III.

Французское и Итальянское право.

Окончательная формулировка обвиненія во Франціи. Отношеніе обвинительнаго акта къ опредѣленію о преданіи суду. Отношеніе вопросовъ, предлагаемыхъ на разрѣшеніе присяжныхъ, къ обвиненію, согласно Code d'instr. crim. Распространительное толкованіе, принятое практикой и доктриной, и основанія его. Попытки найти границу допустимыхъ и недопустимыхъ измѣненій обвиненія въ рѣшеніяхъ кассаціоннаго суда и въ доктринѣ. Неудовлетворительность этихъ попытокъ, вслѣдствіе неопредѣленности понятія «другое дѣяніе, другое преступленіе». Права суда и сторонъ при постановкѣ субсидіарныхъ вопросовъ. Отношеніе къ интересамъ защиты. Факультативность субсидіарныхъ вопросовъ и связь ея съ объемомъ res judicata: взглядъ кассаціоннаго суда и мнѣнія во французской литературѣ уголовнаго процесса. Ограниченное значеніе принципа «ne bis in idem», по рѣшеніямъ кассаціоннаго суда, и неустойчивость послѣдняго въ этомъ вопросѣ. Измѣненіе обвиненія въ судахъ безъ присяжныхъ.—Итальянское право: черты сходства и особенности его сравнительно съ французскимъ.

Во Франціи, а также въ другихъ государствахъ Европейскаго континента отношеніе приговора къ обвиненію имѣетъ иной характеръ, чѣмъ въ Англіи. Это различіе обусловливается уже тѣмъ, что на континентѣ въ значительной степени развито судопроизводство безъ участія присяжныхъ, тогда какъ въ Англіи этотъ порядокъ допущенъ только для совсѣмъ ничтожныхъ нарушеній уголовнаго закона (суммарная юрисдикція), далѣе—тѣмъ, что возможно обвиненіе безъ предъявленія обвинительнаго акта: въ формѣ прямого вызова обвинителемъ обвиняемаго къ суду, citation directe французскаго процесса, что обвинителемъ, является, по общему правилу, органъ государства—прокуроръ, что въ судѣ съ участіемъ присяжныхъ приговору

предшествуетъ постановка вопросовъ, которые формулируютъ обвиненіе въ моментъ, когда оно уже претерпѣло нерѣдко измѣненія на судебномъ слѣдствіи, и что, наконецъ, преданіе суду исходитъ не отъ присяжныхъ, а отъ коронныхъ судей, обвинительной камеры [1]).

Въ континентальномъ процессѣ, и въ частности во французскомъ, нужно разсмотрѣть отдѣльно отношеніе приговора къ обвиненію въ судахъ съ участіемъ и безъ участія присяжныхъ. Что касается судовъ первой категоріи, то это отношеніе нормируется постановленіями, относящимися къ постановкѣ вопросовъ присяжнымъ, такъ какъ они представляютъ проектъ декларативной части приговора, и все сводится къ тому, насколько эти вопросы могутъ уклоняться отъ обвинительнаго акта или другого процессуальнаго документа, дающаго окончательную формулировку предъявляемому на разрѣшеніе суда обвиненію. Но, прежде чѣмъ перейти къ обзору положеній французскаго права о постановкѣ вопросовъ по измѣнившемуся обвиненію, необходимо опредѣлить, что составляетъ формулировку первоначальнаго?

Обвиненіе во Франціи исходитъ отъ обвинительной камеры при судѣ 2 й инстанціи (cour d'appel), которая въ опредѣленіи о преданіи суду, въ заключительномъ пунктѣ, указываетъ, въ чемъ обвиняется подсудимый, т. е. опредѣляетъ предметъ судебнаго слѣдствія и рѣшенія. Но сверхъ того составляется и обвинительный актъ уже послѣ преданія суду, и въ этомъ актѣ кромѣ подробнаго изложенія случая (narré), содержится обвинительный пунктъ (résumé), также формулирующій обвиненіе и подлежащій прочтенію при началѣ судебнаго слѣдствія [2]). Возникаетъ вопросъ, можетъ ли отступать обвини-

---

[1]) Первоначально, по Code d'instr., существовалъ еще другой органъ—chambre de conseil, упраздненный закономъ 17-го іюля 1856 года. По закону 16 сентября 1791 года и Code de brumaire, преданіе суду исходило отъ обвинительнаго жюри, которому предлагался на утвержденіе обвинительный актъ.

[2]) Составленіе обвинительнаго акта послѣ преданія суду мотивируется тѣмъ, что, если бы онъ предшествовалъ, то могъ бы вредно вліять на безпристрастіе судей обвинительной камеры располагая ихъ въ пользу обвинителя. Раздавались впрочемъ голоса противъ необходимости обвинительныхъ актовъ, какъ

тельный актъ отъ опредѣленія обвинительной камеры, и какой изъ этихъ документовъ слѣдуетъ считать основой судебнаго слѣдствія и вопросовъ присяжнымъ? Ст. 337 C. d'instr. crim. гласитъ: «Вопросъ, вытекающій изъ обвинительнаго акта, долженъ быть предложенъ въ такихъ словахъ (termes): виновенъ ли подсудимый въ совершеніи такого-то убійства, такой-то кражи или такого-то другого преступленія, со всѣми обстоятельствами, содержащимися въ заключительномъ пунктѣ обвинительнаго акта»? Но дѣйствительной основой вопросовъ, поставляемыхъ присяжнымъ, служитъ опредѣленіе о преданіи суду (arrêt de renvoi), и, если ст. 337 говоритъ о заключительномъ пунктѣ обвинительнаго акта, то потому, что онъ долженъ воспроизводить обвиненіе, формулированное обвинительной камерой [1]), а, если и можетъ нѣсколько отступать отъ послѣдняго, то во всякомъ случаѣ эти уклоненія не должны измѣнять природы преступленія, которое возводится на подсудимаго обвинительной камерой: обвинительный актъ въ своемъ резюме не долженъ, напр., предъявлять обвиненіе въ изнасилованіи, когда опредѣленіе о преданіи суду говоритъ только о любострастіи съ насиліемъ (attentat à la pudeur avec violence), не долженъ прибавлять не упомянутаго въ этомъ опредѣленіи отягчающаго обстоятельства или новаго дѣянія (fait). Если бы обвинительный актъ нарушилъ это правило, то вопросъ долженъ быть поставленъ о томъ преступленіи и только о томъ, которое указано обвинительной камерой въ ея опредѣленіи. «Въ противномъ случаѣ, говоритъ Нугье, предсѣдатель ассизовъ изберетъ неправильный путь, повторитъ превышеніе власти, сдѣланное въ обвинительномъ актѣ, и сообщитъ поставленнымъ вопросамъ элементъ

совершенно безполезныхъ при наличности опредѣленія о преданіи суду. Dalloz —Jurisprudence générale Repertoire de législation etc. Paris. 1854 г. т. XXVIII, V—o Instruction criminelle, № 1185.

[1]) Hélie—Traité de l'Instruction Criminelle. Paris 1860 г., т. IX, стр. 17, 18; Nouguier—La Cour d'assises. Paris 1870 г. т. IV, vol. 1, № 2671—говоритъ: «L'acte rédigé par le procureur général, n'est que l'exécution de cet arrêt (de renvoi), qu'il met en mouvement, dont il developpe les motifs et le dispositif et dont il doit être le reflet exact. Sorte de réquisitoire anticipé, simple élément du débat, le résumé n'en constitue pas la base. Cette base réside tout entière dans l'arrêt de la Cour qui à cet égard a la pleine autorité de la chose jugée».

недѣйствительности» [1]). Поэтому, когда подсудимый былъ преданъ суду за укрывательство, а обвинительный актъ говорилъ и объ укрывательствѣ, и о пособничествѣ, и вопросъ былъ поставленъ и о послѣднемъ, по обвинительному акту, какъ значилось въ протоколѣ (а не на основаніи судебнаго слѣдствія), и подсудимый былъ осужденъ именно за этотъ видъ участія въ преступленіи, приговоръ былъ кассированъ [2]).

Что касается содержанія обвинительнаго акта, который поскольку онъ не измѣняетъ обвиненія, предъявляемаго опредѣленіемъ обвинительной камеры, служитъ источникомъ для постановки вопроса присяжнымъ, то, по ст. 241 C. d'instr., «обвинительный актъ долженъ изложить: 1) свойство (nature) преступнаго дѣянія, образующаго основу обвиненія, 2) фактъ и всѣ обстоятельства, которыя могутъ отягчать или уменьшать наказаніе; подсудимый долженъ быть въ немъ названъ по имени и ясно обозначенъ». Но неточности изложенія не влекутъ ничтожности обвинительнаго акта; французская практика всегда была далека отъ тѣхъ строгихъ формальныхъ требованій, которыя предъявляются въ Англіи: достаточно, напримѣръ, обозначеніе обвиняемаго только по имени и его преступной спеціальности, хотя бы такихъ лицъ могло быть нѣсколько, если предварительное слѣдствіе не собрало болѣе точныхъ свѣдѣній: напр., Loiseau refractaire. Кассаціонный судъ нашелъ неправильнымъ отказъ суда въ подобномъ случаѣ приступить къ судебному слѣдствію въ виду сомнѣнія, то ли лицо находится передъ судомъ, которое указано въ обвинительномъ актѣ, и высказалъ, что это сомнѣніе, какъ и всякое другое сомнѣніе въ виновности даннаго лица, должно быть разрѣшено вердиктомъ присяжныхъ [3]). Неполнота обвинительнаго акта восполняется при постановкѣ вопроса изъ опредѣленія о преданіи суду, если же оба эти документа упустили какой-нибудь существенный моментъ, то судъ не ставитъ обвиненія въ вопросѣ въ этой недостаточной формулировкѣ, повторивъ упущеніе обвинительнаго органа, но восполняетъ пробѣлъ, если бы *судебное слѣдствіе* не дало для этого матеріала, изъ актовъ предварительнаго производства,

---

[1]) Nouguier—op. c. №№ 2674, 2675.

[2]) Dalloz—op. c., т. XXVIII, пр. 1 на 307 стр.

[3]) Рѣшеніе кассаціоннаго суда 29 ноября 1833 г. Dalloz—Instr. Crim. № 1191.

напримѣръ: изъ постановленія о взятіи подъ стражу. Если признакъ состава преступленія упущенъ въ опредѣленіи о преданіи суду и въ обвинительномъ актѣ, но приведена статья закона, предусматривающаго это преступленіе, то въ вопросъ вносится и такой упущенный признакъ. Въ противномъ случаѣ приговоръ, какъ не исчерпывающій обвиненія, подлежитъ отмѣнѣ, развѣ бы упущеніе относилось къ отягчающему обстоятельству и жалоба была подана подсудимымъ, такъ какъ тогда такой недостатокъ не наноситъ послѣднему никакого вреда [1]). Дополненіе не должно однако состоять въ распространеніи вопроса на другое отдѣльное дѣяніе (fait distinct), упоминавшееся въ актахъ производства, но не вошедшее въ обвинительный пунктъ (dispositif) опредѣленія о преданіи суду [2])

Такъ опредѣляется предметъ главнаго вопроса, о которомъ говорится въ ст. 337 C. d'instr. Онъ относится къ первоначальному обвиненію, и постановка его обязательна для суда. Это минимумъ подлежащаго разрѣшенію присяжныхъ и суда обвинительнаго матеріала [3]).

---

[1]) Hélie—op. c., IX, 20, 21, 26 стр. Nouguier—op. c., № 2751, 2752 2748. Rolland-de-Villargues. Les Codes Criminels interprétés. Tome I. Code d'instr. crim. Paris 1873 г. (4-ème edit), № 50 къ 337 ст. Кассаціонный судъ требуетъ въ одномъ изъ рѣшеній включенія въ вопросъ и такого обстоятельства, которое по первоначальному обвиненію не имѣло характера признака состава и могло пріобрѣсти такой характеръ только при какомъ-нибудь поворотѣ дѣла, если это обстоятельство упоминалось въ постановленіи о взятіи подъ стражу и въ исторической части обвинительнаго акта: когда тамъ говорилось о принадлежности подожженной постройки другому лицу, но обвинительный пунктъ, не упоминая объ этомъ, формулировалъ обвиненіе, какъ покушеніе на поджогъ обитаемой постройки, и, когда на вопросъ, поставленный согласно съ этимъ пунктомъ, присяжные отвѣтили утвердительно, отвергнувъ однако «обитаемость», оправдательный приговоръ былъ кассированъ, какъ не исчерпывающій обвиненія и не внесшій признака принадлежности имущества другому лицу. Поскольку послѣднее не оправдывалось судебнымъ слѣдствіемъ и выводилось лишь изъ актовъ производства, слѣдуетъ признать рѣшеніе кассаціоннаго суда заходящимъ слишкомъ далеко. (См. это рѣшеніе у Dalloz—Instr. Crim., 644 стр., пр. 2).

[2]) Hélie—IX, 21 (внизу), 22 стр.

[3]) Измѣнившееся обвиненіе составляетъ предметъ особыхъ субсидіарныхъ вопросовъ и не устраняетъ необходимости поставить вопросъ и по первоначальному. Нарушеніе этого порядка влечетъ кассацію приговора, развѣ бы жалоба

Но постановка вопросовъ, уже въ силу прямого постановленія Code d'instr., а затѣмъ въ особенности, благодаря распространительному толкованію его, усвоенному французской практикой, выходитъ далеко за предѣлы указаннаго минимума.

Въ законодательствѣ, предшествовавшемъ Code d'instr. crim., въ законѣ 16—29 сентября 1791 г. (ст. 37, tit. VII) содержалось слѣдующее постановленіе: «Присяжные не могутъ постановить вердикта о преступленіи, не указанномъ въ обвинительномъ актѣ, каковы бы ни были показанія свидѣтелей», и, хотя въ ст. 21, VII тит. того же закона говорилось: «Предсѣдатель долженъ поставить вопросы, относящіеся къ умыслу (intention), которые вытекаютъ изъ обвинительнаго акта или которые онъ найдетъ вытекающими изъ защиты обвиняемаго или изъ судебнаго слѣдствія (débat)», но эти добавочные вопросы должны были относиться исключительно къ преступленію, указанному въ обвинительномъ актѣ, и содержаніе ихъ, повидимому, составляли обстоятельства, характеризующія внутреннюю сторону дѣянія и вліявшія на мѣру наказанія. Такимъ образомъ, задача приговора исчерпывалась отвѣтомъ на первоначальное обвиненіе. Кодексъ 3-яго брюмера 4 года (Code des délits et des peines) сдѣлалъ шагъ въ сторону расширенія задачи суда: согласно 379 ст. этого кодекса, «присяжнымъ можно ставить вопросы объ одномъ или нѣсколькихъ обстоятельствахъ, не упомянутыхъ въ обвинительномъ актѣ, если бы даже они измѣняли характеръ преступленія, представляемаго указаннымъ тамъ дѣяніемъ. При обвиненіи въ насильственномъ дѣйствіи надъ личностью, предсѣдатель можетъ поэтому, согласно съ судебнымъ слѣдствіемъ, поставить вопросъ, не совершено ли это дѣйствіе съ умысломъ на убійство». Тѣмъ скорѣе допускались вопросы, клонящіеся къ смягченію свойства преступленія (ст. 646) [1]).

Въ дѣйствующемъ законодательствѣ отношеніе вопросовъ и приговора къ обвиненію нормируется ст. 338 и 361 Code d'instr crim. Первая опредѣляетъ: «Если на судебномъ слѣдствіи обнаружится одно или нѣсколько отягчающихъ обстоятельствъ,

---

исходила отъ подсудимаго и при томъ измѣнившееся обвиненіе было менѣе тяжкимъ, чѣмъ первоначальное. Dalloz—op. c. Instr. Crim. № 2489¹ и 2500, Rolland—op. c. № 74 и 81 къ 337 ст и № 36 къ 338 ст. Nouguier—op. c. № 2797—№ 2799.

[1]) Hélie—1X, 27, 28.

не упомянутыхъ въ обвинительномъ актѣ, предсѣдатель долженъ прибавить слѣдующій вопросъ: совершилъ ли подсудимый преступленіе съ такими-то или такими-то обстоятельствами?»

Согласно 361 ст.:

«Когда во время судебнаго слѣдствія подсудимый будетъ обвиненъ въ другомъ дѣяніи (fait) уликами (pièces) или показаніями свидѣтелей, предсѣдатель, провозгласивъ, что подсудимый оправданъ по настоящему обвиненію, долженъ сдѣлать распоряженіе о преслѣдованіи его за новое дѣяніе, послѣдствіемъ чего должно быть принятіе предсѣдателемъ мѣръ обезпеченія явки подсудимаго къ слѣдственному судьѣ того округа, гдѣ засѣдаетъ судъ, для производства новаго предварительнаго слѣдствія, будетъ ли эта мѣра повѣстка о явкѣ или приказъ о приводѣ..... или заключеніе подъ стражу.

Но это предписаніе закона примѣняется только въ случаѣ, когда, до заключенія судебнаго слѣдствія, прокуроръ оставитъ за собою право такого преслѣдованія подсудимаго» [1]).

Эти статьи закона прямо разрѣшаютъ постановку вопросовъ только объ отягчающихъ обстоятельствахъ (ciconstances aggravantes) и запрещаютъ вопросы только о другомъ дѣяніи, что же касается другихъ измѣненій предъявленнаго обвиненія во время судебнаго слѣдствія, то о нихъ законъ не упоминаетъ. Изъ ст. 361 можно сдѣлать выводъ a contrario, что допустимы всякія измѣненія, лишь бы дѣяніе оставалось тѣмъ же, которое указано въ обвинительномъ актѣ, лишь бы оно не превратилось въ другое. Французская практика и тѣсно примыкающая къ ней доктрина и толкуютъ право, предоставленное предсѣдателю 338 ст., ставить вопросы о новыхъ, обнаруженныхъ на судебномъ слѣдствіи, обстоятельствахъ, распространительно, но впадаютъ въ постоянныя противорѣчія и предлагаютъ самые разнообразные критеріи для опредѣленія допустимыхъ и недо-

---

[1]) Въ случаѣ, если инкриминируемое дѣяніе подтвердится, но будетъ обнаружено и другое, то вопросъ о послѣднемъ также не можетъ быть поставленъ, а оно служитъ предметомъ новаго процесса, если есть соучастники или если оно вліяетъ на наказаніе по совокупности преступныхъ дѣяній. Исполненіе приговора по первому обвиненію пріостанавливается до рѣшенія о второмъ. См. ст. 379 C. d'instr. cr. Постановленіе, сходное съ 361 ст. C. d'instr. crim., содержалось уже въ Code 3 brum an IV, въ ст. 427.

пустимыхъ уклоненій вопросовъ отъ предъявляемаго обвинительнымъ актомъ обвиненія; граница намѣчается неопредѣленно и не соблюдается въ отдѣльныхъ случаяхъ, и причиной всего этого является почти всегда неправильное пониманіе того, что слѣдуетъ считать другимъ дѣяніемъ, «autre fait», другое ли преступленіе и какое именно, или же другой матеріальный фактъ.

Неустойчивость и сбивчивость положеній, выработанныхъ французской практикой и доктриной, могутъ служить хорошимъ примѣромъ неудовлетворительности различныхъ попытокъ провести границу допустимыхъ и недопустимыхъ измѣненій первоначальнаго обвиненія, когда они происходятъ въ предѣлахъ того самаго дѣянія, какъ фактическаго комплекса, которое дало начало уголовному преслѣдованію. Въ виду этого, а также потому, что различные случаи измѣнившагося обвиненія регулируются во Франціи въ гораздо большей степени положеніями, выработанными практикой, чѣмъ закономъ, нельзя не остановиться на этомъ подробнѣе.

Уже ст. 338 при примѣненіи ея къ тѣмъ случаямъ, на которые она прямо расчитана, вызывала нѣкоторыя сомнѣнія. Эта статья говоритъ объ отягчающихъ обстоятельствахъ, обнаруженныхъ на судебномъ слѣдствіи, поэтому ясно, что вопросъ долженъ быть поставленъ присяжнымъ, напримѣръ, о насиліи или пользованіи подобраннымъ ключомъ, если эти обстоятельства вытекали изъ слѣдствія по дѣлу о кражѣ, или о томъ, что кража совершена на публичной дорогѣ; или при обвиненіи въ умерщвленіи плода—вопросъ, не есть ли обвиняемая повивальная бабка. Но можетъ случиться, что *обнаруженный фактъ служитъ, правда, отягчающимъ обстоятельствомъ* по отношенію къ преступному дѣянію, первоначально инкриминируемому подсудимому, *но въ то же время образуетъ самостоятельное преступленіе.* Можно ли ставить вопросъ присяжнымъ и о такомъ фактѣ? Утвердительный отвѣтъ даетъ имѣющее руководящее значеніе рѣшеніе кассаціоннаго суда, состоявшееся по дѣлу Лакоста, 14 ноября 1822 года. Лакоста обвинялся въ убійствѣ. Прокуроръ просилъ о постановкѣ еще другого вопроса, вытекавшаго изъ судебнаго слѣдствія: не были ли похищены у убитаго 100 франковъ во время причиненія насилія, повлекшаго его смерть. Судъ отклонилъ это ходатайство, но кассаціонный

судъ призналъ этотъ отказъ неправильнымъ и высказалъ слѣдующее: согласно 227 ст. Code d'instr. cr., преступленія и проступки являются связанными (connexes) между собою тогда, когда виновные совершаютъ одни преступленія для доставленія себѣ средствъ совершить другія, для облегченія или для окончанія выполненія другихъ или для обезпеченія безнаказанности; при томъ преступленія могутъ быть такого рода, что ихъ связь не влечетъ увеличенія наказанія ни за одно изъ нихъ и, при одновременномъ обвиненіи, судъ назначаетъ только болѣе тяжкое изъ тѣхъ наказаній, которымъ они подлежатъ, а, если такое преступленіе обнаружилось только на судебномъ слѣдствіи, то связь его съ другимъ, указаннымъ въ обвинительномъ актѣ, не дастъ суду права привлекать это новое дѣяніе къ своему разсмотрѣнію. Здѣсь примѣнима ст. 361 C. d'instr. Но отъ такихъ случаевъ необходимо отличать другіе, когда подобное преступленіе при соединеніи съ тѣмъ, которое дало основаніе для первоначальнаго обвиненія, влечетъ наказаніе болѣе строгое, чѣмъ то, которому подвергся бы подсудимый за болѣе тяжкое изъ двухъ преступленій; это второе преступленіе, очевидно, представляетъ собою отягчающее обстоятельство и подходитъ подъ опредѣленіе 338 ст. C. d'instr. И въ настоящемъ дѣлѣ кражу слѣдовало разсматривать, какъ подобное обстоятельство, такъ какъ, согласно 304 ст. Code pénal, убійство, когда оно предшествуетъ другому преступленію или проступку, сопровождаетъ его или за нимъ слѣдуетъ, влечетъ смертную казнь (вмѣсто безсрочной каторги, т. е. приравнивается assassinat) [1]). Это положеніе примѣняется и въ другихъ подобныхъ случаяхъ: если, напримѣръ, первоначальное обвиненіе было въ кражѣ, а оказалось, что оно сопровождалось убійствомъ [2]); такъ еще при любострастіи, предшествовавшемъ убійству или слѣдовавшемъ за нимъ и раскрытомъ на судебномъ слѣдствіи по дѣлу о послѣднемъ, или при нанесеніи ранъ, связанныхъ съ кражей, когда обвиненіе было только въ по-

---

[1]) Цитировано по Dalloz—ор. с., т. XXVIII, пр. 1 на 628 стр. Есть однако и обратное рѣшеніе 8 ноября 1838 г., допускающее отдѣльное преслѣдованіе за такое преступленіе. Противъ этого высказывается Эли—ор. с., III, 586, считающій необходимымъ совмѣстное разсмотрѣніе, такъ какъ кража имѣетъ акцессорный характеръ.

[2]) Рѣшеніе 22 іюня 1855 г. Nouguier—№ 2774.

слѣдней. Такимъ отягчающимъ обстоятельствомъ, по прежнему тексту 280 ст. Code pénal, были также бродяжество или прошеніе милостыни, если они сопровождали преступленіе, за которое въ законѣ опредѣлена срочная каторга [1]). Иной взглядъ высказываетъ Гарро: по его мнѣнію, «говорить, что второе дѣяніе (fait) есть только отягчающее обстоятельство перваго, значитъ играть словами», и практика поступаетъ неправильно, разрѣшая предсѣдателю распространять процессъ ex officio на какое-нибудь преступленіе или проступокъ, чтобы связать его съ убійствомъ (meurtre): вопросъ о такомъ преступленіи или проступкѣ можетъ быть поставленъ присяжнымъ только въ томъ случаѣ, если оно само было также предметомъ обвиненія и подсудимый былъ преданъ суду не только за убійство, но и за это второе преступное дѣяніе. Отягчающимъ обстоятельствомъ является не оно, а особое его свойство, simultanéité, т. е. одновременность этого дѣянія и убійства или то обстоятельство, что оба они вытекаютъ изъ одного и того же волевого акта, и именно объ этомъ можетъ быть поставленъ отдѣльный вопросъ, на основ. 338 ст., хотя бы о «simultanéité» не говорилось въ обвинительномъ актѣ [2]). То или другое рѣшеніе этой контраверзы зависитъ отъ пониманія соотвѣтствующихъ постановленій матеріальнаго права, и, поскольку послѣднее признаетъ похищеніе имущества или любострастіе и убійство однимъ преступленіемъ сложнаго состава и пресумируетъ единство волевого акта, а слѣдовательно и единство дѣянія, постольку болѣе правильнымъ представляется взглядъ, усвоенный кассаціоннымъ судомъ [3]) и большинствомъ криминалистовъ.

Болѣе важнымъ и вполнѣ процессуальнымъ является другой вопросъ, *какое значеніе имѣетъ опредѣленіе о преданіи суду, отвергнувшее какое-либо отягчающее обстоятельство?* Можетъ ли послѣднее все-таки составить предметъ вопроса, по 338 ст. C. d'instr.? Здѣсь французская практика различаетъ два случая: если отягчающее обстоятельство отвергнуто обвинительной ка-

---

[1]) Hélie—op. c., IX, 33 стр., Nouguier—l. c.

[2]) Garraud—Traité théorique et pratique du droit pénal français. Paris. 1901. (2-ème edit.), т. IV, №№ 1648 и 1653, особ. пр. 25 на 615 стр.

[3]) Впрочемъ, рѣшеніе 15 апрѣля 1847 г. Гарро приводитъ, какъ подкрѣпляющее его взглядъ.

мерой, по причинѣ фактическаго свойства, потому, напримѣръ, что это обстоятельство недостаточно подтверждалось данными предварительнаго слѣдствія, то судъ можетъ поставить вопросъ объ этомъ обстоятельствѣ, если на судебномъ слѣдствіи оно пріобрѣтетъ характеръ большей достовѣрности. «Внѣ всякаго сомнѣнія, говоритъ по этому поводу Эли, что постановленія совѣщательной камеры (нынѣ не существующей болѣе) и опредѣленія обвинительной совсѣмъ не имѣютъ силы res judicata относительно фактовъ, которые они признаютъ существующими или несуществующими; констатированье ими фактовъ чисто провизорнаго свойства, оно не связываетъ судей существа». Напротивъ, если отягчающее обстоятельство устранено обвинительной камерой по юридическимъ соображеніямъ, то взглядъ ея обязателенъ для суда существа, который уже не можетъ ставить вопросъ объ этомъ обстоятельствѣ, усматривая въ немъ circonstance aggravante: напримѣръ, о томъ, совершена ли кража съ помощью найденнаго ключа, когда обвинительная камера признала, что такой ключъ нельзя приравнивать къ подобранному и что открытіе закрытаго помѣщенія найденнымъ ключомъ не есть квалифицирующій моментъ при кражѣ [1]). Впрочемъ, Нугье [2]) не хочетъ признавать этого различія двухъ категорій случаевъ и полагаетъ, что судъ въ правѣ поставить вопросъ и въ случаяхъ второй категоріи. Нугье указываетъ, что рѣш. 11 іюня 1841 г. устанавливаетъ упомянутое различіе, говоря *о правѣ прокурора вносить въ обвинительный актъ* отягчающее обстоятельство, не признанное за таковое въ опредѣленіи о преданіи суду, а право суда на постановку соотвѣтствующаго вопроса вообще не отрицается. Да и законъ въ 338 ст. не дѣлаетъ никакихъ разграниченій. На это можно однако возразить, что 338 ст. говоритъ объ отягчающихъ обстоятельствахъ, вытекающихъ изъ судебнаго слѣдствія, слѣдовательно имѣетъ въ виду обнаруженье новыхъ фактическихъ моментовъ, имѣющихъ отягчающій дѣяніе характеръ, а не новыя точки зрѣнія на прежнія обстоятельства. Болѣе существенны, хотя и не нахо-

---

[1]) Hélie—op. c., VI, стр. 600 и слѣд., особ. 604, 605. Dalloz — l. c. Instr. crim. № 2520[2] и приводимыя ими рѣш. 19 авг. 1830 г. и 11 іюня 1841 г.

[2]) Op. c., IV, № 2792.

дятъ опоры въ положительномъ правѣ, другіе доводы Нугье, а именно, что у присяжныхъ изъемлется оцѣнка части фактовъ (правильнѣе было бы сказать субсумція ихъ), если присяжныхъ не спрашиваютъ объ обстоятельствахъ, въ которыхъ обвинительная камера не усматриваетъ отягчающихъ, и кромѣ этого, что допускаемая постановка субсидіарныхъ вопросовъ вообще представляетъ нарушеніе принципа законной силы опредѣленія обвинительной камеры относительно юридической стороны дѣянія, но этотъ доводъ вѣренъ лишь, поскольку вопросъ ставится по признакамъ иного преступленія, чѣмъ усматривала обвинительная камера, *хотя фактическая сторона дѣянія не измѣнилась*; между тѣмъ французская практика допускаетъ постановку субсидіарныхъ (эвентуальныхъ) вопросовъ не вслѣдствіе сомнѣнія въ субсумціи *тѣхъ же фактовъ* подъ ту или иную статью уголовнаго закона, а вслѣдствіе того, что *измѣнилась фактическая сторона, а съ нею* и юридическое свойство случая; при измѣненіи же *фактическихъ моментовъ* допускается постановка вопроса и объ устраненномъ отягчающемъ обстоятельствѣ: напримѣръ, если бы оказалось, что ключъ былъ не найденный, а дѣйствительно подобранный. Поэтому нельзя видѣть здѣсь вмѣстѣ съ Нугье непослѣдовательность. Въ пользу своего взгляда послѣдній приводитъ еще рѣшенія кассац. суда, 10 дек. 1812 г. и 2 янв. 1829 г., гдѣ, правда, признана правильной постановка вопросовъ объ отягчающихъ обстоятельствахъ, отвергнутыхъ обвинительной камерой, но не видно, были ли они отвергнуты именно по юридическимъ соображеніямъ.

Ст. 338 относится къ новымъ отягчающимъ (квалифицирующимъ) обстоятельствамъ; *можно ли ставить присяжнымъ вопросы о другихъ раскрытыхъ на судебномъ слѣдствіи обстоятельствахъ, измѣняющихъ первоначальное обвиненіе?* Кассаціонный судъ уже въ рѣшеніи отъ 31 января 1817 г. [1]) высказалъ взглядъ, что «ст. 337, 338 и слѣдующія за ними, относящіяся къ постановкѣ вопросовъ, не предписаны подъ страхомъ кассаціи за ихъ несоблюденіе; при редакціи вопросовъ онѣ указываютъ только простую формулу, регулирующую постановку, и имѣютъ только примѣрное, руководящее значеніе, *никоимъ образомъ не отличаясь исклю-*

---

[1]) Dalloz – op. c., XXVIII, 629 стр., прим. 1.

чительнымъ или ограничительнымъ характеромъ, и предсѣдатель можетъ распространить вопросы не только на всѣ отягчающія обстоятельства главнаго факта, но и на всѣ отдѣльные факты, связанные съ главнымъ и вытекающіе изъ судебнаго слѣдствія». Такъ и въ болѣе позднемъ рѣшеніи (16 мая 1840 г.) говорится, что судъ въ правѣ ставить вопросъ не только объ отягчающихъ обстоятельствахъ, но вообще всякій вопросъ, который, хотя и формулируетъ обвиненіе, отличное отъ первоначальнаго въ томъ смыслѣ, что оно предусмотрѣно другимъ постановленіемъ закона, все-же воспроизводитъ первоначальный фактъ, разсматриваемый съ другой точки зрѣнія и представляющій другой уголовно-юридическій характеръ [1]). Въ пользу возможности такихъ отклоненій приводится еще 365 ст. Code d'instr. crim., согласно которой дѣяніе остается подсуднымъ ассизному суду даже тогда, когда на судебномъ слѣдствіи оно окажется не подлежащимъ его вѣдомству, пріобрѣтетъ характеръ нарушенія или проступка (вмѣсто преступленія). Слѣдовательно, и въ измѣненномъ видѣ дѣяніе должно быть подвергнуто рѣшенію присяжныхъ [2]).

Основаніе необходимости, въ случаѣ новыхъ обстоятельствъ, распространить приговоръ и на эти послѣднія и выйти за предѣлы предъявленнаго обвиненія французская практика и доктрина видятъ въ томъ, что иначе постановлялись бы часто неосновательные оправдательные приговоры [3]), что приходилось бы таскать подсудимаго по судамъ, подвергая его новымъ преслѣдованіямъ и процессамъ столько разъ, сколько судебное

---

[1]) Hélie—III, 605 стр., Nouguier—IV[1], стр. 198; такъ и рѣш. 9 сентября 1841 г. Dalloz—l. c., № 2532.

[2]) Рѣш. 26 ноября 1818 г. (Dalloz.—XXVIII, Instr. Crim., 633 стр., пр. 5). Иначе понимаетъ 365 ст. Merlin — Repertoire universel et raisonné de jurisprudence, т. XV, стр. 467; по его мнѣнію, ст. 365 относится только къ случаямъ, въ которыхъ crime превратилось на судебномъ слѣдствіи въ délit вслѣдствіе отпаденія (недоказанности) нѣкоторыхъ обстоятельствъ, приведенныхъ въ обвинительномъ актѣ; вопросы же, измѣняющіе природу инкриминируемаго преступленія, не могутъ быть поставлены.

[3]) Nouguier — op. c. IV, № 2767 (такіе оправдательные приговоры производятъ впечатлѣніе скандала). См. также рѣш. касс. суда 14-го мая 1813 г. (Nouguier—IV[1], стр. 197): общественная и личная безопасность подвергалась бы при этомъ самымъ пагубнымъ посягательствамъ.

слѣдствіе откроетъ новыхъ фактовъ [1]), что центръ тяжести процесса лежитъ въ судебномъ, а не въ предварительномъ слѣдствіи. «Пророгація компетенціи, говоритъ Эли, вызывается въ такомъ случаѣ необходимостью: какъ въ самомъ дѣлѣ допустить, чтобы предсѣдатель, связанный опредѣленіемъ обвинительной камеры, принужденъ былъ подвергать обсужденію присяжныхъ факты съ квалификаціей, неточность которой показало только что устное слѣдствіе, и съ характеристикой, ошибочность которой установлена? Не повелъ ли бы съ необходимостью такой порядокъ къ безнаказанности при наличности наказуемаго дѣянія, такъ какъ, съ одной стороны, присяжные не могли бы признать истинными факты, которые, будучи представлены подъ извѣстнымъ угломъ зрѣнія, не существовали бы въ дѣйствительности, а съ другой стороны было бы запрещено ихъ установить въ ихъ истинномъ видѣ [2]). Указавъ далѣе на то, что предварительное письменное производство по дѣлу не должно стѣснять главнаго устнаго слѣдствія, задача котораго состоитъ въ лучшемъ установленіи фактовъ и которое было бы безцѣльно, если бы его нельзя было положить въ основу вердикта и приговора, Эли настаиваетъ на допустимости «трансформаціи границъ (termes) обвиненія», необходимо только, чтобы неизмѣннымъ оставался предметъ послѣдняго. Въ этомъ Эли видитъ только развитіе слѣдствія безъ нарушенія его единства и безъ стѣсненія для защиты, ибо «ассизный судъ не можетъ распространить изслѣдованіе *за предѣлы инкриминируемаго дѣянія*, такъ какъ, улавливая его модификаціи, судъ не можетъ прибавить къ нему ни одного акта, не составляющаго момента (circonstance) *того же дѣянія*, ни одного элемента, не представляющагося инцидентнымъ для того же обвиненія.

Итакъ особенное вниманіе во Франціи останавливаетъ на себѣ интересъ государственный въ полнотѣ изслѣдованія и правильномъ, исключающемъ безнаказанность виновныхъ отправленіи правосудія. Интересъ подсудимаго, предоставленіе ему возможности защиты отходитъ на второй планъ, а иногда и совсѣмъ стушевывается. Обычная черта французскаго уголовнаго судопроизводства—неодинаковое вниманіе къ интересамъ обвинителя и обвиняемаго и зависимость послѣдняго отъ су-

---

[1]) Hélie—op. c., IX, 30 стр.

[2]) Ibid. IX, 48 и 49 стр. См. такъ же Nougüier—IV, № 2767.

дейскаго усмотрѣнія проявляется и здѣсь. Это невнимательное отношеніе къ весьма существенному моменту въ вопросѣ о развитіи обвиненія сквозитъ уже въ приведенныхъ выше словахъ Эли. Въ другомъ мѣстѣ онъ останавливается на этомъ нѣсколько подробнѣе, касаясь возможнаго противъ постановленія 338 ст. C. d'instr. принципіальнаго возраженія, что подсудимому угрожаетъ опасность, когда его не предупредили о томъ, что онъ долженъ отвѣчать и за факты, обнаруженные на судебномъ слѣдствіи, и когда онъ не могъ представить своихъ свидѣтелей или оправдательныхъ данныхъ. Это возраженіе Эли считаетъ несущественнымъ, хотя и соглашается, что подсудимый можетъ испытать нѣкоторое стѣсненіе въ своей защитѣ при необходимости немедленно опровергнуть вновь открывшіяся обстоятельства, напр.: фактъ засады или кражи при убійствѣ, угрозы, предшествовавшей поджогу, или принадлежности подожженной недвижимости другому лицу, при обвиненіи въ поджогѣ. Здѣсь Эли находитъ возможнымъ отложить дѣло, если подсудимый сошлется на свидѣтелей, и говоритъ, что согласно установившемуся порядку предсѣдатель предупреждаетъ подсудимаго, въ моментъ обнаруженья отягчающаго обстоятельства, что о немъ будетъ поставленъ вопросъ, «чтобы подсудимый могъ собрать свои воспоминанія, приготовиться къ защитѣ и представить свои объясненія по этому пункту». Упущеніе этой мѣры, впрочемъ, не влечетъ кассаціи приговора, но *безпомощность подсудимаго передъ лицомъ новыхъ фактовъ Эли считаетъ мало вѣроятной*, такъ какъ рѣчь будетъ «о новомъ обстоятельствѣ того же дѣянія и одни и тѣ же доказательства въ общемъ примѣняются ко всѣмъ инцидентамъ того же дѣянія. Защита не испытаетъ реальнаго вреда, лишь бы только новыя обстоятельства принадлежали къ тому же corpus delicti и были лишь второстепенными (secondaires) актами той же дѣятельности (action) [1]) Еще съ большимъ оптимизмомъ смотритъ на это Нугье: *опасность для под-*

---

[1]) Hélie—IX, стр. 29 и 30. Онъ имѣетъ въ виду не одни отягчающія обстоятельства, хотя приведенныя соображенія помѣщены въ §-ѣ, относящемся къ этимъ обстоятельствамъ, но и вообще измѣненіе квалификаціи (un autre aspect, un nouveau caractère). См. еще отдѣльныя замѣчанія Эли на стр 54—59 (ср. ниже текстъ).

судимаго онъ видитъ только *въ распространеніи* вопросовъ и приговора на обнаруженный судебнымъ слѣдствіемъ *фактъ, составляющій новое преступленіе*: здѣсь опасны неожиданные вопросы присяжнымъ о преступленіи, которое можетъ не имѣть никакой связи съ тѣмъ, къ рѣшенію о коемъ они призваны. «Какъ могъ бы, восклицаетъ Нугье, подсудимый, застигнутый врасплохъ, подъ вліяніемъ впечатлѣній судебнаго засѣданія, собраться съ мыслями, дать указанія своему защитнику, вызвать свидѣтелей, которые должны способствовать его оправданію?» Но дѣло обстоитъ иначе при обнаруженіи отягчающаго обстоятельства или модифицирующаго факта: «лучше всякаго другого, полагаетъ Нугье, подсудимый знаетъ все, что находится въ связи съ его дѣяніемъ: по направленію, принятому розысками предварительнаго слѣдствія, онъ могъ предвидѣть, что наступитъ моментъ, когда истина раскроется и преступленіе всплыветъ на свѣтъ Божій въ его настоящемъ видѣ. Въ этомъ предвидѣньи онъ долженъ былъ подготовить свою защиту, и, когда истина раскрывается во время судебнаго засѣданія, для подсудимаго нѣтъ ни неожиданности, ни затрудненія». *Предоставленіе* ему *права послѣдняго слова* названный авторъ считаетъ, повидимому, достаточной мѣрой охраны интересовъ защиты, ссылаясь на кассаціонныя рѣшенія [2]).

Если такъ единодушно французская практика и представители науки высказываются за возможность и даже необходимость постановки вопросовъ по измѣнившемуся обвиненію, то далеко не такой безспорной и опредѣленной представляется та грань, до которой допустимо измѣненіе предъявленнаго обвиненія. Изъ приведенныхъ рѣшеній кассаціоннаго суда и словъ Эли можно, казалось бы, сдѣлать выводъ, что допустимо всякое измѣненіе квалификаціи, лишь бы не измѣнялся матеріальный фактъ, давшій начало уголовному преслѣдованію, лишь бы предметомъ вопросовъ не сдѣлалось другое матеріальное дѣяніе. Современный французскій криминалистъ проф. Гарро также говоритъ, что вопросы могутъ быть поставлены присяжнымъ не только объ отягчающихъ или смягчающихъ обстоятельствахъ, но и объ обнаруженныхъ на судебномъ слѣдствіи фактахъ,

---

[1]) Nouguier—№ 2760 и 2768; рѣшенія 23 сентября 1830 г. и 22 апрѣля 1842 г.

представляющихъ извѣстную модификацію первоначальнаго дѣянія, или же вліяющихъ на его квалификацію *при тожествѣ матеріальнаго факта*, но измѣненное обвиненіе должно быть какъ бы вырожденіемъ первоначальнаго (dégénérescence de la premiѐre accusation), т. е. находиться къ нему въ такомъ отношеніи, при которомъ *первое (измѣненное) подразумѣвается* (soit comprise) въ *послѣднемъ* [1]). Повидимому, этимъ исключается возможность постановки вопроса о преступленіи болѣе тяжкомъ, чѣмъ первоначально возведенное на обвиняемаго, напримѣръ: переходъ отъ насильственнаго любострастія къ изнасилованью [2]); всѣ же другія измѣненія разрѣшаются. Но такой выводъ былъ бы слишкомъ поспѣшнымъ: у другихъ французскихъ криминалистовъ мы встрѣчаемъ иной критерій для разграниченія допустимыхъ и недопустимыхъ измѣненій, да и у

---

[1]) Garraud—Précis de droit criminel. Paris. 1903 г. (8-éme edit.), стр. 815. Въ томъ же смыслѣ бельгійскій криминалистъ Haus—Principes généraux du droit pénal belge. Gand. 1879 г. (3-е изд.), II, № 1307 («lorsque l'incrimination nouvelle est implicitement comprise dans la première»). Переходъ возможенъ и къ преступленію или проступку, существенно отличающемуся отъ первоначально возведеннаго.

[2]) Ср. Dalloz—l. c. № 2521. Затрудненіе можетъ представить вопросъ, есть ли новое обстоятельство отягчающее или же обосновывающее вмѣстѣ съ первоначальными фактами болѣе тяжкое преступленіе, представляющее иными словами, элементъ состава послѣдняго (*élément constitutif*); вопросъ присяжнымъ можетъ быть поставленъ только о первомъ (*circonstance aggravante*). Есть рѣшенія, въ которыхъ конститутивнымъ признается элементъ, отсутствіе котораго дѣлаетъ дѣяніе непреступнымъ; такого взгляда придерживается и Morin—Répertoire général et raisonné du droit criminel. Paris 1851 г., т. II, Circonstances aggravantes, № 5. Въ другихъ рѣшеніяхъ конститутивнымъ признается элементъ, въ зависимости отъ котораго измѣняется природа преступленія, напр.: отцеубійство и дѣтоубійство отличаются отъ простого убійства конститутивнымъ элементомъ (родство жертвы); напротивъ, считая конститутивнымъ элементъ, вліяющій на сущность (le caractère intrinsèque) преступленія (въ широкомъ смыслѣ—infraction). Гарро (Précis —320, 321 стр.) именно въ приведенномъ сейчасъ примѣрѣ усматриваетъ квалифицированный видъ убійства и родство жертвы относитъ къ отягчающимъ обстоятельствамъ. Trébutien—Cours élémentaire de droit criminel, Paris 1854 г., т. II, 428—433 стр.—видитъ конститутивный элементъ даже въ обстоятельствѣ, превращающемъ délit въ crime, напр. въ томъ, что кража (délit) совершена лицомъ домашнимъ (vol domestique—crime).

Эли и во взглядахъ кассаціоннаго суда замѣтны колебанія, и *другое дѣяніе часто означаетъ* здѣсь и у Эли *только другое преступленіе*, при неизмѣнности фактической основы дѣла, при этомъ въ отдѣльныхъ случаяхъ устанавливаются нерѣдко различныя точки зрѣнія на сущность понятія «*другое* преступленіе».

Насколько неопредѣленно понятіе модифицирующихъ обстоятельствъ (faits modificatifs) и отличіе ихъ отъ другихъ, или совсѣмъ новыхъ, фактовъ, можно видѣть хотя бы изъ объясненій Морена и Нугье. Первый, опираясь на одно изъ рѣшеній кассаціоннаго суда, считаетъ существеннымъ признакомъ для «faits modificatifs» связь ихъ по времени и мѣсту съ главнымъ фактомъ, указаннымъ въ обвинительномъ актѣ. При такомъ шаткомъ критеріи немудрено, что Моренъ, когда обвиненіе перешло отъ домашней кражи къ злоупотребленію довѣріемъ, или, по нашей терминологіи, къ присвоенію и растратѣ, видитъ въ послѣднемъ другое дѣяніе (autre fait), о которомъ вопросъ, въ силу 361 ст. C. d'instr. (см. выше), не можетъ быть поставленъ [1]). Согласно Нугье, обстоятельства, служащія предметомъ субсидіарныхъ вопросовъ; «dérivant virtuellement par une sorte de filiation naturelle du fait servant de base primitive à l'accusation se rattachent à lui par des rapports intimes»; въ другомъ мѣстѣ онъ говоритъ, ссылаясь на одно кассаціонное рѣшеніе, что, по смыслу 338 ст. C. d'instr., фактъ, подлежащій разбирательству совмѣстно съ первоначальнымъ, долженъ быть обстоятельствомъ его и поэтому долженъ быть связанъ съ нимъ и имѣть одно послѣдствіе: отягченіе или смягченіе его [2]); но въ дальнѣйшемъ изложеніи Нугье приводитъ и, повидимому, раздѣляетъ рѣшенія кассаціоннаго суда, гдѣ измѣненія были иного рода [3]). Другое дѣяніе, на которое постановка вопросовъ не распространяется, по мнѣнію названнаго автора, должно быть независимымъ отъ факта обвиненія, брать начало изъ другихъ источниковъ, быть запечатлѣннымъ собственнымъ характеромъ,

---

[1]) Morin—Répertoire, II, стр. 604, 605 (№№ 15—19). Contra кассаціонный судъ.

[2]) Nouguier—IV, № 2762 и 2767.

[3]) l. c. № 2777 и слѣд. Въ № 2771, несмотря на общія положенія, высказанныя раньше (№ 2762), Nouguier различаетъ 4 рода обстоятельствъ, которыя могутъ быть предметомъ субсидіарныхъ вопросовъ: 1) отягчающія,

составлять отдѣльное и существенно отличное преступленіе» [1]). Можно подумать, что Нугье имѣетъ въ виду преступное дѣяніе, реально конкуррирующее съ тѣмъ, которое указано въ обвинительномъ актѣ, но тогда непонятно, почему дѣянія должны быть существенно различными, т. е. разнаго юридическаго характера. На самомъ дѣлѣ, Нугье смѣшиваетъ другое, реально конкуррирующее дѣяніе, и отличную отъ первоначальной квалификацію и видитъ autre fait, въ смыслѣ 361 ст. C. d'instr., и тогда, когда оказалось, что дѣяніе подсудимаго представляетъ причиненіе не побоевъ и ранъ, а увѣчья, и тогда, когда кромѣ инкриминированной кражи оказалась совершенной еще другая, или когда обвиненіе говорило объ изнасилованіи трехъ лицъ, а вопросы поставлены объ изнасилованіи пяти лицъ [2]). Болѣе точно опредѣляетъ предметъ измѣнившагося обвиненія (субсидіарныхъ вопросовъ) Требюсьанъ: факты, служащіе основаніемъ этихъ вопросовъ, тѣ же, что и—составляющіе предметъ главнаго, но смягченные отпаденіемъ обстоятельства, которое судебное слѣдствіе свело на нѣтъ [3]). Зато *это опредѣленіе не охватываетъ многихъ случаевъ*, гдѣ практика допускаетъ *измѣненіе обвиненія*: послѣднее, какъ увидимъ ниже, *возможно не только тогда, когда отпало какое-либо обстоятельство, но и тогда, когда вмѣсто него доказано другое.*

Эли разумѣетъ подъ модифицирующими фактами такіе, которые только воспроизводятъ то же обвиненіе въ другомъ видѣ (sous un autre aspect) или которые представляются акцессорными по отношенію къ первоначальному факту, подъ новыми же—такіе, которые ставятъ новое обвиненіе на мѣсто перваго или которые отъ первоначальнаго обвиненія не зависятъ [4]). Въ частности Эли различаетъ слѣдующіе случаи: новые факты или 1) служатъ только поправкой фактовъ, приводимыхъ обвиненіемъ, или 2) измѣняютъ ихъ квалификацію, или 3) являются дополненіемъ, модификаціей или развитіемъ ихъ, или 4) тѣсно связаны съ послѣд-

---

2) смягчающія, 3) измѣняющія квалификацію, 4) модифицирующія фактъ обвиненія въ нѣкоторыхъ акцессорныхъ пунктахъ.

[1]) l. c. № 2762.

[2]) l. c. IV, v. 1, стр. 187, 188; см. еще стр. 190, рѣш. 11 янв. 1834 г.

[3]) Trébutien—Cours élémentaire, т. II, стр. 424, 425.

[4]) Hélie—op. c., IX, 50 стр.

ними, суть обстоятельства того же дѣянія (action), какъ бы корроларіи его, или, наконецъ, 5) не будучи модификаціей и не находясь въ зависимости отъ инкриминированныхъ фактовъ, совершенно отъ нихъ отличны (distincts) [1]). Именно факты этой пятой категоріи не могутъ дать основаніе для субсидіарнаго вопроса и составляютъ предметъ новаго обвиненія, факты первыхъ трехъ категорій могутъ быть предметомъ субсидіарныхъ вопросовъ [2]), какъ и факты *четвертой*, но послѣдніе представляютъ ту особенность, что, если субсидіарный вопросъ не былъ поставленъ, возможно отдѣльное преслѣдованіе: суду предоставляется избрать тотъ или другой способъ, смотря по тому, что

---

[1]) l. c., стр. 51—60. Категоріи 3—5 разсматриваются, какъ виды одной болѣе обширной группы: новыхъ фактическихъ моментовъ, между тѣмъ какъ 1-я категорія относится къ поправкамъ, а 2-я къ измѣненіямъ точки зрѣнія на тѣ же факты. Въ дѣйствительности и эти двѣ категоріи относятся къ моментамъ, обнаруженнымъ впервые на судебномъ слѣдствіи, поэтому и безъ того невыдержанная (ср. ниже текстъ) классификація Эли, еще болѣе запутывается, если 3—5 категоріи разсматривать, какъ виды одной общей. Отъ отдѣльнаго обзора каждой изъ пяти изложеніе только выигрываетъ въ ясности, поэтому въ текстѣ упоминается прямо о пяти.

[2]) Факты первой категоріи, составляя только поправки и дополненія, не отражающіяся на юридическомъ свойствѣ дѣянія, могутъ быть включены прямо въ главный вопросъ. Допускается, напримѣръ, исправленіе даты дѣянія, если отъ этого не измѣняется природа и сущность послѣдняго, измѣненіе указанныхъ обвинительнымъ актомъ цыфръ заподозрѣннаго въ подлогѣ документа (вмѣсто подчистки «38.000 fr. 36 s.», подчистка «38 fr. 36 s.»), или похищенныхъ предметовъ (вмѣсто кражи денегъ, кража товаровъ). Но главный вопросъ можетъ изображать дѣяніе и такъ и съ тѣми конкретными обстоятельствами, какъ изложено въ обвинительномъ актѣ, а дѣяніе въ той обрисовкѣ и съ тѣми поправками, которыя обнаружились на судебномъ слѣдствіи, составить предметъ субсидіарнаго вопроса. Hélie—IX, 51 стр. Dalloz—Instr. Crim. №№ 2718, 2519⁴, 2520; Rolland de Villargues—op. c. № 91 къ 338 ст. C. d'in. Поправка можетъ заключаться и въ дополненіи главнаго вопроса упущеннымъ при преданіи суду признакомъ состава, обнаруженнымъ впервые на судебномъ слѣдствіи, предполагая, что обвиняемый былъ преданъ суду, несмотря на невыясненность существеннаго для состава преступленія момента, т. е. за непреступное дѣяніе. См. Hélie—IX, 52: неважно, говоритъ онъ, что это не отягчающее обстоятельство, а конститутивное. «Les circonstances aggravantes ne sont-elles pas pour la plupart constitutives à la fois d'un crime différent» ?

диктуется интересомъ справедливости; хотя предпочтительнѣе разрѣшеніе этихъ фактовъ въ томъ же процессѣ. Какъ примѣры 4-й категоріи, Эли приводитъ: при обвиненіи въ убійствѣ фактъ неосторожнаго лишенія жизни, при обвиненіи въ кражѣ фактъ укрывательства, въ насильственномъ любострастіи фактъ публичнаго оскорбленія нравственности (l'outrage public à la pudeur) [1]). Объясняя свою точку зрѣнія, Эли впадаетъ и въ ошибку, и въ противорѣчіе съ самимъ собою: новое преслѣдованіе за обнаруженное на судебномъ слѣдствіи преступленіе (въ широкомъ смыслѣ) онъ находитъ возможнымъ потому, что между новыми фактами и первоначальными нѣтъ ни тожества, ни нераздѣльности; но въ дѣйствительности есть и то, и другое, и измѣнившееся обвиненіе есть только модификація первоначальнаго, а не обвиненіе въ другомъ дѣяніи; съ другой стороны, непонятно, какимъ образомъ, отрицая тожество, Эли предпочитаетъ все-таки постановку объ этихъ преступленіяхъ субсидіарныхъ вопросовъ, когда, по его же словамъ, распространеніе вопросовъ и приговора возможно только въ предѣлахъ того же дѣянія. По существу четвертая категорія ничѣмъ не отличается отъ второй и третьей: *во второй* Эли помѣщаетъ такія допускаемыя практикой измѣненія, какъ переходъ отъ оконченнаго преступленія къ покушенію, отъ главнаго виновничества къ соучастію [2]), отъ отцеубійства къ убійству предумышленному, отъ убійства къ нанесенію смертельной раны или раны вообще, отъ изнасило-

---

[1]) Въ этихъ случаяхъ субсидіарные вопросы допускаются и кассаціоннымъ судомъ (см. рѣшенія, перечислен. у Hélie l. c.), и мотивируется это различнымъ образомъ, напримѣръ: тѣмъ, что насильственное любострастіе и публичное оскорбленіе стыдливости оба составляютъ преступленіе противъ нравственности, сопровождаемое только болѣе или менѣе отягчающими обстоятельствами (рѣш. 14 окт. 1826 г.), «что укрывательство не есть фактъ отличный отъ кражи, а ея продолженіе и модификація» (13 авг. 1818 г.), что вопросъ объ укрывательствѣ благопріятенъ защитѣ и что примѣняется правило «l'accessoire suit le sort du principal» (29 дек. 1832 г.), см. Dalloz—Inst. cr., № 2538.

[2]) Возможенъ переходъ и отъ пособничества къ подстрекательству (Dalloz—l. c. № 2537, Nouguier—IV, vol. 1, стр. 209) и даже отъ покушенія къ оконченному преступленію, отъ соучастія къ главному виновничеству (Nouguier—l. c. № 2780).

ванія къ насильственному любострастію. Тожество дѣянія есть въ случаяхъ какъ этой, такъ и четвертой категоріи, различіе заключается только въ томъ, что въ случаяхъ этой послѣдней вмѣсто отпавшаго обстоятельства слѣдствіе устанавливаетъ другое: напр., не доказанъ умыселъ при лишеніи жизни, но доказана неосторожность, не доказаны моменты оскорбленія стыдливости, превращающіе это дѣяніе въ любострастіе, но доказана публичность этого дѣянія; при измѣненіяхъ же второй категоріи, какъ вѣрно замѣчаетъ Эли, «субсидіарная квалификація заключается въ первоначальной, все равно какъ во всякомъ судебномъ требованіи меньшее заключается въ большемъ». Это различіе не касается тожества или единства дѣянія, а процессуальнаго вопроса—подготовленности защиты, и Эли указываетъ, что для послѣдней не будетъ никакой неожиданности и не послѣдуетъ никакого вреда: не привходитъ ни одинъ новый элементъ, измѣненіе касается только нравственнаго значенія, а не матеріальной стороны того же факта. Спрашивается однако, какой смыслъ выдѣлять эти случаи въ особую категорію, когда постановка субсидіарныхъ вопросовъ допускается и для третьей и четвертой категоріи, гдѣ привходятъ и новые фактическіе моменты и гдѣ тѣмъ не менѣе они, какъ полагаетъ Эли, не даютъ основанія для новыхъ доказательствъ и новаго предварительнаго слѣдствія? Примѣры четвертой категоріи были приведены, къ *третьей* же Эли относитъ новый фактъ причиненія побоевъ и ранъ, повлекшихъ потерю трудоспособности болѣе 20 дней, при обвиненіи въ кражѣ съ насиліемъ, если эти насильственныя дѣйствія съ нею связаны, т. е. переходъ отъ разбоя (грабежа) къ преступленію противъ тѣлесной неприкосновенности; далѣе, фактъ предумышленнаго нанесенія побоевъ и ранъ или фактъ вымогательныхъ угрозъ при обвиненіи въ принужденіи къ выдачѣ обязательства (extorsion de signature). Въ сущности въ этихъ примѣрахъ, особенно во второмъ, есть полное сходство съ примѣрами второй категоріи: и здѣсь, какъ и тамъ доказана часть обвиненія—только насиліе или угроза, но не давшія результата—перехода имущества [1]). *Такъ какъ тожество*

---

[1]) При переходѣ къ ранамъ, повлекшимъ лишеніе трудоспособности, измѣняется только свойство и степень причиненнаго насилія, бывшаго средствомъ похищенія въ той картинѣ событія, которая изображена въ обвини-

сохраняется и въ этомъ случаѣ и такъ какъ интересъ защиты признается непарушеннымъ въ случаяхъ всѣхъ трехъ категорій, все дѣленіе не имѣетъ принципіальнаго характера, но сверхъ того оно не выдержано строго, такъ: Эли помѣщаетъ во второй категоріи такія измѣненія, которыя къ ней не должны относиться и вслѣдствіе которыхъ измѣнившееся обвиненіе вовсе не составляетъ части первоначальнаго, напримѣръ: первоначальное говоритъ о поджогѣ чужого дома, измѣнившееся о поджогѣ своего застрахованнаго, первоначальное—о насильственномъ похищеніи малолѣтней, измѣнившееся—объ обольщеніи лица, не достигшаго шестнадцати лѣтъ.

Но главный недостатокъ изложенія и классификаціи различныхъ случаевъ у Эли, это *неопредѣленность существенной—пятой—категоріи, которая должна провести границу между допустимымм и недопустимыми измѣненіями*; она представляется совершенно неясной въ рѣшеніяхъ кассаціоннаго суда, и попытка Эли найти какое-либо общее начало въ нихъ съ одной стороны остается безрезультатной, какъ и попытка другихъ французскихъ криминалистовъ, съ другой стороны обнаруживаетъ, что и самъ Эли имѣетъ сбивчивое представленіе о «fait distinct», предметѣ самостоятельнаго процесса, на основ. 361 ст. C. d'instr. Такъ, кассаціонный судъ не допускаетъ постановки вопросовъ о содержаніи безъ разрѣшенія ссудной кассы съ выдачей ссудъ подъ закладъ имущества, когда обвиненіе было въ злостномъ банкротствѣ, или о другомъ случаѣ подлога, чѣмъ изложенный въ обвинительномъ актѣ (рѣш. 10 іюля 1851 г.) [1]), или

тельномъ актѣ. См. рѣшенія, сюда относящіяся у Dalloz—XXVIII т., 631 стр., пр. 1 (12 февр. 1813 г.), стр. 629 № 2515 (22 апр. 1842 г.) и Nouguier—IV, 1, стр. 211, 213 (рѣш. 19 іюня 1845 г.: побои и раны implicite заключались въ обвиненіи). Ср. также Haus—op. c., II, № 1307 и Garraud—Traité, IV, стр. 646, 647; V, 508, 511. Въ рѣш. 9 февр. 1816 г. допущенъ при обвиненіи въ кражѣ со взломомъ вопросъ объ истязаніяхъ, которымъ подсудимый подвергъ собственника и о которыхъ не упоминалось въ обвинительномъ актѣ (См. Rolland de Villargues—op. c. № 76 къ 338 ст. C. d'instr.), т. е. вопросъ о дѣяніи, реально конкуррирующемъ съ кражей со взломомъ. Эли приводитъ это рѣшеніе (стр. 55) на ряду съ упомянутыми выше въ этомъ примѣчаніи.

[1]) См. Nouguier—IV, 1, стр. 189, 191.

о незаконномъ полученіи должностнымъ лицомъ вознагражденія (concussion), когда обвинительный актъ приписывалъ обвиняемому присвоеніе переданныхъ ему документовъ [1]), или о мошенничествѣ при обвиненіи въ подлогѣ [2]), т. е. тогда, когда, дѣйствительно, предметомъ субсидіарнаго вопроса должно бы было стать отдѣльное самостоятельное дѣяніе, но подъ 361 ст. подводились и такіе случаи, гдѣ измѣнившееся обвиненіе представлялось варіаціей первоначальнаго, гдѣ дѣяніе оставалось тѣмъ же: наприм., когда вопросъ имѣлъ предметомъ преступленіе (въ широкомъ смыслѣ)*идеально* конкуррирующее—ношеніе воинскаго оружія при обвиненіи въ убійствѣ [3]), *или то же дѣяніе въ иной квалификаціи*, какъ вопросъ о поддѣлкѣ монеты въ 15 и 30 су изъ *мѣди и биллона*, *когда обвиненіе было въ поддѣлкѣ той же* монеты изъ серебра [4]). Въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ, относящихся къ этимъ случаямъ, упоминается въ мотивахъ, что одно преступленіе отличается отъ другого *по своей природѣ*; это наво-

---

[1]) Рѣш. 16 сентября 1819 г., приведенное подробно у Dalloz — Instr. crim., № 2505. О сущности понятія concussion см. Garraud — Traité, IV, стр. 30 и слѣд.

[2]) Рѣш. 30 іюня 1826 г. и 1 февраля 1844 г. (Hélie—IX, 57, Nouguier—IV, 1 стр. 191, Dalloz—l. c., № 2506). Въ пользу этого Garraud — (Traité, III, стр. 473), противъ Haus (op. c. II, 512 стр.). Нугье (IV, № 2776) указываетъ случай (рѣш. 23 августа 1811 г.), въ которомъ обвиненіе въ подлогѣ свелось къ обвиненію въ мошенничествѣ. Надо полагать, здѣсь было измѣненіе квалификаціи тѣхъ же самыхъ фактовъ, вслѣдствіе неправильной субсумціи ихъ въ обвинительномъ актѣ. Иногда подведеніе фактическаго состава подъ понятіе faux или же escroquerie можетъ вызывать сомнѣніе, см. примѣръ у Garraud — Traité, III, 505 стр. (подклейка частей разорваннаго оплаченнаго документа и предъявленіе его снова къ оплатѣ, въ чемъ кассац. судъ усматриваетъ подлогъ, а Garraud—покушеніе на мошенничество).

[3]) Рѣш. 14 марта 1844 г.: «ношеніе воинскаго оружія, не прибавляя ничего къ тяжести покушенія на убійство, предмета обвиненія, составляло новый, главный и отдѣльный фактъ, который могъ дать матеріалъ для новаго преслѣдованія» (Nouguier—IV, 1, стр. 191). Поскольку ношеніе оружія имѣло мѣсто *не одинъ этотъ* разъ, покушеніе на убійство могло съ нимъ реально конкуррировать.

[4]) *Рѣш. 9 сент.* 1830 г. (*Dalloz* — l. c. № 2506, Nouguier — IV, 1, стр. 190, солидарный съ этимъ взглядомъ). Правильно измѣненіе квалификаціи того же дѣянія видитъ здѣсь Garraud—Traité, III, 473 стр., пр. 56.

дитъ на мысль, что кассаціонный судъ противъ распространенія вопросовъ и приговора на преступленіе, не однородное съ первоначально возведеннымъ на подсудимаго [1]). Эта точка зрѣнія выступаетъ особенно ярко въ рѣшеніяхъ, находящихъ неправильнымъ переходъ обвиненія отъ дѣтоубійства къ уничтоженію гражданской личности новорожденнаго (suppression d'enfant): здѣсь приводится то соображеніе, что оба преступленія помѣщены въ различныхъ отдѣлахъ Code pénal, что одно есть посягательство на жизнь ребенка, другое—на его гражданское состояніе и что поэтому они разнородны [2]). Но, что этотъ признакъ не имѣетъ руководящаго значенія, видно изъ рѣшеній, допускающихъ, съ одной стороны, переходъ отъ кражи съ насиліемъ къ причиненію ранъ или истязаній, т. е. отъ посягательства на имущество, къ посягательству на тѣлесную неприкосновенность (см. выше), и съ другой стороны, воспрещающихъ переходъ къ преступленію, отличающемуся только нюансами и предусмотрѣнному другимъ пунктомъ той же статьи, что и первоначально инкриминируемое преступленіе, какъ въ случаѣ поддѣлки монеты не изъ серебра, а изъ билона и мѣди (ст. 132 С. pén.) [3]). И по поводу субсидіарнаго вопроса о suppression d'enfant при обвиненіи въ дѣтоубійствѣ есть рѣшеніе, выдвигающее другой критерій: такой вопросъ признанъ возможнымъ

---

[1]) Ср. также рѣш. 14 окт. 1826, приведенное выше (прим. 1-е на 102 стр.).

[2]) Рѣш. 20 авг. 1825 г., 19 апр. 1839 г. (Dalloz — XXVIII, 626 стр. прим.). Garraud — Traité, IV, стр. 567 — полагаетъ, что, со времени закона 12 мая 1863 г., suppression d'état d'enfant, состоящее въ уничтоженіи дитяти съ намѣреніемъ скрыть его рожденіе или въ созданіи увѣренности въ его смерти, должно разсматриваться какъ преступленіе противъ личности, является субсидіарнымъ къ дѣтоубійству и можетъ быть предметомъ вопроса присяжнымъ. Но и позднѣйшее рѣшеніе кассац. суда, отъ 8 января 1892 г., стоитъ на противоположной, т. е. прежней, точкѣ зрѣнія. (Dalloz — Jurisprudence générale, continuée sous la direct. Ch. Vergé, 1892 г., I, стр. 550). Переходъ отъ покушенія на дѣтоубійство къ оставленію ребенка безъ помощи (exposition d'enfant) допускается (рѣш. 31 авг. 1855 г. Nouguier, IV, 1, стр. 213; Rolland de Villargues, op c. № 64 къ 338 ст.).

[3]) При обвиненіи въ любострастіи не можетъ быть поставленъ субсидіарный вопросъ также о преступленіи противъ нравственности—о привычномъ вовлеченіи въ развратъ малолѣтнихъ (Rolland—№ 99 къ 338 ст.).

тогда, когда обвиненіе въ дѣтоубійствѣ опиралось именно на то, что ребенокъ исчезъ. Исчезновеніе новорожденнаго, составлявшее одно изъ доказательствъ первоначальнаго обвиненія, на судебномъ слѣдствіи, въ связи съ другими обстоятельствами, пріобрѣтаетъ характеръ suppression d'enfant, такимъ образомъ *значеніе придается тожеству фактическихъ моментовъ, приведеннаго въ обвинительномъ актѣ, хотя и не какъ признакъ состава дѣтоубійства, и установленнаго судебнымъ слѣдствіемъ*, или, какъ выражается Глазеръ, тожеству доказательнаго матеріала [1]). Въ другихъ рѣшеніяхъ невозможность постановки вопроса объ умерщвленіи плода (avortement) или покушеніи на это преступленіе, когда подсудимая обвинялась въ дѣтоубійствѣ, мотивируется не только различіемъ этихъ дѣяній по природѣ ихъ, но и *различіемъ во времени, въ которое они могутъ быть совершены*: дѣтоубійство и покушеніе на умерщвленіе плода не могутъ быть одновременными дѣяніями, представлять одинъ и тотъ же случай [2]).

Таковы противорѣчія судебной практики, тщетно старающейся найти признакъ, существенный для «autre fait» 361 ст., и смѣшивающей въ одну кучу разнородные случаи. Эли приводитъ всѣ эти рѣшенія, какъ образецъ весьма искуснаго разграниченія модифицирующихъ и дополнительныхъ фактовъ отъ отличныхъ и отдѣльныхъ (distincts et séparés) [3]). Напротивъ, онъ критикуетъ [4]) нѣкоторыя другія рѣшенія кассаціоннаго суда, которыя правильно не усматривали въ происшедшихъ на судебномъ слѣдствіи измѣненіяхъ другого дѣянія, напр.: въ переходѣ обвиненія отъ фабрикаціи поддѣльной монеты къ передѣлкѣ, совершенной въ настоящей монетѣ, или къ выпуску въ обраще-

---

[1]) Рѣш. 7 іюля 1837 г.; Glaser—Gerichtssaal, т. 36, стр. 162. Nouguier (IV, 1, стр. 212) говоритъ: «Bien que cette deuxième question constitue un crime différent, cependant, implicitement comprise dans le fait principal, elle n'en est qu'une modification».

[2]) Рѣш. 16 октября 1817 г., 30 января 1851 г. Dalloz—1 c. № 2505[3], Nouguier, IV, 1, стр. 188, Garraud—Traité, IV, стр. 567. Ср. однако рѣшеніе германскаго райхсгерихта, ниже (глава V).

[3]) Hélie—IX, 56 и 57 стр.

[4]) l. c. 58, 59.

ніе поддѣльной [1]); отъ заговора противъ государственной власти (complot) къ недонесенію о заговорѣ, которое было наказуемо до закона 28 апрѣля 1832 г. [2]). Правда, относительно тожества дѣянія въ послѣднемъ примѣрѣ можно быть разныхъ мнѣній, но во всякомъ случаѣ непослѣдовательно считать недонесеніе другимъ отдѣльнымъ дѣяніемъ, а укрывательство продолженіемъ того же, первоначальнаго дѣянія [3]). Скорѣе можно согласиться съ Эли, когда онъ возражаетъ противъ постановки субсидіарнаго вопроса объ угрозахъ при обвиненіи въ поджогѣ: угроза, хотя бы поджогомъ, и самъ поджогъ два самостоятельныхъ дѣянія, и, если въ обвинительномъ актѣ такая угроза фигурировала, какъ улика противъ обвиняемаго въ поджогѣ, она не составляетъ все-таки предмета обвиненія и не можетъ быть предметомъ вопроса, какъ главнаго, такъ и субсидіарнаго, вытекающаго изъ судебнаго слѣдствія [4]); противоположное рѣшеніе могло бы опереться развѣ только на тожество доказательнаго матеріала [5]). На почвѣ французскаго матеріальнаго права, можно разсматривать, какъ самостоятельное дѣяніе, также пользованіе подложнымъ документомъ при обвиненіи въ изготовленіи такового, такъ какъ послѣднее преступленіе является оконченнымъ въ моментъ изготовленія документа, хотя бы имъ не пользова-

---

[1]) Измѣненіе квалификаціи видятъ здѣсь Nouguier (IV, 1, стр. 208 и № 2777), Garraud—Traité, III, 473 стр. См. эти рѣшенія также у Rolland de Villargues—№ 71 къ 338 ст. C. d'instr.

[2]) Рѣш. 20 мая 1831 г. считаетъ тожество сохранившимся (Nouguier —l. c., стр. 212). Ср. германскую практику (ниже, глава V).

[3]) Эта непослѣдовательность и у Dalloz'a, который, ссылаясь на Cubain'a, возражаетъ противъ постановки вопроса о недонесеніи (Instr. Crim. № 2517) и допускаетъ вопросъ объ укрывательствѣ безъ возраженій (№ 2538).

[4]) Dalloz (l. c. № 2512) противъ кассаціоннаго суда приводитъ и раздѣляетъ мнѣніе Cubain'a, что угроза и поджогъ преступленія разной природы, ибо угрожать не значитъ еще приводить угрозу въ исполненіе, и угроза можетъ быть и другимъ зломъ: напримѣръ, убійствомъ.

[5]) Ср. Glaser—Gerichtssaal, 36 т., стр. 112 и 162. Nouguier видитъ здѣсь модификацію того же факта и приводитъ объясненіе, почерпнутое въ кассаціонныхъ рѣшеніяхъ, что «если угроза не равносильна самому инкриминируемому факту, она есть проявившееся вовнѣ намѣренье его вызвать и на этомъ основаніи образуетъ обстоятельство его» (IV, 1, стр. 210).

лись [1]). Эли и считаетъ неправильнымъ противоположный взглядъ кассаціоннаго суда. Въ этихъ случаяхъ, а также въ приведенныхъ выше, Эли возстаетъ противъ постановки вопросовъ о такихъ новыхъ фактахъ потому, что каждый изъ нихъ можетъ вызвать необходимость особыхъ доказательствъ и измѣнить систему защиты, и, если не будетъ дано времени на подготовку, права подсудимаго окажутся нарушенными [2]).

Такова система французскаго права. Самъ Эли признаетъ, что легче указать границу, чѣмъ примѣнить ее на практикѣ, и рекомендуетъ тщательно анализировать первоначальное обвиненіе, обращая вниманіе на то, что только такой обнаруженный судебнымъ слѣдствіемъ фактъ можетъ быть разсматриваемъ, какъ отдѣльный, который обосновываетъ новое обвиненіе (charge) противъ подсудимаго [3]). Но въ томъ и заключается вопросъ, когда же это бываетъ?

Французская практика и доктрина не даютъ удовлетворительнаго отвѣта на этотъ вопросъ, но этимъ не исчерпываются недостатки французской системы: очень важный недостатокъ ея заключается въ томъ, что и тамъ, гдѣ постановка субсидіарныхъ вопросовъ не представляетъ сомнѣній, права сторонъ и суда не урегулированы надлежащимъ образомъ ни закономъ, ни кассаціоннымъ судомъ; въ особенности является спорнымъ, обязательна ли, или факультативна постановка субсидіарныхъ вопросовъ? и, въ связи съ этимъ недостаткомъ французскаго права и неопредѣленностью границы допустимыхъ отклоненій приговора отъ обвиненія, объемъ законной силы приговора оказывается также крайне неопредѣленнымъ, и возможность новаго преслѣдованія весьма широкой.

Прежде чѣмъ перейти къ изложенію этой стороны французской системы, можно отмѣтить уже здѣсь, что новое преслѣ-

---

[1]) См. Garraud—Traité, III, 680 стр. и слѣд., но онъ допускаетъ вопросъ о пользованіи подложнымъ документомъ при обвиненіи въ подлогѣ (Précis, стр. 815). Въ пользу этого и Nouguier (IV, № 2781), противъ Dalloz (l. c. № 2517).

[2]) Hélie—IX, 59 стр., а на стр. 56 онъ указываетъ на опасность немедленнаго разрѣшенія такого новаго обвиненія, такъ какъ ему не предшествовало предварительное слѣдствіе.

[3]) Ibid. 59, 60. Приводимые новые примѣры не устраняютъ неопредѣленности.

дованіе тамъ, гдѣ оно разрѣшается 361 ст. и рѣшеніями кассаціоннаго суда, не поставлено въ зависимость отъ какого бы то ни было условія, и, хотя въ 361 ст. говорится, что прокуроръ долженъ оставить за собою до заключенія судебнаго слѣдствія право новаго преслѣдованія, но это заявленіе прокурора (réserve) не есть условіе новаго преслѣдованія, отъ котораго онъ даже не въ правѣ отказаться при господствѣ во французскомъ процессѣ принципа законности (Legalitätsprinzip), а условіе для принятія предсѣдателемъ суда мѣръ пресѣченія противъ подсудимаго и для передачи дѣла не тому слѣдственному судьѣ, которому оно подлежало бы при обычномъ порядкѣ подсудности[1]).

Что касается правъ сторонъ и суда при постановкѣ вопросовъ по измѣнившемуся обвиненію (эвентуальныхъ и дополнительныхъ—о circonstances aggravantes), то основной чертой слѣдуетъ признать полновластіе суда и умаленіе правъ подсудимаго. Вопросы ставятся присяжнымъ предсѣдателемъ суда по собственной иниціативѣ или по просьбѣ прокурора, подсудимаго или присяжныхъ, но такая просьба не имѣетъ обязательнаго значенія, а возраженія сторонъ противъ постановки эвентуальныхъ и дополнительныхъ вопросовъ не лишаютъ судъ права все-таки ихъ поставить; разница только въ томъ, что, при несогласіи между предсѣдателемъ и стороной, оно разрѣшается судомъ, который постановляетъ особое опредѣленіе [2]). Вытекаетъ ли такой (субсидіарный) вопросъ изъ судебнаго слѣдствія, опредѣляетъ судъ, и его опредѣленіе не подле-

---

[1]) Carnot—De l'instruction criminelle. Paris 1812 г., II, ст. 361—VII. Le Sellyer—Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publique et privée. Paris 1874 г., т. II, № 647; Mangin—Traité de l'action publique et de l'action civile. Paris 1876 г. (edit., revue par Sorel). II, 250, 251 стр., Griolet. De la chose jugée en matière civile et en matière criminelle. Paris 1867 г., стр. 285; Trébutien—op. c., II, 646 стр.; Nouguier—IV, 2; № 3676 и 3677; Rolland de Villargues—№ 48 къ 360 ст. и № 10 къ 361 ст. C. d'instr.; Lacoste — De la chose jugée. Paris. 1904 г., стр. 343 и указываемыя этими авторами кассац. рѣшенія. Заявленіе прокурора не можетъ быть сдѣлано по заключеніи слѣдствія: напр., послѣ вердикта; это, говоритъ Bourguignon, имѣло бы характеръ насмѣшки надъ оправданіемъ (Manuel d'insruction criminelle. Paris. 1811 г., т. I, стр. 454).

[2]) Hélie—IX, 149—153 стр., Dalloz—Instr. crim. №№ 2546, 2913, Nouguier—IV, № 2784, 2785.

житъ кассаціонной повѣркѣ, исключая случаи, гдѣ отказъ въ постановкѣ вопроса послѣдовалъ *по юридическимъ соображеніямъ*, т. е. не потому, что судъ не усмотрѣлъ фактическихъ данныхъ, оправдывающихъ постановку, а потому, что, признавая наличность новыхъ обстоятельствъ, не придалъ имъ должнаго юридическаго значенія: напримѣръ, ошибочно не считалъ отягчающимъ обстоятельствомъ насильственнаго любострастія особыя отношенія подсудимаго къ потерпѣвшей (послѣдняя находилась на службѣ у подсудимаго), обнаруженныя на судебномъ слѣдствіи [1]). Но, такъ какъ кассаціонный судъ не считаетъ необходимой мотивировку частныхъ опредѣленій, то и въ такихъ случаяхъ ошибка суда можетъ остаться безъ вліянія на ходъ дѣла[2]). Если, какъ говорится въ одномъ рѣшеніи, «молчаніе сторонъ не можетъ уменьшить правъ предсѣдателя и суда» [3]), то въ свою очередь *согласіе подсудимаго* на постановку субсидіарнаго вопроса, который не могъ быть поставленъ, какъ относящійся къ «отличному» *преступному дѣянію, не дѣлаетъ такой вопросъ дѣйствительнымъ* и не устраняетъ возникшаго отсюда повода кассаціи [4]).

Когда ставится вопросъ, какъ вытекающій изъ судебнаго слѣдствія, нѣтъ надобности констатировать въ протоколѣ засѣданія факты, давшіе этому основаніе, а достаточнымъ указаніемъ признается надпись надъ вопросомъ на вопросномъ листѣ: «résultant de débats»; кассаціонный судъ шелъ даже еще дальше и даже этого не считалъ необходимымъ: устанавливается praesumtio juris, что вопросъ, не вытекавшій изъ обвинительнаго акта и поставленный присяжнымъ, вытекалъ изъ судебнаго слѣдствія [5]). Спеціальное указаніе въ протоколѣ нужно только тогда, когда въ дѣлѣ есть обстоятельства, свидѣтельствующія противъ этой пресумціи, напримѣръ: когда былъ поставленъ вопросъ, не виновенъ ли подсудимый въ соучастіи, хотя обвинительный актъ и опредѣленіе о преданіи суду предъявляли

---

[1]) Nouguier—№ 2790, Dalloz—l. c.

[2]) Rolland—№ 19 къ 338 ст.. Dalloz—l. c. № 2919, Nouguier—№ 2787 Онъ полагаетъ, что кассаціонный судъ зашелъ здѣсь слишкомъ далеко.

[3]) Рѣш. 25 февраля 1849 г. Dalloz—l. c. № 2519[6].

[4]) Рѣш. 24 іюня 1819 г. (Dalloz—l. c. № 2506) и 9 сентября 1830 г. (Nouguier—IV, 1, стр. 190).

[5]) Hélie—l. c. (149), Dalloz—l. c. № № 2550—2552. Самъ онъ высказывается противъ всякой пресумціи, не основанной на прямомъ предписаніи закона. Nouguier—IV, № 2800, 2801.

обвиненіе въ главномъ виновничествѣ и прямо устраняли факты соучастія [1]).

Существенный вопросъ, какъ оградить защиту подсудимаго при обнаруженіи новыхъ обстоятельствъ, подлежащихъ разрѣшенію въ томъ же процессѣ, оставленъ законодательствомъ безъ всякаго отвѣта, а практикой безъ должнаго вниманія. Отсрочка судебнаго засѣданія, о которой вскользь говоритъ Эли (см. выше), не упоминается въ рѣшеніяхъ кассаціоннаго суда и у другихъ французскихъ процессуалистовъ, и вся заботливость «о священномъ правѣ защиты» [2]) выражается въ томъ, что признаютъ желательнымъ предупрежденіе подсудимаго до *закрытія судебнаго слѣдствія, о томъ, что будетъ поставленъ* субсидіарный вопросъ, но упущеніе этой мѣры не есть поводъ кассаціи [3]). Согласно рѣшенію 24 го марта 1843 г., достаточно, чтобы вопросъ былъ прочитанъ въ присутствіи обвиняемаго передъ врученіемъ вопроснаго листа присяжнымъ: «Ainsi il lui a été loisible de préparer sa defense sur cette question», полагаетъ кассаціонный судъ, съ которымъ соглашается и Нугье [4]). По просьбѣ подсудимаго, можетъ быть возобновлено судебное слѣдствіе [5]).

---

[1]) Nouguier—№ 2802, Dalloz—№ 2555.

[2]) Слова кассац. суда (см. Dalloz—№ 2555).

[3]) Hélie—IX, 149; Dalloz—l. c. № 2516.

[4]) Dalloz—l. c., Nouguier—№ 2805: «par cette lecture il les a mis *en demeure d'élever un contentieux, de prendre des conclusions et de* produire les observations que les questions pouvaient faire naitre». Въ одномъ рѣшеніи не считается необходимымъ, чтобы судъ далъ возможность защитѣ высказаться по поводу постановки вопросовъ, предлагаемой предсѣдателемъ, но этотъ взглядъ отвергнутъ въ другихъ рѣшеніяхъ. «Конечно, говоритъ по этому поводу Dalloz, защита подсудимаго не будетъ полной, если послѣ усилій защитника, направленныхъ на опроверженіе доказательствъ обвиненія или квалификаціи, данной фактамъ, не будутъ выслушаны его замѣчанія относительно акта, который послужитъ основаніемъ вердикта, акта, который не былъ и не могъ быть предметомъ какого-либо обсужденія и въ который присяжные не могутъ внести никакого измѣненія; подобная система подавила бы защиту въ ту минуту, когда подсудимый въ ней наиболѣе нуждается. Молчаніе закона еще не оправдываетъ этого». (Instr. crim. № 2907 и стр. 717, пр. 2).

[5]) Nouguier—№ 2804.

Вопросы, вытекающіе изъ судебнаго слѣдствія, ставятся *независимо отъ требованія сторонъ*, но есть ли постановка этихъ вопросовъ право предсѣдателя (*или суда*), *или же* обязанность, предполагая, что установлены обстоятельства, оправдывающія такіе вопросы? Въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ кассаціоннаго суда говорится, что предсѣдатель могъ и долженъ былъ поставить субсидіарный вопросъ; но непостановка его не есть поводъ отмѣны приговора [1]). Резюмируя взглядъ кассаціоннаго суда, Нугье приходитъ къ заключенію, что, при отсутствіи формальныхъ требованій сторонъ, на предсѣдателѣ такой обязанности не лежитъ [2]). *Вопросъ можетъ и не быть поставленъ по соображеніямъ процессуальной тактики, чтобы не ослабить шансовъ на обвинительный вердиктъ по первоначальному обвиненію* [3]). Понятно, что тѣ измѣненія его, которыя, вслѣдствіе этого, не могли быть разрѣшены въ первомъ процессѣ, должны или остаться безъ разрѣшенія или дать основаніе новому процессу. На этой послѣдней точкѣ зрѣнія стоитъ кассаціонный судъ и многіе французскіе криминалисты: съ одной стороны, они признаютъ факультативность субсидіарныхъ вопросовъ, съ другой, ограничиваютъ объемъ res judicata только тѣмъ, что составляло предметъ поставленныхъ вопросовъ, и въ первомъ положеніи находятъ подкрѣпленіе для второго. Но въ этомъ пунктѣ французская доктрина не представляется единодушной, и вопросъ объ объемѣ res judicata, значеніи принципа «ne bis in idem», и о задачѣ уголовнаго приговора въ первомъ процессѣ принадлежитъ къ числу наиболѣе спорныхъ. Много видныхъ представителей науки стоятъ за распространеніе силы уголовнаго приговора на все, что должно было быть предметомъ перваго процесса, хотя бы не было въ

---

[1]) Dalloz. Instr. crim. № 2521, 2529 и прим. 5 и прим. 3 на 633 стр. (т. XXVIII), Nouguier—op. c. IV, I; стр. 224 и № 2770.

[2]) Nouguier—l. c. № 2795. Если же требованіе заявлено, судъ все-таки можетъ отказать въ постановкѣ вопроса, но потому именно, что слѣдствіе не дало для этого фактическаго матеріала. (Ср. выше).

[3]) См. Morin—Répertoire, I, 424. Онъ опасается, что, если постановку субсидіарнаго вопроса сдѣлать обязательной, «l'action pénale se trouverait énervée». Ср. также Nouguier—IV, № 2796: «si les débats n'ont pas été suffisamment explicites, ou si, *par une autre raison quelconque* on ne *veut* pas poser des questions subsidiaires»...

дѣйствительности, и вмѣстѣ съ тѣмъ признаютъ постановку субсидіарныхъ вопросовъ обязательной, если обвиненіе измѣнилось [1]).

Посмотримъ, на чемъ основывается каждое изъ этихъ мнѣній? Ст. 360 C. d'instr. cr. содержитъ слѣдующее постановленіе: «Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise, ni accusée à raison du même fait». Хотя слово «fait» указываетъ на дѣяніе, т. е. матеріальный фактъ, независимо отъ его квалификаціи, но кассаціонный судъ, по поводу практики котораго въ этомъ случаѣ Лярше безцеремонно заявляетъ: «stulta sapientia, quae vult sapientior lege esse» [2]), постоянно проводилъ и проводитъ взглядъ, что ст. 360 говоритъ о невозможности новаго преслѣдованія за тотъ же фактъ въ той же квалификаціи, въ какой онъ фигурировалъ въ прежнемъ процессѣ: «fait tel, qu'il a été qualifié» [3]). Этотъ взглядъ, ведущій свое начало отъ знаменитаго Мерлена и раздѣляемый Легравераномъ, Бургиньономъ, Манженомъ, Даллозомъ, Ролланомъ де Вилларгъ, Ле-Селлье, Требюсьаномъ и Гарро [4]), опирается на слѣдующія основанія: ст. 360 воспроизводитъ постановленіе, содержавшееся еще въ конституціи 3 сентября 1791 г. (глава V,

---

[1]) См. особенно формулу Ortolan'a—Eléments de droit pénal. Paris. 1875 г. II, № 1795 и 620 и 621 стр. Если какая-нибудь квалификація упущена въ процессѣ, то она считается все же поглощенной приговоромъ; здѣсь такъ же, какъ при обнаруженіи новаго доказательства, по окончательномъ разрѣшеніи дѣла: «Le ministère public avait le devoir de tout poursuivre, la juridiction avait le devoir de tout juger, la sentence devenue inattaquable a clos cette mission: donc le droit d'action publique est épuisée». (№ 1794 въ концѣ).

[2]) Larcher. Du concours idéal d'infractions въ Revue critique de législation et de jurisprudence, 1898 г. (т. XXVII), стр. 101.

[3]) Эта прибавка внесена въ бельгійскій законъ, передававшій прежде буквально ст. 360 франц. кодекса, закономъ 21 апрѣля 1850 г. Haus—l. c. II, 513.

[4]) Merlin—Repert. XV т. Non bis in idem, стр. 464—471; Le-Graverend—Traité de législation criminelle en France, Paris. 1823 г. I т. 446—448 стр. Bourguignon—Manuel, I, 453; Mangin—op. c. II, № 409 и слѣд Dallozn Repert. VIII, Chose jugée № 451 и № 467, Rolland de Villargues—op. c. № 43 къ 360 ст. C. d'in., Le Sellyer—Traité, II, № 644, 645, Trébutien—l. c. II, 647, 648, Garraud—Précis, стр. 955 и слѣд.

ст. 9): «tout homme acquitté par un jury légal ne peut plus être repris, ni accusé à raison du même fait». Затѣмъ это постановленіе перешло и въ Code des délits et des peines 3 брюмера IV года (ст. 426). Въ эту эпоху оно имѣло болѣе широкій смыслъ, и оправдательный вердиктъ поглощалъ всякое обвиненіе, которое могло вытекать изъ того же дѣянія. Но это широкое пониманіе «même fait» было слѣдствіемъ обязательности для суда, въ силу 374, 377 и 380 ст. Code de brumaire, всесторонняго изслѣдованія фактовъ, содержащихся въ обвиненіи, подъ угрозой кассаціи приговора. Обвиненіе подлежало оцѣнкѣ со всѣхъ точекъ зрѣнія и во всѣхъ отношеніяхъ, и, если присяжнымъ не былъ поставленъ вопросъ о томъ дѣяніи въ иной квалификаціи, то это означало, что оно не пріобрѣло на судебномъ слѣдствіи другого характера и не могло быть иначе квалифицировано; поэтому новое обвиненіе не могло опираться на иную квалификацію тѣхъ же фактовъ. Напротивъ, Code d'instruction criminelle не предписываетъ постановки субсидіарныхъ вопросовъ подъ страхомъ кассаціи, а потому дѣяніе въ извѣстныхъ его отношеніяхъ къ уголовному закону можетъ и не быть оцѣнено въ прежнемъ процессѣ, и должно быть допущено новое обвиненіе, а ст. 360 должна быть понимаема въ выше указанномъ, ограничительномъ смыслѣ.

Одно изъ руководящихъ рѣшеній кассаціоннаго суда говоритъ: «такъ какъ присяжные обязаны ограничить свою оцѣнку той точкой зрѣнія, съ которой фактъ имъ представленъ, ихъ вердиктъ можетъ имѣть значеніе res judicata только въ границахъ обвиненія и вопроса, который имъ поставленъ» [1]). Сорель приводитъ въ пользу толкованія кас. судомъ 360 ст. то соображеніе, что уголовные законы разсматриваютъ дѣянія людей только, поскольку они (дѣянія) имѣютъ отношеніе къ этому закону, и фактъ обвиненія въ его глазахъ не что иное, какъ деликтъ, который можетъ вытекать изъ этого факта [2]). Требюсьанъ [3]), съ своей стороны, находитъ принятое кассаціоннымъ судомъ толко-

---

[1]) Cassat. chambres réunies 25 ноября 1841 г. См. Rolland—№ 49 къ 360 ст.

[2]) Въ изданномъ имъ указанномъ Traité Манжена, II т. № 402 и пр. 2, со ссылкой на Cassat. chambres réun. 7 іюля 1875 г.

[3]) II, 647, 648 стр.

ваніе 360 ст. вполнѣ отвѣчающимъ мысли и намѣренью законодателя, желавшаго, чтобы вниманіе присяжныхъ въ первомъ процессѣ не дѣлилось между фактами совершенно различнаго свойства и изслѣдованіе не затруднялось противорѣчивыми точками зрѣніями и чтобы въ такихъ случаяхъ имъ не ставились субсидіарные вопросы. Такими различными фактами онъ считаетъ преступленіе и проступокъ, поэтому только въ томъ *случаѣ, по его мнѣнію, невозможно новое обвиненіе за то же* дѣяніе, когда оно квалифицировано снова, какъ crime, хотя бы и другое; если же оно квалифицировано, какъ délit, то возможно новое преслѣдованіе оправданнаго въ прежнемъ процессѣ передъ судомъ исправительной полиціи. «Если вполнѣ понятно, говоритъ онъ, что присяжные могутъ опредѣлить сразу, составляетъ ли фактъ преступленіе, или только покушеніе, изнасилованье, или любострастіе, соединенное съ насиліемъ, предумышленное убійство или побои, нанесенные безъ намѣренья причинить смерть, то не такъ ясно, что они могутъ опредѣлить, должно ли злостное банкротство быть замѣнено неосторожнымъ, элементы котораго совершенно иные, составляетъ ли дѣяніе не убійство, а только причиненіе смерти по неосторожности и т. п. Къ этому установленію различныхъ точекъ зрѣнія на тотъ же фактъ, *разсматриваемый, какъ различныя преступленія, или* какъ могущій дать составъ преступленія и проступка, привело то, что, при первомъ предположеніи, всѣ конститутивныя обстоятельства различныхъ преступленій имѣютъ связь родства (connexité) и аналогіи, чего не имѣютъ обстоятельства дѣянія, разсматриваемаго, какъ проступокъ, съ обстоятельствами дѣянія, разсматриваемаго, какъ преступленіе». Это соображеніе Требюсьана, совершенно неосновательное и своеобразное, никѣмъ не раздѣляется. Объясненіе Требюсьана тѣмъ менѣе убѣдительно, что одинъ изъ упоминаемыхъ имъ примѣровъ невозможности для присяжныхъ оцѣнить различіе квалификацій на самомъ дѣлѣ опровергается противоположной практикой французскихъ судовъ ассизныхъ и касаціоннаго: субсидіарный вопросъ о причиненіи смерти по неосторожности допускается и не встрѣчаетъ ни откуда возраженій. Да и по существу, нельзя ставить пониманіе присяжными различныхъ точекъ зрѣнія на преступныя дѣянія въ зависимость отъ трехчленнаго дѣленія ихъ въ кодексѣ, которое основывается на различной наказуемости и тяжести ихъ, а

не на сходствѣ составовъ [1]). Требюсьанъ ссылается еще на то, что въ приведенныхъ имъ примѣрахъ различныхъ квалификацій субсидіарный вопросъ *долженъ* быть поставленъ, согласно рѣшеніямъ кассаціоннаго суда. Но такія же выраженія можно встрѣтить и относительно субсидіарныхъ вопросовъ о проступкахъ. Единственно, что вѣрно, это отмѣченный Требюсьаномъ фактъ, что на практикѣ оправданный присяжными никогда не обвиняется снова передъ судомъ присяжныхъ [2]). Это можетъ быть слѣдствіемъ того, что на обвинительный вердиктъ мало шансовъ въ такомъ случаѣ, но есть и другое, формальное препятствіе: такое обвиненіе предполагаетъ существованіе опредѣленія о преданіи суду за новое преступленіе и основаннаго на этомъ обвинительнаго акта, между тѣмъ ст. 246 C. d'instr crim. запрещаетъ преданіе суду обвиняемаго, относительно котораго состоялось опредѣленіе о прекращеніи преслѣдованія за тотъ же фактъ, за исключеніемъ случаевъ, когда откроются новыя доказательства, и слова 246 ст.: «même fait» понимаются въ смыслѣ: «то же дѣяніе», независимо отъ квалификаціи; такимъ образомъ, невозможно составленіе новаго обвинительнаго акта, а слѣдовательно и новое разбирательство [3]).

Многіе французскіе процессуалисты идутъ однако дальше: они совершенно отвергаютъ толкованіе 360 ст. C. d'instr., усвоенное практикой, и приводятъ не только вѣскіе аргументы de

---

[1]) О произвольности принципа, предлагаемаго Trébutien'омъ Glaser-Gerichtssaal 1871 г. стр. 40 и 42 и Berner Non bis in idem. Goldtammers Archiv. 1855 г. 495 стр.

[2]) Впрочемъ, Mangin находитъ возможнымъ новое преслѣдованіе и въ этомъ случаѣ (II, 248 стр.). Кассаціонный судъ дѣйствительно въ одномъ случаѣ по поводу пререканія о подсудности. повидимому, не придалъ значенія тому, что новое обвиненіе лица, оправданнаго присяжными, также подлежитъ ассизному суду, составляя преступленіе; дѣло шло о квалификаціи тѣхъ же фактовъ не, какъ изгнаніе плода, а какъ причиненіе съ умысломъ ранъ, повлекшихъ смерть (рѣшен. 17 іюня 1856 г.—Griolet—op. c., 278 стр.).

[3]) Garraud—Précis, 957 ст., пр. 1, который поэтому и высказывается за то же разграниченіе, что и Trébutien. Ortolan—II, 621 стр. Merlin указываетъ на то, что ст. 360 употребляетъ выраженіе «ne pourra être accusée», а accusé можетъ быть только въ cour d'assises, въ исправительномъ судѣ говорится: «prevenu» (op. c. XV, 469).

lege lata, но и теоретическія соображенія въ пользу недопустимости преслѣдованія за то же дѣяніе въ иной квалификаціи и передъ судомъ исправительнымъ. Этого взгляда придерживаются Карно, Моренъ, Эли, Ортоланъ, Лакостъ Виллей, Гріоле, Видаль Ларше и, de lege ferenda, Гонзъ и Глассонъ [1]) и обосновываютъ его слѣдующимъ образомъ: сами противники признаютъ невозможнымъ новое преслѣдованіе за crime, заключающееся въ томъ же фактѣ, но въ такомъ случаѣ нельзя его допустить и за délit, если желаютъ остаться послѣдовательными [2]); къ тому же, если законъ въ одномъ мѣстѣ (ст. 246) придаетъ словамъ: «même fait» одинъ смыслъ—«то же дѣяніе», то какъ можно думать, что въ другомъ мѣстѣ тѣ же слова имѣютъ другой смыслъ? тѣмъ болѣе, что и въ ст. 361 «autre fait» слѣдуетъ понимать, какъ дѣяніе не квалифицированное, такъ какъ оно не могло еще въ этой стадіи (при réserve прокурора) получить квалификацію ни отъ слѣдователя, къ которому оно не поступило еще, ни отъ предсѣдателя, функція котораго исчерпывается принятіемъ мѣръ пресѣченія [3]). Но, что важнѣе всего, между системами постановки вопросовъ въ Code de brumaire и въ дѣйствующемъ правѣ, нѣтъ существенной разницы. Согласно 374 ст. этого кодекса, въ которомъ принято было дробленіе главнаго вопроса, судъ обязанъ былъ поставить вопросы о существованіи преступленія, нравственной его сторонѣ и акцессорныхъ обстоятельствахъ дѣянія, не измѣняющихъ характера деликта, по 379-й же статьѣ, касавшейся обстоятельствъ, обнаруженныхъ на судебномъ слѣдствіи, хотя бы и измѣнявшихъ характеръ деликта

---

[1]) Carnot—op. c., II, № 2 къ 360 ст. C. d'in., Morin—op. c., I, 424 стр. Hélie—op c III, § 1:0, Ortolan—op c., II, 303—307 и 621 стр. Lacoste—op. c., № 970, Villey—Précis d'un cours de droit criminel, 4-me edit (1888 г.), стр. 457, Griolet—op. c., стр. 266 и слѣд., Vidal—Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, Paris, 1906 г. (3-е изд.), стр. 778, Larcher въ Rev. crit. 1898 г., 100 и 101 стр. Gonse въ Revue crit. de législ. et de jurisprud., IV (1875 г.), стр. 25. Glasson—L'histoire..... de l'Angleterre, VI, 797 стр.

[2]) Ortolan—op. c., II, стр. 620 и 621; Lacoste—№№ 980 и 981—видитъ въ опредѣленіи о преданіи суду за одно преступленіе молчаливое опредѣленіе объ отсутствіи какого бы то ни было другого преступнаго дѣянія (arrêt de non lieu), такъ какъ обвинительная камера должна изслѣдовать фактъ со всѣхъ сторонъ.

[3]) Hélie—III, 609 стр., Lacoste—№ 974.

вопросъ только *могъ* быть поставленъ, и упущеніе вопроса не влекло кассаціи. Поэтому, если при дѣйствіи того кодекса même fait означало фактъ, независимо отъ квалификаціи, нѣтъ основаній придавать ему иное значеніе при Code d'instr. crim. [1]). Скорѣе уже тогда имѣло смыслъ ограничить объемъ законной силы приговора, такъ какъ, вслѣдствіе дробленія вопроса, можно было установить, что именно отвергъ вердиктъ присяжныхъ и было меньше опасности противорѣчія новаго приговора съ прежнимъ [2]).

Теоретически взглядъ кассаціоннаго суда также вызываетъ возраженія: за предсѣдателемъ суда признается право (faculté) поставить вопросъ, но «что такое это право, восклицаетъ Эли, какъ не власть или компетенція? Но развѣ всякая компетенція, всякое правомочіе не налагаетъ долга и обязанности примѣнить его, при наличности предусмотрѣнныхъ закономъ обстоятельствъ? Развѣ бы законъ вооружилъ предсѣдателя властью, которою онъ долженъ бы былъ пользоваться произвольно и слѣдуя своимъ капризамъ [3])». Но, если такъ, то нечего бояться, что извѣстная сторона дѣянія останется не оцѣненной: вопросъ не поставленъ, значитъ—не было для этого данныхъ. Что касается того соображенія, что постановка вопроса не всегда окажется цѣлесообразной, такъ какъ присяжные всегда склонны признать болѣе легкое преступное дѣяніе, то Эли полагаетъ, что недовѣріе къ присяжнымъ не есть ужъ такой доводъ, который могъ бы поколебать предписаніе закона, выставляющее иное требованіе; къ тому же предсѣдатель, подготовляя почву для совѣщанія присяжныхъ (имѣется въ виду нынѣ отмѣненное резюме предсѣдателя), долженъ предостеречь ихъ о неровностяхъ, скрываемыхъ ею. Но и при постановкѣ одного главнаго вопроса, присяжные, по замѣчанію Лакоста, могутъ достигнуть того же результата: не полнаго оправданія, а смягченія участи подсудимаго; для этого имъ стоитъ вынести оправдательный вердиктъ,

---

[1]) Hélie - III, 601—605, Lacoste № 971—973, Ortolan, II, стр. 620.

[2]) Gonse въ указ. статьѣ (Rev. crit. IV, 23 и 24 стр.). Glaser—Gerichtssaal, 1871 г., пр. 36 на 36 стр.

[3]) Hélie—III, 607, Larcher—указ. статья, стр 100, Villey—l. c., 458 стр. («ce ne peut être là une question d'opportunité ou de caprice»), Lacoste № 975, Vidal—стр. 778.

и оправданный, какъ имъ извѣстно, будетъ снова привлеченъ къ отвѣтственности, по крайней мѣрѣ, если новое обвиненіе будетъ о проступкѣ; при этомъ опасность даже больше, такъ какъ они могутъ впасть въ ошибку и думать, что оправдательный вердиктъ не помѣшаетъ новому обвиненію тогда, когда на самомъ дѣлѣ онъ будетъ служить препятствіемъ послѣднему [1]). Съ замѣчательной силой высказывается по этому поводу Ортоланъ. «Признаемся же, говоритъ онъ, что мы не разъ слышали, какъ мотивомъ (принятаго толкованія 360 ст.) выставлялось то обстоятельство, что рѣдко будетъ признакомъ хорошей процессуальной тактики ставить присяжнымъ субсидіарные вопросы, уменьшающіе обвиненіе, въ виду опасности, что присяжные слишкомъ легко накинутся на нихъ, бросивъ для этого главное преступленіе. Намъ говорятъ о тактикѣ, а дѣло идетъ о правосудіи! Мы не боимся сказать: плохая это форма процесса, которая ведетъ къ удлиненію предварительнаго заключенія, къ напраснымъ издержкамъ, къ умышленнымъ недомолвкамъ, и которая идетъ въ концѣ концовъ противъ своей цѣли, т. е. къ ослабленію уголовной юстиціи, такъ какъ *присяжные*, при такомъ сохраненіи права на новое преслѣдованіе, ожидающее подсудимаго за то же дѣяніе, по выходѣ его изъ зданія суда, *легче поддаются* той *мягкости*, *влекущей къ оправданію*, которую хотѣли бы у нихъ предупредить?» [2]).

---

[1]) Lacoste—№ 978. Субсидіарная квалификація можетъ, напримѣръ, также быть «crime».

[2]) Ortolan—op. c., II, 621 стр. Gonse (въ Rev. crit. de législ. etc. т. IV. «Modifications des articles 337 et 360 du Code d'instruction criminelle»—стр. 30) по поводу такихъ же опасеній коммиссіи по пересмотру этихъ статей закона, говоритъ, что въ такомъ случаѣ слѣдовало бы требовать не сохраненія 337 и 338 ст., а уничтоженія института присяжныхъ. «Прилично ли, говоритъ онъ, ввѣряя присяжнымъ наиболѣе важные общественные интересы заключить ихъ (присяжныхъ) въ формулы, которыя отнимаютъ у нихъ свободу и независимость? Благоразумно ли поставить имъ сознательно альтернативу репрессіи, которая кажется имъ чрезмѣрной, и оправданія, противнаго ихъ убѣжденіямъ»? «Обязанность одновременнаго разсмотрѣнія различныхъ квалификацій есть знакъ уваженія къ совѣсти судей, есть гарантія искренности ихъ рѣшеній» (стр. 29). Онъ указываетъ также на то, что имъ довѣряютъ оцѣнку смягчающихъ обстоятельствъ.

Далѣе, новое обвиненіе послѣ оправдательнаго вердикта присяжныхъ всегда кажется протестомъ противъ ихъ рѣшенія, что производитъ неблагопріятное впечатлѣніе на общество, приговоры судовъ теряютъ характеръ незыблемости и особенно по тѣмъ дѣламъ, которыя представляются наиболѣе важными; увеличиваются издержки, связанныя съ новымъ вызовомъ свидѣтелей; наконецъ, подсудимый никогда не чувствуетъ себя въ безопасности и можетъ постоянно ожидать новаго преслѣдованія [1]).

Это послѣднее соображеніе было однимъ изъ наиболѣе вѣскихъ въ глазахъ коммиссіи по пересмотру 337 и 360 ст., обсуждавшей проектъ Парана и склонившейся къ измѣненію редакціи 360 ст. въ смыслѣ, противоположномъ принятому практикой кассаціоннаго суда [2]). «Не должно ли общество, которое требуетъ отчета у виновнаго въ какомъ-либо дѣяніи, знать въ

---

[1]) Morin—l. c. I, 424 стр., Hélie—l. c. III. 613 стр. Lacoste—№ 978. Послѣдній указываетъ, что законъ хотѣлъ именно оправдательному рѣшенію присяжныхъ сообщить особенную силу и допустилъ протестъ прокурора только въ интересахъ закона, а не во вредъ подсудимому. Неблагопріятное впечатлѣніе осужденія въ исправительныхъ судахъ лицъ, оправданныхъ присяжными дало даже, въ семидесятыхъ годахъ XIX в., толчокъ законодательной реформѣ 360 ст., а также 337 ст. C. d'instr. crim.; былъ составленъ проектъ Пáраномъ (Parent), который однако не только не сталъ закономъ, но и не подвергся окончательному обсужденію. Rev. crit. de législ. et de jurisprudence IV, стр. 18 и XXVII, стр. 109, пр. 2; Vidal—op. c., 778 стр.

[2]) Къ прежнему тексту была сдѣлана прибавка послѣ словъ: «за тотъ же фактъ»—«хотя бы онъ и былъ квалифицированъ иначе». Rev. crit. IV, 27 стр. Но, принимая принципъ ne bis in idem безъ ограниченій, коммиссія находила все-таки опаснымъ постановку вопроса по измѣнившемуся обвиненію вмѣнить предсѣдателю въ обязанность по упомянутому уже мотиву—мягкости присяжныхъ. Говорилось также, что такая обязанность была бы насиліемъ надъ совѣстью предсѣдателя (Rev. cr. IV, 29, 30). Та же точка зрѣнія—поглощеніе всего дѣянія и необязательность субсидіарнаго вопроса—у Morin'a (I. 424-426 стр.). Напротивъ, Gonse (Revue crit., IV, 23, 27, 28 и 29 стр.) стоитъ за вмѣненіе предсѣдателю въ обязанность постановки вопроса по измѣнившемуся обвиненію; онъ, впрочемъ, видитъ спасеніе въ возвращеніи къ системѣ Code de brumaire и въ дробимости вопроса о виновности. Что касается возраженія о насиліи надъ совѣстью предсѣдателя, то, по мнѣнію Гонза (30 стр.), его безпристрастіе отъ этого только выиграетъ, такъ какъ онъ не будетъ взвѣшивать цѣлесообразности постановки вопроса. Это дѣло торонъ.

моментъ, когда оно требуетъ осужденія, говорилось здѣсь, въ силу какого законоположенія оно имѣетъ въ виду его достигнуть? Если фактъ допускаетъ нѣсколько квалификацій, не должно ли общество имѣть средства подвергнуть ихъ всѣ въ одно время компетентному судьѣ для ихъ оцѣнки? Не кажется ли противорѣчащимъ справедливости, что общество можетъ оставить за собою послѣдовательный рядъ судебныхъ испытаній, чтобы умножить неблагопріятные для подсудимаго шансы». Коммиссія указываетъ еще на принципъ *равноправія* [1]) сторонъ и къ тому же не находитъ опасности для репрессивной дѣятельности въ сосредоточеніи всѣхъ средствъобвиненія къ одному заключительному моменту—судебному слѣдствію [2]). Мимоходомъ въ выше приведенныхъ словахъ упоминается о томъ, что новый процессъ можетъ служить средствомъ добиться подъ предлогомъ новой квалификаціи осужденія съ помощью новыхъ доказательствъ. Это тѣмъ болѣе правильно, что никогда нельзя знать изъ вердикта при отвѣтѣ присяжныхъ на общій вопросъ о виновности, что́ собственно они признали недоказаннымъ, и новый приговоръ можетъ стать не только во внѣшнее противорѣчіе съ прежнимъ, осуждая оправданнаго, но и во внутреннее, признавая именно тѣ моменты, которые были отвергнуты присяжными.

Въ этомъ отношеніи любопытно рѣшеніе кассаціоннаго суда по дѣлу Диффисъ (29 октября 1812 г.). Послѣдній обвинялся въ убійствѣ жандарма и, по оправданіи, былъ привлеченъ къ суду исправительной полиціи за причиненіе смерти тому же жандарму по неосторожности. Кассаціонный судъ, согласно съ заключеніемъ Мерлена, нашелъ, что присяжные отвѣтили на поставленный имъ вопросъ, что Диффисъ не виновенъ въ убійствѣ жандарма Мемета, что этотъ вердиктъ по общности его выраженій и, согласно толкованію, которое должно быть въ пользу подсудимаго, слѣдуетъ признать относящимся какъ къ *факту лишенія жизни самому по себѣ* или къ его законности (т. е. не

---

[1]) Въ этомъ, какъ и въ приведенныхъ выше словахъ о необходимости знать, въ чемъ обвиняютъ, замѣтно уже *сознаніе связи* измѣненія обвиненія съ природой уголовнаго процесса и *съ обвинительнымъ принципомъ*, навѣянное, вѣроятно, нѣмецкой процессуальной литературой (ср. ниже).

[2]) Rev. crit. IV, 31, 32 стр.

было ли необходимой обороны, о наличности которой особый вопросъ не ставился), такъ и къ отсутствію умысла, поэтому новое преслѣдованіе недопустимо. Такимъ образомъ, здѣсь кассаціонный судъ *разошелся съ своимъ же собственнымъ взглядомъ, высказаннымъ въ этомъ именно рѣшеніи въ видѣ общаго принципа*, что ст. 360 говоритъ о фактѣ квалифицированномъ, разошелся на томъ основаніи, что здѣсь вердиктъ не позволялъ опредѣлить, какой моментъ обвиненія отвергнутъ; въ этомъ усматривалась какъ бы особенность настоящаго дѣла [1]). Но общность отвѣта присяжныхъ представляетъ нормальный случай, а объясненіе присяжными своего вердикта, добавленіями къ словамъ: «да, виновенъ», или «нѣтъ, не виновенъ», признается кассаціоннымъ судомъ поводомъ кассаціи [2]), хотя встрѣчаются рѣшенія и въ противоположномъ смыслѣ: такъ, Манженъ приводитъ случай, гдѣ присяжные на вопросъ объ убійствѣ отвѣтили: «да, но неумышленно», и допущено новое преслѣдованіе за проступокъ, предусмотрѣнный 319 ст. Code pénal (неосторожное лишеніе жизни) [3]). Во всякомъ случаѣ эти прибавки не обязательны, поэтому почти всегда неизвѣстно, изъ какихъ соображеній исходили присяжные, оправдывая подсудимаго [4]); возможно, что они отрицали само событіе, приписываемое ему, или находили недоказаннымъ какое-либо участіе его въ этомъ дѣяніи, и новый обвинительный приговоръ будетъ противорѣчить прежнему, между тѣмъ этого противорѣчія можно было бы избѣгнуть, если измѣненное обвиненіе предложить обсужденію присяжныхъ въ первомъ же процессѣ. Конечно, при одновременныхъ отвѣтахъ

---

[1]) Merlin—Repert. XV. Non bis in idem, стр. 464–471, Le-Sellyer—l. c. II, № 648. Mangin—II, стр. 244; Hélie—III, 611, 612 стр.

[2]) Nouguier, IV vol. I, № 2667 (ср. однако IV, vol. 2, № 3350), Garraud—Précis, 828 стр., пр. 1, гдѣ онъ признаетъ однако, что нѣкоторые рѣшенія и процессуалисты иного мнѣнія.

[3]) Mangin—l. c. II, 245 и 246 стр.

[4]) Glaser поэтому совершенно правъ, называя рѣшеніе по дѣлу Дюфисъ полнымъ противорѣчій (Gerichtssaal, 1871 г., стр. 34). «Und die Theorie, welche in dieser Entscheidung aufgestellt und sofort auch verläugnet ward, gilt als Theorie in Frankreich bis zum heutigen Tage», восклицаетъ онъ дальше (стр. 36). Le-Sellyer — l. c. II, № 648, считая невозможнымъ новое обвиненіе тогда, когда вердиктъ былъ *общаго* характера, самъ указываетъ, что практика этого ограниченія не признаетъ,

присяжныхъ, отрицающихъ одно преступленіе и признающихъ другое (или проступокъ), мысль вердикта выступаетъ вполнѣ отчетливо, и отрицаніе и утвержденіе не исключаютъ другъ друга и не находятся во взаимномъ противорѣчіи [1]).

Но кромѣ этихъ доводовъ въ пользу расширенія рамокъ перваго процесса и вмѣстѣ съ тѣмъ законной силы приговора, есть еще доводъ, который не можетъ не быть убѣдительнымъ даже въ глазахъ сторонниковъ болѣе строгой репрессіи. Можетъ случиться, что исправительный судъ признаетъ тѣ именно моменты дѣянія, которые обращаютъ его въ преступленіе или ту именно квалификацію, которая была отвергнута въ ассизномъ судѣ. Если не лишать принципа «ne bis in idem» всего его значенія, то нельзя дозволить возвращаться къ этой квалификаціи; по крайней мѣрѣ она, если ужъ не дѣяніе вообще, разрѣшена окончательно, разъ навсегда. Кассаціонный судъ, при своемъ толкованіи 360 ст. C. d'instr., конечно, и не допускаетъ возвращенія къ прежней квалификаціи; она или, вѣрнѣе, обусловливающіе ее факты не могутъ быть использованы въ новомъ процессѣ даже для мотивировки приговора или для признанія отягчающаго обстоятельства деликта, составляющаго предметъ новаго обвиненія [2]). Если оправданный въ убійствѣ обвиняется затѣмъ въ недозволенномъ ношеніи оружія, то судъ не можетъ осудить его за этотъ проступокъ съ отягчающимъ обстоятельствомъ, заключающемся въ томъ, что обвиняемый пользовался этимъ оружіемъ, если это обосновывается фактомъ, бывшимъ предметомъ обвиненія въ убійствѣ [3]); если оправданный въ подлогѣ посредствомъ подчистки въ документахъ для присвоенія общественныхъ денегъ, обвиняется затѣмъ въ присвоеніи и растратѣ

---

[1]) Hélie — III, 613 и 610 стр. Конечно, рѣчь можетъ идти только о такихъ обстоятельствахъ, которыя обнаружились уже въ первомъ процессѣ; только они могутъ быть разрѣшены путемъ субсидіарныхъ вопросовъ; что же касается обусловливающихъ новую квалификацію обстоятельствъ, обнаружившихся позже, то новое обвиненіе представляется способомъ дополнить доказательства, приведенныя въ оконченномъ процессѣ (Glaser — Gerichtssaal, 1871 г., стр. 47), и этотъ случай долженъ быть разрѣшенъ на основаніи принципа, принятаго для возобновленія разрѣшенныхъ окончательнымъ приговоромъ дѣлъ.

[2]) Trébutien—op. c., II, 648, 649 и рѣшеніе 12 марта 1853 г.

[3]) Ibid. ср. Rolland de Villargues № 66 и 67 къ ст. 360.

таковыхъ, то судъ не въ правѣ основать обвинительный приговоръ на томъ, что обвиняемый обманнымъ образомъ маскировалъ документы, и фактъ подлога принять за доказательство растраты [1]).

Связанность судей въ послѣдующемъ процессѣ предшествующимъ приговоромъ идетъ въ разрѣзъ съ общепризнаннымъ принципомъ свободной оцѣнки доказательствъ и часто создаетъ для судей крайне тягостное положеніе. Эта мысль прекрасно выражена въ одномъ рѣшеніи суда въ Анжерѣ: при принятомъ кассаціоннымъ судомъ толкованіи 360 ст. C. d'instr., говорится здѣсь, «исправительный судъ оказался бы поставленнымъ подъ иго чужого рѣшенія, оскорбленнымъ въ своей независимости, пораженнымъ въ полнотѣ своей юрисдикціи и лишеннымъ нравственной и наиболѣе возвышенной изъ своихъ функцій, которая состоитъ въ оцѣнкѣ и обсужденіи свидѣтельскихъ показаній... ... судъ не можетъ, не уклоняясь отъ истины и не впадая въ наиболѣе странное изъ противорѣчій, посредствомъ внезапной метаморфозы обратить наиболѣе преступный изъ актовъ, ставляемыхъ въ вину обвиняемому, въ простой элементъ деликта [2]). Но, не будучи въ правѣ осудить за прежнее преступленіе и не имѣя возможности признать наличность нынѣ инкриминируемаго, вопреки своему убѣжденію, судъ долженъ *снова оправдать* обвиняемаго [3]).

Затрудненія вызываемыя субсидіарными вопросами и законной силой уголовнаго приговора въ ихъ взаимной связи, не исчерпываются однако толкованіемъ 360 ст. C. d'instr crim.: одни изъ криминалистовъ не допускаютъ новаго преслѣдованія

---

[1]) Rolland — l. c. 105 и 106 №№ къ ст. 360 (рѣшеніе 25 августа 1855 г.).

[2]) Revue critique de législ. т. XXVII, 104 стр. Обвиненіе было въ публичномъ оскорбленіи нравственности послѣ оправданія за покушеніе на изнасилованіе на общественной дорогѣ и (по субсидіарному вопросу) за любострастіе безъ насилія. Вообще въ практикѣ низшихъ судовъ наблюдается ясно выраженное стремленіе побудить кассаціонный судъ придать болѣе широкое толкованіе 360-й ст. C. d'instr. См. опредѣленія cours d'appel, указываемыя Sirey et Gilbert (Les Codes annotés. Paris. 1872 г. III т., №№ 89—94 къ 360 ст. C. d'instr.).

[3]) Trébutien—op. c., II, 649 стр.; Haus—op. c. II, стр., 513 пр. 7.

за то же дѣяніе, какъ матеріальный комплексъ фактовъ, другіе за то же дѣяніе съ той же квалификаціей, но этимъ не разрѣшается вопросъ, что можно считать тѣмъ же дѣяніемъ и что тою же квалификаціей? Сбивчивость, которая была показана въ кассаціонныхъ рѣшеніяхъ и взглядахъ ученыхъ при разрѣшеніи этого вопроса, когда рѣчь шла о допустимыхъ измѣненіяхъ уголовнаго иска, должна была, конечно, отразиться и здѣсь, при запретѣ новаго преслѣдованія. И здѣсь сказалось неясное разграниченіе идеальной и реальной совокупности, и *новое обвиненіе допускалось* нерѣдко *не только въ силу приведенныхъ выше соображеній относительно смысла 360 ст., но и вслѣдствіе неяснаго представленія о тожествѣ дѣянія.*

Какъ примѣръ послѣдняго, можно привести нѣкоторыя рѣшенія случаевъ изъ практики у Эли. Онъ, какъ было сказано, одинъ изъ ревностныхъ поборниковъ того взгляда, что невозможно новое преслѣдованіе за то же дѣяніе, независимо отъ квалификаціи, но его уже отмѣченная неустойчивость въ опредѣленіи этого понятія приводитъ его къ согласію съ нѣкоторыми рѣшеніями кассаціоннаго суда, которыя можно оправдать только, ставши на точку зрѣнія послѣдняго. Такъ: Эли [1]) вмѣстѣ съ кассаціоннымъ судомъ признаетъ возможнымъ новое преслѣдованіе противъ лица оправданнаго въ убійствѣ, за недозволенное ношеніе оружія, что, хотя и послѣдовательно съ точки зрѣнія Эли, не допускающаго субсидіарнаго вопроса въ первомъ процессѣ объ этомъ фактѣ (см. выше), но по существу невсегд вѣрно, такъ какъ ношеніе оружія и употребленіе его въ дѣло могутъ часто быть двумя моментами одного и того же дѣянія.

Еще болѣе характерно мнѣніе Эли [2]), что ювелиръ, оправданный въ укрывательствѣ похищенныхъ драгоцѣнныхъ вещей, можетъ быть снова привлеченъ къ суду за невнесеніе ихъ въ свои реестры, т. е. за нарушеніе правилъ о ювелирномъ промыслѣ, хотя обвиненіе въ укрывательствѣ опиралось именно на этотъ фактъ [3]); Эли видитъ здѣсь два отдѣльныхъ, хотя и

---

[1]) Hélie—III, 615. Ср. рѣш. 25 іюля 1856 г. (Rolland—op. c. № 66 къ 360 ст.: обвиненіе въ ношеніи оружія послѣ оправданія въ вооруженной кражѣ возможно, если присяжные не высказались о первомъ деликтѣ).

[2]) Hélie—III, 582, 583 стр.

[3]) См. рѣш. 27 октября 1809 г. подробнѣе у Mangin'a—op. c. II, 239 стр.,—который того же мнѣнія, что и Эли.

связанныхъ между собою (connexes), дѣянія, между тѣмъ какъ дѣяніе было одно—держаніе у себя вещей, которое, при отсутствіи требуемой записи въ реестры, составляло одинъ деликтъ, а въ случаѣ знанія ювелира о способѣ пріобрѣтенья этихъ вещей—другой; при чемъ оба деликта представляли идеальную совокупность [1]), и этотъ случай излагается, какъ однородный съ такимъ, гдѣ, дѣйствительно, была реальная совокупность двухъ дѣяній—поддѣлка въ удостовѣреніи о ветеринарномъ осмотрѣ скота и нарушеніе правилъ о предупрежденіи эпизоотіи, ради котораго и было совершено первое преступленіе: оправданный въ первомъ можетъ быть снова судимъ за второе [2]). Новое преслѣдованіе возможно, по мнѣнію Эли, какъ уже было упомянуто, за неосторожное лишеніе жизни новорожденнаго ребенка послѣ оправданія въ дѣтоубійствѣ, т. е. за модификацію того же дѣянія [3]). *Даже различные факты*, въ которыхъ выразилось одно и *то же преступное дѣяніе*, укрывательство вещей, похищенныхъ при одной и той же кражѣ, могутъ дать, по мнѣнію Эли и кассаціоннаго суда, основаніе нѣсколькимъ послѣдовательнымъ процессамъ: оправданный за одни факты укрывательства можетъ быть судимъ за другіе факты того же укрывательства, совершенные послѣ оправданія [4]). Точно такъ же Лакостъ, будучи сторонникомъ того же взгляда на «même fait» 360-й ст., что и Эли, допускаетъ новое преслѣдованіе за укрывательство

---

[1]) Поэтому рѣш. 27 окт. 1809 г. не соотвѣтствуетъ тому пониманію «même fait», котораго въ это время придерживался французскій кассаціонный судъ, придавшій ограничительное толкованіе этимъ словамъ 360-й ст. только въ 1812 г. (по дѣлу Diffis). Ср. Glaser—Gerichtssaal, 1871 г., пр. 85 на 66 стр. и вообще по поводу противорѣчій французской доктрины тамъ же стр. 61, 62, 66, 67.

[2]) Hélie—III, 583, Mangin—II, 240 стр.

[3]) Hélie—IX, 56 стр. Противъ этого Ortolan—II, № 1790, Morin—op. c. I, 426, 427 и 418 (№ 29) стр., хотя и у послѣдняго понятіе «autre fait» неопредѣленно: «достаточно, говоритъ онъ, легкой разницы въ матеріальномъ фактѣ, лишь бы она была осязательна», если же corpus delicti не измѣняется, съ измѣненіемъ квалификаціи (убійство и неосторожное лишеніе жизни, кража ночью и кража со взломомъ), то новое преслѣдованіе недопустимо. «Autre fait», по мнѣнію Морена, любострастіе по отношенію къ публичному оскорбленію стыдливости.

[4]) Hélie—III, стр. 579, 580; рѣш. 29 дек. 1814, 28 янв. 1832 и 19 авг 1836 г.

послѣ оправданія въ совершеніи главнаго преступленія именно потому, что въ первомъ усматриваетъ не модификацію или продолженіе второго, а отдѣльное дѣяніе [1]). Въ другихъ случаяхъ Эли высказывается противъ новаго обвиненія не потому, что усматриваетъ единство дѣянія, а потому, что отдѣльныя дѣянія нераздѣльны, такъ что оцѣнка одного необходимо вліяетъ на другое. Такими дѣяніями онъ считаетъ, напримѣръ, чрезмѣрную неправильную таксировку судебнымъ приставомъ своихъ дѣйствій (concussion), совершенную посредствомъ подлога въ протоколѣ о продажѣ имущества, и этотъ подлогъ [2]), хотя здѣсь было одно дѣяніе, представлявшее возможность двухъ квалификацій (идеальная совокупность faux и concussion); Эли же объясняетъ невозможность преслѣдованія за concussion послѣ оправданія въ подлогѣ тѣмъ, что послѣдній былъ единственнымъ средствомъ, употребленнымъ для совершенія перваго изъ этихъ преступленій. Такъ, далѣе, новое обвиненіе въ подлогѣ признается невозможнымъ послѣ оправданія въ мошенничествѣ при помощи подложнаго удостовѣренія потому, что существованіе подлога зависѣло отъ наличности мошенничества иначе не было бы необходимаго для состава подлога преступнаго намѣренья [3]). Между тѣмъ, какъ уже упоминалось, подлогъ и обманъ, совершенный при его помощи, различныя дѣянія: первое окончено въ моментъ составленія подложнаго акта, мошенничество же начинается уже послѣ этого; противозаконное намѣренье могло быть установлено во второмъ процессѣ о подлогѣ независимо отъ наличности мошенничества. Здѣсь примѣшивается во французской практикѣ и доктринѣ ошибочная точка зрѣнія, будто входятъ въ законную силу и мотивы рѣшенія [4]). Спра-

---

[1]) Lacoste—op. c., №№ 957 и 958, Mangin—op. c. II, стр. 240 и рѣш. 5 февр. 1829 г. «En effet, говоритъ Mangin, le recelé est un fait distinct du crime de vol, puisque il suppose sa préexistence; que l'auteur de l'un peut n'être pas l'auteur de l'autre». Le Sellyer—op. cit. II, № 650, понимающій подъ «même fait» ту же квалификацію, допускаетъ новое обвиненіе во всѣхъ видахъ соучастія послѣ оправданія въ совершеніи дѣянія въ качествѣ главнаго виновнаго и обратно.

[2]) Это признано и кассаціоннымъ судомъ (рѣш 23 frimaire XIII an.).

[3]) Hélie—III, 589—591 стр.

[4]) Такъ: противъ новаго обвиненія въ concussion приводится и тотъ доводъ, что въ дѣлѣ о подлогѣ отвергнута наличность преступнаго намѣренья (23 frim. XIII an). Ср. выше пр. 1-е на 125 стр.

ведливо отвергаетъ здѣсь нераздѣльность фактовъ и exceptio rei judicatae. Гріоле, между тѣмъ какъ Глазеръ полагаетъ, что здѣсь есть идеальная совокупность [1]).

Приведенные примѣры составляютъ у Эли одно изъ исключеній изъ общаго правила, въ силу котораго faits connexes не поглощаются приговоромъ и могутъ дать начало самостоятельному обвиненію. Два другихъ исключенія это случаи, въ которыхъ факты, сами по себѣ раздѣльные, сливаются въ одно цѣлое, въ одно преступное дѣяніе, въ силу предписанія матеріальнаго права (или по смыслу уголовнаго закона). Сюда относятся прежде всего преступленія сложнаго состава, напримѣръ: насиліе или поврежденіе имущества (взломъ) при кражѣ, насиліе при любострастіи. Новое преслѣдованіе за такое насиліе, составляющее элементъ сложнаго преступленія (напр., разбоя) или, по французскому праву, за квалифицирующее обстоятельство, невозможно, такъ какъ изолированное разсмотрѣніе насилія и кражи и т. п. привело бы къ невѣрной оцѣнкѣ ихъ значенія и подвергало бы одни и тѣ же факты двойной повѣркѣ: опровергнувъ въ первомъ процессѣ кражу, обвиняемый долженъ былъ бы опровергать затѣмъ еще и средства, употребленныя для ея совершенія [2]). Во-вторыхъ, сюда относятся преступленія продолжаемыя и собирательныя; Эли [3]), впрочемъ, не примѣняетъ этихъ терминовъ, а говоритъ здѣсь о фактахъ, которые являются по-

---

[1]) Griolet—op. c., 282—285 стр. Glaser—l. c. 66 стр., ср. 62 стр., прим. 81 въ концѣ (менѣе категорично). Какъ Эли, такъ же Haus—op. c., изд. 1-е 1869 г., пр. 6 на 731 стр. (ср. изд. 3-е, т. II, 506 стр.). Trebutien—op. c., II, 642, Lacoste—№ 941. Mangin - II, стр. 238. См. однако примѣч. (ibid.), гдѣ кассаціонный судъ, въ рѣш. 21 августа 1873 г. призналъ, что оправданный въ подлогѣ не можетъ ссылаться на законную силу приговора противъ новаго обвиненія въ мошенничествѣ, для обезпеченія успѣха котораго былъ совершенъ тотъ подлогъ

[2]) Hélie—III, 583—585 стр., Trébutien—II, 642 стр. Ср. также Ortolan—II, № 1791 и 1786.

[3]) III, стр. 586 - 588, Mangin—II, №№ 404 и 405, Trébutien—II, 641 643 стр. Послѣдній говоритъ о кражѣ нѣсколькихъ предметовъ въ одно время, Mangin о кражѣ нѣсколькихъ предметовъ у одного лица. Haus—op. c., 1-е изд., № 295 (ср. 3-е изд., т. I, № 379)—говоритъ о продолжаемыхъ преступленіяхъ, характеризуемыхъ единствомъ преступнаго рѣшенія (résolution). Это одинъ изъ видовъ infractions complexes (по 1-му изд., № 305; въ 3-емъ

вторе́ніемъ такого же факта и образуютъ съ нимъ одну дѣятельность (action). Таковы кража нѣсколькихъ предметовъ, совершенная въ нѣсколько пріемовъ безъ перерывовъ выполненія, или привычное ростовщичество, называемое Эли délit complexe. Каждый актъ послѣдняго составляетъ только средство и доказательство его. Кассаціонный судъ вначалѣ былъ другого мнѣнія и находилъ возможнымъ новое преслѣдованіе за факты ростовщичества, предшествовавшіе приговору суда, но неизвѣстные въ то время и обнаружившіеся послѣ приговора, но въ рѣшеніи 25 августа 1836 г. кассаціонный судъ сталъ на другую точку зрѣнія и призналъ, что приговоръ (въ данномъ случаѣ обвинительный) поглощаетъ всѣ предшествовавшіе факты ростовщичества и что всѣ факты составляютъ одно цѣлое. Кромѣ того во французской доктринѣ упоминается о длящихся преступленіяхъ—infractions continues ou permanentes, а также successives [1]), напримѣръ: незаконное занятіе медициной, содержаніе игорнаго дома, образованіе тайнаго общества [2]); сюда же относятъ нѣкоторыя упущенія. Приговоръ поглощаетъ всѣ элементы такихъ преступленій, происшедшіе до постановленія приговора [3]), съ другой стороны, отдѣльные элементы, обнаружившіеся впервые на судебномъ слѣдствіи, должны составить предметъ слѣдствія и приговора въ первомъ же процессѣ [4]).

Haus называетъ ихъ collectives), другой видъ послѣднихъ—сложныя (кража съ насиліемъ или со взломомъ). О преступленіяхъ собирательныхъ см. еще Ortolan—II, № 1785, Lacoste—№ 952, Haus—ор. с., т I, № 387—390, у которыхъ и терминъ délits collectifs. Это преступленія, совершаемыя по привычкѣ; во французскомъ правѣ они непремѣнно должны состоять изъ нѣсколькихъ фактовъ, изъ которыхъ каждый въ отдѣльности ненаказуемъ, и преступно только привычное совершеніе. См. мою статью въ Журн. Мин. Юстиціи 1904 г., сентябрь, 22 и 23 стр.

[1]) Haus—I т., № 365—369. Ortolan—II, № 1784, Lacoste—№ 954. и 955.

[2]) Это преступленіе Trébutien (II, 643, пр. 45) называетъ также collectif (или complexe), какъ и привычное ростовщичество или привычное вовлеченіе малолѣтнихъ въ развратъ.

[3]) Haus—ор. с. (3-е изд.), II, № 1301, 1293 и прим. на 504 и 505 стр.

[4]) Но факты, происшедшіе послѣ приговора, образуютъ новое дѣяніе и не объемлются приговоромъ, который не могъ имѣть ихъ въ виду. Это

Но судебная практика мало занималась разъясненіемъ вопроса о единствѣ дѣянія и тождествѣ матеріальныхъ фактовъ, лежащихъ въ основѣ приговора и послѣдующаго обвиненія, зато много рѣшеній относится къ тожеству квалификацій. Долгое время кассаціонный судъ не проводилъ здѣсь никакихъ различій и допускалъ новое преслѣдованіе при всякомъ ея измѣненіи сравнительно съ прежней, при этомъ не только тогда, когда субсидіарный вопросъ *могъ* быть поставленъ, что оправдывается принятымъ ограниченіемъ силы уголовнаго приговора вопросами, *дѣйствительно* поставленными присяжнымъ, но и тогда, когда они были предложены, но оставлены безъ отвѣта [1]), и

признано рядомъ рѣшеній. Приговоръ нарушаетъ единство дѣянія. Это особенно важно замѣтить въ отношеніи длящихся преступленій, гдѣ извѣстная дѣятельность продолжается послѣ оправдательнаго приговора, напр эксплуатація вреднаго для здоровья промышленнаго заведенія (рѣш. 28 января 1832 г.). См. Hélie — III, 592. 593 и приводимыя имъ еще другія рѣшенія въ томъ же смыслѣ. Здѣсь не тотъ же фактъ, а новый, тождественный съ прежнимъ, говоритъ Эли. Иначе смотритъ на это Haus (II, № 1303,) который распространяетъ силу уголовнаго приговора за предѣлы одного и того же дѣянія и находитъ новое преслѣдованіе за тождественные факты, «очевидно», невозможнымъ, если состоявшійся уже приговоръ признаетъ за обвиняемымъ право на то, въ чемъ его обвиняютъ. Есть въ этомъ смыслѣ и рѣшеніе кассаціоннаго суда (18 апрѣля 1839 г. — Hélie, III, 592), которое не допустило обвиненія въ незаконномъ врачеваніи лица, оправданнаго за такіе же случаи врачеванія на томъ основаніи, что обвиняемый имѣлъ на это разрѣшеніе министра народнаго просвѣщенія. Совершенно правильно указываетъ Глазеръ на то, что уголовный приговоръ относится къ прошлому и не имѣетъ правопроизводящаго значенія, какъ рѣшеніе гражданское, не можетъ создать права въ пользу подсудимаго; изъ приговора не можетъ возникнуть опредѣленныхъ разъ навсегда отношеній подсудимаго къ государству; предметъ уголовнаго процесса не подлежитъ свободному распоряженію сторонъ, которыя могутъ соглашеніемъ или упущеніемъ создать правоотношеніе, коего не было. И юридическая, и фактическая ошибка перваго процесса могутъ быть исправлены въ новомъ процессѣ. Къ тому же мотивы приговора не всегда извѣстны (напр., мотивы вердикта—никогда) и не входятъ въ законную силу. См. Glaser—Gerichtssaal, 1871 г., стр. 50 — 55, въ особенности 54.

[1]) Отвергнувъ главный вопросъ объ убійствѣ, присяжные не отвѣтили на субсидіарный о кражѣ (рѣш. 8 ноября 1838 г. — Hélie — III, 585, 586, Rolland—№ 87 къ 360 ст., Dalloz—т. VIII, Chose jugée № 487); отвергнувъ

даже, когда судъ призналъ, что субсидіарный вопросъ не вытекаетъ изъ судебнаго слѣдствія [1]). Между тѣмъ въ первомъ случаѣ, по мнѣнію Лакоста, былъ неправильный вердиктъ, и судъ долженъ былъ вернуть присяжныхъ къ совѣщанію, если же онъ этого не сдѣлалъ, приговоръ могъ быть обжалованъ въ установленномъ порядкѣ [2]); во второмъ случаѣ вопросъ не былъ поставленъ по отсутствію фактическихъ данныхъ, т. е. когда это было невозможно, а не потому, что судъ не считалъ себя обязаннымъ поставить вопросъ [3]). Новое обвиненіе должно было поэтому опираться на доказательства, не бывшія въ виду въ первомъ процессѣ, а это могло бы быть допущено только на условіяхъ и въ порядкѣ, установленныхъ для возобновленія окончательно разрѣшенныхъ дѣлъ [4]). Но рѣшеніе 8 ноября 1838 г. характерно и въ другомъ отношеніи: кассаціонный судъ видитъ измѣненіе квалификаціи и отдѣльный фактъ тамъ, гдѣ было единое дѣяніе и притомъ допускавшее одну квалификацію, именно: убійство, сопровождаемое кражей. Признавая, что здѣсь одно преступленіе, согласно Code pénal, и именно поэтому находя нужной постановку субсидіарнаго вопроса, на точномъ основаніи 338 ст., кассаціонный судъ вдругъ разрываетъ преступленіе на элементы и допускаетъ преслѣдованіе отдѣльно за отягчающее обстоятельство. Такое же рѣшеніе послѣдовало и относительно насилія при кражѣ, составляющаго съ нею одно цѣлое, одно crime, когда, послѣ оправданія за послѣднее, новое обвиненіе говорило только о побояхъ и ранахъ [5]). Такъ еще:

кражу, не отвѣтили на вопросъ о наличности у обвиняемаго оружія (обвиненіе было въ вооруженной кражѣ и новое въ ношеніи оружія, Rolland — № 66 къ 360 ст.).

[1]) Обвиненіе было въ дѣтоубійствѣ, субсидіарный вопросъ просили поставить о неосторожномъ лишеніи жизни (рѣш. 3 августа 1855 г. — Nouguier — IV, vol. 1, № 2796 и IV, vol. 2 стр. 903 и Rolland - № 52 и 53 къ 360 ст. и рѣш 18 апрѣля 1857 г.).

[2]) Lacoste—l. c. № 947 и 948. Ср. Hélie—III, 586.

[3]) Толкованіе 360 ст. кассац. судомъ исходитъ именно изъ этого предположенія: основаніе для постановки есть, но судъ не ставитъ вопроса.

[4]) Ср. Glaser—Gerichtssaal, 1871 г., стр. 47, 48.

[5]) Рѣш 7 декабря 1855 г.—Rolland l. c., № 65 къ 360 ст

оправданный въ насильственномъ любострастіи былъ привлеченъ къ суду исправительному за побои и раны, нанесенные тогда же, тамъ же и той же женщинѣ, т е. за то же насиліе [1]).

Приведемъ еще нѣкоторые примѣры, гдѣ было допущено новое преслѣдованіе, хотя въ первомъ же процессѣ могъ быть поставленъ субсидіарный вопросъ Оправданіе послѣдовало за 1) покушеніе на умышленное убійство, 2) дѣтоубійство, 3) насильственное любострастіе, обвиненіе снова возбуждено соотвѣтственно за 1) неосторожное причиненіе раны, 2) оставленіе ребенка безъ помощи или неосторожное лишеніе жизни, 3) публичное оскорбленіе стыдливости [2]).

Само собою разумѣется, что тамъ, гдѣ субсидіарный вопросъ не признается возможнымъ, какъ о «фактѣ отличномъ», тамъ нѣтъ препятствій преслѣдовать за этотъ проступокъ отдѣльно, поэтому допускаются послѣ оправданія въ злостномъ банкротствѣ обвиненіе въ банкротствѣ простомъ [3]), послѣ оправданія въ изнасилованіи обвиненіе въ привычномъ вовлеченіи въ развратъ малолѣтнихъ (mineurs) [4]), и въ другихъ случаяхъ, гдѣ рѣчь шла не только о новомъ преступномъ дѣяніи, но и о новомъ матеріальномъ дѣяніи: оправданный въ изгнаніи плода привлекается къ суду снова за побои и раны, причинившіе смерть той же женщинѣ [5]), оправданный въ подлогѣ, съ цѣлью присвоенія общественныхъ суммъ, привлекается затѣмъ за присвоеніе и растрату ихъ [6]), оправданный въ злостномъ банкротствѣ

---

[1]) Mangin—II, 247 стр., пр. 1 и Nouguier IV (vol. 2) стр. 908 (4 авг. 1865 г.; здѣсь первое обвиненіе было въ двухъ преступленіяхъ: насильственномъ любострастіи и убійствѣ—assassinat—той же женщины).

[2]) См. рѣшенія кассаціоннаго суда, указываемыя Trébutien'омъ (ор. с. II, 647 стр., пр. 58).

[3]) Ibid.

[4]) Mangin—ор. с. II, 246 стр. (рѣш. 22 ноября 1816 г.). Такъ и послѣ оправданія въ любострастіи (рѣш. 6 іюля 1834 г. Nouguier, IV, 1, стр. 226).

[5]) Mangin—II, 247 стр., пр. 1. Если обвиненіе въ изгнаніи плода говорило объ оперативномъ способѣ, то новое обвиненіе въ причиненіи раны повлекшей смерть, можетъ быть только измѣненіемъ квалификаціи того же дѣянія. См. Ortolan—II, № 1790.

[6]) Rolland—105 № къ 360 ст. C. d'instr. (25 авг. 1855 г.). Въ томъ же родѣ рѣш. 28 февр. 1868 г. (Lacoste—ор. с. № 966).

— за злоупотребленіе довѣріемъ, если первое обвиненіе не основывалось именно на томъ, что злоупотребленіе довѣріемъ повлекло сокрытіе актива несостоятельнаго [1]).

Однако такое ограниченіе принципа: «non bis in idem», совершенно подрывавшее его и вызывавшее протестъ въ судьяхъ, въ обществѣ, отчасти въ наукѣ, не могло проводиться съ строгой послѣдовательностью, и можно встрѣтить въ рѣшеніяхъ кассаціоннаго суда *попытки провести нѣкоторыя границы между такими измѣненіями квалификаціи, которыя исключаютъ примѣненіе 360 ст. C. d'instr., и такими, которыя ея не исключаютъ и не могутъ быть положены въ основу новаго преслѣдованія.* Эти границы впрочемъ далеко не отличаются опредѣленностью и твердостью [2]).

Такъ: было признано, что, *если элементы обѣихъ квалификацій* въ ихъ совокупности и каждый въ отдѣльности (dans leurs particularités et dans leur ensemble) *остаются одними и тѣми же, то примѣняется принципъ «non bis in idem»*, поэтому оправданный по обвиненію въ покушеніи на предумышленное убійство не можетъ быть преслѣдуемъ въ исправительномъ судѣ за тотъ же фактъ (тотъ же самый пистолетный выстрѣлъ), квалифицированный, какъ причиненіе съ заранѣе обдуманнымъ намѣреньемъ (побоевъ и) ранъ, «когда не установлено фактически, что намѣренье причинить только раны сосуществовало съ намѣреньемъ причинить смерть или смѣнило его въ какой-либо моментъ, или не установлено, что было какое-либо обстоятельство, новое и модифицирующее либо квалификацію, либо преступле-

---

[1]) Lacoste—op. c. № 928 (это faits coëxistants).

[2]) Ортоланъ говоритъ о сторонникахъ этого направленія: «Ils sont donc obligés de faire des distinctions, des restrictions, mus par un sentiment d'équité, qui marche sans gouvernail, qui oscille en des voies multiples suivant des appréciations variables et qui arrive, en definitive, contre leur gré à la violation de l'autorité de la chose jugée, quelquefois même au mensonge judiciaire convenu et évident». (Eléments, II, № 1793). Такъ же Glaser—Gerichtssaal, 1871 г., стр. 39: «man findet die Consequenzen abschreckend und sucht ihnen durch Unterscheidungen zu entgehen, welche theils willkürlich und innerlich unhaltbar sind, theils die Quellen grosser praktischen Schwierigkeiten werden, theils endlich darauf hinauslaufen, die gepriesene Theorie jeder Bedeutung zu entkleiden».

ніе, бывшее предметомъ перваго преслѣдованія» [1]). Можно однако замѣтить, что одновременное существованіе двоякаго намѣренья, исключающаго другъ друга, при одномъ дѣяніи было вообще немыслимо, а смѣну умысла во время выполненія едва ли когда-либо удалось бы констатировать; если же бы было какое-либо иное обстоятельство, кромѣ различія въ умыслѣ или намѣреньи, модифицирующее преступленіе, то дѣяніе нельзя бы было уже квалифицировать, какъ нанесеніе ранъ; такимъ образомъ оказывается, что новое обвиненіе за этотъ проступокъ, послѣ оправданія за покушеніе на убійство, вообще невозможно. Совершенно такой же случай разрѣшенъ былъ кассаціоннымъ судомъ и въ другомъ дѣлѣ въ томъ же (отрицательномъ) смыслѣ съ мотивировкой нѣсколько иной и столь же неясной: правило, установленное кассаціоннымъ судомъ относительно 360 ст., не примѣняется тамъ, *гдѣ фактъ совершенно тотъ же* (identiquement le même) и только модифицированъ и квалифицированъ иначе, на основаніи новаго обстоятельства [2]). Спрашивается однако, что разумѣетъ кассаціонный судъ подъ совершенно тѣмъ же фактомъ? Судя по первому изъ только что приведенныхъ рѣшеній, такимъ фактомъ слѣдуетъ считать тотъ, конститутивные элементы котораго *остались* вполнѣ тождественными въ обоихъ обвиненіяхъ. Такое пониманіе подтверждается и рѣшеніемъ 23-го февраля 1853 г., но въ первомъ дѣлѣ (Pascalis) признавалось достаточнымъ измѣненіе квалификаціи на основаніи именно новаго обстоятельства, если бы это было установлено; къ тому же возникаетъ вопросъ, не есть ли различіе въ намѣреньи различіе въ конститутивномъ элементѣ, такъ какъ при одномъ намѣреньи дѣяніе—выстрѣлъ, ударъ ножа (рѣшеніе 23 декабря 1831 г.)—составляетъ crime, при другомъ—délit. Упомянутое рѣшеніе 23 февраля 1853 г. прямо устанавливаетъ правило, что *элементы одного преступленія (infraction) должны отличаться отъ конститутивныхъ обстоятельствъ другого для того, чтобы новое преслѣдованіе было возможно*, поэтому оно въ данномъ случаѣ не было допущено за умышленное причиненіе

---

[1]) Sirey—Recueil général des lois et des arrêts. 1864 г. I, 198, 199 стр. (29 августа 1863 г., дѣло Pascalis').

[2]) Rolland—№ 71 и № 72 къ 360 ст. (23 декабря 1831 г.).

разстройства здоровья и неспособности къ труду посредствомъ введенія въ организмъ потерпѣвшаго вреднаго вещества, когда обвиняемый былъ раньше оправданъ за тотъ же фактъ, квалифицированный, какъ отравленіе [1]). Напротивъ, тѣ же кассаціонныя рѣшенія ссылаются на другія, какъ основанныя на томъ же принципѣ, гдѣ оправданный въ любострастіи былъ привлеченъ снова къ суду исправительной полиціи за публичное оскорбленіе стыдливости, а позднѣйшее рѣшеніе, по дѣлу Millet, поясняетъ, что эти преступленіе и проступокъ отличаются другъ отъ друга элементами и въ проступкѣ важенъ именно элементъ публичности, важно «возмѣщеніе соблазна (reparation du scandale), причиненнаго этими дѣйствіями»; здѣсь «не было законнаго тождества» [2]). По поводу указанной (см. курсивъ) формулы, повторяемой и въ позднѣйшемъ рѣшеніи [3]) и приводимой безъ возраженія и безъ объясненія и нѣкоторыми криминалистами [4]), Ларше дѣлаетъ вполнѣ вѣрное замѣчаніе, что «примѣненіе ея поистинѣ загадочно. Что понимать подъ новыми элементами? Каковы были конститутивные элементы прежней? Нѣтъ ли всегда по необходимости какого-нибудь матеріальнаго или интеллектуальнаго различія между элементами преступленій, которымъ наши законы даютъ различныя названія?» [5]). Съ своей стороны Гріоле находитъ противорѣчіе между кассаціонными рѣшеніями, допускающими новое преслѣдованіе за публичное оскорбленіе стыдливости и не допускающими—за разстройство здоровья вреднымъ веществомъ [6]). Можно, впрочемъ, думать, что кассаціонный судъ руководствовался тѣмъ, что въ дѣлахъ Polito и Pascalis обвиненіе implicite заключало второе преступное дѣяніе, и только формула, высказанная здѣсь, неясно передавала мысль кассаціоннаго суда, и, если принять во вниманіе, что элементы умысла присущи были обоимъ преступленіямъ

---

[1]) Sirey—Recueil, 1854 г. I, 507 стр. (Polito).

[2]) Sirey—l. c., 1871 г., I, 264 (10 февр. 1870 г.).

[3]) См. Revue crit. de législat. etc. 1898 г., стр. 107, пр. 1. Особ. рѣшеніе соединен. камеръ кассац. суда 7 іюля 1875 г.

[4]) Nouguier—IV, vol. 2, стр. 907 и 908 (ошибка въ датѣ рѣшенія по д. Polito), Lacoste—№№ 993—995, Garraud—Précis, 957 стр.

[5]) Larcher въ Rev. crit. XXVII, 107 стр.

[6]) Griolet—l. c. II, 278 стр.

—отравленію и поврежденію здоровья—и различались только нюансами и что кассаціонный судъ, видимо, придаетъ значеніе только матеріальнымъ моментамъ преступныхъ дѣяній, то взглядъ, высказанный въ этихъ рѣшеніяхъ, сводится къ тому, что долженъ быть на лицо еще *матеріальный* фактъ, не обсуждавшійся въ прежнемъ процессѣ, для наличности новаго преступнаго дѣянія; такимъ фактомъ въ дѣлѣ Millet было совершеніе дѣйствій, которыя раньше подводились подъ понятіе любострастія, но оказались для этого недостаточными, *въ публичномъ мѣстѣ*; покушеніе же на убійство, на отравленіе и причиненіе ранъ или разстройства здоровья совпадаютъ, покрываютъ другъ друга, какъ комплексъ матеріальныхъ фактовъ, и особенности ихъ относятся къ внутренней, волевой сторонѣ дѣянія, которую здѣсь почти никогда нельзя опредѣлить съ точностью и которая не находитъ для себя внѣшняго выраженія. Именно эта мысль выражена въ рѣшеніи французскаго кассаціоннаго суда, приводимомъ итальянскимъ криминалистомъ Borsari, гдѣ говорится, что при совершенномъ тождествѣ дѣйствія (acte) не можетъ быть новаго *преслѣдованія* подъ предлогомъ новой квалификаціи (вѣрнѣе, не можетъ быть *ея самой*, исключая ошибки въ субсумціи), но факты не должны непремѣнно быть и во всѣхъ отношеніяхъ различны: новое обвиненіе можетъ заимствовать часть обстоятельствъ изъ прежняго и присоединить къ нимъ новые элементы, характерные для проступка. Въ данномъ случаѣ, обвиняемый былъ оправданъ въ любострастіи, совершенномъ надъ тремя дѣвочками моложе 11 лѣтъ, и снова судимъ за привычное склоненіе ихъ къ непотребству. Оба обвиненія опирались на тѣ же факты, а именно, что обвиняемый нѣсколько разъ раздѣвался передъ этими дѣвочками, собранными для непотребныхъ дѣйствій» [1]).

---

[1]) Borsari—Della azione penale. Torino. 1866 г. 535—538 стр. (№ 437). Онъ упрекаетъ эту теорію въ неопредѣленности и двусмысленности. По поводу этого рѣшенія Glaser-Gerichtssaal, 1871 г, стр. 44—говоритъ, что здѣсь былъ случай идеальной совокупности и что, по взгляду кассац. суда, тамъ, гдѣ могли бы быть два обвиненія рядомъ, по оправданіи остается еще одно изъ нихъ, которое не считается за «même fait». Но, согласно этому рѣшенію, второе преслѣдованіе было въ данномъ случаѣ недопустимо, если, какъ можно думать, рѣчь у Borsari идетъ о рѣшеніи 5 февраля 1863 г., опубликованномъ

Въ этомъ же смыслѣ въ одномъ рѣшеніи [1]) говорится «ne bis in idem» не препятствуетъ новому обвиненію за тотъ же матеріальный фактъ съ другой квалификаціей, если новая квалификація опирается на элементы, не возникавшіе на судебномъ слѣдствіи и не обсуждавшіеся при первомъ преслѣдованіи. Именно подъ такое опредѣленіе подойдетъ фактъ публичности непотребныхъ дѣйствій, такъ какъ онъ не игралъ роли при обвиненіи въ любострастіи и не долженъ былъ войти въ обвиненіе и въ вопросъ присяжнымъ [2]). Упомянутое рѣшеніе касалось впрочемъ оправданія не въ ассизномъ судѣ, а въ судѣ полицейскомъ и новымъ элементомъ признало не имѣвшееся въ виду въ первомъ процессѣ—по поводу предоставленія café для азартной игры—постановленіе муниципальнаго совѣта, запрещавшее азартныя игры въ кофейняхъ и публичныхъ мѣстахъ, когда онѣ не имѣютъ предметомъ уплату за потребляемые продукты; при этомъ новое обвиненіе основывалось именно на *нарушеніи этого запрета*.

въ 1864 г. у Dalloz'a (I, 324) и приводимомъ Larcher (l. c. XXVII, 108 стр.) съ указаніемъ, что кассац. судъ здѣсь отказался отъ взгляда, высказаннаго *въ рѣшеніи 22 ноября 1816 г. (см. выше стр. 133 пр. 4)*. Borsari и Глазеръ не указываютъ даты рѣшенія.

[1]) Sirey—(продолж. Carette et Coudier). Recueil général des lois et des arrêts 1877 г., I, 41.

[2]) Въ судѣ присяжныхъ въ этомъ случаѣ рѣдко можно узнать, возникалъ ли такой фактъ, служащій элементомъ другого проступка, развѣ бы онъ безъ надобности былъ включенъ въ главный вопросъ, но и тогда его можно считать возникшимъ на судебномъ слѣдствіи, но едва ли можно считать обсуждавшимся: оправдательный вердиктъ долженъ былъ послѣдовать въ случаѣ недоказанности тѣхъ именно элементовъ, которые существенны для crime, а внесенный въ главный вопросъ элементъ другого проступка (упоминаніе въ вопросѣ объ at'entat à la pudeur публичности мѣста совершенія) совсѣмъ не имѣетъ значенія, и, такъ какъ кассац. судъ требуетъ для «ne bis in idem» не только того, чтобы фактъ возникъ, но и чтобы обсуждался, въ предполагаемомъ случаѣ новое обвиненіе было бы возможно. Впрочемъ, Mangin—op. c. I!, 248—устанавливаетъ такой принципъ толкованія вердикта и приговора, что только, если *достовѣрно*, что рѣшеніе присяжныхъ и судей послѣдовало дѣйствительно лишь за одно преступленіе изъ тѣхъ, которыя могли составлять инкриминируемые факты (инкриминирусмое дѣяніе), новое преслѣдованіе не встрѣчаетъ препятствій.

Совершенно самостоятельную точку зрѣнія на смыслъ словъ: «même fait tel qu'il a été qualifié» устанавливаетъ Госъ [1]), исходя изъ своеобразнаго пониманія вердикта: по мнѣнію этого криминалиста, изъ оправдательнаго вердикта всегда съ достовѣрностью вытекаетъ одно, что, если подсудимый совершилъ дѣяніе, то безъ преступнаго намѣренья. Поэтому новое обвиненіе допустимо только тогда, когда оно относится или къ совершенію дѣянія по неосторожности, или съ умысломъ, отличнымъ отъ умысла, характернаго для преступленія, отвергнутаго присяжными. На основаніи этого, оправданный въ умышленномъ убійствѣ или поджогѣ можетъ быть снова судимъ за причиненіе смерти или ранъ или пожара по неосторожности; что касается различія въ умыслѣ, то Госъ разсматриваетъ такіе случаи: 1) объ квалификаціи—прежняя и новая—требуютъ только общей виновности (изнасилованіе и насильственное любострастіе, поджогъ и разрушеніе зданія взрывомъ) или же одинаковаго спеціальнаго умысла (dol special; повидимому, Госъ говоритъ не объ умыслѣ, а о цѣли—напр., корыстной цѣли: подлогъ документа и мошенничество), 2) прежняя квалификація требовала виновности вообще, новая—спеціальнаго умысла (умышленное нанесеніе раны, повлекшей смерть, и убійство), 3) прежняя квалификація требовала спеціальнаго умысла, новая—общей виновности (убійство и умышленное причиненіе ранъ, повлекшихъ смерть, homicide volontaire) или другого спеціальнаго умысла. Въ случаяхъ первыхъ двухъ категорій новое обвиненіе невозможно, въ случаяхъ третьей—допустимо. Не говоря уже о томъ, что разграниченіе видовъ умысла въ этой теоріи намѣчено весьма неопредѣленно, пониманіе вердикта у Госа ничѣмъ не оправдывается: нельзя отвѣтъ присяжныхъ на общій вопросъ о виновности произвольно разрывать и относить именно къ отдѣльному ея моменту—умыслу [2]).

Ст. 360 C. d'instr. crim. говоритъ только объ оправдательномъ вердиктѣ—acquittement, спрашивается, возможно ли новое преслѣдованіе лица осужденнаго въ прежнемъ процессѣ или

---

[1]) Haus—op. c. II, № 1309--1312 (3-е изд.).

[2]) Glaser—Gerichtssaal, 1871 г., стр. 42, указываетъ, что присяжные во всякомъ случаѣ отвергли въ первомъ процессѣ только тотъ умыселъ, который принадлежитъ къ составу ими разрѣшеннаго преступленія.

освобожденнаго отъ суда (absolution) не въ силу оправдательнаго вердикта, а въ силу такого обвинительнаго вердикта, который призналъ подсудимаго виновнымъ въ дѣяніи, не запрещенномъ уголовными законами, если новое обвиненіе опирается на обстоятельства, которыя не были разсмотрѣны въ прежнемъ процессѣ? Если эти обстоятельства открылись послѣ приговора, то этотъ вопросъ не имѣетъ отношенія къ предѣламъ возможныхъ измѣненій въ первомъ процессѣ, такъ какъ эти обстоятельства не были въ виду суда, касается только единства дѣянія, но, если они обнаружились на судебномъ слѣдствіи, а субсидіарный вопросъ не былъ поставленъ, то извѣстные моменты дѣянія остаются неразрѣшенными приговоромъ: напр., если обнаружилось предумышленье при обвиненіи въ убійствѣ, но о немъ не спросили присяжныхъ, и подсудимый былъ осужденъ за убійство простое.

Теорія и судебная практика признаютъ, что упомянутый видъ оправданія *(absolution) и обвинительный приговоръ исключаютъ всякое новое обвиненіе за тѣ же факты, хотя бы съ иной квалификаціей,* и нѣкоторые представители того направленія, которое придаетъ ст. 360 широкое толкованіе, видятъ въ этомъ доказательство неправильности противоположнаго взгляда, приводящаго къ неодинаковому разрѣшенію однородныхъ случаевъ[1]). Новое обвиненіе послѣ обвинительнаго приговора для того, чтобы добиться болѣе тяжкаго наказанія, Ортоланъ считаетъ прямо немыслимымъ[2]).

Что касается оправдательныхъ приговоровъ (absolution)[3]), то примѣненіе здѣсь принципа «non bis in idem» въ полномъ объемѣ опирается на то, что такой приговоръ можетъ послѣдовать, въ силу ст. 364 C. d'instr. crim., только, если фактъ не запре-

---

[1]) Ortolan—l. c. II, № 1792, Lacoste—l. c. № 984, Larcher — Revue crit. XXVII, стр. 98 и 105.

[2]) Напр.: послѣ осужденія, уже послѣдовавшаго за умерщвленіе плода, добиваться осужденія за покушеніе на assassinat. Ortolan — l c. Такъ же Hélie—III, 636 стр.

[3]) Собственно только въ этомъ случаѣ приговоръ оправдательный исходитъ отъ суда, если же вердиктъ былъ оправдательный, то судъ не постановляетъ приговора, а послѣдній замѣняется приказомъ предсѣдателя ассизовъ (ordonnance d'acquittement).

щенъ ни однимъ уголовнымъ закономъ, поэтому судъ оцѣниваетъ этотъ фактъ съ любой точки зрѣнія, а не только съ указанной въ обвинительномъ актѣ [1]). Госъ и Гарро [2]) объясняютъ этимъ и особенность обвинительныхъ приговоровъ: судъ примѣняетъ уголовный законъ, обсудивъ фактъ со всѣхъ сторонъ и выбираетъ законъ, наиболѣе подходящій. Но это соображеніе примѣнимо развѣ только въ случаѣ конкурренціи законовъ, когда одинъ и тотъ же комплексъ фактовъ можетъ быть подведенъ подъ каждый изъ нихъ, но во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, когда измѣненіе квалификаціи основывается на новомъ обстоятельствѣ, которое не было включено въ вопросъ присяжнымъ, послѣдніе не разрѣшаютъ его, и судъ не можетъ привлечь его въ сферу своего обсужденія, выбирая наиболѣе подходящую квалификацію при постановленіи приговора: она ускользаетъ отъ оцѣнки такъ же, какъ если бы ея совсѣмъ не было. Поэтому всѣ тѣ доводы, которые приводились сторонниками ограниченія принципа «non bis in idem» должны бы быть примѣнимы и въ этомъ случаѣ: всесторонняя юридическая оцѣнка обстоятельствъ дѣла судомъ возможна и даже нужна, но до вердикта, именно: при постановкѣ вопросовъ, послѣ же вердикта судъ связанъ тѣмъ, что признали доказаннымъ присяжные [3]).

До сихъ поръ рѣчь шла о предѣлахъ уклоненія слѣдствія и приговора отъ первоначальной темы въ судѣ присяжныхъ и о вліяніи этого приговора на послѣдующее обвиненіе. Гораздо меньше затрудненій представляетъ этотъ вопросъ въ судахъ безъ участія присяжныхъ: *исправительномъ* и *полицейскомъ*. Дѣла поступаютъ сюда или вслѣдствіе передачи ихъ постановленіемъ слѣдственнаго судьи или обвинительной камеры, руководствующихся правилами о подсудности, когда, напримѣръ, окажется, что инкриминируемое дѣяніе не преступленіе, а проступокъ или нарушеніе, или, вслѣдствіе направленія дѣла прокуроромъ или административными учрежденіями, или по жалобѣ потерпѣвшаго, или по добровольной явкѣ обвиняемаго по увѣдомленію [4]). Обвинительный актъ не составляется, а обвиня-

---

[1]) Trébutien—l. c. II, 649.

[2]) Garraud—Précis, 954, 955 стр.; Haus—II, № 1306.

[3]) Larcher—l. c. и Lacoste—l. c.

[4]) Hélie—VII, § 545 и § 490, Garraud—Précis, № 568 и 573.

емый прямо вызывается въ судъ вызовной повѣсткой, для которой предписана по дѣламъ, подсуднымъ исправительному суду, особая форма, необязательная для суда простой полиціи. Если дѣло поступило въ судъ исправительный по постановленію слѣдственнаго судьи или обвинительной камеры, то обвиняемый вызывается прокуроромъ.

Ст. 183 C. d'instr. требуетъ, чтобы въ вызовной повѣсткѣ (citation) о явкѣ къ исправительному суду были указаны факты, которые приписываются обвиняемому [1]). Эти факты заимствуются изъ жалобы потерпѣвшаго, предложенія прокурора, сообщенія или протокола административнаго или полицейскаго органа или учрежденія. Фактами, указанными въ повѣсткѣ или постановленіи слѣдственнаго судьи или обвинительной камеры, и опредѣляется предметъ слѣдствія и приговора [2]). Въ судѣ простой полиціи можно и не приводить инкриминируемыхъ фактовъ, а ограничиться указаніемъ на статью, по которой обвиняется вызываемый въ судъ, или на протоколъ, давшій начало уголовному преслѣдованію [3]). Факты во всякомъ случаѣ не обязательно квалифицировать, а, если квалификація сдѣлана, то она не связываетъ судъ [4]), который обязанъ изслѣдовать дѣяніе со всѣхъ сторонъ и можетъ освободить обвиняемаго отъ суда только, если оно не запрещено ни однимъ уголовнымъ закономъ (art. 159 и 191 C. d'instr.). Въ случаѣ, если дѣяніе принимаетъ характеръ, неподсудный данному суду, то судъ не постановляетъ приговора, а опредѣленіе о неподсудности себѣ дѣла (ст. 160 и 193 C. d'instr.). Факты обвиненія обсуждаются и разрѣшаются со всѣми привходящими во время судебнаго слѣдствія обстоятельствами, напр.: отягчающими [5]) или сообща-

---

[1]) «La citation énoncera les faits et tiendra lieu de plainte».

[2]) Garraud—l. c. 840 стр.—Нѣтъ никакихъ предписаній закона о формѣ изложенія фактовъ въ повѣсткѣ; оно должно быть краткимъ и такимъ, чтобы обвиняемый зналъ, о чемъ идетъ рѣчь. Hélie—VII, 625.

[3]) Hélie—VII т., § 491—II.

[4]) Напр. обвиняемый въ *порчѣ* пути разрушеніемъ стѣны можетъ быть осужденъ за *загражденіе* пути матеріалами, сложенными тамъ безъ необходимости въ томъ (рѣш. 6 февр. 1845 и др.—Hélie—VII, 274 стр. См. также 622 стр. ib. и Garraud—l. c., 840 стр.)

[5]) Hélie, высказывающійся въ пользу этого и ссылающійся на одно кассац. рѣшеніе и на аналогію ст. 338 C. d'instr (см. выше), приводитъ однако и рѣшеніе въ противоположномъ смыслѣ (VI[1], 661, 662).

ющими дѣянію другой юридическій характеръ, но судъ ограниченъ фактами, указанными въ вызовной повѣсткѣ, и не можетъ привлечь въ кругъ обсужденія и рѣшенія другіе самостоятельные факты, т. е. другое дѣяніе, такъ: привлеченный за ростовщичество можетъ быть осужденъ за мошенничество, усматриваемое въ тѣхъ же фактахъ, говоритъ Эли, тѣмъ болѣе, что отмѣненный законъ 3-го сентября 1807 г. разсматривалъ мошенничество при ростовщичествѣ, какъ отягчающее обстоятельство, а по закону 19 декабря 1850 г. здѣсь также только измѣняется квалификація [1]), но осужденіе не можетъ послѣдовать за злоупотребленіе довѣріемъ, такъ какъ оно предполагаетъ другіе факты, чѣмъ ростовщичество [2]). Ограниченіе предмета приговора только фактами, приведенными въ повѣсткѣ, объясняется необходимостью поставить обвиняемаго въ извѣстность о томъ, что́ ему вмѣняется въ вину, чтобы онъ могъ приготовиться къ защитѣ, а это въ отношеніи новыхъ самостоятельныхъ фактовъ невозможно. Что же касается только нѣкоторыхъ измѣненій фактической стороны дѣянія, присоединенія нѣкоторыхъ обстоятельствъ на судебномъ слѣдствіи, то здѣсь, по мнѣнію Эли, обвиняемый долженъ былъ предвидѣть, что изслѣдованіе коснется и ихъ; къ тому же, составляя часть дѣянія, они предполагаютъ тѣ же средства защиты. Но *и самостоятельные факты могутъ быть предметомъ приговора, даже если они не упомянуты въ повѣсткѣ*, когда обвиняемому сообщена копія протокола, давшаго поводъ уголовному преслѣдованію, или выдержки изъ протокола или, когда производилось по дѣлу предварительное слѣдствіе [3]). Въ этихъ случаяхъ предполагается, что обвиняемому было извѣстно, въ чемъ его обвиняютъ, и нѣтъ основанія опасаться нарушенія правъ защиты. Но и сверхъ того возможно распространеніе приговора на новые самостоятельные факты, если на это послѣдовало *согласіе* обвиняемаго. Кассаціонный судъ требуетъ, чтобы это согла́сіе не было вынужденнымъ, по-

---

[1]) Здѣсь, по французскому праву, преступленіе съ сложнымъ составомъ (составное), наказуемое какъ escroquerie (см. 4 ст. упомянутаго закона).

[2]) Hélie—VII, 662—666 стр.

[3]) Ibid., VII, 660, 626 стр. Факты въ этомъ случаѣ могутъ быть совсѣмъ опущены въ повѣсткѣ. Ст. 184 устанавливаетъ требованіе о заблаговременной доставкѣ обвиняемому повѣстки исправительнаго суда (не менѣе трехъ дней съ поверстными), въ интересахъ подготовки защиты.

этому, если оно исходитъ отъ обвиняемаго, находящагося въ предварительномъ заключеніи, это согласіе не имѣетъ значенія. Съ другой стороны, если обвиняемый явился безъ вызова, то предполагается, что онъ ничего не имѣетъ противъ немедленнаго разрѣшенія въ томъ же процессѣ и новыхъ фактовъ, обнаруженныхъ судебнымъ слѣдствіемъ, развѣ бы обвиняемый выразилъ явно свое несогласіе на это [1]). Иногда новое дѣяніе не можетъ быть предметомъ приговора по формальнымъ причинамъ, напр.: по отсутствію жалобы потерпѣвшаго отъ этого дѣянія, гдѣ эта жалоба является условіемъ уголовнаго преслѣдованія, или, когда прокуроръ, въ силу 379 ст C. d'instr., оставитъ за собою право преслѣдовать обвиняемаго отдѣльно [2]).

При существованіи у суда указанныхъ полномочій относительно предмета обвиненія, приговоръ долженъ обнимать всѣ инкриминированные факты, и новое обвиненіе за тѣ же факты въ другой квалификаціи должно быть признано недопустимымъ. Это мнѣніе раздѣляется французской доктриной [3]), что же касается кассац. суда, то встрѣчаются рѣшенія послѣдняго и въ противоположномъ смыслѣ. Одинъ изъ такихъ примѣровъ представляетъ приведенное выше рѣшеніе о содержаніи помѣщенія для азартной игры, гдѣ новый элементъ второго дѣла состоялъ только въ муниципальномъ постановленіи и въ остальномъ, повидимому, фактическая сторона не отличалась отъ таковой въ первомъ процессѣ. Въ другомъ случаѣ допущено послѣ оправдательнаго приговора за проступокъ—мошенничество, совершенное посредствомъ азартной игры на общественной дорогѣ—обвиненіе за то же дѣяніе, квалифицированное, какъ нарушеніе § 5 art. 475 C. рén. (устройство азартной игры на общественной дорогѣ) [4]).

---

[1]) Hélie—VII, 656—659; ср. 276 стр. ib.; и Trébutien—II, 485 стр. Эли указываетъ еще, что иногда новые факты такъ тѣсно связаны съ первоначальными, что ихъ нельзя раздѣлить, тогда приговоръ можетъ касаться и ихъ, напр.: при обвиненіи въ ложномъ доносѣ на основаніи двухъ опубликованныхъ(напечатанныхъ)статей,судъ можетъ остановиться на содержаніи еще одной статьи (ib. 664 стр.).

[2]) Hélie– VII, 679. Larcher—l. c. 58.

[3]) Trébutien—II, 649 стр., Rolland—l. c. № 76 къ 360, Garraud—Précis. 954 стр., Lacoste—l. c. № 990 и рѣшенія имъ приводимыя—6 февр. 1845 г. и 7 авг. 1876 г., Hélie—III, 632 стр., Vidal—778 стр.

[4]) Рѣшеніе 1 авг. 1861 г. (Lacoste—№ 985–987).

Такъ еще: въ рѣшеніи 28 января 1853 г. высказано, что, если фактъ допускаетъ *двойную квалификацію, какъ проступокъ, и какъ нарушеніе* (кража досокъ и поврежденіе мостика), возможно отдѣльное преслѣдованіе за каждое изъ нихъ [1]), а въ рѣшеніи 14 мая 1858 г., гдѣ рѣчь шла о двоякой квалификаціи тѣхъ же фактовъ и *объ квалификаціи составляли нарушенія* (contraventions)—какъ продажа напитковъ безъ разрѣшенія и продажа ихъ позже установленнаго для закрытія такихъ заведеній часа —отдѣльное преслѣдованіе не допущено [2]). Это различіе въ зависимости отъ однородности характера преступности тѣмъ менѣе объяснимо, что судъ исправительный въ правѣ осудить за полицейское нарушеніе, если дѣяніе на судебномъ слѣдствіи пріобрѣло характеръ послѣдняго (ст. 192 C. d'instr.).

Столь же страннымъ представляется взглядъ кассаціоннаго суда на случаи, когда проступокъ, за который обвиняемый былъ осужденъ въ судѣ исправительномъ, можетъ быть въ то же время отягчающимъ обстоятельствомъ или акцессорнымъ фактомъ преступленія. Если фактъ, составляющій послѣднее, не былъ предложенъ разрѣшенію исправительнаго суда, то послѣдній не можетъ признать себѣ неподсуднымъ дѣло по обвиненію въ проступкѣ подъ предлогомъ, что оно имѣетъ связь (est connexe) съ другимъ фактомъ, составляющимъ преступленіе, но это не исключаетъ новаго обвиненія за тотъ же фактъ въ ассизномъ судѣ, напр.: послѣ того какъ оцѣнщикъ (commissaire-priseur) былъ приговоренъ исправительнымъ судомъ за продажу новыхъ товаровъ къ штрафу, онъ привлекается къ суду ассизному по обвиненію въ пособничествѣ къ злостному банкротству, при чемъ пособничество проявилось именно въ фактѣ продажи товаровъ несостоятельнаго. Требюсьанъ говоритъ впрочемъ, что размѣры res judicata рѣшенія исправительнаго суда указаны будутъ мотивами [3]). Лакостъ (342 и 343 стр. пр.)

---

[1]) Rolland—№ 79 и 81 къ 360 ст.

[2]) Rolland—№ 78 къ 360 ст. Есть, впрочемъ, и болѣе раннее противоположное рѣшеніе (22 марта 1838 г.) ib. № 81. Рѣшеніе 25 янв. 1850 г запрещаетъ однако разсмотрѣніе одного изъ этихъ нарушеній въ процессѣ, производящемся по поводу другого, если только одно изъ нихъ было указано въ повѣсткѣ.—Hélie—VII, 274; онъ видитъ здѣсь новый фактъ (273).

[3]) Рѣшеніе 21 ноября 1844 г. Trébutien—II, 649, 650 и 485 стр. Rolland—№ 88 къ 360 ст.—приводитъ также случай, гдѣ осужденный исправи-

указываетъ, что обвиненіе въ crime послѣ *оправданія* за délit (въ исправительномъ судѣ) не возбуждается потому, что шансы на успѣхъ въ этомъ случаѣ ничтожны.

Въ заключеніе этого очерка нельзя не упомянуть, что по закону 29 іюля 1881 г. относительно проступковъ печати, подсудныхъ ассизному суду, за исключеніемъ диффамаціи и оскорбленія въ печати частныхъ лицъ,—подсудныхъ исправительному, прокуроръ или частный обвинитель (partie civile) должны, приводя факты, квалифицировать ихъ и указать статьи закона, примѣненія которыхъ требуютъ. Поэтому, по разъясненію кассаціоннаго суда въ рѣшеніяхъ 29 мая 1886 и 30 октября 1891 г., исправительный судъ не въ правѣ измѣнить или исправить квалификацію и, усмотрѣвши признаки другого нарушенія закона о печати, примѣнить соотвѣтствующую статью, а предсѣдатель ассизовъ не можетъ поставить соотвѣтствующій субсидіарный вопросъ [1]). Но, если усмотрѣно преступленіе общее, а не печати, то судъ въ правѣ осудить за это послѣднее, напр.: осудить, вмѣсто диффамаціи по отношенію къ должностному лицу, за покушеніе на шантажъ. Переходъ же обвиненія отъ общаго преступленія къ преступленію печати, какъ подчиненному особому порядку производства, невозможенъ [2]).

Къ системѣ французскаго права, если разсмотрѣнныя неопредѣленныя положенія законодательства и сбивчивыя указанія и разъясненія практики и науки заслуживаютъ названія системы, тѣсно примыкаетъ итальянское право. Согласно 519 ст. Codice di procedura penale, суду запрещается постановлять рѣ-

---

тельнымъ судомъ за насильственныя дѣйствія былъ снова судимъ присяжными за любострастіе, совершенное тогда же, тамъ же и съ той же дѣвушкой (рѣш. 16 мая 1850 г.). Такимъ образомъ одно преступленіе—насильственное любострастіе—было раздѣлено на части, и каждая составила предметъ отдѣльнаго процесса.

[1]) Тѣмъ не менѣе именно въ этихъ дѣлахъ практика не допускаетъ новаго обвиненія, Vidal—op. c., 779 стр.

[2]) Larcher—Rev. crit. XXVII, стр. 63; Gardueil—Rev. crit, 1893 г. (XXII), стр. 18 и 20.

шеніе о новыхъ фактахъ, обнаруженныхъ на судебномъ слѣдствіи и не указанныхъ въ обвинительномъ актѣ. Эти факты составляютъ предметъ новаго обвиненія, и, если оно влечетъ примѣненіе болѣе тяжкаго наказанія, то исполненіе приговора по первоначальному обвиненію пріостанавливается. Ст. 519 соотвѣтствуетъ, въ своемъ основаніи, 361-й ст. французскаго Code d'instr. До измѣненія, внесеннаго въ 1865 г. [1]), итальянскій процессуальный кодексъ содержалъ также въ 480 ст. постановленіе, соотвѣтствовавшее 338 ст. Code d'instr., и требовалъ постановки особыхъ вопросовъ о каждомъ изъ отягчающихъ обстоятельствъ, указанныхъ въ обвинительномъ актѣ или вытекавшихъ изъ судебнаго слѣдствія (od emergenti dal dibattimento). Но въ 1865 г. послѣднія слова были выпущены, и нынѣ, по 1-й ч. ст. 494 въ редакціи, установленной закономъ 8 іюня 1874 г., «Предсѣдатель долженъ поставить вопросы во-первыхъ о главномъ фактѣ и затѣмъ объ отягчающихъ обстоятельствахъ, согласно съ опредѣленіемъ о преданіи суду (sentenza di rinvio), или обвинительнымъ актомъ, или съ повѣсткой о явкѣ въ судъ (citazione diretta)».

Такимъ образомъ, единственное отличіе итальянскаго права отъ французскаго, заключается въ томъ, что первое не допускаетъ распространенія вопросовъ и приговора не только на новые факты, но и на *новыя* отягчающія обстоятельства, всѣ же остальныя измѣненія предъявленнаго обвиненія, какъ объясняютъ комментаторы Борзани и Казорати, признаются возможными, такъ какъ изъ приведенныхъ статей закона, а также постановленій, касающихся постановки вопросовъ объ обстоятельствахъ, *исключающихъ* вмѣненіе дѣянія въ вину, вытекаетъ, что модифицирующія обстоятельства, въ противоположность новымъ фактамъ, не могутъ быть разсмотрѣны въ данномъ процессѣ только, если они неблагопріятны для подсудимаго; въ противномъ случаѣ, они могутъ составить предметъ вспомогательныхъ вопросовъ (delle questioni subalterne) [2]). Упомянутые комментаторы приводятъ [3]) нѣкоторые примѣры новыхъ фак-

---

[1]) См. Codice di Procedura Penale Italiano commentato da Giuseppe Borsani et Luigi Casorati. Milano 1883 г. V. T. стр. 388.

[2]) l. c. § 1866, особ. стр. 388, 390, 391.

[3]) l. c. § 1865.

товъ [1]) и модифицирующихъ обстоятельствъ [2]), отчасти заимствованные изъ практики итальянскихъ судовъ, но отказываются провести точную грань между тѣми и другими и, какъ руководящій принципъ для ихъ разграниченія, указываютъ, что измѣненіе первоначальнаго обвиненія допустимо настолько, насколько это не вызываетъ необходимости въ новой подготовкѣ защиты, насколько оно можетъ быть отражено прежними ея средствами; это зависитъ отъ особенностей отдѣльнаго случая[3]). При обнаруженіи новыхъ отягчающихъ обстоятельствъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ подсудимый можетъ быть застигнутъ врасплохъ, и законодатель предпочитаетъ, чтобы эти обстоятельства совсѣмъ не были приняты въ расчетъ и чтобы подсудимый подвергся болѣе легкому наказанію, чѣмъ, чтобы оставалась возможность такихъ случаевъ [4]).

Мотивы реформы 1865 г. [5]) даютъ однако нѣкоторое основаніе думать, что, отмѣняя постановку вопросовъ о новыхъ отягчающихъ обстоятельствахъ, законодатель имѣлъ въ виду строгое соотвѣтствіе вопросовъ и приговора обвиненію, какъ оно выражено въ опредѣленіи о преданіи суду и въ обвинитель-

---

[1]) При обвиненіи въ изнасилованіи — похищеніе женщины, при обвиненіи въ дѣтоубійствѣ — умерщвленіе плода, при обвиненіи въ поддѣлкѣ монеты—обманъ-мошенничество. Это «факты совершенно отличные (assolutamente distinti) по своей природѣ и по времени, въ которое могутъ быть совершены» (l. c. 386 стр.).

[2]) Вмѣсто совершенія дѣянія—подстрекательство къ нему; такое обстоятельство, далѣе—насиліе при любострастіи. Здѣсь тотъже предметъ слѣдствія, и не нужно новыхъ средствъ ни для защиты, ни для обвиненія. Такъ и при переходѣ отъ виновничества къ пособничеству, отъ совершенія къ покушенію, отъ умышленнаго убійства къ причиненію раны безъ умысла на убійство, отъ квалифицированной кражи къ простой (l. c. 386, 387, такъ, наконецъ, при измѣненіи индивидуализирующихъ обстоятельствъ (времени), l. c., 388).

[3]) l. c., стр. 387, 388, гдѣ указываютъ и на отступленія практики въ Италіи и другихъ странахъ отъ общихъ (установленныхъ ею) въ этомъ тонкомъ вопросѣ принциповъ.

[4]) l. c., стр. 389.

[5]) l. c. 388, 389 стр.

номъ актѣ [1]), и невозможность *и другихъ* измѣненій [2]), а средство противъ неудобствъ, вытекающихъ изъ такой неизмѣнности обвиненія, видѣлъ въ умѣломъ и предусмотрительномъ составленіи обвинительныхъ актовъ прокуроромъ и опредѣленій о преданіи суду обвинительной камерой.

---

[1]) Это выводится изъ обвинительнаго принципа. Впрочемъ, слишкомъ большимъ противорѣчіемъ послѣднему здѣсь признаются вопросы именно объ отягчающихъ обстоятельствахъ (неожиданный *неисчислимый вредъ для* подсудимаго, l. c.).

[2]) См. одно рѣш. въ этомъ смыслѣ, приводимое Глазеромъ (Gerichtssaal, т. 36, стр. 86).

Глава IV.

Партикулярныя нѣмецкія законодательства.

Общая характеристика постановленій этихъ законодательствъ, касающихся отношенія приговора къ обвиненію, и особенности ихъ сравнительно съ французскимъ правомъ. Особое значеніе Прусскаго законодательства. Предметъ приговора, согласно постановленіямъ этого послѣдняго; понятія: «дѣяніе» и «сопровождающія обстоятельства». Отсрочка засѣданія и «Vorbehalt». Отличіе «Vorbehalt» отъ французскаго «réserve».

Законодательства отдѣльныхъ нѣмецкихъ государствъ до изданія въ 1877 году общеимперскаго кодекса уголовнаго судопроизводства содержали по вопросу объ отношеніи уголовнаго приговора къ обвиненію самыя разнообразныя постановленія. Въ то время какъ Брауншвейгскій Уставъ Угол. Суд. (§ 66) запрещалъ *вообще* распространеніе приговора на новыя, обнаруженныя судебнымъ слѣдствіемъ обстоятельства, измѣняющія составъ преступленія, дозволяя только пріостановить, по предложенію прокурора, производство для предъявленія новаго обвиненія [1]); Тюренгенскій Уставъ (ст. 255 и Nov. 67 §) разрѣшалъ суду, по выслушаніи заключенія прокурора, подвергнуть немедленному рѣшенію *даже другое дѣяніе* (That) или *другое преступленіе*, открывшіяся на судебномъ слѣдствіи [2]), если дѣло не

---

[1]) Но при сохраненіи того же фактическаго состава судъ могъ измѣнить квалификацію, данную дѣлнію обвиненіемъ. «Суды при постановленіи приговора, говоритъ законъ (§ 66) связаны правда фактическимъ содержаніемъ обвиненія, но не юридическими выводами обвинителя и предложеніемъ его о мѣрѣ наказанія». Brauer—Die Deutschen Schwurgerichtsgesetze in ihren Hauptbestimmungen. Erlangen. 1856 г., стр. 224.

[2]) Это постановленіе примѣняется и въ судѣ съ участіемъ присяжныхъ (Nov 76) См Brauer—l. c. стр. 194, 225.

становилось вслѣдствіе этого подсуднымъ суду присяжныхъ (въ каковомъ случаѣ оно направлялось въ обвинительную камеру для новаго постановленія о преданіи суду). Распространеніе приговора не было обязательно: судъ могъ оправдать обвиняемаго въ инкриминируемомъ дѣяніи или преступленіи, а за прокуроромъ сохранялось право дальнѣйшаго преслѣдованія за вновь обнаруженное.

Среднее мѣсто между этими двумя законодательствами занимаютъ такія, которыя допускаютъ распространеніе приговора на отягчающія обстоятельства, обнаруженныя судебнымъ слѣдствіемъ или на высшую степень преступленія, а также на низшую степень или на смягчающія обстоятельства, при чемъ иногда прямо указывается закономъ, что вопросы, называемые здѣсь эвентуальными, могутъ быть поставлены присяжнымъ о покушеніи, соучастіи, пособничествѣ и неосторожности вмѣсто оконченнаго преступленія, главнаго виновничества и умышленнаго совершенія [1]). Нѣкоторыя законодательства разрѣшаютъ измѣненія квалификаціи въ предѣлахъ преступленій того же рода, если при этомъ преступленіе не становится болѣе тяжкимъ, или же послѣдняго условія не содержатъ. Такъ Баденскій законъ о судѣ присяжныхъ требуетъ (§ 96) постановки *вопросовъ объ отягчающихъ и смягчающихъ обстоятельствахъ* (Erschwerungs и Milderungsgründe), но (§ 91) запрещаетъ спрашивать присяжныхъ о другихъ фактахъ (Thatsachen), кромѣ приведенныхъ обвиненіемъ, «а слѣдовательно и о какомъ-либо болѣе наказуемомъ волеопредѣленіи обвиняемаго» (слова закона) [2]). Поэтому судебная практика находила невозможнымъ

---

[1]) Würtemberg (Schwurgerichtsgesetz—155, 157 ст.), Кургессенское угол. судопр. § 318, Гессенск. законъ о судѣ присяжныхъ ст. 166 и 167; переходъ къ низшему преступленію допускаютъ, конечно, и другіе законы, разрѣшающіе измѣненіе въ болѣе широкихъ границахъ: Тюринг. законъ Nov. 76 и ст. 256, Баварскій законъ (ст. 174 и 175)—Brauer—I. c. 191—195 стр. и 225 стр.

[2]) Ibid., 192 и 224 стр. Ст. 237 Баденскаго Уст. угол. суд. предусматривала чисто фактическое измѣненіе — обнаруженіе новаго обстоятельства, особенно важнаго для доказательства вины или невиновности, и разрѣшала отсрочку засѣданія для дополненія слѣдствія или же немедленное разрѣшеніе, если доказательство новаго обстоятельства могло быть сейчасъ представлено (Brauer—стр. 224, 231, 232). Сюда подойдетъ случай осуществленія признака состава въ фактѣ иномъ, чѣмъ предполагало обвиненіе.

переходъ отъ обвиненія въ покушеніи на любострастіе (Unzucht) къ обвиненію въ оконченномъ любострастіи, но допускала осужденіе за пользованіе подложнымъ документомъ по соглашенію съ лицомъ, изготовившимъ его, при обвиненіи въ подлогѣ этого документа на томъ основаніи, что здѣсь тотъ же родъ и видъ преступленія и только совсѣмъ несущественная модификація въ способѣ выполненія того же преступленія [1]). Баварскій законъ о судѣ присяжныхъ (ст. 177) опредѣляетъ, чтобы по возможности особые вопросы ставились присяжнымъ объ обстоятельствахъ (Thatumstände), которыя обосновываютъ болѣе тяжкую квалификацію преступленія. Вальтеръ приводитъ примѣры изъ практики: вмѣсто убійства простого убійство предумышленное (Todtschlag—Mord), вмѣсто вымогательства—мошенничество, прикосновенности—соучастіе въ выполненіи. Напротивъ, онъ находитъ невозможнымъ переходъ къ преступленію другого рода, напр.: отъ тѣлеснаго поврежденія къ разбою, отъ оставленія ребенка безъ помощи къ дѣтоубійству. Совершенно отличное по роду преступленіе, говоритъ Вальтеръ, есть совсѣмъ другое дѣяніе [2]). Здѣсь же можно отмѣтить, что по австрійскому уставу 17 янв. 1850 г., переходъ обвиненія къ преступленію другого рода (Gattung) разрѣшался только при наличности двухъ условій: 1) если установленное судебнымъ слѣдствіемъ преступленіе влекло по закону менѣе тяжкое наказаніе, чѣмъ первоначально инкриминируемое; 2) если при томъ стороны были согласны на распространеніе вопросовъ и приговора на это преступленіе. Какъ примѣры разнородныхъ преступленій, Вюртъ приводитъ: разбой и кражу, кражу и растрату [3]). Дальше шелъ ганноверскій Уставъ Уг. Суд. (§ 194), опредѣлявшій, что, «если отъ *присоединенія* или отпаденія того или другого обстоятельства преступное дѣяніе (Handlung), составляющее предметъ обвиненія подойдетъ подъ понятіе *отличнаго* преступленія, то предсѣдатель можетъ поставить эвентуальные вопросы, хотя бы обвиненіе не

---

[1]) Themme — Archiv für die Strafrechtlichen Entscheidungen der obersten Gerichtshofe Deutschlands. Erlangen. III, 338—343, V, 401 стр.

[2]) Walther — Lehrbuch des bayerischen Strafprozessrechts. München. 1859 г., 351, 352 и 331 стр.

[3]) Würth—Die oesterreichische Strafprozessordnung v. 17. Jänner. 1850. Wien. 1850, стр. 565—569.

было направлено на всѣ преступленія. Это предписывалось въ особенности относительно оконченнаго преступленія и покушенія, виновничества и пособничества, умышленнаго и неосторожнаго совершенія [1]). Отдѣльное постановленіе касалось дѣятельности судовъ безъ участія присяжныхъ; здѣсь, согласно § 44 ч. 2, запрещалось суду привлекать въ кругъ обсужденія «факты (Thatsachen), которые являются посторонними возбужденному уголовному иску», *безъ предложенія прокурора*, при чемъ слово: факты понимается одними, какъ новыя самостоятельныя дѣянія, другими, какъ новыя обстоятельства, измѣняющія прежнее дѣяніе [2]). Если принять послѣднее толкованіе, то оцѣнка дѣянія судомъ ограничивается, и разсмотрѣніе новыхъ обстоятельствъ подчиняется совсѣмъ новому условію, которое не встрѣчается во французскомъ правѣ и выше приведенныхъ законахъ, кромѣ брауншвейгскаго, гдѣ однако предложеніе прокурора ведетъ не къ немедленному разрѣшенію дѣла, а къ пріостановкѣ производства и предъявленію новаго обвиненія. Въ стѣсненіи роли судьи указаннымъ условіемъ иногда видятъ въ теоріи характерную особенность обвинительнаго процесса и съ этой стороны упомянутыя законодательства заслуживаютъ того, чтобы ихъ отмѣтить. Въ болѣе позднемъ законѣ Кургессенскомъ—28 октября 1863 г.—также для распространенія слѣдствія и приговора требуется заявленіе прокурора. Въ судѣ присяжныхъ судъ можетъ распространить вопросы и на новыя обстоятельства безъ предложенія прокурора, но оно необходимо, если дѣяніе пріобрѣтаетъ болѣе тяжкій характеръ или обнаруживаются еще другія преступленія, при чемъ требуется измѣненіе обвиненія прокуроромъ или возбужденіе новаго. При постановкѣ же вопроса о менѣе тяжкомъ преступленіи, роль прокурора проявляется въ томъ,

---

[1]) Но осужденіе возможно и за болѣе тяжкій видъ преступленія — Zachariae, Handbuch des deutschen Strafprozesses—Göttingen 1868 г., II, 521. Ганноверское законодательство требуетъ также, подъ угрозой кассаціи, постановки вопросовъ и объ отягчающихъ обстоятельствахъ, а Тюренгенское кромѣ того разрѣшаетъ возвращеніе дѣла въ стадію предварительнаго слѣдствія, если это окажется нужнымъ. См. Stelling — Ueber Anklagebesserung. Göttingen. 1866 г., стр. 144. Brauer—l. c. 225 стр. Stelling приводитъ статьи пересмотрѣннаго въ 1859 г. устава угол. суд., изданнаго въ 1850 г. Brauer—стр. 191—цитируетъ первоначальное изданіе.

[2]) Stelling—l. c. 71—85 стр.

что, если онъ сдѣлалъ заявленіе о постановкѣ такого вопроса, послѣдній обязательно долженъ быть поставленъ [1]).

Изъ этихъ краткихъ свѣдѣній достаточно выясняются отличія партикулярныхъ нѣмецкихъ законодательствъ по сравненію съ французскимъ, которое служило все-таки образцомъ, эти отличія сводятся: 1) къ возможности осужденія за болѣе тяжкое преступленіе, чѣмъ первоначальное, въ одномъ случаѣ даже за другое самостоятельное дѣяніе; 2) къ расширенію роли прокурора относительно предмета обвиненія; 3) къ пріостановкѣ производства для предъявленія новаго обвиненія или для направленія дѣла къ слѣдованію въ нѣкоторыхъ случаяхъ обнаруженія модифицирующихъ обстоятельствъ; 4) къ обязательной постановкѣ эвентуальнаго вопроса, по требованію прокурора.

Но наибольшее значеніе изъ партикулярныхъ законодательствъ имѣетъ прусское, основной принципъ котораго былъ усвоенъ какъ нѣкоторыми другими партикулярными законами, напр.: саксонскимъ 1 октября 1868 г. [2]), такъ и дѣйствующимъ имперскимъ уставомъ уголовнаго судопроизводства, и которое поэтому заслуживаетъ болѣе подробнаго разсмотрѣнія. Согласно указу 3 января 1849 г. и закону 3 мая 1852 г., дополнившему его (ст. 30), «Предметъ судебнаго слѣдствія и рѣшенія составляютъ не только факты, упомянутые въ обвиненіи, но и ближайшія обстоятельства, которыми они сопровождались даже тогда, когда они въ связи или въ отдѣльности оказываются преступными съ той точки зрѣнія, съ которой обвиненіе ихъ не разсматривало. Отсюда не исключаются случаи, въ которыхъ дѣяніе (That) представляется закононарушеніемъ другого, даже болѣе тяжкаго рода (Gattung). Но, если судъ найдетъ необходимой лучшую подготовку обвиненія или защиты, вслѣдствіе измѣнившагося положенія дѣла, онъ долженъ, по заявленію прокурора или подсудимаго, постановить объ отсрочкѣ дѣла или въ случаѣ надобности (geeignetenfalls) такіе пункты обвиненія оставить для новаго процесса». Такое же постановленіе содер-

---

[1]) Zachariae—II, § 157, пр. 7.

[2]) См. Die Strafprozessgesetze im Königreiche Sachsen erläutert von Schwarze, B. II, Heft 2. Leipzig. 1869, стр. 55 (§ 65 закона о производствѣ съ присяжными—1 окт. 1868 г.). Здѣсь допускается впрочемъ также возвращеніе дѣла въ обвинительную камеру для новаго преданія суду.

жалось въ ст. 86 для дѣлъ съ участіемъ присяжныхъ, при чемъ измѣненія, упомянутыя въ 30 ст., должны были составить предметъ особыхъ (besondere) вопросовъ, называемыхъ въ той-же 86-й ст., ч. 2, эвентуальными. Ст. 84 и 85 вмѣняютъ суду *въ обязанность* ставить присяжнымъ вопросы и объ обнаруженныхъ судебнымъ слѣдствіемъ обстоятельствахъ, особо предусмотрѣнныхъ уголовными законами и обосновывающихъ опредѣленіе болѣе тяжкаго или болѣе мягкаго наказанія, если бы даже эти обстоятельства были устранены постановленіемъ о преданіи суду *по фактическимъ* или *юридическимъ* соображеніямъ. Если заявлено ходатайство о постановкѣ *такого* вопроса, то судъ не въ правѣ отказать въ этомъ, подъ страхомъ отмѣны приговора.

Такимъ образомъ, Прусское право допускаетъ всякія измѣненія обвиненія, въ предѣлахъ того же дѣянія, а интересы защиты, а также обвиненія, обезпечиваются отсрочкой засѣданія, при чемъ оцѣнка того, насколько измѣненіе затрагиваетъ интересы сторонъ предоставляется суду; но судъ въ правѣ ограничиться *постановленіемъ приговора (или постановкой вопросовъ)* по первоначальному обвиненію, оставивъ измѣнившееся обвиненіе для разбирательства въ новомъ процессѣ.

Возникаетъ однако вопросъ, что понимаетъ законъ подъ выраженіемъ: факты и ближайшія сопровождающія обстоятельства и подъ словомъ: дѣяніе? Въ матеріалахъ указа 3 января 1849 г. говорится объ этомъ слѣдующее: «нужно только придерживаться правила, чтобы внѣшніе факты, уже положенные въ основу обвиненія, остались послѣ, какъ были прежде, фундаментомъ новаго развитія его, чтобы такимъ образомъ выясненное судебнымъ слѣдствіемъ дѣяніе не было вполнѣ изолированнымъ и внѣ связи съ дѣяніемъ, положеннымъ въ основу обвиненія». Это правило приводится также прусскимъ Оберъ-Трибуналомъ въ рѣшеніи 21 апрѣля 1865 г. [1]). Извѣстный комментаторъ прусскаго законодательства Оппенгоффъ такъ объясняетъ ст. 30-ю: «Всѣ примыкающіе и относящіеся къ инкриминируемому дѣянію фактическіе моменты, способные, при юридическомъ ихъ обсужденіи, быть принятыми во вниманіе, какъ существенный признакъ состава преступленія, должны быть разсматриваемы, какъ содержащіеся въ обвиненіи, хотя бы не

---

[1]) Goldtammers Archiv für Preussisches Strafrecht, XIII т., 498 стр.

были тамъ упомянуты и сами по себѣ давали составъ какого либо другого уголовнаго случая». Поэтому, по мнѣнію Оппенгоффа, если обвиненіе предъявлено въ кражѣ, а на судебномъ слѣдствіи откроется сопровождавшее инкриминируемый фактъ нанесеніе ранъ и побоевъ, судъ въ правѣ осудить за разбой, но кромѣ того, если бы судъ въ инкриминируемомъ дѣяніи признаковъ кражи не усмотрѣлъ, онъ въ правѣ осудить за одни только констатированныя имъ тѣлесныя поврежденія [1]). Такъ толкуетъ Оппенгоффъ слова 30-й ст.: «ближайшія обстоятельства, которыя въ отдѣльности», т. е. отдѣльно отъ фактовъ, положенныхъ въ основу обвиненія; первоначальная основа совсѣмъ отпадаетъ, и новое дѣяніе, не бывшее въ виду обвинительной власти, становится предметомъ приговора. Съ своей стороны, Глазеръ въ подтвержденіе возможности такого пониманія 30 ст. указываетъ, что слово «дѣяніе—That», упоминаемое въ слѣдующемъ (второмъ) предложеніи 30-ой ст., грамматически не относится къ дѣянію, приведенному обвиненіемъ [2]). Естественно, что въ случаяхъ, когда часть послѣдняго установлена судебнымъ слѣдствіемъ, а другая часть совершенно отпала или, вмѣсто нея, обнаруживаются другіе фактическіе моменты, приговоръ можетъ быть постановленъ и относительно измѣнившагося дѣянія, при обвиненіи въ разбоѣ осужденіе можетъ послѣдовать за *изнасилованіе или истязаніе*, лишь бы «конкретное дѣйствіе» (Thun) осталось прежнимъ, говоритъ Оппенгоффъ [3]), подъ тожествомъ конкретнаго дѣйствія понимая, повидимому, неизмѣнность части дѣйствія, одного изъ актовъ дѣятельности, служащаго пунктомъ, около котораго группируются другіе акты, напр.:

---

[1]) Oppenhoff—Die Preussischen Gesetze über das mündliche und öffentliche Verfahren in Strafsachen. Berlin. 1860 г. № 10 къ 30 ст. Contra Goldtammer въ Archiv, X, 248 стр., намекающій на невозможность такого случая на практикѣ.

[2]) Glaser въ статьѣ: Das Verhältniss des Urtheils zur Strafklage въ Gerichtssaal, за 1884 г. (т. XXXVI) стр. 92, 93. «Все-таки, прибавляетъ онъ, это мѣсто закона никогда не понималось прусской практикой такъ, чтобы оно оправдывало совершенную оторванность (Loslösung) отъ первоначальнаго обвиненія, но постоянно дѣлали ударение на обѣихъ частяхъ альтернативы (въ связи или въ отдѣльности), правда, въ выраженіяхъ, едва ли всегда дававшихъ опредѣленныя точки опоры».

[3]) Oppenhoff—№ 21 къ ст. 30 (ссылка на матеріалы закона).

насильственное дѣйствіе, которое обращается въ изнасилованіе, когда доказано еще совокупленіе, и въ разбой, когда доказано похищеніе имущества. Въ такомъ случаѣ однако Оппенгоффъ впадаетъ въ противорѣчіе [1]) съ упомянутымъ выше своимъ же взглядомъ, такъ какъ, если кража не доказана, а установлено только насиліе, о которомъ обвиненіе не говорило, то нѣтъ въ дѣяніи, служащемъ предметомъ приговора, ни одного элемента дѣятельности, составляющей предметъ обвиненія, и нельзя говорить о тожествѣ конкретнаго дѣйствія [2]). И въ другомъ мѣстѣ, по вопросу объ объемѣ законной силы приговора, Оппенгоффъ [3]) снова касается приведеннаго примѣра—кражи и насилія—и находитъ невозможнымъ преслѣдованіе за тѣлесное поврежденіе послѣ оправданія за кражу, если первое дѣяніе такъ тѣсно примыкало къ дѣянію, квалифицированному прежде, какъ кража, что, при доказанности обоихъ, все представлялось бы кражей съ насиліемъ (разбоемъ). Но, если кражи совсѣмъ не было, то о какой связи съ нею новаго обвиненія можетъ быть еще рѣчь? Оппенгоффъ оттѣняетъ важность вопроса о томъ, были ли дѣянія единымъ цѣлымъ, или являлись нѣсколькими самостоятельными, не указывая критерія для разграниченія; онъ указываетъ только, что объединяющимъ моментомъ не можетъ быть одно тожество цѣли, или такое отношеніе двухъ дѣяній, чтобы одно было вызвано другимъ или было совершено для его сокрытія. Поэтому присвоеніе и подлогъ, совершенный для сокрытія присвоенія, самостоятельныя дѣянія, и, если даже въ обвиненіи упоминалось мимоходомъ о второмъ, но обвинительная формула говорила только о первомъ, приговоръ не можетъ быть рас-

---

[1]) l. c. №№ 52 и 53 къ 1 §.

[2]) Ср. Glaser—Gerichtssaal, XXXVI, 143 стр., пр. 39.

[3]) Нѣкоторое подкрѣпленіе взгляда Оппенгоффа можно видѣть въ рѣшеніи Ober-Tribunal'a, отъ 9 іюня 1865 г., гдѣ, по обвиненію въ убійствѣ, послѣдовало оправданіе, а, на основаніи эвентуальныхъ вопросовъ, одинъ изъ подсудимыхъ-соучастниковъ былъ осужденъ за кражу, а другой за разбой, при чемъ не признано поводомъ кассаціи, что приговоръ послѣдовалъ за побочное обстоятельство, юридически безразличное при убійствѣ (Mord): похищеніе имущества, и что фактъ завладѣнія вещами убитаго остался единственнымъ преступленіемъ, при недоказанности убійства; но здѣсь о завладѣніи вещами упоминалось въ обвинительномъ актѣ для обозначенія мотива преступленія.—Goldtam. Archiv, т. XIII, 631—634 стр.

пространенъ и на второе [1]). Отличіе этого случая отъ случая кражи и насилія заключается въ томъ, что здѣсь есть или предполагаются обвиненіемъ оба дѣянія, а въ прежнемъ примѣрѣ только одно, смѣнившее другое въ результатѣ лучшаго выясненія дѣла. Повидимому, Оппенгоффъ готовъ подставить на мѣсто одного дѣянія другое, но не признать ихъ оба, сложное преступленіе развѣ бы они составляли, согласно матеріальному праву, одно (напр., разбой).

Но и Оппенгоффъ, и практика нѣкоторыхъ судовъ иногда обнаруживаютъ стремленіе ограничить понятіе «дѣяніе» болѣе тѣснымъ кругомъ фактовъ и выдвигаютъ, какъ предѣлъ измѣненія, «тожество конкретнаго дѣйствія» въ его естественномъ, узкомъ смыслѣ. Такъ: вопросы присяжнымъ о покушеніи, соучастіи, прикосновенности и укрывательствѣ могутъ быть, по мнѣнію Оппенгоффа [2]), поставлены лишь постольку, поскольку составъ покушенія, соучастія и т. д. усматриваются въ тѣхъ же конкретныхъ дѣяніяхъ (Handlungen) или примыкающихъ обстоятельствахъ, которыя лежали въ основѣ обвиненія. Поэтому переходъ обвиненія отъ пособничества къ укрывательству невозможенъ, если послѣднее должно проявиться въ другихъ дѣйствіяхъ, чѣмъ тѣ, въ которыхъ усматривалось пособничество; такъ и переходъ отъ главнаго виновничества (Thäterschaft) къ подстрекательству. Интересенъ также случай, приводимый въ Goldtammers Archiv für Strafrecht (III, 103), гдѣ апелляціонный судъ призналъ укрывательство и подстрекательство къ одному и тому же преступленію различными фактами и не разрѣшилъ перехода отъ одного къ другому. Такъ еще: Оппенгоффъ признаетъ кражу и покупку вещи при обстоятельствахъ, внушающихъ подозрѣніе о кражѣ, различными дѣяніями и послѣ оправданія или осужденія за второе допускаетъ новое обвиненіе въ первомъ, а слѣдовательно не находитъ возможнымъ и осужденіе въ первомъ процессѣ за одно, при обвиненіи въ другомъ, такъ какъ у Оппенгоффа res judicata и измѣненіе уголовнаго иска находятся въ правильномъ соотношеніи, и объемъ обоихъ опредѣляется тожествомъ дѣянія [3]). Прусскій

---

[1]) l. c. 54, 55 и 56 къ § 1.

[2]) l. c. № 27 къ 30 ст. и № 6 къ 86 ст.

[3]) № 47 къ § 1 и № 20 къ 1 §; въ № 47 къ § 1 онъ признаетъ допустимымъ, по оправданіи за кражу, преслѣдованіе за соучастіе въ послѣдней, выразившееся въ другихъ поступкахъ (Handlungen).

Оберъ-Трибуналъ однако придерживается по вопросу объ укрывательствѣ, а также соучастіи и покушеніи, противоположнаго взгляда, допуская подобное измѣненіе обвиненія и тогда, когда они проявились въ другихъ конкретныхъ дѣйствіяхъ, хотя и видитъ здѣсь исключеніе, основанное на точномъ смыслѣ ст. XXV закона о введеніи въ дѣйствіе уголовнаго кодекса 14 апрѣля 1851 г., въ общемъ же признаетъ необходимымъ тожественное конкретное дѣйствіе [1]). Это требованіе высказывается Оберъ-Трибуналомъ не только по этому поводу: такъ, въ рѣшеніи 2 іюня 1869 г., вслѣдствіе различія конкретнаго дѣянія (дальше говорится также о различіи конкретнаго состава), найдена неправильной постановка присяжнымъ «особаго» вопроса о соучастіи въ пользованіи подложными документами, когда подсудимый обвинялся въ соучастіи въ составленіи подложныхъ документовъ, хотя въ обвинительномъ актѣ были приведены нѣкоторые факты, относившіеся къ первому изъ этихъ преступленій, но ни заключеніе обвинительнаго акта, ни опредѣленіе о преданіи суду на эти факты не распространялись [2]).

Но на ряду съ этими рѣшеніями встрѣчаются и другія, выдвигающія другой признакъ тожества предметовъ обвиненія и приговора; въ этомъ отношеніи интересно опредѣленіе Оберъ-

---

[1]) Zacke—Fragestellungund Wahrsprüche in den Preussischen Schwurgerichten nach der Verordnung vom 3 Januar 1849 und dem Gesetz vom 3 Mai 1852. Leipzig, 1867, стр. 28 (§ 11) и приводимыя имъ рѣшенія. Ср. рѣшеніе 17 февраля 1865 г. въ Goldtam. Arch. XIII, 277 стр. Законъ 14 апрѣля 1851 г. есть предтеча ст. 30-й закона 3 мая 1852 г. и говоритъ о постановкѣ эвентуальныхъ вопросовъ о покушеніи, соучастіи, укрывательствѣ, и неосторожности, безъ ограниченія тѣми же конкретными дѣйствіями. Въ пользу взгляда Ober-Tribunal'a и Zacke (стр. 29). Самъ онъ не опредѣляетъ границы возможныхъ измѣненій обвиненія и смысла понятія «дѣяніе», ограничиваясь замѣчаніемъ, что онъ, распространительно толкуя ст. 30, не имѣетъ однако въ виду перемѣшать въ одномъ процессѣ совершенно разнородныя вещи: перейти, напр., отъ обвиненія въ предумышленномъ убійствѣ къ осужденію за поджогъ; между тѣмъ, если поджогъ указывался обвиненіемъ, какъ средство убійства, а оказалось, что подсудимый не могъ знать о нахожденіи въ сгорѣвшемъ домѣ жертвы, то то же конкретное дѣйствіе, то же дѣяніе, даже понимая его узко, было бы предметомъ приговора. Повидимому, Цакке снова возвращается къ различію не въ матеріальномъ дѣяніи, а въ преступленіи.

[2]) Goldtam. Arch. XVII, 575, 576 стр.

Трибунала по дѣлу Ротъ; послѣдній обвинялся въ обманѣ, выразившемся въ требованіи отъ страховаго общества возмѣщенія убытковъ отъ пожара въ большемъ размѣрѣ, чѣмъ они были понесены въ дѣйствительности; Оберъ-Трибуналъ нашелъ возможнымъ распространить обвиненіе на обнаруженный поджогъ застрахованнаго имущества тѣмъ же лицомъ съ цѣлью получить страховое вознагражденіе, вопреки предыдущей практикѣ и мнѣнію генералъ-прокурора, усматривавшимъ здѣсь два самостоятельныхъ дѣянія, изъ которыхъ страховой обманъ слѣдуетъ уже за окончаніемъ преступленія поджога и которыя не объединяются тожествомъ цѣли. Оберъ-Трибуналъ при этомъ высказалъ: умыселъ подсудимаго съ самаго начала былъ направленъ на поджогъ застрахованнаго имущества и на преувеличенное требованіе убытковъ, а потому все происшедшее представляетъ одинъ случай, развитіе одного и того же дѣянія, и въ дѣлѣ есть идеальная совокупность преступленій. [1]) Дѣяніе понимается на этотъ разъ значительно шире не только «конкретнаго дѣйствія», которое въ первоначальномъ и измѣнившемся обвиненіи не одно и то же, но и матеріально-правового понятія дѣянія, такъ какъ послѣднее признается оконченнымъ при наступленіи результата, указаннаго составомъ преступленія, напр.: при поджогѣ съ цѣлью полученія страхового вознагражденія въ моментъ возникновенія пожара, хотя бы не было еще заявлено требованіе объ уплатѣ страховой суммы; цѣль можетъ явствовать изъ другихъ фактовъ; съ другой стороны, требованіе излишней суммы сравнительно съ дѣйствительно понесеннымъ вредомъ есть самостоятельное дѣяніе, возникающее послѣ пожара и не обусловленное наличностью поджога. Дѣяніе, въ смыслѣ 30 ст. закона 3 мая 1852 г., понимается, какъ случай, какъ весь комплексъ фактовъ, давшій начало уголовному преслѣдованію и извѣстный тогда невполнѣ. О тожествѣ случая, какъ условіи распространенія приговора, говоритъ также рѣш. 22 іюня 1875 г.: уголовный процессъ противъ издателя газеты охватываетъ все его поведеніе относительно инкриминируемой статьи, поэтому начатый, за напечатанье [2]) ея по неосторожности, процессъ можетъ окончиться осужденіемъ за составленіе статьи.

---

[1]) Goldtam. Arch. V, стр. 406—409 (15 января 1857 г.).

[2]) См. Goldt. Arch. XXIII, стр. 597. При сохраненіи тожества разрѣшаются прусской практикой измѣненія чисто фактическія, напр.: мѣста, вре-

Особенностями по сравненію съ французскимъ заявленіемъ прокурора объ оставленіи имъ за собою права дальнѣйшаго преслѣдованія отличается, далѣе, сохраненіе этого права по прусскому законодательству. Здѣсь оно является уже необходимымъ условіемъ новаго обвиненія, которое безъ такого «Vorbehalt» невозможно [1]). Къ тому же новое преслѣдованіе можетъ быть возбуждено только за то преступленіе, право обвиненія въ которомъ оставлено судомъ за прокуроромъ [2]). Судъ составляетъ объ этомъ особое опредѣленіе или постановляетъ объ этомъ въ приговорѣ [3]), и, если не была обжалована эта часть приговора, она вступа-

---

мени, объекта и другихъ подробностей, напр.: когда рѣчь идетъ о растратѣ заложеннаго сюртука вмѣсто присвоенія залоговой квитанціи (рѣш. 14 марта 1856 г., Goldt. Arch., IV, стр. 394, 395) или, когда обвиненіе въ лжесвидѣтельствѣ подъ присягой опирается кромѣ первоначально приведеннаго показанія еще на другое, открывшееся на судебномъ слѣдствіи (рѣш. 22 ноября 1860 г. Goldtam. Arch. IX, 46 и 47). Въ одномъ рѣшеніи Ober-Tribunal призналъ несущественнымъ измѣненіе даты преступнаго дѣянія тогда, когда вслѣдствіе этого утрачивалось тожество случаевъ—инкриминируемаго и положеннаго въ основу приговора: подсудимый обвинялся въ продолжаемомъ преступленіи—растратѣ, при чемъ однако дѣяніе ограничено было дѣйствіями совершенными между 1850 г. и концомъ іюля 1853 г.; присяжные признали его виновнымъ, прибавивъ, что не доказано, произошло ли это въ указанное время (См. Goldtammer въ его Archiv—X, стр. 242). При толкованіи тождественнаго съ прусской 30 ст. §-а 65 (ч. 1) Саксонскаго закона, Schwarze находитъ невозможнымъ распространеніе приговора только на совершенно другое фактическое отношеніе (Sachverhältniss)—Schwarze—l. c. II, Heft 2, стр. 57.

[1]) Приговоръ консумируетъ иначе все дѣяніе; оправданіе отъ одной квалификаціи немыслимо, и, если бы судъ не упомянулъ о другихъ, новое обвиненіе все равно невозможно. Поэтому также обжалованіе подсудимымъ приговора относится ко всему дѣянію, и апелляціонная инстанція въ правѣ придать ему ту квалификацію, которую отвергла 1-я инстанція, признавшая подсудимаго виновнымъ въ другомъ преступленіи, лишь бы не было опредѣлено болѣе строгое наказаніе.—См. рѣш. 28 февр. 1856 г. (Goldt. Arch., IV, 377 стр.), 28 октября 1857 г. (Goldt. Arch., V, 838—839) и 19 ноября 1858 г. (ib. VII, 81).

[2]) Общаго Vorbehalt не можетъ быть (Zacke—33 стр., Oppenhoff—№ 39 къ 30 ст. и № 33 къ 86 ст.).

[3]) Противъ этого Oppenhoff—№№ 38 и 39 къ 86 ст. (всегда нужно особое опредѣленіе, ибо объ этой мѣрѣ рѣшаетъ судъ до вердикта (см. текстъ ниже).

етъ въ законную силу [1]), и въ послѣдующемъ процессѣ нельзя ссылаться на неправильность приговора относительно этого пункта [2]). Въ этомъ новомъ процессѣ не можетъ быть снова предоставлено прокурору право дальнѣйшаго преслѣдованія уже за какое-нибудь иное преступленіе, т. е. за то же дѣяніе въ третьей квалификаціи [3]). Въ этомъ отношеніи интересно рѣшеніе Ober-Tribunal'a, 22 февраля 1856 г.: подсудимый, оправданный въ любострастіи, соединенномъ съ насиліемъ, въ силу «Vorbehalt» въ первомъ процессѣ, былъ привлеченъ къ отвѣтственности снова уже за публичное оскорбленіе стыдливости и опять оправданъ; прокуроръ въ апелляціонной инстанціи хотѣлъ измѣнить квалификацію и просилъ о наказаніи за оскорбленіе чести потерпѣвшей; состоявшійся въ этомъ смыслѣ приговоръ былъ отмѣненъ Оберъ-Трибуналомъ за нарушеніе законной силы перваго приговора, такъ какъ прокурору было предоставлено право преслѣдованія только за публичное оскорбленіе стыдливости [4]). Предметомъ новаго процесса въ силу «Vorbehalt» можетъ быть только дѣяніе, какъ оно выяснилось на судебномъ слѣдствіи, а не какъ оно формулировано въ обвиненіи. Всѣ пункты послѣдняго, даже если бы нѣкоторые изъ нихъ имѣли эвентуальный характеръ, должны быть разрѣшены въ начатомъ процессѣ приговоромъ [5]). О предоставленіи права дальнѣйшаго преслѣдованія должно быть постановлено до провозглашенія правильнаго вердикта, т. е. до того момента, до котораго можетъ быть поставленъ эвентуальный вопросъ. Такого взгляда придерживается Оберъ-Трибуналъ, а также Оппенгоффъ [6]). Въ доказательство ссылаются на то, что упомянутая мѣра (Vorbehalt)

---

[1]) Goldt. Arch. VIII, 90 стр. (рѣш. 9 декабря 1859 г.).

[2]) Oppenhoff—№ 40 къ 86 ст.

[3]) Ibid. № 51 къ 30 ст.

[4]) Goldtam. Arch. IV, 374. Конечно, всѣ фактическіе моменты, необходимые для установленія того преступленія, которое судъ оставилъ для новаго процесса, въ этомъ послѣднемъ могутъ быть снова оцѣнены,—рѣш. 7 іюля 1858 г. (см. Oppenhoff—l. c. № 52 къ 30 ст.).

[5]) Zacke—33 стр., Oppenhoff—№№ 2 и 34 къ 86 ст.

[6]) См. многочисленныя рѣшенія, указываемыя Zacke—стр. 31 и Oppenhoff'омъ (25, 26, 32, 38 №№ къ 86 ст.). Спеціальное постановленіе въ этомъ смыслѣ въ саксонскомъ законѣ 1868 г. (§ 65 ч. 3).

относится къ разрѣшенію вопроса факта, а этотъ вопросъ окончательно разрѣшается вердиктомъ и не можетъ потерпѣть никакого дальнѣйшаго измѣненія. Эта мотивировка очень своеобразна: вѣдь, все назначеніе этой мѣры изъять обсужденіе дѣянія съ какой-либо точки зрѣнія изъ даннаго процесса, и непонятно, какъ ее связываютъ съ содержаніемъ вердикта. Оберъ-Трибуналъ высказывалъ и другой взглядъ и находилъ возможной эту мѣру и послѣ провозглашенія вердикта, такъ какъ иногда только вердиктъ даетъ поводъ къ этому, какъ и къ эвентуальному вопросу. Цакке въ пользу этого взгляда, и правильно считая «Vorbehalt» суррогатомъ эвентуальнаго вопроса, онъ однако находитъ возможнымъ и постановку послѣдняго послѣ отвѣта присяжныхъ на главный вопросъ и основывается на нежелательности оставить присяжнымъ лазейку къ обходу закона—отрицательному отвѣту по главному вопросу для того, чтобы осужденіе послѣдовало по эвентуальному за меньшее преступленіе. Поэтому эвентуальнаго вопроса иногда не ставятъ умышленно, да и приходилось бы ихъ ставить множество, если бы нельзя было поставить ихъ послѣ вердикта [1]). Въ пользу принятія разсматриваемой мѣры до вердикта можно однако сослаться на доводъ, высказанный Бургиньономъ по поводу réserve французскаго права (см. выше, стр. 110, пр. 1) [2]).

Что касается правъ сторонъ и суда при измѣненіи обвиненія, то судъ измѣняетъ его, а въ судѣ присяжныхъ ставитъ эвентуальные вопросы не только по ходатайству сторонъ, но и по собственной иниціативѣ [3]). Отказъ въ постановкѣ вопроса можетъ повлечь отмѣну приговора только тогда, когда опирается на неправильныя юридическія соображенія, т. е. мотивируется юридической безразличностью новыхъ фактовъ, между тѣмъ какъ они юридически важны; но было ли фактическое основаніе для

---

[1]) Zacke—l. c., 15 и 16 стр.

[2]) Vorbehalt, обусловливая право прокурора на новое преслѣдованіе, не возлагаетъ однако на него обязанности возбудить послѣднее непремѣнно, такъ какъ, говоритъ Оппенгоффъ, это противорѣчило бы высказанному въ § 3 устава 1849 г. принципу независимости прокуратуры отъ суда (№ 50 къ ст. 30). Но эта обязанность можетъ вытекать изъ Legalitätsprinzip'a для прокуратуры.

[3]) Oppenhoff—№ 20 къ 86 ст.

постановки вопроса, не подлежитъ кассаціонной повѣркѣ [1]). При этомъ и Оберъ-Трибуналъ и представители науки—Оппенгоффъ и Цакке—не признаютъ за подсудимымъ права требовать постановки эвентуальнаго вопроса; его ходатайство объ этомъ можетъ быть отклонено судомъ безъ мотивовъ и даже совсѣмъ оставлено безъ *вниманія* [2]). Цакке полагаетъ, что единственная цѣль подсудимаго, заявляющаго такое ходатайство, отклонить присяжныхъ отъ безпристрастнаго обсужденія главнаго вопроса. Ст. 86 *я* говоритъ, что эвентуальные вопросы должны быть поставлены, но, въ отличіе отъ вопросовъ объ отягчающихъ и смягчающихъ обстоятельствахъ (*Zusatzfragen*), не угрожаетъ кассаціей за неисполненіе этого, и можно въ рѣшеніяхъ Оберъ-Трибунала встрѣтить уже знакомый намъ изъ французской практики и, вѣроятно, оттуда и заимствованный взглядъ, что судъ разрѣшаетъ, цѣлесообразно ли ставить эвентуальный вопросъ [3]). Здѣсь опять опасенія, что присяжные не выполнятъ долга, и вѣра въ безпристрастіе и тактъ предсѣдателя и суда. Функція ихъ снова расширяется, и это проявляется и въ предоставленіи оцѣнки подготовленности обвиненія и защиты суду, такъ какъ, хотя въ 30-й ст. говорится, что судъ *долженъ* отложить засѣданіе или оставить измѣнившееся обвиненіе для новаго процесса, по заявленію прокурора или подсудимаго, но эта обязанность связывается съ тѣмъ, найдетъ ли *судъ* необходимой лучшую подготовку, при данномъ положеніи дѣла. Съ другой стороны, судъ и самъ въ правѣ постановить объ отсрочкѣ засѣданія или объ оставленіи измѣнившагося обвиненія для отдѣльнаго процесса,

---

[1]) Ib. № 23 къ § 86, Zacke—30 стр. и рѣш. 4 октября 1863 г. (Goldt. Arch. XI, 855).

[2]) Goldtam. Arch. VI, 78 стр. (рѣш. 6 января 1858 г.); Oppenhoff—№ 22 къ 86 ст., Zacke—стр. 30 (§ 12). Предложеніе прокурора о постановкѣ эвентуальнаго вопроса для суда необязательно, поэтому Оппенгоффъ рекомендуетъ (№ 23 къ § 1) уже въ обвинительномъ актѣ устанавливать эвентуальныя точки зрѣнія, такъ какъ отвѣтъ по всему *первоначальному* обвиненію для суда обязателенъ. Обязательно также, чтобы судъ разсмотрѣлъ поправки чисто фактическія (времени, мѣста), предлагаемыя словесно прокуроромъ; онѣ, впрочемъ, вносятся въ главный вопросъ (Zacke—24 стр.). Это различіе Оппенгоффъ оставляетъ безъ объясненій (26 къ § 1).

[3]) Рѣш. 27 *мая* 1853 г. Goldtam. Arch. I, 532 стр. См. еще Stemann въ Goldtam. Arch. II, 178 стр. Ср. однако Oppenhoff—23 къ 86 ст.

даже безъ ходатайства сторонъ [1]). Возможность отсрочки засѣданія вслѣдствіе *измѣнившагося обвиненія и составляетъ* особенность прусскаго права. Такимъ образомъ, въ интересахъ сторонъ принимается важная мѣра. Практика кромѣ того, какъ и во Франціи, считаетъ справедливымъ, чтобы предсѣдатель предупреждалъ подсудимаго о поворотѣ дѣла, измѣненіи первоначальнаго предмета процесса [2]).

Таковы основныя черты прусскаго законодательства. Дальнѣйшее развитіе его идей заключалось въ бо́льшей разработкѣ понятія «дѣянія», какъ предмета процесса, и въ лучшемъ опредѣленіи правъ сторонъ и въ особенности защиты при измѣненіи обвиненія. Таковъ именно характеръ постановленій уголовно-процессуальныхъ кодексовъ Германіи и Австріи и положеній, выработанныхъ судебною практикой этихъ государствъ на почвѣ этихъ законовъ [3]).

---

[1]) Oppenhoff—№ 43 и 48 къ 86 ст. Онъ указываетъ, что мотивы закона не придавали словамъ: «по предложенію прокурора или просьбѣ обвиняемаго»—значенія условія, ограничивающаго права суда. Такъ и Zacke—стр. 32—приводящій рѣшенія Оберъ-Трибунала. Въ одномъ случаѣ послѣдній, впрочемъ, высказалъ противоположный взглядъ.

[2]) Ibid. 28 къ 30 ст. Бо́льшая роль отводится сторонамъ упоминавшимся уже саксонскимъ закономъ, § 65 ч. 4 опредѣляетъ: «Отсрочка засѣданія, какъ и продолженіе его и соотвѣтственно съ этимъ постановка вопросовъ («особыхъ») предполагаетъ *согласіе прокурора и обвиняемаго*». При отсутствіи согласія, оставляется право новаго преслѣдованія. При отсрочкѣ дается закономъ опредѣленное время (§ 65 ч. 5 и Strafprozessordnung ст. 313 abs. 2).

[3]) Еще до изданія обще-имперскаго кодекса угол. суд. для Германіи, шагъ впередъ по сравненію съ закономъ 3 мая 1852 г. былъ сдѣланъ прус. скимъ уставомъ угол. суд. 25 іюня 1867 г., § 4 котораго, употребляетъ, вмѣсто неточныхъ выраженій 30 ст., выраженіе «дѣяніе (That) въ его дѣйствительномъ, раскрытомъ судебнымъ слѣдствіемъ видѣ, хотя бы послѣдній образовался изъ фактовъ, которые приводились прокуроромъ въ другой связи или совсѣмъ не приводились»; предметомъ процесса дѣлается «событіе (Vorgang) или комплексъ ихъ, которыя служили исторической подкладкой изложенія фактовъ въ обвиненіи».—См. Ebmeier—Die Preussische Strafprozessordnung v. 25 Juni 1867. Berlin. 1872 г. стр. 36. (4 къ § 4). Такъ рѣш. 7 іюля 1875 г.—обида можетъ быть усмотрѣна въ другомъ не приведенномъ обвиненіемъ выраженіи, если изъ обстоятельствъ дѣла видно, что случай тотъ же (Vorgang) (См. Goldt. Arch. XXIII, стр. 463). См. еще рѣш. 7 марта 1874 г. (Goldt. Arch. XXII, 443 стр.): тожество случая, несмотря на то, что обида относилась къ другому лицу.

ГЛАВА V.

Германское право.

Опредѣленіе объ открытіи судебнаго слѣдствія и обвинительный актъ. Отношеніе приговора къ обвиненію, по уставу угол. суд. 1-го февраля 1877 г.: дѣяніе, какъ предметъ слѣдствія и приговора; мотивы закона; общее условіе допустимыхъ измѣненій обвиненія—сохраненіе тожества дѣянія. Понятіе: «тожество дѣянія» въ германской судебной практикѣ и процессуальной литературѣ; реальная совокупность, какъ граница, до которой сохраняется тожество. Случаи юридическаго единства. Вліяніе измѣненія обвиненія на содержаніе принципа: «ne bis in idem». Значеніе юридическихъ и фактическихъ препятствій измѣненію обвиненія. Условія, съ которыми связывается въ германскомъ правѣ измѣненіе обвиненія: предупрежденіе подсудимаго и отсрочка разбирательства. Значеніе этихъ мѣръ въ судебной практикѣ. Условія распространенія приговора на другое вновь обнаруженное дѣяніе. Измѣненіе обвиненія въ судѣ присяжныхъ. Измѣненіе обвиненія при заочномъ разбирательствѣ

---

§ 151 Strafprozessordnung für das Deutsche Reich обусловливаетъ начало судебнаго слѣдствія, распадающагося на предварительное и главное, возбужденіемъ уголовнаго иска, которое по общему правилу возлагается на прокурора (§ 152), и въ § 153 провозглашается общій принципъ, что «слѣдствіе и рѣшеніе распространяется только на обозначенное въ искѣ (обвиненіи) дѣяніе (That) и на обвиняемыхъ тамъ лицъ. Въ этихъ предѣлахъ суды управомочены на самостоятельную дѣятельность и обязаны къ ней; въ особенности они не связаны сдѣланными предложеніями прокурора при примѣненіи уголовнаго закона». Возбужденіе уголовнаго иска можетъ послѣдовать въ формѣ предложенія приступить къ предварительному слѣдствію, по заключеніи котораго прокуроръ направляетъ дѣло въ судъ съ обвинительнымъ актомъ (если онъ не предлагаетъ прекратить пре-

слѣдованіе), или же въ формѣ непосредственнаго представленія суду обвинительнаго акта, безъ производства предварительнаго слѣдствія, на основаніи дознанія (§ 168, §§ 196, 197); судъ въ распорядительномъ засѣданіи, найдя обвиняемаго «достаточно заподозрѣннымъ», постановляетъ опредѣленіе объ открытіи главнаго, по русской терминологіи судебнаго, слѣдствія и о направленіи дѣла къ компетентному суду (§§ 201 и 205). Въ шеффенгерихтѣ судебное засѣданіе можетъ быть открыто безъ обвинительнаго акта и указаннаго постановленія судебной власти, замѣняющаго преданіе суду (это такъ называем. Eröffnungsbeschluss), если обвиняемый явился къ суду добровольно, или приведенъ въ судъ, на основаніи предварительнаго задержанія, или обвиняется только въ нарушеніи (Uebertretung) (§ 211). «Существенное содержаніе обвиненія въ случаяхъ добровольной явки или привода должно быть занесено въ протоколъ засѣданія, въ другихъ же случаяхъ приведено въ повѣсткѣ обвиняемому» (§ 211).

Кромѣ этого исключенія, обвиненіе формулируется въ обвинительномъ актѣ и затѣмъ въ опредѣленіи объ открытіи судебнаго слѣдствія, но, въ отличіе отъ французскаго порядка, обвинительный актъ предшествуетъ этому опредѣленію. Въ судебномъ засѣданіи читается только послѣднее (§ 242), представляющее только резюме обвиненія и служащее основой слѣдствія и приговора. Обвинительный же актъ имѣетъ своей задачей опредѣлить предметъ иска для того, чтобы могло послѣдовать упомянутое опредѣленіе суда (Eröffnungsbeschluss), служить въ засѣданіи путеводною нитью при разработкѣ доказательствъ и дать указаніе защитѣ, противъ чего она должна направить свои усилія [1]).

---

[1]) Löwe Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich mit Kommentar Berlin. 1904 г. (издан. 11-е обработанное Hellweg'омъ) n. 2 къ 198 §. Iohn—Strafprocessordnung f. d. Deut. Reich. Erlangen. 1888 г. II т. § 198 Bem. I—находитъ обвинительный актъ совсѣмъ излишнимъ, такъ какъ основой судебнаго слѣдствія служитъ Eröffnungsbechluss и такъ какъ обвинительный актъ не имѣетъ значенія и для подготовки защиты, особенно въ дѣлахъ, гдѣ производилось предварительное слѣдствіе: обвиняемый знакомится съ данными предварительнаго производства при допросѣ или изъ постановленія о взятіи подъ стражу; въ важныхъ дѣлахъ есть необходимая формальная защита, и защитникъ знакомится съ дѣломъ по всѣмъ актамъ предварительнаго производства.

Соотвѣтственно съ этимъ, содержаніе этихъ процессуальныхъ документовъ неодинаковое: согласно § 205, въ опредѣленіи объ открытіи судебнаго слѣдствія должно быть означено приписываемое подсудимому дѣяніе (That), съ приведеніемъ его законныхъ признаковъ и подлежащаго примѣненію уголовнаго закона, а также судъ, предъ которымъ будетъ происходить разбирательство дѣла, а въ обвинительномъ актѣ (§ 198) должны быть приведены сверхъ того средства доказательства, которыми намѣренъ воспользоваться прокуроръ и которыми онъ, впрочемъ, въ засѣданіи не ограниченъ (§§ 221 ч. 2 и 245), и, если дѣло слушается въ имперскомъ судѣ (Reichsgericht), судѣ пресныхъ или окружномъ (Landgericht), существенныя данныя произведеннаго дознанія.

Предметъ обвиненія опредѣляется однако не всѣмъ содержаніемъ обвинительнаго акта, а только его заключительной формулой, и, если бы въ исторической части этого акта были приведены другія самостоятельныя дѣянія того же подсудимаго, напримѣръ, какъ улика, они не объемлются обвиненіемъ: такъ, если упоминается, что у обвиняемаго въ тѣлесномъ поврежденіи видѣли запрещенное оружіе [1]). Что касается степени конкретизаціи обвинительной формулы, то § 198 и § 205 St. P. O. одинаково требуютъ обозначенія дѣянія съ приведеніемъ законныхъ признаковъ, но нужно ли сопоставленіе послѣднихъ съ конкретными обстоятельствами, въ которыхъ они нашли себѣ выраженіе, т. е. такъ называемая спеціализація? Нѣкоторые возлагаютъ на обвинительную формулу опредѣленія объ открытіи главнаго слѣдствія задачу замѣнить обвинительный актъ, который въ судебномъ засѣданіи не читается; это опредѣленіе, по мнѣнію Леве [2]), «должно лицамъ принимающимъ участіе въ засѣданіи и призваннымъ къ рѣшенію дѣла, а также самому подсудимому, дать картину дѣянія», составляющаго предметъ слѣдствія и рѣшенія, поэтому должны быть приведены въ этомъ опредѣленіи, состоящемъ изъ одной обвинительной формулы (безъ исторической части), и конкретныя обстоятельства, соотвѣтствующія законнымъ признакамъ преступленія, а также

---

[1]) Löwe—4 къ § 198.

[2]) l. c. 2 къ § 205.

мѣсто и время его совершенія; Гейеръ и Шварце [1]) полагаютъ, что эта спеціализація должна идти даже дальше той спеціализаціи, которую нѣкоторые находятъ необходимой при постановкѣ вопросовъ присяжнымъ засѣдателямъ въ цѣляхъ контроля за правильностью субсумціи [2]), такъ какъ приведеніе конкретныхъ обстоятельствъ обвинительной формулой необходимо для подготовки защиты подсуднаго. Такой взглядъ высказанъ и имперскимъ судомъ въ рѣшеніяхъ 8 октября 1883 г. [3]) и 8 марта 1881 г. [4]), хотя и не вполнѣ опредѣленно: съ одной стороны, требуется спеціализація въ интересахъ защиты, съ другой—не признается необходимымъ конкретное изображеніе каждаго изъ законныхъ признаковъ, и въ концѣ концовъ оказывается нужной такая конкретизація, чтобы не оставалось сомнѣнія въ томъ, какое дѣяніе составляетъ предметъ разрѣшенія. Это, конечно, quaestio facti, и такое приведеніе конкретныхъ данныхъ составляетъ не спеціализацію, а индивидуализацію дѣянія, которая признается необходимой всѣми и для которой обозначеніе конкретныхъ обстоятельствъ, осуществляющихъ въ данномъ случаѣ законные признаки, потребуется не всегда и не всегда въ одинаковой мѣрѣ [5]). Для постановленія обвинительнаго вердикта или приговора важно, вообще осуществился ли извѣстный признакъ состава, а не, какъ онъ осуществился. Послѣднее имѣетъ значеніе только для подготовки защиты, но эти свѣдѣнья подсудимый можетъ почерпнуть изъ другихъ процессуальныхъ

---

[1]) Geyer—Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprocessrechts Leipzig. 1880 г. 652 стр. Schwarze—Commentar zu der Deutschen Strafprocessordnung. Leipzig. 1878 г. 364 стр.

[2]) По германскому праву, и въ вопросахъ присяжнымъ не требуется такой спеціализаціи, а лишь приведеніе конкретныхъ фактовъ въ мѣрѣ, необходимой для отграниченія даннаго дѣянія отъ другихъ такихъ же (Individualisierung, Identifizierung). Löwe—13а къ 293 §.

[3]) Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen, V т., стр. 583.

[4]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, т. III, стр. 406, особ. 408 стр.

[5]) См. Iohn—ор с. II, 596 стр. Рѣш. 8 окт. 1883, болѣе категоричное чѣмъ 8 марта 1881 г., говоря о необходимости спеціализаціи, все-таки прибавляетъ: «особенно, когда, какъ при § 360, z. 11 Strafgesetzbuch (нарушеніе обществен. тишины), законные признаки могутъ быть найдены въ самыхъ разнообразныхъ способахъ совершенія».

актовъ: напримѣръ, обвинительнаго акта [1]). Обвинительная формула составляетъ, какъ указываетъ Глазеръ, проектъ будущей формулы приговора, и на Eröffnungsbeschluss нельзя возлагать задачу служить замѣной обвинительнаго акта и выполнять его функцію, именно поэтому обвинительный актъ составляется, согласно § 206 St. P. O., и въ томъ случаѣ, когда судъ даетъ дѣлу ходъ, вопреки заключенію прокурора о прекращеніи преслѣдованія [2]). Имперскій судъ и самъ не считаетъ существеннымъ недостаткъ конкретныхъ данныхъ въ опредѣленіи объ открытіи главнаго слѣдствія, такъ какъ онъ можетъ быть исправленъ во время послѣдняго, и, если это отразится на защитѣ, она имѣетъ право просить объ отсрочкѣ засѣданія и представить новыя доказательства, и только отклоненіе такихъ ходатайствъ можетъ дать основаніе для ревизіонной жалобы, но не неопредѣленность или неточность обвинительной формулы упомянутаго опредѣленія сама по себѣ [3]). И дѣйствительно, важно только, чтобы измѣненіе фактической стороны дѣянія не было связано съ нарушеніемъ тожества его и, чѣмъ въ болѣе широкихъ предѣлахъ допускаются измѣненія, тѣмъ меньше значенія имѣетъ точность и полнота конкретизаціи обвинительной формулы: все равно отъ той обрисовки, которое получило дѣяніе здѣсь, можно перейти къ другой, лишь бы въ результатѣ этого предметомъ изслѣдованія не сдѣлалось другое дѣяніе, и точность утвержденій обвинительной формулы можетъ быть полезна только потому, что измѣненіе или дополненіе ея должны вызвать принятіе мѣръ, указанныхъ закономъ и могущихъ замедлить разрѣшеніе дѣла. Съ этой точки зрѣнія могутъ быть полезны и эвентуальные пункты обвиненія, поскольку они допустимы закономъ, поскольку, напримѣръ, такіе пункты могутъ войти въ опредѣленіе объ открытіи главнаго слѣдствія [4]). Такимъ образомъ, центръ тяжести лежитъ не въ формулировкѣ, которую получаетъ обвиненіе въ моментъ передачи его суду существа, а въ тѣхъ из-

---

[1]) Glaser – Handbuch des Strafprocesses. Leipzig. 1885 г. II т., стр. 465, 466, 473 – 475.

[2]) Въ этомъ случаѣ обвинительный актъ не предшествуетъ упомянутому въ текстѣ опредѣленію, а слѣдуетъ за нимъ.

[3]) Rechtspr. V, 585 стр.

[4]) Glaser – Handb. II, 471, 472 и пр. 25 и 474 стр.

мѣненіяхъ, которыя разрѣшаются германскимъ законодательствомъ послѣ этого момента до постановленія приговора. Эти измѣненія нормированы §§ 263—265 и §§ 293—296 St. P. O., которые гласятъ:

§ 263. Предметъ приговора составляетъ указанное обвиненіемъ дѣяніе (That), какъ оно представляется, согласно даннымъ (Ergebnisse) главнаго слѣдствія.

Судъ не связанъ тѣмъ взглядомъ на дѣяніе, который положенъ въ основу опредѣленія объ открытіи главнаго (судебнаго) слѣдствія.

§ 264. Осужденіе подсудимаго на основаніи иного уголовнаго закона, чѣмъ приведенный въ опредѣленіи объ открытіи судебнаго слѣдствія, не можетъ послѣдовать безъ особаго предварительнаго предупрежденія подсудимаго объ измѣнившейся юридической точкѣ зрѣнія и безъ предоставленія ему возможности защиты.

Такъ же надлежитъ поступать, если впервые на судебномъ слѣдствіи будетъ сдѣлано утвержденіе о такихъ особо предусмотрѣнныхъ уголовнымъ закономъ обстоятельствахъ, которыя возвышаютъ наказуемость.

Если подсудимый, утверждая, что онъ недостаточно подготовленъ къ защитѣ, оспариваетъ вновь обнаружившіяся обстоятельства, которыя допускаютъ примѣненіе къ нему болѣе строгаго уголовнаго закона, чѣмъ приведенный въ опредѣленіи объ открытіи главнаго слѣдствія, или которыя принадлежатъ къ означеннымъ во второй части этого § а, то по ходатайству подсудимаго судебное засѣданіе должно быть отложено.

И въ другихъ случаяхъ судъ, по заявленному ходатайству или по собственной иниціативѣ, долженъ отложить засѣданіе, если, вслѣдствіе измѣнившагося положенія дѣла, это окажется нужнымъ (angemessen) для достаточной подготовки обвиненія или защиты.

Постановленіе 3-й части этого параграфа не примѣняется къ судебнымъ засѣданіямъ, во второй части § 244-го означеннымъ.

§ 265. Если на подсудимаго во время судебнаго засѣданія возводится («wird der Angeklagte... beschuldigt») еще другое дѣяніе, чѣмъ то, по поводу котораго начато противъ него главное слѣдствіе, то это дѣяніе можетъ составить предметъ того же рѣ-

шенія (Aburtheiburg), по предложенію прокурора и съ согласія подсудимаго.

Это постановленіе не примѣняется, если дѣяніе представляется преступленіемъ (Verbrechen) или если рѣшеніе о немъ выходитъ за предѣлы вѣдомства суда.

§ 293. Главный вопросъ (присяжнымъ) начинается словами: «Виновенъ ли подсудимый?» Вопросъ долженъ обозначить дѣяніе, поставляемое въ вину подсудимому, по его законнымъ признакамъ и съ приведеніемъ нужныхъ для ихъ распознаванія (Unterscheidung) обстоятельствъ.

§ 294. Если судебное слѣдствіе обнаружило обстоятельства, въ силу которыхъ является возможность отступающаго отъ опредѣленія объ открытіи главнаго слѣдствія взгляда (Beurtheilung) на поставляемое въ вину подсудимому дѣяніе, то объ этомъ долженъ быть поставленъ вспомогательный вопросъ (Hülfsfrage).

Онъ долженъ предшествовать вопросу, соотвѣтствующему упомянутому опредѣленію, если отступающій взглядъ обосновываетъ возвышенную наказуемость.

§ 295 ч. I. О такихъ особо предусмотрѣнныхъ уголовнымъ закономъ обстоятельствахъ, которыя уменьшаютъ или возвышаютъ наказуемость, должны быть, въ подлежащихъ случаяхъ (geeignetenfalls) поставлены особые вопросы (дополнительные—Nebenfragen).

§ 296. Если заявлено ходатайство о постановкѣ вспомогательнаго или дополнительнаго вопроса, то оно можетъ быть отклонено только по юридическимъ основаніямъ.

Мотивы [1]) закона (§ 263=§ 223 проекта) поясняютъ, почему имъ *принята изложенная* сейчасъ система, отличающаяся отъ тѣхъ, которыя приняты были партикулярными германскими законодательствами и даже отъ наиболѣе близкой прусской системы. Мотивы указываютъ на необходимость консумціи приговоромъ обвиненія и на невозможность перенести центръ тяжести процесса изъ устнаго главнаго слѣдствія въ стадію письменнаго предварительнаго производства для того, чтобы затѣмъ силу приговора ограничить только тѣмъ обвиненіемъ, какимъ оно оказалось въ моментъ его предъявленія суду. Что

---

[1]) Hahn. Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, т. III, стр. 207, 208.

касается предоставленія прокурору права новаго преслѣдованія оправданнаго за то же, только модифицированное дѣяніе, т. е. системы «Vorbehalt», то она признается въ нѣкоторыхъ случаяхъ прямо немыслимой, напримѣръ: при отдѣльномъ обвиненіи въ отягчающихъ обстоятельствахъ, обнаруженныхъ въ первомъ процессѣ, такъ какъ пришлось бы дробить одно преступленіе на части, въ другихъ же случаяхъ—часто способной вызвать «неразрѣшимый конфликтъ», если судья, который долженъ рѣшать о новомъ обвиненіи не раздѣляетъ взгляда, положеннаго въ основу прежняго приговора, и признаетъ въ дѣяніи подсудимаго наличность именно того преступленія, которое отвергнуто судомъ въ предшествовавшемъ процессѣ, ибо осудить за это преступленіе второй судья не можетъ, иначе право новаго преслѣдованія совершенно подорвало бы принципъ законной силы приговора. Предъявленіе же новаго обвиненія, при обнаруженіи новыхъ обстоятельствъ, съ пріостановкой первоначальнаго, по Брауншвейгской системѣ (см. выше, стр. 150), излишне, такъ какъ значеніе такого обвиненія исчерпывается только тѣмъ, что вновь открывшіяся обстоятельства формулируются *письменно*. Мотивы высказываются также противъ направленія дѣла, при измѣнившихся при главномъ слѣдствіи обстоятельствахъ, въ обвинительную камеру: послѣдняя судила бы, постановляя, свое опредѣленіе (Eröffnungsbeschluss), о результатахъ устнаго производства на основаніи актовъ, а это могло бы повлечь неправильные выводы, такъ какъ даже при одномъ и томъ же положеніи дѣла часто высказываются различные взгляды, въ зависимости отъ того, основываются ли они на разсмотрѣніи актовъ, или же на устномъ разбирательствѣ». Эта мотивировка § 263 не вызвала возраженій въ рейхстагѣ, и онъ былъ принятъ безъ преній [1]).

Итакъ предметъ процесса и приговора составляетъ дѣяніе, указанное обвиненіемъ, при чемъ въ мотивахъ разъясняется, что подъ дѣяніемъ слѣдуетъ разумѣть событіе (Vorgang), и практика райхсгерихта усвоила это пониманіе § 263, но, прежде чѣмъ перейти къ ея обозрѣнію, необходимо остановиться еще на одномъ вопросѣ. 1 ч. 263-го параграфа говоритъ о дѣяніи указанномъ *обвиненіемъ*, спрашивается, слѣдуетъ ли это слово

---

[1]) Hahn—l. c., стр. 877.

понимать въ точномъ смыслѣ, или же «обвиненіе» сказано, по недосмотру, вмѣсто:«опредѣленіе объ открытіи главнаго слѣдствія», тѣмъ болѣе, что о послѣднемъ говорится во 2-й части того же 263 §? Это опредѣленіе иногда можетъ не совпасть съ заключительнымъ пунктомъ, обвинительной формулой обвинительнаго акта уже потому, что уголовная камера, прежде чѣмъ постановить объ открытіи главнаго слѣдствія, можетъ по собственному почину, или же по просьбѣ обвиняемаго предпринять дополненіе собраннаго въ предварительной стадіи матеріала, на которомъ основывается обвинительный актъ (§§ 199 и 200 St. P. O), и такимъ образомъ характеръ обвиненія можетъ измѣниться между моментами составленія обвинительнаго акта и постановленіемъ уголовной камерой своего опредѣленія [1]). Такъ какъ судъ существа можетъ постановить рѣшеніе о дѣяніи подсудимаго, какой бы характеръ оно ни пріобрѣло, лишь бы оно осталось тѣмъ же, то затрудненіе возникаетъ только въ случаѣ, если опредѣленіе объ открытіи главнаго слѣдствія и обвинительный актъ говорятъ не объ одномъ и томъ же дѣяніи [2]).

Большинство германскихъ процессуалистовъ полагаетъ [3]), что въ § 263 рѣчь идетъ объ Eröffnungsbeschluss, при этомъ однако Глазеръ дѣлаетъ оговорку, что судъ существа можетъ быть вынужденъ исправить это опредѣленіе, если оно распространено на дѣяніе, которое не составляло предмета обвиненія [4]).

---

[1]) См. Kries. Lehrbuch des Deutschen Strafprocessrechts. Freiburg. 1892 г., стр. 566.

[2]) Въ случаяхъ неполноты или неточности этого опредѣленія, оно можетъ быть восполнено и истолковано на основаніи обвинительнаго акта (такъ привед. выше рѣш. 8 марта 1881 г. и 8 октяб. 1883 г.). Не допускается толкованіе, основанное на актахъ предшествующаго производства, наприм., дознанія (рѣш. 27 окт. 1899 г. Entscheid. d. Reichsgerichts in Strafsach., XXXII, 320 стр.). Противъ толкованія опредѣленія уголовной камеры при помощи обвин. акта высказывается Iohn (II, 582 и слѣд.), опасаясь, что, благодаря этому, предметомъ процесса можетъ быть сдѣлано дѣяніе, котораго не имѣла въ виду обвинительная камера.

[3]) Löwe—№№ 1 и 2 къ § 263, Iohn —op. c. II, 249, 250 стр. Bennecke. Lehrbuch d. Deut. Reichsstrafprocessrechts. Freiburg. 1892 г., стр. 560. Beling въ Lehrbuch d. Deut. Reichsstrafprocessrechts von Bennecke und Beling. Breslau. 1900 г., стр 531.

[4]) Glaser —Handbuch, II, стр. 555. См. также Bennecke —op. c. пр. 2 на 502 стр. Напротивъ, судъ существа не въ правѣ рѣшать о дѣяніи, не вошедшемъ въ Eröffnungsbeschluss, хотя бы оно упоминалось въ обвинительномъ актѣ.

Напротивъ, Кризъ и Ульманъ того мнѣнія, что законъ намѣренно употребилъ слово: «обвиненіе», такъ какъ § 263 относится и къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ дѣло слушается безъ опредѣленія объ открытіи главнаго слѣдствія. При такомъ пониманіи, не приходится къ тому же прибѣгать къ ограниченію, которое дѣлаетъ Глазеръ и которое подрываетъ его основную точку зрѣнія его: невозможность для суда постановить рѣшеніе о дѣяніи, которое вошло въ это опредѣленіе, но не составляло предмета уголовнаго иска, тогда понятна сама собою, вытекаетъ прямо изъ текста закона. Если опредѣленіе имѣетъ этотъ недостатокъ, онъ не можетъ быть исправленъ посредствомъ особой отдѣльной жалобы и, хотя составляетъ нарушеніе § 153 St. P. O (см. выше), онъ оставался бы безъ вліянія на дѣло, между тѣмъ какъ, при буквальномъ пониманіи § 263-го, есть возможность обжалованія приговора въ ревизіонномъ порядкѣ, какъ послѣдовавшаго за другое дѣяніе [1]). Наконецъ, по мнѣнію Іона, опредѣленіе объ открытіи главнаго слѣдствія, оставляющее сомнѣніе о тожествѣ обозначеннаго въ немъ дѣянія съ указаннымъ въ обвинительномъ актѣ, а, по мнѣнію Белинга, также опредѣленіе, распространенное еще на какое-либо дѣяніе кромѣ указаннаго въ обвиненіи или не охватывающее всѣхъ дѣяній, составляющихъ предметъ послѣдняго, представляется недѣйствительнымъ, и потому судъ не можетъ приступить къ главному слѣдствію, такъ какъ нѣтъ одного изъ условій процессуальнаго отношенія [2]) Въ практикѣ имперскаго суда по этому вопросу замѣчается колебаніе: прежде онъ считалъ обязательнымъ для суда начать главное слѣдствіе, хотя бы Eröffnungsbeschluss относился къ другому дѣянію, чѣмъ обвиненіе, но затѣмъ сталъ на точку зрѣнія Іона [3]).

Во всякомъ случаѣ предметомъ рѣшенія не можетъ быть дѣяніе иное, чѣмъ то, по поводу котораго возбуждено обвиненіе. Посмотримъ, когда же тожество признается германской практикой ненарушеннымъ?

---

[1]) Kries—op. c., стр. 566, 567, Ullmann—Lehrbuch d. Deut. Strafprocessrechts München. 1893 г., стр. 490, пр. 3.

[2]) John—op. c. II, 587, 588 стр. Beling—op. c., стр. 517, также прежде Kries въ Zeitschr. Листа, V, 33

[3]) См. рѣш. 10 ноября 1884 г. (Entscheid. XI, 253) и 16 мая 1895 г. (Entsch. XXVII, 233) и Löwe—5a къ 242 §.

Не вызываютъ сомнѣнія такіе случаи, какъ превращеніе на судебномъ (главномъ) слѣдствіи дѣянія подсудимаго изъ кражи въ растрату [1]), изъ растраты въ мошенничество (Betrug) [2]), изъ оконченнаго преступленія въ покушеніе [3]), изъ главнаго виновничества (Thäterschaft) въ подстрекательство [4]), изъ пособничества въ виновничество [5]). Здѣсь дѣяніе остается тѣмъ же.

Но имперскій судъ идетъ дальше этого и признаетъ тождество ненарушеннымъ и при переходѣ отъ простого укрывательства (Begünstigung) преступниковъ и плодовъ преступленія или укрывательства, совершеннаго въ собственномъ интересѣ (Hehlerei), къ кражѣ и обратно. Измѣненіе обвиненія, говорится въ рѣшеніи 19-го декабря 1881 г. [6]), допустимо до тѣхъ поръ, пока еще есть на лицо конкретное событіе (Vorgang), составляющее предметъ опредѣленія объ открытіи главнаго слѣдствія. Тѣмъ же можетъ остаться конкретное событіе и тогда, когда въ результатѣ главнаго слѣдствія время или мѣсто дѣянія или отдѣльныя подробности выполненія представляются иначе, чѣмъ указано въ обвиненіи, а также, когда направленіе воли подсудимаго или внѣшняя форма его участія оказываются иными. Поэтому обвинительный приговоръ могъ послѣдовать и за принятіе подсудимымъ къ себѣ похищенныхъ вещей, хотя бы оно было совершено и не путемъ непосредственнаго взятія ихъ изъ владѣнія потерпѣвшаго. Райхсгерихтъ нашелъ однако слишкомъ неопредѣленной и широкой мотивировку суда, что «выраженіе «That» § 263 St. P. O. объемлетъ не только все поведеніе подсудимаго при поставляемомъ ему въ вину дѣяніи, но и всѣ *тѣ фактическіе моменты*, которые представлены противъ подсудимаго *въ доказательство* его вины»; такимъ образомъ, нахожденіе у подсудимаго похищенныхъ вещей, которое для обвиненія въ кражѣ было одной изъ уликъ и для состава ея было безраз-

---

[1]) Рѣш. 10 марта 1885 г. (Entsch. XII, 88).

[2]) Рѣш. 10 янв. 1884 г. (Entsch. IX, 420).

[3]) Рѣш. 18 сент. 1883 г. (Rechtsspr. V, 536).

[4]) Рѣш. 8 дек. 1880 г. (Entsch. III, 95) и 19 марта 1883 г. (Rechtspr. V, 190: отъ совиновничества (Mitthäterschaft) къ подстрекат.).

[5]) Рѣш. 27 окт. 1884 г. (Rechtspr. VI, 654).

[6]) Рѣш. 19 дек. 1881 г. (Rechtspr. III, 811). Binding (Grundriss d. Deut. Strafproc. 1904 г § 102) находитъ, что имперскій судъ зашелъ здѣсь пожалуй слишкомъ далеко.

лично, по мнѣнію суда, составляло все-таки одинъ изъ моментовъ того же событія, а потому и предметъ того же обвиненія и рѣшенія [1]). «Не одно и то же конкретное дѣйствіе (Thun), говоритъ райхсгерихтъ въ другомъ рѣшеніи [2]), обусловливаетъ тожество дѣянія и границы приговора, существенно скорѣе только преступное участіе (Betheiligung, а не Theilnahme) въ томъ же событіи». «Могутъ [3]) къ описанному въ обвиненіи событію присоединиться болѣе ранніе или болѣе поздніе факты, но событіе не измѣнится»; такъ: если при обвиненіи въ кражѣ обнаружится опасная угроза, предшествовавшая похищенію, подсудимый можетъ быть осужденъ за разбой. Тожество сохраняется и при переходѣ отъ совиновничества къ подстрекательству или интеллектуальному пособничеству, несмотря, на различіе въ способахъ дѣйствія и во времени, «ибо то обстоятельство, что все образующее предметъ обвиненія дѣяніе произошло раньше или позже, чѣмъ предполагалось обвиненіемъ, само по себѣ не разрушаетъ тожества, если въ остальномъ обвиненіе и приговоръ относятся къ тому же внѣшнему конкретному событію». Послѣднее разъясненіе дано по такому поводу: А. обвинялась въ кражѣ оловянныхъ формъ, а К. въ томъ, что зная, что онѣ украдены,

---

[1]) Въ этомъ отношеніи интересно также рѣш. 22/29 апрѣля 1884 г. (Rechtspr. VI, 289): обвинительный актъ о контрабандномъ водвореніи овецъ, совершенномъ въ ночь съ 8 на 9 сент. 1882 г., въ доказательство этого проступка привелъ, что 10 сентября 1882 г. подсудимый пытался пригнать овецъ къ сосѣднему стаду при подозрительныхъ обстоятельствахъ и безъ удостовѣренія на право ихъ водворенія. Имперскій судъ призналъ, что «судъ существа въ правѣ былъ найти признаки проступка, заводимаго на обвиняемаго въ обстоятельствахъ, приведенныхъ обвиненіемъ, какъ доказательство, если они находятся въ границахъ конкретнаго происшествія, образующаго предметъ обвиненія; судья могъ уже въ событіи 10 сент. 1882 г. усмотрѣть признаки нарушенія § 136 № 5d Vereinzollgesetz 1 іюля 1869 г., т. е. провоза запрещенныхъ предметовъ. Дѣяніе осталось тѣмъ же, именно: совершеннымъ подсудимымъ въ началѣ сентября 1882 г. вопреки таможенному запрету ввозомъ 48 овецъ, задержанныхъ 10 того же мѣсяца. Тожество сохранилось бы, если бы и ввозъ произошелъ также 10 сентября». Тожество случая вытекало не изъ тожества времени, а изъ тожества контрабандныхъ предметовъ: обвиненіе и приговоръ говорятъ объ однихъ и тѣхъ же овцахъ.

[2]) Рѣш. 17 мая 1882 г. (Rechtsprechung IV, 493).

[3]) Рѣш. 24 іюня 1882 г. (Rechtsprechung IV, 611, особ. 613—615).

скрыла ихъ у себя, продала затѣмъ торговкѣ, а выручку употребила въ свою пользу. Въ судебномъ засѣданіи К. заявила, что украла формы она, и А. это подтвердила. А. была оправдана по обвиненію въ кражѣ, К.—по обвиненію въ укрывательствѣ, что же касается кражи, совершенной К., то, по мнѣнію суда, эта кража не могла быть предметомъ даннаго слѣдствія и приговора, такъ какъ составляла другое дѣяніе. Имперскій судъ отмѣнилъ приговоръ и кромѣ приведеннаго выше общаго положенія разъяснилъ еще, что дѣяніе К. имѣло тотъ же объектъ (то же право) и перпетуировало, согласно обвиненію, противоправное состояніе; къ тому же «изъятіе формъ изъ чужого владѣнія не было поставлено въ приговорѣ на мѣсто возведенной на К. обвинителемъ передачи неправомѣрнаго владѣнія торговкѣ, такъ чтобы не послѣднее, а только первое было установлено противъ подсудимой К.», напротивъ, слѣдствіе обнаружило, что она, дѣйствительно, передала владѣніе формами 3 ему лицу, но что кромѣ того *она сама пріобрѣла это владѣніе путемъ похищенія*. Подтвердилось слѣдовательно нѣсколько больше, чѣмъ утверждало обвиненіе: къ дѣянію подсудимой присоединилось похищеніе формъ до продажи ихъ. Имперскій судъ разрѣшаетъ этотъ случай по аналогіи съ случаемъ перехода отъ присвоенія въ кражѣ, когда также къ обращенію чужой вещи въ свою собственность присоединяется новое обстоятельство—предшествующее похищеніе. Есть наконецъ и указаніе на близость укрывательства и соучастія [1]). Іонъ, а также Мефесъ находятъ, что, допуская распространеніе приговора на укрывательство вещей, при обвиненіи въ кражѣ этихъ вещей и обратно, райхсгерихтъ дошелъ до крайнихъ предѣловъ возможнаго; Іонъ полагаетъ, что во всякомъ случаѣ нельзя обобщить положеніе, принятое практикой для укрывательства вещей (§ 259 St. G. B.) и кражи, и признать, что обвиненіе въ какомъ бы то ни было пре-

---

[1]) Reichsgericht ссылается иногда еще на то, что понятіе участіе (Betheiligung) въ дѣяніи понимается процессуальнымъ кодексомъ шире, чѣмъ соучастіе уголовнымъ кодексомъ (St. GB. § 47 ff.), какъ видно изъ § 56 St. P. O. и § 3 St. P. O. § 56 запрещаетъ допросъ подъ присягой въ качествѣ свидѣтелей не только соучастниковъ, но и укрывателей; § 3 говоритъ о связи дѣлъ вслѣдствіе участія въ одномъ преступномъ дѣяніи въ качествѣ соучастниковъ и укрывателей (рѣш. 12 марта 1883 г. Entscheid. VIII, 135).

ступленіи заключаетъ въ себѣ обвиненіе и во всякаго рода укрывательствѣ или помощи, оказываемой послѣ совершенія дѣянія преступнику, для сокрытія слѣдовъ или самого виновнаго и для обезпеченія выгодъ отъ преступленія (Begünstigung, 257 § St. G. B.), или что обвиненіе въ такой помощи заключаетъ въ себѣ обвиненіе въ совершеніи самого преступленія или соучастіи въ немъ. Такое обвиненіе было бы совсѣмъ неопредѣленно и взводимое дѣяніе совсѣмъ не индивидуализировано, если бы, напримѣръ, N. обвинялся въ томъ, что или убилъ X. или завѣдомо способствовалъ неизвѣстному пока убійцѣ укрыться отъ наказанія. Но законъ не дѣлаетъ различія между укрывательствомъ лицъ или вещей (§ 258 St. G. B.), а потому невозможность подобнаго обвиненія относится и къ послѣднему виду укрывательства. Ошибка имперскаго суда заключается въ томъ, что, хотя Begünstigung немыслимо безъ главнаго дѣянія, но не заключаетъ въ себѣ ни одного изъ законныхъ признаковъ, которое должно представить (aufzuweisen) это дѣяніе. Для нѣкоторыхъ случаевъ укрывательства (профессіональнаго и привычнаго, § 260 St. G. B.) не требуется даже установленія всѣхъ отдѣльныхъ кражъ, разбоевъ и т. п., плоды которыхъ были укрываемы, и было бы неосновательно признавать тожество дѣянія и не допускать новаго обвиненія оправданнаго въ такомъ укрывательствѣ за какую-либо изъ тѣхъ кражъ [1]).

Любопытно, что имперскій судъ признаетъ возможной реальную совокупность подстрекательства и пособничества къ преступленію съ укрывательствомъ плодовъ послѣдняго [2]), и тѣмъ не менѣе въ рѣшеніи 13 декабря 1887 г. признано правильнымъ и не нарушающимъ § 263 St. P. O. осужденіе лица, обвинявшагося въ завѣдомомъ принятіи растраченныхъ денегъ (видъ укрывательства—Partirerei), за подстрекательство къ растратѣ, ибо въ *данномъ* случаѣ весь образъ дѣйствій подсудимаго представлялъ одно цѣлое (einheitliche Handlungsweise) и покоился на одномъ преступномъ рѣшеніи. «Для понятія «дѣяніе», гово-

---

[1]) Iohn—l. c. II, 276—280 стр. и Meves въ Arch. f. Strafrecht 1888 г., 111 стр.

[2]) Oppenhoff— Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin. 1901 г. 2 п. къ 259 §.

рится въ этомъ рѣшеніи, рѣшающее значеніе имѣетъ опредѣленное историческое событіе въ его полномъ объемѣ, включая всѣ примыкающіе къ нему и съ нимъ связанные факты» [1]).

Другой изъ случаевъ прикосновенности къ преступленію, если употреблять этотъ устарѣлый терминъ, составляетъ недонесеніе о готовящемся преступленіи, наказуемое, по германскому праву (§ 139 St. G. B.), только въ нѣсколькихъ опредѣленныхъ случаяхъ. Судебная практика и здѣсь придерживается того же взгляда по поводу тожества дѣянія, что и при укрывательствѣ. Такъ: двое обвинялись въ совмѣстномъ совершеніи поджога, прокуроръ просилъ о постановкѣ эвентуальнаго вопроса относительно одного изъ подсудимыхъ по признакамъ недонесенія о замышленномъ другимъ лицомъ поджогѣ. Судъ отклонилъ предложеніе прокурора, находя, что недонесеніе другое дѣяніе. Имперскій судъ отмѣнилъ приговоръ, признавъ тожество дѣянія, ибо конкретное событіе было одно и то же, и прибавивъ еще нѣсколько доводовъ, способныхъ только запутать это пониніе: главный признакъ недонесенія есть знаніе о чужомъ дѣйствіи, въ данномъ случаѣ о поджогѣ, а этотъ признакъ включало уже обвиненіе, такъ какъ оно говорило, что поджогъ совершенъ сообща; *второй главный признакъ—незаявленіе о дѣйствіи* другого лица—есть чистое упущеніе и потому не можетъ нарушить тожество положительнаго факта—знанія о дѣйствіи; къ тому же и незаявленіе подразумѣвалось обвиненіемъ въ поджогѣ; остальные же признаки—своевременность свѣдѣнія и возможность предупредить преступленіе—суть только модальности факта освѣдомленности о событіи [2]). Такимъ образомъ имперскій судъ прибѣгаетъ къ искусственнымъ пріемамъ: къ дѣленію признаковъ состава на главные и второстепенные, между тѣмъ какъ всѣ они одинаково важны для бытія преступленія [3]), къ отри-

---

[1]) Рѣш. 13 декабря 1887 г. (Rechtsprechung IX, 722).

[2]) Рѣш. 5 апрѣля 1886 г. (Rechtsprechung VIII, 256.

[3]) См. критику этого рѣшенія и доказательства случайности его мотивовъ у Max Berner'a—Der Grundsatz des ne bis in idem im Strafprozess, Leipzig. 1891 г., стр. 68, 69; онъ указываетъ на противорѣчіе: рѣшеніе между прочимъ само же находитъ, что дѣло не въ тожествѣ уголовнаго закона, а затѣмъ старается установить тожество главныхъ признаковъ состава. Но reductio ad absurdum нельзя признать удачнымъ: Berner говоритъ, что

ланію за упущеніемъ характера обстоятельства, способнаго нарушить тожество, и кромѣ того снова дѣлаетъ удареніе на томъ, что судебное слѣдствіе подтвердило хоть отчасти утверждаемое обвиненіемъ. Напротивъ, прусскій Оберъ-Трибуналъ, а также комментаторъ дѣйствующаго St. P. O. Келлеръ видятъ въ „недонесеніи другое дѣяніе [1]), Іонъ [2]) находитъ тождество сомнительнымъ [3]).

Другую категорію случаевъ, въ которыхъ признается тожество дѣянія и разрѣшается измѣненіе обвиненія, съ одной стороны, и не допускается новое преслѣдованіе, съ другой, составляютъ умышленныя и неосторожныя дѣянія: обвиняемая въ умышленномъ убійствѣ незаконнаго новорожденнаго ребенка можетъ быть осуждена за неосторожное лишеніе его жизни [4]), обвиняемый въ завѣдомой продажѣ испорченнаго мяса, могущаго принести вредъ здоровью (12 § закона 14 мая 1879 г.), можетъ быть осужденъ за неосторожное совершеніе того же деликта (§ 14 того же закона) [5]); оправданный въ умышленномъ причиненіи ножомъ тѣлеснаго поврежденія г-жѣ III., послѣдствіемъ

соображенія райхсгерихта могутъ привести къ признанію тожества поджога и обмана или вымогательства, гдѣ ложное сообщеніе о готовящемся поджогѣ можетъ служить средствомъ выманутъ деньги или угрозой, и слѣдовательно главный признакъ всѣхъ преступленій будетъ одинъ и тотъ же, но при обманѣ и вымогательствѣ сообщеніе о поджогѣ не будетъ признакомъ состава, а только однимъ изъ способовъ проявленія его (угрозы, ложнаго представленія). Аргументація Berner'a здѣсь далеко не отличается ясностью.

[1]) Keller. Die Strafprocessordnung f. d. Deut. Reich. Lahr. 1878 г. 4 n. къ § 294 и рѣш. Ob.-Trib. 4 марта 1870 г. (Oppenhoff—Rechtsprechung des Ober-Tribunals in Strafsachen, т. XI, 150—153 стр.); указывается на различіе въ дѣяніяхъ: одно (поджогъ) основывалось на положительномъ способѣ дѣйствія, другое (недонесеніе) составляло простое упущеніе и покоилось на совсѣмъ другихъ фактическихъ предположеніяхъ.

[2]) Iohn—op. c. III, 416.

[3]) Въ смыслѣ приведеннаго рѣшенія также рѣш. 4 ноября 1895 г. (Entscheidungen XXVIII, 12)—недонесеніе о поджогѣ вмѣсто подстрекательства къ нему; рѣш. 30 сентября 1890 г. (ibid. XXI, 78): оправданный въ недонесеніи о готовящемся убійствѣ не можетъ быть привлеченъ за соучастіе въ послѣднемъ.

[4]) Рѣш. 20 мая 1880 г. (Rechtsprech. I, 798).

[5]) Рѣш. 12 іюня 1882 г. (Rechtsprech. IV, 562).

котораго была ея смерть, не могъ быть снова судимъ за неосторожное лишеніе ея жизни. Дѣяніе подсудимаго, говоритъ имперскій судъ, консумировано прежнимъ приговоромъ, согласно 263 и 294 §§ St. P. O.: «послѣ того какъ въ судѣ присяжныхъ не было найдено повода обсудить дѣяніе съ точки зрѣнія неосторожности, послѣдняя должна быть устранена на все будущее время, и объ оживленіи всего дѣянія со всѣми предстаавляемыми имъ юридическими свойствами (Qualitäten) рѣчь можетъ быть только, если есть условія §-а 402 St. P. O. о возобновленіи процесса во вредъ подсудимому». Если новое обвиненіе изображаетъ случай иначе, именно: что обвиняемая схватила ножъ во время ссоры съ Ш., держала его въ рукѣ, когда ссора перешла въ драку, и нечаянно толкнула имъ Ш., или же та сама наткнулась на ножъ, все равно: дѣяніе то же, что и въ первомъ процессѣ: «оно состоитъ въ *конкретной дѣятельности* Д. (обвиняемаго), относящейся къ 23 января 1880 г. и выразившейся въ примѣненіи ножа, которое вызвало смерть Ш., и различныя направленія воли и фактическія модальности, при которыхъ дѣяніе могло быть выполнено—умыселъ или неосторожность, толчокъ или проколъ, или только держаніе ножа передъ собою—касаются не тождества, но различныхъ мыслимыхъ фактическихъ и юридическихъ формъ его, которыя, если изъ нихъ можно было сдѣлать какой-либо выводъ для обвиненія должны были обсуждаться въ прежнемъ производствѣ предъ присяжными» [1]).

Если эти рѣшенія не отличаются новизною взгляда, встрѣчаемаго уже во многихъ партикулярныхъ кодексахъ и во французской практикѣ и интересныхъ только по мотивировкѣ и по уясненію связи предмета перваго процесса съ принципомъ non bis in idem, то рѣшеніе 16 октября 1880 г. важно и въ первомъ отношеніи. Пастухъ Z. былъ признанъ виновнымъ въ томъ, что, находясь на службѣ въ экономіи, произвелъ пожаръ въ овчарнѣ, отправившись туда съ лампой за кормомъ и уронивъ ее. Отбывая наказаніе, Z. заявилъ, что сдѣлалъ это умышленно, изъ мести. По новому обвиненію Z. былъ осужденъ за умышленный поджогъ, успѣвъ уже отбыть прежнее наказаніе за неосторожное причиненіе пожара. Имперскій судъ призналъ это неправильнымъ на томъ основаніи, что Z. могъ быть осужденъ за умы-

[1]) Рѣш. 21 декабря 1880 г. (Rechtsprech. II, 654).

шленный поджогъ уже въ первомъ процессѣ, если бы изъ совокупности обстоятельствъ, установленныхъ судебнымъ слѣдствіемъ, возникло убѣжденіе въ томъ, что пожаръ былъ произведенъ умышленно. Здѣсь былъ бы случай для примѣненія § 264, и новымъ обстоятельствомъ было бы иное направленіе воли подсудимаго. Но дѣяніе оставалось тѣмъ же: «es bleibt derselbe äussere Vorgang im Causalitätsverhältniss zu dem Thun des Angeklagten» [1]). Такимъ образомъ, возможенъ переходъ и отъ неосторожности къ умыслу.

Отличную отъ французской точку зрѣнія устанавливаетъ имперскій судъ и на переходъ обвиненія отъ дѣтоубійства къ изгнанію плода. Дѣло заключалось въ слѣдующемъ: подсудимая М. обвинялась въ дѣтоубійствѣ, которое, по обвинительному акту, она совершила тѣмъ, что, почувствовавъ приближеніе родовъ, ожидала разрѣшенія, сѣвши на ведро съ горячей водой, и ребенокъ упалъ туда. На судебномъ слѣдствіи подсудимая объяснила, что принимала средства для изгнанія плода и, когда насталъ, какъ ей казалось, моментъ дѣйствія этихъ средствъ, она приняла описанное положеніе. Прокуроръ просилъ поставить эвентуальный вопросъ по признакамъ § 218 St. G. B. (изгнаніе плода). Защитникъ возражалъ, и судъ этого вопроса не поставилъ, находя, что онъ касался бы другого дѣянія. Имперскій судъ высказалъ, что изъ имѣющихся данныхъ нельзя заключить, составляло ли изгнаніе плода и дѣтоубійство одинъ случай, изображенный обвиненіемъ неправильно, или разные, такъ какъ эти дѣянія могли быть и въ отношеніи реальной совокупности, если бы подсудимая рѣшила убить новорожденнаго послѣ неудачной попытки изгнанія плода, которое тогда остановилось бы на стадіи покушенія. Но могло быть и иначе: дѣйствія подсудимой могли составлять часть ея дѣятельности, направленной на изгнаніе плода, а выпаденіе и смерть ребенка быть случайными. При такомъ предположеніи, дѣяніе осталось бы тѣмъ же, измѣнилась бы только юридическая точка зрѣнія [2]):

Конечно, тожество дѣянія сохраняется въ случаѣ идеальной совокупности преступленій; судъ въ правѣ и даже обязанъ

---

[1]) Рѣш. 16 окт. 1880 г. (Rechtsprech. II, 341 стр.).

[2]) Рѣш. 1 окт. 1885 г. (Entscheidungen XII, 409).

обсудить дѣяніе во всѣхъ его отношеніяхъ къ уголовному закону; съ другой стороны, невозможно новое обвиненіе, основанное на той изъ квалификацій, которая не обсуждалась въ первомъ процессѣ. Такъ: осужденный за нарушеніе общественной тишины (§ 360 ц. 11 St. G. B.) *тѣмъ*, что *онъ побилъ* нѣкоего Ш. и вызвалъ большое скопленіе народа, не можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за умышленное причиненіе Ш. тогда же тѣлеснаго поврежденія опаснымъ оружіемъ, такъ какъ это преступленіе представлялось въ данномъ дѣлѣ составною частью понятія «grober Unfug.» [1]). Единымъ дѣяніемъ, въ смыслѣ 263 § St. P. O., признается также причиненіе тѣлеснаго поврежденія вслѣдствіе запрещенной быстрой ѣзды (§ 230 St. G. B.) и непомѣрно быстрая ѣзда (§ 366 ц. 2 St. G. B.) [2]).

Напротивъ, гдѣ дѣяніе, приводимое обвиненіемъ, и дѣяніе, служащее основой приговора, находятся въ отношеніи реальной совокупности, тамъ имперскій судъ не признаетъ тожества. Вотъ нѣсколько примѣровъ для иллюстраціи сказаннаго: обвиненіе ставило въ вину подсудимому завѣдомо ложное показаніе подъ присягой о составѣ его имущества при несостоятельности (Offenbarungseid, § 153 St. G. B.), данное 21 сентября 1877 г. Былъ поставленъ эвентуальный вопросъ, не виновенъ ли подсудимый въ томъ, что съ 21 сентября 1877 г. до 27 февраля 1878 г. съ умысломъ дѣйствовалъ вопреки обѣщанію, данному въ подкрѣпленномъ присягою показаніи (21 сентября) (§ 162 St. G. B.), Присяга несостоятельнаго состоитъ изъ двухъ частей —одна содержитъ клятвенное удостовѣреніе о составѣ имущества (assertorischer Theil), другая обѣщаніе сообщить о всякомъ поступившемъ послѣ того къ нему имуществѣ (promissorischer Theil), упущенномъ при первоначальномъ удостовѣреніи. Поэтому райхсгерихтъ нашелъ постановку эвентульнаго вопроса неправильной: «оба нарушенія присяги представляютъ результаты двухъ самостоятельныхъ дѣяній, различныхъ по времени, и каждое требовало особаго преступнаго рѣшенія». Второе дѣяніе могло произойти только послѣ разысканія подсудимымъ принадлежавшихъ ему частей его имущества. Единый актъ

---

[1]) Рѣш. 27 мая 1881 г. (Rechtsprechung III, 343).
[2]) Рѣш. 13 октября 1883 г. (Rechtsprechung V, 604).

присяги не объединяетъ этихъ дѣяній; для единства дѣянія рѣшающее значеніе имѣетъ единство конкретнаго дѣйствія (Thun), а не тожество объекта, на который оно направлено. Нельзя здѣсь также видѣть продолжаемое преступленіе, вслѣдствіе неоднородности обоихъ нарушеній присяги и ихъ наказуемости [1]). Это рѣшеніе исходитъ изъ той мысли, что оба дѣянія—ложное показаніе и дѣйствія вопреки данному подъ присягой обѣщанію —составляютъ не одно цѣлое, а два реально конкуррирующихъ преступленія [2]).

Другое рѣшеніе касается уже знакомаго намъ случая—страхового обмана (посредствомъ умолчанія о фактѣ, что самъ произвелъ пожаръ), и поджога съ цѣлью полученія страховой суммы. Въ отличіе отъ прусской практики, имперскій судъ нашелъ здѣсь два различныхъ по составу (begrifflich verschiedene), раздѣльныхъ во времени дѣянія, не объединяемыхъ единствомъ средства (пожаръ). Тожество цѣли признано недостаточнымъ для того, чтобы различныя дѣянія, нарушающія различныя юридическія нормы, разсматривались, какъ продолжаемое преступное дѣяніе [3]).

Два самостоятельныхъ дѣянія составляютъ—выбрасываніе на улицу вещей нанимателя квартиры хозяиномъ и ударъ, нанесенный первому вторымъ, при его сопротивленіи такому самоуправству. Имперскій судъ призналъ здѣсь реальную совокупность принужденія (Nöthigung) и нарушенія права жилища (Hausfriedensbruch), не объединяемыхъ тѣмъ, что одно совершено съ цѣлью совершить другое [4]).

---

[1]) Рѣш. 12 апрѣля 1881 г. (Rechtsprechung III, 225). Въ томъ же смыслѣ рѣш прусскаго Ob.-Trib. 28 ноября 1867 г. (Goldt. Arch. XVI, 131) гдѣ, хотя дѣянія признаются самостоятельными и распространеніе приговора не допускается, говорится однако, что они не могутъ быть и въ отношеніи реальной совокупности (?).

[2]) Ср. Oppenhoff—Strafgesetzbuch 3 п. къ § 162. Olshausen—Commentar zum Strafgesetzbuch f. d. Deut. Reich. Berlin. 1900 г. т. I, п. 7 къ § 162. См. еще конецъ п. 4 къ § 162. Liszt. Lehrbuch d Deut Strafrechts. Berlin. 1905 г., 607 стр. Напротивъ, Binding.—Handbuch des Strafrechts. Leipzig. 1885 г. I, 559—видитъ здѣсь одно дѣяніе: та же обязанность показанія истины, однажды подкрѣпленная присягой, многократно нарушается.

[3]) См. выше и рѣш. райхсгерихта 21 янв. 1881 г. (Rechtspr. X, 51).

[4]) Рѣш. 3 октября 1882 г. (Entscheidungen VII, 60).

На ряду съ этими есть однако и другое рѣшеніе [1]), гдѣ имперскій судъ связалъ въ одно два также реально конкуррирующихъ дѣянія, изъ которыхъ одно было совершено для совершенія другого. Въ газетѣ «Католикъ» появилось объявленіе G о желаніи его выдать замужъ дочь, съ указаніемъ, что всякій можетъ видѣться съ нею, но желающій жениться долженъ имѣть состояніе. Оказалось, что объявленіе составлено отъ имени G. и послано въ редакцію при письмѣ за его подписью съ просьбой объ опубликованіи. Лицо совершившее это было осуждено, по жалобѣ G., за обиду, нанесенную ему и его дочери. Когда приговоръ вступилъ въ законную силу, прокуроръ возбудилъ преслѣдованіе противъ того же лица по обвиненію въ подлогѣ документа, выразившемся въ изготовленіи письма за подписью G. и посылкѣ его въ редакцію. Имперскій судъ нашелъ тожество нынѣ инкриминируемаго дѣянія съ уже разрѣшеннымъ, такъ какъ «дѣяніе есть не конкретное дѣйствіе, а фактическое происшествіе въ цѣломъ со всѣми охватываемыми имъ ближайшими обстоятельствами. Предметъ приговора составляло не только объявленіе, но дѣятельность подсудимаго постольку, поскольку въ немъ былъ обнаруженъ (ermittelt) тотъ, кто написалъ просьбу въ редакцію объ опубликованіи объявленія, и оно именно въ соединеніи съ этимъ обстоятельствомъ даетъ составъ прежде разрѣшеннаго преступленія». Между тѣмъ подлогъ письма и напечатанье оскорбительнаго объявленія были раздѣльны во времени, составляли два отдѣльныхъ дѣянія, изъ которыхъ обида выразилась не въ составленіи письма, а въ его опубликованіи, а подлогъ—въ составленіи письма и въ отправкѣ его въ редакцію отъ имени G. (пользованіе, въ смыслѣ § 267 St. G. B.).

Что касается случаевъ, гдѣ матеріальное право соединяетъ въ одно цѣлое нѣсколько самостоятельныхъ дѣяній, то прежде всего слѣдуетъ отмѣтить собирательныя преступленія, состоящія изъ нѣсколькихъ 1) наказуемыхъ, или 2) ненаказуемыхъ актовъ, соединительнымъ звеномъ между которыми служатъ моменты привычности (Gewohnheitsmässigeit) или профессіональности

---

[1]) 28 сентября 1886 г. (Entscheidungen XV, 9).

(Gewerbsmässigkeit) [1]). Всѣ эти дѣянія, хотя бы не упомянутыя въ обвиненіи и даже происшедшія послѣ его предъявленія, составляютъ предметъ приговора, такъ какъ законъ старается настигнуть преступную привычку или профессію, независимо отъ того, въ скольких отдѣльныхъ актахъ она проявилась. Это признано и наукой [2]), и практикой имперскаго суда [3]).

---

[1]) Въ первомъ случаѣ преступленіе становится квалифицированнымъ, во второмъ рядъ ненаказуемыхъ актовъ обращается въ наказуемое дѣяніе.

[2]) Binding — Handbuch des Strafrechts, I, стр. 548 и слѣд.; Liszt —Lehrbuch d. Deut. Strafrechts. стр. 242 и 241, Dochow — Zur Lehre von dem gewerbs-und gewohnheitsmässigen Verbrechen, Iena. 1871 г., стр. 94. Löwe—къ § 263 St. P. O. ц. 3, e. Glaser — Handbuch II, стр. 39 40 и Gerichtssaal, т. XXXVI (1884 г.), стр. 109, Beling — op. cit. 212 стр. Если бы даже обвиненіе говорило только о простомъ деликтѣ, а слѣдствіе обнаружило, что онъ есть часть привычнаго или профессіональнаго преступленія (коллективъ-деликта), обвиняемый можетъ быть осужденъ за послѣднее (Glaser, Beling — l. c.): каждый изъ новыхъ актовъ теряетъ свою самостоятельность и служитъ только доказательствомъ привычки или профессіи. Ср. Liliental—Beiträge zur Lehre von den Collectivdelikten. Leipzig. 1879 г., стр. 10 и 11, пр. 1 и стр. 55. Stenglein—Commentar zur Strafprocessordnung. München. 1898 г., стр. 298—высказывается противъ распространенія приговора на новые случаи юридическаго единства, въ интересахъ матеріальной истины и подготовки защиты, и за отдѣльное ихъ разсмотрѣніе, съ зачетомъ прежняго наказанія.

[3]) Рѣш. 7 іюля 1881 г., 12 іюля 1882 г. и 23 февраля 1886 г. (Rechtsprechung III, 470; IV, 690; VIII, 135); рѣш. 8 декабря 1899 г. (Entscheid. XXXIII, 11): G. обвинялась въ томъ, что съ 12 іюля 1898 г. по привычкѣ и ради полученія выгоды занималась сводничествомъ. Дѣло было отложено, и состоялось новое опредѣленіе объ открытіи судебнаго слѣдствія, приписывавшее ей совершеніе такого же преступленія въ мартѣ 1899 г. Она была осуждена за случай сводничества, относившійся къ 27 марта 1899 г. Имперскій судъ нашелъ, что новый Eröffnungsbeschluss объ этомъ случаѣ не былъ нуженъ и судъ могъ и долженъ былъ на основаніи прежняго опредѣленія распространить слѣдствіе и приговоръ на всю дѣятельность G., составлявшую привычное сводничество, до самаго момента приговора. Въ одномъ рѣшеніи Ober-Tribunal'a (Oppenhoff—Rechtsprechung d. Ob.-Trib., XVI, 307) высказано, что, если каждое дѣяніе само по себѣ (независимо отъ другихъ и независимо отъ факта повторенія тожественныхъ преступленій) запечатлѣно характеромъ профессіональности, слѣдуетъ признать реальную совокупность профессіональныхъ преступленій, но, если даже допустить возможность распознать профессіональный ха-

Такъ же обсуждаются случаи продолжаемыхъ преступленій (fortgesetztes Verbrechen), о которыхъ хотя и не упоминается въ германскомъ уголовномъ уложеніи, но существованіе которыхъ признается германской практикой [1]). Здѣсь также отдѣльныя дѣянія, и притомъ сами по себѣ осуществляющія всѣ признаки состава преступленія, сливаются въ одно и утрачиваютъ самостоятельность, являясь частями одного цѣлаго, единаго волевого акта; поэтому нѣкоторыя изъ нихъ, обнаруженныя на судебномъ слѣдствіи, поскольку они представляютъ продолженіе тѣхъ или того, которыя приведены въ опредѣленіи объ открытіи судебнаго слѣдствія, могутъ быть положены въ основу приговора [2]). Если бы даже обвиненіе не указывало отдѣльныхъ актовъ продолжаемаго преступленія, все оно составляетъ предметъ приговора. Въ практикѣ имперскаго суда по этому поводу былъ высказанъ противоположный взглядъ, въ рѣшеніи 23 іюня 1880 г. Лица, находящіяся въ родствѣ по прямой линіи обвинялись въ совершеніи инцеста въ 1879 г., безъ указанія количества случаевъ кровосмѣшенія. Приговоръ призналъ подсудимыхъ виновными въ совершеніи этого преступленія по крайней мѣрѣ шесть разъ, шестью дѣяніями. Имперскій судъ нашелъ, что, такъ какъ въ обвиненіи не говорилось о числѣ дѣяній и не было сдѣлано ссылки на 74 § St. G. B. (говорящій о реальной совокупности), судъ не имѣлъ права распространить приговоръ на всѣ дѣянія, а, съ другой стороны, не видно, какое изъ шести дѣяній именно то, по поводу котораго начато судебное слѣдствіе [3]).

рактеръ по одному деликту, то цѣль закона—настигнуть поведеніе преступника въ его цѣломъ не была бы осуществлена при такомъ взглядѣ. См. Waldthausen въ Goldt. Arch. XXIX, стр. 410; Olshausen—Einfluss der Vorbestrafungen. Berlin. 1876 г., стр. 140, прим. 48. Въ смыслѣ рѣш. Оберъ-Трибунала Kohler въ Juristisch. Litteraturblatt. VI, 119 стр. (два привычныхъ сводничества въ случаѣ содержанія въ двухъ мѣстахъ двухъ вертеповъ).

[1]) Oppenhoff—п. 3 къ § 74 St. G. B., Olshausen—Commentar, I, № 8 и № 10 къ § 73 St. G. B.

[2]) Рѣш. 10 декабря 1883 г. (Rechtsprechung, V, 768, 769). Beling—479 стр., Glaser—l. c., Löwe—460 стр., Wiarda въ Neues Magazin für Hannoversches Recht. 1863 г. (B. IV, Heft 3.) стр. 387—389.

[3]) Rechtsprechung—II, 101 стр. Продолжаемое преступленіе въ такихъ случаяхъ (многократное совокупленіе съ однимъ лицомъ) видятъ здѣсь напр.

Остается упомянуть о значеніи чисто фактическихъ измѣненій, *не вліяющихъ на юридическую характеристику дѣянія.* Сохраняется ли при этомъ тожество, это вопросъ факта. Такъ, въ рѣшеніи 29 августа 1881 г. говорится: «при нѣкоторыхъ обстоятельствахъ время совершенія дѣянія образуетъ одинъ изъ существеннѣйшихъ признаковъ для рѣшенія вопроса о тожествѣ, но распознаваніе послѣдняго не безусловно зависитъ отъ указанія времени, и дѣяніе можетъ быть столь точно опредѣлено другими признаками, что колебаніе или различіе въ указаніяхъ времени не подрываетъ увѣренности въ тожествѣ», и исправленіе такой неправильности дозволяется 263 § St. P. O. Въ настоящемъ дѣлѣ нѣтъ повода думать, что кромѣ инкриминируемой была еще другая растрата такой же денежной суммы тѣмъ *же обвиняемымъ* [1]). *Измѣненіе возможно не только* въ такихъ индивидуализирующихъ обстоятельствахъ, какъ только что приведенное, но и въ конкретныхъ фактахъ, осуществляю-

---

Oppenhoff—7 къ § 173 St. G. B, *Liszt*—l. c. *Glaser*—*Gerichtssaal*, XXXVI т., стр. 109—не употребляя здѣсь этого термина, говоритъ вообще о случаяхъ, гдѣ сущность преступленія состоитъ въ нарушеніи идеальнаго правового блага, проявляющемся въ отдѣльныхъ актахъ, изъ которыхъ достаточно одного для бытія преступленія, а множество ихъ само по себѣ еще не обосновываетъ совокупности. Сюда онъ относитъ прелюбодѣяніе, кровосмѣшеніе, нѣсколько ложныхъ утвержденій въ одномъ показаніи, поддѣлку денегъ и т. д. По поводу приведеннаго въ текстѣ рѣшенія Глазеръ замѣчаетъ, что имперскій судъ долженъ былъ подумать о томъ, *возможно ли самостоятельное* разсмотрѣніе не упомянутыхъ обвиненіемъ актовъ и новое преслѣдованіе за нихъ? (ib. 160 стр., пр. 63). Напротивъ, Bennecke (Lehrb. изд. 1892 г.' 467 стр., пр. 17) считаетъ предметомъ процесса лишь точно обозначенный рядъ случаевъ (Vorgangsreihe), а Газенбальгъ (Die Strafprozessordnung. Hannover. 1854 г.)—всѣ случаи, находящіеся въ предѣлахъ указаннаго въ обвиненіи времени.

[1]) Rechtsprechung III, 493. Тѣмъ болѣе допустимо исправленіе описки (ibid. I, 549, 7 апрѣля 1880 г). Возможно также восполненіе упущеннаго обвиненіемъ указанія времени, имѣвшаго значеніе въ вопросѣ о примѣненіи стараго или новаго уголовнаго закона. (9 марта 1881 г. Rechtsprech. III, 132). См. еще рѣш. 15 марта 1897 г. (Entsch. XXX, 11 стр.), гдѣ отъ измѣненія во времени совершенія дѣянія измѣнился характеръ преступленія, и обвиненіе перешло *отъ обольщенія невинной, не достигшей* 16 лѣтъ, къ тяжкому оскорбленію болѣе взрослой.

щихъ какой-либо признакъ преступленія: если, напримѣръ обвиненіе указывало нѣкоторыя средства подстрекательства, т присяжныхъ все-же слѣдуетъ спросить и о томъ, не осуществлено ли подстрекательство и другими средствами [1]).

Итакъ предметъ приговора составляетъ дѣяніе обвиняемаго въ указанномъ выше смыслѣ. Судья *не только* въ правѣ, но и *обязанъ* для того, чтобы исчерпать предметъ настоящаго процесса, обсудить дѣяніе со всѣхъ точекъ зрѣнія [2]). Если однако въ мотивахъ приговора произведена оцѣнка дѣянія только съ нѣкоторыхъ точекъ здѣнія, то предполагается, что для остальныхъ въ дѣлѣ не было данныхъ, развѣ бы не обсуждено было какое-нибудь отношеніе дѣянія къ уголовному закону, указанное опредѣленіемъ объ открытіи судебнаго слѣдствія и при томъ существенное [3]), или же сторонами въ судебномъ засѣданіи [4]). Но, если судъ не обязанъ, за исключеніемъ этихъ случаевъ, упоминать въ мотивахъ о непримѣнимости того или другого закона: напр., при обвиненіи въ оставленіи ребенка въ безпомощномъ положеніи остановиться на томъ, не было ли обвиняемою совершено уничтоженіе правъ состоянія ребенка [5]), то изъ этого не слѣдуетъ, что судъ не обязанъ, безъ требованія сто-

---

[1]) Рѣш. 21 декабря 1886 г. (Rechtsprech VIII, 780). Не нарушается тожество отъ замѣны одного объекта кражи другимъ, тогда же и тамъ же похищеннымъ (вмѣсто денегъ похищены были сигары)—рѣш. 1 ноября 1893 г. (Entscheid. XXIV, стр. 370), отъ отнесенія одного и того же обиднаго выраженія въ приговорѣ не къ тому лицу, къ которому относило обвиненіе, если жалоба, поданная однимъ лицомъ, управомочивала судъ разсмотрѣть дѣло объ обидѣ въ отношеніи къ другому—рѣш. 16 сентября 1887 г. (Rechtsprech. IX, 430): жалоба была подана министромъ общественныхъ работъ за оскорбленіе, нанесенное ему, а приговоръ постановленъ за оскорбленіе подчиненныхъ ему желѣзнодорожныхъ властей, жалоба за которыхъ могла быть заявлена ихъ начальствомъ.

[2]) Это вытекаетъ изъ категорической формы 263 §. См. Löwe—4 къ 263 §, Glaser. Handb II, 34 и 35 стр.; рѣш. 10 марта 1885 г. (Rechtspr. VII, 164)

[3]) Сюда не подойдутъ, напр., обстоятельства, вліяющія на уменьшеніе мѣры наказанія (Strafminderungsgründe), безъ надобности приведенныя въ Eröffnungsbeschluss. Löwe—5 къ 263 §.

[4]) Рѣш 21 апрѣля 1880 г., 20 мая 1880 г., 16 дек. 1881 г, 22 сент. 1885 г. (Rechtspr. I, 639 и 798 стр.; III, 807; VII, 522).

[5]) Рѣш. 21 апр. 1880 г.

ронъ, обсудить дѣяніе и въ этомъ отношеніи, если бы были къ тому фактическія основанія [1]). Во всякомъ случаѣ приговоръ относится ко всему дѣянію: онъ не можетъ быть частью оправдательнымъ, а частью обвинительнымъ, оправдывая подсудимаго отъ одной квалификаціи и признавая виновнымъ въ другой, а долженъ или всецѣло оправдать или же только осудить за найденное въ дѣяніи обвиняемаго преступленіе [2]).

Иногда могутъ быть однако *юридическія препятствія къ всесторонней оцѣнкѣ дѣянія* [3]); напр., постановленія конвенцій о выдачѣ преступниковъ, разрѣшающія выдачу только за опредѣленныя преступленія или предусматривающія, что выданный преступникъ можетъ быть судимъ государствомъ, которому онъ выданъ, только за то преступленіе, за которое послѣдовала выдача. Поэтому, если дѣяніе приметъ другой юридическій характеръ, не указанный въ актѣ выдачи или непредусмотрѣнный конвенціей въ числѣ упомянутыхъ тамъ преступленій, судъ не въ правѣ признать наличность подобнаго преступленія [4]).

Другимъ препятствіемъ служитъ отсутствіе частной жалобы (Antrag), если дѣяніе, преслѣдованіе за которое начато прокуроромъ, оказалось преступленіемъ, преслѣдуемымъ только по жалобѣ потерпѣвшаго. Въ этомъ случаѣ судъ долженъ постановить опредѣленіе о пріостановленіи производства (Einstellungsbeschluss, § 259 St. P. O.), которое однако можетъ быть возобновлено, если жалоба еще до истеченія установленнаго для ея

---

[1]) Geyer—Lehrb., 736 стр., пр. 3, невѣрно истолковывая рѣш. 21 апр. 1880 г. и 3 мая 1880 г. (Rechtspr. I, 720), полагаетъ, что райхсгерихтъ обязываетъ судъ къ всесторонней оцѣнкѣ дѣянія только по требованію сторонъ.

[2]) См. напр. рѣш. 13 окт. 1883 г. (Rechtspr. V, 604). Это можетъ имѣть значеніе въ вопросѣ о судебныхъ издержкахъ (ibid.) См. также Iohn—op. c. II, 268 стр.; Glaser-Handb. II, 35 стр., пр. 14; Löwe—6a къ § 259; Kries—Lehrb., 583, 584.

[3]) Glaser—Handb. II, 44, 45 и Gerichtssaal, XXXVI, стр. 124, Kries—op. c. 571 стр., Bennecke-Beling—op. c., стр. 209—V.

[4]) Рѣш. 29 сент. 1900 г. признаетъ возможнымъ разсмотрѣніе дѣянія съ точки зрѣнія укрывательства, когда выдача послѣдовала за кражу, если оно не входитъ въ число преступленій, выдача за которыя исключена конвенціей (Entsch. XXXIII, 388).

подачи срока будетъ принесена [1]); но постановленное опредѣленіе суда устраняетъ возможность въ возобновленномъ такимъ образомъ процессѣ осудить обвиняемаго за оффиціальное преступленіе, усматриваемое въ этомъ дѣяніи, такъ какъ упомянутое опредѣленіе могло послѣдовать только послѣ того, какъ судъ не нашелъ въ дѣяніи состава какого-бы то ни было оффиціальнаго деликта. Обвиненіе въ оффиціальномъ деликтѣ можетъ быть возбуждено только на общихъ условіяхъ возобновленія (Viederaufnahme) окончательно разрѣшенныхъ дѣлъ [2]). Иначе разрѣшается случай обнаружившейся идеальной совокупности такого и уголовно-частнаго деликта (Antragsdelict), напримѣръ: когда дѣяніе представляется нарушеніемъ общественной тишины и обидой. Судъ не въ правѣ рѣшать о послѣдней, если нѣтъ жалобы, и постановляетъ приговоръ только за оффиціальный деликтъ, но приговоръ погашаетъ все дѣяніе, и оправданный въ нарушеніи тишины не можетъ быть привлеченъ къ суду снова за обиду, когда будетъ принесена частная жалоба [3]). Такой точки зрѣнія придерживается имперскій судъ, который ссылается на 415 § St. P. O., опредѣляющій, что, если на принесе-

---

[1]) Противъ этого порядка возражаетъ Eichhorn (Gerichtssaal, 38 т., стр. 423): жалоба могла не быть подана потому, что потерпѣвшій, не приходя въ сознаніе, умеръ, и виновный можетъ избѣгнуть наказанія. Въ Австріи въ такихъ случаяхъ сходный порядокъ; но постановляется оправдательный приговоръ; если будетъ принесена жалоба, то производство возобновляется безъ формальностей, предписанныхъ для возобновленія дѣлъ, разрѣшенныхъ вступившимъ въ законную силу приговоромъ (§ 259 ч. 1 и 363 § ч. 2 устава 23 мая 1873 г.).

[2]) Рѣш. 13 марта 1888 г. (Rechtspr. X, 245), такъ же Glaser—Handb. II, стр. 45 и 67, Löwe—6 b. къ 259 § и стр. 457; Beling—op. c. 411 стр. Но Iohn—op. c. II, стр. 269, пр. 7, Kries—op. c. 601, 602 стр. и Stenglein —l. c., 8 g. къ § 151-му, полагаютъ, что послѣ подачи недостававшей жалобы, другой судъ снова рѣшаетъ о всемъ дѣяніи и подсудимый можетъ быть осужденъ на этотъ разъ и за оффиціальный деликтъ, который хотя и отвергнутъ прежнимъ опредѣленіемъ суда, но только въ мотивахъ, не вступающихъ въ законную силу. Рѣш. 18 декабря 1882 г. (Entsch. VII, 355) находитъ нужнымъ, чтобы судъ, пріостанавливая производство за Antragsdelict, постановилъ и объ оправданіи въ оффиціальномъ деликтѣ (l. c. 357 внизу).

[3]) Рѣш. 17 ноября 1892 г. (Entsch. XXII, 307 стр.).

ніе жалобы есть нѣсколько управомоченныхъ лицъ, то рѣшеніе суда, состоявшееся о данномъ дѣяніи по жалобѣ одного изъ нихъ, имѣетъ силу и по отношенію къ остальнымъ, откуда слѣдуетъ, что право потерпѣвшаго на наказаніе виновнаго не есть неограниченное, что оно уступаетъ интересамъ, связаннымъ съ законной силой приговора, что «защита обвиняемаго противъ новаго преслѣдованія въ глазахъ закона выше, чѣмъ право потерпѣвшаго на независимое отъ прокурора и другого управомоченнаго на жалобу рѣшеніе о дѣяніи, направленномъ противъ него»; здѣсь предъявленіе жалобы послѣ приговора имѣетъ не больше значенія, чѣмъ смерть потерпѣвшаго, послѣдовавшая послѣ приговора, постановленнаго за тѣлесное поврежденіе, ему нанесенное. Если же § 429 говоритъ о пріостановленіи производства, когда дѣяніе оказывается не уголовно-частнымъ, а оффиціальнымъ деликтомъ, то имѣетъ въ виду только случай, когда обвиненіе было предъявлено только за первый въ установленномъ для такихъ преступленій порядкѣ и дѣяніе оказалось не принадлежащимъ къ этой категоріи, но это исключеніе, называемое райхсгерихтомъ «Vorbehalt», не относится къ случаямъ, гдѣ обвиненіе предъявлено въ оффиціальномъ деликтѣ, но съ нимъ идеально конкуррируетъ уголовно-частный [1]).

---

[1]) Рѣш. 3 марта 1881 г. (Rechtspr. III, 100), см. также рѣш. 2 окт. 1884 (Rechtspr. VI, 588), гдѣ указаны и другія рѣшенія въ этомъ смыслѣ. Въ пользу этого взгляда Glaser—Handb. II, стр. 73, полагающій впрочемъ, что болѣе цѣлесообразно отложить дѣло до истеченія срока, установленнаго для подачи жалобы (ср. стр. 45 ib.); за это высказывается и Reiffel (Goldt. Arch. 1894 г., стр. 93), находящій также возможнымъ, чтобы судъ побудилъ управомоченнаго на жалобу заявить, возбуждаетъ ли онъ преслѣдованіе. Kries—595 стр., Löwe—стр. 460 b. (прежде иначе), Habermaas—Die ideale Concurrenz der Delikte. Stuttgart. 1882 г., стр. 36, 37. Преслѣдованіе за оффиціальный деликтъ можетъ быть начато, хотя бы по поводу находящагося съ нимъ въ идеальной совокупности уголовно-частнаго деликта не была подана жалоба. Liszt.-Lehrb. (изд. 1905 г.), стр. 199; Beling—ор. с., стр. 209. При измѣненіи предмета обвиненія изъ уголовно-частнаго въ оффиціальный деликтъ, производство пріостанавливается, въ силу предписанія закона (§ 429 St. P. O), но, если бы судъ по ошибкѣ постановилъ приговоръ, то новое обвиненіе въ оффиціальномъ деликтѣ признается невозможнымъ (рѣш. 23 іюня 1883 г., Entsch., IX, 14, особ. стр. 20—22). Такъ и Löwe—ор. с., стр. 457 d. Stenglein-Commentar zur Strafprozessordnung—8а къ 151 §.

Но въ наукѣ высказываютъ и другое мнѣніе: нѣкоторые процессуалисты находятъ неправильнымъ распространять силу приговора за предѣлы того, что по закону могло быть предметомъ перваго процесса, окончившагося этимъ приговоромъ, и готовы допустить новое преслѣдованіе въ разсмотрѣнномъ сейчасъ и въ другихъ случаяхъ, гдѣ были юридическія препятствія всестороннему изслѣдованію дѣянія, за ту сторону дѣянія, которая не была разсмотрѣна [1]). Есть въ этомъ смыслѣ и рѣшеніе имперскаго суда, гдѣ часть продолжаемаго преступленія, которая не могла быть обсуждена въ прежнемъ процессѣ, такъ какъ нѣкоторые акты были совершены за предѣлами Пруссіи и подлежали въ настоящемъ случаѣ дѣйствію мѣстнаго уголовнаго права (Landesstrafrecht), стала предметомъ новаго обвиненія [2]).

Не будучи въ правѣ безъ жалобы обсудить дѣяніе съ точки зрѣнія уголовно-частнаго деликта, судъ не связанъ однако квалификаціей дѣянія, которая дана ему въ частной жалобѣ, напримѣръ: если въ дѣйствіяхъ обвиняемаго обвинитель усматривалъ обиду и сопротивленіе дѣйствіемъ должностному лицу, то судъ, признавши наличность обиды, не долженъ оправдать обвиняемаго за второе преступленіе, такъ какъ оказалось, что

---

[1]) Keller—7 b. къ 263 § St. P. O. (со ссылкой на рѣш. прусск. Ober-Tribunal'a), Ullmann—Lehrb. (Deut), стр. 630, Geyer—op. c., 841 стр., Beling—op. c. 416 и 417 стр. (§ 415 St. P. O. представляетъ исключеніе). Kohlrausch—Zur processualen Behandlung der Idealkoncurrenz. Greifswald. 1899 г., стр. 60, 61. Olshausen—§ 73 St. GB. № 38. Köhler. Die Grenzlinien zwischen Idealconcurrenz und Gesetzesconcurrenz. München. 1900 г., стр. 180 (§ 16 въ концѣ). Reiffel—l. c. и Goldt. Arch. 1896 г., стр. 130, 131 (онъ видитъ препятствіе для отдѣльнаго разсмотрѣнія идеально конкуррирующаго деликта въ необходимости, по § 73 St. G. B., одного наказанія. Binding (Handbuch, I, 634 стр.) считаетъ новое преслѣдованіе возможнымъ, когда приговоръ въ первомъ процессѣ относился къ тому изъ идеально конкуррирующихъ деликтовъ, которое менѣе наказуемо; и въ обратномъ случаѣ собственно искъ изъ Antragsdelict'a не поглощенъ приговоромъ, но становится безцѣльнымъ, вслѣдствіе постановленія § 73 St. G. B. о наказаніи при идеальной совокупности (примѣняется только законъ, угрожающій наиболѣе тяжкимъ наказаніемъ).

[2]) Рѣш. 2 марта 1899 г. (Entsch. XXXII, 57 стр.) и указываемое тамъ Entsch. XXIX, 156 стр. Такъ же Beling—l. c., 417 стр.

жалобщикъ не былъ при исполненіи служебныхъ обязанностей, на томъ основаніи, что не было заявлено просьбы о наказаніи виновнаго за нарушеніе тѣлесной неприкосновенности, къ которому свелось сопротивленіе должностному лицу, но обязанъ обсудить дѣяніе и съ этой стороны [1]).

Всесторонняя оцѣнка дѣянія можетъ встрѣчать препятствія иногда *въ фактическихъ причинахъ*: иногда то или другое обстоятельство, существенное для юридической характеристики дѣянія, обнаруживается уже послѣ постановленія приговора и даже послѣ вступленія его въ законную силу. Спрашивается, можетъ ли такое обстоятельство, такой фактъ дать основаніе новому преслѣдованію, или же оно все-таки поглощается приговоромъ, признается частью предмета прежняго обвиненія? Общее мнѣніе въ наукѣ распространяетъ законную силу приговора запредѣлы того, что было дѣйствительно въ виду суда, если только послѣдній имѣлъ право постановить рѣшеніе и о такомъ фактѣ, *если бы онъ своевременно обнаружился* [2]). Предметъ обвиненія недѣлимъ [3]), его образуетъ дѣяніе подсудимаго, и все, что лежитъ въ границахъ этого единаго дѣянія, должно быть изслѣдовано и разрѣшено въ первомъ процессѣ; если какіе-либо моменты этого дѣянія остались неизвѣстными, то они утрачены для обвинителя разъ навсегда. Законная сила приговора установлена въ интересахъ опредѣленности юридическихъ отношеній, и предпочтительнѣе, чтобы приговоръ не

---

[1]) Рѣш. 2 ноября 1880 г. (Rechtspr. II, 432—434 стр.)

[2]) Имперскій судъ формулируетъ это начало въ рѣш. 12 іюля 1882 г. и 10 ноября 1882 г. (Entsch. VII, 32 и 229) слѣдующимъ образомъ: Soweit das Recht des Richters reicht, seine Entscheidung zu erstrecken, soweit reicht der Grundsatz «ne bis in idem». См. также Glaser-Gerichtssaal, т. 36, стр. 120–122 и Handbuch, II, 71; Beling—op. c. 413, 414; Löwe—op. c., стр. 460, Borgmann—op. c. (Identität der That), стр. 55. Olshausen- № 14b къ § 73, Binding—Handbuch I. 560; Liszt—Lehrbuch, 242 стр., Dochow—op. c. стр. 94. См. еще Remeis—Die Wiederaufnahme in Strafsachen. Erlangen. 1864, стр. 55.

[3]) См. въ особенности Beling—op. c. § 61—III и IV и стр. 414 (даже указаніе обвиненія только на опредѣленную часть фактическаго комплекса не имѣетъ значенія; «такое самоограниченіе невозможно вслѣдствіе единства и недѣлимости предмета процесса»).

вполнѣ отвѣчалъ истинѣ, чѣмъ, чтобы уголовное дѣло могло быть возобновляемо многократно и отношеніе государства къ преступнику оставалось неопредѣленнымъ [1]). Соображенія гуманности также приводятъ къ необходимости положить извѣстную границу, за которой подсудимый можетъ быть обезпеченъ отъ уголовнаго преслѣдованія [2]). Для наиболѣе рѣзкихъ случаевъ допускается, въ видѣ исключенія, возобновленіе уголовныхъ дѣлъ, но кромѣ этихъ, точно означенныхъ въ законѣ случаевъ, приговоръ незыблемъ по вступленіи въ законную силу, т. е. по истеченіи сроковъ обжалованія или при безуспѣшности жалобы, и *сила приговора объемлетъ все дѣяніе: если что-либо упущено*, напримѣръ: отягчающее обстоятельство, то новый процессъ все-таки невозможенъ, какъ онъ невозможенъ и для приведенія какихъ-либо доказательствъ, упущенныхъ въ прежнемъ [3]). Имперскій судъ и большинство криминалистовъ и процессуалистовъ [4]) распространяютъ это положеніе и на случаи, въ которыхъ въ первомъ процессѣ не были въ виду суда отдѣльные *акты продолжаемаго или собирательнаго преступленія* (коллективъ—деликта), т. е. элементы юридическаго единства, но нѣкоторые находятъ возможнымъ новое преслѣдованіе за эти акты, происшедшіе до перваго приговора. Кризъ говоритъ, что собирательныя преступленія нельзя подводить подъ одну категорію съ едиными, въ послѣднихъ приговоромъ поглощаются и тѣ послѣдствія, которыя *произошли посль* приговора, напр.: смерть потерпѣвшаго, когда обвиняемый осужденъ за

---

[1]) Berner—Non bis in idem въ Goldtam. Arch. 1855 г. (III), стр. 474, 475, Glaser-Gerichtssaal 36 т., стр. 120, Schanze—Die Rechtskraft des Strafurtheils въ *Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft*, IV т., стр. 451, 452; Kries—Lehrbuch, стр. 593. Iohn—op. c., II, 295.

[2]) Eichhorn—Non bis in idem und das Reichsgericht, въ Gerichtssaal, т. 38, стр. 406—придаетъ значеніе именно этому моменту (aequitas); напротивъ, Schanze, Iohn, Kries на немъ и останавливаются.

[3]) Schanze—l. c., 472, 473 стр. Glaser—l. c. (das ist eine Frage des Gelingens oder Misslingens einer bestimmter Prozedur»...)

[4]) См. прим. 2 на 195 стр. и рѣш. 12 іюля и 10 ноября 1882 г. (Entsch. VII, 32 и 229 стр.) и рѣш. 10 дек. 83 г. (Entsch. IX, 344: судъ *долженъ однако* констатировать связь новаго акта съ прежнимъ продолжаемымъ преступленіемъ). См. еще Farnbacher въ Gerichtssaal, 1897 г., 388 стр.

опасные побои; пришлось бы и при коллективѣ-деликтѣ признать вошедшими въ приговоръ и тѣ отдѣльныя дѣянія которыя произошли послѣ него, но такого вывода никто не дѣлаетъ [1]). Это соображеніе не опровергаетъ однако взгляда противоположнаго тому, который защищаетъ Кризъ: согласно матеріальному праву, юридическое единство мыслимо только до постановленія приговора [2]), а послѣ того отдѣльныя дѣянія могутъ составить новое такое же единство, иначе осужденіе давало бы привычному или профессіональному преступнику carte blanche на продолженіе въ будущемъ его преступной дѣятельности, но всѣ отдѣльные акты, происшедшіе *до* приговора, теряютъ значеніе самостоятельныхъ дѣяній, а служатъ только проявленіями, доказательствами привычности или профессіональности; законодатель, создавая единое преступленіе изъ этихъ дѣяній, хочетъ настигнуть преступные привычку или промыселъ и облагаетъ такое преступленіе однимъ наказаніемъ, и выдѣлять какіе-либо акты только потому, что они не были въ виду суда, дѣлать ихъ предметомъ отдѣльнаго процесса и назначать наказаніе за нихъ по правиламъ реальной совокупности ихъ (или одного какого-нибудь) съ прежде разрѣшеннымъ коллективъ-деликтомъ значило бы поступать вопреки намѣренью законодателя [3]).

Право и обязанность суда разсмотрѣть всѣ отдѣльные акты собирательнаго преступленія не находится, какъ это

---

[1]) Kries—Lehrb. 599, 600 стр. Такъ же Eichhorn—l. c. 435—438 стр., который упрекаетъ противоположное мнѣніе въ противорѣчіи: судья долженъ принять во вниманіе неизвѣстные случаи, т. е. такіе, которыхъ онъ не могъ принять во вниманіе, долженъ сдѣлать невозможное. Eichhorn упускаетъ изъ виду, что оспариваемое имъ мнѣніе говоритъ не о фактической возможности для даннаго судьи и даннаго производства, а о юридической возможности, о правѣ судьи привлечь въ кругъ рѣшенія и такіе случаи. Eichhorn склоненъ, повидимому, исключить изъ приговора и отдѣльный актъ разрѣшеннаго продолжаемаго преступленія, неизвѣстный въ первомъ процессѣ (425 стр.). Другой вопросъ, можетъ ли онъ быть предметомъ отдѣльнаго процесса, если судья признаетъ его самостоятельность и отсутствіе связи съ прежнимъ продолжаемымъ? Отвѣтъ долженъ быть утвердительный.

[2]) См. Binding—Handbuch, I, 560, пр. 49; Beling—op. c., стр. 414.

[3]) Binding—Handbuch, I, стр 553. См. еще Wahlberg въ Grünh. Zeitschr. V, 515 стр.

легко понять, въ зависимости отъ того, какой послѣдовалъ приговоръ: обвинительный, или оправдательный, поэтому и *оправданный* въ такомъ преступленіи не можетъ быть судимъ за неизвѣстный прежде актъ его, совершенный до постановленія приговора: дѣйствительно, если бы было констатировано хоть одно дѣяніе изъ предполагаемаго обвиненіемъ единства, подсудимый былъ бы осужденъ за единичное дѣяніе, если оно наказуемо само по себѣ, безъ моментовъ привычности или профессіональности, или даже за профессіональное совершеніе деликта [1]); новое обвиненіе имѣло бы цѣлью установить такое дѣяніе, которое почему-либо не удалось констатировать въ первомъ процессѣ, т. е. стремилось бы исправить упущенія, тогда сдѣланныя [2]). Имперскій судъ признаетъ такое значеніе оправдательнаго приговора только, если привычность или профессіональность суть признаки состава преступленія, при отсутствіи которыхъ оно не наказуемо; въ этомъ случаѣ отдѣльные, прежде неизвѣстные акты представляютъ не самостоятельныя дѣянія, а проявленія одного (уже разрѣшеннаго) дѣянія [3]). Въ другомъ рѣшеніи, гдѣ профессіональность была только квалифицирующимъ обстоятельствомъ (при укрывательствѣ), имперскій судъ допустилъ новое преслѣдованіе за отдѣльный случай, не бывшій въ виду суда въ прежнемъ процессѣ, хотя и происшедшій до приговора, когда послѣднимъ тотъ же обвиняемый былъ оправданъ въ профессіональномъ укрывательствѣ [4]). Мотивы, которые положены въ основу этого рѣшенія, пригодны однако для случаевъ другого рода: имперскій судъ отожествляетъ дѣйствіе такого оправдательнаго приговора въ отношеніи «ne bis in idem» съ дѣйствіемъ обвинительнаго, въ которомъ отвергнуты только профессіональность или привычность, или продолжаемое преступленіе, а признана наличность единичнаго преступленія или реальная совокупность нѣсколькихъ преступленій. Послѣ такого

---

[1]) О возможности въ случаѣ одного дѣянія осужденія за профессіональное совершеніе см. мою статью въ Ж. Мин. Юстиц. за 1904 г., октябрь стр. 78 и слѣд. и приведенныя тамъ литературныя указанія.

[2]) За одинаковое значеніе оправдательныхъ и обвинительныхъ приговоровъ Beling—l. c., Liszt—Lehrb. 242 стр., пр. 8.

[3]) Рѣш. 4 дек. 1894 г. (Entsch., XXVI, 299 стр.).

[4]) Рѣш. 24 ноября 1893 г. (Entsch., XXIV, 419).

обвинительнаго приговора судья въ новомъ процессѣ объ отдѣльномъ дѣяніи, дѣйствительно, не можетъ признать его частью юридическаго единства вмѣстѣ съ прежними, такъ какъ тогда онъ вступитъ въ противорѣчіе съ прежнимъ приговоромъ, отвергнетъ самостоятельность прежде разрѣшенныхъ дѣяній [1]). Правда, мотивы прежняго приговора не обязательны для второго судьи [2]), но взглядъ на тожество новаго акта съ прежними, какъ частей одного цѣлаго, не высказывается только въ мотивахъ; относительно неизвѣстнаго акта или дѣянія первый судья даже не можетъ и упоминать, а отсутствіе единства прежнихъ случаевъ, отрицаніе за ними или однимъ изъ нихъ свойства элемента юридическаго единства опредѣляется первымъ судьей въ резолютивной части приговора, когда осужденіе послѣдовало за дѣянія a, b и c, а не за d, состоящее изъ a, b и c. Отвергнувъ профессіональность или привычку, судья не могъ уже распространить приговоръ даже на извѣстныя ему тогда дѣянія, не упомянутыя въ опредѣленіи объ открытіи

---

[1]) Такъ рѣш 20 сент. 1892 г. (Entsch. XXIII, стр. 230), 19 ноября 1885 г. (Rechtspr. VII, 70), 628 окт./4 нояб. 1886 г. (Ensch. XV, 23, особ. 27 и слѣд.). Въ этомъ же смыслѣ Farnbacher въ Gerichtssaal, 1897 г., стр. 392 и слѣд. Kohler въ рецензіи комментара Löwe къ Уст. Уг. Суд. (Iurist. Litteraturblatt, VI, 119) раздѣляетъ взглядъ райхсгерихта и на оправдательные приговоры.

[2]) На этомъ основываетъ свое мнѣніе Beling (op. c. 414 стр., пр. 38 и стр. 418), полагающій, что второй судья можетъ признать отдѣльные случаи, установленные прежнимъ приговоромъ, элементами коллективъ-деликта и тожество ихъ съ новымъ, подлежащимъ рѣшенію. Райхсгерихтъ признаетъ необязательнымъ для второго судьи взглядъ перваго судьи, что новый фактъ представляетъ другое дѣяніе, и новое обвиненіе можетъ быть отклонено, какъ имѣющее предметомъ дѣяніе тожественное съ прежнимъ, но эти рѣшенія касаются не актовъ юридическаго единства, а частей одного дѣянія, которымъ было придано ненадлежащее значеніе въ первомъ процессѣ, см. рѣш. 15 ноября 1886 г., 30 сент. 1890 г., 23 іюня 1883 г. (Entsch. XV, 133, XXI. 84, IX, 14). Здѣсь судъ призналъ, что причиненіе раны было однимъ дѣяніемъ вмѣстѣ съ прежде разрѣшеннымъ ударомъ въ грудь; что въ первомъ процессѣ приговоръ неправильно не былъ распространенъ и на причиненіе раны, усматривая другое дѣяніе, и что новое обвиненіе недопустимо. Здѣсь взглядъ 1-го судьи на единство дѣянія былъ высказанъ въ мотивахъ. John—op. c., II, 260, 261,—находитъ и здѣсь обязательнымъ для 2-го взглядъ 1-го судьи.

главнаго слѣдствія, такъ какъ исчезло объединяющее всѣ дѣянія звено. Поэтому такіе акты могутъ быть предметомъ отдѣльнаго обвиненія. Но и въ новомъ процессѣ судья можетъ признать наличность только отдѣльныхъ дѣяній, такъ какъ *юридическое единство молчаливо отвергнуто прежнимъ приговоромъ*, и лишь въ томъ случаѣ—коллективъ-деликтъ или продолжаемое преступленіе, когда въ первомъ процессѣ обвиненіе вообще не было предъявлено за *собирательное* или *продолжаемое* преступленіе, потому что, при этомъ предположеніи, не можетъ быть и рѣчи о тожествѣ этихъ дѣяній, ни самихъ по себѣ, ни разсматриваемыхъ, какъ одно цѣлое, съ прежними. Всѣ эти соображенія непримѣнимы къ оправдательному приговору за собирательное преступленіе или продолжаемое: оправданіе означаетъ отсутствіе не одного только соединительнаго звена, но какого-бы то ни было отдѣльнаго дѣянія за все время до постановленія приговора.

Наиболѣе спорнымъ представляется вопросъ, объемлется ли вступившимъ въ силу приговоромъ и такое преступленіе, которое находится въ идеальной совокупности съ разрѣшеннымъ этимъ приговоромъ преступленіемъ, и тогда, когда первое не было разсмотрѣно въ первомъ процессѣ по неизвѣстности фактическихъ моментовъ, существенныхъ для состава этого преступленія? Такіе случаи должны были бы обсуждаться согласно съ тѣмъ началомъ, въ силу котораго приговоромъ поглощается все, на что распространялась власть перваго судьи, а, такъ какъ идеальная совокупность не разрушаетъ тожества матеріальнаго дѣянія, такъ какъ дѣяніе остается единымъ и судья въ правѣ и обязанъ разсмотрѣть его въ отношеніи ко всякому уголовному закону, которому это дѣяніе соотвѣтствуетъ, то на поставленный вопросъ слѣдовало бы дать утвердительный отвѣтъ. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ такой порядокъ давалъ бы возможность виновнымъ избѣгнуть заслуженной кары и отдѣлаться незначительнымъ наказаніемъ, поэтому въ германской юридической литературѣ, а отчасти и въ практикѣ райхсгерихта, замѣчается стремленіе ограничить указанное правило. Кольраушъ [1]) не

---

[1]) Kohlrausch—op. c., стр. 61—63. Такъ же Reiffel въ Goldt. Arch. 1896 г., стр. 130, 131.

хочетъ вообще дѣлать различіе между случаями юридической и фактической невозможности распространенія приговора на всѣ моменты дѣянія: не могло ли быть разрѣшено въ первомъ процессѣ идеально конкуррирующее преступленіе, по отсутствію частной жалобы, если это Antragsdelict, или по неизвѣстности результата, безразлично, и новое преслѣдованіе за это преступленіе возможно: напримѣръ, за причиненіе кому-либо раны тѣмъ выстрѣломъ, который составлялъ фактическое основаніе прежняго, разрѣшеннаго обвиненія въ поломкѣ (этимъ выстрѣломъ) фонаря или въ запрещенной стрѣльбѣ. Послѣдній примѣръ приводитъ Айхгорнъ, который находитъ, что поглощеніе приговоромъ и неизвѣстнаго при постановленіи приговора послѣдствія дѣянія можетъ вести прямо къ невозможнымъ, шокирующимъ чувство справедливости результатамъ: къ примѣненію ничтожнаго наказанія за полицейское нарушеніе къ виновному въ умышленномъ убійствѣ, если онъ поспѣшитъ до обнаруженья послѣдняго сообщить полиціи или судьѣ о томъ, что производилъ запрещенную стрѣльбу, и, чѣмъ скорѣе послѣдуетъ приговоръ за это, тѣмъ больше шансовъ, что виновный не пострадаетъ за результатъ этой стрѣльбы [1]). Айхгорнъ [2]) находитъ новое обвиненіе возможнымъ здѣсь потому, что оно касается другого дѣянія: запрещенная стрѣльба и смерть или пораненіе человѣка этой стрѣльбой, недозволенное храненіе взрывчатыхъ веществъ и взрывъ и пожаръ, этимъ вызванные, не тождественныя дѣянія, какъ не тождественны несоблюденіе правилъ строительнаго устава при постройкѣ и бывшее результатомъ этого разрушеніе постройки, повлекшее гибель людей. Различіе только въ близости результата по времени, въ дѣйствительности же полицейское нарушеніе—запрещенная стрѣльба—окончено въ моментъ выстрѣла, и воля дѣятеля направлена только на это, а проступокъ состоитъ въ тѣлесномъ поврежденіи, произведенномъ ружейнымъ зарядомъ, въ несчастномъ послѣдствіи неосторожной воли, оба раза отношеніе воли къ объективной сторонѣ случившагося (That) различное, хотя въ обоихъ дѣяніяхъ есть общность воли: въ первомъ наказуема

---

[1]) Eichhorn—l. c. 412 стр., пр. 21.

[2]) l. c. стр. 409–420 особ. стр. 416—419.

воля сама по себѣ, во второмъ объективная сторона должна быть искуплена, вслѣдствіе ея несчастнаго результата. Такимъ образомъ, Айхгорнъ одно проявленіе воли расчленяетъ на части и въ то же время какъ-бы допускаетъ отвѣтственность за объективное происшествіе, которое не можетъ быть сведено къ волѣ человѣка. Такое пониманіе дѣянія и противорѣчиво, и не соотвѣтствуетъ общепринятому, согласно которому дѣяніе есть непремѣнно проявленіе воли (Willensbethätigung) и единство дѣянія сохраняется при единствѣ проявленія воли, несмотря на нѣсколько результатовъ [1]). Но Айхгорнъ впадаетъ и въ другое противорѣчіе: признавая два дѣянія, онъ допускаетъ распространеніе приговора въ первомъ процессѣ на оба, если они оба (т. е. и результатъ, и нарушеніе) были тогда извѣстны, и осужденіе за идеальную совокупность деликтовъ. Иной взглядъ проводится райхсгерихтомъ, который, какъ было указано, признаетъ, напримѣръ, запрещенную быструю ѣзду и причиненное ею тѣлесное поврежденіе однимъ и тѣмъ же дѣяніемъ, но, если полицейское нарушеніе было разрѣшено въ особомъ суммарномъ порядкѣ—приказомъ участковаго судьи (amtsrichterlicher Strafbefehl), то райхсгерихтъ находитъ «ne bis in idem» непримѣнимымъ, такъ какъ судья лишенъ возможности всесторонне оцѣнить дѣяніе, постановляя свой приказъ безъ разбирательства дѣла по существу [2]), на основаніи только письменнаго предложенія прокурора (§ 447 St. P. O.). Обвиняемому предоставляется,

---

[1]) См. Liszt—Lehrbuch, § 28 и стр. 235, 236 и прим. 3 ib., Binding—Handb. I, 581 и указываемые первымъ криминалисты. Особенно ярко выступаетъ неправильность взгляда Айхгорна въ примѣрѣ, приводимомъ имъ въ примѣчаніи 33 на стр. 417, гдѣ онъ допускаетъ обвиненіе въ покушеніи на убійство противъ лица, осужденнаго за произведенное тѣмъ же выстрѣломъ повреждение имущества, если оказалось послѣ приговора, что выстрѣлъ былъ направленъ въ человѣка съ намѣреньемъ лишить его жизни, но, благодаря промаху, была убита его собака. Такимъ образомъ, aberratio ictus разсматривается, какъ реальная совокупность, между тѣмъ какъ здѣсь идеальная совокупность, (Olshausen—27 къ 59 § St. G. B. Ср. Таганцевъ—Лекціи, 1902 г., стр. 629) или даже только одно преступленіе, такъ какъ неосторожное повреждение вещи непреступно.

[2]) Рѣш. 21 дек. 1883 г., 2-го іюня 1881 г. (Rechtsprech. V, 804; III, 367), 14 дек. 1886 г. (Entsch. XV, 112).

заявивши въ срокъ возраженіе на приказъ судьи, устранить послѣдній и тѣмъ самымъ перенести дѣло въ общій порядокъ процесса въ шеффенгерихтѣ; въ противномъ случаѣ, согласно § 450 St. P. O, уголовный приказъ получаетъ дѣйствіе вступившаго въ законную силу приговора, но это постановленіе понимается въ томъ смыслѣ, что приговоръ подлежитъ исполненію, но не въ томъ, что уголовный искъ признается окончательно и безусловно поглощеннымъ. Новое обвиненіе не допускается только, если сохраняется прежняя квалификація или если новая квалификація дѣянія не является болѣе тяжкой [1]). Поэтому подвергшійся наказанію по уголовному приказу за непринятіе мѣръ огражденія молотилки можетъ быть снова судимъ за причиненное этимъ тѣлесное поврежденіе. Судъ 1-й инстанціи, допуская новое преслѣдованіе, мотивировалъ это тѣмъ, что предметъ его составляетъ дѣяніе, не тождественное съ разсмотрѣннымъ въ приказѣ, что тогда наказано было «не дѣйствіе и не упущеніе, а пассивное дурное состояніе машины», нынѣ же предметъ процесса составляетъ упущеніе. Райхсгерихтъ призналъ тождество [2]), но отвергъ «ne bis in idem» въ силу приведеннаго выше взгляда на 450 §, St. P. O. Точка зрѣнія имперскаго суда признается многими германскими процессуалистами вообще неправильной, ибо она противорѣчитъ тексту закона (§ 450 St. P. O.), да и соображенія, приводимыя райхсгерихтомъ въ пользу ограничительнаго толкованія § 450, неосновательны, такъ какъ участковый судья, въ случаѣ сомнѣнія, имѣетъ право, согласно 448 §, перенести дѣло въ общій порядокъ, т. е. открыть судебное засѣданіе и такимъ образомъ оцѣнить происшествіе всесторонне. Если бы дѣло оказалось превышающимъ предѣлы подсудности шеффенгерихта, то послѣдній постановилъ бы опредѣленіе о неподсудности, и дѣло поступило

---

[1]) Рѣш. 8 окт. 1886 г. (Rechtspr. VIII, 606: новое обвиненіе усматривало покушеніе на вымогательство въ тѣхъ же фактахъ, въ которыхъ предшествовавшій приказъ видѣлъ прошеніе милостыни, соединенное съ угрозами). См. также Löwe—op. c., стр. 458 f. и рѣш. 19 февр. 1901 г. (Entsch. XXXIV, 165).

[2]) Упомянут. рѣш. 21 дек. 1883 г. (установленіе машины, говорится здѣсь, безъ принятія необходимыхъ мѣръ для предотвращенія опасности, есть то дѣйствіе (Thun), которое образуетъ основу обоихъ деликтовъ).

бы въ надлежащее судебное мѣсто [1]). Можно однако возразить, что такое направленіе дѣла мыслимо только тогда, когда имѣющійся въ виду участковаго судьи матеріалъ возбуждаетъ такое сомнѣніе, т. е. въ случаяхъ, когда фактическій составъ новаго и прежняго, разрѣшеннаго приказомъ судьи, обвиненій не измѣнился [2]), но чаще всего матеріалъ, находящійся въ виду судьи, т. е. предложеніе прокурора, не дастъ никакихъ указаній на то, что въ дѣлѣ имѣются невыясненныя и существенныя съ юридической точки зрѣнія обстоятельства, послѣднія обыкновенно и обнаруживаются только при судебномъ разбирательствѣ; если же малѣйшее предположеніе судьи должно влечь переносъ дѣла въ обычный порядокъ производства, то все значеніе суммарнаго порядка сведется къ нулю. Такимъ образомъ, дѣйствительно, распространеніе правила «ne bis in idem» на такіе приказы слѣдуетъ признать опаснымъ и тѣмъ менѣе желательнымъ, что въ такихъ случаяхъ нѣтъ тѣхъ серіозныхъ основаній въ пользу непоколебимости силы рѣшенія, которыми объясняется невозможность новаго преслѣдованія за дѣяніе, разрѣшенное приговоромъ: недопустимость преслѣдованія не вытекаетъ здѣсь ни изъ чувства гуманности къ подсудимому, ни изъ опасности противорѣчій судебныхъ рѣшеній, ни изъ не-

---

[1]) См. Keller—op. c., 3 къ 450 §. Iohn—op. c. II, 295—297, Glaser въ Gerichtssaal, т. 36, стр. 167, прим. 79 въ концѣ, Ullmann—Lehrb. (Deut.), стр. 560, пр. 1, Beling—l. c., стр. 424, Birkmeyer—Deutsches Strafprocessrecht. Berlin. 1898 г., стр. 770 и 683, 684 прим. К. 35), Max Berner—Der Grundsatz des ne bis in idem, § 23, особенно Kries—Lehrb., 594—598 стр. Послѣдній указываетъ, что въ новомъ приговорѣ нужно зачесть прежнее наказаніе, опредѣленное приказомъ, но уголовный кодексъ не знаетъ такого порядка, какъ и уст. уг. суд.; что, если въ новомъ процессѣ окажется дѣяніе совсѣмъ непреступнымъ, нѣтъ способа отмѣнить приказъ, противъ котораго не было въ срокъ заявлено возраженіе; что здѣсь такая же фактическая невозможность распространить приговоръ на неизвѣстный фактическій моментъ, какъ въ другихъ случаяхъ его неизвѣстности, между тѣмъ тамъ приговоръ объемлетъ и этотъ моментъ. Kohlrausch, основываясь на послѣднемъ соображеніи, выводитъ какъ разъ обратное: возможность новаго преслѣдованія вообще за неизвѣстный прежде фактъ (см. выше пр. 1 на стр. 200).

[2]) Ср. выше пр. 1 на стр. 203. Kries и Beling видятъ непослѣдовательность въ частичномъ признаніи «ne bis in idem».

обходимости твердости правового порядка и опредѣленнаго исхода процессуальнаго отношенія [1]): въ сущности при постановленіи уголовнаго приказа совсѣмъ нельзя говорить о судебномъ процессѣ [2]).

Айхгорнъ возстаетъ противъ различія, которое дѣлаетъ райхсгерихтъ *между случаями*, гдѣ послѣдовалъ приговоръ, не охватившій результата дѣянія, и гдѣ уголовный приказъ. Съ его точки зрѣнія, существенно не то, въ какомъ порядкѣ производилось дѣло, а только неизвѣстность результата въ прежнемъ производствѣ, начатомъ только за формальное нарушеніе закона [3]). Въ практикѣ имперскаго суда былъ случай, гдѣ оправданіе послѣдовало за неразрѣшенную практику въ качествѣ повивальной бабки въ теченіе 1882 г.; еще прежде вступленія приговора въ законную силу, обнаружилось, что одинъ изъ актовъ этой практики вызвалъ неосторожное причиненіе смерти нѣкоей S., именно въ мартѣ 1882 г., и по поводу этого было возбуждено второе обвиненіе, окончившееся обвинительнымъ приговоромъ. Конечно, принципъ «ne bis in idem» не могъ быть здѣсь примѣненъ, ибо на первый приговоръ была принесена апелляціонная жалоба, но райхсгерихтъ призналъ, что въ дѣлѣ о неразрѣшенномъ исполненіи обязанностей повивальной бабки случай, связанный со смертью S., какъ дѣяніе еще подлежащее наказанію, не долженъ уже разсматриваться, такъ какъ этотъ случай уже поглощенъ приговоромъ за проступокъ (*причиненіе смерти*) [4]). Такимъ образомъ, одинъ изъ актовъ продолжаемаго преступленія—неразрѣшеннаго врачеванія,—связан-

---

[1]) Именно на этомъ дѣлаютъ удареніе Kries и Iohn—l. c.

[2]) *Ullmann* возлагаетъ отвѣтственность за недостаточно исчерпывающую юридическую оцѣнку случая на прокурора, направившаго обвиненіе въ суммарномъ порядкѣ (l. c.).

[3]) l. c. стр. 414. Ср. еще 429 пр. 64 и 430 стр. Айхгорнъ ссылается на Ortloff'a. Послѣдній различаетъ дѣяніе, наказуемое по полицейскимъ соображеніямъ, само по себѣ, и по уголовнымъ, какъ имѣвшее тѣ послѣдствія, которыя хотѣлъ предупредить полицейскій запретъ, и видитъ два дѣянія могущія дать поводъ къ отдѣльнымъ обвиненіямъ, въ продажѣ платьевъ, окраска которыхъ содержала мышьякъ, и въ разстройствѣ здоровья, отъ того послѣдовавшемъ (Goldt. Arch., 1878 г., стр. 188).

[4]) Рѣш. 12 іюня 1883 г. (Rechtspr. V, 29).

ный съ отягчающимъ результатомъ, неосторожнымъ лишеніемъ жизни, выдѣленъ въ самостоятельное дѣяніе. Близкое къ этому разрѣшеніе вопроса предлагаетъ Глазеръ [1]: въ подобныхъ случаяхъ соединительное звено двухъ преступленій представляетъ побочное свойство (Nebeneigenschaft) несущественнаго для одного изъ нихъ обстоятельства, не измѣняющее юридической природы этого преступнаго дѣянія, напримѣръ: если обвиненіе въ недозволенномъ пользованіи оружіемъ опирается на нѣсколько случаевъ, то для этого нарушенія случай, окончившійся тѣлеснымъ поврежденіемъ, несущественное обстоятельство, а способъ пользованія (тѣлесное поврежденіе), связывающій два деликта, побочное свойство этого обстоятельства. Если бы однако нарушеніе проявилось только въ этомъ одномъ случаѣ пользованія оружіемъ, то, хотя запрещенность послѣдняго для тѣлеснаго поврежденія тоже побочное свойство, но само обстоятельство (пользованіе) существенно для нарушенія. Поэтому здѣсь приговоръ поглощаетъ все дѣяніе, и новое обвиненіе за другой деликтъ, въ немъ заключающійся, невозможно. Невозможно оно и за неразсмотрѣнныя въ первомъ процессѣ изнасилованіе, когда первое обвиненіе было въ одномъ случаѣ инцеста, а второе относитъ изнасилованіе именно къ этому случаю; или за самовольное возвращеніе изъ ссылки, если имѣется въ виду единственный разъ, не разсмотрѣнный въ первомъ процессѣ, гдѣ обвиняемый судился за преступленіе, которое было совершено въ мѣстѣ, расположенномъ въ запретной для высланнаго территоріи. Такъ и въ дѣлѣ, разрѣшенномъ райхсгерихтомъ, если бы обвиненіе въ недозволенномъ врачеваніи въ качествѣ повивальной бабки опиралось на одинъ случай такого врачеванія именно тотъ, который окончился смертью паціентки, новое обвиненіе въ одномъ изъ этихъ деликтовъ, послѣ разрѣшенія дѣла о другомъ изъ нихъ, было бы невозможно, съ другой стороны, приговоръ въ первомъ процессѣ долженъ быть распространенъ на оба преступленія (въ идеальной совокупности). Напротивъ, когда ношеніе оружія, запрещенное врачеваніе, появленіе высланнаго въ запретной территоріи, инцестъ, проявились въ рядѣ отдѣльныхъ случаевъ или пребываніе высланнаго было продолжитель-

---

[1]) Gerichtssaal, 36 т., стр. 122, 123, 168, пр. 81.

нымъ, не ограничилось только временемъ совершенія преступленія,—въ новомъ процессѣ по поводу того изъ случаевъ (или актовъ), который имѣлъ болѣе тяжкій характеръ, обстоятельство, связывающее это преступленіе съ прежнимъ, не будетъ дважды имѣть существеннаго значенія [1]). Поэтому, при такомъ условіи нельзя говорить о bis in idem, къ тому же нѣтъ опасности злоупотребленій новымъ преслѣдованіемъ, когда въ прежнемъ процессѣ не были извѣстны тѣ моменты дѣянія, которые обсуждаются во второмъ. Въ результатѣ возможность новаго обвиненія ставится въ зависимость еще и отъ второго условія, и вся конструкція получаетъ двойное и противорѣчивое объясненіе: если дѣяніе во второмъ процессѣ не тождественно съ дѣяніемъ въ первомъ, то безразлично были ли въ первомъ извѣстны тѣ факты, которые разсматриваются во второмъ, такъ какъ состоявшійся приговоръ все равно не могъ быть на нихъ распространенъ, напримѣръ: въ дѣлѣ о недозволенномъ врачеваніи, слѣдствіе не могло бы быть распространено на тотъ случай, который окончился смертью паціентки; если же считать и этотъ случай входящимъ въ продолжаемое преступленіе—недозволенное врачеваніе, то почему неизвѣстность этого случая или только его тяжкаго послѣдствія должна получить такое значеніе, какого она при другихъ обстоятельствахъ не имѣетъ? почему тогда приговоръ за собирательное или продолжаемое преступленіе поглощаетъ и неизвѣстные въ первомъ процессѣ случаи или проявленія этого преступленія? почему, далѣе, приговоръ за единичное дѣяніе поглощаетъ и неизвѣстный въ то время результатъ? Выходитъ, что для разсматриваемыхъ выше примѣровъ устанавливается исключеніе; между тѣмъ скорѣе слѣдуетъ здѣсь отвергнуть тожество дѣянія и случай, составляющій самостоятельное преступленіе, предусмотрѣнный особо уголовнымъ закономъ, выдѣлять изъ юридическаго единства, послѣднее разрывается именно вслѣдствіе наличности въ такомъ случаѣ особыхъ обстоятельствъ, которымъ матеріальное право придаетъ совершенно иное

---

[1]) Такъ же разсматривается случай, когда одинъ изъ актовъ профессіональнаго ростовщичества является въ то же время обманомъ (Betrug). (l. c., 123 стр.).

значеніе и при которыхъ свойство случая, дѣлавшее послѣдній частью юридическаго единства, элементомъ другого преступленія, перестаетъ играть роль [1]). Относительно собирательныхъ преступленій примѣръ такого пониманія представляетъ рѣшеніе райхсгерихта, отъ 1 марта 1882 года, гдѣ признано, что случаи квалифицированнаго сводничества —своихъ дочерей (181 § ч. 2 St. G. B.)—не могутъ быть слиты въ одно собирательное преступленіе съ случаями простого привычнаго сводничества (180 St. G. B., согласно которому сводничество наказуемо или при наличности привычки къ этому дѣянію, или при совершеніи его ради выгоды), хотя бы и въ первыхъ заключался элементъ привычнаго совершенія, а тѣ и другіе составляютъ реальную совокупность преступленій [2]). Еще ярче выражена та же мысль въ рѣшеніи 21 декабря 1883 г. по поводу нѣсколькихъ случаевъ сводничества ради выгоды, которые въ то же время указывали на совершеніе этого преступленія по привычкѣ (gewohnheitsmässig). «Если, говорится здѣсь, исходятъ, насколько рѣчь идетъ о понятіи привычнаго сводничества, изъ соединенія нѣсколькихъ дѣяній въ единый деликтъ, то этотъ взглядъ не заставляетъ признаніе единства и его слѣдствій переносить на ту область, въ кото-

---

[1]) Ср. Liszt—Lehrb., 238 стр. «Ist nun eine der Einzelhandlungen erschwert, so ergreift diese Erschwerung auch die Gesamthandlung, soweit nicht eben durch die Erschwerung einer Einzelhandlung die Einheit aufgehoben wird». Напротивъ, по Binding'у (Handbuch I, 584), продолжаемое преступленіе (сюда онъ относитъ и собирательное, 552 стр.) исторгаетъ всѣ сливающіяся съ нимъ въ одно дѣяніе преступленія изъ области реальной совокупности; примѣнимо только законоположеніе объ идеальной совокупности къ такимъ случаямъ, какъ причиненіе выстрѣломъ, при профессіональномъ браконьерствѣ, ранил кому либо или лѣсного пожара.

[2]) Entsch. VI, 132. Такъ же Oppenhoff—7 къ 181 § St. G.B., Olshausen (7 къ 181 § St. G.B.) говоритъ, что возможна только идеальная совокупность привычнаго съ реально конкуррирующими случаями квалифицированнаго сводничества. По Гельшнеру (Das gemeine Deutsche Strafrecht, Bonn, 1887 г. II, 692 стр.) и Биндингу (Handb. I, 353 и 553 пр. 19), примѣнимъ только § 181: привычка и квалификація по 181 §—двѣ квалификаціи того же деликта и болѣе строгая исключаетъ менѣе строгую (Alternativität der Gesetze; Binding—349, 350).

рой, въ силу внутренней природы преступнаго дѣянія и его отдѣльныхъ установленныхъ въ законѣ признаковъ состава Thatbestandserfordernisse), не исключается самостоятельность нѣсколькихъ дѣяній и ихъ подводимость (Unterordnung) какъ таковыхъ подъ уголовный законъ». Райхсгерихтъ считаетъ сводничество привычное и ради выгоды двумя различными составами, указанными въ одномъ параграфѣ уголовнаго кодекса (180), и признаетъ идеальную совокупность нѣсколькихъ реально конкуррирующихъ случаевъ сводничества ради выгоды съ привычнымъ сводничествомъ [1]).

Весь вопросъ сводится такимъ образомъ не къ вліянію на объемъ законной силы приговора неизвѣстности части фактической стороны предмета обвиненія, а къ толкованію нормъ матеріальнаго права.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ дѣяніе, которое могло бы стать элементомъ юридическаго единства, вслѣдствіе привхожденія нѣкоторыхъ обстоятельствъ, совершенно утрачиваетъ то свойство, которое связывало его съ тѣмъ искусственнымъ единствомъ, такъ что нѣтъ даже идеальной совокупности деликта, представляемаго послѣднимъ, съ деликтомъ, представляемымъ даннымъ дѣяніемъ. Если, напримѣръ, то обстоятельство, которое могло бы быть частью продолжаемаго преступленія, ношенія оружія, входитъ, какъ признакъ, въ составъ другого преступленія, опаснаго тѣлеснаго поврежденія (§ 223 a: «Ist die Körperverletzung mittelst einer Waffe»...), то этотъ случай наличности оружія

---

[1]) Entsch. X, 26, стр. Такъ же 10 ноября 1882 г. (Entsch. VII, 229). Рѣш. 18 дек. 1880 г. (Rechtspr. II, 651) видитъ въ признакѣ «ради выгоды» только возвышающій наказаніе моментъ привычнаго сводничества. Такъ и Hälschner—op. c. II, 690 и Binding.—l. c. и пр. 12 на 354 стр. Въ пользу рѣш. 21 дек. 1883 г. Olshausen—15 c. къ 180 § и Oppenhoff—9 къ 180 §. Признавая сводничество изъ-за выгоды другимъ дѣяніемъ по отношенію къ привычному, рѣш. 10 ноября 1882 года, полагаетъ однако, что судья въ первомъ процессѣ, согласно 263, 264 §§ St. P. O., имѣлъ право оцѣнить и случаи сводничества перваго рода (ради выгоды), когда обвиненіе было въ сводничествѣ *второго* рода, привлекши ихъ къ коллективъ—деликту, поэтому и они погашены приговоромъ, хотя бы тогда не были извѣстны. Здѣсь заключается внутреннее противорѣчіе, на которое указываетъ Eichhorn—l, c., стр. 438—440. Въ томъ же смыслѣ Iohn—op. c., II, 288, 289 стр.

могъ бы разсматриваться только, какъ обстоятельство дѣянія, предусмотрѣннаго § 223 a St. G. B., и не подводиться подъ § 367 п. 9 (ношеніе скрытаго оружія), или выстрѣлъ въ людномъ мѣстѣ не подводиться подъ § 367 п. 8 (стрѣльба въ такихъ мѣстахъ), если онъ повлекъ смерть, а разсматриваться какъ умышленное или неосторожное лишеніе жизни, и только остальные случаи стрѣльбы или ношенія оружія составляли бы соотвѣтствующія нарушенія. При такомъ преступленіи, какъ неразрѣшенное врачеваніе, запретъ касается опаснаго для здоровья и жизни дѣянія и можетъ быть отнесенъ къ Gefährdungsverbote, которые представляются субсидіарными къ нормамъ, гдѣ запрещается причиненіе результата, опасность котораго вызвала существованіе такихъ Gefähdungsverbote, т. е. къ Verletzungsverbote; такимъ образомъ, осуществленіе опасности—смерть, происшедшая отъ такого врачеванія, обращаетъ этотъ случай въ неосторожное лишеніе жизни (Verletzungsdelict), а юридическое значеніе неразрѣшеннаго врачеванія отпадаетъ [1]).

Такъ опредѣляется въ германскомъ правѣ предметъ обвиненія и приговора. Но, раздвигая рамки перваго процесса да-

---

[1]) См. Binding—Handbuch. I, 358 и слѣд., 171, 172 стр. Субсидіарность онъ признаетъ только при такихъ Gefährdungsverbote, но не при простыхъ запретаяъ (Verbote schlechthin), которые вызываются опасностью этихъ дѣяній, но опасностью не для опредѣленныхъ по роду и виду правовыхъ благъ, напр.: запретъ быстрой ѣзды. Поэтому такія нарушенія идеально конкурриуютъ съ деликтами, нарушающими запреты поставленія въ опасность (Gefährdung) и причиненія вреда (Verletzung), напр.: быстрая ѣзда или ношеніе потайнаго оружія съ причиненіемъ смерти. Но бываютъ исключенія, когда ясно, къ какому правовому благу, поврежденіе котораго запрещено уголовнымъ закономъ, относится норма, содержащая простой запретъ, напр.: при запретѣ травить человѣка собакою. Это нарушеніе (§ 366 п. 6) поглощается закономъ, пред. причиненіе раны или смерти. То же можно сказать, на нашъ взглядъ, и о запрещенной стрѣльбѣ. Но и тамъ, гдѣ остается идеальная совокупность, отдѣльный случай, выдѣленный изъ продолжаемаго или длящагося преступленія не будетъ наказанъ дважды, такъ какъ въ дѣлѣ о болѣе тяжкомъ преступленіи, которое связано съ этимъ случаемъ, будетъ примѣнено наказаніе только за это послѣднее (§ 73 St. GB.).—Возвращеніе высланнаго и совершеніемъ другого преступленія вообще составляютъ реальную совокупность, а не идеальную, первое окончено со вступленіемъ на запретную территорію, второе начинается послѣ этого (напр., дуэль).

леко за предѣлы первоначальной формулировки уголовнаго иска, германское законодательство установило въ 264 § St. P. O. извѣстныя гарантіи сторонъ, въ особенности подсудимаго, отъ возможныхъ вредныхъ послѣдствій поворота обвиненія.

Первая мѣра, которая должна быть принята въ интересахъ подсудимаго, состоитъ въ *предупрежденіи* его о возможности осужденія на основаніи иного уголовнаго закона. Эта мѣра признается весьма существенною и, въ отличіе отъ французскаго права, она не только прямо указана въ законѣ, а не предоставлена гуманному усмотрѣнію предсѣдателя суда, но является обязательной, и несоблюденіе ея составляетъ поводъ отмѣны приговора. Насколько ревниво охраняется ея соблюденіе, можно видѣть изъ многочисленныхъ разъясненій имперскаго суда. Они были вызваны неопредѣленностью 1 ч. 264 §, гдѣ говорится и о другомъ уголовномъ законѣ, и о другой юридической точкѣ зрѣнія, между тѣмъ послѣднее понятіе шире перваго. Есть рѣшенія имперскаго суда, высказывающіяся въ пользу того, что предупрежденіе подсудимаго нужно только при переходѣ обвиненія отъ одного уголовнаго закона къ другому. «Если § 205 St. P. O., говорится въ рѣшеніи 1 марта 1881 г., требуетъ, чтобы въ опредѣленіи объ открытіи судебнаго слѣдствія былъ на ряду съ инкриминируемымъ дѣяніемъ и его законными признаками указанъ и подлежащій примѣненію уголовный законъ, то здѣсь требуется только общая ссылка на него, а не приведеніе его такъ и съ тѣмъ содержаніемъ, какое относится къ конкретному случаю»... «§ 264 разумѣетъ весь законъ, опредѣляющій извѣстное преступленіе или его видъ со включеніемъ его альтернативныхъ или равнозначащихъ признаковъ, а не одну часть закона, которая въ отдѣльномъ случаѣ имъ соотвѣтствуетъ», поэтому, когда обвиненіе было формулировано по § 283² St. G. B. и 210² Conc. Ordn. и усматривало простое банкротство въ томъ, что подсудимый упустилъ веденіе книгъ, предписанное торговымъ закономъ, а приговоръ, признавъ подсудимаго виновнымъ, установивши, что, хотя книги и велись, но безпорядочно и не давали представленія объ имущественномъ состояніи подсудимаго, несоблюденіе 1 ч. 264 § признано несущественнымъ. Подсудимый, прибавляетъ имперскій судъ, долженъ подготовить свою защиту противъ всякой точки зрѣ-

нія, объемлемой тѣмъ уголовнымъ закономъ [1]). Такъ еще, согласно рѣшенію 31 мая 1881 г., не обязательно предупредить подсудимаго, когда одно изъ квалифицирующихъ обстоятельствъ, предусмотрѣнныхъ одной и той же частью (2-й) § 230 St. G. B., замѣняется другимъ (нарушеніе особой внимательности, къ которой былъ обязанъ виновный въ тѣлесномъ поврежденіи, причиненномъ по неосторожности, въ силу не профессіи, а ремесла) [2]). Но во многочисленныхъ рѣшеніяхъ имперскаго суда проводится другой взглядъ, что расположеніе равнозначащихъ съ юридической точки зрѣнія признаковъ состава въ одномъ и томъ же § ѣ кодекса и часто даже въ одной и той же части *этого параграфа устанавливаетъ между ними только внѣшнюю* связь и объясняется техническими причинами, желаніемъ съэкономить мѣсто, въ сущности же каждая группа признаковъ составляетъ отдѣльное преступленіе, поэтому замѣна однихъ признаковъ другими можетъ отразиться на системѣ защиты и обусловлена соблюденіемъ 1 ч. 264 § St. P. O, [3]). Въ силу этого послѣднее признано необходимымъ, когда обвиненіе было въ кражѣ яицъ изъ курятника, при чемъ воръ проникъ туда, вырвавши кольцо двери, на которомъ висѣлъ замокъ, и усматривало въ этомъ «проникновеніе со взломомъ въ постройку», а приговоръ нашелъ здѣсь «проникновеніе со взломомъ въ хранилище, нахо-

---

[1]) Рѣш. 1-го марта 1881 г. (Rechtsprech III, 87—89). Такова же точка зрѣнія Glaser'a (Handbuch, II, 563 и Gerichtssaal, 36 т., стр. 128, 129), который считаетъ необходимымъ, чтобы избѣжать неустойчивости практики, придерживаться твердаго положенія: уголовный законъ, въ смыслѣ 264 § ч. 1, есть §, цыфра или часть закона (особо выдѣленная). Противъ приведеннаго рѣшенія Meves въ Archiv für Strafrecht, 38 т. (1891 г.), стр. 111: въ данномъ случаѣ были разные составы преступленія банкротства; дѣяніе, признанное приговоромъ, представляетъ совершенную противоположность дѣянію, указанному обвиненіемъ: послѣднее говоритъ, что подсудимый не велъ книгъ, первый, что велъ, но неправильно; система защиты измѣняется.

[2]) Rechtsprech. III, 350. Въ этомъ же смыслѣ и нѣкоторыя другія рѣшенія: 23 января 1882 г. (Rechtspr. IV, 62: измѣненіе или обманная установка можевыхъ знаковъ, § 274[1] St. GB.), 18 іюня 1888 г. (Entsch. XVII, 440: пользованіе стѣсненнымъ положеніемъ или легкомысліемъ заемщика при ростовщичествѣ, § 302 a St. GB.).

[3]) 23 февраля 1885 г. (Rechtspr. VII 138).

дившееся въ постройкѣ или замкнутомъ пространствѣ» (оба момента предусмотрѣны 2-й ч. 243 § St. G. B.); [1]) *или* когда «умышленная поставка вредныхъ для здоровья припасовъ» замѣняется «завѣдомой продажей или выпускомъ въ обращеніе» подобныхъ товаровъ (оба состава пред. 12 §, № 1 закона 14-го мая 1879) [2]); такъ и въ томъ случаѣ, когда «неправильное веденіе торговыхъ книгъ», при обвиненіи въ банкротствѣ, замѣнено «упущеніемъ своевременнаго подведенія баланса» [3]). Это разногласіе рѣшеній имперскій судъ устраняетъ разъяснивши, что предупрежденіе обвиняемаго не нужно тогда, когда въ одномъ и томъ же параграфѣ или одной и той же его части находятся равнозначащіе признаки, хотя бы и соединенные союзомъ «или» (oder), если же различные составы, то оно обязательно: напримѣръ, противоправное вторженіе въ жилище и пребываніе тамъ безъ права на это (§ 123) [4]).

---

[1]) Рѣш., указанное въ предыд. прим. Такимъ образомъ, не имѣетъ значенія то обстоятельство, что фактическій составъ остался прежній. Такъ Meves—Arh. 38 т., стр. 109.; Löwe—№ 3 къ 264 §, Glaser—l. c. (если измѣнился уголовный законъ въ томъ смыслѣ, какъ указано выше, примѣчаніе 1-е на 212 стр.).

[2]) 3 апр. 1883 г. (Rechtspr. V, 212: § 12-й предусматриваетъ 2 различныхъ вида того же деликта).

[3]) 3 ноября 1884 г. (Rechtspr. VI, 686).

[4]) Рѣш. 11 октября 1889 г. (Entscheid. XIX, 401). Въ пользу этого Kries—Lehrbuch, 572. Löwe—3b. къ § 264 ч. 1, а также Meves—l. c. 113 стр. *справедливо отмѣчаютъ*, что *имперскій* судъ не выдерживаетъ этой точки врѣнія. Ср. съ одной стороны, рѣш 1-го марта 1881 г., съ другой—23 февраля 1885 г., приведенныя выше, а также рѣш. 15 іюня 1885 г. (Entsch. XII, 379), гдѣ требуется примѣненіе 1 ч. § 264 при равнозначащихъ признакахъ § 223a—квалифицирующихъ обстоятельствахъ нарушенія тѣлесной неприкосновенности (Misshandlung): участіи другого лица и примѣненіи опаснаго для жизни оружія; съ другой стороны—рѣш. 15 марта 1898 г. (Entsch. XXXI, 71), гдѣ даже переходъ отъ одной части 286 § St. GB. къ другой не признанъ поводомъ къ примѣненію 264 § ч. 1 (ч. 1-я 286 § гласитъ: «Кто безъ разрѣшенія власти устроитъ публичную лотерею, подлежитъ наказанію и т. д.; ч. 2-я 286 §: лотереямъ приравниваются публично устроенные розыгрыши. Послѣдній признакъ отличаетъ розыгрышъ—Ausspiegelung—отъ лотереи, гдѣ выигравшій получаетъ денежную сумму. Ср. Oppenhoff—St. G. B. § 286 n. 1.). Во избѣжаніе противорѣчій, Iohn—III, 402 и 403—предлагаетъ лучше всегда въ подобныхъ случаяхъ примѣнять 264 §, ч. 1, ибо superflua non nocent, а уголовный кодексъ при дѣленіи на §§ и части не имѣлъ въ виду процессуальныхъ требованій. Въ этомъ

Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ измѣненіе опирается на другой уголовный законъ, предупрежденіе подсудимаго указывается прямо 264 §-мъ [1]), такъ: при переходѣ отъ продолжаемаго преступленія къ реальной совокупности нѣсколькихъ преступленій (§ 74 St. G. B.), [2]), отъ идеальной къ реальной совокупности (отъ § 73 къ § 74 St. G. B.) [3]), отъ совиновничества къ подстрекательству (47 и 48 §§ St. G.B.) [4]),отъ кражи (§ 242, 243[2], 244) къ противоправному потребленію чужихъ продуктовъ (Genussdiebstahl

смыслѣ и Hedinger—Verhältniss von Anklage und Urtheil (Dissert). Stuttgart. 1893 г., 50 стр., Bennecke—Beling. 533 стр. (даже при равнозначащихъ альтернативахъ, какъ въ случаѣ § 223a St. GB., указанномъ въ настоящемъ примѣчаніи), Löwe—3 b къ § 264 St. P. O. (если § или часть закона указываютъ различныя формы совершенія деликта).

[1]) Не имѣетъ значенія уголовнаго закона, въ смыслѣ 264 § ч. 1, законъ, опредѣляющій добавочное наказаніе или побочныя слѣдствія преступленія, напр. конфискацію орудія—Iohn—III, 405; Glaser—l. c. Meves—l. c. 103; Löwe—3a къ § 264. Важно, далѣе, чтобы признаки преступленія не измѣнились, и, при этомъ условіи, не имѣютъ значенія неуказаніе въ обвиненіи параграфа или невѣрное указаніе (Löwe—ibid., отчасти Meves—105, 106 стр., требующій предупрежденія подсудимаго въ послѣднемъ случаѣ). Рѣш. райхсгерихта и дальнѣйшія подробности см. въ указ. статьѣ Meves—Was will der § 264 der Strafprocessordnung.

[2]) 1 ноября 1886 г. (Rechtspr. VIII, 659).

[3]) 6 іюля 1880 г. (Rechtspr. II, 163). Дѣяніе здѣсь и въ случ., указ. въ предыд. примѣч. признается тождественнымъ, измѣненіе касается только юридической характеристики его.

[4]) 19 марта 1883 г. (Rechtspr. V, 190). Въ пользу этого и указанныхъ въ предыдущ. прим. рѣшеній Glaser—l. c., Hedinger—49 стр., Iohn—III, 389, 390—который полагаетъ (III, 402) нужнымъ примѣнять 264 § ч. 1 и въ случаяхъ перехода отъ одной формы подстрекательства къ другой, если это можетъ отразиться на способѣ защиты, или отъ интеллектуальнаго пособничества къ физическому. Напротивъ, Beling—533 стр.—въ приведенныхъ въ текстѣ случаяхъ, а также при переходѣ отъ оконченнаго преступленія къ покушенію находитъ, что здѣсь измѣненіе взгляда касается общихъ признаковъ преступности дѣянія въ предѣлахъ того же уголовнаго закона и не подходитъ подъ 264 § 1 ч. Принимая во вниманіе смыслъ закона, гарантирующаго подсудимаго отъ неожиданностей, слѣдуетъ признать болѣе правильнымъ взглядъ имперскаго суда и даже взглядъ Iohn'a. Meves—l. c. 116 и 117 стр.—однако противъ послѣдняго, а также противъ примѣненія 264 § ч. 1 при реальной или идеальной совокупности или продолжаемомъ преступленіи, такъ какъ §§ 73 и 74 имѣютъ значеніе не для состава преступленія, а для мѣры наказанія и такъ какъ пришлось бы примѣнять 264 § и къ случаямъ, указаннымъ въ пр. 1-мъ на этой стр.

§ 370⁵) [1]). Даже въ томъ случаѣ, когда опредѣленіе объ открытіи судебнаго засѣданія указывало St. G. B. § 192 f. f (§ 192 и слѣд.,) для осужденія по 193 § St. G. B. требуется примѣнить 1 ч. 264 § St P. O. [2]). То обстоятельство, что измѣнившееся обвиненіе относилось къ первоначальному, какъ меньшее къ большему, или, какъ часть къ цѣлому, не устраняетъ необходимости указать подсудимому на измѣненіе, напр.: при переходѣ отъ оконченнаго преступленія къ покушенію, такъ какъ защита можетъ имѣть поводъ разъяснить вопросы, не возникающіе при оконченномъ дѣяніи, напр.: было ли начало выполненія, не было ли добровольнаго отказа (§ 46 St. G. B.) [3]).

Интересный случай въ этомъ отношеніи представляетъ переходъ отъ § 187 къ § 186 St G. B. Первый предусматриваетъ клевету (verleumderische Beleidigung)—распространеніе или утвержденіе о комъ-либо завѣдомо невѣрнаго факта, способнаго умалить его честь, или подорвать кредитъ; § 186 предусматриваетъ обиду, по терминологіи закона, въ сущности видъ клеветы (üble Nachrede) утвержденіе или распространеніе о комъ-либо факта, способнаго унизить или уронить въ общественномъ мнѣніи, если справедливость этого факта не доказана. Въ рѣшеніи 14 іюля 1880 г. [4]) имперскій судъ нашелъ, что переходъ къ 186 § никоимъ образомъ не связанъ съ приведеніемъ новыхъ или постороннихъ фактическихъ или юридическихъ моментовъ по сравненію съ § 187 и все, что защита могла представить противъ послѣдняго, могло само собою имѣть значеніе и относительно § 186 и поэтому § 264 ч. 1 непримѣнимъ. Но въ рѣшеніи 26 ноября 1881 г высказанъ противоположный взглядъ: съ устраненіемъ какого-либо признака, дѣяніе само можетъ не только измѣнить весь свой юридическій характеръ, но и существенно откло-

---

[1]) 30 ноября 1881 г. (Rechtsprech. III, 755). Здѣсь, кромѣ различія въ признакахъ состава, на систему защиты могло еще вліять отсутствіе жалобы потерпѣвшаго, такъ какъ второй проступокъ Antragsdelikt (ibid. и Kries—573, а также рѣш 28 апр. 1902 г. Arch. f. Strafrecht 49, 266 стр.; напротивъ, Glaser—Gerichtssaal, т. 36, стр. 129—не относитъ положеній о частной жалобѣ къ уголовному закону, въ смыслѣ 264 § ч. 1).

[2]) 24 сентября 1881 г (Rechtspr. III, 531).

[3]) 18 сентября 1883 г. (Rechtspr. V, 536).

[4]) Rechtspr. II, 191, 192.

ниться въ модальностяхъ окончанія и выполненія. Защита противъ обвиненія по 186 § могла быть другой съ фактической и юридической стороны: при § 186 обвиняемый долженъ самъ позаботиться о представленіи доказательствъ справедливости факта, къ чему онъ могъ не приготовиться при обвиненіи по 187, такъ какъ въ послѣднемъ случаѣ онъ могъ выжидать представленія обвинителемъ доказательствъ несправедливости факта и знанія о томъ обвиняемаго. Наконецъ подсудимый могъ бы защищаться, опираясь на § 193 St. G. B. скорѣе при обвиненіи по 186 §, чѣмъ по 187 § [1]).

Соблюденіе § 264 ч. 1 признано, далѣе, необходимымъ, если окружный судъ, разсматривающій дѣло, переданное ему вслѣдствіе постановленія суда шеффеновъ о неподсудности, возвратится къ той квалификаціи дѣянія, которая была принята обвиненіемъ при первоначальномъ направленіи дѣла къ суду шеффеновъ, такъ какъ въ окружномъ судѣ въ этомъ случаѣ опредѣленіе объ открытіи судебнаго слѣдствія замѣняется постановленіемъ

---

[1]) Ibid. III, 744—746. По § 193 St. GB. порицающіе отзывы о научныхъ работахъ, выраженія, употребленныя для защиты своихъ правовыхъ интересовъ, служебныя свѣдѣнья и т. п. случаи наказуемы лишь, если наличность обиды вытекаетъ изъ формы выраженія или изъ обстоятельствъ, при которыхъ оно послѣдовало. Въ пользу взгляда райхсгерихта Löwe 3d къ 264 § и Glaser—l. c.; Meves, 113—115 стр., Kries—l. c., Hedinger—50. 51—полагаютъ однако, что соблюденіе 264 § 1 ч. не нужно, когда обвиненіе было въ квалифицированномъ видѣ преступленія, а приговоръ нашелъ простое, такъ какъ, что остается простой деликтъ, при отпаденіи квалифицирующаго момента, само собою понятно всякому, и такъ какъ и законъ, 2 ч. 264 §, требуетъ предупрежденія подсудимаго при наличности новыхъ квалифицирующихъ моментовъ, но не наоборотъ, при ихъ отпаденіи на судебномъ слѣдствіи. Райхсгерихтъ однако высказывалъ иногда противоположный взглядъ, требуя, напр., примѣненія 1 ч. 264 § при переходѣ отъ квалифицированнаго тѣлеснаго поврежденія къ простому (§ 223a и 223 § St. G. B.)—рѣш. 2 ноября 1882 г. (Rechts. IV, 784) 20 марта 1884 г. (Rechtsp. VI, 213); обратно рѣш, 2 февр. 1881 г. (Rechtspr. III. 5). Но отпаденіе квалифицирующаго момента можетъ отразиться на защитѣ подсудимаго, который можетъ, напримѣръ, тогда воспользоваться встрѣчнымъ обвиненіемъ (Wiederklage). Meves примѣняетъ свой взглядъ и къ переходу отъ 187 къ 186 § St G. B., хотя, какъ указано, первое преступленіе не есть квалифицированный видъ второго.

о неподсудности и, хотя читается въ засѣданіи и упомянутое опредѣленіе (Eröffnungsbeschluss), но это не замѣняетъ предупрежденія [1]). Даже, если измѣненіе юридической точки зрѣнія вызвало отсрочку разбирательства, указаніе на это измѣненіе подсудимому въ новомъ засѣданіи, хотя и не обязательно, но признается цѣлесообразнымъ, такъ какъ опредѣленіе объ открытіи слѣдствія остается прежнимъ, не измѣненнымъ согласно даннымъ отложеннаго засѣданія [2]). Напротивъ, предупрежденіе подсудимаго по 1 ч. 264 § является излишнимъ, когда при вторичномъ разбирательствѣ дѣла послѣ отмѣны приговора имперскимъ судомъ прочитано рѣшеніе его, изъ мотивовъ котораго ясно вытекало, что разрѣшенію подлежалъ вопросъ только о наличности въ дѣяніи подсудимаго наказуемаго покушенія на обманъ (вмѣсто первоначально инкриминированнаго оконченнаго обмана): «направить въ эту сторону свою защиту было исключительной задачей подсудимаго» [3]).

Вообще форма, въ которой должно послѣдовать предупрежденіе подсудимаго, не указана закономъ, но судебная практика и доктрина считаютъ нужнымъ опредѣленность и ясность формулировки измѣнившагося обвиненія; недостаточно указать подсудимому, что дѣяніе можетъ быть разсмотрѣно, какъ другое преступленіе, а должно привести, какое именно [4]). Кромѣ того

---

[1]) Рѣш. 18 февраля 1887 г. (Entsch. XV, 286). Излишнимъ считаетъ въ этомъ случаѣ особое предупрежденіе Stenglein—op. c., 3 къ 264 §.

[2]) 5 іюня 1883 г., (Rechtspr. V, 405). Kries-Lehrbuch, 537 - считаетъ предупрежденіе подсудимаго даже обязательнымъ, такъ какъ ч. 3 и 4 §—а 264-го не модифицируютъ ч. 1 § 264, и отсрочка и предупрежденіе независимыя другъ отъ друга мѣры. За обязательность и Meves—l. c. 96 стр., ибо новое засѣданіе начинается снова тѣмъ, что читается прежнее опредѣленіе объ открытіи слѣдствія, и поэтому подсудимый можетъ не придать значенія сдѣланному прежде предупрежденію; но это трудно представить себѣ, если отсрочка дана подсудимому для подготовки защиты, и въ этомъ случаѣ повтореніе мѣры, указ. 264 § ч. 1, было бы излишней формальностью. Но тамъ, гдѣ отсрочка не была вызвана измѣненіемъ обвиненія, нельзя обойтись безъ 264 § ч. 1, хотя въ рѣш. 14 іюля 1885 г. (Rechtspr. VII, 495) и высказанъ такой взглядъ. Противъ этого Löwe—6b. къ 264 §.

[3]) Рѣш. 3 ноября 1882 г. (Rechtspr. IV, 786).

[4]) Meves—l. c. 253 и 254 стр., Löwe—5b. къ § 264., Glaser-Gerichtssaal, т. 36, стр. 129, 130.

требуется, чтобы предупрежденіе было сдѣлано предсѣдателемъ суда [1]); не равносильно этому эвентуальное *предложеніе* прокурора обсудить дѣяніе съ иной точки зрѣнія. Впрочемъ, если послѣ этого предсѣдатель спросилъ подсудимаго, не желаетъ ли онъ по поводу эвентуальнаго предложенія привести что-либо въ свою защиту, и подсудимый ничего не заявилъ и если защитникъ коснулся этого въ своей рѣчи, то § 264 ч. 1. не нарушенъ [2])

Вообще важно, чтобы подсудимому была предоставлена возможность представить свои возраженія по поводу измѣнившагося характера дѣянія, и указаніе подсудимому на послѣднее должно соотвѣтствовать этой цѣли [3]).

Этимъ же опредѣляется и моментъ, когда должно послѣдовать указаніе подсудимому на измѣнившуюся точку зрѣнія. «По возможности раньше», говоритъ Глазеръ, чтобы защита могла воспользоваться своими средствами опроверженія и остальными мѣрами, указанными въ 264 §. Но и тогда, когда судъ удалился для совѣщанія, онъ можетъ возвратиться въ залъ засѣданій, возобновить (особымъ постановленіемъ) судебное слѣдствіе и предоставить сторонамъ высказаться о возможномъ, по взгляду суда, поворотѣ дѣла. Судъ однако не долженъ придать предложенію высказаться по данному вопросу такой характеръ, чтобы казалось, что судъ уже составилъ себѣ мнѣніе по этому поводу, «что несоединимо съ принципомъ состязательности и ставитъ въ опасность авторитетъ суда» [4]).

Соблюденіе требованія 264 §, какъ весьма существеннаго процессуальнаго закона, должно быть отмѣчено въ протоколѣ [5]).

Та же мѣра, что въ 1 ч. 264 § St. P. O., предписана и 2-й частью этого параграфа, для случаевъ перехода къ квали-

---

[1]) Iohn—III, стр. 380; Ср. Schwarze—4 къ § 264 и Löwe—5a, къ 264 §.

[2]) Рѣш. 8 марта 1880 г. (Rechtspr. I, 440) и рѣш. 21 апрѣля 1880 г. (Rechtspr. I, 629).

[3]) Предыд. прим. и Glaser—l. c ; повидимому, также Kries—573 стр.

[4]) Glaser—l. c 130, 131 стр., Hedinger—57 стр., Meves—258, 259 стр., Löwe—658 стр. 6a, у котораго приведены рѣшенія райхсгерихта, что, если, по протоколу, приговоръ послѣдовалъ немедленно за принятіемъ мѣры, указанной 264 § ч. 1, и не отмѣчено, что подсудимый или защитникъ были выслушаны судомъ, то приговоръ подлежитъ отмѣнѣ

[5]) Рѣш. 12 апрѣля 1880 г. (Rechtspr. I, 580).

фицирующимъ обстоятельствомъ (Strafschärfungsgründe), если только они впервые обнаружились при судебномъ слѣдствіи.

Такимъ образомъ § 264 ч. 2 имѣетъ въ виду фактическія измѣненія, происшедшія на судебномъ слѣдствіи и обусловливающія переходъ къ квалифицированному виду преступленія [1]). То же условіе ставится и 3 ч § 264, поэтому удобнѣе подробнѣе остановиться на понятіи «вновь обнаруженныя обстоятельства», понятіи nova, при анализѣ этой части § а 264, имѣющей особенно важное значеніе въ настоящемъ вопросѣ.

264 § ч. 3 и 264 § ч. 4 устанавливаютъ другую мѣру обезпеченія интересовъ подсудимаго, а послѣдняя и интересовъ обвинителя: *отсрочку разбирательства* дѣла. По проекту (§ 224) предполагалось вообще предоставить принятіе этой мѣры усмотрѣнію суда, изъ боязни злоупотребленій со стороны подсудимаго, если отсрочку сдѣлать обязательной при его требованіи. «Отъ произвола обвиняемаго, говорилъ при обсужденіи проекта Ганауеръ, зависѣло бы признать или отвергнуть новыя обстоятельства» и тѣмъ вызвать отсрочку. Но большинство членовъ коммиссіи Гнейстъ, Шварце, Беккеръ, Райхенштергеръ, Фелькъ настаивали на обязательности отсрочки, при переходѣ къ преступленію, строже наказуемому, или при квалифицирующихъ обстоятельствахъ (противъ послѣдняго, впрочемъ, Гнейстъ). Райхенштергеръ ссылался на опытъ, свидѣтельствующій, что суды стремятся обыкновенно поскорѣе окончить дѣло и не откладываютъ его даже въ случаѣ дѣйствительной необходимости, Фелькъ въ ограниченіи власти суда видѣлъ извѣстный коррективъ широкаго пониманія дѣянія въ нынѣшнемъ 263 § St. P. O.

---

[1]) Fuchs въ Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafprozessrechts. Berlin. 1879 г. т. II, 87 стр., Glaser-Gerichtssaal, 36 т., 129 стр., Schwarze—n. 5 къ § 264, Meves—l. c. 118 стр. Beling—l. c. 533, Löwe—4 къ § 264. Случаи, гдѣ квалифицирующія обстоятельства содержались уже въ фактахъ, приведенныхъ обвиненіемъ, но имъ не было придано значенія, объемлются 1 ч. 264 § (См. Schwarze, Fuchs, Beling l. c.). По Geyer'у (737 стр.), предупрежденіе въ *этихъ* случаяхъ *не* необходимо По Meves (118), обстоятельства эти должны упоминаться въ томъ же §-ѣ, который относится къ первоначальному дѣянію, иначе примѣняется § 264 ч. 1.

Въ результатѣ было принято постановленіе, содержащееся въ 3 ч 264 § [1]).

Эта часть 264 § обязываетъ судъ постановить объ отсрочкѣ разбирательства, если только заявлено ходатайство подсудимымъ, не входя въ разсмотрѣніе того, насколько это нужно для защиты. Такое право подсудимаго, ставящее его внѣ зависимости отъ судейскаго усмотрѣнія, представляетъ шагъ впередъ по сравненію съ прусскимъ закономъ 3 мая 1852 года, но оно обусловлено во первыхъ, обнаруженьемъ новыхъ обстоятельствъ, во-вторыхъ, способностью послѣднихъ повлечь примѣненіе болѣе строгаго уголовнаго закона или придать преступленію характеръ квалифицированнаго, въ-третьихъ, наличностью спора со стороны подсудимаго противъ существованія этихъ обстоятельствъ, въ-четвертыхъ, указаніемъ на недостаточную подготовку защиты [2]); третье и четвертое условія можно разсматривать, какъ одно, такъ какъ, оспаривая наличность упомянутыхъ обстоятельствъ, подсудимый сошлется на какія-либо новыя доказательства или укажетъ, что ему необходимо ихъ собрать или отыскать, т. е. приготовиться къ защитѣ. Подсудимый долженъ однако оспаривать наличность самихъ обстоятельствъ, а не субсумцію ихъ подъ законъ, угрожающій болѣе строгимъ наказаніемъ. Что касается второго условія, то признается достаточнымъ, чтобы обстоятельство допускало примѣненіе болѣе строгаго наказанія, хотя бы въ данномъ случаѣ судъ нашелъ возможнымъ не увеличивать наказанія по сравненію съ тѣмъ, которое опредѣлено въ законѣ за преступленіе, первоначально инкриминированное [3]).

---

[1]) Hahn—Materialien III, 878—880. Becker предлагалъ добавить къ этому постановленію, что слушанье дѣла можетъ продолжаться, если судъ постановитъ о несущественности новыхъ обстоятельствъ для опредѣленія наказанія въ данномъ случаѣ и о томъ, что, по предложенію прокурора, они не войдутъ въ приговоръ. Это предложеніе не было принято, въ виду невозможности для суда заранѣе опредѣлить вліяніе этихъ обстоятельствъ и независимости суда въ оцѣнкѣ ихъ отъ взгляда прокурора. Отвергнуто было также предложеніе Беккера о томъ, что эта часть § 264-го непримѣнима, если подсудимый признаетъ такія обстоятельства.

[2]) Ср. Löwe—9 къ 264 § St. P. O., Glaser—l. c. 134 стр.

[3]) Löwe—11 къ 264 §, Schwarze—9 къ 264 § (опредѣляется по maximum наказанія in thesi), Glaser—l. c.

Но каково значеніе перваго условія? Общее мнѣніе признаетъ, что новизна должна заключаться въ обнаруженіи на судебномъ слѣдствіи новыхъ фактовъ, могущихъ имѣть указанное въ 3 ч. 264 § вліяніе на наказаніе, а не въ обнаруженіи новой точки зрѣнія на обстоятельства, прежде извѣстныя [1]). Новая точка зрѣнія не можетъ быть сама отнесена къ обстоятельствамъ и о ней говорится уже въ первой части 264 §. Но далѣе возникаетъ вопросъ, какое обстоятельство можно считать вновь обнаруженнымъ и какое извѣстнымъ уже до судебнаго слѣдствія? Имперскій судъ считаетъ новыми обстоятельства, которыя были неизвѣстны при постановленіи опредѣленія объ открытіи судебнаго слѣдствія [2]). Леве находитъ это опредѣленіе понятія «nova» слишкомъ узкимъ и останавливается на другомъ признакѣ—невключеніи обстоятельства въ Eröffnungsbeschluss, хотя бы оно упоминалось въ актахъ предварительнаго производства или въ обвинительномъ актѣ [3]). Тотъ же взглядъ принятъ Глазеромъ, Шварце, Мефесомъ и Гейеромъ [4]), и, несомнѣнно, онъ болѣе правиленъ, такъ какъ основаніемъ судебнаго слѣдствія служитъ именно опредѣленіе о его открытіи, оно предста-

---

[1]) Такъ Löwe—10 къ 264 §, Schwazze—7 къ 264 §, Glaser—l c. Iohn—III, 412; рѣшенія 8-го марта 1881 года (Entscheid. III, 402), 7 іюля 1885 г. (Rechstpr. VII, 474). Въ послѣднемъ случаѣ признана 3 ч. 264 § непримѣнимой, когда дѣяніе подсудимаго въ опредѣленіи объ открытіи слѣдствія разсматривалось, какъ угроза, пред. 241 §, а въ приговорѣ, какъ принужденіе посредствомъ угрозы (240 § St. GB.), но факты и въ первомъ, и по даннымъ слѣдствія были одни и тѣ же: подсудимый потребовалъ чтобы потерпѣвшій удалился со спорной между ними дороги, говоря, что иначе будетъ стрѣлять, и затѣмъ произвелъ безрезультатно два выстрѣла. Противоположное этому общепринятому мнѣнію высказываетъ Hugo Meyer въ Holtzend. Handb. d. Strafproz., II, 155 и 156 и пр. 26, ссылаясь только на смыслъ закона; но смыслъ именно совсѣмъ не этотъ.

[2]) Такъ указанное рѣшеніе 7 іюля 1885 г.

[3]) Löwe—10 къ 264 §; ср. 4 b. къ 261 §.

[4]) Glaser—l. c. (обстоятельства, измѣняющія фактическія указанія опредѣленія объ открытіи слѣдствія), Schwarze—10 къ 264 §, Meves—l. c. 118 стр., Geyer—Lehrb. 737 стр. Hedinger—l. c. 52, 53 стр.—полагаетъ, что, если обстоятельство упоминалось въ обвинительномъ актѣ, задача котораго дать почву защитѣ, оно не новое въ смыслѣ 264 §, т. е. соглашается въ существѣ съ рѣшеніемъ 7 іюля 1885 г.

вляетъ формулировку обвиненія, и обстоятельства, не вошедшія сюда, могутъ не останавливать на себѣ вниманія подсудимаго, да и для суда, согласно принципу непосредственности, все предыдущее производство какъ бы не существуетъ.

Кромѣ случая, указаннаго 3 ч. 264 §, отсрочка возможна и безъ наличности разсмотрѣнныхъ условій, согласно 4 ч. 264 §. Но здѣсь она предоставлена усмотрѣнію суда; правда судъ долженъ отложить разбирательство для того, чтобы дать подготовиться защитѣ, а также обвиненію, однако, если найдетъ это нужнымъ. Если же оцѣнка цѣлесообразности отсрочки принадлежитъ суду, то отъ него зависитъ и ея примѣненіе, и слово: «долженъ» слѣдовало бы замѣнить словомъ: «можетъ» [1]). Другое отличіе 4 ч. 264 § отъ 3-ей части его заключается въ томъ, что отсрочка возможна и для лучшей подготовки обвиненія. Далѣе, § 264 ч. 4 говоритъ объ измѣнившемся положеніи дѣла, слѣдовательно отсрочку могутъ вызвать и чисто фактическія измѣненія [2]). Въ этомъ отношеніи, а также для оцѣнки значенія правъ суда, на основаніи 4 ч. § 264, важно рѣшеніе имперскаго суда отъ 29 ноября 1879 г. [3]); нѣкій Шлеммингъ обвинялся въ кражѣ, которая, согласно заключительной части опредѣленія объ открытіи судебнаго слѣдствія, произошла въ ночь съ 27 на 28 апрѣля 1879 г. Предсѣдатель объявилъ въ судебномъ засѣданіи, что кража произошла въ ночь съ 26 на 27 апрѣля 1879 г., какъ видно изъ остальнаго содержанія этого опредѣленія, и что ночь съ 27 на 28-е указана невѣрно. Шлеммингъ просилъ объ отсрочкѣ, утверждая, что въ ночь съ 26 на 27 онъ находился на шоссе у Зангергаузена, гдѣ разговаривалъ съ двумя рабочими, которыхъ и просилъ разыскать и допросить. Судъ отклонилъ ходатайство объ отсрочкѣ, находя, что допросъ, какъ заранѣе легко предвидѣть, окажется безрезультатнымъ, и что время совершенія кражи явствовало изъ обвинительнаго акта. Имперскій судъ съ этимъ не согласился, такъ какъ обвиненіе указывало время неопредѣленно: въ началѣ обви-

---

[1]) Glaser—l. c. 132 стр., Handbuch II, 565 Löwe—14 къ 264 §.

[2]) Schwarze—12 къ 264 §, Glaser—l. c. Но и всякое иное измѣненіе можетъ вызвать примѣненіе ч. 4, § 264-го (Hahn—op. c. III, 878).

[3]) Rechtsr. I, 105.

нительнаго акта говорилось, что потерпѣвшій заперъ дверь своей мастерской вечеромъ 27 апрѣля, а на другое утро ему сообщили о кражѣ, совершенной оттуда посредствомъ взлома. Въ другомъ мѣстѣ упоминалось, правда, что потерпѣвшій опозналъ у Шлемминга вещи, украденныя у него въ ночь съ 26 на 27 апрѣля, но въ заключеніи подсудимые (Шлеммингъ и соучастникъ) обвинялись въ кражѣ въ ночь съ 27 на 28, и это же число приведено въ предложеніи прокурора о возбужденіи преслѣдованія. Было слѣдовательно измѣненіе обвиненія и при томъ существенное для защиты, въ виду заявленнаго alibi. Измѣнилось ли положеніе дѣла настолько, что отражается на защитѣ и можетъ вызвать необходимость отсрочки, это вопросъ процессуальный, отвѣтъ на который обусловленъ и юридическими соображеніями и долженъ подлежать оцѣнкѣ и ревизіонной инстанціи.

Такимъ образомъ, если изъ актовъ производства, находящихся въ виду ревизіонной инстанціи, вытекаетъ, что постановленіе суда, которымъ отклонено ходатайство объ отсрочкѣ, не соотвѣтствуетъ содержанію этихъ актовъ и нарушаетъ права защиты, приговоръ можетъ быть отмѣненъ. Ревизіонная инстанція не входитъ въ оцѣнку фактическихъ данныхъ предыдущаго производства съ точки зрѣнія соотвѣтствія ихъ истинѣ, но не можетъ оставить въ силѣ постановленіе, которое опирается на факты, не установленные и даже опровергаемые другими актами, а, такъ какъ неправильное постановленіе, касающееся отсрочки, нарушаетъ норму, охраняющую интересы сторонъ, то приговоръ подлежитъ отмѣнѣ въ силу 376 § St. P. O., или же, если ходатайство было заявлено защитой, въ силу 8 п. 377 § St. P. O. [1]). Но, если судъ находитъ ненужной отсрочку и опирается на фактическія данныя, не противорѣчащія другому констатированному производствомъ матеріалу, то отклоненіе хода-

---

[1]) Ср. Geyer—Lehrbuch, 738 стр. пр. 7, Löwe—14 къ 264 §, который однако полагаетъ, что отклоненіе ходатайства *прокурора* объ отсрочкѣ не подлежитъ повѣркѣ ревизіонной инстанціи. Но 4 ч. 264 § установлена въ интересахъ не только подсудимаго. Ср. § 378 St. P. O. Объ отношеніи 376 § и 377 п. 8 см. Kries—Lehrb., стр. 674. Въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ райхсгерихтъ за безусловное усмотрѣніе суда (Löwe, Glaser): см., напр., рѣш. 2 февраля 1880 г., Rechtspr. I, 310).

тайства не есть поводъ отмѣны приговора; въ этомъ смыслѣ, можно говорить объ усмотрѣніи суда въ случаѣ, пред. 264 § 4 ч. St. P. O. [1]).

Продолжительность отсрочки поставлена въ зависимость отъ усмотрѣнія суда, она можетъ быть дана на нѣсколько часовъ или даже меньше, напримѣръ: для того, чтобы подсудимый посовѣтовался съ защитникомъ, и тогда засѣданіе не возобновляется, а продолжается, начинаясь съ того, на чемъ было прервано; въ большинствѣ случаевъ окажется однако необходимой болѣе продолжительная отсрочка для вызова новыхъ свидѣтелей или представленія другихъ доказательствъ. Подсудимый можетъ просить также о выдачѣ ему копіи выписи изъ протокола въ части, относящейся къ происшедшему измѣненію обвиненія, чтобы лучше ознакомиться съ тѣмъ, что теперь ему вмѣняется въ вину и соотвѣтственно съ этимъ приготовиться къ защитѣ [2])

Въ силу 5 ч. 264 § отсрочка предоставляется усмотрѣнію суда даже при наличности условій, дѣлающихъ ее вообще обязательной, въ случаѣ, если дѣло разбирается въ судѣ шеффеновъ или въ окружномъ судѣ, въ качествѣ апелляціонной инстанціи. Это исключеніе, вызванное маловажнымъ характеромъ дѣлъ и соотвѣтствующее вообще бо́льшей власти суда въ этихъ случаяхъ, не можетъ быть одобрено [3]), такъ какъ возможность установить невиновность подсудимаго хотя бы цѣною потери

---

[1]) Ср Glaser—l. c., 133 стр. «Das richtige scheint mir hier, so wie in allen ähnlichen Fällen, zu sein, dass da, wo etwas ins Ermessen des Gerichtes gestellt ist, bis auf Weiteres anzunehmen ist, dass dasselbe in den Ergebnissen der Verhandlung gute Gründe für sein Vorgehen fand, dass aber der Revisionsinstanz die Hand nicht gebunden sein darf, wenn sie *erkennt* dass ein unrichtiger Gebrauch von dem Ermessen gemacht wurde». См. еще Kries – 673, пр. 1. Hedinger—l. c. 59, 60—усваиваетъ взглядъ Глазера, но попытка его обосновать это толкованіемъ ч. 4 § 264-го и примирить упомянутое выше несоотвѣтствіе словъ: «долженъ» и «если окажется нужнымъ» совершенно не удалась.

[2]) Löwe—15 и 16 къ 264 §, Glaser—Gerichtssaal 36 т., 134, 135 стр., Hahn – l. c. I, 209 стр.

[3]) Geyer – op. c., стр. 737 (Eine sehr bedauerliche weitgreifende Ausnahme!).

времени должна быть обезпечена во всѣхъ судахъ, независимо отъ важности дѣла и тяжести угрожающаго подсудимому наказанія.

Таковы условія, которыми обставлено измѣненіе обвиненія въ предѣлахъ одного и того же дѣянія. Но, въ видѣ исключенія, германскій уставъ угол. судопр. (§ 265) допускаетъ разрѣшеніе въ томъ же процессѣ и другого дѣянія, кромѣ первоначально возведеннаго на обвиняемаго. Но это распространеніе слѣдствія и приговора за предѣлы одного дѣянія обусловлено предложеніемъ прокурора, согласіемъ подсудимаго, тяжестью новаго дѣянія, которое не должно принадлежать къ разряду преступленій, и подсудностью его данному суду. Первоначально проектъ не содержалъ этого постановленія, оно было предложено въ Юстицъ-Коммиссіи Шварце и сначала отклонено, но затѣмъ, при второмъ чтеніи проекта, принято, и тогда именно сдѣлана прибавка, относящаяся къ двумъ послѣднимъ условіямъ (2 ч. 265 §). Принятіе § 265 мотивировано [1]) желательностью болѣе скораго производства въ случаяхъ, когда незначительное преступное дѣяніе откроется при производствѣ другого дѣла, напр.: еще одна кража или растрата кромѣ разсматриваемой въ настоящемъ процессѣ. Въ силу § 79 St. G. B., предписывающаго примѣненіе правилъ о наказаніи по совокупности (реальной) преступныхъ дѣяній даже тогда, когда уже состоялся обвинительный приговоръ за одно изъ нихъ, но наказаніе еще не отбыто или не погашено, а другія совершены до упомянутаго приговора, нужно было бы начинать новый процессъ за указанныя въ § 265 дѣянія, между тѣмъ какъ они достаточно разъяснены, можетъ быть, уже при производствѣ перваго дѣла. Въ этомъ случаѣ немедленное разрѣшеніе не нарушаетъ интересовъ сторонъ и даже выгодно для обвиняемаго. Конечно, можно было бы игнорировать такія дѣянія и не возбуждать за нихъ преслѣдованія послѣ приговора за другое [2]), но это предполагаетъ организацію преслѣдованія на началѣ цѣлесообразности (Opportunitätsprinzip), въ германскомъ же процессѣ принятъ принципъ законности (Legalitätsprinzip),

---

[1]) Hahn—l. c. III, 927 стр., Schwarze—op. c. къ § 265 St. P. O.

[2]) Это предлагалъ, при обсужденіи § 265 въ коммиссіи, Беккеръ. Hahn—l. c.

устраняющій право обвинительнаго органа не возбуждать обвиненія, по соображеніямъ цѣлесообразности [1]). Въ дѣйствительности, обставленное предложеніемъ прокурора и согласіемъ обвиняемаго, распространеніе процесса на новое дѣяніе не только не идетъ въ разрѣзъ съ обвинительнымъ принципомъ [2]), но даже соотвѣтствуетъ ему больше, чѣмъ обычный порядокъ преслѣдованія, такъ какъ обвиненіе не подлежитъ повѣркѣ промежуточной инстанціи—обвинительной камеры, согласію обвиняемаго придается болѣе важное значеніе, и воля сторонъ такимъ образомъ выдвигается на первый планъ [3]).

Дѣяніе, о которомъ говоритъ § 265, должно быть такимъ, въ которомъ на подсудимаго возводится обвиненіе въ судебномъ засѣданіи, поэтому порядокъ, установленный этимъ параграфомъ, не распространяется на дѣяніе, обнаруженное до этого момента, хотя бы и послѣ опредѣленія объ открытіи слѣдствія [4]). Затрудненіе представляетъ случай, когда объ обнаруженномъ на судебномъ слѣдствіи дѣяніи состоялось прежде опредѣленіе о прекращеніи уголовнаго преслѣдованія (Einstellungsbeschluss) органа, исполняющаго функцію преданія суду. Согласно 210 § St. P. O, преслѣдованіе можетъ быть снова возбуждено въ такомъ случаѣ только на основаніи новыхъ фактовъ или доказательствъ, но въ наукѣ высказывается взглядъ, что, при наличности этихъ условій, нѣтъ необходимости примѣнять общій порядокъ возобновленія прекращеннаго слѣдствія, а судъ, рѣшающій о другомъ дѣяніи, можетъ самъ обсудить ихъ и привлечь и это дѣяніе въ кругъ своего рѣшенія [5]). Это тѣмъ болѣе

---

[1]) Именно въ виду этого въ пользу немедленнаго разрѣшенія Гнейстъ. Hahn—l. c.

[2]) Противорѣчіе усматриваетъ Dalcke—Fragestellung und Verdict. Berlin. 1898 г., стр. 87.

[3]) Geyer—738 и пр. 2 ibid., Glaser—Handbuch II, 540, 541, 556, Löwe n. 1 къ 265 §, который видитъ здѣсь исключительный родъ производства, именно исключительный способъ соединенія нѣсколькихъ дѣлъ; затѣмъ, какъ въ § 211 St. P. O, здѣсь нѣтъ обвинительнаго акта; такъ же Beling—op. c. 475 стр.

[4]) Ullmann—Lehrbuch d. Deut. St. Pr., 494 стр.

[5]) Ullmann—op. c. 496, Glaser.—Handbuch, II, 559 и слѣд., Kries—Lehrbuch. 573 стр., Stenglein—l. c. 1 къ 265 §.

вѣрно, что законъ не регулируетъ формы возобновленія прекращеннаго до судебнаго слѣдствія дѣла, и повѣрка указанныхъ 210 § условій производится въ порядкѣ, установленномъ для всякаго новаго обвиненія, т. е. тѣмъ судебнымъ органомъ, который играетъ въ Германіи роль, сходную съ обвинительной камерой, постановляя Eröffnungsbeschluss [1]).

Соблюденіе условій 210 § Глазеръ находитъ нужнымъ и тогда, когда опредѣленіе уголовной камеры разсматривало дѣяніе, какъ самостоятельное, и не предало обвиняемаго суду и за послѣднее, но прекратила преслѣдованіе, а судъ существа признаетъ его элементомъ того дѣянія, которое передано на его разрѣшеніе. Напротивъ, если обвинительная камера устранила такой или иной элементъ дѣянія, какъ таковой, а не какъ самостоятельное дѣяніе, то судъ существа можетъ обсудить и этотъ элементъ, такъ какъ въ предѣлахъ того же дѣянія онъ не стѣсненъ взглядомъ обвинительный камеры и долженъ лишь примѣнить § 264 St. P. O., ибо опредѣленіе ея не вступаетъ въ законную силу, такъ какъ право жалобы на опредѣленіе ея предоставлено прокурору только въ случаѣ отклоненія его предложенія объ открытіи судебнаго слѣдствія или въ случаѣ передачи дѣла ненадлежащему суду (низшему). По мнѣнію же Леве, § 265 имѣетъ въ виду дѣянія, о которыхъ еще не было возбуждено обвиненія, и которыя слѣдовательно не доходили до обвинительной камеры. Онъ ссылается на то, что § 265 представляетъ исключеніе [2]). Конечно, оно не подлежитъ распространительному толкованію, но едва ли можно видѣть это въ случаяхъ, гдѣ оно допускается Глазеромъ такъ какъ его толкованіе вполнѣ отвѣчаетъ цѣли закона и не противорѣчитъ тексту: § 265 говоритъ о другомъ дѣяніи, кромѣ того, о которомъ начато судебное слѣдствіе, слѣдовательно охватываетъ дѣянія, о которыхъ не начато послѣднее, поскольку этому не мѣшаютъ другія причины (напр. 210 §).

Спорный вопросъ представляетъ примѣненіе § 265 къ проступкамъ, совершеннымъ подсудимымъ въ судебномъ засѣданіи. Шварце говоритъ, что законъ не даетъ на это права. Леве

---

[1]) Такъ Löwe—5a къ 210 § St. P. O., Glaser l. c.—e. c. 650.

[2]) Löwe—3 къ 265 §; такъ же Schwarze—5 къ 265 §.

полагаетъ, что спрашивать въ этомъ случаѣ обвиняемаго о согласіи на разрѣшеніе было бы неудобно, хотя готовъ признать примѣнимость 265 § и къ такимъ проступкамъ. Дальке, а также Глазеръ стоятъ за примѣненіе, такъ какъ это въ интересѣ подсудимаго и не противорѣчитъ § 185 Gerichtsverfassungsgezetz, который, правда, вмѣняетъ суду въ обязанность констатировать проступокъ, передать копію протокола подлежащей власти и въ случаѣ надобности подвергнуть виновнаго задержанію и не говоритъ о немедленномъ разрѣшеніи, но только потому, что проступокъ могъ быть совершенъ и во время засѣданія по гражданскому дѣлу, такъ какъ законъ о судоустройствѣ относится не только къ уголовнымъ судамъ [1]).

Обвиненіе, поддерживаемое прокуроромъ, на основаніи 265 § St. P. O., должно быть формулировано ясно, съ опредѣленностью, которая требуется 205 § St. P. O. отъ постановленій объ открытіи главнаго слѣдствія, это вытекаетъ изъ смысла ч. 1, § 264 St. P. O. и «природы вещей» [2]), а также, по мнѣнію имперскаго суда изъ слова «beschuldigt» (обвиняется), которое употреблено въ § 265, а оно, какъ видно изъ 136 § St. P. O., указываетъ, что должно быть обвиняемому разъяснено, въ какомъ преступномъ дѣяніи онъ обвиняется [3]).

Согласіе подсудимаго на немедленное разрѣшеніе должно быть ясное, положительное [4]). Оно не можетъ быть взято имъ обратно. Этотъ взглядъ высказанъ имперскимъ судомъ по слѣдующему поводу: дѣяніе, съ согласія обвиняемаго, было разрѣ-

---

[1]) Schwarze—6 къ 265 §, Löwe—3 къ 185 § GVG., Dalcke—Die Deutsche St. P. O. Berlin. 1881 г. 6 къ § 265, Glaser—Handbuch, II, 541; мнѣнія Dalcke также Ullmann—op. c. 495; мнѣнія Schwarze также Bennecke—Lehrb. (изд. 1892 г.), 565 стр., пр. 29. См. также за примѣненіе здѣсь § 265 Stenglein —4 къ 265 §.

[2]) Glaser—Handbuch II, пр. 17 на 558 стр.

[3]) Iohn—op. c. III, 416 стр. и рѣш. 12 мая 1880 г., имъ приводимое. См. еще рѣш. 1 апрѣля 1892 г. (Entsch. XXIII, 36 стр.). Такой опредѣленности Bennecke (Lehrb., стр. 565) требуетъ отъ постановленія суда существа, коимъ слѣдствіе распространяется на другое дѣяніе, по 265 §.

[4]) Löwe—7 a къ 265 §. Glaser—l. c. Kries - op. c., 573 стр. Въ практикѣ райхсгерихта колебанія; иногда согласію приравнивается отсутствіе возраженія со стороны подсудимаго (Löwe—l. c.).

шено въ судѣ шеффеновъ, въ силу 265 §, при чемъ онъ нарушилъ предѣлы подсудности; дѣло поступило въ апелляціонную инстанцію, которой оно подлежало сразу, какъ суду первой инстанціи, и, въ этомъ качествѣ, имъ разрѣшено, согласно § 369 ч. 3 St. P. O. Подсудимый здѣсь не далъ согласія на разсмотрѣніе прежняго второго дѣянія и жаловался на нарушеніе судомъ § 265, но райхсгерихтъ нашелъ, что согласіе, данное въ некомпетентномъ судѣ, означало отказъ обвиняемаго отъ формальностей разсмотрѣнія дѣла уголовной камерой и отъ отсрочки для подготовленія защиты и что отказъ этотъ не теряетъ своей силы отъ того, что судъ не былъ компетентенъ: «согласіе было дано на немедленное разрѣшеніе, а не на недѣйствительное» [1]). Едва ли съ этимъ можно согласиться, такъ какъ процедура, имѣвшая мѣсто передъ некомпетентнымъ судомъ, не имѣетъ никакого значенія, и согласіе, тамъ данное, должно имѣть не большую силу, чѣмъ согласіе на разрѣшеніе дѣла немедленно какимъ-либо несудебнымъ органомъ.

При наличности условій, указанныхъ въ 265 §, судъ однако не обязанъ разрѣшить новое дѣло въ данномъ процессѣ, а можетъ ограничиться рѣшеніемъ о томъ, которое составляло предметъ первоначально предъявленнаго обвиненія; этимъ не исключается новое преслѣдованіе того же лица за это второе дѣяніе. При отсутствіи условій § 265-го, напр., если дѣяніе не подсудно, судъ выноситъ рѣшеніе только о первомъ дѣяніи, новое же подлежитъ общему порядку и не передается даннымъ судомъ по подсудности [2]).

§§ 263—265 помѣщены въ 6-мъ отдѣлѣ 2-й книги уст. уг. суд., озаглавленномъ: «Главное слѣдствіе». Главное же слѣдствіе передъ присяжными помѣщено въ 7-мъ отдѣлѣ той же книги устава съ соотвѣтствующимъ заглавіемъ. Возникаетъ вопросъ, примѣнимы ли упомянутые §§ къ производству въ судѣ присяжныхъ? § 276 прямо говоритъ о примѣнимости постановленій двухъ предшествующихъ отдѣловъ въ судѣ при-

---

[1]) Рѣш. 1 мая 1885 г. (Entsch. XII, 164, особ. 168 стр.). Можно отмѣтить, что § 265 непримѣнимъ въ апелляціонномъ судѣ, какъ второй инстанціи (см. рѣш. 26 іюня 1894 г. въ Arch. f. Strafrecht, 42 т., стр. 251).

[2]) Schwarze—2 къ 265 §, Löwe—6 и 8 къ 265 §, Glaser—Handb. II, стр. 557, Kries—Lehrb., 574 стр., Ullmann.—Lehrb. (Deut.), 495 стр.

сяжныхъ, поскольку въ этомъ (7-мъ) отдѣлѣ не опредѣлено другое, а §§ 293—295 нельзя отнести къ этой послѣдней категоріи, такъ какъ они не замѣняютъ §§ овъ 263—265, а только регулируютъ постановку присяжнымъ вопросовъ; поэтому §§ 263—265 должны быть примѣняемы и въ производствѣ съ присяжными. Относительно 263 § это положеніе безспорно: предметомъ вопросовъ, вердикта и приговора служитъ дѣяніе, взводимое на подсудимаго; измѣненія квалификаціи не исключаютъ необходимости разрѣшенія дѣла въ данномъ процессѣ, и много рѣшеній, относящихся къ измѣненіямъ предъявленнаго обвиненія и къ вопросу о тожествѣ дѣянія, приведенныхъ выше, относится, къ дѣламъ, производившимся въ судѣ присяжныхъ; §§ 293 и 294 не оставляютъ въ этомъ сомнѣнія. Оба они только указываютъ, какъ долженъ быть размѣщенъ матеріалъ, добытый слѣдствіемъ, въ вопросахъ присяжнымъ. Обвиненіе въ его первоначальномъ видѣ составляетъ предметъ главнаго вопроса; если измѣняется квалификація дѣянія, то измѣнившееся обвиненіе составляетъ предметъ условнаго, эвентуальнаго или вспомогательнаго вопроса (Hülfsfrage), на который присяжные должны дать отвѣтъ только въ случаѣ, если отвергнутъ обвиненіе, изложенное въ главномъ вопросѣ; если измѣненіе состоитъ въ обнаруженьи отягчающаго обстоятельства, то оно можетъ быть предметомъ особаго дополнительнаго вопроса (Nebenfrage), на который присяжные должны дать отвѣтъ только въ случаѣ, если признаютъ доказаннымъ обвиненіе, указанное въ главномъ или вспомогательномъ вопросахъ, напр.: если подсудимый не виновенъ въ дѣяніи, описанномъ въ первомъ вопросѣ, то не виновенъ ли онъ въ томъ-то — вспомогательный вопросъ; если виновенъ въ преступномъ дѣяніи, описанномъ во второмъ вопросѣ, то совершилъ ли послѣднее съ обдуманнымъ намѣреньемъ? (дополнительный вопросъ). Фактическія измѣненія, не отражающіяся на квалификаціи дѣянія и на его тожествѣ, могутъ быть внесены прямо въ главный вопросъ [1]). Если измѣнившееся об-

---

[1]) Напримѣръ: измѣненіе въ датѣ дѣянія или прибавленіе упущенной даты, указанія на другія средства подстрекательства кромѣ указанныхъ въ опредѣленіи объ открытіи слѣдствія (ср. рѣшеніе выше стр. 189, 190 и примѣчаніе тамъ), измѣненіе въ объектѣ кражи и т. п. См. Löwe — 13b,

виненіе составляетъ преступленіе, строже наказуемое, чѣмъ первоначально возведенное, то вопросъ о первомъ долженъ предшествовать вопросу о второмъ; эта послѣдовательность имѣетъ значеніе, впрочемъ, только тогда, когда несоблюденіе ея повело бы къ противорѣчію отвѣтовъ на эти вопросы, т. е. когда обвиненіе переходитъ къ преступленію, въ составъ котораго входитъ, какъ часть, преступленіе, первоначально инкриминируемое, напр.: къ предумышленному убійству отъ просто умышленнаго убійства [1]). Въ послѣднемъ случаѣ, а также въ противоположномъ (вмѣсто предумышленнаго—умышленное убійство) присяжнымъ можетъ быть поставленъ одинъ вопросъ о виновности подсудимаго въ преступленіи съ болѣе широкимъ составомъ, такъ какъ 305 § St. P. O. предоставляетъ присяжнымъ право отвергнуть часть признаковъ (напр, предумышленье), такимъ образомъ достигается тотъ же результатъ, что и при постановкѣ эвентуальнаго вопроса [2]).

къ 293 §, Schwarze—1 и 10 къ § 293, Ullmann—Lehrb. (Deut.), 512, 513 стр. и пр. 1 на 513 стр. Такія измѣненія допустимы только, если они являются поправками, если безспорны дата или объектъ и т. п., обнаруженные слѣдствіемъ, въ противномъ случаѣ коронный судъ вторгся бы въ вопросъ факта, поэтому вопросъ долженъ охватить и то указаніе, которое содержится въ обвиненіи; для этого можетъ быть употреблено болѣе общее выраженіе (напр., «между первымъ и 2 января» вмѣсто 1 января) или альтернативное указаніе; альтернативная форма вопроса при обстоятельствахъ, замѣна которыхъ другъ другомъ не отражается на составѣ преступленія, признается въ наукѣ допустимой. См. Hugo Meyer въ Holtzend. Handb. f D. Strafproz. II, 164—166, 182. Ullmann - op. c., стр. 510, Dalcke.—Fragestellung, стр 36—38, гдѣ приведены и рѣш. райхсгерихта въ этомъ смыслѣ. См. еще Bar—Recht und Beweis im Geschwornengericht. Hannover. 1865 г., стр. 201, 202 и 157. Конечно, измѣненіе не должно отразиться на тожествѣ дѣянія. Въ главный вопросъ вносится и упущенный опредѣленіемъ объ открытіи слѣдствія признакъ состава; вопросъ не можетъ быть поставленъ безъ включенія этого признака, т. е. о дѣяніи непреступномъ. Löwe 4 къ 293 §. Dalcke—op. c., стр. 19. Keller—2 къ § 294 предлагаетъ ставить главный вопросъ согласно съ упомянутымъ опредѣленіемъ, а по *всѣмъ* признакамъ состава—эвентуальный вопросъ. Но тогда первый не имѣетъ цѣли.

[1]) Kries—op. c., стр. 614, пр. 1; Löwe 7 къ 294 § St. P. O.

[2]) Прежде имперскій судъ признавалъ въ такихъ случаяхъ постановку двухъ вопросовъ даже невозможной, такъ какъ отрицательный отвѣтъ на

Такъ или иначе, посредствомъ ли одного главнаго вопроса, или дополнительнаго или эвентуальнаго, обвиненіе должно быть исчерпано и дѣяніе подсудимаго обсуждено съ точки зрѣнія всѣхъ квалификацій, для которыхъ дало фактическій матеріалъ судебное (главное) слѣдствіе. Главный вопросъ долженъ быть во всякомъ случаѣ поставленъ, хотя бы прокуроръ не поддерживалъ первоначальнаго, формулированнаго въ Eröffnungsbeschluss, обвиненія; эвентуальные вопросы также должны быть поставлены судомъ ex officio, если на судебномъ слѣдствіи установлены соотвѣтствующіе факты [1]) и, признавая наличность ихъ, судъ не можетъ не поставить такого вопроса по соображеніямъ цѣлесообразности, напримѣръ: вслѣдствіе опасенія отвлечь присяжныхъ отъ утвердительнаго отвѣта на главный вопросъ. Въ этомъ отношеніи германское право отличается отъ французскаго и прусскаго. Но особенно важное отличіе заключается въ томъ, что, если постановка эвентуальнаго вопроса предложена кѣмъ-либо изъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ или присяжныхъ, судъ не въ правѣ входить въ оцѣнку не только того, обнаруженъ ли фактическій матеріалъ для этого вопроса, но и того, подходятъ ли обнаруженные факты подъ тотъ уголовный законъ, который нарушенъ подсудимымъ, по мнѣнію лица, заявившаго ходатайство о постановкѣ вопроса [2]). Хотя мотивы относящагося сюда 296 § St. P. O. имѣютъ въ виду скорѣе

одинъ изъ нихъ и утвердительный на другой страдали бы противорѣчіемъ; но впослѣдствіи отказался отъ этого взгляда на томъ основаніи, что отрицательнымъ отвѣтомъ на главный вопросъ отвергается только болѣе тяжкое преступленіе, но не меньшее, въ немъ содержащееся, и утвердительный на эвент. вопросъ не противорѣчитъ этому. Löwe - 2a къ 294 §, Dalcke—op. c. 18 и 19 стр. и рѣш. 24 августа 1898 г. (Entsch. XXXI, 253 стр.).

[1]) Löwe—4 къ § 293, и 1 къ 296 §, Ullmann—Lehrb. (Deut), 508 стр. Beling—op. c., 550 стр.

[2]) И при отсутствіи новыхъ обстоятельствъ долженъ быть поставленъ эвентуальный вопросъ въ случаѣ возникшаго сомнѣнія о соотвѣтствіи приведенныхъ обвиненіемъ фактовъ указанному имъ уголовному закону. Тогда главный вопросъ ставится по признакамъ этого преступленія, а эвентуальный по признакамъ другого, въ немъ теперь усматриваемаго. См. H. Meyer въ Holdzend. Handb.—II, 155 стр., Kries—op. c., 610 стр.

только первую причину отклоненія такого ходатайства [1]) и считаютъ ее недостаточной, но общее мнѣніе признаетъ, что законъ охватываетъ и 2-ю причину, такъ какъ субсумція фактовъ подъ уголовный законъ принадлежитъ присяжнымъ, судьямъ о виновности передъ закономъ и такъ какъ, отклоняя вопросъ по недоказанности фактовъ или по несоотвѣтствію ихъ тому или иному параграфу уголовнаго кодекса, коронный судъ вторгался бы въ область, отведенную присяжнымъ [2]). Такимъ образомъ, судъ въ правѣ отказать въ постановкѣ вопроса только, если онъ касается обстоятельствъ, юридически безразличныхъ (напримѣръ: не предусмотрѣнныхъ уголовнымъ закономъ), или же, если онъ юридически недопустимъ, напримѣръ: относится къ уголовно-частному преступленію и нѣтъ частной жалобы, или къ другому дѣянію (при отсутствіи условій § 265 St. P. O.), или къ преступленію, погашенному давностью и т. д. [3]). Обязанность суда

---

[1]) См. Hahn—Mater. I, 227 стр. Такъ H. Meyer—l. c., стр. 134, пр. 5 и Glaser въ Holtz. Rechtslexicon (1880 г.) I, 903 и 904. Глазеръ находитъ что постановка вопроса, не соотвѣтствующаго, по мнѣнію суда, признакамъ того преступленія, которое усматриваетъ въ данныхъ фактахъ заявляющій ходатайство о постановкѣ, дала бы поводъ присяжнымъ думать, что предлагаемая субсумція возможна Ср. въ этомъ смыслѣ рѣш. 29 декабря 1888 г. Entsch XVIII, 337 стр.), гдѣ вопросъ былъ поставленъ объ умышленномъ убійствѣ нѣкоего H., котораго подсудимый принялъ за S., и ходатайство защитника о формулировкѣ вопроса по признакамъ идеальной совокупности покушенія на убійство S. и неосторожнаго лишенія жизни H. было отклонено, потому что такой вопросъ могъ направить присяжныхъ на ложный, путь. Приговоръ суда оставленъ въ силѣ. Такъ и Stenglein—op. c. 1 къ § 296, хотя и считаетъ себя единомышленникомъ Löwe.

[2]) См., напримѣръ, рѣш. 13 мая 1882 г. (Rechtspr. IV, 484), гдѣ судъ, поставивъ вопросъ, по признакамъ 268 § z. 2 St. G. B., о подлогѣ публичнаго документа съ намѣреньемъ получить имущественную выгоду, отклонилъ ходатайство защитника о постановкѣ вопроса, по 363 § St. G. B.; (о нарушеніи состоящемъ въ подложномъ составленіи паспортовъ, аттестатовъ и т. п. съ цѣлью ввести въ заблужденіе и улучшить свое положеніе). Отказъ, мотивированный несоотвѣтствіемъ фактовъ этому §—у St. G. B., признанъ имперскимъ судомъ неправильнымъ, и приговоръ отмѣненъ.

[3]) Löwe—1 къ 296 §, Kries—op. c., 618, 619 стр., Dalcke—Fragestel., 89, 90 стр., Ullmann - op. c. 518, 519 стр., Beling—op. c. 546 стр.

поставить, на основ. 296 §, предлагаемый эвентуальный вопросъ (съ указаннымъ ограниченіемъ) понимается, какъ обязанность вообще уважить ходатайство объ измѣненіи или распространеніи обвиненія, хотя бы это должно было сдѣлать не постановкой особаго, а редакціей главнаго вопроса [1]).

Относительно примѣнимости въ судѣ присяжныхъ 3 и 4 частей § 264 не существуетъ сомнѣній, вопросъ только, необходимо ли предупрежденіе подсудимаго объ измѣнившемся взглядѣ на юридическое свойство дѣянія по 1 ч. 264 §. Райхсгерихтъ и многіе процессуалисты полагаютъ, что оно замѣняется постановкой эвентуальнаго вопроса, такъ какъ изъ этого уже видно, послѣдовало ли и какое именно измѣненіе [2]). Но есть голоса и въ пользу соблюденія 1 ч. 264 §, такъ какъ предупрежденіе согласно съ этимъ закономъ представляется болѣе яснымъ для подсудимаго[3]). Второй взглядъ заслуживаетъ предпочтенія потому, что принятіе мѣры, указываемой 1 ч. 264 §, можетъ понадобиться раньше, чѣмъ будетъ поставленъ вопросъ, и уже въ это время подсудимый можетъ направить свою защиту въ эту сторону. Особенно важное сомнѣніе возбуждаетъ случай измѣненія обвиненія присяжными посредствомъ частичнаго отрицанія главнаго вопроса. Такой отвѣтъ можетъ быть иногда неожиданнымъ и застать подсудимаго врасплохъ, если онъ не позаботился представить соображенія и противъ такого поворота обвиненія. Райхсгерихтъ полагаетъ, что подсудимый долженъ всегда имѣть въ виду такой исходъ дѣла и, зная о правѣ, предоставленномъ присяжнымъ § 305-мъ, приготовиться къ защитѣ и въ этомъ направленіи [4]); изъ неожиданности измѣненія по

---

[1]) Löwe—2 къ 296 §, Kries—op. c. § 72 (въ концѣ).

[2]) Рѣш. 4 января 1898 г. (Entsch. XXX, 403), 14 марта 1882 г. (Rechtspr. IV, 242) Keller—7 къ 264 §, Glaser—Handb. II, пр. на 565 стр. Bennecke—Beling—op. c. 551 стр., Stenglein—op. c. 13 къ § 264, «особенно, если вслѣдствіе ходатайства о постановкѣ вопроса и рѣчи защитника, были по этому поводу особыя пренія». Предупрежденіе онъ находитъ нужнымъ при 305 § St. P. O (см. ниже).

[3]) Löwe—5a къ 264 §, Meves—l. c. 259—266 стр.

[4]) Рѣш. 13 сентября 1883 г. (Rechtspr. V, 531 стр.), 16 мая 1889 г. (Entsch. XIX, 224 стр.). Löwe—l. c.—замѣчаетъ, что, если бы у подсудимаго можно было предполагать всегда знакомство съ правомъ, то и 1 ч. 264 §

305 §, выводятъ даже, что вообще на судѣ присяжныхъ 1 ч. 264 § непримѣнима. Правильнѣе однако тотъ взглядъ, согласно которому при преступленіяхъ, въ которыхъ, за отрицаніемъ части признаковъ, остается составъ другого преступленія, предсѣдатель долженъ предупредить объ этой возможности подсудимаго и разъяснить ему значеніе измѣненія, по 1 ч. 264 § [1]). По мнѣнію Белинга и Гюккинга, если это не соблюдено, то судъ при отвѣтѣ присяжныхъ по 305 § St. P. O. обязанъ оправдать подсудимаго и не можетъ осудить за меньшее преступленіе [2]), но несоблюденіе 1 ч. 264 § можетъ быть только поводомъ отмѣны приговора ревизіонной инстанціей.

Наконецъ, нѣтъ основаній и противъ примѣненія § 265-го въ судѣ присяжныхъ [3]), требуется только, чтобы согласіе подсудимаго на постановку второго (главнаго) вопроса о новомъ дѣяніи было ясно выражено [4]).

была бы излишня. По мнѣнію Kries'a (572 пр. 1), при отпаденіи квалифицирующихъ моментовъ 1 ч. 264 § вообще непримѣнима, поэтому при частичномъ утвердительномъ отвѣтѣ присяжныхъ (по 305 §) § 264 примѣняется только тогда, когда, вслѣдствіе отрицанія нѣкоторыхъ признаковъ, преступленіе можетъ утратить характеръ привиллегированнаго, напр.: вслѣдствіе отрицанія признака «при или сейчасъ же послѣ родовъ», обратится изъ дѣтоубійства въ убійство.

[1]) Beling—op. c. 569 стр.

[2]) Beling—ibid., Hücking въ Arch. f. Strafrecht, т. 38, стр. 413. Послѣдній, впрочемъ, считаетъ нужнымъ предупрежденіе по 1 ч. § 264 потому, что убійство къ дѣтоубійству не относится, какъ большее къ меньшему, а оба суть разнородныя преступленія (412 стр.).

[3]) Рѣш. 12 апрѣля 1881 г. (Rechtspr. III, 225; ссылка на 276 § St. P. O., приведен. выше). Schwarze-15 къ 293 §, Löwe—4 къ 265 §, Iohn—op. c. III, 417 стр., Keller—5 къ 265 §, Ullmann—op. c. 519 стр., Kries—op. c. 573, 574 стр., Bennecke-Beling—op. c. 545 стр. Но Dalcke—Fragestel., 87 и 88 стр.—склоняется къ противоположному взгляду на томъ основаніи, что первоначально, по проекту, § 265 не былъ принятъ, когда же его затѣмъ приняли, то перенесли изъ ряда §§-овъ, говорящихъ о производствѣ съ присяжными, гдѣ онъ раньше былъ помѣщенъ, въ отдѣлъ, относящійся къ производству безъ присяжныхъ. Этотъ доводъ однако не можетъ перевѣсить выгодъ, связанныхъ съ примѣненіемъ § 265.

[4]) Рѣш. 12 апр. 1881 г. (Rechtspr. III, 228); Kries—op. c. стр. 574: согласіе съ редакціей второго вопроса не равносильно согласію, требуемому 265 § St. P. O.

Сомнѣніе возбуждаетъ примѣненіе 264 § при заочномъ разбирательствѣ, которое, по германскому праву, допускается при уклоненіи обвиняемаго отъ явки въ судебное засѣданіе, если угрожающее за преступное дѣяніе наказаніе не превышаетъ извѣстнаго максимума (§§ 231 и 319), а также въ случаѣ, когда судъ разрѣшилъ обвиняемому, по отдаленности мѣста его жительства, не являться къ разбору дѣла. Разрѣшеніе можетъ быть дано только при условіи, если нельзя расчитывать, по взгляду суда, что къ обвиняемому будетъ примѣнено наказаніе, превышающее лишеніе свободы до 6 недѣль, или денежный штрафъ, или конфискацію орудія или предмета преступнаго дѣянія (въ отдѣльности или вмѣстѣ). Разрѣшая неявку, судъ поручаетъ одному изъ судей допросъ обвиняемаго, если онъ еще не допрошенъ (§ 232 St. P. O.). Что касается заочнаго разбирательства по § 231 St. P. O., то здѣсь признается возможнымъ измѣненіе квалификаціи, лишь бы вслѣдствіе этого наказаніе не превысило максимума, указаннаго въ этомъ параграфѣ, такъ какъ подсудимый, уклонившись отъ явки, отказался отъ тѣхъ правъ, которыя ему предоставлялъ законъ, въ данномъ случаѣ 264 §, въ судебномъ засѣданіи [1]). Это соображеніе примѣняется нѣкоторыми и къ заочному разбирательству по § 232 St. P. O., такъ какъ и здѣсь подсудимый долженъ считаться съ возможностью осужденія болѣе строгаго, чѣмъ то, въ виду котораго ему разрѣшена была неявка, и здѣсь, пользуясь разрѣшеніемъ, онъ какъ бы отказывается отъ преимуществъ присутствія въ судебномъ засѣданіи [2]). Но этотъ случай неявки предполагаетъ предшествующій разбору дѣла допросъ обвиняемаго, поэтому при измѣнившейся квалификаціи необходимо, чтобы онъ былъ снова допрошенъ однимъ изъ судей, ибо законъ имѣетъ въ виду знакомство обвиняемаго съ сущностью предъявленнаго къ нему обвиненія [3]). Нѣкоторые процессуалисты и въ позднѣйшей

---

[1]) Glaser—Handb. II, 567, пр. 41; Kries.—Lehrb., 535 стр.; Stenglein—op. c. 18 къ 264 §, прежде также Löwe 9 къ § 231.

[2]) Fuchs въ Holtz. Handb. d. Strafproz. II, 69; Voitus.—Controversen. Berlin 1880. B. I, H. 2; стр. 285 и слѣд

[3]) Рѣш. 20 февр. 1885 г. (Rechtspr. VII, 135). Такъ же Glaser—l. c., Dalcke—2 къ 232 §, Kries—l. c., Meves—l. c. 255—257 стр.

практикѣ райхсгерихтъ [1]) признаютъ невозможнымъ осужденіе за другой проступокъ и въ случаѣ, пред. 231 §-мъ St. P. O.: засѣданіе должно быть отложено, и въ новой повѣсткѣ о явкѣ обвиняемому должно быть сдѣлано указаніе на новую точку зрѣнія на юридическое свойство дѣянія, и только, если и во второе засѣданіе обвиняемый не явится, приговоръ можетъ послѣдовать по измѣнившемуся обвиненію.

Если подсудимый явился, но удалился до окончанія дѣла, то, по 230 § ч. 2, слушанье продолжается въ отсутствіе подсудимаго, *если онъ былъ уже допрошенъ* и если судъ не считаетъ нужнымъ его присутствіе. Изъ перваго условія можно заключить, что и въ этомъ случаѣ, если измѣнится квалификація, осужденіе немедленно послѣдовать не можетъ безъ соблюденія 1 ч. 264 §-а [2]).

---

[1]) Рѣш. 16 янв. 1902 г. (Entsch. XXXV, 66 стр.). Такъ же Meves—l. c., Löwe—9 къ 231 §.

[2]) Glaser—l, c., Löwe—8 къ 230 §.

ГЛАВА VI.

Законодательства Австрійское, Норвежское и Венгерское.

Отношеніе приговора къ обвиненію, по уставу угол. суд. 23 мая 1873 г. Мотивы относящихся сюда постановленій. Тожество дѣянія въ австрійской судебной практикѣ. Условія, съ которыми связывается измѣненіе обвиненія. Сравненіе австрійскаго законодательства съ германскимъ. Права сторонъ при постановкѣ эвентуальныхъ вопросовъ. Отношеніе приговора къ обвиненію въ Норвежскомъ и Венгерскомъ законодательствахъ.

Въ Австрійскомъ уголовномъ процессѣ (Уставъ 23 мая 1873 г.) формулировка обвиненія содержится въ обвинительномъ актѣ, который и составляетъ основу судебнаго слѣдствія. Повѣрка юридическаго значенія обвиненія и достаточности уликъ производится судомъ второй инстанціи только въ случаѣ заявленнаго обвиняемымъ возраженія противъ обвинительнаго акта; если оно признается неуважительнымъ, то опредѣленіе суда гласитъ только о дачѣ дѣлу хода (§ 214), но не воспроизводитъ обвиненія, и лишь тогда замѣняетъ обвинительный актъ, когда судъ постановляетъ о продолженіи уголовнаго преслѣдованія по жалобѣ прокурора или частнаго обвинителя на прекращеніе предварительнаго слѣдствія, или по заявленію субсидіарнаго частнаго обвинителя, что онъ продолжаетъ преслѣдованіе, отъ котораго отказался прокуроръ (§ 218). Согласно 207 § St. P. O., обвинительный актъ долженъ указать взводимое на обвиняемаго преступное дѣяніе со всѣми законными признаками, обусловливающими примѣненіе опредѣленнаго уголовнаго закона, при чемъ особыя обстоятельства мѣста, времени, предмета и т. д. должны быть прибавлены настолько, насколько это необходимо для ясной

обрисовки дѣянія (That). Обвинительный актъ должно дополнить краткимъ, но исчерпывающимъ обоснованіемъ, гдѣ слѣдуетъ въ связномъ разсказѣ изложить фактическую сторону дѣла (Sachverhalt), какъ она вытекаетъ изъ полученныхъ свѣдѣній, или изъ актовъ дознанія, или предварительнаго слѣдствія. Въ обвинительный актъ вносится списокъ подлежащихъ вызову свидѣтелей, экспертовъ и перечень другихъ доказательствъ, которыми намѣренъ воспользоваться обвинитель на судебномъ слѣдствіи.

Отношеніе приговора къ обвиненію опредѣляется слѣдующими параграфами: § 262. «Если судъ найдетъ, что факты, лежащіе въ основѣ обвиненія, сами по себѣ или въ соединеніи съ обнаруженными впервые во время главнаго слѣдствія обстоятельствами, составляютъ иное, чѣмъ указано въ обвиненіи, преступное дѣяніе, не принадлежащее однако къ вѣдомству суда присяжныхъ, то, выслушавши стороны и сдѣлавъ постановленіе по поводу ходатайства объ отсрочкѣ засѣданія, буде оно заявлено, судъ постановляетъ приговоръ по своему юридическому убѣжденію, не будучи связанъ обрисовкой дѣянія (That), содержащейся въ обвинительномъ актѣ.

§ 263. Если обвиняемый во время судебнаго слѣдствія будетъ обвиненъ еще въ другомъ дѣяніи, чѣмъ то, въ которомъ онъ обвинялся первоначально, то судъ, если оно подлежитъ преслѣдованію безъ частной жалобы, можетъ, по заявленію прокурора или потерпѣвшаго отъ этого дѣянія, въ другихъ же случаяхъ только по ходатайству управомоченнаго на принесеніе жалобы, распространить слѣдствіе и приговоръ и на это дѣяніе. Согласіе обвиняемаго требуется только въ томъ случаѣ, если при его осужденіи за это дѣяніе онъ подлежалъ бы болѣе строгому уголовному закону, чѣмъ тотъ, который слѣдовало бы примѣнить къ приведенному въ обвинительномъ актѣ преступному дѣянію.

Если въ этомъ случаѣ обвиняемый не согласится на немедленное разрѣшеніе или, если оно не можетъ послѣдовать потому, что оказывается необходимой болѣе тщательная подготовка или потому, что судъ некомпетентенъ на разрѣшеніе присоединившагося преступнаго дѣянія, то приговоръ долженъ ограничиться предметомъ обвиненія и оставить обвинителю—по его требованію—право самостоятельнаго преслѣдованія за присоеди-

нившееся дѣяніе. Кромѣ этого случая преслѣдованіе за это послѣднее болѣе не допускается [1]).

Смотря по обстоятельствамъ, судъ также можетъ, если онъ не разрѣшаетъ немедленно присоединившееся дѣяніе, прервать судебное слѣдствіе и рѣшеніе о всѣхъ взводимыхъ на обвиняемаго преступныхъ дѣяніяхъ оставить для новаго судебнаго слѣдствія.

Въ обоихъ случаяхъ обвинитель долженъ въ теченіе трехъ дней представить свои предложенія о начатіи установленнаго закономъ производства.

§ 267. Предложеніями прокурора судъ связанъ лишь настолько, что онъ не можетъ признать обвиняемаго виновнымъ въ дѣяніи (That), на которое обвиненіе не было распространено ни первоначально, ни во время судебнаго слѣдствія [2]).

Для суда присяжныхъ существуютъ особыя постановленія:

Согласно § 318, главный вопросъ относится къ виновности обвиняемаго въ дѣяніи (Handlung), лежащемъ въ основѣ обвиненія. Далѣе § 320 гласитъ:

«Если сдѣлано утвержденіе о фактахъ, въ силу которыхъ, предполагая ихъ справедливость, обвиняемый въ оконченномъ преступленіи или проступкѣ оказывается виновнымъ только въ

---

[1]) Исполненіе приговора за первое дѣяніе можетъ быть отсрочено судомъ до разрѣшенія новаго обвиненія; отсрочка обязательна, если за послѣднее можетъ быть назначена смертная казнь. Въ случаѣ пріостановки срокъ обжалованія начинаетъ течь со времени постановленія второго приговора (§ 264). При опредѣленіи наказанія за второе дѣяніе принимается въ расчетъ наказаніе, назначенное за 1-е, и не можетъ быть опредѣлено наказаніе, превышающее высшую мѣру за болѣе тяжкое изъ дѣяній.

[2]) По уставу 1850 г. (§ 303) судъ былъ связанъ мѣрой наказанія, требуемой прокуроромъ; по проекту 1861 г. (§ 292, abs. 2) судъ, измѣняя квалификацію, не могъ примѣнить наказаніе, превышающее максимумъ того наказанія, которое опредѣлено въ законѣ, указанномъ прокуроромъ; при этомъ проводили мысль, что въ дѣятельности прокурора есть и политическая сторона и поэтому ему должно предоставить вліяніе на высоту наказанія. Противъ этого выставлено было возраженіе, что нельзя предоставить прокурору нѣчто въ родѣ права помилованія: онъ могъ бы, напр., обвиняя вмѣсто убійства въ неосторожномъ причиненіи смерти, заставить судъ примѣнить наказаніе за послѣднее. Abs. 2, § 292 былъ отвергнутъ. См. S. Mayer—Handbuch des österreichischen Strafprozessrechtes. Wien. 1876 г. т. I, стр. 749 и 752.

покушенiи, или обвиняемаго, какъ главнаго виновника, можно разсматривать только, какъ соучастника или сообщника, или въ силу которыхъ взводимое на обвиняемаго дѣяніе подходитъ подъ другой уголовный законъ, который не строже приведеннаго въ обвинительномъ актѣ, то присяжнымъ должны быть поставлены соотвѣтствующіе вопросы.

Напротивъ, вопросъ, посредствомъ котораго взводимое на обвиняемаго дѣяніе подводится подъ понятіе строже наказуемаго преступленія (strafbaren Handlung), можетъ быть поставленъ только съ согласія обвиняемаго. Если онъ не даетъ своего согласія или если судъ вообще находитъ это необходимымъ для болѣе основательной подготовки судебнаго слѣдствія, то онъ можетъ оставить право новаго преслѣдованія за относящіеся сюда факты обвинителю по его предложенію, которое должно быть заявлено самое позднее до начала совѣщанія присяжныхъ.

§ 321. Если обвиняемый на судебномъ слѣдствіи обвиняется еще въ другомъ дѣяніи кромѣ того, въ которомъ онъ былъ обвиненъ, то могутъ и объ этомъ быть поставлены особые вопросы.

Постановка такихъ вопросовъ однако не допускается, если представляется необходимой лучшая подготовка обвиненія или защиты, или, если обвиняемый, въ случаѣ утвердительнаго отвѣта на этотъ вопросъ, подлежалъ бы уголовному закону болѣе строгому, чѣмъ приведенный въ обвинительномъ актѣ, и обвиняемый отказываетъ въ своемъ согласіи на немедленное разрѣшеніе

Въ обоихъ случаяхъ все-же обвинителю, по его заявленію, должно быть оставлено право новаго преслѣдованія за соотвѣтствующіе факты.

Итакъ, предметъ слѣдствія и приговора, какъ вытекаетъ изъ § 267, составляетъ дѣяніе обвиняемаго, на которое распространялось обвиненіе первоначально или на которое оно было распространено позже, т. е. при наличности условій, указанныхъ § 263 Дѣяніе, составляющее предметъ первоначальнаго обвиненія остается тѣмъ же и слѣдовательно подлежитъ разрѣшенію въ томъ же, начатомъ процессѣ, если происходятъ извѣстныя фактическія измѣненія, хотя бы съ ними было связано и измѣненіе квалификаціи дѣянія, или если, при томъ же факти-

ческомъ составѣ, измѣняется только взглядъ на юридическій характеръ дѣянія. Таковъ смыслъ §§ овъ 262 и 320 [1]).

Мотивы закона, съ одной стороны, указываютъ на практическое неудобство и несоотвѣтствіе интересамъ самого подсудимаго, если въ каждой модификаціи фактическаго положенія (Sachverhalt) видѣть измѣненіе предмета обвиненія и разрѣшить новое преслѣдованіе по этому поводу, и не усматриваютъ опасности осужденія подсудимаго за другое дѣяніе, постороннее обвиненію, такъ какъ такое нарушеніе легко можетъ быть установлено и ведетъ, по § 283 z. 8, St. P. O., къ отмѣнѣ приговора; что касается принятыхъ уставомъ 1850 г. разграниченій допустимаго и недопустимаго измѣненія предмета даннаго процесса, то они признаются искусственными, произвольными и не достигающими цѣли [2]). Съ другой стороны, мотивы останавливаются на вопросѣ, насколько принятая уставомъ 1873 г. система согласима съ обвинительнымъ принципомъ, и отвѣчаютъ утвердительно, такъ какъ значеніе послѣдняго отрицательное: «гдѣ нѣтъ истца, тамъ нѣтъ и судьи». Этимъ отмежевывается спорная область между обвиненіемъ и защитой; предметъ изслѣдованія составляетъ только то дѣяніе, о которомъ предъявлено обвиненіе, но «судья долженъ имѣть право и обязанность, привести свой приговоръ, если и поскольку онъ вообще обязанъ таковой постановить, въ соотвѣтствіе съ фактами, сдѣлавшимися извѣстными ему, благодаря судебному слѣдствію, и съ своимъ юри-

---

[1]) § 320 ч. 2 допускаетъ, впрочемъ, въ одномъ случаѣ—при переходѣ къ болѣе тяжкому преступленію въ судѣ присяжныхъ—возможность отдѣльнаго преслѣдованія за то же дѣяніе иначе, чѣмъ первоначально, квалифицированное,—система прусскаго Vorbehalt. Рѣш. 20 авг. 1874 г. (Plenarbeschlüsse und Entscheid, I, № 20) находитъ нужнымъ примѣненіе 2 ч. §-а 320 и тогда, когда эвентуальный вопросъ о болѣе тяжкомъ преступленіи представляетъ только измѣненіе квалификаціи при совершенно томъ же фактическомъ составѣ, что указанъ въ обвинительномъ актѣ, т. е. при отсутствіи новыхъ обстоятельствъ. Такъ и Ullmann—Lehrb. d. öster. Strafprozessrechts. Innsbruck, 1882 г., стр. 655 и пр. 1 ib. и на 656 стр Въ подкрѣпленіе этого взгляда приводится (такъ Rulf), что § 262 St. P. O. не различаетъ измѣненій, основанныхъ на новыхъ или на уже указанныхъ обвиненіемъ фактахъ.

[2]) Ср. выше, стр. 152 настоящ. изслѣдованія.

дическимъ убѣжденіемъ, т. е. примѣнить законъ къ тѣмъ фактамъ, которые онъ долженъ разрѣшить, по наилучшему пониманію и по доброй совѣсти (nach bestem Wissen und Gewissen)». Въ противномъ случаѣ вводятъ формализмъ, отъ котораго постепенно освободился даже гражданскій процессъ. Прокуроръ не стоитъ надъ закономъ; господство надъ фактами ему принадлежитъ въ томъ смыслѣ, что о дѣяніяхъ, на которыя онъ не распространилъ обвиненія, судья не рѣшаетъ, но послѣдній не связанъ юридической оцѣнкой, данной фактамъ прокуроромъ, безразлично при этомъ, является ли взглядъ суда болѣе благопріятнымъ для подсудимаго: законъ долженъ быть примѣненъ правильно, и правильнымъ слѣдуетъ считать взглядъ именно суда; къ тому же часто трудно сказать, чей взглядъ благопріятнѣе для подсудимаго: болѣе тяжкое преступленіе можетъ, напримѣръ, быть погашеннымъ амнистіей, а ставить вопросъ о квалификаціи въ зависимость отъ того, какія будутъ послѣдствія отъ этого, конечно невозможно. Нельзя, далѣе, прокурора признавать связаннымъ обвиненіемъ и уклоненіе отъ послѣдняго нарушеніемъ обвинительнаго принципа: «Обвинитель можетъ сдѣлать связывающее его заявленіе только въ пользу подсудимаго, а заявленіе во вредъ ему можетъ имѣть только природу предложенія, не связывающаго судъ; но именно поэтому обвинителю должно быть дозволено, предлагать все то, о чемъ судъ поставленъ въ возможность рѣшать [1]).

Относительно того, гдѣ оканчивается тожество дѣянія, комментаторы устава Наймайеръ и Миттербахеръ указываютъ, что тожество сохраняется при отпаденіи или присоединеніи отдѣльныхъ конкретныхъ признаковъ (вѣрнѣе, обстоятельствъ, осуществляющихъ абстрактные законные признаки преступленія) или вообще при частичномъ измѣненіи дѣянія (напримѣръ: причиненіе увѣчья тому же лицу инымъ способомъ) [2]). Майеръ [3]) считаетъ другимъ дѣяніемъ отдѣленную временемъ и простран-

---

[1]) См. мотивы у I. Kaserer. Die Strafprocessordnung vom 23 mai 1873 und deren Einführungsgesetz mit Materialien. Wien. 1873. ч. II, стр. 68—71.

[2]) Mitterbacher und Neumayer. Erläuterungen zur Strafprocess-Ordnung vom 23 mai 1873. Graz. 1874 г. 537, 538 стр.

[3]) S. Mayer. Commentar zu der Oester. St. P. O. въ его Handbuch. B. II. Wien. 1881—1884 г. №№ 2 и 5 къ § 263.

ствомъ, другую конкретную дѣятельность (Thun), другое проявленіе воли; здѣсь было бы не измѣненіе того же дѣянія, а замѣна его другимъ, въ смыслѣ § 263, который относится и къ такой замѣнѣ, хотя говоритъ о *еще* одномъ дѣяніи *кромѣ* прежде возведеннаго, а не о дѣяніи, поставленномъ *вмѣсто* первоначальнаго. Майеръ ссылается на рѣшеніе 16 октября 1875 г., гдѣ признано было правильнымъ осужденіе обвиняемаго за кражу, когда обвиненіе заключалось въ томъ, что онъ получилъ отъ неизвѣстныхъ лицъ вещи, завѣдомо о томъ, что онѣ были похищены, для дальнѣйшей продажи. Кассаціонный судъ при этомъ разъяснилъ: «законъ считаетъ дѣяніе другимъ только тогда, когда измѣненіе состоитъ не въ одномъ присоединеніи дальнѣйшихъ обстоятельствъ, вліяющихъ на большую или меньшую наказуемость» [1]). Въ одномъ изъ позднѣйшихъ рѣшеній кассаціонный судъ, ссылаясь на «Handbuch» Глазера, видитъ существо обвиненія въ томъ, что оно требуетъ приговора суда объ уголовной отвѣтственности опредѣленнаго индивида, связанной съ опредѣленнымъ происшествіемъ (Vorfall) [2]). Такимъ образомъ, и въ австрійской практикѣ проводится тотъ взглядъ, который усвоенъ въ германской. Нѣсколько примѣровъ помогутъ ближе уяснить это сходство.

Какъ и въ германскомъ правѣ, тожество признается сохранившимся при переходѣ обвиненія отъ покушенія къ оконченному дѣянію [3]), отъ пособничества къ покушенію на совершеніе преступнаго дѣянія въ качествѣ главнаго виновнаго [4]), отъ совершенія дѣянія къ укрывательству плодовъ его [5]), отъ

---

[1]) Plenarbeschlüsse und Entscheidungen des K. K. Cassationshofes, изд. редакціи Allgemeine österreichische Gerichtszeitung. Wien. т. I, № 85 (стр. 413—416).

[2]) Рѣш. 11 сентября 1897 г. (ibid. т. XVI, № 2109).

[3]) Рѣш. 21 мая 1875 г. (ib. I, № 69).

[4]) Рѣш. 16 января 1880 г. (ib. т. III, № 218). Здѣсь роли нѣсколько подсудимыхъ соучастниковъ были въ приговорѣ совершенно измѣнены по сравненію съ обвинительнымъ актомъ.

[5]) Рѣш. 3 сент. 1880 г. (ib. III, № 272: «укрывательство есть умышленное поддержаніе вызваннаго кражей правонарушенія, продолженіе посягательства на интересы собственника дальнѣйшими противоправными актами. Въ томъ же смыслѣ рѣш. 29 декабря 1879 г. (ib. № 221). Въ рѣш. 13 дек.

умышленнаго тѣлеснаго поврежденія къ неосторожному [1]). Тожество признано сохранившимся также, когда обвиненіе вмѣняло подсудимому въ вину умышленное банкротство (verschuldete Crida) на основаніи того, что онъ продолжалъ дѣлать долги, впавши уже въ несостоятельность и не могъ установить, что несостоятельность была несчастная, а приговоръ послѣдовалъ за это же преступленіе (§ 486 St. G. B., но по другой его литтерѣ), усмотрѣнное въ томъ, что подсудимый не могъ дать удовлетворительнаго объясненія объ израсходованіи значительныхъ получекъ денегъ и товаровъ [2]).

Больше интереса представляютъ слѣдующіе случаи изъ практики: въ дракѣ лицу М. было причинено, какъ говорилъ обвинительный актъ, два тѣлесныхъ поврежденія; причиненіе одного изъ нихъ приписывалось подсудимому А., другого—подсудимому В. Судъ призналъ В. виновнымъ въ причиненіи обоихъ поврежденій, несмотря на то, что прокуроръ не распространилъ въ этомъ смыслѣ обвиненія, согласно 263 § St. P. O. Генералъ-адвокатъ въ своемъ заключеніи находилъ, что предметомъ приговора сдѣлано другое дѣяніе и что нарушенъ 267 §. Но кассаціонный судъ разъяснилъ, что «тожество, требуемое § 267, не утратилось вслѣдствіе того, что судъ инкриминируемому лицу В. образу дѣйствій приписалъ результатъ, который не совпадаетъ съ указаннымъ въ обвиненіи, но идетъ дальше. Приговоръ изображаетъ не особую дѣятельность подсудимаго В., которая вызвала дальнѣйшее поврежденіе—нанесенную М. сзади рану въ голову, а говоритъ только, что дѣяніе В, разсматриваемое въ его цѣлости, причинило и это поврежденіе» [3]). Возможно и наоборотъ: расчлененіе въ приговорѣ дѣятельности обвиняемаго, изображенной въ обвинительномъ актѣ, какъ одно преступное дѣяніе, на нѣсколько самостоятельныхъ; тожество не нарушается (вмѣсто одного тяжкаго тѣлеснаго поврежденія судъ призналъ наличность одного тяжкаго и двухъ легкихъ по-

---

1884 г. (ib. VII, № 717) признана правильной постановка эвентуальнаго вопроса о злонамѣренномъ невоспрепятствованіи убійству, при обвиненіи въ убійствѣ.

[1]) Рѣш. 11 апр. 1890 г. (ib. XI, № 1312).

[2]) Рѣш. 20 февр. 1880 г. (ib. III, № 229).

[3]) Рѣш. 6 апр. 1894 г. (ib. XIV, № 1739)

вреждѣній, причиненныхъ тому же лицу тогда же, но нѣсколько позже, чѣмъ первое) [1]). Въ томъ же родѣ случай, разсмотрѣнный въ рѣшеніи 2 августа 1880 г.: подсудимый, согласно обвинительному акту, выстрѣломъ изъ ружья причинилъ потерпѣвшему рану, а затѣмъ другую рану ударомъ косы, въ чемъ усматривалось покушеніе на убійство и оба акта представлялись однимъ цѣлымъ; судъ поставилъ два главныхъ вопроса о виновности въ двухъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ. Кассаціонный судъ призналъ, что тожество не нарушено, а измѣнена только квалификація [2]).

Якобъ С. обвинялся въ томъ, что изъ вещей, переданныхъ ему въ залогъ Болеславомъ С. въ январѣ 1878 г., присвоилъ часть на сумму болѣе 50 fl. ö. W. Судъ оправдалъ С. въ этомъ преступленіи, но призналъ его виновнымъ въ недобросовѣстномъ дѣйствіи при кредитной сдѣлкѣ (§ 1 закона 19 іюля 1877 г.), состоявшемъ въ томъ, что, давши взаймы Болеславу С. 100 fl. и 50 fl. ö. W. въ январѣ 1878 г., выговорилъ условія, которыя завѣдомо для него должны были чрезмѣрностью получаемаго роста и выгоды вызвать разстройство хозяйства должника. Кассаціонный судъ нашелъ, что эти два факта существенно различны по времени и по предмету правонарушенія: здѣсь уже не модификація присвоенія, а самостоятельное дѣяніе. Присвоеніе залога можетъ быть какъ при дозволенныхъ, такъ и при наказуемыхъ сдѣлкахъ, и оба дѣянія могли существовать одновременно, представляя совокупность преступленій и, такъ какъ прокуроръ не предлагалъ разрѣшить и это дѣяніе, судъ нарушилъ § 263 St. P. O. [3]). Дѣйствительно, присвоеніе состояло въ полученіи вещи у собственника обвиняемымъ и въ обращеніи послѣднимъ этой вещи въ свою собственность; недобросовѣстность сдѣлки — въ заключеніи договора займа на ростовщическихъ условіяхъ: каждое изъ дѣяній могло имѣть или имѣло, предполагая доказанность обоихъ, самостоятельное бытіе, хотя они могли служить одной цѣли — преступному обогащенію Якоба С.

---

[1]) Рѣш. 1 іюля 1881 г. (ib. IV, № 356).
[2]) Рѣш. 2 авг. 1880 г. (ib. III, № 277).
[3]) Рѣш. 21 марта 1881 г. (ib. IV, № 325).

Подсудимый обвинялся въ продажѣ, при угрожавшемъ ему принудительномъ исполненіи рѣшенія гражданскаго суда, экипажа и лошадей, съ цѣлью лишить кредитора (Лазаря В.) удовлетворенія (§ 1 закона 25 мая 1883 г.), а былъ признанъ виновнымъ въ томъ, что, не будучи собственникомъ этого имущества, выдалъ себя за собственника, чтобы посредствомъ такого обмана получить кредитъ у Лазаря В. (§ 203 St. G. B.). Кассаціонный судъ справедливо нашелъ тожество нарушеннымъ [1]).

Нѣкій Т. обвинялся въ присвоеніи довѣреннаго ему лицомъ Н. банковаго билета въ 100 fl. и былъ признанъ виновнымъ въ соучастіи въ мошенничествѣ, совершенномъ его отцомъ, который вымануль у Н. банковый билетъ, вышедшій изъ обращенія, подъ предлогомъ размѣна, и 25 руб. за эту услугу. Соучастіе Т.—сына было усмотрѣно въ томъ, что онъ, по соглашенію съ отцомъ, поддерживалъ ошибку Н. относительно мѣстопребыванія отца, вслѣдствіе чего Н. не могъ предъявить искъ (5 и 197 §§ St. G. B.). Кассаціонный судъ нашелъ, что Т. осужденъ за другое дѣяніе [2]).

Такимъ образомъ, другимъ дѣяніемъ признано укрывательство *лица*, совершившаго то дѣяніе, которое обвиненіе приписывало подсудимому, изобразивши послѣднее не вполнѣ вѣрно и придавши ему квалификацію, не соотвѣтствовавшую дѣйствительно происшедшему дѣянію.

Двумя самостоятельными дѣяніями признаны [3]), далѣе, два утвержденія, сдѣланныя въ одномъ заявленіи, подача котораго требуется законами о печати отъ лица, берущагося редактировать газету: во-первыхъ, что онъ (обвиняемый) отвѣтственный редакторъ, тогда какъ онъ заранѣе зналъ, что не будетъ исполнять соотвѣтствующихъ обязанностей; во-вторыхъ, что онъ прежде не судился, тогда какъ онъ судился за кражу. Каждое

---

[1]) Рѣш. 20 іюня 1888 г. (ib. X, № 1162). Здѣсь судъ собственно не осудилъ обвиняемаго, но призналъ дѣло себѣ неподсуднымъ, между тѣмъ какъ долженъ былъ постановить оправдательный приговоръ по первоначальному обвиненію, за первое дѣяніе.

[2]) Рѣш. 30 сент. 1886 г. (ib. IX, № 965).

[3]) Рѣш. 7 февраля 1880 г. (ib. III, № 222).

изъ этихъ ложныхъ утвержденій наказуемо особо и то обстоятельство, что они сдѣланы въ одномъ письменномъ заявленіи, конечно, не сливаетъ два дѣянія въ одно цѣлое.

На другое преступленіе подсудимый можетъ сослаться иногда въ свою защиту, напримѣръ: для доказательства того, что онъ не былъ въ мѣстѣ совершенія приписываемаго ему, можетъ быть, болѣе серіознаго преступленія. Такое обнаруженное судебнымъ слѣдствіемъ преступленіе чаще всего будетъ самостоятельнымъ дѣяніемъ [1]). Любопытный случай представляетъ наказуемое само по себѣ по австрійскому праву пьянство, когда обвиняемый въ какомъ-либо преступленіи, ссылается на фактъ опьяненія, какъ на обстоятельство, исключающее вмѣненіе. Два такихъ случая было въ виду кассаціоннаго суда: Обвиняемый въ 1) нарушеніи общественнаго спокойствія, 2) въ оскорбленіи величества и 3) въ оскорбленіи арміи, сослался на то, что былъ совершенно пьянъ, совершая эти дѣянія Поэтому былъ поставленъ дополнительный вопросъ, не находился ли обвиняемый въ состояніи опьяненія. Присяжные отвѣтили утвердительно на вопросы о второмъ и третьемъ преступленіяхъ и на дополнительный вопросъ. Судъ призналъ обвиняемаго оправданнымъ въ этихъ преступленіяхъ и виновнымъ въ нарушеніи, пред. § 523 St. G. B.—оскорбленіи общественной нравственности пьянствомъ. Кассаціонный судъ, согласно съ заключеніемъ генералъ адвоката, нашелъ, что дѣяніе, за которое обвиняемый осужденъ, осталось тѣмъ же, что и возведено обвиненіемъ, что «судъ долженъ былъ обсудить всесторонне происшествіе, приписанное причинной дѣятельности обвиняемаго, долженъ былъ изслѣдовать это происшествіе въ соображеніи со всѣми сопровождающими обстоятельствами и сопоставить со всѣми постановленіями уголовнаго кодекса, которыя могли бы быть примѣнены» [2]). Дѣйствительно, нарушеніе, пред. § 523 St G. B., могло быть въ идеальной совокупности съ нарушеніемъ общественной тишины, и въ этомъ качествѣ могло быть предметомъ рѣшенія въ процессѣ по поводу послѣдняго, но тогда вопросъ

---

[1]) См. примѣры отчасти гипотетическіе, отчасти изъ прусской практики у Глазера въ упоминавшейся статьѣ его въ Gerichtssaal, т. 36, стр. 112.

[2]) Рѣш. 15 марта 1880 г. (l. c. III, 248).

о нарушеніи, пред. § 523 St. G. B., должно было поставить, по 320 § St. P. O., а не какъ дополнительный, такъ какъ для утвердительнаго отвѣта на послѣдній законъ требуетъ простого большинства голосовъ, а для утвердительнаго отвѣта на вопросъ о виновности—квалифицированнаго ($^2/_3$ голосовъ), къ тому же составъ § 523 предполагаетъ вину; а не наличность просто состоянія опьяненія, чего достаточно для невмѣненія дѣянія въ вину. По этимъ соображеніямъ, кассаціонный судъ отмѣнилъ *приговоръ по дѣлу, по которому осужденіе послѣдовало* за нарушеніе, пред. § 523, по отвѣту на дополнительный вопросъ, тогда какъ обвиненіе и главный вопросъ относились къ убійству. Тожество признано сохранившимся [1]).

Такимъ образомъ, предметъ обвиненія и приговора составляетъ, за однимъ указаннымъ выше исключеніемъ, дѣяніе подсудимаго независимо отъ квалификаціи [2]), какъ и въ германскомъ правѣ; всякое измѣненіе возможно, пока дѣяніе остается тѣмъ же, а тожество оканчивается тамъ, гдѣ слѣдствіе распространяется на дѣяніе, находящееся съ первоначальнымъ въ от-

---

[1]) Рѣш. 20 іюня 1885 г. (l. c. VIII, № 798).

[2]) Поэтому приговоръ долженъ быть или только оправдательный, или только обвинительный, и оправданіе отъ одной какой-либо квалификаціи неправильно. Такъ рѣш. 1 іюня 1883 г., 14 апрѣля 1897 г. (l. c. VI, № 556; XVI № 2079); такъ же Mayer—Handb. II, 37 къ 262 § и Allgem. Oester. Gerichtszeitung за 1873 г. № 25). Напротивъ анонимный авторъ (Waser?) въ № 89 за 1876-й годъ той же газеты находитъ нужнымъ оправданіе отъ отдѣльной квалификаціи, какъ средство отклонить новое обвиненіе и потому, что это важно для вопроса о судебныхъ издержкахъ.—Поэтому далѣе прокуроръ можетъ отказаться отъ обвиненія, что, по австрійскому праву, влечетъ оправданіе подсудимаго (§ 259 z. 2), но не отъ отдѣльной квалификаціи дѣянія, и эвентуальный вопросъ можетъ быть поставленъ, несмотря на возраженіе прокурора: условнаго отказа, на случай непризнанія указываемой обвиненіемъ квалификаціи, быть не можетъ. Рѣш. 11 марта 1881 г. (Plenarbeschl. und. Entsch., IV, № 319), см. также Gernerth (Abänderung der Anklage въ 35 № за 1881 г. Allg. öster. Gerichtszeit. Напротивъ, Zucker (ibid. № 45 за 1881 г.) полагаетъ, что прокуроръ имѣетъ право распоряженія относительно субсумціи фактической стороны подъ уголовный законъ и, при отказѣ прокурора отъ первоначальнаго обвиненія, вопросъ ставится только по измѣнившемуся.

ношеніи реальной совокупности. Отличія австрійскаго законодательства заключаются только въ тѣхъ мѣрахъ, которыя предписаны для огражденія интересовъ сторонъ. Въ производствѣ безъ присяжныхъ судъ долженъ выслушать *обѣ* стороны относительно послѣдовавшаго измѣненія, между тѣмъ по германскому уставу достаточно предупредить обвиняемаго. Если стороны по собственной иниціативѣ не остановятся на вопросѣ объ измѣненіи обвиненія, судъ, повидимому, долженъ вызвать ихъ на это [1]). Въ существѣ австрійское и германское законодательства сходятся на необходимости обратить на происшедшее измѣненіе вниманіе подсудимаго, но австрійское хочетъ еще выслушать и мнѣніе прокурора или частнаго обвинителя. Мѣрой, обезпечивающей интересы обвиненія и защиты, здѣсь также служитъ отсрочка разбирательства, но *подсудимый не имѣетъ безусловнаго права* на отсрочку даже въ случаѣ, въ которомъ оно ему предоставлено 3 ч. 264 § германскаго устава уголовнаго судопроизводства. Но постановленіе суда объ этомъ подлежитъ повѣркѣ кассаціоннаго суда, и неправильное отклоненіе ходатайства объ отсрочкѣ составляетъ поводъ отмѣны приговора. Этотъ поводъ устанавливается не только 8 п. § 281 St. P O., говорящимъ объ отмѣнѣ приговора по нарушенію §§ 262, 263 и 267 St. P. O. и примѣнимымъ, если постановленіе объ отсрочкѣ не послѣдовало совсѣмъ или не соблюдены другія указанныя въ этихъ §§ условія [2]), но 4 п. 281 § St. P. O., который признаетъ поводомъ къ отмѣнѣ приговора нарушеніе или неправильное примѣненіе промежуточнымъ (частнымъ) опредѣленіемъ суда законовъ или принциповъ производства, соблюденіе которыхъ предписывается существомъ процесса, обезпечивающаго уголовное преслѣдованіе и защиту [3]). Повѣрка опредѣленія суда объ отсрочкѣ представляетъ существенную гарантію сторонъ и, хотя эта повѣрка возможна и въ Германіи, но тамъ это и не внѣ спора, и даетъ ревизіонному суду меньше простора, тогда

---

[1]) Kaserer—II, Motive (l. c), стр. 71.

[2]) Между прочимъ и вопросъ о тожествѣ дѣянія признается не чисто фактическимъ, но и юридическимъ, подлежащимъ разсмотрѣнію и кассаціоннаго суда (Motive, l. c., стр. 70 и Mayer—Handb. II, № 46 къ 262 §; онъ ссылается, впрочемъ, на практику германскаго имперскаго суда).

[3]) Motive (Kaserer— II), 71 стр..

какъ забота о ненарушеніи *принциповъ* процесса позволяетъ заглянуть дальше вглубь дѣла. Но объ обѣихъ мѣрахъ, установленныхъ § 262-мъ, § 320-й St. P. O., относящійся къ измѣненію обвиненія на судѣ присяжныхъ, не упоминаетъ, а въ мотивахъ прямо говорится, что отсрочка дѣла до новой сессіи неудобна въ судѣ присяжныхъ, такъ какъ отсрочка по требованію прокурора для лучшей подготовки обвиненія отражалась бы на подсудимомъ несравненно сильнѣе, ибо связана была бы съ трехмѣсячнымъ ожиданіемъ, часто въ предварительномъ заключеніи, а съ другой стороны по этой же причинѣ нѣтъ опасности, что обвиняемый неосновательно (aus blosser Chicane) воспротивится немедленному разрѣшенію. Поэтому избранъ былъ другой порядокъ: немедленное разрѣшеніе, если дѣяніе становится болѣе тяжкимъ преступленіемъ, поставлено въ зависимость отъ согласія обвиняемаго [1]). Этимъ австрійскій законъ существенно разнится отъ германскаго. Но это условіе, съ виду болѣе благопріятное для подсудимаго, ослабляется возможностью новаго преслѣдованія за относящіеся къ новой квалификаціи факты, если обвинитель своевременно заявитъ объ этомъ (Vorbehalt). Къ тому же текстъ § 320 не ограничиваетъ права преслѣдованія за эти факты опредѣленной квалификаціей, рѣчь идетъ только о новомъ процессѣ «за соотвѣтствующіе (повидимому, болѣе тяжкому преступленію) факты», но обвинитель не связанъ одной какой-либо квалификаціей. Но, что важнѣе всего, отсрочка засѣданія бываетъ нужна для подготовки защиты и при переходѣ обвиненія къ *менѣе* тяжкому преступленію, а между тѣмъ въ этомъ случаѣ, по австрійскому закону, должно послѣдовать немедленное разрѣшеніе дѣла.

Отличается также отъ германскаго порядокъ распространенія приговора на другое дѣяніе. Согласіе обвиняемаго нужно только въ случаѣ, если, вслѣдствіе этого новаго дѣянія, къ обвиняемому можетъ быть примѣненъ болѣе строгій уголовный законъ. Въ остальныхъ случаяхъ, разъясняютъ мотивы [2]), наличность еще одного дѣянія составляетъ только увеличивающее

---

[1]) Kaserer—l. c., II, стр. 78. Отсрочка для подготовки *обвиненія* не допускается въ судѣ присяжныхъ.

[2]) Motive (Kaserer II), стр. 72.

вину обстоятельство, къ тому же интересъ защиты обезпечивается тѣмъ, что обвиняемый можетъ обосновать свое ходатайство объ отдѣльномъ разсмотрѣніи, и опредѣленіе объ этомъ суда подлежитъ повѣркѣ кассаціонной инстанціи. Зато, при несогласіи подсудимаго, новое преслѣдованіе за новое дѣяніе возможно только *въ случаѣ оставленія на это за собою права обвинителемъ*, которому при томъ дается трехдневный срокъ для возбужденія дѣла. То же условіе ставится новому преслѣдованію, когда судъ некомпетентенъ для рѣшенія о новомъ дѣяніи или когда онъ не находитъ возможнымъ немедленно разрѣшить его по неподготовленности дѣла, т. е. въ случаяхъ, когда вообще согласіе обвиняемаго не требуется [1]) Но, кромѣ немедленнаго разрѣшенія и условнаго новаго преслѣдованія (Vorbehalt), суду дается еще третій выходъ—прервать судебное слѣдствіе и *вступленія обвиняемаго перенести на другое судебное засѣданіе.* Преданіе суду за новое дѣяніе происходитъ тогда въ обычномъ порядкѣ. Этотъ порядокъ имѣетъ въ виду случаи тѣсной связи двухъ дѣяній, при чемъ даже первоначальное можетъ измѣнить свой характеръ и должно быть тогда включено въ новый обвинительный актъ. Приведенный для разъясненія этого примѣръ выбранъ однако совсѣмъ неудачно: можетъ обнаружиться новый фактъ кражи и сумма кражи превыситъ 300 fl. [2]). Но, если сумма новой кражи прибавляется къ суммѣ первоначально инкриминированной кражи, то обѣ онѣ соединяются въ одно продолжаемое преступленіе и въ такомъ случаѣ дѣяніе одно: то же, что составляло предметъ обвинительнаго акта, а новый фактъ только измѣняетъ квалификацію. Пріостановленіе производства по начатому дѣлу для возвращенія въ предварительную стадію и совмѣстнаго затѣмъ разбирательства въ новомъ засѣданіи не примѣняется въ судѣ присяжныхъ (§ 321).

§ 321 не говоритъ опредѣленно о необходимости предло-

---

[1]) «Только при условіи соотвѣтствующаго примиренія противоположныхъ интересовъ обвиненія и защиты можетъ оказаться умѣстнымъ предоставленіе права самостоятельнаго преслѣдованія, которое противорѣчитъ принципу единства процедуры и всегда тягостно и угнетающе дѣйствуетъ на подсудимаго», говоритъ Mayer—Handb. II, 37 къ § 263.

[2]) Kaserer,—l c. II, 72, 73.

женія прокурора для того, чтобы предметомъ вопроса могло стать новое дѣяніе, но это условіе вытекаетъ изъ общаго духа австрійскаго процесса и изъ 267 § St. P. O., который примѣнимъ и въ судѣ присяжныхъ въ силу § 311 St. P O., опредѣляющаго, что въ производствѣ съ присяжными главное слѣдствіе производится по правиламъ, содержащимся въ 18-мъ отдѣлѣ (главное слѣдствіе въ судахъ 1-й инстанціи) [1]). Въ рѣшеніи кассаціоннаго суда, отъ 20 сентября 1886 г., признано, что распространеніе обвиненія на другое дѣяніе можетъ быть сдѣлано и въ заключительной рѣчи прокурора [2]).

Законъ (§ 262) не останавливается на послѣдствіяхъ отсрочки судебнаго засѣданія, допускаемой въ судѣ безъ присяжныхъ. Глазеръ, творецъ австрійскаго устава 1873 г., полагаетъ, что дѣло можетъ снова вступить въ стадію подготовительную къ главному слѣдствію и стороны могутъ, согласно § 224, просить о новыхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ для выясненія какого-либо существеннаго обстоятельства. Если такія дѣйствія имѣли мѣсто послѣ преданія суду, то обвинителю предоставляется (§ 227 ч. 2) право до начала главнаго слѣдствія взять обратно обвинительный актъ и представить въ то же время новый. Въ такомъ случаѣ дѣло снова проходитъ стадію, предписанную для преданія суду, при чемъ судъ 2-й инстанціи, по § 211, можетъ отклонить обвинительный актъ для лучшаго выясненія дѣла, и тогда обвинитель можетъ обратиться съ предложеніемъ разслѣдованія того или другого обстоятельства къ слѣдственному судьѣ. Глазеръ относитъ возможность такого порядка и къ случаю обнаруженья новаго обстоятельства во время судебнаго засѣданія и говоритъ, что и это обстоятельство, при отсрочкѣ, можетъ повести къ поступленію дѣла даже въ стадію предварительнаго слѣдствія [3]).

Въ заключеніе очерка австрійскаго законодательства, нельзя не упомянуть еще о правахъ сторонъ при постановкѣ вопросовъ по измѣнившемуся обвиненію. Обязательность для суда требованія сторонъ о постановкѣ эвентуальныхъ вопросовъ, вы

---

[1]) Ср. Ullman—op. c., стр. 618.
[2]) l. c. IX, № 956.
[3]) Gerichtssaal, т. 36, стр. 172, пр. 117.

текаетъ изъ словъ, которыми начинается § 320: «sind Thatsachen behauptet...», слѣдовательно достаточно одного утвержденія о фактахъ, и судъ не въ правѣ не поставить вопроса потому, что находитъ эти факты не установленными. Но, разъяснено въ мотивахъ, если судъ найдетъ, что «эти факты, предполагая ихъ доказанными, не даютъ однако состава опредѣленнаго другого деликта, то судъ не можетъ поставить эвентуальный вопросъ, который, въ случаѣ утвердительнаго отвѣта, онъ долженъ былъ бы принять, какъ часть *своего* рѣшенія». Субсумцію дѣянія мотивы признаютъ дѣломъ не только присяжныхъ, сопоставляющихъ конкретный составъ съ законнымъ, но и суда, который формулируетъ вопросъ. Неправильный отказъ суда въ постановкѣ вопроса, вслѣдствіе неправильнаго взгляда на юридическое свойство фактовъ, можетъ быть поводомъ кассаціи, но нельзя навязывать суду точку зрѣнія, которой онъ не признаетъ. Не должно играть роли и то соображеніе, что отрицательный отвѣтъ на главный вопросъ поведетъ къ оправданію виновнаго, вопреки желанію присяжныхъ [1]). Но кассаціонный судъ по поводу отклоненія *главнаго* вопроса, высказалъ иное мнѣніе, сходное съ принятымъ въ германской практикѣ. Случай былъ слѣдующій: подсудимый обвинялся въ томъ, что нѣсколькими выстрѣлами убилъ одну женщину и ранилъ ея сына; выстрѣлы были направлены только въ нее. Прокуроръ настаивалъ на постановкѣ второго главнаго вопроса, согласно обвиненію, именно о покушеніи на убійство сына; судъ, находя невозможнымъ покушеніе на убійство посредствомъ aberratio, поставилъ второй вопросъ по признакамъ причиненія тяжелой раны по неосторожности. Кассаціонный судъ кассировалъ производство и согласился съ генералъ-адвокатомъ, что судъ не имѣлъ права устранять квалификацію, предлагаемую обвинительнымъ актомъ, и кромѣ того, что субсумція дѣянія дѣло присяжныхъ и не было необходимости, какъ думалъ судъ, при утвердительномъ отвѣтѣ на вопросъ въ отвергаемой имъ формулировкѣ, положить его въ основу приговора: судъ и тогда могъ бы оправдать подсудимаго, не находя

---

[1]) Kaserer—l. c. II (Motive), стр. 79. По собственному почину судъ также ставитъ эвентуальный вопросъ, если есть фактическій поводъ (Plenarbeschlüs. u. Entsch., III, 319).

состава преступленія (§ 337) въ дѣяніи, признанномъ присяжными. Къ тому же отъ ошибки должно уберечь присяжныхъ заключительное слово предсѣдателя и сведеніе сомнительныхъ признаковъ преступленія къ конкретнымъ фактамъ [1]).

Та же основная точка зрѣнія, что въ австрійскомъ и германскомъ, принята законодательствами Норвежскимъ и Венгерскимъ.

Согласно Норвежскому закону о производствѣ уголовныхъ дѣлъ, 1 іюля 1887 г. [2]), §§ 291, 342, и Венгерскому Уставу Угол. Судопр. отъ 4 декабря 1896 г. [3]), §§ 316, 356 и 357, предметъ процесса и приговора составляетъ дѣяніе, лежащее въ основѣ обвиненія. Особенности этихъ уставовъ по нашему вопросу заключаются въ слѣдующемъ:

Норвежскій законъ (§ 291) говоритъ объ *исправленіи* ошибокъ опредѣленія о преданіи суду прокуроромъ *посредствомъ особой отмѣтки на этомъ опредѣленіи*. Ошибки, о которыхъ говорится въ § 291 относятся къ обозначенію именъ, мѣста, къ изображенію законныхъ признаковъ дѣянія и тому подобныхъ обстоятельствъ. Такимъ образомъ, вводится нѣчто, весьма сходное съ англійской системой исправленія обвинительныхъ актовъ. Но это чисто формальная особенность Норвежскаго закона. Какъ видно изъ 342 §, измѣненіе квалификаціи дѣянія, вслѣдствіе обнаруженья новыхъ обстоятельствъ, не препятствуетъ постановленію приговора по измѣнившемуся обвиненію. Постановка эвентуальныхъ вопросовъ, при наличности фактическихъ данныхъ или соотвѣтствующаго утвержденія, даже обязательна, какъ и въ германскомъ и австрійскомъ правѣ. Мѣрой огражденія интересовъ подсудимаго и здѣсь служитъ отсрочка слушанья дѣла, но, по крайней мѣрѣ, по § 342, *при измѣненіи квалифи-*

---

[1]) Рѣш. 21 марта 1874 г. (Plenarentscheidung)—l. c. I, № 3, стр. 10. Въ пользу этого рѣшенія и Ullmann—стр. 632. Но въ постановкѣ *эвентуальнаго* вопроса судъ въ правѣ отказать и на томъ основаніи, что данные факты не соотвѣтствуютъ составу преступленія. Ullmann—op. c. 656, 657 стр. и указыв. имъ рѣшенія.

[2]) См. Zeitschrift f. d. gesam. Strafrechtswissenschaft. Beilage zum B. IX.

[3]) См. изданіе Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Uebersetzung № 13. Strafprozessordnung für das Königreich Ungarn, sanktioniert am 4 Dezember 1896 r. Berlin 1899.

кацiи отсрочка обязательна, «*если это представляется желательным для защиты*», т. е. судъ не входитъ въ оцѣнку цѣлесообразности этой мѣры при данныхъ обстоятельствахъ. Менѣе категорично предписаніе § 291, гдѣ, на случай исправленія обвиненія упомянутымъ выше образомъ или распространенія обвиненія на другое преступное дѣяніе (Verhalten) [1]), подсудимому предоставляется *требовать* отсрочки разбирательства, если подсудимый не могъ приготовиться къ защитѣ и представленію опровергающихъ исправленное обвиненіе доказательствъ. Можно думать, что здѣсь *судъ* оцѣниваетъ возможность для защиты отвѣчать немедленно на исправленное или распространенное обвиненіе. Законъ *не говоритъ объ отсрочкѣ для подготовки обвиненія.*

Особенности Венгерскаго Устава состоятъ въ томъ, 1) что для измѣненія обвиненія въ судѣ безъ участія присяжныхъ *требуется* соотвѣтствующее *предложеніе обвинителя* (§ 316); 2) что, хотя этого не требуется въ судѣ присяжныхъ, но эвентуальные вопросы ставятся только относительно такихъ измѣненій квалификаціи, которыхъ не сдѣлалъ предметомъ обвиненія *обвинитель* (§ 356), а то *измѣненіе, которое предлагаетъ послѣдній*, составляетъ предметъ *главнаго* вопроса; основаніемъ этого вопроса служитъ, по § 355, ч. 3, опредѣленіе о преданіи суду, за его отсутствіемъ обвинительный актъ, «но, поскольку обвинитель измѣнилъ свое обвиненіе во время судебнаго засѣданія, его новое содержаніе». 3) Третью особенность составляетъ возможность *направленія дѣла*, при перерывѣ или отсрочкѣ разбирательства, *въ стадію предварительнаго слѣдствія*, при чемъ, если измѣняется составъ преступленья и оно становится подсуднымъ суду присяжныхъ, долженъ быть составленъ *новый обвинительный актъ*. То же требуется, если это преступленіе печати, подсудное суду присяжныхъ, хотя бы не было произведено новое предварительное слѣдствіе. Вмѣсто предварительнаго слѣдствія, судъ, откладывая дѣло, можетъ предписать производство отдѣльныхъ

---

[1]) Повидимому, при реальной совокупности. Это распространеніе на другое дѣяніе поставлено въ зависимость отъ согласія суда, согласія или достойнаго довѣрія признанія подсудимаго и отъ того, чтобы не было въ результатѣ этого увеличено наказаніе.

слѣдственныхъ дѣйствій (§ 318 ч. 4, 5, 6 и 7) 4) *Отсрочка* обязательна для суда только, когда въ судѣ присяжныхъ подсудимый не соглашается на постановку вопроса о преступномъ дѣяніи, измѣнившемся изъ менѣе тяжкаго въ болѣе тяжкое. Въ остальныхъ случаяхъ судъ постановляетъ объ отсрочкѣ, если найдетъ это нужнымъ для подготовки защиты, при чемъ въ судѣ присяжныхъ это возможно вообще при измѣненіи квалификаціи (§ 357), а въ производствѣ безъ присяжныхъ *не иначе, какъ по требованію одной изъ сторонъ* [1]); здѣсь отсрочка допускается и для подготовки обвиненія (§§ 316, 317 и ч. 1 318). 5) Что касается распространенія процесса еще на *другое дѣяніе*, влекущее примѣненіе правилъ о реальной совокупности, то Венгерскій Уставъ ставитъ это распространеніе въ зависимость отъ *согласія* подсудимаго *только въ судѣ присяжныхъ*; при несогласіи, судъ предписываетъ раздѣленіе дѣлъ о каждомъ изъ дѣяній (§ 357, ч. 1 и 2) и разрѣшаетъ только первоначальное. Въ судѣ безъ участія присяжныхъ распространеніе приговора на новое дѣяніе обусловлено *только предложеніемъ прокурора* и даетъ подсудимому лишь *безусловное* право на отсрочку, если судъ не предпочтетъ выдѣлить это дѣяніе въ особое производство (2 ч. 318 §).

---

[1]) Подсудимому или его защитнику долженъ быть предложенъ вопросъ, не желаютъ ли они (§ 317—3 и 4), вслѣдствіе измѣненія обвиненія, перерыва или отсрочки разбирательства для подготовки защиты. Этотъ вопросъ и отвѣтъ на него вносятся въ протоколъ подъ страхомъ кассаціи.

ГЛАВА VII.

Вопросъ объ отношеніи приговора къ обвиненію въ наукѣ уголовнаго процесса.

Теорія принципіальной неизмѣнности обвиненія и ея представители: Цахаріе, Планкъ и Гейеръ. Промежуточныя теоріи: а) Миттермайера, б) Гуго Мейера, в) Газенбальга, г) Бара. Теорія, допускающая всякое измѣненіе обвиненія при сохраненіи тожества дѣянія и ея представители: а) на почвѣ слѣдственнаго и смѣшаннаго процесса: Биндеръ и Гольдтаммеръ; б) на почвѣ обвинительнаго процесса: Герау, Віарда, Штеллингъ и Глазеръ. Теорія, выдвигающая формальное условіе: исправленіе обвиненія обвинителемъ (Штеллингъ).—Современное положеніе вопроса въ наукѣ.

Научное освѣщеніе нашъ вопросъ, какъ и большинство другихъ вопросовъ, получаетъ въ нѣмецкой процессуальной литературѣ. Въ то время какъ англійскіе и французскіе криминалисты, исключая развѣ проявляющаго больше самостоятельности и критическаго анализа Эли, ограничиваются изложеніемъ и толкованіемъ положительнаго права и подведеніемъ итоговъ судебной практики, нѣмецкіе процессуалисты стараются найти рѣшеніе вопроса, исходя изъ основныхъ принциповъ уголовнаго процесса [1]).

Но вслѣдствіе неодинаковой исходной точки зрѣнія, вслѣдствіе различія взглядовъ на природу уголовнаго процесса, теоріи нѣмецкихъ процессуалистовъ представляютъ такое же разнообразіе, какъ и разсмотрѣнныя въ предыдущихъ главахъ положенія законодательствъ и судебной практики.

---

[1]) Исключеніе составляетъ теорія Газенбальга.

Всѣ эти теоріи можно раздѣлить на четыре группы: 1) теорія принципіальной неизмѣнности обвиненія; 2) теоріи, разграничивающія допустимыя и недопустимыя измѣненія обвиненія въ предѣлахъ одного и того же дѣянія,—теоріи, которыя можно назвать промежуточными; 3) теорія, допускающая всѣ измѣненія при условіи сохраненія тожества дѣянія; 4) теорія, выдвигающая формальное условіе: исправленіе или измѣненіе обвиненія обвинителемъ. Теоріи, относящіяся ко второй группѣ, различаются между собою еще въ зависимости отъ намѣчаемой границы допустимыхъ измѣненій.

Познакомимся со всѣми этими теоріями ближе.

Представителями теоріи, принципіально не допускающей никакого уклоненія приговора отъ предъявленнаго обвиненія, являются Цахаріе, Планкъ и Гейеръ.

Первый изъ названныхъ процессуалистовъ въ одномъ изъ своихъ капитальныхъ трудовъ, появившемся въ 1846 г.: «Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens» [1]), изслѣдуя сущность обвинительнаго процесса, признаетъ однимъ изъ слѣдствій послѣдняго полную неизмѣнность обвиненія какъ въ фактическомъ, такъ и юридическомъ отношеніяхъ; она вытекаетъ изъ другихъ отличительныхъ свойствъ обвинительнаго процесса: равноправія сторонъ, взаимнаго положенія обвинителя и обвиняемаго, раздѣленія функцій обвинителя и судьи: если бы обвиненіе могло быть измѣнено, судья принималъ бы на себя роль обвинителя, стороны въ процессѣ, обвинитель же преступалъ бы извѣстныя существенныя предположенія судебнаго слѣдствія. Новая квалификація того же дѣянія, а тѣмъ болѣе новое дѣяніе должны составить предметъ особаго обвиненія, которое можетъ быть предъявлено послѣ приговора, состоявшагося за прежнее дѣяніе съ иной квалификаціей, или одновременно съ первымъ обвиненіемъ—за реальную или идеальную совокупность преступленій.

Гейеръ [2]), допуская измѣненіе обвиненія только при согласіи на это подсудимаго, при отсутствіи этого условія также высказывается противъ возможности измѣненія даже чисто юри-

---

[1]) 130 и 131 стр.

[2]) Lehrbuch, 5 и 735 стр. Мѣры въ интересахъ защиты, указываемыя § 264 германскаго Уст. Уг. Суд, онъ находитъ недостаточными (стр. 736).

дическаго, т. д. одной квалификаціи, хотя бы фактическая сторона не измѣнилась. «Невѣрно, говоритъ онъ, что защита одинаковымъ образомъ можетъ использовать одинаковый фактическій матеріалъ при какой бы то ни было юридической точкѣ зрѣнія. Какъ только дѣяніе подведено подъ другое юридическое понятіе, измѣняется значеніе его составныхъ частей. То, что прежде представляло наибольшую важность, получаетъ значеніе побочнаго обстоятельства, а обстоятельства, прежде беззаботно оставленныя въ тѣни, теперь рѣшительнымъ образомъ выступаютъ на первый планъ. Въ то время какъ защита не безпокоилась о приведеніи доказательствъ противъ такихъ съ виду второстепенныхъ моментовъ обвиненія и концентрировала свои силы гдѣ-либо въ другомъ пунктѣ, теперь оказывается, что именно тѣ, оставленныя безъ вниманія, обстоятельства таятъ въ себѣ главную мощь нападенія. Такъ называемымъ тожествомъ дѣянія такимъ образомъ ни въ малой мѣрѣ не проявляютъ заботы *о равенствѣ оружія нападенія и защиты*».

Съ точки зрѣнія обвинительнаго принципа, условіемъ измѣненія ставится согласіе подсудимаго и Планкомъ [1]), но, когда отказъ подсудимаго дать свое согласіе представляется явной шиканой въ виду отсутствія какихъ бы то ни было опасностей или затрудненій для системы его защиты: напримѣръ, при простыхъ поправкахъ ошибочныхъ указаній обвинительнаго акта, измѣненіе допустимо. Эти ошибочныя указанія могутъ относиться къ мѣсту, времени совершенія преступнаго дѣянія, лицу, предмету или орудію преступленія, и возможность поправки вытекаетъ изъ правила «falsa demonstratio non nocet», необходимо однако, чтобы дѣяніе, которое имѣлось въ виду обвинительнымъ актомъ, осталось для подсудимаго достаточно распознаваемымъ [2]).

---

[1]) Julius Wilhelm Planck. Systematische Darstellung des Deutschen Strafverfahrens. Göttingen, 1857 г., стр. 318. Содержаніе обвиненія должно состоять изъ фактическаго его основанія (casus obvius, фактическій составъ даннаго случая, осуществляющій абстрактный законный составъ преступленія—casus legalis; факты, вліяющіе на мѣру наказанія; обозначеніе лица обвиняемаго—legitimatio ad causam послѣдняго), юридическаго (уголовный законъ) и просьбы о признаніи обвиняемаго виновнымъ (безъ опредѣленія мѣры желаемаго наказанія) (ib. § 111).

[2]) Стр. 318 и 323.

Но даже такія поправки Планкъ считаетъ только исключеніемъ, смягченіемъ принципа, чтобы не жертвовать справедливостью ради формы, а, если стоять твердо на почвѣ обвинительнаго процесса, «обвиненіе есть хорошо обдуманное, тщательно подготовленное нападеніе обвинителя, противъ котораго обвиняемому должна быть предоставлена полная свобода защиты», между тѣмъ къ отраженію неизвѣстнаго заранѣе нападенія обвиняемый не можетъ приготовиться особенно, если онъ невиновенъ и слѣдовательно не знаетъ истиннаго хода событій, давшихъ поводъ къ уголовному преслѣдованію. Съ другой стороны, нѣтъ ничего несправедливаго въ томъ, что обвинителя связываютъ рамками тщательно подготовленнаго имъ обвиненія. Поэтому обвиненіе должно оставаться въ теченіе процесса неизмѣннымъ. Это полезно еще и потому, что, благодаря неизмѣнности обвиненія, суду легче руководить судебнымъ слѣдствіемъ «и съ самаго начала сосредоточить вниманіе на подлежащихъ разрѣшенію вопросахъ» [1]). Всякое измѣненіе обвиненія, кромѣ указаннаго выше, Планкъ разсматриваетъ уже, какъ уклоненіе отъ обвинительнаго процесса, допустимое въ положительномъ правѣ, въ современныхъ ему партикулярныхъ законодательствахъ, стоящихъ на почвѣ смѣшаннаго слѣдственнаго процесса [2]). Въ процессѣ этого типа принята только внѣшняя форма обвинительнаго съ цѣлью расширить формальную защиту подсудимаго сравнительно съ инквизиціоннымъ, поэтому здѣсь запрещаются слишкомъ далеко заходящія измѣненія обвиненія, такія, «которыя должны совершенно перевернуть систему защиты». Установить здѣсь какую-нибудь границу между требованіемъ слѣдственнаго процесса—безусловной свободой суда - и требованіемъ обвинительнаго—безусловной охраной защиты—Планкъ признаетъ принципіально невозможнымъ. Только одно правило соблюдается въ смѣшанномъ слѣдственномъ процессѣ, которое, въ интересахъ цѣлесообразности—соблюденія порядка изслѣдованія—можетъ быть принято и въ чисто слѣдственномъ процессѣ,—чтобы изслѣдуемое дѣяніе оставалось тѣмъ же, которое указано въ обвиненіи.

---

[1]) Стр. 317, 318.

[2]) § 115 и стр 319.

Какъ допустимыя именно въ смѣшанномъ слѣдственномъ процессѣ, приводятся Планкомъ, кромѣ упомянутыхъ уже поправокъ въ индивидуализирующихъ обстоятельствахъ, даже такія измѣненія, какъ измѣненіе квалификаціи, при наличности всѣхъ илп части утверждаемыхъ обвиненіемъ фактовъ [1]), или фактическія измѣненія и дополненія, не вліяющія на квалификацію и «служащія только для того, чтобы въ утверждаемомъ дѣяніи установить признаки утверждаемаго преступленія», напримѣръ: когда корыстное намѣренье при кражѣ, причинная связь при убійствѣ или дѣятельность пособника выводятся изъ другихъ обстоятельствъ, чѣмъ въ обвиненіи. Это объясняется тѣмъ, что изъ данной обвинителемъ юридической характеристики дѣянія вытекаютъ всѣ фактическіе моменты его, всѣ обстоятельства, въ которыхъ могли осуществиться признаки этого преступленія, поэтому «подсудимый приглашается подготовиться къ защитѣ во всѣхъ этихъ направленіяхъ». Но такую заботливость о защитѣ Планкъ считаетъ достаточной съ точки зрѣнія опять-таки слѣдственнаго процесса [2]). Другія измѣненія, напр.: переходъ къ другому виду того же рода преступленія, какъ результатъ новыхъ обстоятельствъ, или къ «совсѣмъ другому» преступленію Планкъ приводитъ, какъ еще большее отступленіе отъ обвинительнаго принципа [3]).

При строгой неизмѣнности обвиненія на почвѣ чистаго обвинительнаго процесса, Планкъ распространяетъ однако силу приговора на все матеріальное дѣяніе, и полагаетъ, что новое обвиненіе за послѣднее съ измѣненной квалификаціей не должно имѣть мѣста, по соображеніямъ гуманности, а также потому, что обвинитель могъ соединить обвиненія эвентуально, если же онъ этого не сдѣлалъ, то, значитъ, онъ отказывается отъ другого (субъективнаго) уголовнаго права, вытекающаго изъ того же дѣянія. Обвиненіе составляется подъ наблюденіемъ и при со-

---

[1]) § 115—A.2a. (ошибка въ субсумціи; переходъ отъ оконченнаго преступленія къ покушенію). Это оправдывается, говоритъ Планкъ, тѣмъ, что всякій долженъ знать право и для опроверженія новыхъ юридическихъ выводовъ защита не нуждается въ особой подготовкѣ.

[2]) § 115—A.2 c. Сюда же онъ относитъ пополненіе упущеннаго въ обвиненіи признака преступленія, которое возведено на подсудимаго.

[3]) § 115—A 2 d.

дѣйствіи совѣщательной или обвинительной камеръ, поэтому государственный интересъ вполнѣ обезпеченъ. Впрочемъ обвинитель можетъ отказаться отъ предъявленнаго обвиненія съ тѣмъ, чтобы представить другое, соотвѣтствующее дѣйствительному, выясненному судебнымъ слѣдствіемъ положенію дѣла [1]).

Въ «Handbuch des Deutschen Strafprocesses» (1868 г.) [2]). Цахаріе уже смягчаетъ свою прежнюю ригористическую точку зрѣнія. Основаніемъ, фундаментомъ обвиненія служитъ только фактическій составъ его, говоритъ здѣсь Цахаріе, т. е. совокупность конкретныхъ обстоятельствъ, осуществляющихъ признаки инкриминируемаго преступленія. Это и есть дѣяніе, составляющее предметъ процесса, in judicium deductum. Такимъ образомъ, предметъ процесса не дѣйствительно происшедшее дѣяніе, давшее начало обвиненію, а дѣяніе, какъ оно изображено обвинителемъ. Оно должно остаться неизмѣннымъ. Напротивъ, при субсумціи дѣянія подъ уголовный законъ, судъ не связанъ квалификаціей, приведенной обвинителемъ, вслѣдствіе абсолютной природы уголовнаго права. Въ этомъ именно и заключается отличіе взгляда Цахаріе отъ его прежней точки зрѣнія и отъ пониманія обвинительнаго принципа Планкомъ, такъ какъ Цахаріе считаетъ измѣненіе юридическаго свойства дѣянія при неизмѣнности фактическаго состава, а также переходъ къ меньшему преступленію (повидимому, вслѣдствіе доказанности части этого состава [3]) и фактическія поправки (напримѣръ, въ имени собственника похищенныхъ вещей, если кража не стала отъ этого квалифицированною) [4]), *соотвѣтствующими обвинительному*

---

[1]) ibid., стр. 140—142 Послѣднему соотвѣтствуетъ, говоритъ Планкъ, оставленіе за прокуроромъ права новаго преслѣдованія. При этомъ условіи (Vorbehalt) приговоръ поглощаетъ только разрѣшенную въ первомъ процессѣ уголовно-юридическую сторону дѣянія, и новое обвиненіе возможно.

[2]) т. II, стр. 509 и слѣд.

[3]) Напр.: при обвиненіи въ оконченномъ преступномъ дѣяніи можетъ быть поставленъ эвентуальный вопросъ о покушеніи. Цахаріе говоритъ объ «ограниченіи обвиненія меньшимъ преступленіемъ или меньшей преступной виной» (512 стр.); при разномъ составѣ преступленій (Mord—Todtschlag) измѣненіе невозможно (пр. 3 на 510 стр.).

[4]) Ср. 510 и пр. 6 на 510 и 511 стр. Допустимы поправки и въ указаніяхъ мѣста и времени, если дѣяніе остается тѣмъ же.

принципу и только *другія* измѣненія, принятыя большинствомъ законодательствъ континента, названный авторъ считаетъ компромиссомъ, противнымъ обвинительному принципу, ведущимъ къ нескончаемымъ сомнѣніямъ на практикѣ. Особенно онъ отмѣчаетъ, что въ вопросѣ объ измѣненіи обвиненія совершенно безразлично, измѣнится ли отъ этого наказаніе; если бы оно и не измѣнилось переходъ къ другому преступленію, исключая указанные выше случаи, недопустимъ. Нельзя не остановиться на аргументаціи Цахаріе. Онъ прибѣгаетъ къ аналогіи гражданскаго процесса: какъ въ послѣднемъ измѣненіе основанія иска, т. е. того правоотношенія, изъ котораго вытекаетъ требованіе истца (напр, договоръ найма или право собственности) не становится допустимымъ въ силу того только, что истецъ не требуетъ больше или другого чего-либо, такъ и въ обвинительномъ процессѣ измѣненіе указаннаго основанія обвиненія само по себѣ нарушаетъ право защиты обвиняемаго, хотя бы обвинитель домогался не большаго наказанія. Что касается того соображенія, приводимаго уже французскими криминалистами и усвоеннаго и нѣкоторыми нѣмецкими (см. ниже), что дѣяніе раскрывается вполнѣ только на судебномъ слѣдствіи, то Цахаріе возражаетъ, снова опираясь на положенія гражданскаго процесса: «qui accusare volunt probationes habere debent», «actor de re sua certus esse debet», примѣнимыя и къ современному уголовному процессу, въ которомъ «снабженный такими полномочіями и средствами прокуроръ имѣетъ достаточно времени и власти, чтобы подготовить обвиненіе и рѣшить, какъ далеко угодно ему распространить послѣднее» [1]). Только въ случаѣ, когда послѣдовало признаніе подсудимаго, измѣняющее составъ инкриминируемаго преступленія или когда онъ, несмотря на то, что измѣнилось основаніе уголовнаго иска, соглашается на разрѣшеніе дѣла въ томъ же процессѣ немедленно или послѣ

---

[1]) Интересы государства въ наказаніи виновнаго не должны перевѣшивать интересовъ защиты и могутъ быть удовлетворены предоставленіемъ прокурору права новаго преслѣдованія (Vorbehalt) (стр. 512, 513). Систему прусскаго права Цахаріе отвергаетъ и полагаетъ, что успокаиваться дозволеніемъ суду отсрочить дѣло значитъ внести въ процессъ судейское усмотрѣніе и возвратиться къ инквизиціонному принципу (пр. 7 къ § 156).

отсрочки разбирательства, можно позволить и бо́льшія уклоненія отъ предъявленнаго обвиненія.

Но и тѣ измѣненія, которыя допускаются Планкомъ и Цахаріе, должны, по ихъ мнѣнію, исходить отъ обвинителя, такъ какъ, говоритъ первый, въ обвинительномъ процессѣ дѣло обвинителя взвѣсить, насколько «цѣлесообразно для возможной охраны уголовнаго права государства оставить прежній путь нападенія и вступить на новый» [1]).

Первоначально такія же границы ставилъ обвиненію и Миттермайеръ [2]), въ частности высказывавшійся противъ принятаго баварской практикой критерія для опредѣленія возможныхъ уклоненій приговора отъ обвиненія: однородности преступленій, указаннаго вторымъ и признаннаго первымъ: «представленія о родовыхъ преступленіяхъ и видахъ ихъ научныя выраженія (doctrinelle Ausdrücke), для законодателя и судьи существуютъ только отдѣльныя преступленія, запрещенныя особыми уголовными законами». Поэтому неправильно осужденіе за разбой при обвиненіи въ кражѣ, хотя оба преступленія виды похищенія [3]). Но Миттермайеръ далеко не проявляетъ ригоризма Планка и друг. выше указанныхъ процессуалистовъ и долженъ быть скорѣе отнесенъ къ той группѣ ученыхъ, которые предлагаютъ промежуточныя теоріи. Въ статьѣ «Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Deutschland» [4]) Миттермайеръ находитъ, что «обвинительный принципъ долженъ быть проведенъ въ публичномъ интересѣ и сообразно съ практическими потребностями», поэтому возможны измѣненія обвиненія, которыя не вредятъ защитѣ: такъ, когда подсудимому вмѣняется въ вину приговоромъ хотя и другое, но менѣе

---

[1]) Plack—op. c. 320 стр., Zacharine-Handbuch II, стр. 513.

[2]) Въ статьѣ «Die Gefahren der unzweckmässigen Abfassung der Anklageschriften» въ Archiv des Criminalrechts Neue Folge, 1852 г., стр. 432—435.

[3]) Ср. замѣтку за подписью L. въ Allgem. Deut. Strafrechtszeitung (изд. Гольтцендорфомъ), за 1869 г., стр. 563, гдѣ, критикуя прусскую практику, авторъ считаетъ неправильнымъ переходъ отъ кражи къ присвоенію, который былъ бы возможенъ только, если бы существовало преступленіе съ болѣе широкимъ составомъ, обнимающимъ и кражу, и присвоеніе; безъ этого невыполнимаго условія они различныя дѣянія.

[4]) Gerichtssaal, 1854 г (I т.), стр. 19, особ. 22 и 23.

тяжкое преступленіе, которое implicite заключалось въ болѣе тяжкомъ, первоначально инкриминированномъ. Но, если здѣсь взглядъ Миттермайера совпадаетъ со взглядомъ Цахаріе, то въ капитальномъ трудѣ «Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren» [1]). Миттермайеръ идетъ дальше и подъ вліяніемъ англійскаго права, сторонникомъ и пропагандистомъ котораго на континентѣ онъ является, не видитъ препятствій и къ осужденію за нѣкоторыя близко соприкасающіяся съ указаннымъ въ обвиненіи и равныя по наказанію преступленія, какъ кража и присвоеніе. Защитникъ, полагаетъ Миттермайеръ приготовится отразить обвиненіе и въ такомъ сосѣднемъ преступленіи, заранѣе зная, что по закону вердиктъ можетъ признать подсудимаго виновнымъ и въ этомъ послѣднемъ. Такимъ образомъ особенное значеніе придается тому, что кругъ преступленій, переходъ къ которымъ разрѣшается, указанъ въ законѣ, заранѣе извѣстенъ и ограниченъ тѣсными предѣлами, поэтому защитѣ не приходится разбрасываться и предвидѣть самыя отдаленныя комбинаціи фактовъ. Чѣмъ однако долженъ руководствоваться законодатель указывая такія сопредѣльныя преступленія, за которыя подсудимый можетъ быть осужденъ въ томъ же процессѣ, нашъ авторъ не поясняетъ, такъ какъ понятіе «близко соприкасающіяся преступленія» не болѣе опредѣленно, чѣмъ понятіе «однородныя», отвергаемое самимъ же Миттермайеромъ Не объясняется также, почему преступленія должны быть равно наказуемыя.

Къ промежуточнымъ теоріямъ слѣдуетъ отнести и теорію Гуго Мейера, изложенную въ статьѣ «Die Erhebung der öffentlichen Klage durch unmittelbare Ladung des Beschuldigten in Criminal— und Polizeistrafverfahren» [2]). «Есть столько же различныхъ юридическихъ (уголовныхъ) исковъ, сколько есть различныхъ понятій преступленій», говоритъ Гуго Мейеръ, но это положеніе, приводящее какъ будто къ порядку, принятому въ quaestiones perpetuae или древне-германскомъ процессѣ, онъ далѣе разъясняетъ, прибавляя, что не каждое отдѣльное преступленіе предполагаетъ самостоятельный искъ, самостоятельное

---

[1]) Стр. 496 и слѣд.

[2]) Magazin für Hannoversches Recht, 1856 г., т. VI, 272 стр., особ. стр. 282—290.

обвиненіе, а только преступленія, различающіяся, какъ родовыя понятія; такъ, повидимому, должно понимать утвержденіе Гуго Мейера, что «основаніе уголовнаго иска образуетъ специфическій составъ даннаго преступленія, т. е. часть общаго состава, достаточная для обозначенія дѣянія виновнаго, какъ species того родового понятія преступленія, за которое онъ въ отдѣльномъ случаѣ подлежитъ наказанію». При этомъ родовое понятіе имѣетъ у Г. Мейера тѣсный смыслъ: такъ, достаточно, чтобы обвиненіе говорило о кражѣ или тѣлесномъ поврежденіи вообще, не прибавляя ближайшихъ подробностей, напримѣръ: взлома или предумышленья, судъ можетъ распространить слѣдствіе и приговоръ и на эти моменты отягчающаго свойства; напротивъ, для осужденія за предумышленное убійство предумышленье должно быть непремѣнно указано въ обвиненіи: «Mord» и «Todtschlag»— разнородныя преступленія. Такимъ образомъ, Г. Мейеръ относитъ къ однороднымъ только преступленія, отличающіяся, какъ простое отъ квалифицированнаго; послѣдняго термина онъ желаетъ избѣгнуть, такъ какъ квалифицирующее обстоятельство трудно отличить отъ обстоятельства, вліяющаго только на увеличеніе мѣры наказанія. Въ итогѣ можно придти къ выводу, что Г. Мейеръ допускаетъ переходъ къ болѣе тяжкому виду того же преступленія [1]); въ этомъ и заключается отличіе его взгляда отъ изложенныхъ выше. Измѣненіе квалификаціи, при наличности тѣхъ же фактовъ, и переходъ къ меньшему преступленію, при наличности части ихъ и отпаденіи нѣкоторыхъ изъ нихъ, допускаются и Г. Мейеромъ. Только при такихъ измѣненіяхъ, полагаетъ онъ, дѣятельность суда не превратится въ неопредѣленный розыскъ (unbestimmte Nachforschungen), иными словами, въ инквизицію. Какъ и у Планка, при наличности новыхъ обстоятельствъ, напримѣръ, смерти потерпѣвшаго, когда обвиненіе было въ тѣлесномъ поврежденіи, обвинителю предоставляется просить отсрочки разбирательства и возбудить *новый уголовный искъ, который становится главнымъ, а прежній полу-*

---

[1]) Таковъ же взглядъ Wahlberg'a (Kritik des Entwurfes einer Strafprocessordn ung für das deutsche Reich. Wien. 1873 г., стр. 47). При измѣненіяхъ въ родѣ преступленія, Вальбергъ высказывается въ пользу системы «Vorbehalt», развѣ бы стороны предпочли разсмотрѣніе въ томъ же процессѣ.

чаетъ характеръ эвентуальнаго. Но Г. Мейеръ находитъ возможнымъ возбужденіе новаго иска и *словеснымъ* предложеніемъ прокурора при условіи согласія обвиняемаго, если при томъ новая квалификація не требуетъ, по тяжести этого преступленія, производства предварительнаго слѣдствія [1]). Въ этомъ другое отличіе взгляда Г. Мейера.

Болѣе интересныя и самостоятельныя попытки найти границу допустимаго уклоненія приговора отъ обвиненія представляютъ теоріи Газенбальга и Бара.

Съ перваго взгляда, Газенбальга можно принять за сторонника теоріи, разрѣшающей всякое измѣненіе обвиненія, лишь бы только дѣяніе оставалось тѣмъ же, лишь бы только предметомъ приговора не сдѣлано было другое дѣяніе [2]). Онъ даже говоритъ, что фундаментомъ обвиненія является опредѣленное quantum происшедшаго [3]). Въ дѣйствительности, однако предметомъ процесса оказывается у Газенбальга не дѣяніе, какъ оно произошло, а какъ оно изображено обвиненіемъ. Уже съ самаго начала послѣднее должно имѣть извѣстное содержаніе, которое въ главной своей части должно оставаться неизмѣннымъ втеченіе процесса [4]). Газенбальгъ различаетъ *основные* (*фундаментальные*) *элементы обвиненія* и *второстепенные*; первые совпадаютъ съ конститутивными элементами французскаго права, это суть факты, въ которыхъ осуществился составъ инкриминируемаго преступленія, къ второстепеннымъ элементамъ Газенбальгъ относитъ время, мѣсто совершенія, обстоятельства, вліяющія на мѣру наказанія, а также квалифицирующія (*домашняя* кража) [5]). Но это разграниченіе важно не столько для опредѣленія неиз-

---

[1]) Стр. 292–295.

[2]) Zur Strafprozessordnung. Von der Erhebung der öffentlichen Klage und ihrer Consumtion durch richterliches Urtheil. Hannover. 1854. стр. 25 (Das wesentliche jeder Beschuldigung ist eine strafbare That); стр. 27, гдѣ говорится объ измѣненіяхъ въ лицѣ собственника при кражѣ, времени совершенія, мѣстѣ поврежденія при нанесеніи раны, но дѣяніе то же и обвиненіе годно.

[3]) Стр. 28.

[4]) Стр. 29. Ср. стр. 134. Си. еще по этому поводу Glaser-Gerichtssaal, т. 36, стр. 90, 91.

[5]) Стр. 29 и слѣд.

мѣнной части обвиненія, сколько для вопроса о правѣ суда отклонить таковое, если въ немъ недостаетъ одного изъ существенныхъ признаковъ преступленія (основныхъ элементовъ), или о правѣ обвиняемаго требовать, чтобы недостающій признакъ не былъ восполненъ прокуроромъ или судомъ впослѣдствіи; это право Газенбальгъ выводитъ изъ того, что обвиняемый могъ совершенно основательно не подготовить своей защиты совсѣмъ, такъ какъ дѣяніе, ему приписываемое, не было преступно и оправданіе и безъ того должно было послѣдовать. Обвиняемый долженъ быть оправданъ, при томъ безъ права новаго преслѣдованія за это дѣяніе при помощи исправленнаго обвиненія [1]). Что же касается возможности измѣненія фундаментальныхъ элементовъ, то отличіе ихъ отъ второстепенныхъ заключается только въ томъ, что вторые могутъ быть измѣнены безъ какихъ бы то ни было ограниченій, а первые лишь въ извѣстныхъ предѣлахъ [2]), и та часть, которая должна остаться неизмѣнной, получаетъ особое названіе: устойчивый (stabiles)

---

[1]) Op. cit. 76—78 стр. и 92 стр. Hasenbalg различаетъ всюду непосредственный вызовъ въ судъ, гдѣ обвиненіе излагается въ повѣсткѣ, и обвиненіе, формулированное въ опредѣленіи о преданіи суду, хотя все сводится къ тому, что моментъ окончательной формулировки во второмъ случаѣ отодвигается и до опредѣленія о преданіи суду прокуроръ можетъ свободно измѣнять обвиненіе и даже привлечь другое дѣяніе, сдѣлавъ его съ первоначальнымъ предметомъ одного иска, если только одно дѣяніе служитъ основаніемъ другого (стр. 87—89).—Весь вопросъ о неполнотѣ окончательно формулированнаго обвиненія, затрагиваемый также Гуго Мейеромъ, Баромъ и друг. и разрѣшаемый то въ духѣ Газенбальга (H. Meyer—цитир. статья стр. 290), то иначе (право восполнить по даннымъ судебнаго слѣдствія—Planck. см. выше пр. 2 на 262 стр. Bar—op. c. стр. 150, 151; онъ высказывается кромѣ того за право суда отклонить опредѣленіе обвинительной камеры за непреступное дѣяніе), касается не функціи уголовнаго иска определять предметъ процесса, а цѣлесообразнаго составленія обвинительнаго акта или повѣстки или другихъ подобныхъ документовъ для того, чтобы недостатокъ *не вызвалъ проволочки*, чтобы не приходилось исправлять ихъ, и только въ этомъ можно видѣть вредъ для защиты. См. Stelling—Anklagebesserung, 22 и 24 стр., Glaser—Gerichtssaal, 36 т., стр. 140, пр. 28.

[2]) Glaser—l. c., стр. 89—ошибочно приписываетъ Газенбальгу мысль о неизмѣнности основныхъ и частичной измѣняемости второстепенныхъ элементовъ.

элементъ обвиненія [1]). Но въ этомъ основномъ пунктѣ вопроса Газенбальгу не удается дать опредѣленнаго рѣшенія: съ одной стороны, онъ требуетъ, чтобы измѣненіе фундаментальнаго элемента *не нарушило тожества дѣянія*, противорѣча прежнему своему опредѣленію дѣянія, какъ совокупности фундаментальныхъ элементовъ, измѣненіе одного изъ которыхъ поэтому должно обратить дѣяніе въ другое, и при этомъ считаетъ дѣяніе другимъ на самомъ дѣлѣ то вслѣдствіе измѣненія фундаментальнаго элемента [2]), то вслѣдствіе измѣненія второстепеннаго, напримѣръ: времени [3]); съ другой стороны, дѣяніе не должно превратиться въ преступленіе, за которое опредѣлено въ законѣ *большее наказаніе*, чѣмъ за первоначально возведенное на обви-

---

[1]) Hasenbalg—op. c. 73, 74, 79-81, 91, 92 стр.

[2]) Дѣяніе становится другимъ не только отъ такой замѣны одного факта другимъ, вслѣдствіе которой измѣняется одинъ изъ признаковъ состава, но и при измѣненіи проявленія *того же признака* въ конкретномъ случаѣ, напримѣръ, когда оказывается, что украденъ кошелекъ, а не часы, что прелюбодѣяніе совершено не съ А., а съ В. (стр. 97, 76). Такимъ образомъ само понятіе фундаментальнаго элемента у Газенбальга неясно. Ср. Glaser—l. c., стр. 91. Но измѣненіе цѣны похищеннаго не нарушаетъ тожества (Hasenbalg—73).

[3]) Стр. 75, гдѣ приводится примѣръ, доказывающій отсутствіе тожества двухъ тѣлесныхъ поврежденій, нанесенныхъ одному лицу, но въ разное время, и гдѣ такимъ образомъ измѣнилось время (побочный элементъ), а факты, осуществляющіе законные признаки (фундаментальные элементы), были одинаковые. Правильный выводъ Газенбальга не соотвѣтствуетъ его основному положенію именно потому, что тожество дѣянія, описаннаго обвиненіемъ и установленнаго приговоромъ, зависитъ отъ того, какое дѣяніе имѣлось въ виду первымъ, отъ истолкованія намѣренья обвинителя, а не отъ сходства или тожества фактическихъ проявленій преступленія: можетъ быть два совершенно одинаковыхъ случая, и обвинитель можетъ имѣть въ виду одинъ, а судья, постановляющій приговоръ, другой и тожества или, точнѣе, единства дѣянія не будетъ, а для вопроса, объ одномъ ли дѣяніи говоритъ обвиненіе и приговоръ, важно часто индивидуализирующее обстоятельство времени, мѣста и т. п.; самъ Газенбальгъ въ другомъ мѣстѣ (стр. 28) придаетъ имъ существенное значеніе. Ср. Glaser—l. c., 142 и 143 стр. 36 прим.

няемаго [1]). Это ограниченіе Газенбальгъ выводитъ однако не изъ обвинительнаго принципа, послѣднему противорѣчитъ, какъ онъ говоритъ, пользованіе въ приговорѣ какимъ бы то ни было обстоятельствомъ, которое до тѣхъ поръ подсудимому не ставилось въ вину, а изъ нарушенія права защиты, при чемъ значеніе придается отчасти тому, что обнаруживается *новый отягчающій фактъ*, отчасти же *самой тяжести наказанія*: подсудимый подвергается бо́льшей опасности, онъ бы, можетъ быть, тщательнѣе подготовился къ защитѣ, если бы зналъ дѣйствительный объемъ и интенсивность нападенія, напримѣръ: подсудимый могъ пренебречь упрекомъ въ неосторожности и даже признать самый фактъ, убѣжденный, что, судя по обвиненію, *наказуемой* небрежности нѣтъ, но этого онъ бы не сдѣлалъ, если бы рѣчь съ самаго начала шла объ умышленномъ совершеніи [2]). Но, ограничивая предметъ перваго процесса, Газенбальгъ придаетъ приговору *консумтивное значеніе относительно всего дѣянія*, распространяетъ силу приговора и на то, что не было или не могло по фактическимъ причинамъ (напр., неизвѣстности обстоятельства) или юридическимъ (напр., вслѣдствіе большей тяжести новой квалификаціи) быть предметомъ даннаго процесса. Это такъ называемая формальная законная сила приговора въ отличіе отъ матеріальной, основанной на томъ, что предметъ новаго обвиненія уже былъ разсмотрѣнъ въ преды-

---

[1]) Hasenbalg—op. c., стр. 81, 85, 90—92, 136—141. Газенбальгъ, хотя и говоритъ отдѣльно о правѣ на измѣненіе обвиненія у прокурора и у суда, но предѣлы измѣненія указываются одинаковые, такъ что ни судъ ex officio не можетъ пойти дальше этой черты, ни прокуроръ побудить къ этому судъ. До этой черты судъ даже обязанъ ex officio измѣнять обвиненіе, если есть къ тому поводъ.

[2]) Стр. 83—86. Совершенно справедливо Глазеръ (l. c., стр. 141, 142, прим. 34) упрекаетъ Газенбальга въ противорѣчіи этого взгляда съ возможностью перехода къ квалифицированному виду преступленія, которую Газенбальгъ допускаетъ потому, что квалифицирующее обстоятельство есть второстепенный элементъ (стр. 91). Къ тому же и въ основаніи это дѣленіе конститутивныхъ и квалифицирующихъ обстоятельствъ, по мнѣнію Глазера, невѣрно, одно и то же обстоятельство можетъ имѣть то тотъ, то другой характеръ въ зависимости отъ взгляда на юридическое свойство дѣянія. Ср. выше мнѣнія французскихъ криминалистовъ.

дущемъ процессѣ. Первая же кромѣ того, что вытекаетъ изъ предписанія ганноверскаго закона, объясняется Газенбальгомъ и теоретически: существомъ уголовнаго иска: дѣяніе одно и то же, и оно разрѣшено судомъ, хотя бы рѣшеніе было ошибочно или неполно; прокуроръ долженъ былъ озаботиться доставленіемъ матеріала, необходимаго для правильнаго обсужденія, или же не давать толчка къ судебной дѣятельности преждевременно, не выяснивъ достаточно дѣла, но подсудимый не долженъ страдать отъ этого, подвергаясь новому риску на основаніи привлеченія уже бывшихъ въ виду суда фактовъ [1]).

Такова въ главныхъ чертахъ теорія Газенбальга. Она, несомнѣнно, отличается искусственнымъ, придуманнымъ характеромъ и отрѣшенностью отъ основныхъ началъ уголовнаго процесса и страдаетъ противорѣчіями.

Напротивъ, теорія Бара старается углубить изслѣдованіе нашего вопроса, раскрыть связь его съ обвинительнымъ принципомъ еще въ большей степени, чѣмъ это сдѣлано Планкомъ, Цахаріе, Миттермайеромъ.

Уже въ статьѣ, помѣщенной въ «Neues Magazin für Hannoversches Recht» т. 3 (1862 г.), Баръ считаетъ предметомъ процесса всѣ факты, объемлемые и созданные волевымъ актомъ опредѣленнаго лица, но только *эти* факты [2]). Это опредѣленіе предмета процесса, недостаточно точное и допускающее широкое пониманіе «проявленія воли» [3]), истолковывается позже самимъ же

---

[1]) Hasenbalg—op. c., стр. 192—200. Взглядъ Газенбальга на тожество дѣянія, кромѣ уже указанныхъ противорѣчій, приводитъ его къ необыкновеннымъ результатамъ и въ области ученія о res judicata: такъ, различные виды дѣятельности при пособничествѣ къ одному и тому же преступленію представляются самостоятельными дѣяніями, такъ что послѣ *оправданія* за пособничество передачей ножа, возможно новое обвиненіе въ пособничествѣ передачей пистолета, но, послѣ *осужденія* за одно, новое обвиненіе въ другомъ невозможно, но не вслѣдствіе законной силы приговора, а потому, что за всѣ способы дѣятельности пособника полагается одно наказаніе и оно уже назначено. (188—191)

[2]) Стр. 328.

[3]) Ср. Glaser-Gerichtssaal, т. 36, стр. 88, 89—«т. е. проявленіе какой бы то ни было воли, внѣшняя дѣятельность (Thun) какого бы то ни было рода, или дѣяніе».

Баромъ въ ограничительномъ смыслѣ въ его капитальномъ трудѣ «Recht und Beweis im Geschwornengericht» (Hannover 1865 г.) [1]). Здѣсь Баръ находитъ, что отношеніе проявившагося во внѣшнемъ дѣяніи волевого акта личности къ правовому порядку можетъ быть различное. «Если употребить образное сравненіе, говоритъ онъ, здѣсь бываетъ такъ, какъ съ камнемъ, брошеннымъ въ воду. Вслѣдствіе непрерываемой взаимной связи отдѣльныхъ водяныхъ частицъ, онъ вызываетъ въ полномъ смыслѣ слова необозримое множество круговъ волнъ, подъ конецъ исчезающихъ. Какъ мы не можемъ ни отъ кого требовать, чтобы онъ всѣ эти круги прослѣдилъ сразу своимъ взоромъ до самыхъ отдаленныхъ развѣтвленій, такъ нельзя приписать обвиняемому предположеніе, что онъ отвѣтственъ за всѣ возможныя послѣдствія своего дѣянія, если не выдвинуть отдѣльныхъ послѣдствій, за которыя онъ подлежитъ отвѣтственности». Поэтому нельзя превратить обвиненіе въ нарушеніи права жилища (Hausfriedensbruch) посредствомъ произведеннаго туда выстрѣла въ обвиненіе въ покушеніи на возстаніе, сигналомъ къ которому былъ тотъ выстрѣлъ. «Только тѣ послѣдствія содержатся въ обвиненіи, за которыя обвиняемый привлекается къ юридической (уголовной) отвѣтственности, а граница ея зависитъ отъ отношенія волевого акта къ праву, другими словами отъ его юридической квалификаціи». Если бы нападеніе и защита не сообразовались съ этимъ опредѣленнымъ отношеніемъ, то обвинительный процессъ превратился бы въ пустую формальность, потеряли бы смыслъ процедура преданія суду и участіе въ процессѣ прокурора, такъ какъ роль послѣдняго свелась бы къ роли доносчика, которую могъ бы выполнить и органъ полиціи. Если бы судъ по собственной инпціативѣ сталъ измѣнять обвиненіе, то такой порядокъ въ обвинительномъ процессѣ представлялся бы даже болѣе опаснымъ, чѣмъ въ инквизиціонномъ, гдѣ существовала хоть та гарантія, что доказательства заносились въ протоколы постепенно, а въ обвинительномъ процессѣ все группируется около одного момента, и поворотъ дѣла является сюрпризомъ для подсудимаго. Правда, говорятъ, что судья, постановляя приговоръ по измѣнившемуся обвиненію, удовлетво-

---

[1]) Стр. 126 и слѣд.

рится только полнымъ доказательствомъ, подтверждающимъ такое обвиненіе, но, возражаетъ Баръ, «совершенное доказательство только то, которое добыто при содѣйствіи сторонъ», а послѣднее немыслимо, если онѣ не знаютъ, въ чемъ сущность дѣла [1]).

Но не только судъ, но и прокуроръ не можетъ предпринять измѣненіе [2]): право прокурора измѣнять обвиненіе было бы несовмѣстимо съ о значеніемъ опредѣленія о преданіи суду [3]). Одна изъ функцій этого опредѣленія состоитъ въ томъ, чтобы сообщить слѣдствію твердыя границы и установить прочную основу защиты. Если обвинительная камера отвергла какое-либо *отягчающее обстоятельство, то оно не можетъ быть предметомъ* рѣшенія [4]), но то же, по мнѣнію Бара, примѣнимо и къ обстоятельствамъ, которыя опредѣленіе о преданіи суду обошло молчаніемъ, такъ какъ «границу между явнымъ и молчаливымъ волеизъявленіемъ едва ли можно провести съ достаточной ясностью, да и въ другихъ случаяхъ соблюдается безспорное, вытекающее изъ природы вещей начало, что истцу отказано во всемъ томъ, что ему не присуждаетъ рѣшеніе, начало, проявляющееся и въ уголовномъ процессѣ въ томъ, что, послѣ пр-

---

[1]) Стр. 131—135.

[2]) l. c. § 23.

[3]) Баръ не разсматриваетъ случая непосредственнаго предъявленія обвинительнаго акта безъ преданія суду, такъ какъ его книга посвящена только производству съ участіемъ присяжныхъ, и такой случай тамъ невозможенъ, согласно положительному праву, но Баръ отмѣчаетъ, что вопросъ тогда можетъ получить другое разрѣшеніе (135 стр.).

[4]) Баръ (стр. 136) противъ французской практики, ограничивающей законную силу этого опредѣленія вопросами права (ср. выше стр. 92 настоящаго изслѣдованія), такъ какъ они не могутъ быть отдѣлены вполнѣ отъ вопросовъ факта, напр: обвинительная камера не признала поддѣланнаго документа за «écriture commerciale», а судъ существа, установивши, что документъ есть принадлежность другого, найдетъ, что первый есть «écriture commerciale», и тогда опредѣленіе о преданіи суду утратило бы силу и въ вопросахъ права. Поэтому безразлично, по юридической или фактической причинѣ устранено отягчающее обстоятельство, оно, все равно, не можетъ быть привлечено судомъ въ кругъ рѣшенія. Но во французской практикѣ въ случаѣ новыхъ фактовъ, какъ тотъ, что документъ принадлежность другого, судъ не связанъ опредѣленіемъ обвинительной камеры.

говора о результатахъ судебнаго слѣдствія, не можетъ быть еще новаго слѣдствія и рѣшенія о наличности отягчающихъ обстоятельствъ». Относительно послѣднихъ, если они устранены обвинительной камерой, положеніе подсудимаго такое же, какъ если бы уголовное преслѣдованіе по этимъ пунктамъ было прекращено, поэтому новыя доказательства болѣе тяжкой квалификаціи дѣянія могутъ быть на судебномъ слѣдствіи приняты во вниманіе лишь постольку, поскольку возможно измѣненіе опредѣленія обвинительной камеры вслѣдствіе новыхъ данныхъ, «строго говоря также только въ силу ея опредѣленія» [1]). Если же допускаютъ отсрочку разбирательства изъ-за обнаруженья отягчающихъ моментовъ, то она можетъ быть оправдана только при наличности условій, при которыхъ возможно возобновленіе прекращеннаго производства, такъ какъ, затягивая дѣло, отсрочка вредно отражается на подсудимомъ. Поэтому отсрочка на основаніи незначительной вѣроятности болѣе тяжкой квалификаціи не должна быть допустима [2]).

Баръ признаетъ, что при системѣ неизмѣнности обвиненія нѣкоторыя отношенія волевого акта къ уголовному закону остаются внѣ судебнаго изслѣдованія, а между тѣмъ новаго преслѣдованія онъ, въ отличіе отъ Цахаріе, не допускаетъ, но коррективомъ этого, по его мнѣнію, могутъ быть эвентуальные пункты обвиненія, что полезнѣе даже для интересовъ послѣдняго. Если какія-нибудь эвентуальныя точки зрѣнія будутъ упущены, то та же опасность остается и при самыхъ широкихъ полномочіяхъ суда измѣнять обвиненіе [3]). Баръ забываетъ, какъ видно, что въ моментъ, предшествующій судебному слѣдствію, можетъ не быть никакого основанія ожидать той или другой эвентуальности. Что касается опредѣленій обвинительной камеры, то Баръ опять-таки полагаетъ, что она можетъ остано-

---

[1]) Баръ признаетъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ возвращеніе дѣла въ предварительную стадію и дополнительное слѣдствіе не дадутъ важныхъ результатовъ, «но формы существенны при отправленіи правосудія, и безъ формъ оно обращается въ произволъ». Авторъ боится ошибки суда и присяжныхъ при неожиданномъ представленіи новыхъ доказательствъ (пр. 30 на 145 стр.).

[2]) Стр. 135—137.

[3]) Стр. 134.

впться и на болѣе тяжкой квалификаціи, хотя бы она представлялась сомнительной, въ расчетѣ на разъясненіе ближайшихъ обстоятельствъ на судебномъ слѣдствіи [1]). Такимъ образомъ, согласно этой теоріи, дѣяніе также будетъ изслѣдовано всесторонне, но въ предварительной стадіи процесса [2]).

Таково общее правило, но оно основывается въ окончательномъ результатѣ на предоставленіи подсудимому возможности защиты, поэтому оно непримѣнимо тамъ, гдѣ «различныя отношенія волевого акта къ уголовному праву такъ близки другъ къ другу, что защита противъ одного совпадаетъ съ защитой противъ другого» [3]). Когда будетъ такая близость квалификацій, зависитъ отъ обстановки конкретнаго случая; Баръ, правда, приводитъ примѣры, сближающіе его теорію съ теоріей Миттермайера, какъ она вылилась въ «Gesetezgebung und Rechtsübung» [4]), но отличіе заключается именно въ томъ, что онъ не опредѣляетъ преступленій, къ которымъ переходъ обвиненія возможенъ, a priori: «мыслимы случаи, когда защита противъ обвиненія въ кражѣ совсѣмъ не совпадаетъ съ защитой противъ обвиненія въ растратѣ» [5]). Спрашивается однако, какъ примирить это ограниченіе теоріи съ ея основаніями? Баръ касается этого вопроса по поводу силы опредѣленія обвинительной камеры: законная сила его, поясняетъ названный авторъ, установлена въ интересахъ только защиты и прекращается тамъ, гдѣ послѣдняя не можетъ ея требовать. Этотъ отвѣтъ отличается такою же неопредѣленностью, какъ и ограниченіе общаго правила. Къ чему было такъ возставать противъ власти суда

---

[1]) Стр. 138, 139.

[2]) 149 (въ концѣ) и 150 стр., т. е. до момента постановленія опредѣленія о преданіи суду.

[3]) Стр. 142 и вообще § 24.

[4]) Преступленіе меньшее, заключающееся въ бо́льшемъ, первоначально возведенномъ на подсудимаго; часто вмѣсто dolus culpa; кража—присвоеніе и друг., указанныя въ 14 и 15 Vict. (законъ 1851 г. см. выше).

[5]) По поводу того, что въ англійскомъ правѣ такое измѣненіе всегда допустимо, Баръ замѣчаетъ, что тамъ опасность для защиты устраняется особенностями постановленій о доказательствахъ, именно двусторонними освѣщеніемъ (Erörterung) и повѣркой ихъ, и тѣмъ, что вердиктъ о виновности не можетъ противорѣчить правиламъ о доказательствахъ.

измѣнять обвиненіе [1]), когда въ концѣ концовъ оказывается, что возможность измѣненія будетъ опредѣляться въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, повидимому, тѣмъ же судомъ, такъ какъ кто же другой долженъ разрѣшить вопросъ, настолько ли близки квалификаціи, чтобы защита была одинаковая? Баръ отнимаетъ одной рукой то, что даетъ другою.

Только переходъ *къ болѣе тяжкой* квалификаціи дѣянія, по мнѣнію Бара, *всегда* нарушитъ интересъ защиты, такъ какъ будетъ шагомъ впередъ сравнительно съ обвиненіемъ, и только въ этомъ случаѣ онъ требуетъ особой осторожности: подсудимаго должно спросить, не желаетъ ли онъ отсрочки, но еще лучше, если только доказательства отягчающаго момента не очень ярки, совсѣмъ не распространять обвиненія (не ставить дополнительнаго вопроса), такъ какъ польза отъ этого далеко не перевѣшивала бы опасности несправедливаго осужденія или вреда отъ проволочки. Даже въ случаѣ признанія подсудимаго, слѣдуетъ ему разъяснить юридическое значеніе обстоятельства и вновь спросить его, отказывается ли онъ отъ дальнѣйшей защиты [2]). Баръ видитъ однако шагъ впередъ со стороны обвиненія не въ томъ, что обвиняемый можетъ подвергнуться большему наказанію—это для защиты безразлично [3]),—а, повидимому, въ наличности новаго обстоятельства, но послѣднее будетъ и въ томъ случаѣ, когда составъ преступленій будетъ родственный, когда отъ кражи перейдутъ къ присвоенію, и при томъ также всегда, такъ какъ при полномъ совпаденіи фактовъ, приведенныхъ обвиненіемъ, и фактовъ, признанныхъ пригово-

---

[1]) См. также стр. 147, гдѣ по поводу права предсѣдателя и суда ставить вопросъ объ отягчающихъ обстоятельствахъ, которое Баръ отрицаетъ, говорится, что этимъ не достигается материальная истина, ибо предсѣдатель и судъ могутъ также ошибаться («unfehlbar sind Präsident und Assisenhof auch nicht»).

[2]) Если же дозволить немедленно разрѣшать дѣло и при новыхъ отягчающихъ обстоятельствахъ, то слѣдовало бы, говоритъ Баръ, по крайней мѣрѣ допустить отмѣну приговора, если подсудимый позже (спрашивается до какого момента?) представитъ противъ нихъ новыя средства защиты. (См. пр. 30 на 145 стр.).

[3]) Необъяснимое исключеніе допускается однако при чрезвычайной разницѣ въ наказаніи (146).

ромъ, не можетъ быть различной квалификаціи, кромѣ случаевъ разногласія прокурора или обвинительной камеры и суда во взглядахъ на юридическое свойство дѣянія, но не эти случаи имѣетъ здѣсь въ виду Баръ [1]).

До сихъ поръ рѣчь шла о такихъ измѣненіяхъ обвиненія, благодаря которымъ дѣяніе получало другую квалификацію. Что касается чисто фактическихъ измѣненій, то Баръ [2]) и здѣсь проводитъ принципъ, что обвиненіе должно содержать столько конкретныхъ обстоятельствъ, сколько необходимо для подготовки защиты обвиняемаго, предполагая, то онъ невиновенъ, а это зависитъ отъ особенностей отдѣльнаго случая [3]). Если конкретизація обвиненія идетъ дальше этого, то въ судѣ присяжныхъ, которые должны придерживаться содержанія вопросовъ и не могутъ отдѣлить существеннаго отъ несущественнаго, подсудимый можетъ быть оправданъ, благодаря недоказанности, какихъ-либо излишнихъ обстоятельствъ. Очистить обвиненіе отъ такихъ излишнихъ обстоятельствъ при постановкѣ вопросовъ дѣло предсѣдателя ассизовъ или суда, которые должны руководствоваться при этомъ подготовленностью защиты. Приводимый Баромъ

---

[1]) О нихъ онъ говоритъ особо (стр. 141).

[2]) § 26, особ. стр. 153—155 и 163, 164, 165.

[3]) Hugo Meyer въ Goldtam. Archiv, 1862 г., стр. 345 и слѣд., 380 и слѣд., анализируетъ мѣру конкретизаціи дѣянія для отдѣльныхъ преступленій, указывая, что вообще минимумъ конкретныхъ данныхъ (спеціализаціи) въ обвиненіи долженъ соотвѣтствовать возможному минимуму въ приговорѣ, такъ какъ цѣль спеціализаціи индивидуализировать дѣяніе, чтобы предоставить подсудимому exceptio rei judicatae противъ новаго обвиненія за то же дѣяніе: нужно столько и такихъ индивидуальныхъ обстоятельствъ, чтобы составъ даннаго преступленія могъ при нихъ осуществиться только одинъ разъ. Meyer находитъ, что эта мѣра достаточна и для защиты (стр.381); при бо́льшемъ же приведеніи конкретныхъ данныхъ, возможность отбросить нѣкоторыя изъ нихъ до надлежащей указанной выше мѣры и дать иную формулировку дѣянія зависитъ отъ того, насколько законъ разрѣшаетъ измѣненіе обвиненія. Meyer разсматриваетъ это только съ точки зрѣнія прусскаго права (стр. 382). Противъ критерія, устанавливаемаго Meyer'омъ, Баръ замѣчаетъ (153 стр.), что законная сила приговора относится ко всему, что могло быть предметомъ перваго процесса, но не все объемлемое возраженіемъ, основаннымъ на законной силѣ приговора, составляетъ безъ дальнѣйшихъ условій предметъ слѣдствія и рѣшенія въ первомъ процессѣ.

примѣръ относится однако не къ устраненію излишнихъ обстоятельствъ, а къ замѣнѣ существенныхъ другими, обнаружившимися впервые на судебномъ слѣдствіи: онъ говоритъ о невозможности замѣнить въ вопросѣ присяжнымъ одинъ способъ совершенія убійства другимъ, болѣе общимъ или столь же, но иначе спеціализированнымъ, но непонятно, какъ можно обозначеніе обвинительной камерой способа убійства считать излишнимъ, при критеріи конкретизаціи, устанавливаемомъ Баромъ—возможности подготовить защиту, между тѣмъ Баръ вообще рекомендуетъ болѣе общую формулировку фактической стороны (времени, мѣста, орудія совершенія, имени собственника похищеннаго имущества), чтобы она охватывала и то, что выяснитъ судебное слѣдствіе [1]). Это противорѣчіе является результатомъ того, что Баръ, кристализируя обвиненіе въ опредѣленіи о преданіи суду, чтобы не поразить подсудимаго неожиданными новыми данными, сознаетъ невозможность уже въ это время точно обрисовать дѣяніе. Но въ упомянутомъ случаѣ—при измѣненіи способа убійства—Баръ, хотя и не даетъ права поставить вопросъ присяжнымъ по измѣнившемуся обвиненію, если, впрочемъ, подсудимый не отказывается отъ дальнѣйшей подготовки защиты, однако находитъ нужнымъ не оправданіе подсудимаго, а возвращеніе дѣла въ обвинительную камеру. Такъ же, полагаетъ Баръ, долженъ поступить судъ и въ томъ случаѣ, когда опредѣленіе обвинительной камеры слишкомъ общаго характера, такъ что подсудимый, по его заявленію, не могъ приготовиться къ защитѣ; самъ же судъ не въ правѣ ограничить обвиненіе посредствомъ большей конкретизаціи, такъ какъ онъ вторгся бы въ область оцѣнки доказанности фактовъ, предоставленную присяжнымъ: указывая, напримѣръ, способъ совершенія дѣянія въ вопросѣ, судъ устранилъ бы отъ рѣшенія присяжныхъ другой способъ совершенія, содержавшійся вмѣстѣ съ первымъ въ болѣе общемъ указаніи обвиненія. Баръ полагаетъ, что при болѣе тщательномъ составленіи обвинительной формулы такіе случаи будутъ рѣдки, но самъ же говоритъ о неполнотѣ изслѣдованія, провизорномъ характерѣ опредѣленій обвинительной

---

[1]) Ср. Stelling—Anklagebesserung, стр. 90.

камеры и о лучшихъ средствахъ, которыми располагаетъ судъ существа, а поэтому общность формулировки обвиненія можетъ быть результатомъ не небрежности, а необходимости, и такіе случаи не будутъ исключительными; съ другой стороны, какой смыслъ возвращать дѣло въ обвинительную камеру, когда она не въ состояніи въ надлежащей для интересовъ защиты мѣрѣ конкретизировать преступное дѣяніе, и не окажется ли такая конкретизація, исходящая отъ обвинительной камеры, опять-таки вторженіемъ въ область факта, предоставленную присяжнымъ? [1]).

Разсмотрѣнныя промежуточныя теоріи имѣютъ всѣ одну общую черту: обвиненіе можетъ измѣняться даже въ предѣлахъ одного и того же дѣянія только въ извѣстной мѣрѣ.

Но уже нѣкоторые процессуалисты той же эпохи 50-хъ и 60-хъ годовъ XIX в. разрѣшали вопросъ иначе и ставили только одну границу измѣненію обвиненія: предметомъ приговора не можетъ быть только другое дѣяніе, придавая послѣднему понятію чисто фактическое содержаніе, независимое отъ

---

[1]) Баръ останавливается въ отдѣльности на правѣ измѣненія обвиненія присяжными и указываетъ, что оно не должно идти дальше права суда. Это, конечно, имѣетъ значеніе только при условіи, если по закону присяжные могутъ вносить въ свой отвѣтъ извѣстныя поправки или добавленія, не ограничиваясь простымъ «да» или «нѣтъ». Баръ настаиваетъ на контролѣ вердикта и считаетъ нужнымъ, чтобы судъ спросилъ присяжныхъ, въ какихъ другихъ конкретныхъ обстоятельствахъ они находятъ осуществившимся преступленіе, если вердиктъ обвинительный, но отвергнуты *помѣщенныя въ вопросъ* конкретныя обстоятельства. Если выяснится, что присяжные признаютъ преступленіе въ такихъ конкретныхъ фактахъ, что, несмотря на измѣнившееся обвиненіе, осужденіе возможно немедленно, то судъ постановитъ соотвѣтствующій новый вопросъ, въ противномъ случаѣ возвратитъ дѣло въ обвинительную камеру; если, наконецъ, эти факты не были результатомъ судебнаго слѣдствія, то судъ долженъ оправдать подсудимаго, такъ какъ присяжные вышли за предѣлы возложенной на нихъ задачи—рѣшить, осуществилось ли извѣстное нарушеніе закона при утверждаемыхъ конкретныхъ обстоятельствахъ (стр. 160—163). Затрудненія отпадаютъ сами собою, если, какъ это теперь общепринято, не требовать приведенія въ вопросахъ большаго количества конкретныхъ данныхъ, чѣмъ нужно для индивидуализированья дѣянія. См. H. Meyer—l. c. 382. Палаузовъ—Постановка вопросовъ (1885 г.), стр. 177 и слѣд., стр. 167 и слѣд.

квалификаціи; въ предѣлахъ же того самаго дѣянія, которое составляло предметъ обвиненія, возможны всякаго рода измѣненія какъ фактическія, такъ и юридическія.

Основанія этой теоріи заложены уже Герау, Бинеромъ, Гольдтаммеромъ и Віарда и разработаны, правда, въ различныхъ направленіяхъ, Штеллингомъ и Глазеромъ.

Нужно однако отмѣтить, что Бинеръ и Гольдтаммеръ, приходя къ выводамъ одинаковымъ по существу съ выводами другихъ сторонниковъ этой теоріи, отличаются отъ послѣднихъ тѣмъ, что стоятъ на почвѣ не чистаго обвинительнаго процесса. Бинеръ [1]) придерживается того взгляда, что и въ основѣ современнаго ему процесса нѣмецкихъ государствъ лежитъ инквизиціонный принципъ, что по этому приговоръ можетъ установить и болѣе строгую квалификацію, чѣмъ указанная обвиненіемъ, и дѣяніе должно быть всесторонне изслѣдовано, при этомъ Бинеръ полагаетъ, что защитѣ не угрожаетъ опасность, такъ какъ только очень неловкій защитникъ не найдетъ, что возразить противъ новыхъ отягчающихъ моментовъ. Что же касается перехода къ менѣе тяжкому преступленію, то часто это въ интересахъ подсудимаго и попытка доказать меньшую квалификацію окажется дѣйствительной системой защиты. Гольдтаммеръ [2]), соглашаясь, что въ процессѣ даже не вполнѣ обвинительномъ, но съ преобладающимъ обвинительнымъ принципомъ, измѣненію обвиненія должны быть поставлены тѣсныя границы, распространяетъ слѣдствіе и приговоръ на все дѣяніе, опираясь на смѣшанный обвинительный и слѣдственный принципъ, не поясняя, впрочемъ, что онъ подъ таковымъ разумѣетъ. Во всякомъ случаѣ онъ не игнорируетъ опасности для защиты. Онъ находитъ, что это вопросъ чисто практическій, и высказывается въ пользу мѣръ, установленныхъ прусскимъ законодательствомъ 1849—

---

[1]) Biener—Das Englische Geschwornengericht. Leipzig. 1852 г., т. II, стр. 212. Инквизиціонный принципъ понимается Бинеромъ здѣсь, какъ принципъ публичнаго преслѣдованія и матеріальной истины (См. стр. 211).

[2]) Въ неподписанной (редакціонной) статьѣ издаваемаго имъ журнала «Archiv für Preussisches Strafrecht», т. X (1862 г.): «Ueber die Aenderung der Anklage und die Ausdehnung der Entscheidung auf einen veränderten Thatbestand», стр. 238 и слѣд.

1852 г.; кромѣ того въ производствѣ безъ участія присяжныхъ гарантіей интересовъ защиты должно быть, по мнѣнію Гольдтаммера, существованіе второй инстанціи: часто, если даже обвиненіе не измѣнилось, обвиняемый изъ простого класса только изъ приговора узнаетъ, въ чемъ заключалась сущность дѣла; тѣмъ болѣе необходима апелляціонная инстанція, когда допущено распространеніе первоначальнаго предмета процесса. Но вторая инстанція уже не должна измѣнять обвиненія, иначе подсудимый потерялъ бы ту выгоду, которую ему доставляетъ вторичное разсмотрѣніе дѣла по существу. Итакъ защита не пострадаетъ; необходимость же всесторонняго изслѣдованія дѣянія въ его цѣлости указывается цѣлью процесса смѣшаннаго типа: матеріальной истиной относительно вины или невиновности подсудимаго; изслѣдованіе должно распространяться на матеріальное дѣяніе въ его дѣйствительномъ проявленіи. «Не можетъ, говоритъ Гольдтаммеръ, сегодня одна, а завтра другая часть того же дѣянія быть предметомъ слѣдствія и рѣшеній, если каждый изъ судей одинаково имѣетъ право и обязанность разыскивать матеріальную истину», только тамъ, гдѣ оканчивается право и обязанность перваго судьи, начинается право новаго обвиненія и наоборотъ: первое идетъ до той черты, съ которой начинается второе. Разграниченія, принятыя французскимъ правомъ, Гольдтаммеръ справедливо находитъ противорѣчивыми и трудно уловимыми, а также высказывается противъ критерія: однородность преступленій [1]).

Герау, Віарда, Штеллинѣ и Глазеръ, напротивъ, стоятъ на почвѣ обвинительнаго процесса [2]). Всѣ они указываютъ на то,

---

[1]) Стр. 243, 244. Гольдтаммеръ указываетъ, что для защиты безразлично, конститутивный или отягчающій элементъ представляетъ какое-либо обстоятельство. Оно можетъ быть, какъ напр. dolus въ его различныхъ направленіяхъ или насиліе, то тѣмъ, то другимъ; и разграниченіе это тѣмъ произвольнѣе, что трехчленное дѣленіе преступныхъ дѣяній (преступленія, проступки, нарушенія) имѣетъ цѣлью регулировать подсудность. Ср. также Würth—Oester. St. P. O. v. 17 Iänner 1850, стр. 568, что дѣленіе на роды и виды зависитъ отъ техническихъ совершенствъ кодекса. См. также Zachariae-Handbuch, II стр. 515, 516. О трудностяхъ и непослѣдовательности французской практики см. также Schlink въ Gerichtssaal, 1851 г. (II), 153 стр.

[2]) Gerau—Bemerkungen über Ausführung des Anklageprinzips im Strafverfahren въ Archiv des Criminalrechts Neue Folge, Ergänzungsheft

что для системы защиты можетъ быть важно измѣненіе даже въ незначительномъ обстоятельствѣ, такъ какъ, напр., отъ измѣненія во времени можетъ зависѣть доказательство alibi [1]), что большая или меньшая тяжесть преступленія не имѣетъ значенія [2]), что переходъ и къ меньшему преступленію не всегда выгоденъ для подсудимаго, такъ какъ это скорѣе можетъ повлечь обвинительный вердиктъ или приговоръ [3]), что единственно послѣдовательнымъ было бы совсѣмъ не допускать *измѣненій, если даже оно касается квалификаціи того же фактическаго* состава [4]), но такое положеніе вещей должно вести или къ шокирующимъ чувство справедливости и общественное мнѣ-

---

zu 1853. Wiarda—Ueber den Formalismus in Strafsachen въ Neues Magazin für Hannoversches Recht IV B. (1863 г.), 3 Heft. Stelling—Ueber Anklagebesserung. Göttingen 1866 г. Glaser—Das Verhältniss des Urtheils zur Strafklage въ Gerichtssaal, т. 36 (1884 г.).

[1]) Wiarda—377 стр., Glaser—99 стр. и 148, пр. 47 (существенно измѣненіе доказательнаго матеріала, которое можетъ быть и при полной неизмѣнности предмета первоначальнаго обвиненія; даже въ Англійскомъ процессѣ это ведетъ только къ отсрочкѣ разбирательства по demand for particulars), Stelling—пр 85 на 95 стр.

[2]) Wiarda—377 стр. и 368 (важно тожество дѣянія, которое можетъ сохраниться и въ этомъ случаѣ, напр., если сумма кражи превыситъ предѣлъ простой кражи, когда окажется, что воръ похитилъ не только часы, но и цѣпочку); Glaser—98 стр. (въ гражданскомъ процессѣ *требованіе* имѣетъ существенное значеніе и точку опоры даетъ суду принципъ: ne eat judex ultra petita partium, въ уголовномъ процессѣ центръ тяжести лежитъ въ *обоснованіи* требованія: въ томъ, въ какомъ конкретномъ дѣяніи виновенъ подсудимый, а не въ наказаніи и не въ мѣрѣ его, требуемой обвинителемъ).

[3]) Glaser—100 стр.: «Съ точки зрѣнія процессуальной тактики можетъ часто быть благопріятнымъ то, что, какъ содержаніе приговора, было бы болѣе неблагопріятнымъ, и наоборотъ». См. въ этомъ смыслѣ уже Abegg въ Gerichtssaal, 1857 г. (IX), 2 т., пр. 39 на 260 стр.

[4]) Glaser—99 стр.: иначе «рискуютъ на вопросъ, предоставляетъ ли *это* обвиненіе полную защиту подсудимому, отвѣтить, исходя изъ молчаливаго предположенія его виновности; только относительно виновнаго правильно, что онъ можетъ самъ восполнить неточныя указанія обвиненія, предусмотрѣть отступающіе результаты доказательствъ суд. слѣдствія и приготовиться къ этому». Ср. Nouguier (выше стр. 97), Hasenbalg (ор. с. 26 стр.), которые упускаютъ это изъ виду.

ніе оправданіямъ и безнаказанности виновныхъ [1]) или къ новому преслѣдованію, что связано съ новыми жертвами для государства (затраты труда, издержки) и для подсудимаго, отъ такой системы только проигрывающаго, и все-таки не обезпечиваетъ справедливаго приговора, такъ какъ въ новомъ процессѣ судъ можетъ признать правильной именно первоначальную квалификацію дѣянія, но не въ правѣ осудить за это обвиняемаго [2]). Сторонники неизмѣнности обвиненія неправильно понимаютъ значеніе предварительнаго слѣдствія и опредѣленія обвинительной камеры, имѣющихъ подготовительный и провизорный характеръ и не могущихъ связывать судью су-

---

[1]) Wiarda—379 и Stelling—90 и 91 стр.—отмѣчаютъ, впрочемъ, возможность ставить сразу обвиненіе въ болѣе тяжкомъ преступленіи, хотя бы для этого пока не было данныхъ, на случай возможнаго измѣненія, чтобы предотвратить оправданіе. Но Штеллингъ указываетъ на опасность этого пріема, вызывающаго предположеніе въ обществѣ и у присяжныхъ въ партійности, пристрастіи обвинителя, что можетъ вести къ проигрышу дѣла даже въ случаѣ основательныхъ обвиненій. Объ этомъ въ томъ же смыслѣ Mayer—Handbuch d. öster. Strafproz., II, 76 и 77 пп. къ § 207 и Арсеньевъ—Преданіе суду, стр. 99, 100.

[2]) Gerau—153 (новый процессъ есть окольный путь). Wiarda—380 стр., Glaser—96, 145, пр. 43a, 146, 147 стр., который ссылается на англійскую и французскую практику; см. также въ этомъ смыслѣ Abegg въ Gerichtssaal 1857 г. (IX), т. II, стр. 267, 268, Kries—Vorverfahren und Hauptverfahren въ Zeitschrift für die gesamte Strafrechswissenschaft, 1889 г. (IX), 25 стр. Безполезность жертвъ, связанныхъ съ новымъ процессомъ прекрасно подтверждалась бы и въ томъ случаѣ, если бы онъ окончился *осужденіемъ*, такъ какъ это могло бы быть достигнуто уже въ первомъ процессѣ (Glaser—l. c.). Если же, ограничивая право суда измѣнять обвиненіе, придать оправданію объемъ, выходящій за предѣлы изслѣдованнаго, то будетъ противорѣчіе: оправданіе послѣдовало потому, что предметъ измѣнившагося обвиненія не тожественъ съ предметомъ первоначальнаго, а новое обвиненіе исключается тѣмъ, что предметъ его тотъ же, что перваго (Glaser—100 стр.). Ср. также Walther—Bemerkungen über den Entwurf eines Strafprozessgesetzbuches für das Königreich Bayern v. J. 1870 въ Kritische Vierteljahreschrift f. Gesetzgeb. und Rechtswissenschaft XIII т. (München), стр. 19: принципъ справедливости требуетъ, чтобы никто не могъ ускользнуть отъ *заслуженнаго* наказанія а новое обвиненіе еще тягостнѣе для подсудимаго. Тѣ же соображенія въ мотивахъ къ германскому кодексу (см. выше и Hahn—Gesamt. mater. III, 207).

щества [1]). Обвинительный принципъ имѣетъ только тотъ смыслъ, что судъ не въ правѣ начать свою дѣятельность, пока не будетъ данъ толчокъ извнѣ дѣйствіемъ обвинителя, предъявленіемъ обвиненія, но послѣднее имѣетъ цѣлью только отграничить извѣстную область случившагося, на которую распространяется процессъ [2]), цивилистическая же точка зрѣнія на обвинительный процессъ, аналогіи гражданскаго права и связанность судьи предложеніями сторонъ непримѣнимы въ уголовномъ процессѣ, стремящемся къ матеріальной истинѣ [3]). Подсудимый

---

[1]) Gerau—стр. 149—152, Wiarda—397 стр.: опредѣленіе обвинительной камеры представляетъ собою только сужденіе о дальнѣйшемъ преслѣдованіи; Stelling—§ 18 (особ. стр. 112 и слѣд.), также указывающій на то, что сущность преданія суду сводится къ разрѣшенію вопроса, нѣтъ ли основанія прекратить преслѣдованіе до судебнаго слѣдствія, чтобы избавить подсудимаго отъ продолжительнаго ожиданія подъ стражей и что французская система преданія суду есть извращеніе института, создастъ двухъ обвинителей—прокурора и обвинительную камеру; законная же сила опредѣленія послѣдней исключается тѣмъ, что изслѣдованіе матеріала здѣсь только поверхностное и что было бы неправильно такимъ путемъ изъять часть матеріала изъ вѣдѣнья присяжныхъ (стр. 124, 125).

[2]) Gerau—137, Stelling—(отчасти) 23, 24 стр., Glaser—95 стр. «Обозначить конкретное дѣяніе и установить съ точностью его тожество, въ этомъ заключается существенная задача уголовнаго иска», говоритъ Stelling (24). Глазеръ указываетъ еще на то, что «требованіе тожества основы процесса съ предметомъ приговора не зависитъ отъ существованія личнаго представителя обвиненія» и возможно и въ инквизиціонномъ процессѣ. Весь вопросъ заключается въ опредѣленіи границы, гдѣ кончается тожество, и до этого пункта нѣтъ нужды въ особомъ соизволеніи обвинителя на распространеніе предмета процесса, а по ту сторону этой границы воля обвинителя не можетъ создать тожества, котораго нѣтъ. «Изъ права судьи отклониться отъ обвиненія, вытекаетъ право сторонъ предложить это, а не наоборотъ» (стр. 97, 98 и пр. 45 на 147 стр.). См. также Kries—Lehrbuch, стр. 567, пр. 2, который высказывается противъ термина «измѣненіе обвиненія, такъ какъ въ уголовномъ процессѣ вопросъ не въ томъ, какія измѣненія могутъ быть сдѣланы обвинителемъ, а прежде всего въ полномочіяхъ на это суда и границъ ихъ».

[3]) Gerau—стр. 135, 137, 151, 153. Wiarda—363, 364 стр., указывающій, что стороны въ уголовномъ процессѣ не то же, что въ гражданскомъ, гдѣ судья судитъ на основаніи представленнаго ими матеріала, гдѣ неоспорен-

имѣетъ право требовать не неизмѣнности неточнаго обвиненія и оправданія въ силу несоотвѣтствія перваго съ данными судебнаго слѣдствія, а только того, чтобы ему было дано время подготовиться къ защитѣ. Это и достигается отсрочкой разбирательства [1]).

Штеллингъ однако ставитъ еще одно формальное условіе, которое, по его мнѣнію, должно лучше обезпечить интересы сторонъ и способствовать болѣе послѣдовательному проведенію обвинительнаго принципа; это отличіе даетъ основаніе выдѣлить взглядъ Штеллинга въ самостоятельную теорію.

Дѣлая задачей уголовнаго иска обозначеніе конкретнаго дѣянія, Штеллингъ не даетъ однако суду права всесторонняго изслѣдованія дѣянія, а для того, чтобы привести первоначально формулированное обвиненіе въ соотвѣтствіе съ матеріаломъ су-

---

ные факты признаются доказанными, гдѣ господствуетъ воля частнаго лица и возможно соглашеніе сторонъ. См. также стр. 391, 392 (ib.). Glaser—98, 147 и 148 стр., пр. 45 и 46. Онъ указываетъ на разницу въ положеніи отвѣтчика при новомъ искѣ и обвиняемаго при новомъ преслѣдованіи, вслѣдствіе стѣсненія рамокъ перваго процесса, и на непримѣнимость начала «actor de re sua certus esse debet» особенно къ моменту возбужденія уголовнаго преслѣдованія. Въ это время нельзя требовать той точности въ изображеніи дѣянія, какъ въ позднѣйшихъ стадіяхъ процесса, между тѣмъ предметъ процесса сызначала есть предметъ слѣдствія и приговора, и допустимыя отклоненія, не нарушающія тожества, во всѣхъ стадіяхъ должны быть одинаковы, и это требованіе тожества необходимо отличать отъ требованій, предъявляемыхъ къ редакціи и формулировкѣ предложеній обвинителя въ началѣ и въ теченіе процесса. Обвиненіе есть уже въ моментъ, когда прокуроръ предложилъ произвести предварительное слѣдствіе. (См. стр. 101, 102 и 81, 82: «Der Gegenstand des künftigen Urtheils ist der Gegenstand des Verfahrens von Anbegin.»). Можно однако сказать, что обвиненіе кристаллизуется только ко времени предъявленія его суду, и все подготовительное производство направлено именно на установленіе предмета процесса, такъ что измѣняемость этого предмета, до обвиненія въ истинномъ смыслѣ слова, совсѣмъ не имѣетъ того значенія, что послѣ. Ср. выше, пр. 1 на стр. 2.

[1]) Glaser—99 и 100 стр., Wiarda—378 (рѣшаетъ судъ, но отклоненіе ходатайства подлежитъ повѣркѣ кассаціонной инстанціи), Gerau—152, 153 стр.; онъ находитъ нужнымъ, чтобы судъ, въ случаѣ надобности откладывалъ дѣло и для подготовки обвиненія; за прокуроромъ должно быть сохранено право на полное приведеніе доказательствъ.

дебнаго слѣдствія, чтобы исправить неточныя указанія, привлечь къ предмету иска новыя обстоятельства, не нарушающія тожества дѣянія, названный авторъ считаетъ необходимымъ институтъ исправленія обвиненія, состоящій въ томъ, что обвинитель исправляетъ первоначальное обвиненіе въ указанномъ выше смыслѣ, формулируя это позднѣйшее обвиненіе опредѣленно, что оно письменно фиксируется, что обвиняемый при этомъ можетъ принудить (ezwingen) къ отсрочкѣ для лучшей подготовки защиты, если это нужно, и что объектъ спора можетъ быть измѣненъ и увеличенъ только такимъ способомъ. Это ставитъ подсудимаго «въ такое положеніе, какъ если бы только теперь было возбуждено обвиненіе относительно представленныхъ nova»[1]). Правда, въ обвинительномъ процессѣ не соблюдается начало состязательное, но лишь въ томъ смыслѣ, что на обстоятельства *существенныя для защиты* долженъ обратить вниманіе судъ ex officio, что же касается моментовъ обвиненія (Angriffsmomenten), то почему не подчинить ихъ состязательному началу? Штеллингъ ссылается на англійскій процессъ, который однако еще не завершилъ своего развитія, такъ какъ институтъ исправленія обвиненія не примѣняется здѣсь въ предѣлахъ всего инкриминированнаго дѣянія, а съ другой стороны иногда замѣняется другими средствами, напр. въ st. 14 и 15 Vict. s. 12 (ср. выше стр. 57) [2]). Только институтъ формальнаго исправленія обвиненія позволяетъ соблюсти право защиты, такъ какъ подсудимый своевременно узнаетъ, въ чемъ заключается измѣненное обвиненіе, что особенно важно въ незначительныхъ уголовныхъ дѣлахъ, разрѣшаемыхъ въ теченіе 10 минутъ, и гдѣ распространяющій обвиненіе актъ—приговоръ—*является* и заключеніемъ процесса. Но и въ дѣлахъ съ присяжными объ измѣненіи обвиненія подсудимый узнаетъ только изъ поставленныхъ присяжнымъ вопросовъ. Защитнику, уже исчерпавшему свои доводы, приходится въ тотъ же моментъ принять какое-либо рѣшеніе относительно этихъ nova, которыя часто связаны съ тонкими

---

[1]) Здѣсь точка соприкосновенія взгляда Штеллинга со взглядами Планка и Г. Мейера (см. выше).

[2]) Stelling, 62—67 стр. Ср. Gerau—стр. 153, онъ находитъ желательнымъ устное предложеніе прокурора.

и спорными вопросами; къ тому же нужно часто возобновлять судебное слѣдствіе. Эти неудобства и опасности для защиты устраняются, по мнѣнію Штеллинга, защищаемымъ имъ институтомъ, который даетъ еще то преимущество, что облегчается повѣрка кассаціонной инстанціей, насколько соблюдено требованіе о соотвѣтствіи приговора съ обвиненіемъ, для этого нужно только сравнить приговоръ или же вердиктъ съ первоначальнымъ обвиненіемъ и послѣдующимъ акцессорнымъ предложеніемъ обвинителя; если же граница не нарушена, то, благодаря указанному институту, можетъ быть провѣрено кассаціонной инстанціей, соблюдены ли были интересы защиты при измѣненіи обвиненія, такъ какъ для этого дадутъ матеріалъ мотивированное ходатайство объ отсрочкѣ и мотивированное опредѣленіе объ этомъ суда. Если же предоставить, какъ дѣлаетъ Баръ, вопросъ о томъ, не нарушаетъ ли измѣненіе интересовъ защиты, разрѣшенію суда на основаніи обстановки отдѣльнаго случая, то контроль кассаціонной инстанціи окажется недѣйствительнымъ, такъ какъ акты не дадутъ почвы для сужденія [1]).

Эти аргументы Штеллинга касаются собственно практической области, и формальное исправленіе обвиненія отчасти совпадаетъ съ требованіемъ предупрежденія подсудимаго объ измѣнившемся обвиненіи, мѣрой одобряемой и другими, напр.: даже Гольдтаммеромъ, но предлагаемый Штеллингомъ институтъ имѣетъ и принципіальное отличіе. Исправленіе не можетъ быть произведено судомъ по собственной иниціативѣ, это Штеллингъ считаетъ инквизиціонной идеей и, приводя слова Бара о значеніи двусторонней оцѣнки доказательствъ и о роли сторонъ въ обвинительномъ процессѣ, Штеллингъ упрекаетъ Бара въ томъ, что онъ останавливается на полъ-дорогѣ, предоставляя суду упомянутую выше власть. Обвинитель долженъ имѣть право распоряженія обвинительными моментами, защита должна имѣть

---

[1]) ibid., 97—101 стр. Штеллингъ указываетъ еще на ту выгоду, что вопросы не ставятся неожиданно, а образуются на глазахъ у присяжныхъ, а это способствуетъ взаимному пониманію суда и присяжныхъ и правильности отвѣтовъ. (См. стр. 99 и 121). Интерпретацію же обвиненія на основаніи данныхъ судебнаго слѣдствія и поправки, вносимыя судомъ въ обвиненіе при постановкѣ вопросовъ, Штеллингъ отвергаетъ (118, 119 стр.).

опредѣленныя прочныя права. «Если взять кое-что у судьи въ обоихъ этихъ отношеніяхъ, обвинитель станетъ въ большей степени обвинителемъ, подсудимый въ бо́льшей степени имѣющей права стороной, судья больше судьей»... [1]) Въ другомъ мѣстѣ Штеллингъ также требуетъ, чтобы, въ соотвѣтствіи съ обвинительнымъ принципомъ, обвинитель и обвиняемый были хозяевами объекта спора [2]), и находитъ, что увеличеніе роли обвинителя за счетъ роли суда возвращаетъ послѣднему его истинное положеніе—власти, стоящей надъ сторонами, изслѣдующей и судящей. Согласно обвинительному принципу, послѣдовательно проведенному и дѣйствительно дающему преимущества подсудимому, судъ не въ правѣ самъ опредѣлить не только конкретное дѣяніе, за которое подсудимый долженъ быть привлеченъ къ отвѣтственности, но и часть дѣянія съ законной и конкретной стороны, долженствующую составить объектъ процесса и предметъ приговора [3]).

Отрицая право измѣнять обвиненіе у суда, Штеллингъ совершенно послѣдовательно отрицаетъ его и у присяжныхъ: право измѣненія объекта спора принадлежитъ обвинителю и отчасти подсудимому, вліяющему на этотъ объектъ признаніемъ или отрицаніемъ, поэтому и предложеніе присяжныхъ, направленное на такое измѣненіе, при постановкѣ вопросовъ, можетъ быть только поводомъ къ тому, что обвинитель исправитъ обвиненіе (судебное слѣдствіе при этомъ можетъ быть возобновлено), если только не предпочтетъ оставить его въ прежнемъ видѣ, считая неправильнымъ взглядъ присяжныхъ, или находя отсрочку, съ которой будетъ связано измѣненіе, болѣе нежелательной, чѣмъ само оправданіе. По той же причинѣ Штеллингъ отвергаетъ право присяжныхъ (Correctionsrecht) производить

---

[1]) ibid. стр. 101, 102.

[2]) Штеллингъ однако не даетъ права прокурору «взять обратно законный составъ (обвиненія) или совершенно оторвать его отъ его конкретной основы»; право распоряженія выражается въ томъ, что прокуроръ можетъ опустить несущественное, обобщить или ограничить обвиненіе, ввести альтернативныя указанія и новые законные составы и обосновать ихъ конкретнымъ матеріаломъ... Вліяніе защиты выразится въ наблюденіи за тѣмъ, чтобы не обсуждалось то, въ чемъ не предъявляется обвиненіе (стр. 120, 121)

[3]) Стр. 126, 127.

самостоятельно измѣненіе посредствомъ отвѣта, связаннаго съ дополненіемъ или ограниченіемъ матеріала, изложеннаго въ вопросѣ: даже при ограничительномъ отвѣтѣ, подсудимый можетъ быть признанъ виновнымъ въ преступленіи, по поводу котораго онъ могъ бы иногда представить другія возраженія [1]).

Теоріи, допускающей всѣ измѣненія обвиненія при условіи сохраненія тожества дѣянія, придерживаются всѣ виднѣйшіе германскіе и австрійскіе процессуалисты послѣдняго времени, за рѣдкими исключеніями, предоставляютъ измѣненіе суду, независимо отъ требованія обвинителя [2]).

---

[1]) 130—134 стр. Если бы однако присяжные присвоили себѣ такое право, то вердиктъ можетъ быть или неполнымъ и вызываетъ возвращеніе къ новому совѣщанію, или можетъ содержать все-таки отвѣтъ на вопросъ; тогда все излишнее въ отвѣтѣ не принимается въ расчетъ при постановленіи приговора. Оправданіе, какъ предлагаетъ Bar въ упомянутомъ въ пр. 1 на стр. 280 случаѣ, Штеллингъ справедливо отвергаетъ (стр. 134—136).

[2]) Heinze въ Goldtam. Arch., 1876 г., стр. 282 и 283; Hugo Meyer—Die Mitwirkung der Parteien im Strafprozess. Erlangen, 1873 г., стр. 48—59; Ullmann—Lehrb. (Oester.), стр. 612, 613, Lehrb. (Deutsch.), стр. 490; Birkmeyer—Deutsch. Strafprozessrecht. Berlin. 1898 г., стр. 663, 664, 684 Bennecke—Beling—op. c., стр. 202 и 211; Kries—Lehrb., § 69, а также Löwe, Schwarze, Stenglein, Iohn, Dalcke, S. Mayer въ ихъ комментарахъ къ соотвѣтствующимъ статьямъ германскаго и австрійскаго уставовъ (см. выше) постановленія которыхъ принимаются ими за надлежащее разрѣшеніе вопроса, Въ пользу большей диспозиціи сторонъ и за необходимость для измѣненія уголовнаго иска предложенія прокурора Wahlberg—op. c. (Kritik des Entwurfes), стр. 47 и въ новѣйшее время Wolfgang Mittermaier—Die Parteistellung der Staatsanwaltschaft. Stuttgart, 1897 г., стр. 229—235.

ГЛАВА VIII.

Отношеніе приговора къ обвиненію de lege ferenda.

Итоги предыдущаго изложенія. Необходимость обратиться къ анализу сущности обвинительнаго процесса. Обвинительный процессъ, по взгляду Планка. Значеніе въ этой теоріи обвинительнаго принципа. Оправдываются ли исходной точкой зрѣнія выводы Планка и примыкающихъ къ нему процессуалистовъ относительно неизмѣнности обвиненія, а также промежуточныя теоріи? Выводъ, дѣйствительно соотвѣтствующій этому взгляду на обвинительный процессъ. Другая точка зрѣнія на этотъ послѣдній. Непріемлемость взгляда Планка на обвинительный принципъ. Дѣйствительное значеніе послѣдняго. Вліяніе на природу уголовнаго процесса матеріальнаго правоотношенія и значеніе принципа оффиціальнаго, принциповъ неизмѣнности (Immutabilitätsprinzip), матеріальной истины и инструкціоннаго. Вліяніе этихъ принциповъ на взаимное положеніе суда и сторонъ. Самодѣятельность суда въ выясненіи дѣла и, какъ слѣдствіе ея, право суда уклоняться отъ формулированнаго обвинителемъ обвиненія. Согласимость такой дѣятельности суда съ природой обвинительнаго процесса. Сравненіе съ гражданскимъ процессомъ новѣйшаго времени. Причины ограниченія допустимыхъ измѣненій предѣлами того же дѣянія и характеръ распространенія приговора на другое дѣяніе: матеріальное правоотношеніе, какъ предметъ уголовнаго иска; сущность этого отношенія. Выводы отсюда для опредѣленія понятія «то же дѣяніе». Границы тожества при обстоятельствахъ, дополняющихъ и замѣняющихъ факты, приведенные въ обвиненіи. Права сторонъ при измѣненіи обвиненія. Обязанность увѣдомленія (Informationspflicht) и ея слѣдствія.

Исторія вопроса объ отношеніи приговора къ обвиненію за послѣднее столѣтіе, если оставить въ сторонѣ дореформенныя законодательства германскихъ государствъ до введенія обвинительнаго процесса, представляетъ картину постепенно все большаго и большаго уклоненія отъ системы неизмѣнности обвиненія: сначала въ Англіи допущены такія измѣненія, которыя

или не вліютъ на тожество дѣянія, или состоятъ въ отпаденіи чисто фактическихъ моментовъ или нѣкоторыхъ обстоятельствъ, осуществляющихъ признаки состава, затѣмъ, въ видѣ исключенія, допущены въ точно опредѣленныхъ закономъ случаяхъ измѣненія, которыя связаны съ новыми обстоятельствами, обнаруженными слѣдствіемъ взамѣнъ отпавшихъ; во Франціи, Италіи и партикулярныхъ законодательствахъ Германіи, вмѣсто системы исключеній, устанавливаются границы допустимыхъ измѣненій болѣе общимъ образомъ: въ зависимости отъ свойства новыхъ обстоятельствъ, въ зависимости отъ того, окажутся ли они квалифицирующими (отягчающими), или конститутивными, или обосновывающими однородную квалификацію, или влекущими болѣе строгую наказуемость, иногда въ зависимости отъ формальнаго условія—требованія обвинителя; далѣе, въ Пруссіи, а затѣмъ въ Саксоніи и Австріи отказываются отъ системы разграниченій и допускаютъ всѣ измѣненія въ предѣлахъ того же дѣянія, предоставляя однако суду возможность во всѣхъ или въ нѣкоторыхъ случаяхъ (Австрія) разрѣшить только первоначальное обвиненіе и сохранить за прокуроромъ право новаго преслѣдованія оправданнаго за то же дѣяніе съ измѣненной квалификаціей. Наконецъ, въ Германскомъ имперскомъ уставѣ отвергнута и эта эвентуальность (Vorbehalt), и предметомъ обвиненія и приговора служитъ дѣяніе, представляющее фактическую подкладку обвиненія. Та же система усвоена Норвежскимъ и Венгерскимъ законодательствами. Параллельно съ этой эволюціей взглядовъ на предметъ обвиненія и перваго процесса, происходила эволюція взглядовъ на сущность принципа «ne bis in idem», который понимается сначала слишкомъ узко въ англійскомъ и французскомъ правѣ и только позже пріобрѣтаетъ отчасти уже во французской доктринѣ и особенно въ германскомъ правѣ и процессуальной литературѣ болѣе обширное значеніе, исключая новое преслѣдованіе не за ту же квалификацію, но за тѣ же (разрѣшенные) факты и даже за тѣ обстоятельства, которыя только могли быть предметомъ постановленнаго приговора, хотя бы не были въ дѣйствительности, т. е. сила приговора распространяется на все дѣяніе, бывшее предметомъ обвиненія, со всѣми моментами, лежащими въ предѣлахъ этого дѣянія, исключеніе допускается, и то не безспорное, для случаевъ юридической невозможности для суда оцѣнить тѣ или другіе моменты въ первомъ же процессѣ.

Такую же картину развитія представляетъ теорія уголовнаго процесса въ этомъ вопросѣ, ушедшая отъ точки зрѣнія Планка и Цахаріе къ противоположной Герау, Віарда, Глазера, пройдя чрезъ промежуточную ступень взглядовъ Миттермаера, Гуго Мейера, Бара, Газенбальга.

Уже все предыдущее изложеніе свидѣтельствуетъ въ пользу системы распространенія приговора на все дѣяніе, служившее исторической подкладкой обвиненія, и въ пользу широкаго пониманія принципа «ne bis in idem»: достаточно стройную германскую систему, въ которой всесторонняя оцѣнка дѣянія въ первомъ же процессѣ такъ координирована съ объемомъ res judicata и рамками «ne bis in idem», сравнить съ системами англійской и французской, не обезпечивающими, при всей ихъ сложности и запутанности, ни справедливаго наказанія виновнаго, ни спокойствія оправданнаго или увѣренности его въ окончательномъ разрѣшеніи дѣла; стоитъ вспомнить возможность осужденія въ Англіи не за то преступленіе, которое доказано, а за первоначально возведенное, что находится въ такомъ противорѣчіи съ дѣленіемъ преступленій на отдѣльные виды и отдѣльные составы, имѣющіе въ глазахъ законодателя свое значеніе, которое не должно игнорироваться въ конкретныхъ случаяхъ; стоитъ, далѣе, вспомнить эвентуальныя обвиненія, которыя должны предупредить вредные для правосудія недостатки системы и которыя безсильны дѣйствительно помочь дѣлу; наконецъ,—постоянныя колебанія судебной практики во Франціи и другихъ государствахъ на почвѣ промежуточныхъ теорій, противорѣчія этихъ послѣднихъ и полную неопредѣленность принципа «ne bis in idem», позволяющую обвинительной власти повторять преслѣдованіе, на основаніи незначительныхъ оттѣнковъ, отличающихъ новое обвиненіе отъ обвиненія, разрѣшеннаго приговоромъ, который вступилъ въ законную силу и, казалось бы, долженъ положить предѣлъ дальнѣйшимъ испытаніемъ судившагося!

Но этотъ историческій опытъ долженъ быть еще провѣренъ анализомъ основаній, на которыя опираются изложенныя теоріи, нашедшія для себя выраженіе и въ различныхъ законодательствахъ. Система распространенія приговора на дѣяніе подсудимаго встрѣчаетъ въ наукѣ возраженія—однихъ, что она не отвѣчаетъ основнымъ началамъ уголовнаго процесса, дру-

ѣхъ,—что она не отвѣчаетъ тогда, когда измѣненіе предмета обвиненія предпринимается судомъ ex officio,—точка зрѣнія, принятая отчасти и положительнымъ правомъ (Ганноверъ, Венгрія); но есть авторитетные голоса въ наукѣ, отрицающіе это противорѣчіе. Гдѣ же истина, и какая система дѣйствительно должна быть принята? Не слѣдуетъ ли пожертвовать исторически засвидѣтельствованными преимуществами системы, дѣлающей предметомъ приговора матеріальное дѣяніе, ради сохраненія обвинительнаго процесса, этого устоя правового государства, этого безспорнаго завоеванія науки и общества? Не представляются ли недостатки другихъ системъ зломъ случайнымъ и устранимымъ безъ нарушенія основныхъ началъ обвинительнаго процесса? Или же въ самомъ пониманіи послѣдняго необходимо отдѣлить существенное, дѣйствительно связанное съ его природой, отъ излишняго, случайнаго, которое можетъ и должно быть отброшено и не должно вліять на конструкцію процессуальныхъ институтовъ?

Эти вопросы должны быть разрѣшены прежде, чѣмъ отвѣтить на вопросъ, какую изъ разсмотрѣнныхъ системъ или ни одну изъ нихъ, а какую-нибудь иную слѣдуетъ признать наиболѣе правильной.

Итакъ обратимся къ разсмотрѣнію существующихъ въ наукѣ взглядовъ на обвинительный процессъ, такъ какъ это понятіе не является опредѣленнымъ и безспорнымъ, хотя и должно служить краеугольнымъ камнемъ, къ повѣркѣ того, насколько положенія разсмотрѣнныхъ выше теорій соотвѣтствуютъ исходной точкѣ зрѣнія ихъ авторовъ, и постараемся опредѣлить, какому изъ этихъ взглядовъ на сущность обвинительнаго процесса слѣдуетъ отдать предпочтеніе и какой выводъ вытекаетъ отсюда для конструкціи отношенія приговора къ обвиненію.

Если оставить въ сторонѣ мнѣніе, признающее отличительной чертой обвинительнаго процесса частный характеръ уголовнаго преслѣдованія [1]), не нашедшее много сторонниковъ

---

[1]) Такъ Biener—Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte. Leipzig. 1848 г., II, 26 и 38 стр.. Beling—l. c., стр. 215, Случевскій Учебникъ, стр. 29 и слѣд. Процессъ, принятый современными законодательствами онъ считаетъ слѣдственно обвинительнымъ. Точка зрѣнія г. Случевскаго крайне неопредѣленна, такъ: онъ говоритъ о слѣдственно-обвинительной формѣ процесса и принятомъ въ послѣднемъ состязательномъ началѣ (67 стр.).

и оставшееся безъ вліянія на нашъ вопросъ, то всѣ взгляды на обвинительный процессъ можно свести къ двумъ: одни признаютъ основнымъ началомъ уголовнаго процесса обвинительный принципъ, отъ котораго и процессъ получаетъ названіе обвинительнаго; всѣ процессуальныя вопросы приводятся въ связь съ упомянутымъ принципомъ, который проникаетъ весь процессъ, всѣ отношенія и дѣйствія суда и сторонъ, въ немъ возникающія, и получаетъ, такъ сказать, положительное содержаніе. Другіе отводятъ обвинительному принципу болѣе скромную роль, придаютъ ему скорѣе отрицательное дѣйствіе, выражающееся въ томъ, что иниціатива преслѣдованія не должна исходить отъ суда; процессъ сохраняетъ названіе и сущность обвинительнаго, но на конструкцію процессуальныхъ институтовъ оказываютъ существенное вліяніе и другіе принципы: оффиціальности, матеріальной истины, инструкціонный и принципъ неизмѣнности уголовнаго притязанія государства (Immutabilitätsprinzip Гейнце).

Наиболѣе яркимъ представителемъ перваго взгляда является Планкъ.

Согласно взгляду Планка [1]), при строгомъ проведеніи обвинительнаго принципа, при усвоеніи истиннаго обвинительнаго процесса, дѣло приводится въ движеніе все время дѣятельностью сторонъ. Именно въ этой дѣятельности ихъ заключается то, что обращаетъ прокурора въ обвинителя изъ promovens inquisitionis, встрѣчавшагося и въ инквизиціонномъ процессѣ [2]), и обвиняемаго въ субъекта процесса изъ объекта инквизиціи. Стороны собираютъ матеріалъ, предлагаютъ его суду и распоряжаются этимъ матеріаломъ, судъ же ограничивается обсужденіемъ его и разрѣшеніемъ спора между сторо-

---

[1]) J. W. Planck—Systemat. Darstel. § 60—§ 62, далѣе стр. 177—180.

[2]) Таково было первоначально значеніе и французскихъ procureurs du roi, напр., въ эпоху ордонанса 1338. «Aux yeux des contemporains, говоритъ Esmein (op. c., стр. 103), c'est le juge qui autorise le procureur du roi à agir, non ce dernier, qui met le juge en mouvement». И позже судья въ правѣ начать самъ преслѣдованіе (ib., стр. 105). Ср. также Puffendorf—Introductio in proc. crim., стр. 9 (c. II, § VIII) объ advocatus fisci, какъ обвинителѣ.

нами, въ отличіе отъ слѣдственнаго порядка, гдѣ, если и вступаютъ въ процессъ другія лица кромѣ слѣдователя—судьи (инквирента), то это вступленіе имѣетъ случайный характеръ и можетъ быть принято въ расчетъ только, какъ помощь судейской дѣятельности. Сторонъ слѣдственный процессъ не знаетъ. Для понятія «сторона» существенно *право свободнаго распоряженія матеріаломъ*, который долженъ быть собранъ и представленъ суду въ цѣляхъ признанія уголовнаго права (въ субъективномъ смыслѣ) или для того, чтобы установить его отсутствіе въ данномъ случаѣ. Контроль и содѣйствіе суда въ этомъ распоряженіи приближаютъ процессъ къ слѣдственному. Форма представленія суду собраннаго матеріала—утвержденіе или признаніе—должна быть въ обвинительномъ процессѣ также предоставлена волѣ сторонъ, ограничиваемой закономъ только относительно времени такихъ заявленій и ихъ формы или послѣдствій, съ которыми связывается непользованіе ими. *Обвиненіе—утвержденіе обвинителя должно опредѣляться имъ однимъ*, содержаніе и существенныя части обвиненія оставаться неизмѣнными *признаніе* отдѣльныхъ фактовъ или *отказъ обвинителя отъ самого уголовнаго притязанія должны устранять споръ* независимо отъ оцѣнки признаннаго обстоятельства судомъ. *Обвиняемый* также *долженъ имѣть право признанія части или всего обвиненія*, и тогда судъ долженъ ограничиться разрѣшеніемъ только вопросовъ права; обвиняемому принадлежитъ свободный выборъ защищающихъ его утвержденій и системы защиты. Форма и распредѣленіе бремени доказательствъ (onus probandi) опредѣляется закономъ, *и недоказанныя утвержденія той стороны, которая обязана была что-либо доказать, судомъ не обсуждаются* при постановленіи приговора. Стороны должны быть равноправны (преимущества прокурора сближаютъ его съ promovens inquisitionis), независимы другъ отъ друга (ни одна не обязана помогать другой, напр. признаніемъ) [1]), каждая имѣетъ право быть выслушанной и освѣдомленной о всемъ происходящемъ въ процессѣ.

---

[1]) Syst. Darst. § 65. Планкъ полагаетъ даже, что въ обвинительномъ процессѣ заподозрѣннаго нельзя принудить къ представленію документовъ, его уличающихъ, напримѣръ: писемъ, дневниковъ, торговыхъ книгъ; развѣ бы только, документы были результатомъ или средствомъ преступнаго дѣянія (пасквиль, подложный актъ). См. Syst. Darst., стр. 237, 238.

Суду отводится чисто отрицательная роль—руководство процессомъ, состоящее въ наблюденіи за дѣятельностью сторонъ для удержанія ея въ законныхъ границахъ и въ соотвѣтствіи съ законной цѣлью процесса. «Въ собираніи матеріала судъ участвуетъ только тѣмъ, что ex officio не допускаетъ никакихъ недѣйствительныхъ или несущественныхъ шаговъ сторонъ. На употребленіе сторонами принудительныхъ средствъ судъ воздѣйствуетъ только тѣмъ, что, при недостаткѣ указанныхъ въ законѣ условій, препятствуетъ примѣненію этихъ средствъ, гдѣ оно поставлено въ зависимосъ отъ согласія суда [1])». При постановленіи приговора, даже при нѣкоторомъ отступленіи отъ крайнихъ слѣдствій обвинительнаго процесса, судъ остаётся подчиненнымъ вліянію сторонъ, будучи не въ правѣ для пополненія юридическаго состава дополнить какія-бы то ни было фактическія указанія (thatsächliche Anführungen), на которыя не сослалась сторона, и для выработки своего убѣжденія пользоваться доказательствами, ею не представленными [2]).

Такъ же смотрятъ на обвинительный процессъ и обвинительный принципъ Цахаріе, особенно въ «Die Gebrechen und die Reform d. deut. Strafverfahrens», Баръ, Штеллингъ, Гейеръ, Вальбергъ [3]).

Вытекаетъ ли однако неизмѣнность обвиненія даже изъ такого взгляда на обвинительный процессъ, взгляда, сближающаго послѣдній съ состязательнымъ процессомъ, какимъ является гражданскій? Какъ мы видѣли, названные сейчасъ ученые, за исключеніемъ Штеллинга, даютъ на этотъ вопросъ утвердительный отвѣтъ, признавая формулировку предъявленнаго обвиненія въ теченіе процесса обязательной для самого обвинителя, который такъ же, какъ и судъ, не вправѣ внести въ это

---

[1]) l. c., § 68.

[2]) l. c., § 71, особ. 192 стр. Въ чистомъ обвинительномъ процессѣ роль суда намѣчается Планкомъ еще у́же: такъ же, какъ въ древне германскомъ процессѣ.

[3]) Кромѣ отдѣльныхъ замѣчаній ихъ, приведенныхъ при изложеніи ихъ взглядовъ на нашъ вопросъ, см. еще Zachariae—сочин., указ. въ текстѣ, стр. 53–63, Geyer—Lehrbuch, стр. 4, 5; Wahlberg—Kritik des Entwurfes, глава IV. Hugo Meyer позже другого мнѣнія (Mitwirkung der Parteien).

обвиненіе принципіально никакихъ измѣненій [1]), между тѣмъ такой отвѣтъ совсѣмъ не представляетъ логическаго вывода даже изъ этой конструкціи обвинительнаго процесса.

Неизмѣнность обвиненія связана въ теоріяхъ Планка, Цахаріе, Бара и друг. съ тщательной подготовкой его (обвиненія) въ предварительной стадіи процесса, которая должна такимъ образомъ пріобрѣсти особенно важное значеніе; изслѣдованіе совершеннаго обвиняемымъ дѣянія должно быть произведено съ исчерпывающей полнотой, охватить и все то, что можетъ быть приведено въ пользу обвиняемаго, всѣ тѣ моменты, которые должны служить къ ослабленію обвиненія. Такая полнота изслѣдованія наилучшимъ образомъ осуществляется при производствѣ предварительнаго слѣдствія, которому такимъ образомъ необходимо придать существенное значеніе, сдѣлавъ его всегда обязательнымъ и поставивъ ему самыя широкія задачи. Между тѣмъ предварительное слѣдствіе, производимое судебнымъ слѣдователемъ съ цѣлью выясненія дѣла въ деталяхъ и собирающее доказательства въ пользу какъ обвиненія, такъ и защаты, не соотвѣтствуетъ обвинительному процессу, и въ особенности тому взгляду, который сближаетъ его съ состязательнымъ, а представляется институтомъ, унаслѣдованнымъ отъ инквизиціоннаго судопроизводства и запечатлѣннымъ слѣдственной идеей [2]). Строго обвинительный процессъ предполагаетъ и въ предварительной стадіи дѣятельность сторонъ, или, вѣрнѣе, будущихъ сторонъ, такъ какъ процессуальное отношеніе возникаетъ только въ моментъ предъявленія уже готоваго уголовнаго иска суду; онѣ са-

---

[1]) Неизмѣнность обвиненія считаютъ слѣдствіемъ обвинительнаго процесса также Случевскій—Учебникъ (изд. 2-е), 612 стр. и Чебышевъ-Дмитріевъ—Русск. Угол. Судопроизводство. С. Петербургъ. 1875 г., стр. 633.

[2]) Ср. Zachariae—op. c., 74—77 стр, и Planck—op. c., 173 стр.: дѣятельность судьи въ этой стадіи только для разрѣшенія сталкивающихся интересовъ сторонъ. Даже въ смѣшанномъ обвинительно-слѣдственномъ процессѣ задача предварительнаго слѣдствія—собрать матеріалъ только въ той мѣрѣ, сколько нужно для разрѣшенія вопроса о направленіи дѣла въ стадію главнаго слѣдствія (ibid., 174, 175 стр.). Въ томъ же смыслѣ сторонники менѣе строгаго взгляда на обвинительный процессъ: Hugo Meyer—Mitwirkung, стр. 15, 18, 19, Ullmann—Lehrb. (Deutsch.) стр. 403, Glaser—Handbuch, II, стр. 314-316, Kries—въ Zeitschr. IX, 73—100.

мостоятельно собираютъ матеріалъ, пользуясь помощью судебныхъ органовъ только въ случаяхъ, гдѣ приходится примѣнять принудительныя мѣры или обезпечить доказательства [1]). Но при такой организаціи предварительнаго производства, часто матеріалъ, которымъ располагаетъ защита и который можетъ измѣнить характеръ инкриминируемаго дѣянія, не будетъ извѣстенъ обвинителю; поэтому послѣдній при предъявленіи обвиненія окажется часто не въ состояніи представить дѣяніе въ его истинномъ видѣ. Нельзя сравнивать обвинителя съ истцомъ въ гражданскомъ процессѣ, который знаетъ истинное положеніе дѣла и весь матеріалъ, къ нему относящійся; хотя даже для гражданскаго истца могутъ быть сомнительными тѣ или другіе моменты, имѣющіе значеніе для иска; обвинитель же ведетъ не свое дѣло. Даже при всей тщательности подготовки, при сохраненіи предварительнаго слѣдствія, при всѣхъ полномочіяхъ прокурора, на чемъ дѣлаетъ удареніе Цахаріе, обвиненіе, по справедливому замѣчанію Гейнце, и послѣ его предъявленія суду до самаго момента постановленія приговора, остается только гипотезой, которую прокуроръ, правда, отстаиваетъ, но въ то же время старается глубже уяснить при судебномъ слѣдствіи; и тѣ доказательства, которыя приводитъ обвиненіе, не суть доказательства въ истинномъ смыслѣ слова, а только средства познанія, ознакомленія съ истиннымъ ходомъ дѣла [2]). Планкъ и Цахаріе сами придаютъ главное значеніе судебному слѣдствію [3]), задача послѣдняго состоитъ въ лучшемъ выясненіи дѣла, и непослѣдовательно игнорировать измѣненія, которыя внесетъ судебное засѣданіе, обставленное лучшими условіями обнаруженія истины: присягой свидѣтелей, присутствіемъ и участіемъ сторонъ, перекрестнымъ допросомъ и т. д. Для того, чтобы остаться послѣдовательными, Планкъ и его сторонники, должны бы были ограничить судебное слѣдствіе повѣркой утвержденій обвинительнаго акта и допустить допросъ свидѣтелей только объ этомъ, не разспрашивая ихъ о всемъ, извѣстномъ имъ по дѣлу, чтобы

---

[1]) Kries—ук. статьи 49, 51, 62 и 86 стр.

[2]) Heinze въ извѣстной его статьѣ «Dispositionsprinzip und Offizialprinzip; Verhandlungsform und Untersuchungsform insbesondere im Strafprozess въ Goldt. Arch, 1876 г., 279, 280 стр.

[3]) Planck—op. c., 175 стр., Zachariae—Gebrech., стр. 225 и 248.

новые факты не проникли въ процессъ. Если же этого ограниченія не вноситъ, то судъ и прокуроръ постоянно будутъ наталкиваться на новыя обстоятельства и, въ силу принципа неизмѣнности обвиненія, должны будутъ закрывать глаза на результаты судебнаго слѣдствія [1]).

Нельзя также согласиться съ тѣмъ, будто обвиненіе не будетъ нуждаться въ дальнѣйшихъ измѣненіяхъ, пройдя черезъ обвинительную камеру, какъ утверждаютъ Планкъ и Баръ. Повѣрка обвиненія послѣднею можетъ исправить только юридическія погрѣшности его, но предвидѣть тѣ фактическіе моменты, которыя обнаружитъ судебное слѣдствіе, обвинительная камера такъ же безсильна, какъ и прокуроръ; болѣе тщательная разработка фактической стороны обвиненія была бы возможна только въ томъ случаѣ, если бы въ обвинительной камерѣ выслушивались обѣ стороны и оцѣнивались всѣ представленныя доказательства, допрашивались свидѣтели и эксперты, но тогда преданіе суду вышло бы далеко за предѣлы своей задачи, предвосхитило бы приговоръ и имѣло бы для послѣдняго рѣшающее значеніе; судебное засѣданіе было бы излишнимъ повтореніемъ производства въ обвинительной камерѣ. Самъ Планкъ исчерпывающее собираніе матеріала въ стадіи предварительнаго слѣдствія и законную силу опредѣленія о преданіи суду считаетъ консеквенціями слѣдственнаго процесса, низводящими главное слѣдствіе къ спеціальной инквизиціи дореформеннаго процесса [2]). Но тогда какимъ образомъ опредѣленіе о преданіи суду можетъ помочь точной и полной формулировкѣ обвиненія, и какимъ образомъ это опредѣленіе можетъ связывать обвинителя, на что опирается Баръ? Именно въ строго обвинительномъ процессѣ прокуроръ есть dominus litis, которому принадлежитъ распоряженіе предметомъ процесса, и все назначеніе преданія суду заключается въ огражденіи личности отъ неосновательныхъ, скороспѣлыхъ обвиненій, которыя тягостно отзываются на обвиняемомъ еще до судебнаго разбирательства, и самый лучшій порядокъ состоитъ въ томъ, что повѣрка основательности обвиненія производится судебнымъ органомъ,

---

[1]) См. по этому поводу краснорѣчивое возраженіе Эли (выше стр. 95).

[2]) Planck—op. c., стр. 175—177 и пр. 6 на 176 стр.

напримѣръ: обвинительной камерой, только въ случаѣ, если противъ обвинительнаго акта заявлено возраженіе обвиняемымъ [1]), для котораго прекращеніе уголовнаго преслѣдованія до судебнаго разбирательства можетъ представлять тотъ интересъ, что онъ будетъ раньше освобожденъ отъ мѣры пресѣченія, противъ него принятой, и не будетъ фигурировать на скамьѣ подсудимыхъ [2]).

Связанность обвинителя предъявленнымъ обвиненіемъ выводятъ далѣе изъ равноправія сторонъ, а измѣненіе считаютъ нарушеніемъ права обвиняемаго отвѣчать только на то, что противъ него приведено въ обвиненіи. Но этотъ доводъ или остается ничѣмъ не подкрѣпленнымъ, виснущимъ въ воздухѣ или бьетъ дальше цѣли. Почему у обвинителя такая обязанность, а у подсудимаго такое право? Если бояться неожиданнаго поворота обвиненія, опаснаго для защиты, то необходимо раньше доказать, что нѣтъ иного способа обезпечить ея интересы кромѣ запрета измѣнять обвиненіе, и, доказавши это, нужно запретить даже незначительныя поправки. Опасность послѣднихъ для защиты справедливо отмѣчаютъ сторонники противоположной теоріи (Віарда, Глазеръ); эта опасность подтверждается также опытомъ Англіи, принятыми тамъ правилами составленія обвинительныхъ актовъ и ст. 1-ой гл. 100-й 14 и 15 статута Викторіи, гдѣ исправленіе деталей indictment обусловливается ненарушимостью правъ защиты, затѣмъ—значеніемъ, которое придается 1-й части 264-го § германской судебной практикой и процессуальной литературой, и 4-й части того же параграфа—мотивами его. Даже отпаденіе фактическихъ моментовъ можетъ, оказывается, вліять на систему защиты. Попытки Эли, Миттермаера, Газенбальга, Цахаріе, отчасти Бара, судебной практики Франціи и партикулярныхъ законодательствъ разграничить из-

---

[1]) Система австрійскаго законодательства.

[2]) Glaser—Gesammelte kleinere Schriften. Wien. 1868 г., т. I, стр. 282 и слѣд., особ. 309–317; т. II, стр. 148–166, Ullmann—Lehrb. (Deut.), § 100, Bennecke—Beling–Lehrb., 281 стр. и пр. 5 ib. Heinze—l. c. стр. 308, 309, Geyer—Lehrb., 641, 642 стр., Kries— ук. ст. стр. 102; онъ, впрочемъ, противъ преданія суду даже въ той формѣ, какая принята въ Австріи (стр. 104); такъ же Wolfg. Mittermaier—Parteistellung, стр. 201–202.

мѣненія, способныя повредить защитѣ и не имѣющія такого значенія, нельзя признать удавшимися, и каждая изъ промежуточныхъ теорій съ полнымъ основан'емъ опровергаетъ утвержденія другой, а Баръ, предоставляя въ общемъ (за однимъ исключеніемъ) разрѣшеніе вопроса о вліяніи измѣненій на систему защиты суду, пришелъ къ такому расширенію власти суда, которое противорѣчитъ его собственному взгляду, а также взгляду другихъ сторонниковъ строго обвинительнаго процесса на сущность обвинительнаго принципа. Всѣ эти попытки свидѣтельствуютъ только о сознаніи даже у этихъ процессуалистовъ невозможности системы полной неизмѣнности обвиненія. Самъ Планкъ принужденъ допустить исключеніе. Но, если оно допущено, то нѣтъ основанія останавливаться на одномъ и отвергать допустимость другихъ измѣненій. Послѣдовательнымъ остается только Гейеръ. Но мы видѣли, какія послѣдствія вызывала полная неизмѣнность обвиненія въ Англіи, и, если обвинительный процессъ долженъ съ необходимостью приводить къ такому отправленію правосудія, то лучше не нужно такого процесса! Къ счастью, есть другіе способы обезпечить интересы подсудимаго, и полная неизмѣнность обвиненія встрѣчалась только въ отжившихъ историческихъ формахъ проявленія обвинительнаго процесса, но вовсе не связана съ его сущностью, а есть результатъ канувшихъ въ вѣчность особенностей древняго судоустройства (хотя и въ quaestiones perpetuae допускались чисто фактическія измѣненія), судопроизводства (формальной системы доказательствъ, отсутствія публичнаго обвинителя) и быта (въ Англіи). Даже современному гражданскому процессу чужда полная неизмѣнность иска [1]).

---

[1]) Такъ, согласно новеллѣ 1898 г., въ германскомъ процессѣ допускается измѣненіе иска, по наступленіи litis pendentio, не только при согласіи отвѣтчика, но и несмотря на его возраженіе, если судъ найдетъ, что это не затруднитъ защиты отвѣтчика. Измѣненіе можетъ состоять въ обоснованіи прежняго требованія новымъ фактическимъ составомъ, напримѣръ: въ замѣнѣ, при наслѣдственномъ искѣ, наслѣдованія ab intestato наслѣдованіемъ по завѣщанію. Возможно измѣненіе или исправленіе фактическихъ или юридическихъ выводовъ; вмѣстѣ съ тѣмъ необязательно субстанціировать искъ въ исковомъ прошеніи приведеніемъ опредѣленнаго правопроизводящаго фактическаго состава См. Schmidt Rich.—Die Aenderungen des

И къ чему приводитъ система неизмѣнности обвиненія? Если незначительныя отступленія доказаннаго отъ утверждаемаго обвинителемъ ведутъ къ оправданію, то какъ можно считать подобный приговоръ препятствіемъ для новаго преслѣдованія за то же дѣяніе въ обрисовкѣ, полученной имъ на судебномъ слѣдствіи, какъ желаютъ Баръ или Газенбальгъ? Вмѣсто равноправія сторонъ получается исключительно благопріятное положеніе обвиняемаго, идущее несравненно дальше той черты, которая намѣчается и оправдывается ссылкой на «favor defensionis»; это уже не гуманное отношеніе къ обвиняемому, а попустительство, отказъ въ правосудіи, и положительное право никогда не рѣшалось дойти до этого, вспомнимъ Англію! Если же допускать новое преслѣдованіе послѣ оправданія въ первомъ процессѣ, то равноправіе сторонъ окажется нарушеннымъ на этотъ разъ во вредъ подсудимому. Что новый процессъ, особенно послѣ оправдательнаго вердикта присяжныхъ, можетъ быть просто способомъ добиться осужденія въ другомъ судѣ, менѣе строгомъ относительно доказательствъ виновности, показываетъ французская практика и отчасти также англійская. Факты, уже фигурировавшіе передъ судомъ или присяжными и уже отвергнутые ими, могутъ быть признаны новымъ составомъ суда или присяжныхъ. Шансы обвиненія увеличиваются, успѣхъ защиты ослабляется. Но кромѣ этого, а также другихъ печаль-

---

Civilprocessrechts nach den Novellen des Jahres 1898. Ergänzung zu dem Lehrb. Leipzig. 1898. § 153. Въ австрійскомъ законодательствѣ, измѣненіе можетъ быть допущено вопреки отвѣтчику, если это не угрожаетъ затрудненіемъ или замедленіемъ производства. Не почитается измѣненіемъ иска, если при томъ же основаніи иска разъясняются, дополняются или исправляются фактическія указанія иска и предложенныя доказательства или, если ограничивается исковое требованіе или требуется другой предметъ вмѣсто первоначально отыскиваемаго, или возмѣщеніе убытковъ (§ 235 Уст. Гр. Суд. 1895 г.). По нашему проекту новой редакціи Уст. Гр. Суд (ст. 185), «Истецъ можетъ уменьшить свои требованія, заявленныя въ исковомъ прошеніи, отказавшись отъ части оныхъ, но не въ правѣ безъ согласія противной стороны увеличивать ихъ, измѣнить по существу или предъявлять новыя требованія, развѣ бы судъ, по обстоятельствамъ дѣла, призналъ, что такимъ измѣненіемъ иска отвѣтчикъ не стѣсняется въ защитѣ своихъ правъ». См. еще Kries—указ. статья, стр. 24.

ныхъ послѣдствій, достаточно явствующихъ изъ предыдущаго изложенія, возможность новаго процесса должна оказать давленіе на обвиняемаго, когда ему придется рѣшить вопросъ, давать ли свое согласіе на немедленное разрѣшеніе, и это согласіе потеряетъ то значеніе, которое ему придаютъ Планкъ, Цахаріе, Гейеръ. Возможность новаго преслѣдованія находится къ тому же въ рѣзкомъ противорѣчіи именно съ обвинительнымъ процессомъ: окончательное разрѣшеніе дѣла приговоромъ представляется здѣсь не только вопросомъ гуманности или удобства, но и естественнымъ послѣдствіемъ того, что процессъ, въ отличіе отъ свободнаго, напримѣръ, историческаго, изслѣдованія, долженъ дать опредѣленный и не подлежащій измѣненію отвѣтъ сторонамъ, и приговоръ, по истеченіи сроковъ обжалованія, есть окончательное рѣшеніе спора. Именно эта незыблемость, неотложность и обязательность и отличаютъ судебное рѣшеніе отъ какого-либо вывода или мнѣнія, которые могутъ быть отложены, а, если послѣдуютъ, ни для кого не обязательны и могутъ быть устранены другимъ выводомъ, другимъ мнѣніемъ, опирающимся на лучшія данныя [1]). Только лишенный твердыхъ формъ, основанный скорѣе на произволѣ, чѣмъ на правѣ, инквизиціонный процессъ, въ сущности чуждый судебнаго, юридическаго характера, не останавливался передъ законной силой рѣшенія и допускалъ приговоры, только временно избавлявшіе инквизита отъ слѣдствія (absolutio ab instantia, оставленіе въ подозрѣніи) [2]). Сходныя черты представляетъ и приговоръ, отвѣчающій, что подсудимый не виновенъ въ совершенномъ дѣяніи, если его представить себѣ такимъ-то преступленіемъ, но что это еще не означаетъ невиновности его вообще, или предоставляющій прокурору, хотя бы въ опредѣленный срокъ (Vorbehalt австрійскаго процесса), начать новое обвиненіе съ другой квалификаціей дѣянія, и чѣмъ меньше новая квалификація

---

[1]) Glaser—Handb. I, стр. 4, 7, 8, 33.

[2]) См. Zachariae—Gebrech стр. 52, 60, Glaser—l. c.; Ullmann—Lehrb. (Deutsch), 28 стр., пр. 1; Kries—Lehrb., 593, 594 стр.: «правовой порядокъ тѣмъ болѣе ненарушимо придерживается принципа законной силы рѣшенія, чѣмъ болѣе онъ основывается на строгомъ правѣ». См. еще Heinze l. c., стр. 284. Planck—Syst. Darstel. 132, 133 стр.

будетъ отличаться отъ прежней, тѣмъ больше новый процессъ будетъ представлять повтореніе прежняго. Но, такъ какъ интересъ защиты не зависитъ отъ юридическаго свойства новыхъ обстоятельствъ, измѣняющихъ обвиненіе, то придется во всѣхъ случаяхъ одинаково ограничить приговоръ отвѣтомъ по первоначальному обвиненію, а измѣнившееся даже въ мелочахъ обвиненіе сдѣлать предметомъ новаго процесса, и здѣсь затѣмъ подсудимый можетъ быть осужденъ только потому, что установлено какое-либо изъ прежнихъ, упоминавшихся въ первомъ обвинительномъ актѣ обстоятельствъ, которое при первомъ разбирательствѣ было молчаливо отвергнуто. Случаи изъ англійской и французской практики, хотя бы, напримѣръ: дѣло Диффизъ, служитъ этому прекраснымъ подтвержденіемъ. Не ближе ли такой порядокъ ко взглядамъ Карпцова, чѣмъ ко взглядамъ сторонниковъ строгаго обвинительнаго процесса? Если иногда, находятъ, напримѣръ Баръ, тягостной для обвиняемаго отсрочку дѣла въ первомъ процессѣ, предпринимаемую главнымъ образомъ въ интересахъ защиты, то не тягостнѣе ли еще та отсрочка, которою является въ сущности новый процессъ даже при системѣ Vorbehalt (и тѣмъ болѣе новое преслѣдованіе по французской системѣ) и которая въ гораздо большей степени полезна обвинителю, чѣмъ подсудимому.

Если же, наконецъ, новое обвиненіе предъявлять, прекращая въ то же время первоначальное (Планкъ и Брауншвейгскій законъ), то такой порядокъ отличается только бо́льшей продолжительностью, чѣмъ при системѣ простой отсрочки (германской и прусской), и эта медленность не оправдывается необходимостью, такъ какъ новое преданіе суду теряетъ всякое значеніе, когда обвиняемый уже посаженъ на скамью подсудимыхъ, и такъ какъ, по вѣрному замѣчанію мотивовъ германскаго устава, обвинительная камера судила бы часто о результатахъ устнаго разбирательства на основаніи актовъ, именно, если новыя обстоятельства достаточно выступили на судебномъ слѣдствіи. Что же касается новаго обвинительнаго акта, то онъ можетъ быть замѣненъ занесеннымъ въ протоколъ устнымъ предложеніемъ прокурора. Но кромѣ того, если придавать значеніе опредѣленію обвинительной камеры, то создается такое же невозможное положеніе, если при новомъ разбирательствѣ подтвердится пер-

воначальное обвиненіе, а не новое измѣненное [1]), какое создается въ новомъ процессѣ *послѣ приговора* за то же дѣяніе, при подобномъ стеченіи обстоятельствъ и при разногласіи судовъ[2]).

Итакъ точка зрѣнія Планка и примыкающихъ къ нему процессуалистовъ на сущность строго обвинительнаго процесса совсѣмъ не оправдываетъ ни неизмѣнности обвиненія, ни тѣмъ болѣе тѣхъ исключеній и разграниченій, которыя желаютъ установить промежуточныя теоріи. Единственно, что дѣйствительно вытекаетъ изъ этого взгляда на обвинительный процессъ, это невозможность для суда по собственной инціативѣ, ex officio, измѣнять обвиненіе, необходимость соотвѣтствующаго предложенія прокурора,—выводъ, который и сдѣланъ Штеллингомъ, и, только какъ дополнительный, Планкомъ и Цахаріе.

Иной результатъ получится, если стать на другую, болѣе правильную точку зрѣнія на сущность обвинительнаго процесса и отвести въ системѣ послѣдняго обвинительному принципу другую, болѣе скромную роль, тогда отпадаетъ и это ограниченіе, защищаемое Штеллингомъ, а необходимость допустить всякое уклоненіе приговора отъ обвиненія въ предѣлахъ того же дѣянія тогда выступитъ еще ярче: дѣяніе, служившее исторической подкладкой обвиненію, какъ предметъ процесса и приговора, представляется логическимъ выводомъ изъ этого взгляда.

Согласно этому взгляду, обвинительному принципу придается, какъ было упомянуто, лишь ограниченное значеніе: на первое мѣсто выдвигается не распоряженіе сторонъ матеріаломъ и даже предметомъ процесса (матеріальная диспозиція), а только такая организація послѣдняго, при которой функціи преслѣдованія, защиты и рѣшенія имѣютъ каждая своего представителя и при которой процессъ получаетъ характеръ правового спора (Rechtsstreit) между сторонами передъ безпристрастнымъ судьей[3]),

---

[1]) Ср. выше стр. 125 и 173.

[2]) Это неудобство отпадаетъ, если прежнее обвиненіе не прекращается, а становится эвентуальнымъ, какъ предлагалъ Г. Мейеръ (выше стр. 267).

[3]) На этомъ опредѣленіи сходятся представители различныхъ взглядовъ, но дѣлаютъ не одинаковые выводы. Ср. Planck—Syst. Darst., стр. 147, Zachariae—Gebrech u. Ref., 53 стр., Biener—Abhandl. II, 35. Ullmann—Lehrb (Deut.), 33 стр., Glaser—Handbuch, I, 26 и 27 стр., Heinze—ук. статья въ

пріобрѣтаетъ дѣйствительно юридическій характеръ, въ отличіе отъ инквизиціоннаго, гдѣ всѣ эти функціи сосредоточивались въ одномъ лицѣ, инквирентѣ, носившемъ, по устроумному замѣчанію Рих. Шмидта [1]), на своихъ плечахъ три головы—безпристрастнаго судьи, энергичнаго врага и заботливаго друга обвиняемаго. Этотъ порядокъ былъ гораздо ближе не къ судебному процессу, а къ изслѣдованіямъ, предпринимаемымъ въ другихъ какихъ-либо областяхъ: напр., въ научной, гдѣ изслѣдователь стремится раскрыть истину всѣми имѣющимися въ его распоряженіи средствами и устанавливаетъ свою точку зрѣнія, не требующую немедленнаго практическаго примѣненія, доступную критикѣ и нерѣдко измѣняемую на ея основаніи или отвергаемую другими изслѣдователями того же предмета [2]). Но тамъ, гдѣ добытый такимъ путемъ результатъ долженъ получить осуществленіе, тамъ, гдѣ полученный выводъ долженъ быть примѣненъ къ подсудимому, гдѣ вопросъ о винѣ его долженъ быть разрѣшенъ разъ навсегда, такой порядокъ изслѣдованія представляетъ страшную опасность предвзятости, пристрастія, несправедливаго рѣшенія. Инквирентъ не могъ выполнить всѣхъ трехъ функцій одновременно и, ставя себѣ задачей розыскъ виновнаго и его изобличеніе, даже при полной добросовѣстности не могъ съ тѣмъ же вниманіемъ отнестись къ противоположной задачѣ: опроверженію данныхъ, свидѣтель-

---

Goldt. Arch. (XXIV), стр. 278, Birkmeyer—Deut. Strafprozessrecht § 28—II, 6, который подчеркиваетъ, что это споръ «по внѣшней формѣ». Второстепенное значеніе придаетъ этой формѣ Rich. Schmidt (Staatsanwalt und Privatkläger. Leipzig. 1891 г. стр. 5—7), видящій сущность обвинительнаго принципа въ томъ, что судъ приступаетъ къ рѣшенію о виновности опредѣленнаго лица на основаніи предшествующей дѣятельности другого органа. См. ниже текстъ.

[1]) Op. c., стр. 3.

[2]) p. Glaser—Handb. I, § 2 и стр. 22, 23. Характеръ судебнаго (по Глазеру, «юридическаго») процесса отрицаютъ за слѣдственнымъ порядкомъ, послѣдовательно проведеннымъ, также Kries—Lehrb. 277 стр. и еще раньше Zachariae (Gebrech. etc., стр. 43). Уже Köstlin считалъ раздѣленіе функцій преслѣдованія и суда условіемъ всякаго судебнаго процесса, но соединеніе этихъ функцій онъ не признаетъ выводомъ изъ слѣдственнаго принципа, а чертой одной изъ историческихъ формъ проявленія послѣдняго (Wendepunkt des Deut. Strafverfahrens. Tübingen. 1849 г., стр. 44, 49—51). Послѣднее признаетъ и Birkmeyer— op. c., стр. 136 и 137.

ствующихъ о виновности привлеченнаго или привлекаемаго къ слѣдствію; на требованія подсудимаго о тѣхъ или другихъ дѣйствіяхъ въ его интересѣ инквирентъ пріучался смотрѣть, какъ на препятствія къ достиженію цѣли—къ обвинительному приговору [1]). Значеніе подсудимаго, какъ стороны, какъ субъекта процесса стушевывалось; права, которыя иногда признавались за нимъ, игнорировались; онъ превращался самъ въ средство для раскрытія истины, онъ былъ низведенъ на степень объекта инквизиціи [2]).

Введеніе обвинительнаго процесса въ странахъ Европейскаго континента и должно было возвратить обвиняемому положеніе субъекта, стороны въ процессѣ, соотвѣтствующее положенію личности въ правовомъ государствѣ [3]), сохранивъ за судьей только дѣйствительно присущую ему функцію рѣшенія и передавъ функцію уголовнаго преслѣдованія, обвиненія, особому органу—прокурору [4]). Но такая организація уголовнаго судопроизводства не должна непремѣнно вести къ тѣмъ слѣдствіямъ, къ которымъ пришелъ Планкъ и другіе процессуалисты того

---

[1]) Такъ communis opinio. Психологическій фактъ, выраженный пословицей: «чего желаютъ, тому охотно вѣрятъ», замѣчаетъ Krics въ ук. статьѣ (Zeit. IX, 6), неопровержимъ. См. также замѣчаніе Geyer'a (Lehrb., стр. 6 и 7): судья долженъ «стремиться сдѣлать безплодными свои собственныя усилія и, какъ Пенелопа, всегда снова разматывать ткань, которую только что соткалъ. Противно природѣ человѣка, ожидать, чтобы судья выполнилъ дѣйствительно эту работу Данаидъ съ полнымъ безпристрастіемъ и неутомимостью».

[2]) Кромѣ причины, крывшейся въ самой организаціи процесса, здѣсь сыграли роль и пренебреженіе къ личности и злоупотребленія власти, эти обычные спутники абсолютизма и полицейскаго государственнаго строя.

[3]) См. Zachariae—Gebrech., стр. 69 и слѣд.

[4]) Противъ этого общепринятаго мнѣнія Іонъ, который полагаетъ, что институтъ прокуратуры имѣлъ цѣлью усилить вліяніе на уголовное преслѣдованіе судебнаго управленія (Iustizverwaltung); а отдѣленіе судебной функціи, по мнѣнію Іона, вызывается необходимостью создать особый, независимый отъ правительства (т. е. Justizverwaltung) органъ рѣшенія (John-Strafprocessordnung II, стр. 162, 201). Противъ такой постановки вопроса, связывающей обвинительную форму процесса съ государственно-правовыми, а не съ процессуальными соображеніями, Kries въ ук. статьѣ, стр. 8 и стр. 16, пр. 14, а также Rich. Schmidt—op. c., стр. 6 и пр. 1 ib.

же лагеря. Эти выводы признаются непріемлемыми громадным большинством современных ученых, хотя и не въ одинаковой мѣрѣ. Даже тѣ, кто признаетъ слѣдствія обвинительнаго принципа почти въ томъ же объемѣ, что Планкъ [1]), находятъ неправильнымъ примѣненіе ихъ къ уголовному процессу безъ ограниченій, такъ: Глазеръ полагаетъ [2]), что, какъ въ исторіи мы не встрѣчаемся съ чистыми типами обвинительнаго и слѣдственнаго процесса, такъ и въ будущемъ уголовный процессъ долженъ заимствовать изъ обоихъ типовъ наиболѣе пригодные элементы и что неправильно всѣ процессуальные вопросы ставить въ прямую зависимость отъ обвинительнаго принципа: напримѣръ, вопросы о системѣ доказательствъ, объ обжалованіи приговора [3]), ибо на конструкцію процессуальныхъ институтовъ оказываютъ вліяніе и другіе моменты, напримѣръ: государственно-правовые (положеніе личности въ государствѣ), или даже чуждые специфическаго правового характера (законы познанія явленій); всякому мало-мальски развитому уголовному процессу свойственны два правила: 1) независимость уголовнаго преслѣдованія отъ частнаго произвола, 2) *независимость констатированья въ приговорѣ фактовъ* (thatsächliche Feststellungen des Urtheils) *отъ произвола сторонъ*. Гуго Мейеръ и Ульманнъ также высказываются противъ такой конструкціи уголовнаго процесса, которая соотвѣтствовала бы абстрактному принципу и низводила его на степень шаблона [4]), и именно по поводу отношенія приговора къ обвиненію Ульманнъ стоитъ за «примиреніе логическихъ требованій обвинительнаго принципа съ практическими потребностями жизни». Этотъ принципъ «намѣчаетъ границы, въ которыхъ должна быть достигнута цѣль процесса, но внутри которыхъ необходима извѣстная свобода движенія» [5]). Даже Цахаріе въ «Handbuch» [6]) придаетъ обви-

---

[1]) См. Glaser—Handb. I, 26—28 (принимаетъ положенія Бинера), Ullmann—Lehrb. (Deut.), стр. 34, 35 (кромѣ № 3).

[2]) Glaser—Handb. I, § 4, III. (стр. 33—41).

[3]) Такъ поступаютъ Zachariae—Gebrech., стр. 48—50, 59, 60 и Planck—Syst. Darst. § 73.

[4]) H. Meyer—Mitwirkung, стр. 58, 59.

[5]) Ullmann—Lehrb. (Deut.), стр. 489 и 36, 37.

[6]) т. I, стр. 43, 38, 39. Слѣдствія обвинительнаго принципа и здѣсь приведены тѣ же, что въ «Gebrechen».

нительному принципу только организаціонное значеніе и дѣлаетъ ударе-ніе на публичномъ характерѣ уголовнаго дѣла и абсолютной природѣ уголовнаго права, вслѣдствіе чего при примѣненіи уголовнаго закона судья не долженъ быть связанъ предложеніями сторонъ и въ этой области можетъ идти ultra petita partium, дальше ихъ требованій, и въ предѣлахъ уголовнаго иска судьѣ должна быть предоставлена дѣятельность (дискреціонная власть, по выраженію Цахаріе), опредѣляемая (bemessene) цѣлью и верховнымъ принципомъ уголовнаго процесса. Этотъ верховный принципъ есть матеріальная истина, а цѣль—рѣшеніе дѣла юридическимъ образомъ и въ юридической формѣ».

Особая природа матеріальнаго правоотношенія, возникающаго изъ преступнаго дѣянія, также по мнѣнію другихъ процессуалистовъ, накладываетъ особый отпечатокъ и на процессъ, посредствомъ котораго осуществляется уголовное право въ субъективномъ смыслѣ. Изъ природы этого отношенія вытекаетъ необходимость его осуществленія, оффиціальный характеръ уголовнаго преслѣдованія (Offizialprincip), независимый отъ частнаго произвола, и при томъ—осуществленія въ той именно мѣрѣ, въ которой оно возникло для государства: должно быть признано то именно уголовное притязаніе, которое обосновано преступнымъ дѣяніемъ, не больше и не меньше (Immutabilitätsprinzip) [1]). Конечно, для этого дѣяніе должно быть установлено въ его истинномъ видѣ (принципъ матеріальной истины) [2]).

---

[1]) См. въ особенности указ. статью Heinze (Goldt. Ar., XXIV, стр. 265—310) подъ цифрами I и IV. Противоположностью оффиціальнаго принципа и принципа неизмѣняемости является господствующій въ гражданскомъ процессѣ диспозитивный (Dispositionsprinzip). Такъ же Birkmeyer—op. c., стр. 65. Право распоряженія уголовнымъ притязаніемъ они отрицаютъ даже у государства. Противъ этого Beling—op. c., пр. 1 на 215 стр. Въ пользу господства оффиціальнаго принципа, называемаго имъ «политическимъ» и слѣдственнымъ, уже давно Biener (Gerichtssaal, 1855 г. I, 437), а также Ortloff—Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen. Jena 1858 г. § 8—§ 10. См. еще Ullmann—Lehrb. (Deut.) § 4.

[2]) Ullmann—l. c., Kries—Lehrb., стр. 262, Beling—op. c., стр. 248, Birkmeyer—op. c., стр. 66; у Ortloff'a (op. c., стр. 37) стремленіе къ матеріальной истинѣ не принципъ, а цѣль, опредѣляющая принципъ процессуальныхъ дѣйствій.

Значеніе обвинительнаго принципа сводится только къ тому что *имъ опредѣляется форма уголовнаго процесса* [1]), состязательная форма (Verhandlungsform), которая принимается не вслѣдствіе ея логической необходимости, какъ въ процессѣ гражданскомъ, не укладывающемся въ иную форму, благодаря особенностямъ гражданскаго матеріальнаго правоотношенія, а по соображеніямъ цѣлесообразности, говорящимъ въ пользу раздѣленія труда [2]). Нѣкоторые процессуалисты отрицаютъ поэтому вообще значеніе для уголовнаго процесса обвинительнаго принципа, а признаютъ важность обвинительной формы, лучше обезпечивающей выполненіе отдѣльныхъ функцій обвиненія, защиты и безпристрастнаго рѣшенія [3]), а Іонъ полагаетъ, что терминъ «обвинительный процессъ» долженъ быть совсѣмъ изгнанъ изъ науки, такъ какъ онъ приводитъ только къ недоразумѣніямъ и такъ какъ онъ тогда только имѣетъ реальное содержаніе и слу-

---

[3]) Ullmann—Lehrb. (Deut.), стр. 26, Lehrb. (Oester.), стр. 69. Организаціонное значеніе обвинит. принципа также у Kries'a—Lehrb. 276 (внизу) и 277 стр Beling поэтому говоритъ не объ обвинительномъ принципѣ, который онъ отожествляетъ съ диспозитивнымъ и связываетъ съ правомъ частнаго лица распоряжаться предметомъ процесса, а о *принципѣ обвинительной формы* (Anklageformprinzip)—ор. с., стр. 239 и пр. 2 ib. и 215 стр. Далѣе Beling постулируетъ однако такія же слѣдствія *этого* принципа, какъ и сторонники *обвинительнаго* принципа, предоставляя только самостоятельную роль суду относительно матеріала, на которомъ долженъ быть основанъ приговоръ (см. § 68—II и § 69)

[2]) Heinze—ук. статья (Goldt. Arch. XXIV), стр. 278 и 301 (внизу).

[2]) Heinze—l. c., стр. 274, пр. 2, Birkmeyer—ор. с., стр. 65, пр. 10 и §§ 27 и 28, особ. стр. 141 (внизу). Эта состязательная форма должна быть отличаема отъ состязательной (диспозитивной) максимы; первая можетъ существовать безъ послѣдней и въ гражд. процессѣ, въ дѣлахъ брачныхъ или объ учрежденіи опекъ надъ сумасшедшими и другихъ, гдѣ приходитъ публичный интересъ. См. статью Birkmeyer'a въ Zeitschrift f. Deut. Civilprozess за 1884 г. (т. VII) «Das Officialverfahren im Civilprozess», стр. 161, 162, 165, 168. Только въ пользу обвинительной (или состязательной) *формы* и *противъ* обвинит. принципа въ уголовномъ процессѣ также Köstlin—ор. с. 46 и 51 стр. и Ortloff—ор. с. стр. 119 и вообще § 43 и § 44. Проф. Фойницкій говоритъ также только о состязательномъ (находя этотъ терминъ точнѣе термина «обвинительный») *порядкѣ* процесса (Курсъ Угол. Суд., изд. 1896 г., т. I. § 27—29, такъ же въ изд. 1902 г.).

жить для практическихъ выводовъ, когда конструируется въ духѣ Планка со всѣми его слѣдствіями, но такая конструкція не отвѣчаетъ прпродѣ уголовнаго дѣла [1]).

Во всякомъ случаѣ современная наука отказывается признать за обвинителемъ и обвиняемымъ всѣ тѣ права, которыми надѣляетъ ихъ Планкъ. Для понятія стороны признается существеннымъ не право-распоряженія предметомъ процесса, а вліяніе на нападеніе (обвиненіе) и защиту въ силу своего собственнаго рѣшенія посредствомъ процессуальныхъ дѣйствій; мѣра предоставленныхъ полномочій для понятія «стороны» безразлична [2]). И нельзя не согласиться съ правильностью этой точки зрѣнія: изъ того, что въ гражданскомъ процессѣ сторонамъ принадлежитъ матеріальная диспозиція, нельзя сдѣлать выводъ о существенности послѣдней для самого понятія, такъ какъ объемъ правъ сторонъ опредѣляется природой матеріальнаго правоотношенія, лежащаго въ основѣ процессуальнаго отношенія: субъектъ частнаго права воленъ осуществлять его или не осуществлять, требовать признанія его или отъ него отказаться, предпочитая потерять свое право, чѣмъ вести тяжбу, можетъ пожертвовать своимъ интересомъ, съ которымъ связанъ

---

[1]) John—op. c., т. II, стр. 172 и 165—167 стр.

[2]) Heinze—l. c., стр. 268—270. Birkmeyer—op. c. 14. 143, 294 и 295 стр., Kries—§ 39—II, 3 (стр. 278), § 26 и стр. 192, 193, 186 и 220. Кривъ указываетъ на несущественность «равноправія» для понятія «стороны». См. также Glaser—Handb. I, § 22—II. Возражая противъ понятія «стороны» въ уголовномъ процессѣ, на томъ основаніи, что государство въ одно и то же время и носитель власти рѣшенія, и интересентъ (См. справедливыя возраженія противъ этого у Wolfg. Mittermaier'a—op. c. стр. 125 и слѣд. § 25), Bierling не можетъ не признать того понятія: «стороны въ формальномъ смыслѣ», которое и имѣютъ въ виду Heinze (268) и Birkmeyer (295) и которое связано съ обвинительной формой процесса; Бирлингъ говоритъ: «названіе сторона шаблонъ для поддержанія и съ внѣшней стороны отдѣльности задачъ преслѣдованія и защиты отъ задачи постановленія приговора» (см. его статью «Strafrechtsverhältniss und Strafprocessverhältniss» въ Zeitsch. f. d. gesamte Strafrechtswissen. X (1890 г.), стр. 310 и Birkmeyer—op. c., § 52 I, 3 (стр. 293). Ср. еще Beling—op. c., стр. 245, 246 и Wolfg. Mittermaier.—Die Parteistellung der Staatsanwaltschaft (Stuttgart, 1897 г.), § 30, особ. стр. 174. Случевскій—Учебникъ, 600—603 стр., Фойницкій—Курсъ I, стр. 8.

процессъ, для того, чтобы спасти другой интересъ, болѣе важный; напротивъ, право государства на наказаніе преступника должно быть осуществлено непремѣнно и представляетъ собою въ то же время *обязанность* наказанія [1]); съ другой стороны, государство заинтересовано не въ выигрышѣ дѣла во что бы то ни стало, а въ наказаніи дѣйствительно виновнаго и соотвѣтственно его винѣ, такимъ образомъ той противоположности интересовъ сторонъ, которая характерна для гражданскаго процесса, въ *уголовномъ нѣтъ* [2]); поэтому признаніе подсудимаго или безучастное отношеніе его къ исходу дѣла не позволяютъ признать то уголовное притязаніе (право въ субъективномъ смыслѣ), которое не возникло въ дѣйствительности, которое не обосновано тѣмъ, что дѣйствительно совершено обвиняемымъ. И въ гражданскомъ процессѣ задача состоитъ въ установленіи истины, но тамъ она можетъ быть затемнена волеизъявленіями сторонъ, которыя могутъ создать вмѣсто прежняго матеріальнаго правоотношенія новое, и въ этомъ случаѣ результатъ процесса не будетъ отвѣчать первоначальному правоотношенію; въ этомъ смыслѣ можно говорить о томъ, что гражданскій судъ удовлетворяется формальной истиной [3]). Но уголовный процессъ *долженъ установить дѣйствительное, вытекающее изъ совершеннаго* нарушенія уголовнаго закона правоотношеніе, долженъ стремиться къ исторической, объективной, или, какъ обыкновенно говорятъ, матеріальной истинѣ. Планкъ, какъ и другіе процессуалисты того же направленія, признаютъ основательность этого требованія, но отчасти готовы допустить и не соотвѣтствующій этому требованію результатъ процесса, какъ возможную, случайную погрѣшность, свойственную всѣмъ человѣче-

---

[1]) Heinze—l. c., стр. 273, см. еще 294 стр.; Birkmeyer—op. c., стр. 64; Ullmann—Lehrb. (Deut.), стр. 206, 233; Bierling—l. c., стр. 282; Kries—Lehrb., стр. 262 (§ 37).

[2]) Ср. Ullmann—Lehrb. D., стр. 27: «Zufolge der Natur des Strafrechts das Interesse des strafverfolgenden Staats mit jenem des Angeklagten vielfach *parallel geht*».... *Heinze*—l. c. 305 стр. *Именно въ виду этого* Іонъ отрицаетъ значеніе для уголовнаго процесса понятія «стороны» (op. c., II, стр. 185, 186, 167). Ср. еще Glaser—Handb. II, стр. 143 и пр. 1 на 191 стр. и W. Mittermaier—Parteistellung, стр. 197.

[3]) John—op. c. I, стр. 13 и слѣд., особ. 18—20. Ср. Heinze—l. c. 282 стр.

скимъ учрежденіямъ, лишь бы только лучше охранить права обвиняемаго [1]), отчасти же полагаютъ, что матеріальная истина можетъ быть достигнута только при той конструкціи обвинительнаго процесса, которая передаетъ распоряженіе предметомъ процесса и матеріаломъ сторонамъ [2]). Но это утвержденіе совершенно неправильно въ особенности въ отношеніи подсудимаго. Правда, Планкъ расчитываетъ на содѣйствіе защиты [3]) въ обнаруженіи истины, но защитникъ стоитъ все-таки на почвѣ не государственнаго, а частнаго интереса обвиняемаго [4]), а

---

[1]) Planck—Syst. Darst., стр. 519, Bar, не допускающій новаго преслѣдованія съ той квалификаціей дѣянія, которая не могла быть разсмотрѣна въ первомъ процессѣ (см. выше: главу VII).

[2]) Planck—ор. с., стр. 151 и 153. Такъ же Wahlberg—Kritik des Entwurfes, стр. 50. Менѣе рѣшительно, чѣмъ Планкъ, Баръ, дѣлающій удареніе на необходимости *содѣйствія* сторонъ, но, повидимому, не устраняющій и самостоятельной роли суда (Recht und Beweis, стр. 133; см.. впрочемъ, пр. 23 на 140 стр.).

[3]) Участіе защитника предполагается во всякомъ процессѣ даже противъ желанія обвиняемаго (Planck., l c). Кромѣ того въ исключительныхъ случаяхъ цѣлямъ матеріальной истины должны служить: restitutio и помилованіе (ibid.).

[4]) Защитникъ не долженъ помогать обвиненію, хотя бы и видѣлъ его упущенія, не долженъ способствовать установленію виновности, хотя бы и располагалъ для этого матеріаломъ. См. Kries.—Lehrb., стр. 232; Heinze—l. c , 305 стр.; Beling—ор. с., стр. 136; Birkmeyer—стр. 356 и 357; мнѣніе англійскихъ юристовъ у Glaser'a (Handb. I, стр. 15, пр. 1) и Фойницкій—Защита въ угол. проц. и т. д. въ «Годичн. актѣ Имп. С.-Пет. Универс.» 1885 г.; стр. 67, 68. Къ тому же заявленія защитника не могутъ имѣть преимущество передъ заявленіемъ самого подсудимаго, какъ требуютъ Планкъ (ор. с., стр. 168) или Geyer (Lehrb., § 103—I, въ случаяхъ необходимой защиты), развѣ бы законъ предоставилъ защитнику какія-либо самостоятельныя, а не вытекающія изъ представительства обвиняемаго, права. См. въ особенности Glaser—Handb. т. II, § 78—IX, особ. стр. 246 и 247 и пр. 47,—нежеланіе подсудимымъ отсрочки при измѣненіи обвиненія или нежеланіе постановки эвентуальнаго вопроса освобождаютъ судъ отъ обязанности, установленной ч. 3-ей §-а 264 St. P. O. и § 296-мъ St. P. O., а противоположное мнѣніе защитника можетъ только убѣдить судъ ex officio отсрочить дѣло или поставить вопросъ; такъ же Beling—ор. с., § 43—IV. Birkmeyer (l. c. 361 стр.), Löwe (ор. с 425 стр., 8 b.), Kries (244 и 232) и, повиди-

этотъ интересъ можетъ заключаться въ установленіи или невиновности, несмотря на совершенное преступное дѣяніе, или иногда въ установленіи меньшей вины вмѣсто большей, или даже въ признаніи даннаго обвиненія только для того, чтобы спастись отъ другого въ болѣе серьезномъ преступномъ дѣяніи (первый приговоръ будетъ, напримѣръ, служить доказательствомъ alibi), или чтобы выручить дѣйствительно виновнаго. Поэтому неправильно ставить измѣненіе обвиненія въ зависимость отъ признанія или согласія подсудимаго; послѣдній (или его защитникъ) не могутъ оказывать рѣшительнаго вліянія на установленіе истиннаго уголовнаго притязанія государства и признаніе или согласіе могутъ быть разсматриваемы только, какъ отказъ отъ дальнѣйшей защиты, который не долженъ отнимать у суда права по собственной иниціативѣ принять мѣры къ выясненію истиннаго характера происшедшаго и, въ случаѣ надобности, отложить слушанье дѣла [1]).

Что касается права прокурора распоряжаться предметомъ процесса, то здѣсь положеніе измѣняется: прокуроръ дѣйствуетъ въ государственномъ интересѣ, и изъ оффиціальнаго принципа вытекаетъ только необходимость устранить зависимость уголовнаго преслѣдованія отъ произвола частныхъ лицъ, но

мому, John—I, 966—хотя и даютъ преимущество мнѣнію защитника, но только въ пользу подсудимаго. При публичномъ характерѣ организаціи защиты (защитникъ—должностное лицо), по идеѣ H. Meyer'a (Die Parteien im Strafprozess— стр. 11, 21, см. также Friedmann—Zur Theorie des Anklageprozesses въ Zeit. f. privat - und öffentl. Recht. Wien. 1890 г. XVII т., § IX, 3 ,и Фойницкій—). с., 65 стр.), защита больше можетъ стремиться къ установленію истины, освобождаясь отъ частнаго элемента, но и тогда защитникъ останется носителемъ односторонняго интереса, иначе стушевывается значеніе сторонъ въ процессѣ, не говоря уже о томъ, что, надѣляя правами стороны особый органъ государства—защитника, лишаютъ подсудимаго, дѣйствительнаго носителя интереса, значенія субъекта процесса, который превращается въ противный сущности матеріальнаго правоотношенія государства и отдѣльной личности процессъ государства съ самимъ собою. Ср. Wolf. Mittermaier – Parteistel., стр. 119 и 157, Birkmeyr—Lerhb., стр. 138; Beling—op. c., пр. 28 на 245 стр. Особ. противъ конструкціи H. Meyer'a Kries - Lehrb. пр., 2 на 219 стр.

[1]) См. Birkmeyer.—D. Strafproz., стр. 137 и пр. 12 ibid.; Glaser (см. предыдущее примѣч.) и Heinze—l. c., стр. 288.

не отрицаніе матеріальной диспозиціи прокурора и созданіе въ лицѣ суда какъ бы дополнительнаго органа преслѣдованія [1]). Прокуроръ, отказываясь отъ обвиненія или прекращая безъ авторизаціи суда предварительное слѣдствіе, дѣйствуетъ, конечно, въ сознаніи своей обязанности преслѣдовать виновныхъ, въ сознаніи необходимости осуществленія уголовнаго притязанія государства къ преступнику; рѣшеніе прокурора будетъ опираться на отсутствіе основаній продолжать преслѣдованіе, и, при надлежащей организаціи прокуратуры и отвѣтственномъ министерствѣ юстиціи, въ особенности же при расширеніи права частныхъ лицъ выступать въ качествѣ обвинителей, дополняя и замѣняя прокурора, нѣтъ основанія для ограниченія матеріальной диспозиціи послѣдняго [2]). Но отсюда неправильно дѣлать тотъ выводъ, что измѣненіе обвиненія должно исходить отъ обвинителя и что судъ самъ не имѣетъ на это права. Прокуроръ въ правѣ изъять предметъ процесса изъ разсмотрѣнія суда, отказавшись отъ обвиненія, но, не сдѣлавъ этого, онъ не въ правѣ ограничить судъ въ изслѣдованіи этого предмета: предметомъ процесса служитъ матеріальное правоотношеніе государства и преступника, обоснованное дѣяніемъ послѣдняго; дѣяніе и должно быть изслѣдовано всесторонне: для разрѣшенія вопроса, какое правоотношеніе возникло, необходимо выяснить, какое дѣяніе произошло, и все то, что способно пролить свѣтъ на событіе, должно быть изслѣдовано, несмотря на упущеніе или нежеланіе сторонъ. Такимъ образомъ, стѣсняется *формальная* диспозиція сторонъ—«распоряженіе формами и средствами процесса»,—поскольку тѣ или другія процессуальныя дѣйствія могутъ вліять на измѣненіе истиннаго уголовнаго притязанія государства [3]). Судъ не рѣшаетъ на основаніи только того ма-

---

[1]) Къ этому склоняется, напримѣръ, Birkmeyer—D. Strafproz, 137, 138 и 149 стр.

[2]) Это признаютъ даже Birkmeyer (l. c.) и Heinze—l. c., 303 стр. См. также W. Mittermaier—op. c. 113, 114, 118, 153.

[3]) См. Birkmeyer—D. Strafproc., стр. 295, 132, 133 и § 17—I, 2 b.; см. также стр. 148: «die Parteien können ihn (т. е. судью) in seiner Aufgabe den Strafanspruch des Staates, so wie es wirklich ist, festzustellen, nur unterstützen, aber nicht binden und hindern». Картинно выражаетъ ту же мысль

теріала, который угодно представить сторонамъ, но на основаніи всего матеріала, который можетъ быть добытъ и использованъ [1]); не судитъ secundum allegata ac probata, а предлагаетъ сторонамъ или предпринимаетъ самъ процессуальныя дѣйствія для разъясненія сомнительныхъ и темныхъ мѣстъ въ дѣлѣ. Эта самостоятельная роль суда въ собираніи доказательствъ признается за нимъ и наукой [2]) и почти всѣми законодательствами [3]) и представляетъ слѣдствіе такъ называемаго

Heinze (l. c., стр. 280): «Диспозитивный принципъ ставитъ факты подъ власть обвиняемаго, оффиціальный, можно сказать, ставитъ обвиняемаго, какъ и обвинителя, подъ власть фактовъ».

[1]) Вмѣсто правила: «quod non est in actis, non est in mundo», дѣйствующаго въ гражданскомъ процессѣ, въ уголовномъ, говоритъ Heinze (l. c. 286 стр.), дѣйствуетъ правило: «quidquid in mundo, sit in actis».

[2]) Heinze—l. c. 286, 307, 308 стр., Glaser—Handb. I, 382, 383; Beling—l. c. 248 (Jede Beschränkung in den Erkenntnissquellen ist... für den Strafprozess grundsätzlich zu verwerfen»); Ullmann—Lehrbuch (Deut.), § 83—IV, Kries—Lehrb., 341 стр.; Birkmeyer—D. Strafproz., 150 стр.; Bennecke—Lehrb. (I-е изд.), стр. 274, 275, 289 и § 74—V; Фойницкій—ор. с. II, вып. 1, 267 стр.; I, 68 стр. Случевскій—ор. с стр. 48, 68, 487. Поэтому въ уголовномъ процессѣ отвергается и формальное onus probandi. Такъ даже Zachariae-Handb. II, § 141—I и сторонникъ расширенія правъ сторонъ и матеріальной диспозиціи прокурора Wolfg. Mittermaier—Parteistellung, стр. 226 (внизу), 227. 163, 118—120 стр. Противъ самостоятельной дѣятельности суда кромѣ Планка Wahlberg—Kritik. etc., стр. 47, Geyer-Lehrb., 711 стр.

[3]) См. напримѣръ: австр. уставъ (1873 г.), хотя тамъ *матеріальная* диспозиція предоставлена прокурору, § 254: «Предсѣдатель въ правѣ, безъ ходатайства обвинителя или обвиняемаго, во время судебнаго слѣдствія приглашать... и допрашивать свидѣтелей и экспертовъ, отъ которыхъ по ходу слѣдствія можно ожидать разъясненія о имѣющихъ значеніе фактахъ»; такое же право даетъ *суду* (упоминая и о другихъ доказательствахъ) § 243, ч. 3 германскаго устава. См. еще § 244 того же устава и § 153 (выше стр. 166). См. также Мотивы ст. 690 нашего Уст. Уг. Суд. (изд. государств. канцеляріи), въ которомъ, впрочемъ, роль суда намѣчается уже (только самостоятельное назначеніе осмотровъ и экспертизы). Code d'instr. crim., ст. 269, опредѣляетъ: «Il (предсѣдатель) pourra dans le cours des débats, appeler... et entendre toutes personnes ou se faire apporter toutes nouvelles pièces qui lui paraitraient, d'après les nouveaux développements donnés à l'audience soit par les accusés, soit par les témoins, pouvoir répandre un jour utile sur lefait contesté». Отсюда, а также изъ 254 *cm. Code de procédure*

инструкціоннаго принципа [1]). Но, если судомъ будутъ установлены факты, благодаря которымъ предметъ обвиненія получитъ иной характеръ, то приговоръ долженъ будетъ признать доказаннымъ именно такое, измѣнившееся обвиненіе, именно это дѣяніе и вытекающее изъ него уголовное притязаніе государ-

---

civile, французскій кассац. судъ выводитъ такое же право суда исправительнаго: «tout tribunal a le droit d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction, qui lui semblent propres à faciliter la manifestation de la vérité; que *ce droit, nécessaire pour satisfaire la conscience du juge*, est, par cela même, inhérent à sa juridiction».. рѣш. 11 сент. 1840 г. Hélie—VII, 286. См. еще въ томъ же смыслѣ Венгерскій Уставъ, § 306, ч. 3 и Норвежскій законъ 1 іюля 1887 г. (Zeitschr. Листа, IX, Beilage), § 331, ч. 4. Исключеніе представляетъ въ этомъ вопросѣ англійскій процессъ (Glaser—Handb. I, 383, 431 стр.).

[1]) Этотъ терминъ употребляетъ Beling (l. c. § 69—II), поясняя: «da das Gericht die Belehrung über die Sachlage nicht aus der Hand der Parteien empfängt, sondern sich selbstthätig darüber instruiert», связывая этотъ принципъ съ принципомъ матеріальной истины и противополагая состязательной идеѣ. Изъ принципа матеріальной истины выводитъ активную роль суда Kries.—Lehrb., стр. 263, между тѣмъ какъ Heinze (l. c.)—изъ оффиціальнаго принципа (инструкціонный принципъ Heinze, 267 стр., понимаетъ уже: какъ вызовъ судомъ сторонъ къ цѣлесообразному пользованію ихъ правомъ распоряженія). Справедливо указываетъ Beling—l. c. пр. 3 на 247 стр., что вопросъ о правѣ распоряженія процессуальнымъ матеріаломъ составляетъ самостоятельную проблему, не зависящую безусловно отъ обвинительной или инквизиціонной формы процесса, хотя и имѣющую къ принципамъ, на которыхъ онѣ основаны, нѣкоторое отношеніе. Оффиціальный принципъ также не требуетъ непремѣнно передачи этого права суду, а лишь государственному органу, которымъ можетъ быть и прокуроръ только. Послѣднее допускаютъ и Heinze (l. c. 277) и Birkmeyer—op. c., § 27—III, 2 (138 стр.), который разсматриваемое въ текстѣ право суда выводитъ изъ инквизиціоннаго (слѣдственнаго) принципа, представляющаго обратную сторону (Kehrbild) оффиціальнаго принципа (какъ состизательный обратную сторону диспозитивнаго) и господствующаго въ уголовномъ процессѣ и при обвинительной формѣ послѣдняго (стр. 136). Но слѣдственный принципъ правильнѣе разсматривать также, какъ организаціонный, подобно обвинительному, т. е. какъ опредѣляющій именно слѣдственную форму процесса. Такъ самъ же Birkmeyer—op. c., стр. 65, пр. 10. См. еще Beling—l. c. стр 239. Ullmann—Lehrb. (Deut.), стр. 25, 26, пр. 2.

ства (Strafanspruch); при наличности у суда права дополнять матеріалъ, представленный сторонами, нельзя лишать судъ права ex officio измѣнять предметъ обвиненія, въ предѣлахъ того же дѣянія. Такое право суда есть прямое слѣдствіе инструкціоннаго принципа [1]).

Не противорѣчитъ ли однако признаніе этого принципа идеѣ, лежащей въ основѣ обвинительной формы процесса; не ведетъ ли оно къ созданію въ лицѣ судьи инквизитора слѣдственнаго типа? Вѣдь, разграниченіе функцій обвиненія и рѣшенія составляетъ существенную черту обвинительнаго процесса; не проявится ли при самостоятельной дѣятельности судьи при собираніи доказательствъ тотъ же психологическій законъ, который ярко обнаружился въ слѣдственномъ процессѣ, не утратитъ ли судья безпристрастія, не обратится ли онъ снова въ обвинителя рядомъ съ прокуроромъ? Въ наукѣ иногда высказываются въ этомъ смыслѣ; даже самъ Гейнце, разрушившій столько ложныхъ представленій о природѣ уголовнаго процесса,

---

[1]) Обвиненіе не есть thema probandum, а только исходный пунктъ, говоритъ Heinze (280 стр.). См. также Beling—l. c., стр. 248 и 479 («So ist das thatsächliche Material, wie es die Anklage beigebracht hat, in keiner Weise grundlegend. Dem Instruktionsprinzipe gemäss kann künftig das Beweisgebäude von Grund aus neu aufgebaut werden». На связь измѣненія обвиненія судомъ съ правами сторонъ при собираніи доказательствъ указывалъ также Wahlberg—l. c., стр. 46. Непослѣдовательно, предоставивъ суду установить истинную картину событія, затѣмъ не позволить ему принять часть этихъ фактовъ во вниманіе при постановленіи приговора, не разрѣшить суду сдѣлать изъ нихъ юридическій выводъ о наличности какого-либо преступленія потому только, что сторона (обвинитель) этого не предлагаетъ. Ср. Heinze—286 (впрочемъ, выводитъ все изъ оффиціальнаго принципа). Эту непослѣдовательность обнаруживаетъ W. Mittermaier, который полагаетъ, что тожество историческаго случая трудно сохранить суду, имѣющему право самостоятельнаго установленія истины, и что гораздо легче разграничить уголовныя притязанія, т. е. правоотношенія, которыя выводитъ изъ фактовъ обвинитель (l. c. стр. 234, 235, 224 и 229—231 «auch davor zu bewahren ist, dass es (Gericht) durch die Thatsachenermittelung selbständig neue Ansprüche über die Parteien weg construire»); § 264 ч. 2 германскаго устава Mittermaier находитъ «ganz prinzipwidrig»; см. еще 120 стр., гдѣ онъ полагаетъ, что участники правоотношенія могутъ оставить нѣкоторыя взаимныя отношенія безъ вниманія, не вреди этимъ исторической истинѣ.

допускаетъ возможность, что судья неодинаково безпристрастно отнесется къ результатамъ, полученнымъ отъ слѣдственныхъ дѣйствій, предпринятыхъ имъ по собственной иниціативѣ или по требованію сторонъ [1]). Но, если даже предположить у судьи такое мелочное самолюбіе и такую вѣру въ непогрѣшимость своего прогноза, въ правильность своего взгляда на достоинство тѣхъ или другихъ доказательствъ, которыя продуцируются по его иниціативѣ, то опасность несравненно меньше, чѣмъ при предоставленіи собиранія матеріала исключительно судьѣ, такъ какъ она почти устраняется правомъ сторонъ представлять доказательства, опровергающія тѣ факты, которые вытекаютъ изъ доказательствъ, привлеченныхъ судомъ, и правомъ перекрестнаго допроса свидѣтелей и экспертовъ [2]). Дѣятельность судьи должна носить дополнительный, вспомогательный характеръ [3]); судья не заслоняетъ сторонъ и не подавляетъ ихъ; ихъ отношенія къ нему регулированы твердыми правилами [4]). Въ слѣд-

---

[1]) Это онъ относитъ какъ къ примѣненнымъ судьей средствамъ доказательства, такъ и къ фактамъ, имъ привлеченнымъ въ кругъ рѣшенія, т. е. къ обстоятельствамъ, обнаруженнымъ изъ доказательствъ, которыя представлены сторонами. Heinze—l. c., стр. 305. Ср. однако 307, стр. внизу, гдѣ отнятіе у судьи права и обязанности дополненія, въ случаѣ надобности, матеріала Heinze называетъ «вреднымъ педантизмомъ». См. еще о сознаваемой самимъ судьей опасности вмѣшательства для своего безпристрастія Wolfg. Mittermaier—op. c., стр. 155. Beling—l. c. 247 стр., пр. 3: «die sog. Reinerhaltung des Richteramts erreicht ihren Gipfel, wenn nicht nur die Angriffsthätigkeit, sondern auch das eigene Erforschen des Sachverhalts dem Gericht aus der Hand genommen ist».

[2]) Уже одно присутствіе сторонъ и тѣмъ болѣе возможность для нихъ дѣлать заявленія и право обжалованія ставятъ судью въ иное положеніе, чѣмъ въ инквизиціонномъ процессѣ: стороны контролируютъ его дѣятельность. W. Mittermaier—op. c. 163 и 228 стр., 181 стр.

[3]) Такъ процессуалисты указанные во 2-мъ прим. на стр. 317.

[4]) См. Birkmeyer—Lehrb. § 28—II, 5. Фойницкій—Курсъ, I т., 8 стр. Такъ, § 244, ч. 1, St. P. O. устанавливаетъ правило, что судъ обязанъ допросить вызванныхъ свидѣтелей и экспертовъ и разсмотрѣть другія представленныя къ засѣданію доказательства, если стороны не отказываются отъ нихъ. Глазеръ говоритъ о проявленіи здѣсь принципа общности доказательствъ: судъ и каждая изъ сторонъ можетъ односторонне увеличивать доказательный матеріалъ, но никто не можетъ односторонним заявленіемъ сокращать матеріалъ, кѣмъ бы онъ ни былъ подготовленъ (Handb. § 41—II).

ственномъ процессѣ, главная опасность заключалась въ томъ, что все *подготовительное* производство, направленное на разысканіе виновнаго, велось тѣмъ же судьей, который потомъ опредѣлялъ цѣнность матеріала добытаго къ изобличенію инквизита, самъ былъ критикомъ результатовъ своихъ дѣйствій [1]); та же опасность въ извѣстной мѣрѣ оставалась и въ смягченной формѣ этого процесса, когда судья рѣшительнаго засѣданія или главнаго слѣдствія было другое лицо, но принадлежавшее къ той же судебной коллегіи и въ особенности, когда судья предварительнаго производства принималъ участіе въ окончательномъ рѣшеніи дѣла [2]). Но современный судья не заинтере-

---

[1]) Kries (Vorverfahren und Hauptverfahren въ Zeitschr f. d. ges. Strafrechtswas IX, стр. 4 и слѣд.) справедливо видитъ причину предвзятости въ самой сущности дѣятельности того, кто долженъ разыскать виновнаго въ совершившемся преступленіи: полиціи, прокурора; оправдательный приговоръ свидѣтельствуетъ о ихъ неловкости и неумѣніи выполнить свою задачу; задача же судьи состоитъ въ рѣшеніи вопроса, виновенъ ли или нѣтъ подсудимый; приговоръ можетъ быть ошибоченъ, но это въ одинаковой мѣрѣ возможно при осужденіи и при оправданіи, такъ что послѣднее не подрываетъ репутаціи судьи. Только, если и первая задача—которую Kries называетъ «Ermittlung ins Blaue»—возлагается на лицо, постановляющее рѣшеніе или даже на другое лицо, принадлежащее къ той же коллегіи, возникаютъ тѣ послѣдствія, которыя характерны для слѣдственнаго процесса.

Въ этомъ же смыслѣ R. Schmidt—op. c., стр 5—7, который считаетъ даже состязательную форму *главнаго* слѣдствія не наиболѣе существеннымъ выводомъ обвинительнаго принципа (онъ связываетъ эту форму больше съ принципомъ устности) и полагаетъ, что его кардинальная цѣль была бы достигнута даже при отсутствіи въ этой стадіи обвинителя, лишь бы въ предшествующей стадіи дѣйствовалъ другой органъ. Съ этой точки зрѣнія, въ обвинительномъ процессѣ допустимо и постановленіе судомъ обвинительнаго приговора, несмотря на отказъ прокурора отъ обвиненія. Но совершенное устраненіе обвинителя или даже обѣихъ сторонъ изъ стадіи главнаго слѣдствія и превращеніе судьи въ единственнаго субъекта процесса не только способно внести снова произволъ, но и потому уже противорѣчитъ сущности обвинительнаго принципа и опредѣляемой имъ формѣ, что функція розыска и преслѣдованія все-таки предполагаетъ особаго представителя, который бы и во время главнаго слѣдствія отстаивалъ свою гипотезу о виновности подсудимаго и старался бы ее обосновать.

[2]) Kries—указ. статьи, стр. 9, Birkmeyer—Lehrb. § 28—I.

сованъ въ успѣхѣ обвиненія ни лично, ни по соображеніямъ коллегіальнаго свойства (esprit de corps), поэтому для его пристрастія въ пользу одной изъ сторонъ нѣтъ почвы [1]); привлекая тѣ или другія доказательства, судья только добросовѣстно [2]) выполняетъ свою задачу рѣшать на основаніи возможно бо́льшей суммы данныхъ, не оставлять безъ освѣщенія ни одного неяснаго пункта въ дѣлѣ, будетъ ли то обстоятельство, которое можетъ привести къ обвинительному приговору, или наоборотъ. Если привлеченное судьей доказательство не дало надежныхъ результатовъ, то онъ не положитъ такого доказательства въ основу рѣшенія только потому, что инициатива привлеченія этого матеріала исходила отъ него и только для того, чтобы показать значеніе своихъ дѣйствій. Самолюбіе его не страдаетъ отъ того, что результатъ доказательствъ оказался полезенъ не обвиненію, а защитѣ, такъ какъ само дѣйствіе предпринималось не въ интересахъ одной изъ сторонъ, а въ интересахъ истины, или же отъ безрезультатности доказательнаго средства. Судья, съ такой болѣзненностью относящійся къ успѣху принимаемой мѣры, возможенъ лишь, какъ исключеніе, и такой судья опасенъ вообще для правильнаго отправленія правосудія, даже если отнять у него право самостоятельнаго выясненія дѣла; всякій шагъ и всякое заявленіе стороны, не совпадающее со взглядами или привычками такого судьи, можетъ вызывать его раздраженіе и вліять на оцѣнку доказательствъ. Скорѣе о пристрастномъ или одностороннемъ отношеніи суда можно говорить тогда, когда судъ не используетъ всѣхъ средствъ къ познанію истины, на которыя имѣются указанія въ дѣлѣ [3]: если, напримѣръ, на судебномъ слѣдствіи обнаружится, что смерть потерпѣвшаго могла послѣдовать отъ того, что оружіе, которымъ нанесена рана, было отравлено, то неужели судъ долженъ

---

[1]) Kries—Lehrb., 278 стр. «Er (судья) hat nach, wie vor kein Interesse daran einen bestimmten Ausgang des Processes herbeizuführen weder die Verurtheilung, noch die Freisprechung. Такъ же Heinze—l. c., стр. 308.

[2]) Ср. приведен. выше рѣш. франц. кас. суда (пр. 3-е на стр. 317 и 318).

[3]) Конечно, безъ повода судья не будетъ докапываться, не было ли въ дѣяніи подсудимаго другихъ фактическихъ или юридическихъ моментовъ. Это вытекаетъ изъ дополнительнаго характера судейской дѣятельности. Ср. Wolf Mittermaier—op. c., стр. 232. Ср. также ниже мнѣніе Скедля.

удовлетвориться только представленными доказательствами и осудить обвиняемаго за неосторожное лишеніе жизни, когда, можетъ быть, неосторожность симулирована и, если провѣрить указаніе на отравленное оружіе и произвести изслѣдованіе внутренностей трупа, окажется, что обвиняемый совершилъ предумышленное убійство? Правда, прокуроръ самъ озаботится установленіемъ этого, но онъ можетъ этого и не сдѣлать и не только вслѣдствіе упущенія, но и по нежеланію сходить съ разъ занятой позиціи, по нежеланію признаться въ скороспѣлости и поверхностности предварительнаго производства, отъ котораго укрылось такое важное обстоятельство. Самостоятельная дѣятельность суда должна служить коррективомъ возможной невнимательности или односторонностей увлеченій обвинителя [1]).

Что признаніе инструкціоннаго принципа вполнѣ совмѣстимо съ обвинительной формой процесса, можно видѣть бросивъ взглядъ на положеніе, которое отводятъ судьѣ современная наука гражданскаго процесса и новѣйшіе законодательные акты, относящіеся къ послѣднему. И здѣсь судьѣ предоставляется болѣе активная роль, чѣмъ въ обвинительномъ процессѣ Планка. «Австрійскій судья (гражданскій), говоритъ Артуръ Скедль, не можетъ быть дольше холоднымъ, безучастно творящимъ судъ органомъ. Каменная пассивность судьи прекратилась. Онъ не судитъ—употребляя удачное выраженіе Бера— точно кукла, которая съ своего кресла изрекаетъ свое рѣшеніе (Spruch); напротивъ, онъ долженъ самостоятельно вмѣстѣ со стороною сотрудничать въ построеніи процесса, не нарушая тѣмъ дѣятельности сторонъ и не дѣлая ея излишней. Главной цѣлью процесса должно быть—выяснить истинное положеніе дѣла». Судья даже обязанъ, когда сторона обращается къ нему за юридической защитой самостоятельно установить факты и привлечь доказательства, имѣющія значеніе для предъявленнаго иска. Въ этомъ нельзя видѣть представительства сторонъ судьей,

---

[1]) Предоставленіе прокурору права распоряженія матеріаломъ и ограниченіе процесса только тѣмъ обвиненіемъ, которое отстаиваетъ онъ, можно рекомендовать еще меньше, чѣмъ предоставленіе права взятія обратно обвиненія, такъ какъ ошибки или увлеченія прокурора въ первомъ случаѣ совершенно ускользаютъ отъ контроли общественнаго мнѣнія и начальства.

а только «кооперацію сторонъ и судьи». Дѣятельность первыхъ остается на первомъ планѣ, но пробѣлы и сомнительныя мѣста восполняются и разъясняются судьей [1]). «Теперь твердо установлено, говоритъ Поллакъ, что ни одно изъ этихъ началъ (ни слѣдственное, ни состязательное) не можетъ претендовать на логическую необходимость; изъ природы объекта гражданскаго процесса вытекаетъ только право распоряженія сторонъ своими притязаніями (Ansprüche), но не формой и содержаніемъ процесса, т. е. не такое право, чтобы каждому предоставлялось sui juris persecutionem... deteriorem constituere» [2]). Этотъ взглядъ нашелъ себѣ примѣненіе въ § 182 и 183 § австрійскаго устава гражд судопр. (1895 г.). На основаніи § 182 ч. 1: «Предсѣдательствующій долженъ при устномъ состязаніи, предлагая вопросы или *иными способомъ* [3]) содѣйствовать тому, чтобы существенныя для рѣшенія фактическія указанія были представлены, недостаточныя указанія о приводимыхъ для обоснованія или опроверженія иска обстоятельствахъ были восполнены, чтобы доказательства были обозначены и уже представленныя доказательства дополнены и чтобы вообще были даны всѣ разъясненія, которыя представляются необходимыми для соотвѣтствующаго истинѣ установленія фактическаго состава утверждаемыхъ сто-

---

[1]) Arthur Skedl—Die sociale Bedeutung der neuen Civilprozessgesetze. Czernowitz. 1898 г., стр. 8. Его же «Das österreichische Civilprozessrecht. Leipzig. 1900 г. т. I, стр. 10, 12. Такъ же Klein—Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse. Dresden. 1902 г. стр. 19—22, Неъедьевъ—Основныя начала гражданскаго судопроизводства. Казань. 1895 г., стр. 40. Verhandlungen des 26 Deut. Juristentages, Berlin, 1902, стр. 135, 138, 139 (докладъ Neukampf'a). Противъ инструкціонной дѣятельности судьи въ гражданскомъ процессѣ, изъ боязни утраты имъ объективности, Kornfeld—Civilprozessuale Grundsätze. Leipzig. 1893 г., стр. 31—33. Изъ криминалистовъ противъ инструкціоннаго принципа въ гражд. процессѣ Beling—l. c., пр. 4 на 248 стр., въ пользу Kries—ук. ст. въ Zeitschr. IX, стр. 19, повидимому, John—op. c. т I, стр. 23, 24; II, 166 и Birkmeyer (для дѣлъ, гдѣ привходитъ публичный интересъ) въ ук. ст. въ Zeitschr. f. Deut. Civilprozess.

[2]) Pollack—System des österreichischen Civilprozessrechts. Wien. 1903 г. I, стр. 407.

[3]) На этихъ словахъ дѣлаетъ особое ударение Skedl—Oester. Civilproz., стр. 13.

ронами правъ и требованій». Согласно § 183, предсѣдательствующій можетъ предложить сторонамъ представить въ извѣстный срокъ необходимые документы, на которые онѣ сослались, постановить объ осмотрахъ, вызовѣ свидѣтелей, отъ которыхъ, судя по иску или по ходу состязанія, слѣдуетъ ожидать разъясненія важныхъ пунктовъ [1]). Указанное право предсѣдателя требовать представленія документовъ и приглашать свидѣтелей исключается только несогласіемъ обѣихъ сторонъ.

Если таковы полномочія гражданскаго судьи, то можно ли колебаться предоставить самостоятельную роль уголовному судьѣ при изслѣдованіи дѣянія обвиняемаго, не обусловливая при томъ такой дѣятельности судьи согласіемъ обѣихъ сторонъ на привлеченіе дополнительнаго матеріала. Для этого условія въ уголовномъ процессѣ нѣтъ того основанія, что въ гражданскомъ: въ послѣднемъ можно опасаться вторженія суда въ сферу частныхъ интересовъ, которое можетъ быть для сторонъ нежелательнѣе проигрыша дѣла [2]); уголовный же процессъ не долженъ останавливаться передъ этимъ. Такимъ образомъ, на уголовномъ судьѣ лежитъ обязанность содѣйствовать и съ своей стороны выясненію истиннаго положенія вещей, а отсюда съ необходимостью вытекаетъ не только право, но и обязанность оцѣнить въ приговорѣ значеніе всего матеріала и сдѣлать выводы о томъ, что дѣйствительно совершено обвиняемымъ и какой юридическій характеръ имѣетъ совершенное. Тѣмъ меньше, конечно, основаній запрещать судьѣ уклоняться отъ обвиненія, *если* на судебномъ слѣдствіи *сами собою*, вслѣдствіе измѣненія показаній свидѣтелей или заключеній экспертовъ, *выкырнутъ новыя обстоятельства*, достаточно достовѣрныя, не требующія даже дополненія доказательнаго матеріала и какихъ-либо но-

---

[1]) Законъ имѣетъ въ виду свидѣтелей, сдѣлавшихся *извѣстными* суду *изъ матеріала, представленнаго сторонами*. Въ этомъ, по справедливому замѣчанію Скедля (Oest. Civilproz., стр. 15, пр. 27), и заключается разница между идеей свободнаго судейскаго изслѣдованія (freie richterliche Forschungsmaxime) и истиннымъ инквизиціоннымъ принципомъ. Ср. выше пр. 3 на 322 стр.

[2]) Skedl—l. c., стр. 16, 17; Pollack—op. c., стр. 101 и 102, Glaser—Handb., I, стр. 16, пр. 2.

выхъ слѣдственныхъ дѣйствій [1]). Здѣсь уже и рѣчи быть не можетъ о неодинаковомъ отношеніи суда къ тѣмъ или другимъ фактамъ: одинъ и тотъ же масштабъ достовѣрности примѣнитъ судья ко всѣмъ установленнымъ судебнымъ слѣдствіемъ фактамъ, остановятъ ли они на себѣ вниманіе сторонъ, или нѣтъ; поэтому нѣтъ причины запретить суду постановить приговоръ о мошенничествѣ, когда обвиненіе было поддерживаемо прокуроромъ въ присвоеніи, если на судебномъ слѣдствіи обнаружилось, что переходъ имущества во владѣніе подсудимаго былъ результатомъ совершеннаго имъ обмана, или осудить за отравленіе, въ то время какъ прокуроръ обвинялъ въ умышленномъ причиненіи тяжкой раны, повлекшей смерть, если судъ признаетъ, что оружіе было отравленное. Особенно въ судѣ присяжныхъ, гдѣ оцѣнка фактовъ принадлежитъ послѣднимъ, нѣтъ ни малѣйшаго повода даже защитникамъ строго обвинительнаго процесса, въ духѣ Планка, трепетать за чистоту судейскихъ функцій: если судъ, усмотрѣвъ измѣненіе обвиненія тамъ, гдѣ этого не видитъ обвинитель, поставитъ эвентуальный или дополнительный вопросъ по собственной иниціативѣ, хотя бы воспользовавшись фактами, бывшими результатомъ доказательствъ, привлеченныхъ самимъ же судомъ ex officio, то отвѣтъ на этотъ вопросъ зависитъ не отъ суда и, если бы даже заподозрить желаніе послѣдняго осудить именно за это (измѣнившееся) преступленіе, у него нѣтъ возможности побудить къ этому присяжныхъ.

Возможны еще возраженія: прокуроръ, говорятъ одни, полагаясь на помощь судьи, будетъ съ меньшимъ рвеніемъ относиться къ своей задачѣ, судья же, для котораго это содѣйствіе имѣетъ второстепенное значеніе и который занятъ главнымъ образомъ функціей рѣшенія, также не отнесется къ выясненію

---

[1]) Часто новыя обстоятельства, измѣняющія фактическую или же юридическую сторону обвиненія, обнаружатся изъ отвѣтовъ свидѣтелей на вопросы судьи, и въ этомъ случаѣ измѣненіе обвиненія будетъ связано съ инструкціоннымъ принципомъ, одно изъ требованій котораго состоитъ въ правѣ судей самостоятельно допрашивать свидѣтелей и экспертовъ. Ср. Фойницкій Курсъ, т. I, стр. 69, пр. 1. Поэтому Гейнце—l. c. 286, Биркмейеръ—Lehrb. 150, Кризъ—Lehrb. 263, говорятъ одновременно о правѣ суда привлекать новыя обстоятельства и новыя доказательства.

новыхъ точекъ зрѣнія и ихъ фактической подкладки съ должнымъ вниманіемъ, наступятъ, словомъ, обычныя вредныя послѣдствія раздѣленія отвѣтственности, которую народная мудрость выразила въ поговоркѣ: «у семи нянекъ дитя безъ глаза [1])». Но это возраженіе теряетъ свое значеніе, если вспомнить, что успѣхъ обвиненія есть побѣда прокурора, поэтому послѣдній все равно будетъ заинтересованъ въ исходѣ процесса; съ другой стороны, функція рѣшенія именно не предполагаетъ безучастнаго отношенія къ дѣлу, а требуетъ отъ судьи полнаго вниманія и стремленія пролить свѣтъ на то, что еще не выяснено. Отъ дѣятельности судьи, указуемой инструкціоннымъ принципомъ, не ослабѣетъ энергія обвинителя; она даже выиграетъ отъ соревнованія въ стремленіи установить истинный ходъ событія. Съ другой стороны, плохой, не преданный своему дѣлу, прокуроръ не станетъ лучше, если будетъ предоставленъ самому себѣ и не будетъ расчитывать на помощь судьи, и, устраняя эту помощь, можно только повредить дѣлу [2]).

Другое возраженіе: прокуроръ можетъ лучше оцѣнить значеніе тѣхъ *или* другихъ обстоятельствъ для обвиненія. Такъ разсуждаютъ Штеллингъ, Планкъ и Цахаріе, и въ этомъ доводѣ заключена та идея, съ которой мы встрѣчались также у французскихъ процессуалистовъ, опасающихся, что постановка эвентуальнаго вопроса откроетъ присяжнымъ путь къ признанію менѣе тяжкой вины: это идея о необходимости для обвинителя извѣстной процессуальной тактики. Говорить о ней можно развѣ только, имѣя въ виду судъ присяжныхъ: на коронныхъ судей тактическіе пріемы обвинителя, конечно, не подѣйствуютъ или же вызовутъ противоположный результатъ: судья, который долженъ выжидать для постановленія приговора по измѣнившемуся

---

[1]) Ср. W. Mittermaier—op. c., стр. 180, 110, 227 (внизу), 230, 235 стр., Bar—Recht und Beweis, стр. 140, пр. 23.

[2]) Конечно, перенесеніе всей процессуальной дѣятельности на стороны въ значительной степени зависитъ отъ качествъ послѣднихъ (Ср. Pollack—op. c., стр. 407); въ настоящемъ случаѣ отъ качествъ прокуратуры. При системѣ пополненія ея изъ рядовъ неопытной молодежи, системѣ, практикуемой у насъ, и при зависимомъ положеніи прокуратуры, инструкціонная дѣятельность суда имѣетъ, такъ сказать, сугубое основаніе.

обвиненію соотвѣтствующихъ шаговъ прокурора, въ случаѣ, если они не будутъ сдѣланы, правильно оцѣнитъ его намѣренье и вынесетъ оправдательный приговоръ скорѣе, чѣмъ пойдетъ на встрѣчу желаніямъ обвинителя. Какія-либо умолчанія, оставленіе въ тѣни тѣхъ или другихъ моментовъ не введутъ судъ въ заблужденіе. Но и самому прокурору нельзя рекомендовать такихъ пріемовъ, онъ органъ государства и долженъ стремиться не къ осужденію обвиняемаго за болѣе тяжкое преступленіе, а къ тому, чтобы наказаніе было опредѣлено въ мѣрѣ дѣйствительной вины преступника. Прокуроръ не стоитъ на почвѣ частнаго интереса, онъ представитель интереса государственнаго, а государству не къ лицу роль жаднаго истца, старающагося сорвать побольше съ отвѣтчика.

Неумѣстны тактическіе пріемы, направленные къ достиженію наиболѣе неблагопріятнаго для подсудимаго вердикта и въ судѣ присяжныхъ; къ тому же такіе пріемы часто приводятъ къ совершенно противоположнымъ результатамъ, какъ это прекрасно выяснено французской процессуальной литературой: тѣ же соображенія, которыя приводятся относительно тактики предсѣдателя ассизовъ, вполнѣ примѣнимы и къ тактикѣ прокурора [1]). Не слѣдуетъ также забывать, что присяжные призваны не только служить «пробнымъ камнемъ доказательствъ», но и вносить въ отправленіе правосудія освѣжающую струю жизни; опасеніе снисходительности присяжныхъ, по справедливому замѣчанію Арнольда, часто свидѣтельствуетъ, что и сами судьи (или прокуроръ) сознаютъ излишнюю суровость закона, по признакамъ котораго ставится главный вопросъ [2]). Отказывая въ постановкѣ вопроса, судъ вторгается въ область факта, предрѣшая, что для постановки нѣтъ основанія, или же навязываетъ присяжнымъ свою точку зрѣнія на юридическую квалификацію фактовъ, не находя въ обнаруженныхъ судебнымъ слѣдствіемъ данныхъ признаковъ того или другого преступленія, между тѣмъ рѣшеніе вопроса о наличности этого преступленія должно принадлежать присяжнымъ, которые могутъ признать его осуществившимся въ фактахъ, по мнѣнію суда, не

---

[1]) См. еще Tippelskirch въ Goldt. Arch., 1856 г., стр. 18.

[2]) Arnold въ Gerichtssaal, 1855 г., I, стр. 225.

установленныхъ. Если субсумцію дѣянія предоставить суду, послѣдній, такимъ образомъ, снова станетъ рѣшать о доказанности тѣхъ или иныхъ обстоятельствъ. Такая система стѣсняетъ задачу присяжныхъ. По тѣмъ же основаніямъ, нельзя постановку вопросовъ ставить въ зависимость отъ требованія прокурора и запрещать присяжнымъ самостоятельно измѣнять предметъ обвиненія, какъ предлагаютъ Штеллингъ и Баръ (см. выше). Вопросъ не только можетъ, но и долженъ быть поставленъ, отъ кого бы изъ участвующихъ въ процессѣ—сторонъ, судей, присяжныхъ—ни исходило предложеніе о постановкѣ, для того чтобы присяжные могли исчерпать обвиненіе.

Итакъ судъ ex officio долженъ распространить судебное слѣдствіе и приговоръ на дѣяніе, служившее фактической основой обвиненія, независимо отъ того, измѣнится ли и какъ измѣнится квалификація. Этотъ выводъ нисколько не противорѣчитъ сущности обвинительнаго процесса и вполнѣ отвѣчаетъ господствующимъ и въ этомъ процессѣ принципамъ матеріальной истины и инструкціонному. Вмѣстѣ съ тѣмъ приговоръ исключаетъ новое преслѣдованіе за то же матеріальное дѣяніе, и эта вторая функція приговора—ортицательная—вытекаетъ изъ первой, положительной, состоящей въ полномъ исчерпаніи предмета процесса. Только тамъ, гдѣ какая-либо сторона дѣянія не могла быть разсмотрѣна въ первомъ процессѣ по причинамъ юридическаго характера, можно допустить новое обвиненіе за эту сторону дѣянія.

Но дальше черты, указываемой ненарушимостью тожества дѣянія, судъ идти не въ правѣ: распространеніе приговора на другое дѣяніе, дѣйствительно, перенесло бы на судью функцію обвиненія, сдѣлало бы его представителемъ государственнаго интереса въ преслѣдованіи преступленій, сообщило бы судьѣ тѣ черты, которыя наблюдались у инквирента въ слѣдственномъ процессѣ и которыя стяжали ему столь печальную извѣстность; хотя нельзя не признать, что гласность процесса, независимость судей, положеніе личности въ современномъ конституціонномъ государствѣ почти устраняютъ возможность злоупотребленій, остается только опасность проявленія у судьи въ этомъ случаѣ незамѣтной даже для него самого предвзятости сужденія [1]).

---

[1]) Ср. Kries—ук. статья, стр. 7 и 8.

Поэтому обвиненіе въ другомъ дѣяніи должно исходить отъ прокурора (или другого представителя функціи преслѣдованія, напр.: отъ частнаго обвинителя). То обстоятельство, что дѣяніе обнаружилось при разбирательствѣ другого дѣла, можетъ оказать вліяніе только на сокращеніе процедуры, установленной вообще для предъявленія обвиненія: послѣднее можетъ быть предъявлено устно, съ занесеніемъ въ протоколъ; преданіе суду теряетъ значеніе, такъ какъ обвиняемый, все равно, уже на скамьѣ подсудимыхъ. Но обвиняемый долженъ сохранить тѣ права, которыя предоставлены ему закономъ при обычномъ порядкѣ уголовнаго преслѣдованія: какъ тамъ ему дается срокъ для представленія своихъ ходатайствъ о тѣхъ или другихъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ или о вызовѣ свидѣтелей, такъ и здѣсь, при суммарномъ порядкѣ, онъ не обязанъ немедленно отвѣчать на предъявленное въ судебномъ засѣданіи обвиненіе въ другомъ дѣяніи. Неимедленное разрѣшеніе можетъ быть только результатомъ согласія подсудимаго, согласія, свидѣтельствующаго о неимѣніи у него другихъ средствъ защиты, кромѣ тѣхъ, которыми онъ располагаетъ уже въ настоящее время; конечно, суду должно быть предоставлено право признать съ своей стороны новое обвиненіе не созрѣвшимъ для рѣшенія, требующимъ болѣе полной разработки. Но отсрочка разбирательства для совмѣстнаго разсмотрѣнія дѣлъ, въ силу ли взгляда суда, или вслѣдствіе заявленія обвиняемаго о нежеланіи немедленно отвѣчать на это обвиненіе, не можетъ быть названа мѣрой цѣлесообразной: созрѣвшее для рѣшенія *первоначальное* дѣло должно быть вдругъ отложено, что нарушаетъ интересы подсудимаго, особенно находящагося подъ стражей, и можетъ повести къ порядкамъ, описаннымъ Миттермайеромъ (см. выше, главу 1-ю); но независимо отъ этого, воспроизведеніе въ новомъ засѣданіи всего матеріала, бывшаго въ отложенномъ, далеко невсегда возможно, и отсрочка можетъ быть связана съ утерей доказательствъ (напр.: смерть свидѣтеля, еще не допрошеннаго); наконецъ, повтореніе разбирательства перваго дѣла безъ надобности вызываетъ новыя издержки и затрату силъ судей, сторонъ и свидѣтелей. Конечно, и отсрочкѣ при измѣненіи того же обвиненія не чужды эти неудобства, но тамъ она представляетъ единственный выходъ, такъ какъ приговоръ долженъ быть распространенъ на данное дѣяніе, какъ фактическій комплексъ, дѣйстви-

тельно происшедшій; распространеніе же приговора на *другое* дѣяніе, напротивъ, тогда и имѣетъ смыслъ (сокращеніе труда, времени и издержекъ), когда и это новое обвиненіе можетъ быть разрѣшено немедленно. Поэтому для такого распространенія, кромѣ предложенія прокурора, необходимо согласіе обвиняемаго и суда на немедленное разрѣшеніе; въ противномъ случаѣ, обвиненіе въ новомъ дѣяніи подчиняется обычному порядку. При этомъ не должно имѣть никакого значенія, влечетъ ли новое дѣяніе болѣе тяжкое наказаніе, чѣмъ первоначальное, или менѣе тяжкое. При первомъ предположеніи, важно только, чтобы новое дѣяніе оставалось подсуднымъ тому же суду; если подсудность не нарушается, то и болѣе тяжкое дѣяніе, при указанныхъ условіяхъ, теоретически можетъ стать предметомъ приговора. Съ другой стороны, нельзя допускать распространеніе приговора на другое дѣяніе безъ согласія подсудимаго, если даже это дѣяніе менѣе тяжкое: подсудимый долженъ имѣть возможность опровергать его на тѣхъ же основаніяхъ и съ тѣми же правами, какъ и обвиненіе въ какомъ бы то ни было дѣяніи. Если новое дѣяніе и не окажетъ вліянія на исчисленіе наказанія по совокупности, то осужденіе за это дѣяніе можетъ имѣть значеніе для обвиняемаго, впослѣдствіи, при рецидивѣ, если законъ предусматриваетъ спеціальный рецидивъ, или быть особенно одіознымъ (преступленіе противъ нравственности), или даже еще болѣе ощутительное дѣйствіе, когда окажется, что доказано *только* это *новое* дѣяніе, а по первому обвиненію подсудимый оправданъ. Безразлично также, требуетъ ли новое преступленіе при обычномъ порядкѣ преслѣдованія производства предварительнаго слѣдствія, такъ какъ это требованіе закона имѣетъ смыслъ въ случаѣ, если дѣяніе еще не выяснено. Распространеніе же приговора при суммарномъ порядкѣ послѣдуетъ именно тогда, когда дѣяніе достаточно выяснено, въ противномъ случаѣ судъ ограничится разрѣшеніемъ перваго дѣянія.

Но почему граница допустимыхъ измѣненій предмета обвиненія опредѣляется именно тожествомъ дѣянія, изложеннаго въ обвинительномъ актѣ или другомъ равнозначащемъ процессуальномъ документѣ, съ дѣяніемъ, установленнымъ приговоромъ? Причина этого заключается въ томъ, что всякое обвиненіе, уголовный искъ въ формальномъ смыслѣ, имѣетъ цѣлью достигнуть признанія судебной властью уголовнаго притязанія (иска въ

матеріальномъ смыслѣ) государства къ преступнику, т. е. права наказанія, а это право возникаетъ вслѣдствіе совершенія дѣянія, съ которымъ уголовный законъ связываетъ такое послѣдствіе. Дѣяніе, имѣющее признаки нарушенія предписанія или запрета уголовнаго закона, составляетъ основаніе уголовнаго притязанія (Strafanspruch) государства и служащаго для осуществленія этого притязанія уголовнаго иска, или обвиненія. Каждое отдѣльное дѣяніе создаетъ отдѣльное притязаніе и вмѣстѣ съ тѣмъ самостоятельный уголовный искъ, по поводу котораго возникаетъ отдѣльное юридическое отношеніе представителя государственнаго интереса въ наказаніи преступника—прокурора, обвиняемаго и суда, или конкретный процессъ [1]).

Изложеннымъ опредѣляется и отвѣтъ на вопросъ, гдѣ оканчивается тожество, гдѣ начинается другое дѣяніе? Единство дѣянія въ процессуальномъ смыслѣ должно совпадать съ единствомъ дѣянія въ смыслѣ матеріальнаго уголовнаго права [2]),

---

[1]) См. Birkmeyer—Deut. Strafproz., § 15—III и стр. 151 внизу; Beling—l. c., стр. 202, 209; Schanze—ук. статья въ Zeitschr. f. d. gesam. Strafrechtswis., стр. 446—448. Kries—Lehrb, § 2 и стр. 501. Ср. Glaser—Handb., II, стр. 4 и 33. Поэтому невозможно и распространеніе слѣдствія и приговора на *другое лицо*, напримѣръ: соучастника, о которомъ не предъявлено обвиненіе; а оправдательный или обвинительный приговоръ не даютъ права другому лицу ссылаться на res judicata; «ne bis in idem» здѣсь непримѣнимо. Приговоръ разрѣшаетъ вопросъ о виновности подсудимаго, а не о наличности событія безотносительно къ лицу. См. Kries—Lehrb., 567 стр., Beling—l. c., стр. 211, Löwe—op. c., стр. 461—31a., Birkmeyer—D. Strafproz., стр. 683, Glaser—Gerichtssaal, 1871 г., 71, 72 стр. Garraud—Précis, 958, 959 стр. Во французской доктринѣ есть защитники и противоположнаго мнѣнія. Ср. также Iohn—op. c., II, стр. 262, 263.

[2]) Kries—Lehrb., пр. 2 на 567 стр., Beling—l. c., 212 стр., Max Berner—op. c, стр. 52, Borgmann—op. c., стр. 44, 45. «That» §-овъ 153, 263, 265 St. P. O. f. d. Deut. Reich есть не что иное, какъ «Handlung» матеріальнаго права. Къ такому же пониманію приходитъ въ концѣ концовъ Глазеръ, когда говоритъ: «Der Zusammenhang des neu auftauchenden Thuns oder Unterlassens des Angeklagten mit der in der Strafklage ihm zur Last gelegten That muss vielmehr ein solcher sein, das diese nicht ohne Rücksicht auf jenes, jenes nicht ohne Rücksicht auf diese eine dem *Strafgesetz* vollständig *entsprechende Würdigung* erfahren kann....» (Gerichtssaal, т. 36, стр. 117; см. также примѣръ тамъ же и на 118 стр.).

при этомъ нужно имѣть въ виду, что послѣднее связываетъ иногда въ одно дѣяніе нѣсколько отдѣльныхъ дѣяній, придавая совокупности ихъ другой юридическій характеръ; наказаніе въ этомъ случаѣ опредѣляется за все искусственно созданное правомъ единство, самостоятельность отдѣльныхъ дѣяній утрачивается; право наказанія вытекаетъ тогда изъ такого единства, а не изъ отдѣльныхъ его элементовъ, и предметъ обвиненія и приговора составляетъ это единство. Сюда относятся случаи составныхъ (сложныхъ), собирательныхъ и продолжаемыхъ преступленій, между тѣмъ какъ длящіяся преступленія представляются едиными *естественными* дѣяніями [1]) Такимъ образомъ, единство дѣянія можетъ сохраняться съ точки зрѣнія одного законодательства и оказаться нарушеннымъ привлеченіемъ въ кругъ слѣдствія и приговора какихъ-либо фактовъ, съ точки зрѣнія другого законодательства. Если, напримѣръ, убійство, сопровождавшее кражу, и эта послѣдняя составляютъ особо предусмотрѣнное закономъ составное преступленіе, то убійство можетъ быть предметомъ дополнительнаго вопроса присяжнымъ (французское право) [2]), но тамъ, гдѣ матеріальное право не со-

---

[1]) Liszt—Lehrb., § 55 и стр. 237. Въ текстѣ употребляются термины въ томъ значеніи, какое имъ придастъ Н. Таганцевъ (Лекціи изд. 1902 г., стр. 1287, 1288; ср. Сергѣевскій—Русск. Угол. право, 1905 г., стр. 314, 315). См. также Wiarda—l. c., 387 стр., Stelling—op. c. 107 стр.

[2]) Являясь квалифицирующимъ обстоятельствомъ другого преступленія, кража, убійство, вообще самостоятельное дѣяніе сливаются съ тѣмъ преступленіемъ, и не могутъ быть предметомъ второго *главнаго* вопроса, а только условнаго, дополнительнаго, отвѣтъ на который можетъ послѣдовать только при доказанности первоначальнаго дѣянія; редакція второго вопроса должна быть такова: если подсудимый виновенъ въ дѣяніи, описанномъ въ первомъ вопросѣ, то сопровождалось ли это дѣяніе совершеннымъ подсудимымъ умышленнымъ лишеніемъ жизни лица А, или похищеніемъ такого-то имущества. Такъ и въ случаѣ § 214 германскаго кодекса: вопросъ долженъ гласить: «если подсудимый виновенъ въ описанномъ въ первомъ вопросѣ дѣяніи (убійство), то совершилъ ли онъ его при выполненіи такого-то преступленія? Поэтому, въ случаѣ отрицательнаго отвѣта на главный вопросъ, дополнительный долженъ остаться безъ отвѣта, и оправдательный приговоръ не препятствуетъ обвиненію того же лица въ этомъ второмъ преступленіи, такъ какъ оно перестаетъ быть только квалифицирующимъ обстоятельствомъ другого дѣянія, а снова получаетъ самостоятельное бытіе. Во французскомъ правѣ вопросъ о такомъ преступленіи часто ставится, какъ главный.

держитъ такого постановленія, убійство—самостоятельное дѣяніе, предметъ отдѣльнаго обвиненія. Точно такъ же, если законодательство данной страны не знаетъ, напримѣръ, профессіональнаго укрывательства (французское, въ отличіе отъ германскаго), то каждый изъ случаевъ послѣдняго сохраняетъ свою самостоятельность, и, если бы открылись на судебномъ слѣдствіи еще одинъ или два случая укрывательства, они не могли бы быть предметомъ приговора, развѣ бы данный процессуальный кодексъ допускалъ здѣсь суммарное обвиненіе (какъ герм. 265 § St P. O.) и тогда—при соблюденіи указанныхъ тамъ особыхъ условій. Съ другой стороны, единство дѣянія и вмѣстѣ съ тѣмъ единство обвиненія не нарушается тѣмъ, что это дѣяніе осуществляетъ сразу составъ нѣсколькихъ нормъ уголовнаго закона такъ, что примѣнима одна изъ нихъ, покрывающая все дѣяніе наилучшимъ образомъ (случай конкурренціи, по Листу, кажущейся конкурренціи законовъ), или такъ, что дѣяніе вполнѣ покрывается только нормами двухъ или болѣе законовъ (случай идеальной совокупности; по Листу—конкурренціи законовъ), напримѣръ: изнасилованіе близкой родственницы, составляющее въ то же время кровосмѣшеніе. Въ послѣднемъ случаѣ можетъ казаться, что каждое нарушеніе нормы даетъ отдѣльное право наказанія и служитъ основаніемъ отдѣльнаго обвиненія; но въ дѣйствительности, важно не количество нарушенныхъ нормъ, а количество дѣяній, произведшихъ нарушеніе; въ дѣйствительности совершено одно преступленіе, порождающее одно уголовное притязаніе и обосновывающее поэтому одно обвиненіе. Особенность заключается въ томъ, что подобный фактическій составъ, осуществленный дѣяніемъ, предусмотрѣнъ не однимъ постановленіемъ уголовнаго кодекса, а нѣсколькими, и необходимо опредѣлить, признаки какихъ нормъ нарушены, и затѣмъ примѣнить норму, искусственно выведенную изъ нихъ по правиламъ, установленнымъ для такихъ случаевъ закономъ, обыкновенно въ общей части кодекса (такъ § 73 St. G. B. f. d. Deut. R.); такъ: законъ можетъ содержать постановленіе, что при идеальной совокупности примѣняется болѣе строгій изъ уголовныхъ законовъ, диспозиція которыхъ нарушена дѣяніемъ, или что наказаніе, указанное въ болѣе строгомъ законѣ, еще повышается извѣстнымъ образомъ. Такимъ пріемомъ законодатель избавляетъ себя отъ трудной задачи предусмотрѣть различныя

комбинаціи составовъ и не обременяетъ кодексъ слишкомъ большимъ числомъ статей или параграфовъ. Но ничто не мѣшаетъ внести въ кодексъ, напр., спеціальное постановленіе объ изнасилованіи близкихъ родственницъ, и тогда единство преступнаго дѣянія станетъ вполнѣ очевиднымъ[1]).

Дѣйствительно самостоятельное дѣяніе будетъ только въ случаѣ реальной совокупности, и на такое, реально конкуррирующее дѣяніе, какъ дающее основаніе для отдѣльнаго обвиненія, приговоръ не можетъ быть распространенъ; такое дѣяніе будетъ другимъ, не тожественнымъ съ первоначальнымъ [2]).

При помощи этого критерія должны разрѣшаться прежде всего тѣ случаи, гдѣ новыя обстоятельства служатъ дополненіемъ фактовъ, изложенныхъ въ обвиненіи: пока эти обстоятельства не составляютъ дѣянія, реально конкуррирующаго съ тѣмъ, которое указано въ обвиненіи, они не нарушаютъ тожества, или единства, дѣянія, относятся къ предмету того же обвиненія и разрѣшаются въ томъ же и только въ томъ же процессѣ и не могутъ быть предметомъ отдѣльнаго иска. Таковы обнаружившіеся на судебномъ слѣдствіи элементы юридическаго единства или составного преступленія. Таковы, далѣе, отдѣльные моменты того же естественнаго единства [3]), напримѣръ: обстоятельства, относящіяся къ количеству похищеннаго (кромѣ кошелька часы), къ способу или интенсивности дѣйствія (вмѣсто одного ложнаго показанія въ томъ же дѣлѣ два или болѣе, вмѣсто одной раны или одного удара нѣсколько), къ размѣрамъ причиненныхъ дѣяніемъ послѣдствій (одинъ выстрѣлъ ранитъ нѣ-

---

[1]) Liszt - op. c. § 56, Wiarda—l. c., стр. 389, Stelling—op. c. 106 стр., Glaser—Handb. II, пр. 12 на 33 стр., Таганцевъ—Лекціи, стр. 1298—1301. Höpfner—Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Berlin. 1901, стр. 156, 157, 171—183.

[2]) Stelling—op. c., стр. 107, Glaser—Gerichtssaal, т. 36, стр. 116, Kries—Lehrb., стр. 569 («Der Richter würde mit sich selbst in Widerspruch treten, wenn er prozessualisch erklärte, es handle sich nur um *eine* That, materiellrechtlich aber, es seien zwei *selbständige* Handlungen»).

[3]) Ср. примѣры выше стр. 67, 78, 127, пр. 2 на 160 и 161 стр., 245 и Wiarda—368, 369, Stelling—op. c. стр. 109, Glaser—Gerichtssaal, 36, стр. 109, Kries—Lehrb., 569.

скольких, или одного ранитъ, а другого убиваетъ [1]), или поджогъ уничтожаетъ имущество и лицъ, находившихся въ сгорѣвшемъ домѣ) Всѣ эти дополненія составляютъ предметъ того же обвиненія и приговора, и новое преслѣдованіе за эти факты невозможно.

Напротивъ, приговоръ не можетъ быть распространенъ на реально конкуррирующее преступное дѣяніе, если бы оно и было связано съ первоначально инкриминируемымъ и даже упоминалось въ обвинительномъ актѣ (напримѣръ, какъ улика: угроза поджогомъ, когда заключительный пунктъ предъявляетъ обвиненіе только въ поджогѣ), хотя бы одно служило средствомъ для сокрытія или для выполненія другого (напримѣръ, подлогъ при растратѣ или мошенничествѣ), и противоположныя рѣшенія французскаго кассаціоннаго суда, прусскаго оберъ-трибунала и райхсгерихта слѣдуетъ признать неправильными [2]). Исключеніе составляютъ случаи, когда дѣяніе, служащее средствомъ совершенія другого, входитъ въ составъ этого послѣдняго или вмѣстѣ съ нимъ въ составъ иного преступленія (поврежденіе имущества, какъ взломъ при кражѣ, насиліе и половой актъ, какъ изнасилованіе) [3]).

Неправильно поэтому и мнѣніе Макса Бернера, который не только въ сейчасъ указанномъ случаѣ, но и вообще признаетъ однимъ въ процессуальномъ смыслѣ два самостоятельныхъ дѣянія, если они служатъ для осуществленія одного намѣренья [4]). Такимъ образомъ, понятіе «дѣяніе», какъ предметъ приговора, выходитъ у М. Бернера за предѣлы матеріально-правового понятія «дѣяніе» [5]); благодаря этому, М. Бернеръ признаетъ здѣсь, кромѣ Buri, John—op. c. II, 255 стр., Borgmann—op. c., стр. 61.

---

[1]) Такъ господствующее мнѣніе. См. Liszt — Lehrb., § 54—III, 1. Höpfner—op. c. §§ 12 и 13. Сергѣевскій—op. c., стр. 316. Ср. по поводу русскаго права Таганцевъ—Лекціи, стр. 1301 Реальную совокупность призна-

[2]) Ср. выше: стр. 128, 127, 160, 186, 272, пр. 1.

[3]) Ср. Liszt—op. c. § 55—4 и H. Meyer—Lehrb. (изд. 1895 г.), стр. 433 внизу.

[4]) M. Berner—op. c., стр. 65 и особенно § 34.

[5]) «Man ist zu sehr geneigt, von vornherein die That als mit den Grenzen des Delikts abgeschlossen anzusehen», упрекаетъ M. Berner противоположное мнѣніе (стр. 85).

етъ однимъ и тѣмъ же дѣяніемъ не только подлогъ документа, какъ средство совершенія обиды (ср. рѣш. райхсгерихта, выше, стр. 186), и обиду, но и единство двухъ реально конкуррирующихъ преступныхъ дѣяній, служившихъ для осуществленія совсѣмъ непреступнаго намѣренья — удаленія жильца изъ квартиры хозяиномъ дома (ср. выше, стр. 185) [1]).

Съ другой стороны, останавливаясь на указанномъ и вытекающемъ изъ природы уголовнаго иска критеріи единства дѣянія, что новыя обстоятельства не должны обосновывать наличность реальной совокупности, нѣтъ надобности обращаться къ помощи другихъ критеріевъ. Такъ: Глазеръ, самъ признающій, что тожество дѣянія оканчивается тамъ, гдѣ начинается реальная совокупность, предлагаетъ однако и процессуальный критерій для сомнительныхъ случаевъ, гдѣ отклоненіе приговора отъ обвиненія можетъ показаться слишкомъ неблагопріятнымъ для подсудимаго; здѣсь, говоритъ Глазеръ, нужно спросить себя, не будетъ ли еще болѣе неблагопріятнымъ допустить позже отдѣльное обвиненіе по поводу вновь обнаруженныхъ фактовъ, такъ какъ вообще допустимо всякое измѣненіе обвиненія, осуществленію котораго позднѣйшимъ обвиненіемъ препятствовало бы «non bis in idem» [2]). Но этотъ способъ разрѣшенія сомнительныхъ случаевъ нельзя назвать надежнымъ, такъ какъ трудно сказать, что въ отдѣльномъ случаѣ будетъ болѣе неблагопріятнымъ для подсудимаго, и неизвѣстно, чѣмъ долженъ руководствоваться судъ при разрѣшеніи этого вопроса? Гораздо опредѣленнѣе первый критерій, и гораздо легче опредѣлить, составляютъ ли новые факты реальную совокупность съ прежними; къ тому же и процессуальныя соображенія говорятъ въ пользу распространенія приговора на одно дѣяніе, служившее исторической подкладкой обвиненія, какъ на комплексъ фактовъ, порождающій матеріальное правоотношеніе, который не можетъ быть раздробленъ на отдѣльныя части и стать предметомъ нѣсколькихъ процессовъ безъ вреда для оцѣнки этого дѣянія въ отношеніи его къ уголовному закону. Другое же дѣяніе, само

---

[1]) M. Berner—op. c., стр. 85 и 89. Выводы М. Бернера Kries—Lehrb. пр. 2 на 567 стр.—называетъ совершенно ошибочными.

[2]) Gerichtssaal, т. 36, стр. 120 и 119.

стоятельное съ точки зрѣнія этого закона, не вліяетъ на всесторонее изслѣдованіе и оцѣнку первоначальнаго. Кругъ фактовъ, подлежащихъ рѣшенію въ томъ же процессѣ, замыкается тамъ, гдѣ они выполняютъ составъ отдѣльнаго преступленія.

Въ другомъ мѣстѣ [1]) Глазеръ въ примѣрѣ изъ англійской практики прибѣгаетъ къ сейчасъ изложенному процессуальному критерію. Тайный уводъ лошади, какъ обманъ (?) и взятіе съ нею и сѣдла, какъ кража (?), должны быть разрѣшены въ одномъ процессѣ: «если считать это распространеніе опаснымъ, то нужно только представить себѣ обратное положеніе и спросить себя, не поставляется ли въ опасность честное проведеніе правила: non bis in idem, если, послѣ того какъ кто-либо оправданъ по обвиненію въ похищеніи лошади, онъ снова обвиняется въ кражѣ сѣдла, которое онъ не могъ при данной обстановкѣ похитить иначе, какъ одновременно съ лошадью». Этотъ примѣръ можетъ быть признанъ удачной иллюстраціей того довода, что новое обвиненіе за то же дѣяніе подвергнетъ рѣшенію суда факты, уже разрѣшенные другимъ судомъ, но не больше; необходимость распространенія приговора и на кражу (скорѣе присвоеніе) сѣдла прямо вытекаетъ изъ того, что это преступленіе и обманъ были совершены однимъ и тѣмъ же дѣяніемъ: уводомъ лощади (съ полученнаго путемъ обмана согласія хозяина); былъ случай неоднородной идеальной совокупности. Не представляетъ трудности и другой примѣръ, разсматриваемый такъ же Глазеромъ: причиненіе раны одному и смерти другому лицу при одномъ и томъ же нападеніи. Если говорить здѣсь о единствѣ матеріальнаго случая (einheitlicher materieller Vorgang), какъ дѣлаетъ Глазеръ, то понятію «случай» придается болѣе широкое значеніе, чѣмъ дѣяніе, такъ какъ причиненіе раны одному и смерти другому только тогда представляетъ единство и предметъ одного рѣшенія, если были двумя результатами одного дѣянія, напримѣръ: одного брошеннаго снаряда, и одно то обстоятельство, что преступленія совершены «при одной и той же случайности» (Gelegenheit) [2]), при одномъ

---

[1]) Ibid., стр. 166 (пр. 77).

[2]) Такъ же Stenglein—op. c., стр. 296 sub c., John—op. c. II, 254 стр. и самъ же Glaser—l. c., стр. 116–119.

и томъ же нападеніи, само по себѣ не создаетъ единства: одного нападавшій могъ ранить ножомъ, другого утопить тутъ же въ рѣкѣ, и тогда оба преступленія составляютъ реальную совокупность и должны быть предметомъ двухъ обвиненій.

Нужно однако указать, что реально конкуррирующее преступное дѣяніе должно быть разрѣшено въ томъ же процессѣ, если обвиненіе сразу распространялось на это дѣяніе, хотя бы разсматривало его не, какъ самостоятельное, а, какъ элементъ продолжаемаго, собирательнаго или, какъ идеально конкуррирующее съ другимъ. Если судъ найдетъ это дѣяніе самостоятельнымъ, *реально* конкуррирующимъ, то въ этомъ, какъ справедливо *признаютъ германская и австрійская судебная практика*, *можно* видѣть только измѣненіе юридической точки зрѣнія на тѣ же дѣянія (выше, стр. 214 и 245 внизу).

До сихъ поръ рѣчь шла о такихъ измѣненіяхъ обвиненія, которыя составляли *дополненіе того же дѣянія* и выражались въ новыхъ обстоятельствахъ, присоединившихся къ фактамъ, изложеннымъ въ обвиненіи, такъ что и эти послѣдніе на судебномъ *слѣдствіи предполагались* доказанными. Но возможны и другіе случаи, гдѣ измѣненіе будетъ состоять въ обнаруженіи новыхъ фактовъ *вмѣсто* тѣхъ или части тѣхъ, которые приведены обвиненіемъ и которые, такимъ образомъ, вполнѣ или отчасти не подтвердятся. До какой черты допустимо такое измѣненіе, *опредѣляется согласно съ изложеннымъ выше*: новые факты должны быть измѣненіемъ того же дѣянія, но не полной замѣной этого дѣянія, не другимъ дѣяніемъ, которое могло бы быть совершено обвиняемымъ на ряду съ первоначальнымъ, которое могло бы существовать и при наличности, при доказанности первоначальнаго. Приговоръ, послѣдовавшій за такое дѣяніе, подставилъ бы на мѣсто первоначальнаго предмета обвиненія другой, по поводу котораго преслѣдованіе не было возбуждено. Когда, несмотря на замѣну фактовъ, приведенныхъ обвиненіемъ другими, обнаружившимися на судебномъ слѣдствіи, дѣяніе останется тѣмъ же,—нельзя указать общихъ положительныхъ признаковъ [1]) Причину этого Шанце справедливо

---

[1]) См. мотивы германскаго § 263 (Hahn—Mater., III, 206), Kries—Lehrb., 569 стр., Ullmann—Lehrb. (Deut.), стр. 490.

видитъ въ томъ, что «сравниваемые объекты (т. е. дѣяніе, указанное обвиненіемъ, и дѣяніе, констатированное приговоромъ) не общаго, а спеціальнаго свойства (Natur), не типы, а индивиды. Только общія свойства могутъ быть фиксированы заранѣе; но изъ ихъ наличности совсѣмъ не вытекаетъ тожество; ибо дѣло идетъ не объ опредѣленіи того, *одинъ* ли искъ (притязаніе, Anspruch) въ обоихъ случаяхъ, но—тотъ ли же самый» [1]). Поэтому совершенно неправильно ставить тожество въ зависимость отъ того, сохранился ли составъ того же преступленія, или,—не измѣнились ли конститутивные элементы послѣдняго, какъ дѣлаютъ Газенбальгъ или французская юриспруденція (autre fait); послѣдняя, правда, по другому соображенію [2]). Подсудимымъ могутъ быть совершены два одинаковыхъ преступленія, и приговоръ можетъ констатировать совсѣмъ не то, о которомъ предъявлено обвиненіе, и для вопроса о тожествѣ дѣяній, констатированнаго и первоначально возведеннаго, могутъ оказаться существенными индивидуализирующія или специализирующія обстоятельства, такъ: если окажется, что дѣяніе совершено не въ указанное обвиненіемъ время, а въ другое, или въ другомъ мѣстѣ, или другимъ способомъ, то возможно, что тожество нарушится, хотя *преступленіе* останется тѣмъ же. Когда это произойдетъ—quaestio facti. Обыкновенно, если измѣненіе такого обстоятельства не есть простая поправка ошибочнаго указанія обвинительнаго акта или другого равнозначащаго документа, а нарушаетъ тожество случая, измѣнятся и нѣкоторыя другія обстоятельства [3]). Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, суду нужно будетъ интерпретировать предъявленное обвиненіе, чтобы опредѣлить, какое именно событіе имѣлъ въ виду обвинитель, при чемъ можетъ имѣть значеніе, есть ли въ

---

[1]) Schanze въ упомянутой статьѣ въ Zeitschrift Листа, 1884 года, стр. 474.

[2]) Выше, стр., 98, пр. 2, стр. 100, 268. Невѣрно также Schwarze въ преніяхъ по поводу 264 § St. P. O. («Wenn ein constitutives Element des bezeichneten Delicts sich ändere und dadurch letzteres in eine andere Delictsform übergehe, werde in der Regel auch die Identität nicht mehr vorhanden sein».—Hahn—l. c., стр. 880).

[3]) Kries—Lehrb. 569, 570 стр. и примѣры изъ судебной практики выше, стр. 41, 44, пр. 2, стр. 66, 189, 190. Ср. пр. 3 на 270 стр.

данномъ случаѣ основаніе предполагать, что подсудимымъ кромѣ указаннаго обвиненіемъ были совершены другія подобныя же дѣянія. Если, напримѣръ, предъявлено обвиненіе о кражѣ со взломомъ изъ дома А. различнаго платья, а будетъ обнаружено слѣдствіемъ похищеніе посредствомъ взлома изъ конюшни В. лошадей, то судъ можетъ разсматривать это дѣяніе, какъ другое, а не, какъ модификацію первоначальнаго, особенно, если потерпѣвшимъ А. было сдѣлано заявленіе о произведенной у него кражѣ. Судъ тогда, не установивши *этой* кражи, долженъ оправдать подсудимаго, и не въ правѣ осудить его за обнаруженную кражу лошадей у В.

Нельзя также считать показателемъ тожества дѣянія тожество конкретнаго дѣйствія, какъ полагала прусская практика, такъ какъ, съ одной стороны, конкретная дѣятельность можетъ остаться неизмѣнной, но тожество быть нарушеннымъ, вслѣдствіе измѣненія другихъ моментовъ дѣянія, какъ это явствуетъ изъ приведеннаго сейчасъ примѣра—и похищеніе, и взломъ доказаны, но обвиненіе говоритъ объ одной кражѣ, а судебное слѣдствіе констатируетъ другую. Съ другой стороны, и при отсутствіи тожества конкретнаго дѣйствія, дѣяніе можетъ остаться тѣмъ же, напримѣръ: доказано мошенничество вмѣсто присвоенія, хотя при первомъ дѣйствіе состоитъ въ возбужденіи ложнаго представленія и въ полученіи имущества, при второмъ въ обращеніи чужого, переданнаго для какой-либо цѣли имущества, въ свою пользу. Но тутъ хоть есть общій элементъ дѣятельности—взятіе чужой вещи, въ случаѣ же, если установлено судебнымъ слѣдствіемъ укрывательство, подстрекательство, интеллектуальное пособничество или недонесеніе вмѣсто главнаго виновничества (Thäterschaft), или vice versa, конкретное дѣйствіе совершенно измѣняется, но тожество дѣянія, указаннаго обвиненіемъ и констатированнаго приговоромъ, сохраняется, благодаря отношенію къ одному и тому же результату [1]).

---

[1]) Kries—Lehrb, стр. 570, 571; Ullmann—Lehrb. (Deut.), стр. 492 (внизу) и 493; Löwe—2 къ § 263. Ср. еще M. Berner—op. c, стр. 73. Слишкомъ стѣсняетъ поэтому понятіе «то же дѣяніе» условіе тожества, выставляемое Штеллингомъ (op. c., стр. 29—31, 102—109) для «содѣяній» (въ отличіе отъ упущеній): необходимость сохраненія хотя бы одного элемента,

Единственная граница, которая можетъ быть здѣсь обозначена, состоитъ въ томъ, что часть фактическихъ указаній обвиненія должна непремѣнно сохраниться, и при томъ часть, относящаяся къ осуществленію признаковъ преступленія, часть спеціализирующихъ обстоятельствъ, потому что только при этомъ условіи можно говорить, что прежнее дѣяніе измѣнилось, если же обнаруженное судебнымъ слѣдствіемъ дѣяніе не будетъ имѣть ни одного общаго признака съ прежнимъ, то первое будетъ самостоятельнымъ дѣяніемъ, которое могло бы составить реальную совокупность съ прежнимъ, если бы и это послѣднее было доказано, и которое слѣдовательно должно быть предметомъ отдѣльнаго, другого обвиненія [1]). Поэтому тѣлесное поврежденіе можетъ быть дополненіемъ кражи (разбой) и составить предметъ дополнительнаго вопроса, но не можетъ быть само поставлено на мѣсто кражи и быть предметомъ второго главнаго вопроса: тожества между тѣлеснымъ поврежденіемъ и кражей нѣтъ, ни одинъ изъ фактовъ, нужныхъ для состава перваго, не требуется для состава второй [2]). Но если сохраняются только индивидуализирующія обстоятельства мѣста, времени и т. п., то нельзя говорить о тожествѣ дѣянія. Въ одно время (если говорить о

который онъ называетъ Handlung, изъ дѣятельности, осуществляющей умыселъ отъ момента покушенія до момента delictum consummatum. Это «Ausführungshandlung» и представляетъ «устойчивый элементъ» обвиненія. Укрывательство начинается послѣ указываемаго Штеллингомъ предѣльнаго момента «Ausführungsthätigkeit». Сказанное въ текстѣ можно примѣнить и къ укрывательству лицъ, и противоположное мнѣніе John'a неосновательно (См. выше стр. 179 и рѣш. австр. кассац. суда стр. 247). Переходъ отъ профессіональнаго укрывательства къ кражѣ также не нарушитъ тожества, если одинъ изъ приведенныхъ обвиненіемъ случаевъ укрывательства относился именно къ этой кражѣ.

[1]) Ср. Stenglein—op. c. 1 къ 263 § St. P. O., John – op. c. II, стр. 254.

[2]) Ср. выше стр. 156. При постановкѣ вопроса о тѣлесномъ поврежденіи *безотносительно* къ вопросу о дѣяніи, квалифицирующимъ обстоятельствомъ котораго оно является, приговоръ постановляется за другое дѣяніе при отрицательномъ отвѣтѣ на первый (главный) вопросъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ вердиктъ при отвѣтѣ *только* на этотъ вопросъ неправиленъ. Ср. выше французскую практику (103 и 131 и 132 стр.) и Dalloz – Repert., XXVIII, пр. 1, на 628 стр.

доступной для обвиненія точности, опредѣляемой, конечно, не секундами) можетъ быть совершено и два и болѣе дѣяній, реально конкуррирующихъ, то же нужно сказать и о мѣстѣ или объектѣ преступленія: одинъ и тотъ же листокъ чековой книжки можетъ быть похищенъ или же можетъ быть поддѣланъ, и обвиняемый въ кражѣ былъ бы осужденъ за другое дѣяніе, если бы осужденіе послѣдовало за подлогъ, хотя бы тогда же и тамъ же совершенный [1]) Такъ же разрѣщается случай перехода отъ мошенничества къ подлогу: каждое изъ нихъ можетъ существовать независимо отъ другого, какъ реально конкуррирующее дѣяніе; изъ того, что посредствомъ обмана похищено имущество, не слѣдуетъ, что не было подлога, и наоборотъ [2]); одно преступленіе слагается изъ фактовъ, совсѣмъ не нужныхъ для того, чтобы получить составъ другого, и это прекрасно видно изъ способа постановки вопросовъ: вопросъ о подлогѣ не долженъ быть поставленъ въ условной формѣ на случай отрицанія вопроса о мошенничествѣ; присяжные могутъ признать доказаннымъ и то, и другое; такимъ образомъ, обнаруженные факты не будутъ варіантомъ приведенныхъ обвиненіемъ, исключающимъ первоначальный варіантъ. Угроза не будетъ варіантомъ поджога или убійства, хотя бы угрожали именно этимъ преступленіемъ, присвоеніе заложенной вещи не будетъ варіантомъ ростовщической сдѣлки, обманное полученіе кредита варіантомъ продажи имущества во вредъ кредитору. Во всѣхъ этихъ случахъ оба предположенія возможны одновременно, оба дѣянія могутъ составить реальную совокупность.

Съ помощью этого пріема можно объяснить и возможность перехода обвиненія отъ укрывательства, недонесенія, подстрекательства и т. п. къ виновничеству или пособничеству и обратно. Что такое измѣненіе есть модификація первоначальнаго, а не имѣетъ предметомъ другое самостоятельное дѣяніе, видно изъ того, что они не могутъ существовать одновременно (подстрекательство и совершеніе) и одна форма участія въ преступномъ событіи поглощаетъ другую [3]). Правда, укрывательство и недо-

---

[1]) Kries—l. c. См. также примѣръ выше, стр. 247.

[2]) Glaser—Gerichtssaal, 36, стр. 115.

[3]) Liszt—Lehrb. § 52—IV, Binding—Handb., I, стр. 360.

несеніе суть delicta sui generis, но нельзя не видѣть ихъ придаточнаго, субсидіарнаго характера къ главному преступленію; поэтому болѣе правильнымъ слѣдуетъ признать мнѣніе, отрицающее возможность реальной совокупности пособничества и подстрекательства съ укрывательствомъ [1]); подстрекательство и пособничество должны поглотить укрывательство, какъ и недонесеніе: послѣднее само собою предполагается при соучастіи или главномъ виновничествѣ; что касается укрывательства, совершеннаго пособникомъ или подстрекателемъ, то какой смыслъ наказывать за дѣяніе, криминализація котораго вызвана стремленіемъ законодателя настигнуть дѣятельность лицъ, хотя не участвующихъ въ самомъ преступленіи, но участвующихъ въ выгодахъ отъ послѣдняго или поддерживающихъ преступниковъ, въ томъ случаѣ, когда такое лицо само участвовало въ преступленіи? Особое мѣсто, занимаемое укрывательствомъ и недонесеніемъ въ уголовномъ кодексѣ, и опредѣленіе наказанія не по правиламъ о наказаніи соучастниковъ не лишаютъ эти дѣянія придаточнаго характера. При переходѣ отъ одного изъ этихъ преступленій къ главному, и обратно, какъ вѣрно указываетъ райхсгерихтъ, сохраняется часть утвержденій обвиненія.

Необходимо теперь обратиться къ другой сторонѣ вопроса —къ обезпеченію интересовъ подсудимаго при послѣдовавшемъ измѣненіи обвиненія, такъ какъ вліяніе этого измѣненія на систему защиты безспорно и такъ какъ оно именно служило главнымъ основаніемъ теорій, стоявшихъ за систему неизмѣнности или частичной допустимости измѣненій, хотя эти теоріи и связывались искусственно съ обвинительнымъ принципомъ. Въ

---

[1]) Такъ Merkel въ Holtzend. Handb. d. Deut. Strafrechts. IV, стр. 425, 426; Liszt—l. c. Kohler—Studien aus dem Strafrecht, I (Mannheim, 1890 г.), стр. 118—120. Kohler, впрочемъ, признаетъ реальную совокупность укрывательства съ подстрекательствомъ или совиновничествомъ, если виновный въ послѣднемъ получилъ еще особую выгоду, напримѣръ: откупилъ у соучастниковъ ихъ доли; этотъ выводъ нельзя признать правильнымъ. Вообще за совокупность (иногда однако идеальную) въ этихъ случаяхъ H. Meyer—Lehrb., 259 стр. и большинство германскихъ криминалистовъ (Olshausen—27 къ 257 § St. G. B.; см. еще № 28 ibid. колебанія судебной практики).

дѣйствительности же, какъ справедливо указываетъ Кризъ, вопросъ долженъ быть поставленъ въ ближайшее отношеніе къ принципу устности, съ которымъ связывается концентрація всего матеріала къ одному моменту—судебному слѣдствію—и изъ котораго вытекаетъ обязанность для каждой изъ сторонъ поставить противника въ извѣстность, какія утвержденія она дѣлаетъ и какія доказательства представляетъ въ подтвержденіе ихъ (обязанность заблаговременнаго увѣдомленія, *Informationspflicht*), для того, чтобы противникъ могъ приготовить матеріалъ, необходимый для опроверженія [1]). Если утвержденіе не сдѣлано заблаговременно или доказательство, которое приводится, не названо заранѣе, противная сторона въ правѣ требовать, чтобы ей было предоставлено время для полученія нужныхъ для опроверженія этихъ доказательствъ или этихъ фактовъ свѣдѣній, или же отказаться отъ отвѣта на несвоевременно представленныя доказательства или выдвинутые факты. Именно поэтому въ обвинительный актъ должны быть включены результаты предварительнаго производства и указаніе на представляемыя къ судебному слѣдствію доказательства и даже на тѣ факты, которые утверждаетъ обвинитель. Послѣднее, хотя и не предписано 198 мъ §-омъ германскаго устава (см. выше, главу V), выводится въ Германіи изъ § 245 St. P. O. [2]), который не знаетъ преклузивнаго срока для представленія новаго матеріала, но предоставляетъ суду отложить слушанье дѣла по просьбѣ той стороны, противъ которой выставляется несвоевременно названное доказательство или «подлежащій доказыванію фактъ» [3]).

Исходя изъ этой обязанности своевременнаго увѣдомленія и принимая во вниманіе принципъ матеріальной истины, въ силу котораго все, могущее пролить свѣтъ на дѣло, должно быть

---

[1]) См. Kries въ указ. статьѣ (Zeitschrift, IX, 25, 26 стр.) и въ Lehrbuch, стр. 531, 255.

[2]) Löwe—3 къ 245 § St. P. O., Keller—2 къ 245 § St. P. O.

[3]) По мнѣнію Глазера, законъ имѣетъ въ виду не случаи обнаруженія новыхъ фактовъ, о которыхъ до того времени не упоминалось, а формально выставленное положеніе, подлежащее доказыванію (Handb. I, 418, пр. 4, и стр. 424). Ср. Löwe—5 къ 245 § и Schwarze—Erörterungen praktisch wichtiger Materien aus dem Deutschen Strafprocessrechte. 2-tes Heft. Leipzig. 1880 г., стр. 86.

разсмотрѣно, и который не признаетъ ни фикцій, ни пресумцій, ни преклузивныхъ сроковъ до самаго момента постановленія вердикта или приговора [1]), слѣдуетъ признать, что измѣненіе обвиненія, основанное или на новыхъ выводахъ изъ прежде указанныхъ фактовъ (чисто юридическое измѣненіе), или на новыхъ обстоятельствахъ, должно быть, во первыхъ, сообщено подсудимому, который въ противномъ случаѣ можетъ не считаться съ происшедшимъ измѣненіемъ и часто даже не замѣтить его; во-вторыхъ, подсудимому должно быть дано время для того, чтобы приготовиться къ опроверженію новыхъ юридическихъ выводовъ или новыхъ обстоятельствъ [2]); *первое достигается предупрежденіемъ подсудимаго* или указаніемъ ему на то, что обвиненіе можетъ представиться въ иномъ видѣ, при этомъ указаніе должно быть опредѣленнымъ и сдѣлать для подсудимаго яснымъ, какой юридическій характеръ получаетъ измѣнившееся обвиненіе; если же измѣненіе чисто фактическое, не вліяющее на квалификацію, то на это можетъ быть просто обращено вниманіе подсудимаго послѣ того, какъ представлено доказательство, изъ котораго это измѣненіе вытекаетъ, напримѣръ: послѣ допроса эксперта, дающаго заключеніе, что смерть потерпѣвшаго послѣдовала не отъ удара тупымъ орудіемъ, а отъ удушенія. *Второе*—предоставленіе времени для подготовки—*достигается перерывомъ или отсрочкой разбирательства.* Опредѣлить заранѣе, какое время необходимо для подготовки подсудимаго или защитника къ опроверженію новыхъ выводовъ и въ особенности новыхъ обстоятельствъ, совершенно невозможно Это зависитъ отъ обстановки отдѣльнаго случая [3]); отъ того, насколько новое

---

[1]) См. Birkmeyer—D. Strafproz. § 20, особ. стр. 97.

[2]) Подъ новыми нужно разумѣть обстоятельства, не указанныя въ заключительномъ пунктѣ обвинительнаго акта, который и долженъ предоставлять единственную окончательную формулировку обвиненія. Опредѣленіе суда, если сохранить преданіе суду, можетъ исправить обвиненіе или замѣнить его. Но одновременно признавать нужными и обвинительный актъ, и опредѣленіе обвинительной камеры ведетъ только къ неудобствамъ, при ихъ неполномъ совпаденіи. Если обстоятельство упоминалось въ исторической части обвинительнаго акта, то это можетъ вліять только на вопросъ объ отсрочкѣ, но предупрежденіе необходимо.

[3]) Ср Schwarze—l. c., стр. 88; Glaser—Handb., I, 424.

обстоятельство можетъ оказать вліяніе на защиту подсудимаго отъ того, была ли бы она иная, будь это обстоятельство ему извѣстно прежде, и, если подсудимый или защитникъ представитъ доводы, въ силу которыхъ недостатокъ времени дѣйствительно не позволяетъ привести возраженія противъ новаго обстоятельства, или прямо укажутъ на тѣ доказательства, которыя могутъ служить къ опроверженію такого факта, то судъ обязанъ отложить засѣданіе или предписать тѣ или другія слѣдственныя дѣйствія, напримѣръ: вызовъ свидѣтелей въ подтвержденіе alibi. Оцѣнка значенія доводовъ подсудимаго должна принадлежать суду, такъ какъ въ противномъ случаѣ подсудимый можетъ всегда сорвать засѣданіе по незначительному поводу, когда противъ новаго обстоятельства нельзя вообще привести никакого аргумента. Но *отклоненіе ходатайства объ отсрочкѣ должно быть мотивировано и подлежать повѣркѣ высшей инстанціи*, которой должно быть предоставлено право опредѣлить, было ли основательно ходатайство при данной обстановкѣ, констатируемой судомъ. При такомъ порядкѣ исчезаетъ опасность небрежнаго отношенія суда къ вопросу объ отсрочкѣ [1]); опасаться же недобросовѣстности въ изложеніи въ постановленіи суда фактической стороны дѣла не больше основаній, чѣмъ при всякомъ констатированіи судомъ фактовъ, которое однако безспорно принадлежитъ ему при оцѣнкѣ доказательствъ въ постановляемомъ приговорѣ. При этомъ совершенно безразлично значеніе новыхъ обстоятельствъ для наказанія [2]), и дѣлать отсрочку обязательной въ случаѣ перехода къ болѣе тяжкому преступленію [3]), а въ остальныхъ случаяхъ факультативной, нѣтъ основаній; уже скорѣе, если опасаться произвола суда, слѣдуетъ устранить оцѣнку судомъ необходимости для защиты отсрочки во всѣхъ случаяхъ измѣнившагося обвиненія, какъ въ Норвежскомъ законодательствѣ, или даже пойти еще дальше и сдѣлать ее обязательной и при новомъ обстоятельствѣ, не вліяющемъ

---

[1]) Ср. выше, стр. 219.

[2]) Правильно Kries—Zeitschr., IX, 26.

[3]) Въ пользу этого H. Meyer—Mitwirkung, стр. 53—58, котораго пугаетъ возможность отказа въ отсрочкѣ при переходѣ къ преступленію, наказуемому смертной казнью.

на квалификацію. Въ пользу этого раздаются иногда голоса: говорятъ, что злоупотребленій со стороны подсудимаго нечего опасаться, такъ какъ не въ его интересѣ тянуть дѣло [1]). Едва ли это можно признать общимъ правиломъ и это вѣрно только въ отношеніи лицъ, находящихся въ предварительномъ заключеніи, да и въ этомъ случаѣ могутъ быть разныя соображенія оттянуть разрѣшеніе дѣла, въ расчетѣ на смерть или дальнюю отлучку важнаго свидѣтеля обвиненія, на болѣе благопріятный составъ присяжныхъ, на возможность къ новому засѣданію подготовить какого-либо лжесвидѣтеля, или изъ желанія провести зимнюю пору года въ тюрьмѣ, а не отправляться на каторгу [2]). *Обязательнымъ для суда можно признать только требованіе подсудимымъ перерыва засѣданія* при измѣнившемся обвиненіи, такъ какъ немедленное представленіе доводовъ въ пользу отсрочки или ходатайство о какихъ-либо слѣдственныхъ дѣйствіяхъ часто окажется невозможнымъ для подсудимаго и защитника, въ виду неожиданности измѣненія. Необходимость нѣкотораго времени дли того, чтобы собраться съ мыслями, взвѣсить значеніе новыхъ выводовъ или новыхъ фактовъ и опредѣлить способъ борьбы съ ними, не подлежитъ сомнѣнію, и требованіе перерыва должно быть непремѣнно удовлетворено. Если же подсудимымъ или защитникомъ немедленно послѣ измѣненія обвиненія или же послѣ сдѣланнаго перерыва будутъ указаны какія-либо обстоятельства, опровергающія новые факты и требующія провѣрки [3]), или предложены новые доказательства, то судъ, признавая значеніе этихъ обстоятельствъ, постановитъ объ отсрочкѣ разбирательства и о производствѣ дополнитель-

---

[1]) Въ пользу этого Wahlberg -- Krit. d. Entwurfes, стр. 48—50. Такое предложеніе было внесено Вольфсономъ при обсужденіи проекта 264 § германскаго устава. Hahn—l. c. III, 877 стр.

[2]) Опасенія частыхъ ненужныхъ отсрочекъ высказываетъ Schwarze—Arch. d. Criminalrechts Neue Folge 1853 г., стр. 42; ср. еще стр. 41 и 45.

[3]) Напримѣръ, что изъ указаннаго свидѣтелемъ помѣщенія нельзя слышать разговора, который онъ приписываетъ подсудимому и вслѣдствіе котораго дѣяніе превращается изъ неосторожнаго въ умышленное убійство, и что поэтому новое обстоятельство—умыселъ—должно быть отвергнуто. Такое утвержденіе въ большинствѣ случаевъ совпадетъ съ просьбой о производствѣ повѣрочныхъ дѣйствій (напр., осмотра на мѣстѣ).

ныхъ слѣдственныхъ дѣйствій; а не признавая,—долженъ будетъ мотивировать свое мнѣніе, постановляя объ отказѣ въ отсрочкѣ [1]), и высшая инстанція—ревизіонная или кассаціонная —опредѣлитъ правильность вывода суда существа. Что касается ссылки на новыя доказательства въ опроверженіе измѣнившагося обвиненія, то судъ не долженъ отклонять ходатайство о привлеченіи и этихъ доказательствъ, исходя изъ предположеній о ихъ недостовѣрности, или безрезультатности или, ссылаясь на достаточную выясненность дѣла [2]). Зная раньше о выступившихъ на судебномъ слѣдствіи обстоятельствахъ, подсудимый могъ бы привести и тѣ доказательства, которыхъ онъ теперь не представилъ, и если бы они были представлены, то въ силу принципа общности доказательствъ (см. выше стр. 320, пр. 4) который слѣдуетъ признать наиболѣе правильнымъ, они подлежали бы разсмотрѣнію суда при желаніи подсудимаго. Несвоевременность обнаруженья фактовъ, измѣняющихъ обвиненіе, не должна повлечь для подсудимаго умаленіе его правъ. Только несущественность для дѣла тѣхъ обстоятельствъ, въ подтвержденіе или въ опроверженіе которыхъ сдѣлана ссылка на доказательства, даетъ основаніе къ отклоненію ходатайства объ отсрочкѣ для представленія ихъ. Такъ: при измѣненіи мѣста или времени совершенія, подсудимый можетъ просить о допросѣ свидѣтелей для установленія того, что онъ въ это время находился въ другомъ городѣ, или просить объ опредѣленіи разстоянія мѣста совершенія отъ мѣста, гдѣ онъ находился незадолго до того, чтобы установить невозможность прибыть на мѣсто совершенія къ моменту преступленія; при новомъ квалифицирующемъ обстоятельствѣ, заключающемся въ томъ, что растрата произведена опекуномъ у подопечнаго, подсудимый можетъ просить объ отсрочкѣ для того, чтобы представить до-

---

[1]) Напримѣръ, что и при указываемомъ подсудимымъ разстояніи мѣста, гдѣ онъ находился, отъ мѣста совершенія, онъ могъ прибыть туда въ такое-то время, прошедшее между моментомъ, когда его видѣли въ первомъ мѣстѣ, и моментомъ убійства.

[2]) Такъ: отказъ въ осмотрѣ мѣста въ примѣрѣ, указ. въ пр. 3 на стр. 348, потому, что умыселъ вытекаетъ и изъ другихъ данныхъ, предрѣшалъ бы вопросъ факта въ судѣ присяжныхъ. (Ср. Glaser—l. c.).

кументы, доказывающіе, что опекунскія отношенія къ моменту растраты уже окончились; при переходѣ отъ обвиненія въ любострастіи или публичномъ оскорбленіи стыдливости къ обвиненію въ изнасилованіи, подсудимый можетъ сослаться на лечившаго его врача въ подтвержденіе того, что во время, къ которому относится преступленіе, онъ, подсудимый, страдалъ заразительной болѣзнью, которая передалась бы потерпѣвшей; при обвиненіи въ кражѣ подсудимый можетъ не вызывать свидѣтелей или не представлять документовъ въ подтвержденіе своихъ правъ на похищенную, по словамъ обвинителя, вещь, потому, напримѣръ, что такимъ путемъ обнаружились бы какія-либо обстоятельства изъ жизни подсудимаго, открывать которыя онъ не желаетъ [1]), и потому, что онъ и безъ того увѣренъ въ невозможности для обвинителя доказать тайное похищеніе; но при переходѣ обвиненія къ присвоенію, подсудимый предпочтетъ, въ силу необходимости, использовать и упомянутыя доказательства, которыхъ однако можетъ не быть подъ рукою.

Что касается интересовъ обвиненія, то прокуроръ не можетъ требовать отсрочки для того, чтобы собрать матеріалъ въ подкрѣпленіе другого варіанта дѣянія; возможно одно изъ трехъ: 1) или доказаны моменты, измѣняющіе обвиненіе, тогда оно должно быть разрѣшено немедленно, и просить объ отсрочкѣ можетъ только подсудимый, 2) или же они не доказаны, но есть указанія на новыя доказательства, подтверждающія измѣнившееся обвиненіе, напримѣръ: указаніе на слова какого-либо невызваннаго пока свидѣтеля или на документъ, или 3) наконецъ, нѣтъ ничего кромѣ предположеній, намековъ, неопредѣленныхъ утвержденій, что дѣяніе произошло иначе; отсрочка можетъ послѣдовать, по ходатайству обвинителя, только во второмъ случаѣ для привлеченія новыхъ доказательствъ, но не въ третьемъ для ихъ собиранія. Иначе обвинитель, предвидя оправданіе, могъ бы ему всегда воспрепятствовать и затянуть дѣло [2]).

---

[1]) См. случай изъ прусской практики (Goldt. Arch. X, стр. 248), гдѣ подсудимая — проститутка сослалась при переходѣ обвиненія отъ кражи платья къ растратѣ на то, что она получила платье отъ обвинительницы—хозяйки, чтобы носить при пріемѣ посѣтителей.

[2]) Собственно только въ первомъ изъ этихъ случаевъ можно говорить о томъ, что обвиненіе измѣнилось. Что касается второго случая, то объ

Дѣло можетъ быть отложено и безъ ходатайства сторонъ, если самъ судъ найдетъ нужнымъ лучше разъяснить тѣ или другія обстоятельства, которыя могутъ измѣнить обвиненіе и которыя пока недостаточно установлены, хотя и обнаружились на судебномъ слѣдствіи и представляются весьма вѣроятными. Такая отсрочка можетъ послѣдовать также только для *опредѣленныхъ* слѣдственныхъ дѣйствій, которыя и предпишетъ судъ, напримѣръ: для экспертизы, для вызова новыхъ свидѣтелей, на которыхъ сдѣланы указанія на судебномъ слѣдствіи, для полученія необходимыхъ свѣдѣній изъ какого-либо присутственнаго мѣста (напримѣръ: о разстояніи, возрастѣ, опекунскихъ отношеніяхъ) и т. п. Это вытекаетъ изъ инструкціоннаго принципа. Напротивъ, отсрочка дѣла судомъ не для такой опредѣленной цѣли, а для производства розыска доказательствъ другого характера дѣянія, на основаніи неопредѣленныхъ догадокъ или намековъ какого-либо свидѣтеля, и направленіе дѣла въ стадію предварительнаго слѣдствія были бы проявленіемъ слѣдственнаго принципа и не должны быть допущены [1]).

Таковы результаты, къ которымъ приводитъ изслѣдованіе отношенія приговора къ обвиненію, основанное на историческихъ данныхъ, на разсмотрѣніи положительнаго права европейскихъ государствъ и взглядовъ въ наукѣ и на анализѣ сущности обвинительнаго процесса. Посмотримъ, насколько наше отечественное законодательство и судебная практика соотвѣтствуютъ этимъ выводамъ.

измѣненіи рѣчь можетъ быть уже послѣ отсрочки и приведенія новыхъ доказательствъ. Такъ какъ такая отсрочка можетъ быть обременительна для подсудимаго, судъ долженъ взвѣсить значеніе новаго доказательнаго матеріала, ради котораго она испрашивается, съ особенной тщательностью. Ср. Glaser Handbuch, I, 424 и пр. 16 ibid. Недопустимость *такой* отсрочки въ англійскомъ процессѣ можно объяснить боязнью злоупотребленій обвинителя при развитіи частнаго порядка преслѣдованія.

[1]) Ср. 243 § ч. 3 германскаго устава и по этому поводу Löwe—7a къ 243 § и Kries—Zeitschr. IX, стр. 26 подъ цыфрой 3.

ГЛАВА IX.

Русское право.

Отношеніе приговора къ обвиненію въ мировыхъ учрежденіяхъ. Формулировка обвиненія въ обвинительномъ актѣ въ общихъ судебныхъ мѣстахъ. Исправленіе неполноты и неточностей обвиненія при постановкѣ вопросовъ. Права сторонъ и суда при постановкѣ вопросовъ. Предѣлы допустимыхъ измѣненій обвиненія по Уставу Угол. Суд.; взгляды въ литературѣ русскаго уголовнаго процесса и въ судебной практикѣ. Мѣры, съ которыми связано измѣненіе обвиненія въ русскомъ правѣ. Значеніе юридическихъ препятствій къ всесторонней оцѣнкѣ дѣянія. Принципъ «ne bis in idem» въ русскомъ правѣ. Отношеніе приговора къ обвиненію въ Проектѣ новой редакціи Уст. Угол. Суд.

Въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ отношеніе приговора къ обвиненію нормируется ст. 751, 752, 753, а также 21 и 22 Уст. Угол. Суд., изъ которыхъ первыя три опредѣляютъ предметъ вопросовъ, подлежащихъ разрѣшенію присяжныхъ, а въ судѣ безъ ихъ участія — разрѣшенію коронныхъ судей въ общихъ судебныхъ мѣстахъ; ст. же 21 и 22 устанавливаютъ принципъ «ne bis in idem» для всѣхъ уголовныхъ приговоровъ [1]). Въ мировыхъ учрежденіяхъ, а также у земскихъ начальниковъ и городскихъ судей, предметомъ приговора можетъ быть не только обвиненіе, исходящее здѣсь отъ потерпѣвшаго или отъ органовъ полиціи и администраціи, но и всякій усмотрѣнный такимъ судьей при производствѣ другого дѣла проступокъ, если онъ

---

[1]) Эти статьи примѣняются и въ производствѣ у земскихъ начальниковъ и городскихъ судей (ст. 1 Прав. объ устр. суд. ч., разд. II-й).

подлежитъ преслѣдованію независимо отъ жалобы потерпѣвшаго[1]). Это предписаніе закона—3 п. 42 ст. Уст. Уг. Суд. и 3 п. 169 ст. Прав. объ устр. судеб. части, разд. II,—представляетъ исключеніе изъ общаго правила, въ силу котораго функціи суда и обвиненія являются раздѣльными и которое признано нашимъ Уст. Уг. Суд. въ другихъ случаяхъ. Даже въ стадіи предварительнаго производства судебный слѣдователь ограничиваетъ сферу изслѣдованія только преступленіемъ, за которое возбуждено уголовное преслѣдованіе [2]), а въ отношеніи другого преступленія, которое обнаружится при производствѣ начатаго дѣла и не имѣетъ существенной связи съ послѣднимъ, принимаетъ только мѣры къ сохраненію слѣдовъ новаго дѣянія и къ пресѣченію подозрѣваемому способовъ уклоняться отъ слѣдствія, а къ производству предварительнаго слѣдствія приступаетъ не иначе, какъ по предложенію прокурора (314 ст. Уст. Уг. Суд.). Судебная Палата въ качествѣ органа преданія суду за преступленія, влекущія лишеніе всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, согласно 535 ст., постановляетъ опредѣленія по отношенію также только къ тѣмъ лицамъ, которыя къ отвѣтственности привлечены, и къ тѣмъ преступленіямъ, за которыя они преслѣдуются. Возбужденіе уголовнаго преслѣдованія составляетъ обязанность не суда, а особаго органа—прокурора, за исключеніемъ дѣлъ, которыя могутъ быть оканчиваемы примиреніемъ и обвиненіе по которымъ возбуждается и поддерживается частнымъ обвинителемъ. Прокурору же принадлежитъ окончательная формулировка обвиненія и отстаиванье его на судѣ. Эта формулировка производится въ обвинительномъ актѣ, который служитъ основой главнаго (судебнаго) слѣдствія и чтеніемъ котораго оно открывается. Кромѣ случаевъ, для ко-

---

[1]) См. Шрамченко и Ширковъ Уст. Угол. Суд. С.-Петербургъ. 1902 г. ст. 42 положен. 45. Измѣненіе квалификаціи дѣянія предоставляется судьѣ: напр., осужденіе за клевету вмѣсто обиды, какъ указывала частная жалоба (рѣш. сената 1872 г. № 1236); за самоуправство вмѣсто мошенничества (рѣш. 1874 г. № 227). См. также рѣш 1871 № 1473, 1873 г., № 725 (вмѣсто клеветы обида на письмѣ), и № 984, 1888 № 4 (вмѣсто 38-й 35 ст. Уст. о наказ.).

[2]) Но начато можетъ быть предварительное слѣдствіе и по непосредственному усмотрѣнію судебнаго слѣдователя (5 п. 297 ст. У. У. С.).

торыхъ законъ установилъ преданіе суду, формулировка обвиненія въ обвинительномъ актѣ не подлежитъ судебной повѣркѣ (ст. 527, 547 Уст. Уг. Суд.). Когда же обвинительный актъ направляется въ обвинительную камеру—Судебную Палату, то она, предавая обвиняемаго суду, не только повѣряетъ обвиненіе съ точки зрѣнія его основательности, но и принимаетъ мѣры къ лучшему уясненію дѣла, можетъ направить дѣло къ дослѣдованію, внести въ списокъ свидѣтелей и экспертовъ, подлежащихъ вызову въ судебное засѣданіе, и другихъ лицъ, кромѣ вызываемыхъ прокуроромъ, а также исправляетъ обвинительные акты: напримѣръ, измѣняя квалификацію дѣянія. Сверхъ того, при несогласіи Окружнаго Суда съ заключеніемъ прокурора о прекращеніи возбужденнаго преслѣдованія, Судебная Палата еще въ большей мѣрѣ принимаетъ на себя роль обвинителя, чѣмъ въ сейчасъ указанныхъ случаяхъ: обвиненіе исходитъ отъ Судебной Палаты (ст. 528). При этомъ, а также, когда Палата измѣняетъ обвинительный актъ, опредѣленіе ея составляется такъ, чтобы замѣнить послѣдній, и оно именно представляетъ формулировку обвиненія и читается при открытіи судебнаго слѣдствія (ст. 537 и 678 въ изд. Шрамченко № 1).

Что касается содержанія обвинительнаго акта, то въ немъ, согласно 520 ст. У. У. С., «должны быть означены: 1) событіе, заключающее въ себѣ признаки преступнаго дѣянія; 2) время и мѣсто совершенія сего преступнаго дѣянія, насколько это извѣстно; 3) званіе, имя, отчество и фамилія или прозвище обвиняемаго; 4) сущность доказательствъ и уликъ, собранныхъ по дѣлу противъ обвиняемаго; 5) опредѣленіе по закону: какому именно преступленію соотвѣтствуютъ признаки разсматриваемаго дѣянія.

Разсмотримъ теперь отношеніе приговора къ формулированному такимъ образомъ обвиненію. Законъ опредѣляетъ это отношеніе такъ:

Ст. 751. Основаніемъ вопросовъ по существу дѣла должны служить не только выводы обвинительнаго акта, но также судебное слѣдствіе и заключительныя пренія, въ чемъ они развиваютъ, дополняютъ или измѣняютъ тѣ выводы.

Ст. 752. О преступномъ дѣяніи, не предусмотрѣнномъ въ обвинительномъ актѣ, но обнаруженномъ при судебномъ слѣдствіи, вопросы не предлагаются, если оно по закону подвергаетъ

наказанію болѣе строгому, чѣмъ дѣяніе, въ томъ актѣ опредѣленное.

Ст. 753. Въ случаѣ, указанномъ въ предшедшей (752) статьѣ, дѣло обращается вновь къ предварительному слѣдствію, если это окажется нужнымъ, и къ составленію обвинительнаго акта по всѣмъ преступнымъ дѣйствіямъ подсудимаго [1]).

Такимъ образомъ, предметъ приговора составляютъ прежде всего выводы обвинительнаго акта, т е. первоначальное обвиненіе. Обвинительный актъ распадается на двѣ части—историческую, излагающую событіе, давшее начало преслѣдованію, и заключительную, представляющую выводъ изъ изложенныхъ обстоятельствъ, предъявляющую подсудимому опредѣленное обвиненіе, взводящую на него какое-либо преступленіе. Именно эта заключительная часть, этотъ выводъ и долженъ быть предложенъ разрѣшенію присяжныхъ или поставленъ на свое разрѣшеніе судомъ тамъ, гдѣ онъ дѣйствуетъ безъ участія присяжныхъ. Конечно, какъ вытекаетъ изъ предыдущихъ главъ настоящаго изслѣдованія, формула обвиненія должна отличаться возможной опредѣленностью, и всякія поправки, вносимыя въ обвиненіе въ судебномъ засѣданіи, будутъ ли то фактическія измѣненія, или же только юридическія, должны сопровождаться *принятіемъ извѣстныхъ мѣръ, обезпечивающихъ защиту подсудимаго*. Хотя наша судебная практика, какъ мы увидимъ, и обратила вниманіе на это, но сами мѣры не могутъ быть признаны достаточными, особенно при постановкѣ вопросовъ не на основаніи данныхъ судебнаго слѣдствія, а по обвинительному акту. Въ этомъ, впрочемъ, виноватъ не столько Сенатъ, сколько самъ законъ. Но тѣмъ большей тщательности слѣдовало бы требовать отъ составителей обвинительныхъ актовъ. Если поправки и измѣненія обвиненія не обставлены должными гарантіями защиты, то необходимо, чтобы формулировка обвиненія въ обвинительномъ актѣ, по крайней мѣрѣ насколько это позволяетъ имѣющійся въ виду обвинительнаго органа матеріалъ, была опредѣленна и не заставляла подсудимаго только угадывать, въ

---

[1]) Эти статьи относятся и къ производству въ судѣ безъ участія присяжныхъ (рѣш. Сената 1874 г. № 96).

чемъ его обвиняютъ [1]). Иначе смотритъ на это Сенатъ. Вполнѣ устранимые и въ то же время существенные недостатки обвинительныхъ актовъ не признаются поводомъ кассаціи, если они исправлены при постановкѣ вопросовъ Къ такимъ недостаткамъ слѣдуетъ отнести упущеніе какого-либо изъ признаковъ преступленія въ выводѣ обвинительнаго акта, когда въ то же время сдѣлана ссылка на статью уголовнаго закона, или даже отсутствіе всѣхъ такихъ признаковъ; неопредѣленность вывода вслѣдствіе общаго указанія на уголовный законъ безъ ссылки на ту именно часть закона, которую имѣетъ въ виду обвиненіе, и безъ приведенія точныхъ признаковъ взводимаго на обвиняемаго преступленія или обстоятельствъ, имъ соотвѣтствующихъ; двоякую квалификацію инкриминируемаго дѣянія посредствомъ указанія различныхъ статей уголовнаго закона, при чемъ само дѣяніе выступаетъ только въ общихъ чертахъ. Судъ въ этихъ случаяхъ или самостоятельно, или по предложенію прокурора вноситъ въ вопросы недостающіе признаки или, вѣрнѣе, согласно неправильной теоріи, усвоенной Сенатомъ, конкретныя обстоятельства, въ которыхъ выразились эти признаки, восполняя указанные недостатки изъ всего содержанія обвинительнаго акта и опредѣленія о преданіи суду или изъ ссылки ихъ на статью уголовнаго закона; а при неопредѣленности вывода обвинительнаго акта суду предоставляется выбирать, по признакамъ какой части приведенной статьи или по какой изъ нѣсколькихъ приведенныхъ статей формулировать вопросы.

Такъ: въ дѣлѣ Кудрина и друг. совсѣмъ не указаны были признаки преступныхъ дѣяній подсудимыхъ, обвинявшихся по ст. 202 и 203-й Улож., пред. принадлежность къ скопческой ереси и распространеніе ея; Сенатъ, находя это неправиль-

---

[1]) Вѣрныя замѣчанія по этому поводу у Арсеньева (Преданіе суду. С.-Петербургъ 1870 г., стр. 100—104). Еще болѣе неопредѣленную формулировку, чѣмъ Сенатъ, рекомендуетъ Буцковскій (Очерки судебн порядковъ С.-Петербургъ 1874 г., стр. 419—423): достаточно юридическое опредѣленіе рода или главнаго вида преступленія, напр.: обвиненіе предъявляется не въ убійствѣ или причиненіи смертельной раны безъ умысла на убійство, а въ лишеніи жизни, не въ разбоѣ или грабежѣ, а въ насильственномъ отнятіи имущества, чтобы такимъ образомъ обвиненіе охватывало возможные варіанты случая. Такое мнѣніе противорѣчитъ тексту 5 п. 520 ст.

нымъ, высказалъ тѣмъ не менѣе, что это отступленіе отъ установленнаго порядка не уничтожаетъ силы и значенія, послѣдовавшихъ за преданіемъ суду дѣйствій, при которыхъ подсудимые имѣютъ полную возможность указать неправильность обвиненія [1]). Въ дѣлѣ Брыкова въ выводѣ обвинительнаго акта не было указано, что деньги отняты съ цѣлью похищенія; обвиненіе было предъявлено по 1637 и 1643 ст. Улож. о нак. Прокуроръ просилъ дополнить вопросъ словами: «съ цѣлью похищенія». Судъ отказалъ, находя, что этотъ признакъ не вытекаетъ ни изъ обвинительнаго акта, ни изъ судебнаго слѣдствія, ни изъ рѣчи обвинителя (?), и приговорилъ подсудимаго по 142 ст. Уст. о нак. Сенатъ кассировалъ приговоръ, находя, что этотъ признакъ подлежалъ включенію въ вопросъ, такъ какъ цѣль отнятія денегъ вытекала изъ существа изложенныхъ въ обвинительномъ актѣ обстоятельствъ, гдѣ другой цѣли не было указано, и изъ ссылки Палаты на 1637 и 1643 ст. Улож. [2]). Въ другомъ случаѣ упущенный признакъ (предумышленье), по мнѣнію Сената, былъ правильно включенъ въ вопросъ, такъ какъ вытекалъ изъ приведенія въ обвинительномъ актѣ ст. 1451 и 4 п. 1453 и, при отсутствіи возраженія противъ редакціи вопросовъ, не нужно было отлагать засѣданіе для приготовленія подсудимаго къ защитѣ, ибо онъ зналъ, повидимому, что обвиняется въ предумышленномъ убійствѣ [3]). Въ дѣлѣ Левтѣева присяжнымъ былъ поставленъ вопросъ о поджогѣ обитаемаго зданія, т. е. по признакамъ 2 ч. 1612 ст., когда обвинительный актъ, ссылаясь на 1612 ст., не указывалъ именно 2-й части этой статьи. Жалоба подсудимаго, основанная на томъ, что въ опредѣленіи о преданіи суду не было выговорено, что подожженное зданіе было обитае-

---

[1]) Рѣш. Сенатъ 1871 г. № 1818 (стр. 2052).

[2]) Рѣш. 1870 г. № 565.

[3]) 1871 г. № 937; см. въ томъ же смыслѣ 1872 г. № 822 (стр. 1072). Есть однако рѣшенія, гдѣ Сенатъ находилъ, что судъ не обязанъ внести въ вопросъ недостающіе для состава преступленія признаки, если они не вытекали ни изъ содержанія обвинительнаго акта, ни изъ судебнаго слѣдствія, а только implicite заключались въ приведенной въ этомъ актѣ статьѣ закона— рѣш. 1869 г. № 577 (признакъ обмана при обвиненіи по 1666 и 1681 ст. Улож.; въ другомъ мѣстѣ этого рѣшенія говорится, что судъ даже не въ правѣ внести этотъ признакъ); 1869 г. № 321.

мое и потому объ этомъ нельзя было спрашивать присяжныхъ, оставлена Сенатомъ безъ послѣдствій, такъ какъ въ изложеніи обстоятельствъ дѣла въ обвинительномъ актѣ приведены фактическіе признаки прест., пред. во 2-й ч. 1612 ст. Улож. [1]). Въ дѣлѣ Ивкина [2]) преданіе суду послѣдовало по 1610 ст. Улож. о нак., безъ указанія ея отдѣловъ, и обвиненіе приписывало Ивкину, что онъ подложилъ въ крышу кабака Матвѣева зажженный свертокъ съ цѣлью поджечь жилое строеніе, «что однако было предотвращено усиліями постороннихъ лицъ». Судъ въ вопросѣ присяжнымъ вмѣсто взятыхъ въ ковычки словъ помѣстилъ другія: «но не препятствовалъ немедленному потушенію этого свертка, который былъ тотчасъ замѣченъ и затоптанъ другими». Прокуроръ настаивалъ на измѣненіи редакціи вопроса вполнѣ согласно съ обвинительнымъ актомъ и полагалъ, что преступленіе Ивкина больше соотвѣтствуетъ 3 п. 1610 ст. Сенатъ нашелъ, что въ обвинительномъ актѣ указаны только общіе признаки покушенія на зажигательство и судъ имѣлъ право и обязанность, на основаніи 751, 754 и 755 ст. Уст. Уг. Суд., помѣстить въ вопросѣ тѣ опредѣляющія виновность Ивкина обстоятельства, которыя соотвѣтствуютъ признакамъ одного изъ преступленій, указанныхъ въ трехъ пунктахъ 1610 ст. Сенатъ добавляетъ, что прокуроръ предлагалъ такое измѣненіе вопроса, которое не заключало въ себѣ точныхъ признаковъ преступленія, пред. 3 п. 1610 ст., и не отвѣчало и признакамъ 2 п. 1610 ст. Такимъ образомъ, Сенатъ какъ-бы признаетъ, что болѣе точная формулировка обвиненія при постановкѣ вопроса принадлежитъ прежде всего прокурору и только, если онъ не сдѣлалъ этого, суду. Въ рѣшеніи Сената, состоявшемся по прокурорскому протесту, ничего не говорится, изъ какихъ источниковъ восполнено обвиненіе въ вопросѣ присяжнымъ, чѣмъ руководствовался судъ при выбранной имъ формулировкѣ, и, если данными судебнаго слѣдствія, то какія мѣры были приняты въ интересахъ обезпеченія защиты? Надо полагать никакихъ, между тѣмъ обвиненіе впервые опредѣлилось при постановкѣ вопроса, и до этого момента подсудимому оставалось приготовиться ко

---

[1]) 1871 г. № 159.
[2]) 1869 г. № 120.

всякому обвиненію, основанному на 1610 ст., несмотря на то, что система защиты противъ каждаго изъ пунктовъ этого закона должна была представлять различія. Въ дѣлѣ Рязанова и друг. обвинительный актъ приписывалъ одному изъ подсудимыхъ продажу масла съ знаніемъ, что оно похищено, и не приводилъ вида похищенія, но ссылка была сдѣлана и на 1701 ст. Улож. о нак., и на 172 ст. Уст. о нак. Вопросъ былъ поставленъ о виновности Рязанова въ томъ, что онъ участвовалъ въ продажѣ масла, зная, что оно насильственнымъ образомъ похищено продававшими его лицами. Сенатъ нашелъ, что судъ не вышелъ изъ предѣловъ обвинительнаго акта, ибо хотя тамъ и говорилось: «со знаніемъ, что оно похищено и видъ похищенія не былъ указанъ», но изъ ссылки на 1701 ст. Улож. и 172 ст. Уст. о нак. вытекаетъ, что Палата предвидѣла случай продажи завѣдомо чрезъ насиліе полученнаго имущества [1]).

Ст. 752 и 753, съ которыми Сенатъ связываетъ мѣры обезпеченія защиты, признаны непримѣнимыми сюда. Если послѣднее и вѣрно, то нельзя все-же признать правильнымъ обвинительный актъ съ двойственной квалификаціей, особенно когда эвентуальное обвиненіе, которое и было разрѣшено присяжными, не было выражено ясно, когда не были приведены законные или конкретные признаки преступленія, а подсудимому приходилось ихъ угадывать, на основаніи ссылки на ст. закона [2]). Такой порядокъ тѣмъ опаснѣе, что большинство судящихся у насъ неграмотно и часто, особенно въ уѣздныхъ сессіяхъ, не имѣетъ защитника. Къ тому же законъ не говоритъ (5 п. 520 ст.) о возможности эвентуальныхъ пунктовъ обвинительныхъ актовъ, да въ нихъ нѣтъ и надобности при широкой возможности, по нашему Уставу, измѣненія обвиненія на основаніи матеріала судебнаго слѣдствія. Во всякомъ случаѣ всѣ эвентуальные пункты должны содержать указаніе на признаки опредѣленнаго преступленія, какъ категорически требуетъ 5 п. 520 ст. Уст. Уг. Суд.,

---

[1]) 1868 г. № 191.

[2]) Ср. Фонъ-Резонъ—Жур. Гражд. и Угол. права, 1874 г., книга III, стр. 119 и 120 и Арсеньевъ—ор. с., стр. 91,—который полагаетъ, что указаніе ст. закона до извѣстной степени исправляетъ неточность заключительныхъ выводовъ опредѣленія Суд. Палаты.

и вопросы присяжнымъ должны предлагаться о каждомъ изъ взводимыхъ на обвиняемаго преступленій, для того чтобы обвиненіе было разрѣшено судомъ въ цѣлости, чтобы оно было исчерпано въ приговорѣ, и судъ не въ правѣ ставить вопросъ объ одной изъ эвентуальныхъ квалификацій, иначе другую онъ молчаливо отвергаетъ самъ и вторгается въ область оцѣнки доказанности фактической стороны дѣянія или субсумціи ея, нарушая тѣмъ сферу вѣдомства присяжныхъ. Съ этимъ, впрочемъ, Сенатъ вообще не считается, требуя включенія въ вопросъ присяжнымъ не законныхъ признаковъ преступленія, а обстоятельствъ, въ которыхъ они, по мнѣнію суда, выразились. Что касается защиты подсудимаго, то Сенатъ въ неопредѣленности обвиненія не видитъ опасности для нея, не говоря въ то же время ни о предупрежденіи подсудимаго, ни объ отсрочкѣ при исправленіи въ вопросахъ недостатковъ обвинительнаго акта [1]) и даже полагаетъ, что означеніе въ обвинительномъ актѣ самаго вида и степени преступленія не только затруднительно или невозможно по одному лишь предварительному слѣдствію, но и «едва ли не безполезно, такъ какъ указаніемъ всѣхъ дѣйствій, составляющихъ предметъ обвиненія и рода преступленія, которому они соотвѣтствуютъ, достаточно достигается цѣль обвинительнаго акта, состоящая въ предоставленіи подсудимому возможности къ опроверженію какъ дѣйствительности фактовъ, входящихъ въ составъ обвиненія, такъ и преступности этихъ фактовъ» [2]). Но, если указаны всѣ дѣйствія, составляющія предметъ обвиненія, то почему преступленіе, которое имъ соотвѣтствуетъ, не должно быть указано ближе? Это вполнѣ возможно, развѣ бы было сомнѣніе въ субсумціи, но и въ этомъ случаѣ органъ обвиненія долженъ на чемъ-нибудь остановиться, при не-

---

[1]) Положеніе подсудимаго еще ухудшается, если, какъ было въ дѣлѣ Евгеніева, упущенный въ опредѣленіи о преданіи суду признакъ состава преступленія не внесенъ и въ вопросъ присяжнымъ, и тѣмъ не менѣе постановленъ обвинительный приговоръ (рѣш. Сената 1870 г. № 649); подсудимый узнаетъ о сущности обвиненія впервые изъ приговора, а до этого инкриминируемое дѣяніе могло ему представляться даже не преступнымъ; не говоря уже о томъ, что судъ вторгается въ область факта, отведенную присяжнымъ.

[2]) Рѣш. 1867 г. № 263.

согласіи же суда со взглядомъ прокурора или Палаты, можетъ быть предложенъ эвентуальный вопросъ, постановка котораго должна быть связана съ огражденіемъ интересовъ защиты. Если же неопредѣленность квалификаціи въ обвинительномъ актѣ есть слѣдствіе недостаточной полноты предварительнаго слѣдствія, то нужно было или дѣло направить къ дослѣдованію, или опять-таки внести въ обвинительный актъ то, что представляется болѣе установленнымъ, дополненіе же матеріала на судебномъ слѣдствіи должно дать основаніе дополнительному или эвентуальному вопросу. Тѣмъ болѣе возможно указаніе въ самомъ выводѣ, заключительномъ пунктѣ обвинительнаго акта признаковъ преступленія, если для этого есть матеріалъ въ обвинительномъ актѣ, и нельзя заставлять судъ разыскивать этотъ матеріалъ въ остальномъ содержаніи этого акта [1]). Такъ какъ вдобавокъ судъ можетъ измѣнять квалификацію дѣянія, сдѣланную Палатой или прокуроромъ [2]), то, при неопредѣленности фактическихъ или законныхъ признаковъ въ заключительномъ пунктѣ обвинительнаго акта, судъ можетъ поставить вопросы по признакамъ даже не того преступленія, на которое указываетъ ст. уголовнаго закона, тамъ приведенная, а какого-нибудь другого, вытекающаго изъ другихъ фактовъ, изложенныхъ въ исторической части обвинительнаго акта. Если вопросъ будетъ поставленъ о томъ же дѣяніи подсудимаго, то все-же выборъ обвиненія будетъ сдѣланъ судомъ, и то преступленіе, за которое Палата предала обвиняемаго суду, можетъ быть совсѣмъ не обсуждено присяжными [3]).

---

[1]) Ср. Селитренниковъ—О постановкѣ вопросовъ на судѣ уголовномъ С.-Петербургъ. 1875 г., стр. 87—90, который находитъ взглядъ Сената нарушающимъ букву закона (5 п. 520 ст.), смыслъ закона (обезпеченіе возможности защиты), подрывающимъ значеніе обвинительной камеры, какъ высшаго обвинительнаго судилища, и возлагающимъ на судъ трудную и не соотвѣтствующую ему задачу. Такъ же Лыкошинъ—Порядокъ постановленія приговоровъ въ военныхъ судахъ. С.-Петербургъ 1896 г., стр. 144, 145.

[2]) Рѣш. 1868 г. № 389 и 1869 г. № 826.

[3]) Именно въ этомъ заключается неправильность, но не въ томъ, что судъ уклоняется отъ первоначальной квалификаціи дѣянія и идетъ въ разрѣзъ съ убѣжденіемъ (не лучше ли сказать взглядомъ?) Палаты, между тѣмъ Селитренниковъ—ук. соч. 88, 89 стр.—оттѣняетъ именно послѣднее и полагаетъ, что судъ не въ правѣ *вообще* спрашивать присяжныхъ объ обстоя-

Тожество дѣянія остается и тогда, когда извѣстные элементы его замѣняются другими, и при ненарушимости тожества преступленіе, усмотрѣнное судомъ, и то, которое усматривалъ обвинительный органъ, хотя и не потрудился его формулировать иначе, чѣмъ ссылкой на ст. закона, могутъ быть различными и свою точку зрѣнія судъ долженъ былъ бы выразить въ эвентуальномъ вопросѣ, а точку зрѣнія Палаты или прокурора въ главномъ. Правда, прокуроръ и въ судебномъ засѣданіи можетъ исправить упущеніе обвинительнаго акта [1]), но, если онъ этого не сдѣлалъ или сдѣлалъ неудачно, какъ въ приведенномъ выше дѣлѣ Ивкина, то опредѣлить предметъ обвиненія приходится суду путемъ толкованія обвинительнаго акта.

Неопредѣленность обвиненія остается и въ случаѣ, когда въ выводѣ обвинительнаго акта изложены признаки преступнаго дѣянія, которое ставится въ вину подсудимому, но сдѣлана неправильная ссылка на ст. закона, предусматривающаго это дѣяніе. Сенатъ признаетъ это противорѣчіе между фактическими обстоятельствами, въ которыхъ тѣ признаки осуществились и которыя и приводятся большей частью въ выводѣ обвинительнаго акта, и диспозитивной частью уголовнаго закона, т. е. неправильную субсумцію, несущественнымъ недостаткомъ, такъ какъ вопросъ, предлагаемый присяжнымъ, не долженъ воспроизводить буквально выводъ обвинительнаго акта, который служитъ только основаніемъ вопроса, и послѣдній можетъ быть поставленъ по признакамъ того преступленія, которое въ фактическихъ обстоятельствахъ, изложенныхъ въ заключительномъ пунктѣ, усмотритъ судъ [2]). Фонъ-Резонъ полагаетъ, что отъ

тельствѣ, которое было въ виду Палаты, но было ею устранено (рѣш. 1872 г. № 642 – принужденіе при обвиненіи въ томъ, что подсудимые уговорили нѣкую Кузьмину перейти изъ православія въ расколъ—196 ст. Ул.).

[1]) Въ этомъ случаѣ судъ *обязанъ* включить въ вопросъ упущенный признакъ (Ср. выше стр 357 а также рѣшеніе 1870 г. № 448).

[2]) Рѣш. 1895 г. № 19, 1874 г. № 548 (фактическія данныя, изложенныя въ выводѣ обвинительнаго акта, подходили подъ 1453 ст. Улож.—предумышленное убійство съ цѣлью ограбленія, а не подъ 1629 ст.—разбой съ нападеніемъ на домъ—указанную въ этомъ актѣ; вопросъ поставленъ по 1453 ст.), 1868 г. № 389 (при обвиненіи въ подлогѣ бланковой надписи на векселѣ указана 1692 ст. Улож. о нак., судъ же примѣнилъ 1160 ст. Улож.).

такой противорѣчивости вывода обвинительнаго акта нѣтъ опасности для защиты, ибо falsa denominatio non nocet [1]); конечно, опасность въ этомъ случаѣ меньше, чѣмъ въ разсмотрѣнныхъ выше, но, что она не совершенно исключается, видно хотя бы изъ того, что предупрежденіе подсудимаго въ германскомъ правѣ требуется при измѣненіи точки зрѣнія на юридическое свойство дѣянія, хотя бы фактическая сторона обвиненія не измѣнилась и судебное слѣдствіе не внесло новыхъ обстоятельствъ, и даже въ судѣ присяжныхъ эту мѣру многіе находятъ необходимой и не считаютъ достаточнымъ предупрежденіемъ постановку вопроса по признакамъ преступленія, усматриваемаго въ тѣхъ же фактахъ судомъ. Кромѣ того, если подведеніе дѣянія, изложеннаго въ заключительномъ пунктѣ, подъ тотъ или другой законъ представляло сомнѣніе, то постановка присяжнымъ одного вопроса о томъ преступленіи, которое усматриваетъ судъ, устраняетъ отъ разрѣшенія присяжныхъ субсумцію дѣянія. Конечно, если въ выводѣ обвинительнаго акта приведены не фактическія обстоятельства, соотвѣтствующія законнымъ признакамъ, а эти послѣдніе, но ссылка на уголовный законъ имъ противорѣчитъ, то здѣсь въ сущности очевидная описка, и въ этомъ случаѣ, если вопросъ поставленъ по этимъ признакамъ, судъ, при утвердительномъ отвѣтѣ присяжныхъ, можетъ прямо примѣнить надлежащую статью Уложенія.

Въ разсмотрѣнныхъ случаяхъ фактическая сторона обвиненія не измѣнилась на судебномъ слѣдствіи; гораздо важнѣе другіе случаи, гдѣ такое измѣненіе произошло. Они предусмотрѣны той же 751 и затѣмъ 752 и 753-й ст. Уст. Уг. Суд.

Согласно 751-й ст., основаніемъ вопросовъ должны служить также судебное слѣдствіе и заключительныя пренія, въ чемъ они развиваютъ, дополняютъ или измѣняютъ выводы обвинительнаго акта. Судебное слѣдствіе вноситъ въ дѣло новыя обстоятельства, дополняющія или измѣняющія первоначальное обвиненіе, но какимъ образомъ дополненія или измѣненія могутъ быть вызваны заключительными преніями? Послѣднія не могутъ вносить новыхъ фактовъ и сами по себѣ не могутъ дать основаніе вопросу. «Дополнительные вопросы не могутъ быть по-

---

[1]) Уж. статья, l. c.

становляемы судомъ, говоритъ Сенатъ, вслѣдствіе односторонняго взгляда на событіе защитника, но должны вытекать изъ судебнаго слѣдствія и состязанія обѣихъ сторонъ, не выходящихъ изъ предѣловъ, указанныхъ 735 и 745 ст. Уст. Уг. Суд., т. е. относящихся къ существу разсмотрѣнныхъ и повѣренныхъ доказательствъ, а не новыхъ фактическихъ обстоятельствъ, не бывшихъ предметомъ судебнаго слѣдствія» [1]). «Постановка дополнительныхъ вопросовъ, говорится въ другомъ сенатскомъ рѣшеніи [2]), объ обстоятельствахъ, о которыхъ стороны упоминали только въ преніяхъ, но которыя не подтверждаются доводами, почерпнутыми изъ судебнаго слѣдствія, составляетъ нарушеніе 751 ст. Уст. Уг. Суд ». Итакъ пренія для того, чтобы вызвать постановку новаго (дополнительнаго или эвентуальнаго) вопроса, должны опираться на матеріалъ, добытый судебнымъ слѣдствіемъ. Съ другой стороны, при наличности такого матеріала, неупоминаніе о немъ въ заключительныхъ преніяхъ и отсутствіе заявленія прокурора, подсудимаго или защитника не лишаетъ суда права поставить такой вопросъ по собственной иниціативѣ; судъ даже обязанъ это сдѣлать. Это положеніе высказано Сенатомъ въ рядѣ рѣшеній [3]), и, дѣйствительно, нельзя придавать словамъ закона: «и заключительныя пренія» значеніе условія для постановки вопросовъ на основаніи данныхъ, обнаруженныхъ при судебномъ слѣдствіи. Это значило бы принять крайніе выводы обвинительнаго принципа, между тѣмъ уголовный процессъ по Уст. Уг. Суд совсѣмъ не проникнутъ строго обвинительнымъ принципомъ: судъ кладетъ въ основу приговора не только матеріалъ, представленный сторонами, прокуроръ не dominus litis и не можетъ взять обратно начатый имъ уголовный искъ, даже, при отказѣ его отъ обвиненія, оно все-таки должно быть разрѣшено присяжными и судомъ. Тѣмъ менѣе можно ожидать, что законъ вопросъ объ измѣнившемся обвиненіи хотѣлъ обусловить требованіемъ сторонъ или даже

---

[1]) Рѣш. 1872 г. № 3.

[2]) 1890 г. № 32.

[3]) Рѣш. 1868 г. № 254, 1869 г. № 576, 1873 г. № 233, 1874 г. № 310 (судъ ставитъ дополнительные и условные вопросы, не стѣсняясь требованіями сторонъ). Повидимому, то же право предоставляется суду и въ дѣлахъ, преслѣдуемыхъ въ частномъ порядкѣ (См. рѣш. 1870 г. № 972).

заключительными преніями. При такомъ взглядѣ, слова: «и заключительныя преніи» могли бы быть выпущены безъ потери для смысла 751 ст., такъ какъ они сами по себѣ не могутъ дать основаніе вопросу, а, если основаніе для него вытекаетъ изъ судебнаго слѣдствія, то будетъ ли это выражено въ рѣчахъ сторонъ, безразлично.

Но можетъ быть удареніе слѣдуетъ сдѣлать на словѣ «должны» и истолковать 751 ст. въ томъ смыслѣ, что она имѣетъ въ виду случай, когда обвиненіе измѣнилось на судебномъ слѣдствіи, по мнѣнію обѣихъ или одной изъ сторонъ, и онѣ въ преніяхъ указываютъ на это и находятъ нужнымъ поставить вопросъ по измѣнившемуся обвиненію, при чемъ судъ обязанъ тогда это сдѣлать, хотя бы, по его мнѣнію, для постановки не было основанія? Такой порядокъ соотвѣтствовалъ бы постановленіямъ новѣйшихъ западно-европейскихъ кодексовъ и господствующему въ наукѣ взгляду на задачу присяжныхъ. Судъ тогда былъ бы не въ правѣ входить въ оцѣнку того, насколько фактическія данныя обосновываютъ постановку вопроса, и не могъ бы исключить изъ вѣдомства присяжныхъ обстоятельства, которыя ему (суду) представляются недостаточно установленными [1]). Можно бы было пойти даже дальше и сдѣлать тотъ выводъ изъ ст. 751, что одни преніи, даже при отсутствіи новыхъ фактовъ, развивая или измѣняя выводы обвинительнаго акта и устанавливая иную точку зрѣнія на юридическое свойство дѣянія, составляющаго предметъ обвиненія, обязываютъ судъ предложить эту точку зрѣнія разрѣшенію присяжныхъ постановкой эвентуальнаго вопроса, и такимъ образомъ субсумцію дѣянія отнести къ ихъ задачѣ. Нельзя однако не признать, что такое толкованіе, какъ бы оно ни было желательно, было бы натянутымъ

---

[1]) См. напримѣръ, дѣло 1871 г. № 1401 гдѣ требуется, чтобы подсудимый доказалъ дѣйствительность того обстоятельства, о которомъ проситъ поставить вопросъ. Противъ этого Фонъ-Резонъ—ук. ст. 1874 г. кн. II, стр 142. По его мнѣнію, для постановки вопроса достаточно выраженнаго защитникомъ сомнѣнія о какомъ-либо обстоятельствѣ (неопредѣленное указаніе такого рода сдѣлано въ рѣш. 1868 г. № 743). См. также Селитренниковъ—ук. соч., стр. 128 и 129. Онъ находитъ достаточнымъ, если подсудимый только *доказываетъ* обстоятельство, измѣняющее обвиненіе, ибо, *доказалъ* ли, судъ не можетъ рѣшить самъ; это дѣло присяжныхъ.

и не имѣющимъ почвы. Въ самомъ дѣлѣ, трудно допустить, чтобы законъ ограничился частнымъ случаемъ и не содержалъ постановленія болѣе общаго: говоря о томъ, когда эвентуальный вопросъ *должно* быть поставленъ, умалчивалъ вообще о *возможности* такого вопроса и о правѣ ставить его безъ требованія сторонъ, хотя такое право судъ несомнѣнно имѣетъ, какъ указано выше и какъ обнаружится при разсмотрѣніи 752 и 753-й ст. Уст. Уг. Суд. Далѣе, законъ могъ бы сдѣлать постановку вопроса обязательной при ясно выраженномъ требованіи стороны, но едва ли при одномъ только указаніи въ рѣчахъ. Наконецъ, изъ того, что 763 ст. Уст. Уг. Суд. перечисляетъ случаи, когда вопросъ обязательно долженъ быть поставленъ при требованіи подсудимаго [1]), слѣдуетъ заключить, что въ другихъ случаяхъ, къ которымъ относятся и разсматриваемые выше, такой обязанности на судъ не возложено [2]). Если же ст. 751 употребляетъ выраженіе: «должны» быть постановляемы, то это указываетъ только, что, усматривая основаніе для дополнительнаго или эвентуальнаго вопроса въ матеріалѣ, добытомъ судебнымъ слѣдствіемъ, судъ не можетъ ограничиться вопросомъ по обвинительному акту и оставить возникшееся обвиненіе неразрѣшеннымъ, но, есть ли такой матеріалъ, объ этомъ рѣшаетъ судъ. Такимъ образомъ, ст. 751 устраняетъ возможность такой практики, какъ во Франціи, гдѣ вопросъ и при наличности основаній для него можетъ не быть поставленъ по соображеніямъ процессуальной тактики, хотя, какъ тамъ, такъ и у насъ, большей частью все будетъ зависѣть отъ добросовѣстнаго выполненія судомъ предписанія 751-й ст., ибо ничто не мѣшаетъ суду по тѣмъ же тактическимъ соображеніямъ не ставить вопроса подъ тѣмъ предлогомъ, что судебное слѣдствіе не дало для этого матеріала, или отказывать сторонамъ въ удовлетвореніи соотвѣтствующаго ходатайства по той же причинѣ. Все-таки категорическое требованіе 751-й ст. открываетъ воз-

---

[1]) О причинахъ, по коимъ дѣяніе не вмѣняется въ вину, или же о причинахъ отмѣны или уменьшенія наказанія, указанныхъ въ законѣ.

[2]) См. рѣш. 1871 г. № 1401, которое является руководящимъ. Въ рѣш. 1875 г. № 355 Сенатъ предоставляетъ суду и въ случаяхъ, пред. 763 ст. опредѣлить, вытекаетъ ли вопросъ изъ судебнаго слѣдствія.

можность кассаціи приговора при явномъ нарушеніи судомъ указанной обязанности, когда наличность данныхъ для постановки дополнительныхъ или эвентуальныхъ вопросовъ установлена протоколомъ судебнаго засѣданія, но вопросъ не былъ поставленъ.

Сенатъ предоставляетъ суду разрѣшать, измѣнилось ли обвиненіе на судебномъ слѣдствіи и есть ли основаніе для постановки вопроса по измѣнившемуся обвиненію, и находитъ невозможнымъ въ цѣломъ рядѣ рѣшеній входить въ оцѣнку правильности взгляда суда. Отказъ суда въ постановкѣ дополнительнаго или эвентуальнаго вопроса, по отсутствію для этого фактическихъ основаній, не признается поводомъ отмѣны приговора [1]). Точно такъ же характеръ происшедшаго измѣненія опредѣляетъ судъ: напримѣръ, онъ въ правѣ поставить услов. ный (эвентуальный) вопросъ объ укрывательствѣ, хотя защитникъ просилъ о постановкѣ условнаго вопроса по признакамъ недонесенія [2]). Но, предоставляя суду оцѣнку основательности ходатайства сторонъ, Сенатъ не совершенно устраняетъ возможность повѣрки взгляда суда при обжалованіи приговора въ кассаціонномъ порядкѣ и, если сторона позаботилась о занесеніи въ протоколъ обстоятельствъ, въ которыхъ усматривала измѣненіе выводовъ обвинительнаго акта, входитъ въ разсмотрѣніе того, насколько правиленъ былъ отказъ суда въ постановкѣ во-

---

[1]) Рѣш. 1868 г. № 9 и 102, 1867 г. № 492, 1869 г. № 48 и 567, 1871 г. № 937, 1872 г. №№ 3. 134, 195, 1874 г. № 171, 1875 г. № 235. Но, согласно рѣш. 1872 г. № 798, судъ не въ правѣ отказать въ постановкѣ вопроса по юридическимъ соображеніямъ, именно: по невоспрещенности уголовнымъ закономъ тѣхъ фактовъ, по поводу которыхъ предлагается стороной вопросъ. Такимъ образомъ, неожиданно Сенатъ оставляетъ субсумцію присяжнымъ. Противъ этого рѣшенія Салтыкова (стр. 120, 121), ибо въ силу 760 ст. вопросъ долженъ быть поставленъ по признакамъ *преступленія*, къ тому же такой вопросъ былъ бы безполезный тратой силъ. Нельзя однако согласиться съ тѣмъ возраженіемъ Салтыкова, что судъ становится при постановкѣ вопроса на мѣсто обвинительной камеры, а она не можетъ предавать суду дѣянія непреступныя. Но, если вопросъ предложенъ, какъ въ данномъ случаѣ сторочой, судъ не исполнитъ обвинительной функціи даже съ точки зрѣнія строго обвинительнаго принципа.

[2]) Рѣш. 1873 г. № 233.

проса [1]). Въ этомъ отношеніи особый интересъ представляетъ рѣшеніе Сената по дѣлу Совы. Послѣдній обвинялся въ убійствѣ и на вопросъ Предсѣдателя, признаетъ ли себя виновнымъ, отвѣтилъ: «раздражившись дѣйствіями Касимова, я рѣшился проучить его и ударилъ его коломъ три раза, не разбирая, куда попадутъ удары; съ перваго же удара Касимовъ не подалъ голоса». Защитникъ въ своей рѣчи, обращаясь къ присяжнымъ, выразилъ надежду, что, если они не признаютъ его доводовъ въ пользу полнаго оправданія достаточно убѣдительными, то признаютъ Сову виновнымъ не въ умышленномъ убійствѣ, а лишь въ нанесеніи побоевъ, послѣдствіемъ коихъ была смерть. Тов. прокурора и защитникъ просили судъ поставить сверхъ вопроса по обвинительному акту еще вопросъ о виновности Совы въ нанесеніи Касимову побоевъ, послѣдствіемъ которыхъ была смерть послѣдняго. Судъ отклонилъ это ходатайство на томъ основаніи, что вопросъ, предлагаемый сторонами, не вытекалъ изъ судебнаго слѣдствія. Сенатъ «нашелъ такое постановленіе суда произвольнымъ, ибо сознаніе подсудимаго и слова защитника, достовѣрность коихъ подтверждаетъ и самъ окружный судъ, несомнѣнно указываютъ, что требованіе сторонъ о постановкѣ этого (3-го) вопроса соотвѣтствовало судебному слѣдствію и судебнымъ преніямъ» [2]).

---

[1]) Въ этомъ смыслѣ рѣш. 1870 г. № 905, 1872 г., № 134, 1874 г. № 47 и № 723 (по дѣлу Совы) Противъ этой практики Селитреннковъ (129 стр.) на томъ основаніи, что въ кассаціонномъ порядкѣ недопустима повѣрка доказанности фактическихъ признаковъ, долженствовавшихъ войти въ составъ условнаго вопроса. Но Сенатъ провѣряетъ не доказанность фактовъ, а соотвѣтствіе ихъ признакамъ преступленія, отличающагося отъ того, которое возводится на подсудимаго обвинительнымъ актомъ, если эти факты *обнаружились* на судебномъ слѣдствіи и вытекали изъ показаній свидѣтелей, признанія подсудимаго или другихъ источниковъ доказательствъ; доказанность же фактовъ должны установить, согласно этимъ рѣшеніямъ Сената, присяжные, отвѣтивъ на поставленный вопросъ. Такимъ образомъ, Сенатъ входитъ въ оцѣнку *юридическаго* значенія обнаруженныхъ фактовъ, опредѣляя, слѣдовало ли поставить вопросъ, а такая оцѣнка не противорѣчитъ, а, напротивъ, соотвѣтствуетъ роли кассаціоннаго суда.

[2]) Въ практикѣ Сената былъ высказанъ однажды взглядъ, совершенно противоположный усвоенному имъ же въ приведенныхъ выше рѣшеніяхъ;

Вопросъ по измѣнившемуся обвиненію является дополнительнымъ или же условнымъ [1]), по разрѣшенію суда и присяжныхъ подлежитъ и главное обвиненіе, выраженное въ обвинительномъ актѣ. Согласно 751 ст., вопросъ, основанный на выводѣ послѣдняго долженъ быть поставленъ, и изъ противоположенія: «не только выводы..., но и судебное слѣдствіе» вытекаетъ, что судъ не можетъ ограничиться постановкою вопроса по измѣнившемуся обвиненію, а о главномъ (первоначальномъ) не ставить вопроса. Противоположный порядокъ давалъ бы суду право изъять совсѣмъ изъ обсужденія присяжныхъ или же не

но это рѣшеніе, какъ единственное, не имѣетъ руководящаго значенія: въ дѣлѣ Абрамова и Шиповалова (18 февр. 1871 г. № 329) прокуроръ въ заключительной рѣчи перешелъ отъ обвиненія въ участіи въ задушеніи (по обвин. акту) къ обвиненію въ предварительномъ соглашеніи на открытое похищеніе безъ участія въ самомъ похищеніи, при чемъ подсудимые стояли около дома, а затѣмъ раздѣлили между собою похищенное имущество, не зная о совершенномъ главнымъ виновнымъ убійствѣ, и просилъ о постановкѣ соотвѣтствующаго вопроса. Судъ отклонилъ ходатайство Сенатъ высказалъ, что «рѣчь прокурора составляетъ существенную часть судебнаго слѣдствія и, хотя не имѣетъ обязательной силы для суда, тѣмъ не менѣе оффиціальный обвинитель имѣетъ право требовать, чтобы взглядъ его на дѣло, когда онъ не совпадаетъ съ мнѣніемъ суда, былъ предложенъ на разрѣшеніе присяжныхъ въ числѣ поставляемыхъ имъ судомъ вопросовъ, и что въ постановленіи объ отказѣ въ измѣненіи или дополненіи редакціи вопросовъ судъ кромѣ того предрѣшилъ чисто фактическій вопросъ о разбойномъ нападеніи на домъ крестьянки Ивановой (судъ призналъ, что это не возбуждаетъ сомнѣнія, отклоняя ходатайство прокурора) и тѣмъ перешелъ въ предоставленную закономъ присяжнымъ засѣдателямъ область». Дало ли судебное слѣдствіе основаніе для взгляда прокурора, такимъ образомъ признается безразличнымъ, и рѣчь прокурора становится самостоятельнымъ источникомъ для постановки вопросовъ.

[1]) Измѣненія, не отражающіяся на составѣ преступленія, вносятся въ главный вопросъ, который, какъ было указано, не долженъ буквально повторять выводы обвинительнаго акта (рѣш. 1895 г. № 19, 1903 г. № 26): такъ напр., измѣненіе во времени кражи (рѣш. 1874 г. № 100. Сенатъ указываетъ, что стороны не возражали при постановкѣ вопроса и что нѣтъ основаній предположить, что отъ измѣненія въ датѣ событія у присяжныхъ могло возникнуть недоумѣніе при обсужденіи вины подсудимаго; и что вопросъ о давности не обсуждался), дополненіе въ подробностяхъ выполненія убійства (рѣш. 1870 г. № 454) или насилія при грабежѣ (1872 г. № 1665).

обсуждать совсѣмъ при постановленіи приговора безъ ихъ участія обвиненіе, предъявленное обвинительной властью. И то, и другое было бы неправильно, такъ какъ судъ вторгался бы въ область факта, самъ признавая это обвиненіе недоказаннымъ, и такъ какъ отсутствіе отвѣта по первоначальному обвиненію не соотвѣтствовало бы взгляду законодателя на объемъ законной силы приговора (ст. 21 и 22 Уст. Уг. Суд. см. ниже) [1]). Сенатъ однако признаетъ обязательной постановку вопроса по обвинительному акту только, если это обвиненіе поддерживаетъ прокуроръ въ судебномъ засѣданіи; въ противномъ случаѣ судъ только въ правѣ поставить соотвѣтствующій (главный) вопросъ, но не обязанъ и можетъ ограничиться постановкой вопроса по измѣнившемуся обвиненію [2]). Такимъ образомъ, прокурору дается власть, при согласіи суда, не ставить на разрѣшеніе обвиненія, предъявленнаго Палатой, что совсѣмъ не соотвѣтствуетъ общему значенію нашей прокуратуры, какъ обвинительнаго органа, находящагося подъ контролемъ обвинительной камеры [3]).

---

[1]) Въ томъ же смыслѣ Селитренниковъ—ук. соч., стр. 107—111, находящій, впрочемъ, что текстъ ст. 751-й не свидѣтельствуетъ опредѣленно противъ взгляда Сената. Нельзя однако раздѣлить опасеніе Селитренникова, а также Лыкошина—ук. соч., стр. 139—что, при неразрѣшеніи обвиненія по обвинительному акту, было бы возможно вторичное преданіе суду за то же преступленіе (неразрѣшенное). При тожествѣ дѣянія, бывшаго предметомъ вопроса въ первомъ процессѣ, и того, за которое пожелаютъ вновь предать суду (Селитренниковъ приводитъ именно такой примѣръ), новый процессъ исключается 21 и 22 ст. Уст. Уг. Суд. Ср. ниже.

[2]) Рѣш 1868 г. № 254, 1869 г. № 576 (обязанность суда поставить вопросъ по обвинительному акту, если этого требуетъ прокуроръ есть единственное ограниченіе власти суда при постановкѣ вопросовъ), 1872 г. № 673 1873 г. № 147, 1877 г. № 70.

[3]) См. также Селитренниковъ—ук. соч., стр. 108, 109. Лыкошинъ—ук. соч., стр. 159, 160; послѣдній приводитъ между прочимъ въ пользу этого совсѣмъ несостоятельное соображеніе, что «уголовная отвѣтственность подсудимаго опредѣлялась бы исключительно новымъ уменьшеннымъ обвиненіемъ, а, такъ какъ оно не было обслѣдовано надлежащимъ образомъ и подсудимый не былъ преданъ суду по этому обвиненію, то оно и не можетъ подлежать немедленному разрѣшенію». Но «обслѣдованіе» было произведено на судебномъ слѣдствіи, преданіе же суду относится къ дѣянію подсудимаго, а слѣдовательно и къ тому фактическому составу, поскольку не нарушено тожество,

Но *въ какихъ предѣлахъ допускается уклоненіе приговора отъ предъявленнаго обвинительной властью обвиненія?* Ст. 751 не даетъ опредѣленнаго отвѣта. Она говоритъ о развитіи, дополненіи и измѣненіи выводовъ обвинительнаго акта и не указываетъ границы, дальше которой происшедшее на слѣдствіи измѣненіе не можетъ быть положено въ основу вопросовъ и приговора. Отсюда можно заключить, что вопросъ долженъ быть поставленъ по измѣнившемуся обвиненію, въ чемъ бы измѣненіе ни состояло, лишь бы оно не переходило въ замѣну обвиненія, формулированнаго въ обвинительномъ актѣ: предметомъ послѣдняго является событіе или матеріальное дѣяніе подсудимаго, въ смыслѣ, разъясненномъ выше (въ главѣ VIII), слѣдовательно пока сохраняется тожество дѣянія, возможно всякое измѣненіе; а съ нарушеніемъ тожества, нельзя уже говорить о развитіи или измѣненіи выводовъ обвинительнаго акта или, иначе, изложеннаго тамъ дѣянія, ибо замѣна не есть измѣненіе. При такомъ пониманіи 751 ст., при обвиненіи въ кражѣ не можетъ быть поставленъ вопросъ объ изнасилованіи, какъ эвентуальный, т. е. вопросъ о другомъ дѣяніи, которое могло бы реально конкурировать съ первымъ, если бы первое осуществилось. Но такое толкованіе, основанное на смыслѣ слова «измѣненіе», конечно, не вполнѣ надежно, къ тому же ст. 751 говоритъ и о «дополненіи» выводовъ обвинительнаго акта, а такимъ дополненіемъ можно признать и новое дѣяніе, открывшееся на судебномъ слѣдствіи, кромѣ изложеннаго въ обвинительномъ актѣ (кромѣ кражи изнасилованье) и въ такомъ случаѣ вопросъ о послѣднемъ могъ бы быть поставленъ Итакъ вѣрнѣе всего, что за-

---

который далъ основаніе вопросу по измѣнившемуся обвиненію Волжинъ—Законъ и Жизнь. С.-Петерб. 1891 г. II, 150 - 152— полагаетъ, что въ судѣ безъ присяжныхъ при измѣненіи прокуроромъ обвиненія вопросъ по обвинительному акту можетъ не быть поставленъ. Но, такъ какъ судъ долженъ и съ своей стороны признать, что для вопроса по обвинительному акту нѣтъ основанія, то судъ предвосхитилъ бы свой приговоръ и въ послѣднемъ не могъ бы уже обсудить дѣяніе съ этой стороны, ибо не поставилъ на свое разрѣшеніе соотвѣтствующаго вопроса (рѣш. 1870 г. № 972). Недоказанность первоначальнаго обвиненія была бы разрѣшена не приговоромъ, а постановленіемъ суда о томъ, что главный вопросъ не долженъ быть поставленъ. Поэтому и въ судѣ безъ присяжныхъ должно быть соблюдаемо общее правило.

конодатель не имѣлъ намѣренья въ словахъ 751 ст.: «въ чемъ они развиваютъ, дополняютъ или измѣняютъ тѣ выводы» опредѣлить границу дозволенныхъ уклоненій отъ обвинительнаго акта. Эту *границу проводитъ* только *752 ст. Уст. Уг. Суд.* По слѣдняя представляетъ продолженіе 751 ст. и содержитъ запретъ постановки вопросовъ о преступномъ дѣяніи, не предусмотрѣнномъ въ обвинительномъ актѣ, а обнаружившемся при судебномъ слѣдствіи, если оно строже наказуемо по закону, чѣмъ дѣяніе, опредѣленное въ этомъ актѣ. Но и эта статья не отличается опредѣленностью, такъ какъ подъ *преступнымъ* дѣяніемъ, не предусмотрѣннымъ въ обвинительномъ актѣ, можно, пожалуй, понимать не другое дѣяніе, не другой матеріальный фактъ, а другое преступленіе, въ которое превратилось то же дѣяніе, на судебномъ слѣдствіи. Съ этой точки зрѣнія, если въ обвинительномъ актѣ говорилось о присвоеніи, а окажется на судебномъ слѣдствіи, что совершена была кража, то вопросъ (эвентуальный) о послѣдней не можетъ быть поставленъ, ибо она строже наказуема (ст. 1655 ч. 3 и 1681 и 1666 ч. 1), точно такъ же невозможенъ вопросъ о разбоѣ (ст. 1630), при обвиненіи въ вооруженной кражѣ (1653 ст. Улож.), и въ этихъ случаяхъ слѣдовало бы примѣнить 753-ю ст.: обратить дѣло снова къ предварительному слѣдствію и составленію новаго обвинительнаго акта «по всѣмъ преступнымъ дѣйствіямъ». Послѣднее выраженіе 753 ст. снова такъ неудачно, что допускаетъ и такое пониманіе, что въ указанныхъ случаяхъ новый обвинительный актъ говоритъ, напримѣръ, не только о наличности оружія и похищеніи имущества, какъ первоначальный, а объ употребленіи оружія съ цѣлью похищенія и объ этомъ послѣднемъ. Конечно, при такомъ толкованіи 752 й ст. о *другомъ дѣяніи*, кромѣ указаннаго въ обвинительномъ актѣ, вопросъ тѣмъ болѣе не могъ бы быть поставленъ, такъ какъ въ этомъ случаѣ отклоненіе отъ предъявленнаго обвиненія было бы еще важнѣе, чѣмъ при измѣненіяхъ въ предѣлахъ того же дѣянія. Но текстъ 752 ст. не исключаетъ и иного толкованія, а именно, что запрещается постановка вопроса о другомъ самостоятельномъ дѣяніи при условіи болѣе строгой его наказуемости по закону; при отсутствіи же этого условія и при всякомъ измѣненіи свойства того же, первоначальнаго дѣянія, вопросы должны быть поставлены и, конечно, 753-я ст. примѣнима только въ первомъ, но не въ двухъ

послѣднихъ случаяхъ. Это послѣднее толкованіе 752-й ст. находитъ для себя опору въ мотивахъ закона (ст. 753-й) и, въ виду этого, является предпочтительнымъ, соотвѣтствующимъ намѣренью законодателя. «Если судебное слѣдствіе усиливаетъ, говорится въ мотивахъ [1]), степень уголовной отвѣтственности, предусмотрѣнной въ обвинительномъ актѣ, то рѣшеніе дѣла необходимо отложить, чтобы не лишить возможности обвинителя зрѣло обдумать и формулировать обвиненіе, а подсудимаго — приготовиться къ защитѣ; но было бы крайне неудобно требовать дополненія или измѣненія обвинительнаго акта и пересмотра дѣла по поводу каждаго обвиненія, не предусмотрѣннаго въ обвинительномъ актѣ и обнаруженнаго лишь судебнымъ слѣдствіемъ. Такое обвиненіе должно подлежать безотлагательному разрѣшенію, если оно относится къ дѣйствію, которымъ сопровождалось, выведенное въ обвинительномъ актѣ преступленіе, или, хотя и къ отдѣльному дѣйствію, но къ такому, которое не можетъ увеличить степень наказанія, опредѣленнаго въ законѣ за главное преступленіе подсудимаго». Здѣсь ясно разграничивается измѣнившееся, благодаря вновь обнаружившимся обстоятельствамъ, обвиненіе при неизмѣнности тожества дѣянія, и новое самостоятельное обвиненіе за отдѣльное дѣяніе, которое неудачно названо дѣйствіемъ. Этому отдѣльному дѣйствію противополагается дѣйствіе, которымъ сопровождалось выведенное въ обвинительномъ актѣ преступленіе; это некорректное выраженіе, повидимому, охватываетъ случаи измѣненій въ предѣлахъ того же дѣянія, которое описано въ обвинительномъ актѣ; оно очень напоминаетъ выраженіе прусскаго закона: «ближайшія обстоятельства, которыми сопровождались факты, упомянутые въ обвиненіи». Такимъ образомъ, порядокъ, указанный въ 753 ст., признается мотивами непримѣнимымъ ко *всякимъ измѣненіямъ въ предѣлахъ того же дѣянія* и даже при обнаруженіи отдѣльнаго, т. е. могущаго находиться съ первымъ въ отношеніи реальной совокупности, дѣянія, если послѣднее, въ случаѣ доказанности обоихъ, не можетъ повлечь для подсудимаго наказанія по совокупности въ болѣе тяжкой степени, чѣмъ опредѣленное въ за-

---

[1]) См. мотивы 753-й ст. Уст. Уг. Суд. подъ этой статьей въ изд. госуд. канцеляріи.

конѣ за одно первоначальное дѣяніе (главное преступленіе). Въ этихъ случаяхъ мотивы каходили нужнымъ безотлагательное разрѣшеніе. Тотъ же принципъ выраженъ въ 752 ст. У. У. С. съ тою только разницей, что для безотлагательнаго разрѣшенія другого самостоятельнаго дѣянія условіе опредѣлено иначе, чѣмъ въ мотивахъ: вопросъ о такомъ дѣяніи можетъ быть предложенъ, *если оно наказуемо не строже*, чѣмъ первоначальное. Но это отличіе редакціоннаго свойства, такъ какъ, при принятой нашимъ Улож. о наказ. ко времени судебной реформы (до закона 3 февр 1892 г.) системѣ наказанія въ случаѣ реальной совокупности, новое дѣяніе не могло увеличить степени наказанія за первоначальное, если первое (новое) не было строже наказуемымъ.

Въ нашей процессуальной литературѣ Чебышевымъ-Дмитріевымъ былъ высказанъ взглядъ, что ст 752-я запрещаетъ постановку вопроса не только о новомъ строже наказуемомъ самостоятельномъ дѣяніи, но и о свойствѣ того же дѣянія, дѣлающемъ послѣднее болѣе тяжкимъ преступленіемъ [1]).

Буцковскій, а также Случевскій правильно понимаютъ 752-ю ст., какъ имѣющую въ виду случаи реальной совокупности [2]). По мнѣнію Будковскаго, эта статья говоритъ о дополнительномъ обвиненіи, подъ которымъ авторъ разумѣетъ обвиненіе въ новомъ преступномъ дѣяніи Но не всякое такое обвиненіе подлежитъ разрѣшенію въ томъ же процессѣ, если даже оно касается преступленія не строже наказуемаго, а только такое, которое сохраняетъ свой придаточный характеръ, такое, которое существуетъ рядомъ съ первоначальнымъ и кромѣ него. Когда же при судебномъ слѣдствіи доказано только новое дѣя-

---

[1]) Чебышевъ-Дмитріевъ - Русск. Угол. Судопр., стр. 638. Совершенно неправильно распространять, какъ полагалъ Суд. Вѣстникъ (см. Чебышевъ-Дмитріевъ—l. c.), 752-ю ст. по аналогіи на случаи вновь открывшагося обстоятельства, увеличивающаго наказаніе, хотя бы и не измѣняющаго существа преступленія, т. е. одного изъ обстоятельствъ, пред. 129 ст. Улож. о нак. Для примѣненія 752-й ст. по аналогіи нѣтъ основанія, такъ какъ она представляетъ *исключеніе изъ общаго правила* о допустимости вопросовъ и по измѣнившемуся обвиненію, а тотъ критерій, которымъ воспользовался законодатель для опредѣленія недопустимыхъ измѣненій—вліяніе на наказаніе, выбранъ совсѣмъ неудачно.

[2]) Буцковскій—Очерки, стр. 248; Случевскій—Учебникъ, стр. 614, 615.

ніе или, какъ выражается Буцковскій «когда по недостаточности доказательствъ, подтверждающихъ первоначальное обвиненіе, получаетъ полную силу обвиненіе дополнительное», оно не можетъ быть разрѣшено въ процессѣ, начатомъ по поводу перваго не подтвердившагося дѣянія, а составляетъ предметъ особаго процесса, «должно быть обращено къ отдѣльному и независимому отъ первоначальнаго производству». Соотвѣтственно съ этимъ Буцковскій находитъ возможнымъ вопросъ по дополнительному обвиненію ставить не иначе, какъ въ условной формѣ, съ указаніемъ, что онъ подлежитъ разрѣшенію только, когда подсудимый будетъ признанъ виновнымъ въ преступленіи, *предусмотрѣнномъ въ обвинительномъ актѣ* Слѣдовательно, если присяжные дадутъ отрицательный отвѣтъ по первоначальному обвиненію, процессъ долженъ окончиться постановленіемъ оправдательнаго приговора. Свой взглядъ Буцковскій мотивируетъ тѣмъ, что въ этомъ случаѣ, обвиненіе въ новомъ дѣяніи не можетъ оказать вліяніе на увеличеніе уголовной отвѣтственности по совокупности, ибо и совокупности нѣтъ, а есть одно дѣяніе. *Кромѣ того* «разрѣшеніе дѣла, говоритъ Буцковскій, безъ обвинительнаго акта по тому преступному дѣянію, которымъ опредѣляется уголовная отвѣтственность подсудимаго, и въ особенности, если это дѣяніе можетъ подвергнуть его лишенію или ограниченію правъ состоянія, было бы несогласно съ тѣми правилами, по которымъ никакое дѣло не начинается въ окружномъ судѣ безъ обвинительнаго акта и безъ предварительнаго слѣдствія, если дѣло подлежитъ рѣшенію суда съ участіемъ присяжныхъ (544, 545 ст. Уст. Уг. Суд.)». Если же ст. 203 и опредѣляетъ, что обвиненіе, поступившее на разсмотрѣніе окружнаго суда съ присяжными засѣдателями не можетъ уже быть изъято изъ его вѣдомства и передано другому, хотя бы преступленіе оказалось легче наказуемымъ, то здѣсь рѣчь идетъ о дѣяніи, означенномъ въ обвинительномъ актѣ, между тѣмъ какъ новое дѣяніе «не прошло черезъ тѣ стадіи судопроизводства, которыя установлены для приготовленія средствъ къ судебному состязанію», «безотлагательное разрѣшеніе лишило бы стороны *надлежащихъ гарантій*». *Это мнѣніе* Буцковскаго раздѣляютъ и Чебышевъ-Дмитріевъ [1]) и Лыкошинъ [2]).

---

[1]) Стр. 638.

[2]) Стр. 158, 159.

Того же въ сущности случая касается и В. Случевскій [1]), говоря о такомъ измѣненіи обвиненія, которое нарушило единство (тожество?) дѣянія, бывшаго предметомъ преслѣдованія, т. е., когда новое дѣяніе (г. Случевскій говоритъ то о дѣяніи, то о дѣйствіи) не присоединилось къ первоначальному, а стало на его мѣсто, такъ какъ доказано только это новое дѣяніе. Г. Случевскій полагаетъ, что въ этомъ случаѣ необходимо возвращеніе къ дослѣдованію, такъ какъ, если бы приговоръ послѣдовалъ только за первоначальное дѣяніе, то новое «осталось бы неразрѣшеннымъ, а поэтому не подпало бы подъ дѣйствіе правила non bis in idem и могло бы служить предметомъ новаго послѣ постановки приговора обвиненія». Но отъ этого не будетъ никакой бѣды, такъ какъ сила уголовнаго приговора ограничивается однимъ дѣяніемъ, и непонятно, почему г. Случевскій связываетъ необходимость разрѣшенія новаго дѣянія съ принципомъ non bis in idem; и какимъ образомъ осуществить мѣру, предлагаемую названнымъ процессуалистомъ? Возвращеніе къ дослѣдованію необходимо при обнаруженіи новаго самостоятельнаго дѣянія (не строже наказуемаго) только, если оно замѣнило первоначальное, которое слѣдовательно не доказано. Но доказано ли оно, можно видѣть только изъ отвѣта присяжныхъ на вопросъ объ этомъ дѣяніи; такимъ образомъ, дѣло возвращалось бы къ дослѣдованію послѣ оправдательнаго вердикта, и въ новомъ судебномъ засѣданіи разсматривалось бы снова не только другое дѣяніе, но и это уже разрѣшенное, иначе къ чему было бы направлять производство въ предварительную стадію; слѣдовало бы просто разрѣшить каждое изъ дѣяній въ отдѣльномъ процессѣ. Но такой результатъ—перерѣшеніе вопроса о виновности въ первоначальномъ дѣяніи—противорѣчитъ именно принципу non bis in idem. Или, можетъ быть, судъ коронный рѣшитъ, есть ли новое дѣяніе дополненіе первоначальнаго, или же замѣна его? Но тогда возможно, что судъ найдетъ, что доказаны оба дѣянія и для направленія дѣла къ дослѣдованію нѣтъ основанія, а присяжные отвѣтятъ отрицательно на вопросъ о первоначальномъ, и окажется, что обвиненіе превратилось въ другое, предметомъ котораго стало другое, новое дѣяніе, а возвращеніе къ дослѣдо-

---

[1]) Указ. соч., 616 стр.

ванію не соблюдено. Единственный выходъ, это предлагаемый Буцковскимъ — постановка о новомъ дѣяніи дополнительнаго (условнаго) вопроса.

Но и взглядъ Буцковскаго не можетъ быть принятъ, какъ неправильный по существу. Другое самостоятельное дѣяніе, т. е. составляющее съ первоначальнымъ реальную совокупность, вообще, какъ мы видѣли, должно быть предметомъ особаго уголовнаго иска, независимо отъ того подтвердится ли первоначальное дѣяніе, или нѣтъ, но при извѣстныхъ условіяхъ этотъ искъ предъявляется суммарнымъ порядкомъ, согласно, напримѣръ, 265 § германскаго устава, 263 и 321 §§ австрійскаго устава, но вопросъ о такомъ дѣяніи не ставится, какъ дополнительный, зависящій отъ утвердительнаго отвѣта на вопросъ о первоначальномъ дѣяніи, а, какъ второй главный вопросъ; а въ судѣ присяжныхъ направленіе къ дослѣдованію, согласно § 318 австр. уст., не допускается, хотя такой порядокъ допустимъ въ судахъ безъ ихъ участія, если новое дѣяніе не созрѣло для рѣшенія. Но вопросъ именно въ этомъ, а не въ доказанности или недоказанности первоначальнаго дѣянія, и приговоры отмѣнялись высшей инстанціей не вслѣдствіе того, что было разрѣшено въ отдѣльномъ случаѣ новое дѣяніе тогда, когда первое было отвергнуто, а по несоблюденію условій, указанныхъ въ этихъ параграфахъ; при соблюденіи же ихъ, допускалась и *замѣна* прежняго дѣянія другимъ, вновь обнаруженнымъ. Такой же характеръ имѣетъ и 752 ст. нашего Уст. Уг. Суд., хотя здѣсь не требуется ни заявленія прокурора, ни согласія подсудимаго на постановку вопроса о другомъ дѣяніи. Но изъ этого несоотвѣтствія 752-й ст. обвинительному процессу нельзя дѣлать того вывода, который сдѣланъ Буцковскимъ, Случевскимъ и друг.: это несоотвѣтствіе остается и въ томъ случаѣ, въ которомъ эти процессуалисты допускаютъ постановку вопроса, а именно, когда другое дѣяніе не стало на мѣсто первоначальнаго, а присоединилось къ нему; и тотъ доводъ, который приводится Буцковскимъ, Чебышевымъ-Дмитріевымъ и Лыкошинымъ — что ни одно дѣло, подлежащее вѣдомству присяжныхъ, не начинается безъ обвинительнаго акта, предварительнаго слѣдствія и преданія суду, примѣнимъ и къ этому случаю: обвинительный актъ, предварительное слѣдствіе и преданіе суду ограничиваются предѣлами того дѣянія, о которомъ предъявлено обвиненіе, а къ но

вому дѣянію не относятся, будетъ ли оно дополнительнымъ (разъ оно, какъ и предполагается Буцковскимъ, остается самостоятельнымъ, реально конкуррирующимъ), или не будетъ То же нужно сказать и о нарушеніи гарантій сторонъ: для защиты противъ обвиненія въ новомъ дѣяніи, безразлично, доказано ли первоначальное; правда, осужденіе за новое имѣетъ меньше значенія при доказанности и первоначальнаго, въ виду правилъ о наказаніи при совокупности преступленій, но не безразлично для подсудимаго (см. выше, стр. 331). Что же касается интересовъ обвиненія, то, если новое дѣяніе недостаточно разъяснено, не созрѣло для рѣшенія, то судъ можетъ не ставить о немъ вопроса, какъ не вытекающаго изъ судебнаго слѣдствія (ст. 751 Уст. Уг. Суд.), ибо этимъ не закрывается прокурору путь предъявить обвиненіе въ такомъ дѣяніи въ обычномъ порядкѣ производства. Наконецъ, нельзя опираться и на тотъ доводъ, что, при доказанности только новаго дѣянія, нѣтъ совокупности преступленій и не можетъ быть рѣчи о вліяніи этого дѣянія на наказаніе за первоначальное: ст. 752 я говоритъ, въ отличіе отъ мотивовъ, не о дѣяніи, вліяющемъ такъ или иначе на наказаніе по совокупности, а о дѣяніи строже наказуемомъ, чѣмъ первоначальное, и это измѣненіе редакціи и имѣло цѣлью, вѣроятно, предупредить возможность такого толкованія 752-й ст., что она относится только къ случаямъ признанія доказанными обоихъ дѣяній и осужденія за оба. Текстъ 752-й ст. позволяетъ сдѣлать сравненіе наказаній за каждое изъ дѣяній, хотя бы первоначальное было отвергнуто

Въ нашей литературѣ дѣлаютъ еще одно ограниченіе 752-й ст. По мнѣнію Чебышева-Дмитріева [1]), раздѣляемому и г. Лыкошинымъ [2]), не можетъ быть предметомъ вопросовъ и приговора

---

[1]) Ук. соч., стр. 636.

[2]) Ук. соч., прим. 3 на стр. 158. Лыкошинъ противополагаетъ вполнѣ самостоятельное дѣяніе дѣянію, стоящему въ связи съ первоначальнымъ; а дѣяніе, стоящее въ связи, отожествляетъ съ обстоятельствами, относящимися къ факту, послужившему основаніемъ преданія суду. Но такія обстоятельства уже не составляютъ реальной совокупности съ этимъ фактомъ, или первоначальнымъ дѣяніемъ, и не представляютъ новаго обвиненія. Такимъ образомъ, оговорка г. Лыкошина въ примѣчаніи исключаетъ вполнѣ то, что высказано имъ въ текстѣ, гдѣ приговоръ распространяется именно на новое обвиненіе. Ср. еще 164 стр. ibid.

вновь открывшееся самостоятельное дѣяніе, «не стоящее въ связи съ фактомъ», подлежащимъ обсужденію суда по обвинительному акту: напримѣръ, если при судебномъ слѣдствіи о кражѣ, окажется, что подсудимый виновенъ въ нарушеніи церковнаго правила о бытіи на исповѣди и у Св. Причастія. Основаніе этого приводится такое: «судъ связанъ фактомъ подсудимаго, который подлежитъ его обсужденію». Это ограниченіе крайне неясно Что такое новое самостоятельное дѣяніе, стоящее въ связи съ фактомъ (дѣяніемъ) подсудимаго? Чебышевъ-Дмитріевъ, имѣлъ въ виду, вѣроятно, ученіе французскихъ процессуалистовъ о crimes и délits connexes. Но гдѣ онъ нашелъ опору для своего мнѣнія въ нашемъ правѣ? То соображеніе, что «судъ связанъ фактомъ подсудимаго», приводитъ къ полному отрицанію возможности ставить вопросъ о другомъ фактѣ, или дѣяніи, такъ какъ, и при существованіи связи обоихъ дѣяній, каждое изъ остается самостоятельнымъ, могущимъ составить съ другимъ реальную совокупность, или же поглощается другимъ, т. е. утрачиваетъ самостоятельность (поврежденіе имущества, какъ взломъ при кражѣ); но не можетъ быть ничего средняго.

Итакъ наше законодательство отвѣчаетъ требованіямъ теоріи, разрѣшая распространеніе вопросовъ и приговора на дѣяніе, давшее начало преслѣдованію, несмотря на происшедшія измѣненія; напротивъ, распространеніе приговора на другое самостоятельное дѣяніе не стоитъ на высотѣ научныхъ требованій. Но особенно важный недостатокъ нашего законодательства, это совершенное неупоминаніе въ законѣ о тѣхъ условіяхъ, съ которыми должно быть связано измѣненіе обвиненія въ предѣлахъ того же дѣянія. Ст. 753, по буквальному ея смыслу, къ случаямъ такихъ измѣненій не относится; они, согласно мотивамъ (см. выше), подлежатъ безотлагательному разрѣшенію. Тѣмъ не менѣе Буцковскій и Сенатъ, въ основаніи практики котораго лежитъ рѣшеніе по дѣлу Григорьева и Васильева (1868 г. № 72), состоявшееся по докладу также Буцковскаго, постарались исправить этотъ недостатокъ.

Буцковскій [1]) находитъ необходимымъ различать измѣненіе въ существенныхъ фактахъ, опредѣляющихъ родъ или главные

---

[1]) Очерки, стр. 244 и слѣд

виды преступленій, и въ обстоятельствахъ, сопровождавшихъ эти факты и обусловливающихъ подвиды или степени преступности. Измѣненіе въ этихъ несущественныхъ обстоятельствахъ только въ рѣдкихъ случаяхъ можетъ застать подсудимаго врасплохъ. Здѣсь достаточной гарантіей служитъ пріостановленіе судебныхъ преній по ст. 734 Уст. Уг. Суд., и большей частью не понадобится обращеніе дѣла къ новому производству, напр.: при различныхъ видахъ грабежа, разбоя, кражи. «Но, когда обвиненіе измѣнилось въ самомъ родѣ преступленія или въ одномъ изъ главныхъ его видовъ, въ такомъ случаѣ, является, такъ сказать, новое дѣло, которое не можетъ быть обсуждаемо по обвинительному акту, расходящемуся съ нимъ въ существѣ своемъ,—иначе преданіе суду, установленное для опредѣленія заблаговременно основаній судебнаго преслѣдованія и предметовъ обвиненія, съ цѣлью доставить подсудимому возможность собрать къ оправданію своему надлежащія доказательства и свѣдѣнья, не достигало бы этой цѣли и обратилось бы въ пустую формальность». Какъ примѣръ приводится такое измѣненіе: вмѣсто кражи проникновеніе въ чужую квартиру для растлѣнія или для похищенія замужней съ ея на то согласія. Примѣръ совсѣмъ неудачный, такъ какъ одно проникновеніе не наказуемо и такъ какъ здѣсь измѣнился не только родъ преступленія при неизмѣнности дѣянія, но и само дѣяніе, которое при кражѣ состоитъ не въ проникновеніи въ чужую квартиру и не въ актѣ, съ которымъ соединено растлѣніе, а въ похищеніи, и оба преступленія не исключаютъ другъ друга, а могутъ составить реальную совокупность. Болѣе удачнымъ былъ бы, по нашему праву, переходъ обвиненія отъ покушенія на убійство къ разбою — измѣняется родъ преступленія, но дѣяніе остается тѣмъ же въ смыслѣ, указанномъ выше (глава VIII). Но затѣмъ самъ Буцковскій признаетъ трудность дать точное правило для случаевъ, когда нужно и когда не нужно составленіе новаго обвинительнаго акта. Подъ вліяніемъ, вѣроятно, иностранной литературы, Буцковскій отрицаетъ значеніе дѣленія преступныхъ дѣяній на роды и виды по Улож. о нак.: разнородные по мѣсту, занимаемому въ Уложеніи, убійство и побои, повлекшіе смерть (глава 1 и 3-я X раздѣла) ближе по формѣ, т. е. по внѣшнему своему составу, чѣмъ однородныя убійство черезъ насиліе или черезъ отравленіе, кража ближе къ грабежу, чѣмъ къ мошенни-

честву; вообще названный авторъ видитъ двѣ основныхъ формы преступленій: насиліе и обманъ, отражающіяся на подготовкѣ защиты, но и это въ концѣ концовъ не критерій, такъ какъ и при одинаковой основной формѣ различіе въ средствахъ совершенія также можетъ вызвать измѣненіе системы защиты: напримѣръ, убійство черезъ нанесеніе раны и убійство черезъ поджогъ или иное разрушеніе строенія. Въ итогѣ Буцковскій сближается съ Баромъ, предоставляя оцѣнку существенности измѣненія суду по обстановкѣ случая, и, если судъ найдетъ невозможнымъ постановить приговоръ безъ дополненія предварительнаго слѣдствія и измѣненія обвинительнаго акта, то «долженъ, не приступая къ рѣшенію дѣла, испросить дозволеніе Судебной Палаты на обращеніе его къ новому производству» [1]). Буцковскій ссылается на 549 ст. Уст. Уг. Суд. Но эта статья говоритъ только о томъ, что «если откроются новыя обстоятельства, не бывшія въ виду Палаты, но имѣющія вліяніе на дальнѣйшее направленіе дѣла, то Судъ представляетъ о томъ Палатѣ». Въ началѣ этой статьи говорится, что судъ «не входитъ въ разсмотрѣніе подсудности и порядка производства дѣла, по которому состоялось опредѣленіе Судебной Палаты о преданіи обвиняемаго суду», изъ этого сопоставленія вытекаетъ, что конецъ 549 ст. имѣетъ въ виду новыя обстоятельства, имѣющія вліяніе на подсудность и на порядокъ производства дѣла: напр., случаи, когда окажется, что преступленіе было не по должности или когда возникаетъ сомнѣніе въ нормальности умственныхъ способностей подсудимаго [2]), между тѣмъ измѣненіе обвиненія на основаніи новыхъ обстоятельствъ часто нисколько не отражается на порядкѣ производства или, что, очевидно, то же, на направленіи дѣла. Если бы ст. 549 относилась и къ случаямъ, которые имѣетъ въ виду Буцковскій, она примѣнима была бы и къ обнаруженію новаго отдѣльнаго дѣянія, ибо и совокупность дѣяній есть новое обстоятельство, не бывшее въ виду Палаты, и тогда существованіе 753-й ст. было бы излишне.

---

[1]) Эти соображенія повторяютъ и Чебышевъ-Дмитріевъ (стр. 637) и Лыкошинъ (стр. 164—166).

[2]) См. рѣш. Сената, приведенныя у Шрамченко и Ширкова подъ ст. 549-й Уст. Уг. Суд., особ. № 5.

Иной взглядъ высказанъ въ рѣшеніи Сената 26 января 1868 г. (№ 72) по дѣлу Григорьева и Васильева. Здѣсь необходимость направленія дѣла къ дослѣдованію и составленію новаго обвинительнаго акта выводится изъ 753 и смысла 752 ст. Признавая, что 752 ст. относится прямо только къ случаю обнаруженія новаго самостоятельнаго преступнаго дѣянія, Сенатъ однако находитъ, что «существенное въ этомъ законѣ правило, что нельзя подвергать рѣшенію такого обвиненія, которое не предъявлено предварительно подсудимому и по которому ему не было предоставлено средствъ приготовиться къ защитѣ, должно служить руководствомъ и въ томъ случаѣ, когда первоначальное обвиненіе измѣнилось при судебномъ слѣдствіи въ своихъ существенныхъ признакахъ и свойствахъ настолько, что оно составляетъ другое дѣяніе, не предусмотрѣнное въ обвинительномъ актѣ. Это заключеніе вытекаетъ, какъ изъ аналогіи обоихъ случаевъ, изъ которыхъ на послѣдній не существуетъ другого спеціальнаго или болѣе близкаго постановленія, такъ и изъ того, что выше приведенное правило есть основное начало обвинительнаго порядка, проведенное послѣдовательно въ разныхъ статьяхъ нашего Устава Угол. Суд. (ст. 1, 28, 512, 515, 534, 536, 544, 545, 549, 612, 630 и т. д.)». Далѣе рѣшеніе, повторяя выводы и примѣры Буцковскаго, приходитъ къ заключенію, что, когда именно измѣнится первоначальное обвиненіе настолько, что составитъ другое дѣяніе, законодатель не могъ дать подробныхъ и точныхъ правилъ, и предоставилъ суду на основаніи принципа, выраженнаго въ 752 и 753 ст., опредѣлить, «возможно ли, не стѣсняя средствъ обличенія и защиты, постановить рѣшеніе безъ дополненія предварительнаго слѣдствія и измѣненія обвинительнаго акта». Но изъ того же руководящаго начала, изъ котораго вытекаетъ направленіе дѣла къ дослѣдованію и составленію новаго обвинительнаго акта, Сенатъ выводитъ сейчасъ же и другое положеніе: «въ случаѣ менѣе существенныхъ измѣненій, послѣдствіе которыхъ увеличивается однако уголовная отвѣтственность подсудимаго, судъ долженъ сдѣлать постановленіе о возможности продолжать разсмотрѣніе дѣла по обвинительному акту, а предсѣдатель обязанъ предупредить подсудимаго, что обнаруженное судебнымъ слѣдствіемъ новое обстоятельство можетъ повлечь за собою увеличеніе его уголовной отвѣтственности, и въ этомъ случаѣ не слѣдуетъ отказывать под-

судимому въ просьбѣ о пріостановленіи засѣданія, на осн. 612 и 734 ст. Уст. Уг. Суд. для предоставленія ему возможности приготовиться къ защитѣ противъ новаго обвинительнаго факта, открытаго при судебномъ слѣдствіи [1]) . «Предоставленіе подсудимому всевозможныхъ средствъ къ оправданію (ст. 612), продолжаетъ Сенатъ, составляетъ столь существенное требованіе уголовнаго судопроизводства, что неисполеніе этого требованія должно быть безспорно поводомъ къ отмѣнѣ приговора».

Примѣрами измѣненій первой категоріи—влекущихъ направленіе къ слѣдованію и составленію новаго обвинительнаго акта—практика Сената очень бѣдна. О такомъ случаѣ говоритъ только одно рѣшеніе (1871 г. № 639), да и здѣсь дѣло не получило указаннаго сейчасъ направленія, такъ какъ обстоятельство, которое, по мнѣнію тов. прокурора, измѣняло обвиненіе, было въ виду Судебной Палаты. Измѣненіе касалось перехода отъ изгнанія плода къ дѣтоубійству [2]). Упомянутое рѣшеніе по дѣлу Васильева указываетъ и другіе примѣры, они относятся или къ измѣненію въ формѣ дѣятельности: убійство черезъ насиліе и черезъ отравленіе, поврежденіе здоровья насиліемъ или примѣшаніемъ въ пищу вредныхъ веществъ; или къ измѣненію въ средствахъ (убійство черезъ нанесеніе раны или черезъ поджогъ); или къ измѣненію въ родѣ по свойству правонарушенія, (напр., нанесеніе ранъ—убійство, хотя эти преступленія и признаются менѣе отличающимися другъ отъ друга, чѣмъ въ двухъ предыдущихъ случаяхъ).

Гораздо богаче судебная практика случаями второй категоріи, когда признавались достаточными предупрежденіе подсудимаго и отсрочка засѣданія, въ силу 734 ст., а иногда и 752 й, 753-й ст. Уст. Уг. Суд. Таковы случаи перехода обвиненія отъ

---

[1]) См. также 1872 г. № 642.

[2]) Другой случай, гдѣ также 752 и 753 ст. не примѣнены только потому, что прокуроръ не просилъ объ этомъ, и потому, что обстоятельство не было вновь обнаруженное, относится ко времени, предшествующему рѣшенію по дѣлу Васильева, именно къ 20 декабря 1867 г. (рѣш. № 621): переходъ отъ оставленія ребенка въ мѣстѣ, гдѣ нельзя было ожидать что онъ будетъ найденъ другими къ оставленію младенца безъ помощи, вслѣдствіе чего онъ лишился жизни.

укрывательства къ подстрекательству (1871 г. № 183) или къ попустительству (1875 г. № 62; ссылка сдѣлана на 752-ю ст.); отъ кражи со взломомъ (1647 ст Ул. о нак.) къ кражѣ со взломомъ по предварительному уговору и съ оружіемъ (1654 ст. Ул. о нак.—рѣш. 1874 г. № 66 и 1870 г. № 234), когда вмѣсто исправительнаго наказанія могло быть опредѣлено уголовное; перехода отъ покушенія на поджогъ безъ отягчающаго обстоятельства, пред. 3 ч. 1610 ст. Улож. о нак., что «подсудимый по учиненіи поджога скрылся», къ покушенію на поджогъ съ этимъ обстоятельствомъ (1871 г. № 1562), когда вмѣсто исправительнаго также возможно было назначеніе уголовнаго наказанія; отъ кражи со взломомъ (1 ч. 1647 ст.) къ кражѣ со взломомъ и вооруженной (5 п 1653-й ст) или къ разбойному грабежу (1641 ст. Улож. о нак.)—рѣш. 1875 г. № 166; отъ 196 ст. Улож. о нак. къ 200-й ст. (распространеніе ереси безъ принужденія и съ принужденіемъ)—рѣш. 1872 г. № 642 (ссылка сдѣлана на 752 и 753 ст. Уст. Уг. Суд.); отъ подстрекательства къ лжесвидѣтельству безъ указанія на подкупъ (943-я ст. Улож. о нак., часть 1, не обозначенная въ обвинительномъ актѣ) къ подстрекательству къ тому же преступленію при помощи этого отягчающаго обстоятельства (943 ст. 2 ч.)—рѣш. 1867 г. № 374.

Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, не подходящихъ подъ двѣ выше указанныя категоріи, когда отъ обнаруженія новаго обстоятельства не измѣняется ни сущность, ни свойство преступленія, предусмотрѣннаго въ обвинительномъ актѣ, и когда это обстоятельство не влечетъ усиленія наказанія въ родѣ или степени, не требуется ни предупрежденія подсудимаго, ни отсрочки разбирательства, хотя бы такое обстоятельство могло вліять на мѣру наказанія, напримѣръ: при открывшейся на судебномъ слѣдствіи бо́льшей жестокости при совершеніи разбоя (1870 г. № 454), или обнаружившемся фактѣ предварительнаго соглашенія съ другимъ лицомъ при обвиненіи въ кражѣ со взломомъ, пред. 1647 ст. Улож. о нак. (1870 г. № 631); иными словами, когда не измѣнилась квалификація дѣянія [1]). Сюда же относятся такіе

[1]) Такъ же рѣш. 1890 г. № 32, гдѣ измѣненіе касалось способа совершенія злостнаго банкротства. См. ст. 1166 Улож. о нак., которая говоритъ о равнозначащихъ альтернативахъ—переукрѣпленіи имѣнія, или передачѣ безденежно въ другія руки, или о сокрытіи своего имущества посредствомъ подставныхъ ложныхъ заимодавцевъ или инымъ способомъ, во вредъ кредиторовъ.

случаи, въ которыхъ измѣненіе касается времени совершенія (1874 г. № 100) или подробностей дѣйствія (1872 г. № 1665, стр. 2263) [1]).

Что касается порядка примѣненія указанныхъ мѣръ, то Сенатъ признаетъ обязательнымъ предупрежденіе подсудимаго, при изложенныхъ выше условіяхъ; и объ этомъ должно быть упомянуто въ протоколѣ судебнаго засѣданія, иначе приговоръ подлежитъ отмѣнѣ, развѣ бы въ данномъ случаѣ измѣненіе не вызвало все-таки увеличенія наказанія [2]). Направленіе дѣла въ порядкѣ 753-й ст. Уст. Уг. Суд. и пріостановленіе разбирательства дѣла по 734 ст. не предпринимаются судомъ ex officio [3]), и немедленное разрѣшеніе, несмотря на послѣдовавшее измѣненіе, признавалось правильнымъ, если не было заявлено ходатайство объ отсрочкѣ засѣданія подсудимымъ, или о направленіи дѣла къ дослѣдованію по 753 й ст. какою-либо изъ сторонъ [4]). При заявленіи ходатайства, судъ обязанъ дать время подсудимому приготовиться къ защитѣ [5]), для чего пріостанавливаетъ засѣданіе, напримѣръ: на нѣсколько часовъ [6]) но не обязанъ отложить дѣло для вызова дополнительныхъ свидѣтелей и опредѣленіе суда, отклоняющее такое ходатайство, не подлежитъ повѣркѣ кассаціонной инстанціи.

Примѣненіе этихъ мѣръ обусловливается, далѣе, тѣмъ, чтобы обвиненіе измѣнилось на судебномъ слѣдствіи, т. е. было

---

[1]) Насиліе при грабежѣ выразилось не въ зажатіи рта рукой, а въ держаніи потерпѣвшаго зубами за носъ. Здѣсь, впрочемъ, Сенатъ указываетъ не только на то, что не измѣнился ни родъ, ни видъ преступленія, но и на то, что подсудимый не заявлялъ на судѣ о стѣсненіи его въ правѣ защиты; такимъ образомъ, въ случаѣ такого заявленія признается возможнымъ примѣненіе 752 и 612 ст. Уст. Уг. Суд., на нарушеніе которыхъ опиралась кассаціонная жалоба.

[2]) Кромѣ рѣш. по дѣлу Григорьева и Васильева см. рѣш. 1872 г. № 642 1875 г. № 166.

[3]) 1875 г. № 62.

[4]) 1867 г. № 374, 1872 г. № 195, 1867 г. № 621, 1871 г № 639.

[5]) 1895 г. № 18 (стр. 91) и нѣкоторыя рѣш. изъ упомянутыхъ выше. Но, согласно рѣш. 1871 г. № 312 и 1874 г. № 66, пріостановка засѣданія предоставляется усмотрѣнію суда, и соблюденіе этой мѣры не подлежитъ кассаціонной повѣркѣ, ибо зависитъ отъ существа дѣла.

[6]) 1870 г. № 234.

результатомъ новаго фактическаго матеріала. Новыми обстоятельствами не признаются такія, о которыхъ упоминалось въ обвинительномъ актѣ, хотя бы въ исторической его части, а не въ выводѣ, не въ обвинительномъ пунктѣ. Всѣ же измѣненія, дополненія или исправленія предъявленнаго въ этомъ пунктѣ обвиненія на основаніи остальнаго его содержанія, относятся Сенатомъ, какъ мы видѣли, къ вопросу, постановляемому по обвинительному акту; между тѣмъ и въ этомъ случаѣ можетъ измѣниться система защиты [1]), и предупрежденія подсудимаго о происшедшемъ исправленіи или измѣненіи должно было бы требовать и здѣсь и, въ случаѣ надобности, предоставить суду удовлетворять ходатайство о пріостановкѣ судебнаго засѣданія.

Но Сенатъ справедливо приравниваетъ къ новымъ по ихъ значенію для отсрочки разбирательства и для предупрежденія подсудимаго, обстоятельства, бывшія въ виду Судебной Палаты, но отвергнутыя ею и не вошедшія въ обвиненіе. Такъ: Сергѣевы были преданы суду за подговоръ Матрены С. къ переходу изъ православія въ расколъ, при чемъ, какъ говорилось въ опредѣленіи Палаты, ими не было употреблено никакого принужденія или насилія (196 ст. Улож. о нак.). Судъ поставилъ вопросы о виновности Сергѣевыхъ въ томъ, что они уговаривали и *принуждали* Матрену С. перейти въ расколъ (ст. 200 Ул. о нак.). Сенатъ призналъ это неправильнымъ только потому, что «судъ не исполнилъ требованія 752-й и 753-й ст. Уст. Уг. Суд., т. е не *предупредилъ* подсудимыхъ, что предложенное присяжнымъ новое обстоятельство можетъ повлечь за собою увеличеніе уголовной отвѣтственности» [2]). Противъ этого рѣшенія

---

[1]) См., напр., рѣш. 1868 г. № 695, гдѣ обвиненіе перешло отъ покушенія заложить несуществующее имѣніе по завѣдомо подложнымъ документамъ къ выдачѣ подложныхъ векселей, когда въ обвинительномъ актѣ, въ исторической части, упоминалось о займахъ, которыя совершалъ подсудимый подъ фальшивые векселя. Примѣръ измѣненія только квалификаціи тѣхъ самыхъ фактовъ, которые были приведены въ выводѣ обвинительнаго акта, представляетъ рѣш. 1874 г. № 76.

[2]) 1872 г. № 642. Но въ рѣш. 1871 г. № 639 и 1867 г. № 621 обстоятельства, бывшія въ виду Суд. Палаты и не вошедшія въ обвиненіе, хотя и не устраненныя опредѣленіемъ о преданіи суду, не признаны новыми и могущими вызвать примѣненіе 753-й ст. Но *направленіе къ дослѣдованію* и

высказывается Селитренниковъ, полагая, что судъ не въ правѣ былъ включить въ вопросъ о виновности Сергѣевыхъ обстоятельство, устраненное Судебной Палатой, «какъ не настолько вѣроятное, чтобы его можно было включить въ обвиненіе». Въ постановкѣ такого вопроса Селитренниковъ видитъ подрывъ значенія обвинительной камеры, нарушеніе судомъ предѣловъ обвиненія [1]). Но опредѣленія о преданіи суду не имѣютъ законной силы рѣшенія; даже во французской практикѣ, если отягчающее обстоятельство не вошло въ arrêt de renvoi по фактической причинѣ, вслѣдствіе недостаточной его вѣроятности, признается возможнымъ постановка о немъ вопроса, когда оно установлено на судебномъ слѣдствіи. Предоставляя суду рѣшать о томъ, дало ли судебное слѣдствіе основаніе для постановки вопроса по измѣнившемуся обвиненію, нашъ Сенатъ признаетъ, что включеніе въ вопросъ такого обстоятельства, которое было устранено Судебной Палатой, зависитъ отъ признанія судомъ доказанности этого обстоятельства на судебномъ слѣдствіи [2]). Взглядъ *Сената и въ этомъ случаѣ ошибоченъ (ср. выше).*

Таковы основныя положенія сенатской практики по вопросу объ отношеніи приговора къ обвиненію. Въ заслугу Сенату и заложившему фундаментъ его практики Буцковскому слѣдуетъ поставить то вниманіе, которое они обратили на интересы защиты, оставленные въ небреженіи законодателемъ, но нельзя не замѣтить, что взглядъ Буцковскаго и Сената теоретически неправиленъ и построенъ на зыбкой почвѣ распространительнаго толкованія 549, 752 и 753 ст. Для того, чтобы распространить ихъ на случаи, въ нихъ не предусмотрѣнные, Буцковскому пришлось извратить смыслъ 549 й

новому преданію суду было бы, дѣйствительно, излишне, когда Суд. Палата не придала этимъ обстоятельствамъ значенія, особенно при отсутствіи новыхъ данныхъ (такъ рѣш. 1869 г. № 1035; ср. Селитренниковъ—ук. соч., стр. 114); при доказанности, по мнѣнію суда, обстоятельства, бывшаго уже въ виду Суд. Палаты, по рѣш. 1871 г. № 639, дѣло можетъ быть направлено къ дослѣдованію. По рѣш. 1869 г. № 654, въ такомъ случаѣ судъ представляетъ дѣло по 549-й ст. Суд. Палатѣ, а она направляетъ по 753-й ст. къ дослѣдованію —порядокъ, совершенно не соотвѣтствующій тексту 753-й ст. и занимаемому ею мѣсту въ Уставѣ; она примѣняется судомъ существа.

[1]) Селитренниковъ—ук. соч., стр. 89.

[2]) Рѣш. 1871 г. № 401.

ст., и создать неопредѣленную теорію о такомъ измѣненіи сущности и свойства преступленія, формы, а затѣмъ и средствъ дѣйствія, что преступное дѣяніе обращается въ другое, и, наконецъ, отказаться отъ проведенія вообще границы, за которою измѣненіе превращаетъ дѣяніе въ другое. Тѣ руководящія правила, которыя преподаны въ первой части рѣшенія Васильева (до того, какъ Сенатъ призналъ безсиліе законодателя провести означенную границу) и которыя повторяются и въ другихъ рѣшеніяхъ и въ процессуальной литературѣ, напоминаютъ поиски такого же критерія французскими кассаціоннымъ судомъ и криминалистами, извратившими смыслъ autre fait, и должны встрѣтить тѣ же возраженія Къ тому же направленіе дѣла къ дослѣдованію и составленіе новаго обвинительнаго акта, къ которымъ ведетъ примѣненіе 752 и 753-й ст. У. У. С., представляются мѣрами излишними, какъ указано въ предыдущихъ главахъ настоящаго изслѣдованія и даже неблагопріятными для подсудимаго: извѣстная вѣроятность болѣе тяжелаго обвиненія достаточна въ этомъ случаѣ для того, чтобы заставить подсудимаго томиться въ предварительномъ заключеніи. Сами Буковскій и Сенатъ принуждены ограничить примѣненіе 752 и 753 ст. случаями наиболѣе важныхъ измѣненій въ предѣлахъ того же дѣянія, а при менѣе важныхъ они довольствуются предупрежденіемъ подсудимаго и отсрочкой засѣданія. Но этихъ же мѣръ было бы достаточно и при указанныхъ болѣе важныхъ измѣненіяхъ, такъ какъ существенность измѣненія зависитъ не отъ того, что оно произошло въ признакахъ состава или въ способѣ дѣйствія, а также не отъ неблагопріятной для подсудимаго разницы въ наказаніи [1]), и всякія попытки опредѣлить, въ чемъ состоитъ важность измѣненія, препятствующая осужденію обвиняемаго на основаніи *предъявленнаго* обвиненія, оказались неудачными. Въ этомъ отношеніи напрасны ссылки Сената на «обвинительный порядокъ», «обвинительный процессъ», принятый Уставомъ Угол. Суд.; онъ не оправдываетъ теоріи Сената. Подъ вліяніемъ 752 ст., Сенатъ между тѣмъ ограничиваетъ примѣненіе даже тѣхъ мѣръ, которыя обосновываются и 734 и

---

[1]) См. выше и изъ русскихъ процессуалистовъ Случевскій—ук. соч., стр. 615, Духовской—Русскій уголовный процессъ. Москва 1905 г., стр. 343.

612 ст. Уст. Угол. Суд., т. е. предупрежденія подсудимаго и отсрочки засѣданія, только случаями увеличенія наказанія по измѣнившемуся обвиненію сравнительно съ первоначальнымъ и игнорируетъ опасность, которой подвергается подсудимый при другихъ измѣненіяхъ. Впрочемъ, эти недостатки не столько могутъ быть поставлены въ вину Сенату, сколько составителямъ Судебныхъ Уставовъ, и свидѣтельствуютъ о неотложной необходимости законодательной реформы въ этой области. Дѣйствительно, если ст. 752 и 753 только съ помощью натяжки могутъ оправдать направленіе дѣла въ предварительную стадію не только при реальной совокупности, но и при измѣненіяхъ въ *томъ же* дѣяніи, связанныхъ съ увеличеніемъ наказанія, то къ остальнымъ случаямъ эти статьи ужъ совсѣмъ непримѣнимы, а ст. 734 имѣетъ въ виду совсѣмъ иное положеніе: она говоритъ о новомъ доказательствѣ, представленномъ какою-либо изъ сторонъ, и обязываетъ судъ дать противной сторонѣ возможность приготовиться къ состязанію, при чемъ отъ суда зависитъ отложить *окончаніе* судебнаго слѣдствія, на основаніи ст. 634, согласно коей засѣданіе продолжается съ того дѣйствія, на которомъ остановилось, но, по требованію судей или присяжныхъ, можетъ быть возобновлено съ самаго начала. Но новое доказательство и новое обстоятельство понятія разныя, хотя Сенатъ ихъ иногда смѣшиваетъ: новое обстоятельство, измѣняющее обвиненіе можетъ вытекать изъ прежнихъ доказательствъ, если, напримѣръ, свидѣтель, уже фигурировавшій на предварительномъ слѣдствіи измѣнитъ свое показаніе или вспомнитъ упущенное, или экспертъ дастъ иное заключеніе, и въ такомъ случаѣ изъ ст. 734 нельзя выводить отсрочки засѣданія. Что ст. 734 говоритъ о средствахъ доказательства (Beweismittel), а не о результатахъ доказательства (Beweisergebniss) вытекаетъ изъ словъ: «по новому доказательству, представленному стороною», сторона же не даетъ показаній или заключеній, а представляетъ новаго свидѣтеля, эксперта новый документъ. Ст. 734 развиваетъ мысль ст. 733-й Уст. Уг. Суд. Скорѣе уже ст. 634 допускаетъ толкованіе, что при измѣненіи обвиненія судъ можетъ (но опять таки не обязанъ) пріостановить засѣданіе. Эта статья говоритъ о пріостановленіи послѣдняго для собранія дополнительныхъ свѣдѣній, подъ ними же можно разумѣть и тѣ свѣдѣнья, которыя необходимы для подготовки защиты при обнаруженіи новаго обстоятельства. Ст. 634

не упоминаетъ о томъ, кѣмъ и почему дополнительныя свѣдѣнья должны быть собраны. Если подсудимый сошлется на какой-либо документъ или пожелаетъ подготовиться къ отраженію иного взгляда суда или прокурора на юридическое свойство дѣянія то примѣненіе 634 ст. не должно бы встрѣтить возраженій. Если же, опровергая новыя обстоятельства, подсудимый сошлется на новыхъ свидѣтелей, то по аналогіи можно въ силу 634 ст. отложить засѣданіе для вызова ихъ; между тѣмъ какъ 734 ст. предполагаетъ, что подсудимый въ засѣданіи уже представляетъ новыхъ свидѣтелей и это даетъ основаніе для отсрочки по просьбѣ прокурора, но при измѣненіи обвиненія подсудимый не можетъ сейчасъ же представить доказательства въ опроверженіе новыхъ фактовъ, онъ только въ засѣданіи узнаетъ о томъ, что они ему приписываются, а просить объ отсрочкѣ онъ не можетъ, такъ какъ прокуроръ часто опирается на прежнія доказательства, и только тогда, когда прокуроръ въ подтвержденіе обнаруженныхъ на судебномъ слѣдствіи обстоятельствъ представитъ и новыя доказательства, что возможно только, какъ исключеніе, подсудимый можетъ просить объ отсрочкѣ, на основаніи 734-й ст. Уст. Уг. Суд. Что касается 612-й ст. Уст. Уг. Суд., то она содержитъ общій принципъ, что предсѣдатель долженъ предоставить подсудимому всевозможныя средства къ оправданію, но какія это средства, не указывается, и опредѣленіе ихъ предоставлено дискреціонной власти предсѣдателя. Поэтому, послѣдній можетъ по своему усмотрѣнію предупредить подсудимаго о послѣдовавшемъ измѣненіи обвиненія и, въ случаѣ надобности, отложить дѣло; и ст. 612 я едва-ли не представляется наиболѣе примѣнимою. Но такой порядокъ слишкомъ много власти даетъ предсѣдателю, и отказъ его въ принятіи той или иной мѣры по 612-й ст. не могъ бы подлежать повѣркѣ кассаціонной инстанціи.

Сенатъ совсѣмъ оставляетъ безъ вниманія мѣры въ ограженіе интересовъ защиты при томъ измѣненіи обвиненія, которое можетъ быть слѣдствіемъ ограничительнаго отвѣта присяжныхъ, въ силу 812 ст. Уст. Уг.Суд. Между тѣмъ система защиты можетъ измѣниться и въ этомъ случаѣ (См. выше, стр. 235); достаточно отмѣтить, что сенатъ признавалъ возможнымъ осужденіе за неосторожное совершеніе дѣянія, когда присяжные отвѣтили утвердительно, но отвергли умыселъ [1]).

---

[1]) См. Шрамченко 16 къ 812 ст. Уст. Уг. Суд.

Иногда измѣнившееся обвиненіе не можетъ быть предметомъ приговора, который долженъ ограничиться отвѣтомъ по первоначальному обвиненію, а измѣнившееся составляетъ предметъ отдѣльнаго процесса, вслѣдствіе юридическихъ препятствій къ разсмотрѣнію въ томъ же процессѣ какой-либо стороны того же дѣянія. Сюда относится такое измѣненіе обвиненія, въ силу котораго преступленіе изъ должностного превращается въ общее, хотя бы и наказуемое менѣе строго и слѣдовательно не подпадающее подъ дѣйствіе ст. 752 и 753 ст. Уст. Уг. Суд, какъ послѣднія разъяснены Сенатомъ. Препятствіемъ къ постановленію приговора по измѣнившемуся обвиненію признается необходимость соблюденія въ этомъ случаѣ порядка предварительнаго производства и преданія суду, установленнаго во 2-й книгѣ Уст. Уг. Суд. для общихъ преступленій. Сенатъ опирается на ст. 549-ю Уст. Уг. Суд. [1]), которая примѣнима скорѣе къ противоположному случаю, когда преданіе суду исходило отъ Судебной Палаты, а не начальства обвиняемаго, и окажется на судебномъ слѣдствіи, что совершено преступленіе по должности, требующее преданія суду въ особомъ порядкѣ (ст. 1088 Уст. Уг. Суд.). Если же первоначальное обвиненіе было въ преступленіи по должности, а на судебномъ слѣдствіи отпадетъ должностной характеръ преступленія, то ст. 549-я можетъ быть примѣнена развѣ только по аналогіи. Дѣла, восходившія на разрѣшеніе Сената, касались случаевъ, разсматривавшихся въ судахъ присяжныхъ, при чемъ предсѣдателю вмѣнялось въ обязанность разъяснить присяжнымъ, что они могутъ отвѣтить на вопросъ о виновности въ должностномъ преступленіи только или утвердительно, или отрицательно и что, отвергнувъ при обвиненіи въ растратѣ (354 ст. Ул. о нак.) признакъ: «ввѣренныя по должности» (деньги), они выйдутъ изъ предѣловъ обвиненія; если же присяжные все таки дали такой ограничительный отвѣтъ, ихъ слѣдовало возвратить къ новому совѣщанію, осужденіе же по 1681 ст. ч. 1 Улож. о нак. было неправильно [2]). Та-

---

[1]) Рѣш. 1870 г. № 186 (Кондырева).

[2]) Рѣш. 1874 г. № 344. Въ рѣш. 1873 г. № 768, при осужденіи по 173 ст. Уст. о нак. (мошенничество, выразившееся въ полученіи денегъ подъ предлогомъ освобожденія отъ рекрутскаго набора) лица, обвинявшагося, по

кимъ образомъ, совершенно созрѣвшее для рѣшенія дѣло, по мнѣнію Сената, должно быть возвращено въ предварительную стадію для выполненія не имѣющей значенія формальности, такъ какъ преступное дѣяніе вполнѣ ясно и для повѣрки обвиненія обвинительной камерой нѣтъ никакихъ основаній. Примѣненіе 549 й ст. по аналогіи поэтому едва ли можно признать правильнымъ. Другое дѣло, если окажется, что совершено не общее преступленіе, какъ полагало обвиненіе, а должностное; здѣсь, согласно закону, преданіе суду исходитъ отъ начальства обвиняемаго и имѣетъ не тотъ характеръ, что обыкновенно; начальство не можетъ быть устранено отъ вмѣшательства въ дѣло, и правило, установленное 549-й ст., находитъ достаточное для себя оправданіе. Нынѣ обвиненіе въ преступленіи по должности, влекущее лишеніе правъ, подлежитъ суду Особаго Присутствія Судебной Палаты съ участіемъ сословныхъ представителей, и, если преступленіе на судебномъ слѣдствіи оказывается общимъ, то оно должно быть все-таки разрѣшено Особымъ Присутствіемъ Палаты, такъ какъ послѣднее, какъ видно изъ ст. 205 и 205[1] Уст. Уг. Суд., является судомъ высшимъ по сравненію даже съ судомъ присяжныхъ, и такъ какъ въ силу принципа, лежащаго въ основаніи 203 ст. Уст. Уг. Суд, высшій судъ разсматриваетъ дѣло, а не передаетъ его по подсудности, и въ томъ случаѣ, когда преступное дѣяніе окажется при судебномъ разбирательствѣ подсуднымъ низшему суду. Для направленія дѣла по 549-й ст. нѣтъ основанія.

Тамъ, гдѣ возбужденіе уголовнаго преслѣдованія поставлено закономъ въ зависимость отъ какого-либо условія, отсутствіе этого условія должно служить препятствіемъ къ постановленію приговора, когда, вслѣдствіе измѣненія обвиненія, предметомъ послѣдняго стало преступное дѣяніе, преслѣдуемое только при наличности такого условія. Поэтому, если на судеб-

---

373 ст. Ул. о нак., въ полученіи взятки для освобожденія отъ воинской повинности, приговоръ оставленъ Сенатомъ въ силѣ потому, что Сенатъ находилъ, что и за мошенничество, учиненное при исполненіи служебныхъ обязанностей, подсудимаго должно было предать суду въ порядкѣ 1077—1102 ст. Уст. Уг. Суд., какъ онъ и былъ преданъ за первоначальное преступленіе, Неправильно объ этомъ рѣшеніи Случевскій ук. соч., стр. 617.

номъ слѣдствіи по обвиненію въ проживательствѣ по подложному виду (977 ст. Ул. о нак.) окажется, что обвиняемый проживалъ только по просроченному виду (ст. 61 Уст. о нак.), судъ не можетъ постановить приговоръ по такому измѣнившемуся обвиненію, если до того не было выполнено требованіе 1220 ст. Уст. Уг. Суд., обусловливающее судебное преслѣдованіе нарушителей 61 ст. Уст. о нак., и противоположное рѣшеніе Сената [1]) слѣдуетъ признать неправильнымъ. Ссылка Сената на 203 ст. Уст. Уг. Суд. совсѣмъ не убѣдительна, такъ какъ эта статья имѣетъ въ виду только измѣненіе подсудности дѣлъ, о которыхъ возбуждено преслѣдованіе, не нарушающее остальныхъ требованій Уст. Уг Суд., а не случаи, гдѣ преступленіе оказалось не только менѣе тяжкимъ и неподсуднымъ высшему суду, куда оно передано, но и не подлежавшимъ пока вообще разсмотрѣнію судебныхъ мѣстъ.

Къ условіямъ преслѣдованія относится въ нѣкоторыхъ особо указанныхъ въ законѣ случаяхъ наличность жалобы потерпѣвшаго. Мы видѣли, какъ разрѣшаются въ германскомъ правѣ случаи, когда оффиціальное преступленіе становится на судебномъ слѣдствіи уголовно-частнымъ, или же наоборотъ. Въ нашемъ правѣ нѣтъ по этому поводу спеціальныхъ узаконеній, а Сенатъ не признаетъ отсутствіе частной жалобы при переходѣ отъ преступленія, преслѣдуемаго въ публичномъ порядкѣ, къ преступленію, преслѣдуемому въ частномъ порядкѣ, препятствіемъ къ постановленію обвинительнаго приговора, напримѣръ: обвинявшійся въ убійствѣ жены (1451 ст. Улож. о нак.) былъ признанъ присяжными виновнымъ въ нанесеніи тяжкой раны въ запальчивости или раздраженіи (1 ч. 1483 ст. и прим. 2 къ ст. 1496-й Улож. о нак.) [2]); обвинявшійся въ нанесеніи тяжкой раны былъ признанъ виновнымъ въ нанесеніи легкой (2 ч. 1483 ст. Улож. о нак.) [3]). Потерпѣвшими не была подана жалоба, но въ первомъ изъ упомянутыхъ случаевъ потерпѣвшая была передъ смертью допрошена судебнымъ слѣдователемъ и дала показаніе противъ мужа, во второмъ—заявленіе о пре-

---

[1]) 1868 г. № 520.
[2]) 1876 г. № 48.
[3]) 1872 г. № 1003.

ступномъ дѣяніи было сдѣлано братомъ потерпѣвшаго по его просьбѣ, такъ что оставленіе Сенатомъ обвинительныхъ приговоровъ въ силѣ можетъ опираться на выраженную, хотя и не указаннымъ въ законѣ образомъ, волю потерпѣвшихъ привлечь виновныхъ къ отвѣтственности. Въ такихъ случаяхъ можно возразить только, что не соблюдается 303[1] Уст. Уг. Суд. и что (въ первомъ изъ приведенныхъ случаевъ) исчезаетъ возможность примиренія и въ позднѣйшей стадіи процесса. Но склоненіе къ миру по 303[1] ст. имѣетъ цѣлью привести маловажныя дѣла къ окончанію до судебнаго разбирательства, и этимъ исчерпывается ея значеніе. Такимъ образомъ, изъ нея нельзя нынѣ выводить невозможность порядка, усвоеннаго приведенными рѣшеніями. Что же касается невозможности примиренія въ позднѣйшей стадіи, вслѣдствіе смерти потерпѣвшаго, то безразлично, почему не послѣдовало примиреніе; оно имѣетъ значеніе, аналогичное резолютивному условію: процессуальное отношеніе возникло, если заявлена просьба потерпѣвшаго, хотя бы и косвенно или безъ соблюденія установленной формы, и это отношеніе продолжается, если не наступитъ примиреніе. Сенатъ придерживается указаннаго взгляда и въ томъ случаѣ, когда не было никакой жалобы или заявленія потерпѣвшаго, который не могъ выразить своей воли о преслѣдованіи подсудимаго и даже не былъ допрошенъ, такъ какъ умеръ до этого; «это случайное обстоятельство, говоритъ Сенатъ [1]), не можетъ служить основаніемъ къ измѣненію взгляда, выраженнаго въ рѣшеніяхъ 1872 г. № 1003 и 1876 г. № 48». Поэтому оставленъ въ силѣ приговоръ, коимъ обвинявшійся въ причиненіи побоевъ, послѣдствіемъ которыхъ была смерть А—ва, признанъ виновнымъ въ проступкѣ, пред. 142 ст. Уст. о нак., такъ какъ присяжные отвѣтили: «да виновенъ, но смерть произошла не отъ побоевъ». Едва ли однако такой выводъ Сената правиленъ: правда, послѣдній случай отличается отъ первыхъ тѣмъ, что, благодаря случайности, жалоба или заявленіе не сдѣланы, но отличіе заключается именно въ отсутствіи даже указанія на жалобу, а это обстоятельство весьма существенное: если кто-либо ударилъ потерпѣвшаго, а тотъ вскорѣ былъ раздавленъ поѣздомъ и не

---

[1]) 1878 г. № 18

успѣлъ подать жалобы, то въ этомъ случаѣ смерть потерпѣвшаго послужила на пользу совершившему проступокъ, но при обстоятельствахъ, бывшихъ въ разсмотрѣнномъ Сенатомъ дѣлѣ, смерть потерпѣвшаго также не стоитъ въ связи съ проступкомъ, совершеннымъ обвиняемымъ, и, можно сказать, что случайное обстоятельство — направленіе дѣла въ порядкѣ публичнаго обвиненія, вызвавшее разсмотрѣніе дѣла судомъ безъ жалобы потерпѣвшаго. Въ дѣйствительности, если она не принесена, то измѣнившееся обвиненіе не можетъ дать основанія процессу и приговору, въ силу примѣч. къ 1496-й ст. Улож. о нак. и тѣхъ вообще законоположеній, которыя обусловливаютъ преслѣдованіе наличностью жалобы. Въ этомъ случаѣ судъ могъ бы постановить оправдательный приговоръ, на основ 1 п. 771-й ст. Уст. Угол. Суд. Въ преступленіяхъ, къ которымъ относятся рѣшенія Сената, жалоба потерпѣвшаго есть условіе возникновенія самого уголовнаго притязанія; распоряженіе послѣднимъ до исполненія приговора принадлежитъ потерпѣвшему; такимъ образомъ, онъ является носителемъ уголовнаго права (въ субъективномъ смыслѣ), и само дѣяніе пріобрѣтаетъ преступный характеръ, поскольку оно чувствуется тѣмъ, противъ кого оно направлено; жалоба здѣсь условіе преступности дѣянія [1]). Въ другихъ случаяхъ, въ которыхъ она является условіемъ возникновенія процесса, въ дѣлахъ, которыя не могутъ быть окончены миромъ, при измѣнившемся на судебномъ слѣдствіи обвиненіи и переходѣ, напримѣръ: отъ покушенія на разбой къ покушенію на изнасилованіе, отсутствію жалобы можно было бы скорѣе не придавать значенія, такъ какъ, если дѣло дошло до судебнаго разбирательства, отпадаютъ тѣ соображенія, которыя вызвали къ существованію упомянутое условіе.

Большинство членовъ III отдѣла коммиссіи по пересмотру Судебныхъ Уставовъ, по мысли Н. Таганцева, предлагало внести въ Проектъ новой редакціи Уст. Угол. Суд. ст. 29[4] такого содержанія:.[2]) «Если при разсмотрѣніи на судѣ уголовнаго дѣла

---

[1]) Такъ Liszt—Lehrb., стр. 195. Ср. по поводу изложеннаго въ текстѣ ауберъ—Вѣстн. права 1905 г. апрѣль, стр. 201—203.

[2]) См. Проектъ нов. редакц. Уст. Уг. Судопр. Прилож. IV, стр. 983.

въ общемъ порядкѣ, вслѣдствіе измѣнившихся обстоятельствъ, окажется, что обвиненіе относится къ преступному дѣянію, преслѣдуемому въ порядкѣ уголовно-частномъ, то отсутствіе надлежащей жалобы не останавливаетъ производства или приведенія приговора въ исполненіе, буде потерпѣвшій или его законный представитель не заявятъ о нежеланіи преслѣдовать виновнаго». Это постановленіе, принимающее въ расчетъ и права потерпѣвшаго, и цѣнность всего, что уже достигнуто въ начатомъ процессѣ, въ проектъ не вошло.

Если обвиненіе, начатое за уголовно-частное преступленіе, измѣняется въ обвиненіе въ публичномъ преступленіи, то постановленіе приговора за послѣднее нарушило бы 4 и 1 ст. Уст. Угол. Суд. Здѣсь, какъ вѣрно указываетъ В. Случевскій [1]), разбирательство должно бы было пріостановить и передать дѣло прокурору для надлежащаго направленія. Нашъ законъ совершенно не предусматриваетъ такого случая. Если дѣло поступило въ судъ на основаніи опредѣленія Суд. Палаты (какъ въ случаѣ, пред. 1534 ст. Ул. о нак.), то дѣло можетъ быть возвращено ей по 549-й ст. Уст. Уг. Суд.; но въ остальныхъ случаяхъ преступленій, преслѣдуемыхъ въ частномъ порядкѣ, дѣло не проходитъ стадіи преданія суду Палатой, и единственный выходъ, при обнаруженіи на судебномъ слѣдствіи оффиціальнаго характера преступленія, это аналогичное примѣненіе 547 ст. Уст. Уг. Суд, тѣмъ болѣе, что мотивы ея (см. изд. госуд. канц.) прямо упоминаютъ о пріостановленіи производства судомъ, правда, по одной изъ законныхъ причинъ, т. е. указанныхъ особо въ законѣ (напр., 27 ст. Уст. Уг. Суд.), и въ стадіи подготовительныхъ распоряженій.

Что касается новаго самостоятельнаго дѣянія, то, хотя, если оно не строже наказуемое, чѣмъ первоначальное, оно можетъ быть разрѣшено немедленно, согласно 752 и 753-й ст. Уст. Уг. Суд., однако, по мнѣнію Буцковскаго [2]) и Чебышева-Дмитріева [3]) только тогда, когда этому не препятствуютъ обстоятельства, указанныя въ 515 й ст. Уст. Уг. Суд., согласно которой «если, при совокупности преступленій обвиняемаго, важнѣй-

---

[1]) Ук. соч., стр. 618.

[2]) Очерки, стр. 250.

[3]) Русск. Угол. Суд., прим. 1 на 638 стр.

шее изъ нихъ уже вполнѣ изслѣдовано, а для обнаруженья обстоятельствъ преступнаго дѣянія менѣе важнаго необходимо продолжительное время, то оконченному по важнѣйшему преступленію слѣдствію можетъ быть данъ дальнѣйшій ходъ, когда по дѣянію менѣе важному нѣтъ въ виду ни соучастниковъ обвиняемаго, ни гражданскаго иска о вознагражденіи». Такимъ образомъ, при наличности соучастниковъ или гражданскаго иска, производство не можетъ быть раздѣлено, и такъ какъ новое дѣяніе не можетъ быть разрѣшено немедленно, до приведенія его въ ясность, то дѣло «должно быть обращено къ новому производству по правиламъ о совокупности преступленій». Едва ли однако ст. 515 примѣнима въ стадіи судебнаго слѣдствія: этому противорѣчитъ занимаемое ею въ Уст. Уг. Суд. мѣсто (кн. II, раздѣлъ 3-й «О порядкѣ преданія суду»). При невыясненности новаго дѣянія, за исключеніемъ случая, пред. 753-й ст. Уст. Уг. Суд., оно не должно мѣшать разрѣшенію первоначальнаго обвиненія, а можетъ быть преслѣдуемо особо, хотя бы и были въ виду соучастники или гражданскій искъ. Этому не противорѣчитъ и 5 п. 959 ст. Уст. Уг. Суд. [1])

Измѣненію квалификаціи дѣянія въ апелляціонной инстанціи, на основаніи обнаружившихся тамъ обстоятельствъ, препятствуетъ 889 ст. Уст. Уг. Суд., согласно которой пренія и самое разсмотрѣніе дѣла не должны выходить изъ предѣловъ отзыва или протеста; такимъ образомъ, признаніе подсудимаго виновнымъ не въ томъ преступленіи, въ которомъ онъ обвинялся или за которое онъ осужденъ первою инстанціей, возможно только, если стороны въ отзывѣ или протестѣ указываютъ на то, что дѣяніе подсудимаго соотвѣтствуетъ признакамъ другого преступленія. Если въ апелляціонной инстанціи обнаружено новое самостоятельное дѣяніе подсудимаго, то оно не можетъ быть разрѣшено немедленно, иначе подсудимый былъ бы лишенъ одной инстанціи, а апелляціонный судъ нарушилъ бы 889-ю ст. Уст. Уг. Суд. Оно подлежитъ отдѣльному преслѣдованію и при томъ не только тогда, когда представляется болѣе тяжкимъ чѣмъ первоначальное, какъ полагаетъ Сенатъ (1878 г. № 64), сы-

---

[1]) Ср. Таганцевъ—Лекціи, стр. 1343 и стр. 378 настоящ. изслѣдованія.

лаясь на 5 п. 959 ст. Уст. Уг. Суд., касающейся только порядка исполненія приговора.

За исключеніемъ случаевъ, гдѣ къ тому встрѣчаются особыя юридическія препятствія, судъ разсматриваетъ дѣяніе, давшее основаніе уголовному преслѣдованію, всесторонне. Въ соотвѣтствіи съ этимъ, предметомъ приговора является дѣяніе подсудимаго, а не то или иное отношеніе его къ уголовному закону, та или другая квалификація, и приговоръ исключаетъ новое обвиненіе въ томъ же дѣяніи, хотя бы и съ иной квалификаціей Эта зависимость об'ема законной силы приговора отъ права суда всесторонне изслѣдовать дѣяніе въ первомъ же процессѣ, хотя бы и съ уклоненіемъ отъ первоначальнаго обвиненія, признается и мотивами нашего Уст Уг. Суд. [1]), которые отдаютъ преимущество именно этой системѣ единовременнаго разрѣшенія дѣла передъ системой «двукратнаго или троекратнаго преслѣдованія», «основаннаго на томъ же фактѣ», при чемъ дѣлаютъ неправильное указаніе, что эта первая система принята въ англійскомъ законодательствѣ, а съ другой стороны ссылаются на, то что она же была принята и въ нашемъ законодательствѣ, предшествующемъ Судебнымъ Уставамъ, хотя это обстоятельство не можетъ служить аргументомъ въ пользу этой системы, такъ какъ слѣдственный процессъ, какимъ былъ нашъ дореформенный порядокъ судопроизводства, вообще не кладетъ границы дѣятельности слѣдователя—судьи, и весь вопросъ пріобрѣтаетъ значеніе именно въ обвинительномъ процессѣ. Несмотря на взглядъ, проводимый мотивами, ст. 21 Уст. Уг. Суд. содержитъ постановленіе, буквальный смыслъ котораго способенъ вызвать на практикѣ совершенно обратное, болѣе тѣсное примѣненіе принципа «ne bis in idem». «Оправданный вошедшимъ въ законную силу приговоромъ надлежащаго суда, говоритъ 21 статья, не можетъ быть вторично подвергнутъ слѣдствію и суду по тому же самому *преступленію*, если бы даже открылись къ его изобличенію новыя обстоятельства». Вопреки мотивамъ, выходитъ, что ст. 21 распространяетъ силу приговора не на дѣяніе, а на преступленіе, т. е. на фактъ квалифицированный, и что, напримѣръ, оправданный въ обидѣ дѣйствіемъ можетъ

---

[1]) Объяснит. Записка къ проекту дѣйств. Уст. Уг. Суд., стр. 19—21.

быть снова судимъ за самоуправство или нарушеніе общественной тишины, оправданная въ покушеніи на дѣтоубійство—за оставленіе ребенка въ мѣстѣ, гдѣ онъ не могъ быть замѣченъ другими и т. п. Но мотивы закона, а съ другой стороны широкая возможность измѣненія обвиненія въ окончившемся приговоромъ процессѣ, въ силу 751—753 ст., даютъ право придать ст. 21 болѣе широкое толкованіе и подъ «преступленіемъ» разумѣть: дѣяніе, по крайней мѣрѣ тамъ, гдѣ разсмотрѣніе измѣнившагося обвиненія не встрѣчало особыхъ юридическихъ препятствій. Законъ возлагаетъ на судъ обязанность ставить вопросъ по измѣнившемуся обвиненію на основаніи данныхъ судебнаго слѣдствія, и было бы несправедливо за упущеніе вопроса, за неисполненіе обязанности судомъ, заставлять расплачиваться оправданнаго подсудимаго. Если французская практика находитъ возможнымъ понимать «même fait» 360 ст. C. d'instr. crim., какъ «fait qualifié», то съ бо́льшимъ основаніемъ можно то же самое «преступленіе» 21 ст. понимать, какъ то же самое дѣяніе, тѣмъ *болѣе, что ст. 22, касающаяся законной силы приговора обви*нительнаго, воспрещаетъ новый процессъ «по тому же *дѣлу*», а дѣло остается тѣмъ же при тожествѣ матеріальныхъ фактовъ, составляющихъ предметъ новаго и бывшихъ предметомъ прежняго обвиненій, хотя бы юридическая квалификація была другая. Осужденный за кражу не можетъ быть снова судимъ за грабежъ даже при обнаруженіи насилія, бывшаго средствомъ того похищенія послѣ вступленія приговора въ законную силу, а тѣмъ болѣе, если оно обнаружилось при судебномъ слѣдствіи, но было оставлено безъ вниманія. Но предѣлы «ne bis in idem» должны быть тѣ же при оправдательномъ и при обвинительномъ приговорахъ, такъ какъ условія постановленія ихъ и возможность уклоненій отъ обвинительнаго акта или замѣняющаго его процессуальнаго документа одинаковы.

Сенатъ также придаетъ 21 и 22 ст. тотъ смыслъ, что приговоръ, вошедшій въ законную силу, исключаетъ новое преслѣдованіе за то же дѣяніе, хотя бы и съ иной квалификаціей, будетъ ли то оправдательный, или обвинительный приговоръ. Въ этомъ отношеніи особенно интересно рѣшеніе 1871 г. № 1473: Съѣздъ мировыхъ судей, усматривая въ дѣяніи обвиняемаго не обиду, а самоуправство, не опредѣляя наказанія за обиду, предоставилъ потерпѣвшему начать уголовный искъ за самоуправ-

ство. Сенатъ истолковалъ приговоръ Съѣзда, какъ оправдательный, и, такъ какъ онъ не былъ обжалованъ потерпѣвшимъ и вступилъ въ законную силу, новое обвиненіе за самоуправство призналъ невозможнымъ «по поводу уже обсужденныхъ дѣйствій». Съѣздъ, правильно замѣчаетъ Сенатъ, долженъ былъ обсудить дѣйствія обвиняемаго и съ точки зрѣнія самоуправства и постановить приговоръ о виновности въ послѣднемъ, если бы оно было доказано [1]) Оправданный мировымъ судьей въ устройствѣ склада вина и спирта несоотвѣтственно правиламъ приложенія къ 294 ст. Пит. Уст., не можетъ быть судимъ за то же дѣяніе по новому обвиненію (протоколу), приводящему отдѣльныя нарушенія тѣхъ правилъ (рѣш. 1872 г. № 1286) [2]). То же дѣяніе и примѣнимость 21 ст Уст. Уг. Суд. признаны далѣе въ случаѣ, когда неисполненіе обязанностей начальникомъ станціи, вызвавшее столкновеніе поѣздовъ №№ 1 и 13 на станціи Кирсановъ 31 іюля 1879, въ первый разъ подведено было подъ 3 и 2 ч. 1085 стр. Улож., предполагающія небрежность, а въ послѣдующемъ процессѣ—подъ 1 ч. 1035 ст. Ул. о нак., предусматривающую завѣдомое неисполненіе обязанностей (рѣш. 1882 г. № 21)

Что касается взгляда Сената на понятіе «то же дѣяніе», «тѣ же дѣйствія», то, какъ видно, изъ рѣшенія 1895 г. № 18,

---

[1]) Тотъ же принципъ высказанъ въ рѣшеніи 1895 г. № 18 (стр. 74) въ тѣхъ же выраженіяхъ: «возбужденіе новаго производства по тѣмъ же самымъ дѣйствіямъ подсудимаго, которыя были въ виду при постановленіи о немъ приговора, вошедшаго въ законную силу, подъ тѣмъ предлогомъ, что этимъ дѣйствіямъ была дана неправильная квалификація, составляло бы явное нарушеніе провозглашеннаго въ ст. 21 и 22 основного принципа незыблемости судебныхъ приговоровъ».

[2]) Но единство длящагося дѣянія прерывается приговоромъ, и продолженіе послѣ вступленія его въ законную силу прежней дѣятельности можетъ быть предметомъ новаго процесса, напр. дальнѣйшее содержаніе винная склада съ нарушеніемъ тѣхъ же правилъ (такъ упомянутое въ текстѣ рѣшеніе). Въ томъ же смыслѣ относительно продолжаемыхъ преступленій рѣш: 1899 г. № 28 (новый случай пастьбы скота на вырубкахъ и молодникахъ можетъ быть предметомъ обвиненія, хотя бы уже былъ приговоръ съѣзда, признавшій такую пастьбу непреступной, не нарушающей 57[b] ст. Уст. о нак.). Ср. выше: стр 130, пр. 4.

дѣяніе, составляющее предметъ новаго обвиненія, признается отличнымъ отъ того, которое было предметомъ прежняго и предметомъ послѣдовавшаго приговора, когда эти дѣянія могутъ составлять реальную совокупность, какъ напримѣръ: владѣніе неклейменными подлежащими клейму иностранными товарами (ст. 757 Улож. о нак. въ прежней редакціи, 1885 г.) и участіе въ шайкѣ для водворенія контрабанды и доставленіе членамъ этой шайки средствъ для изготовленія поддѣльныхъ почтовыхъ посылокъ, снабженныхъ подложными печатями и перевѣшанными пломбами таможни, а также противозаконно добытыми оттисками печатей пограничной почтовой конторы, каковыя посылки передавались затѣмъ въ почтовые вагоны взамѣнъ полученныхъ оттуда посылокъ съ высоко-пошлиннымъ товаромъ (927, а также 744 и 776 ст. Улож., по изд. 1855 г.) [1]).

Предметъ обвиненія *дѣяніе опредѣленнаго лица*, оно же и и предметъ приговора, относящагося не къ опредѣленному событію, а къ дѣянію, т. е. проявленію воли подсудимаго. Поэтому неправиленъ отказъ Мир. Судьи въ разсмотрѣніи дѣла

---

[1]) Рѣш. 1895 г. № 18. Левинсонъ былъ осужденъ по 757 ст., а новое обвиненіе было по 927, 744 и 776 ст. Эти дѣянія (послѣднія), говоритъ Сенатъ, объясняющія, какъ попали товары, не оплаченные пошлиной въ складъ Левинсона, не только по юридическимъ, но и по самымъ входящимъ въ нихъ фактическимъ даннымъ представляютъ собою самостоятельное преступленіе, а не измѣненіе только квалификаціи. Если даже допустить, что новымъ обвиненіемъ устанавливается способъ, коимъ былъ водворенъ отобранный у Левинсона контрабандный товаръ, то и въ такомъ случаѣ не усматривается нарушеніе 22 ст. Уст. Уг. Суд., ибо вступленіе въ шайку для провоза контрабанды и доставленіе шайкѣ средствъ для осуществленія намѣченныхъ ею цѣлей составляетъ самостоятельное наказуемое дѣяніе, хотя бы шайка не учинила никакого преступленія (928, 926 и 925 ст. Улож.), а, въ случаѣ водворенія контрабанды, т. е. приведенія въ исполненіе предположенныхъ шайкой преступныхъ дѣяній, на точномъ основаніи 927 ст. Улож., виновные подлежатъ наказанію по совокупности преступленій, а именно за вступленіе въ шайку или пособничество шайкѣ и за провозъ контрабанды. Новое обвиненіе можетъ при этомъ пользоваться для извлеченія доказательствъ тѣми же торговыми книгами и тою же торговой перепиской, которыя были отобраны у подсудимаго при обыскѣ во время перваго процесса. Одно и то же вещественное доказательство можетъ служить въ нѣсколькихъ процессахъ.

на томъ основаніи, что «дѣло о событіи 26 Августа 1874 г. между Чумаковыми» было уже разсмотрѣно въ двухъ инстанціяхъ по жалобѣ Петра Чумакова на Павла Чумакова за обиду и самоуправство, тогда же и тамъ же случившіяся, когда въ данномъ случаѣ жалоба была подана Павломъ Чумаковымъ на Петра также за обиду и самоуправство. Сенатъ (1879 г. № 11) призналъ «немыслимымъ отожествленіе понятія о какомъ-либо событіи или происшествіи, какъ предметѣ судебнаго разбирательства (!), съ понятіемъ о томъ или другомъ преступномъ дѣяніи, какъ предметѣ приговора», такъ какъ «одно и то же событіе можетъ совмѣщать въ себѣ признаки разнородныхъ *преступныхъ дѣйствій, совершенныхъ разными лицами*, изъ которыхъ каждое можетъ подлежать отвѣтственности на основаніи особыхъ условій и въ особомъ порядкѣ судопроизводства». Не имѣетъ значенія и то соображеніе Мир. Судьи, что Павелъ Чумаковъ могъ уже въ процессѣ, возбужденномъ противъ него Петромъ, воспользоваться правомъ, вытекающимъ изъ ст. 138 Уст. о-нак. (зачетъ обидъ).

Проектъ новой редакціи Уст. Уг. Суд. разграничиваетъ случаи измѣненія обвиненія въ предѣлахъ того же дѣянія и распространеніе приговора на другое самостоятельное дѣяніе. Перваго случая касается ст. 727, 728, 731, которыя гласятъ:

Ст. 727. Если обстоятельства, обнаруженныя судебнымъ слѣдствіемъ и преніями сторонъ, не видоизмѣняютъ законнаго состава преступнаго дѣянія, въ коемъ обвиняется подсудимый, то они включаются въ главный вопросъ, предлагаемый по обвинительному акту. Въ противномъ случаѣ они должны быть включаемы въ особые вопросы, дополняющіе главный или предлагаемые условно.

Ст. 728. Въ условныхъ вопросахъ долженъ быть указанъ *тотъ изъ предшествующихъ вопросовъ, при отрицательномъ* отвѣтѣ на который они должны подлежать разрѣшенію.

Ст. 731. Если новое обстоятельство, могущее служить основаніемъ для постановки дополнительнаго или условнаго вопроса, таково, что при его признаніи подсудимый можетъ подлежать болѣе тяжкому наказанію нежели то, которое установлено въ законѣ по предъявленному въ обвинительномъ актѣ къ нему обвиненію, то судъ, предупреждая о семъ подсудимаго, можетъ, по его о томъ ходатайству, или пріостановить засѣда-

ніе для предоставленія ему возможности приготовиться къ защитѣ, или даже отложить дѣло слушаньемъ.

Такимъ образомъ, условіями примѣненія мѣръ въ интересахъ подсудимаго служатъ: 1) измѣненіе квалификаціи, 2) наличность новыхъ обстоятельствъ, 3) возможность болѣе тяжкаго наказанія; при отсутствіи одного изъ этихъ условій ст. 731-я непримѣнима; а постановленіе ея объ отсрочкѣ непримѣнимо безъ ходатайства подсудимаго. Но, въ силу 603 ст. Проекта, замѣняющей нынѣшнюю 634 ст. Уст. Уг. Суд., судъ ex officio пріостанавливаетъ или откладываетъ судебное засѣданіе, если «признаетъ необходимымъ по вновь открывшемуся существенному для дѣла обстоятельству вызвать свидѣтеля или свѣдущее лицо, собрать дополнительныя свѣдѣнья, обратить дѣло *къ производству предварительнаго слѣдствія* или отдѣльныхъ слѣдственныхъ дѣйствій». За исключеніемъ подчеркнутыхъ (курсивъ) словъ, постановленіе 603 ст. соотвѣтствуетъ вполнѣ иструкціонному принципу, и даже мѣсто, занимаемое этимъ постановленіемъ въ Проектѣ новой редакціи Уст. Уг. Суд., болѣе соотвѣтствуетъ содержанію его, чѣмъ упоминаніе о правѣ суда ex officio отложить дѣло для подготовки обвиненія или защиты при измѣнившемся обвиненіи. Но существенными недостатками 731 ст. Проекта нужно признать, что предупрежденіе и удовлетвореніе ходатайства объ отсрочкѣ обусловлено большей тяжестью измѣнившагося обвиненія сравнительно съ первоначальнымъ, [1]) что о предупрежденіи не упоминается при измѣненіи одной квалификаціи, когда новыя обстоятельства не обнаружены, что въ этомъ случаѣ не говорится о необходимости условнаго вопроса и постановкѣ главнаго по признакамъ первоначальной квалификаціи, что законъ не предписываетъ указанныхъ въ 731 ст. мѣръ подъ страхомъ отмѣны приговора и не требуетъ мотивированнаго постановленія суда при отказѣ въ удовлетвореніи ходатайства объ отсрочкѣ; наконецъ, что законъ не обязываетъ судъ ставить вопросы по измѣнившемуся обвиненію въ судѣ присяжныхъ при одномъ заявленіи сторонъ, оставляя, повидимому, оцѣнку того, измѣнилось ли обвиненіе,

---

[1]) Объяснит. Записка къ Проекту ставила это условіе только для отсрочки слушанья дѣла и не относила къ предупрежденію (III, стр. 292).

коронным судьям [1]). Что касается границы допустимых измѣненій, то она вытекаетъ только изъ противоположенія ст. 731 и 729, говорящей о постановкѣ вопроса «о другомъ обнаруженномъ на судебномъ слѣдствіи преступномъ дѣяніи, совершенномъ подсудимымъ кромѣ того, за которое онъ преданъ суду». Такимъ образомъ, согласно 731 ст., возможны всѣ измѣненія (и дополненія), если только они не составляютъ дѣянія, могущаго находиться съ первоначальнымъ въ отношеніи реальной совокупности.

Немедленное распространеніе приговора на другое вновь обнаруженное дѣяніе поставлено въ зависимость отъ согласія подсудимаго и отъ сравнительной тяжести угрожающаго по закону наказанія за каждое изъ дѣяній: новое не должно «подвергать наказанію болѣе строгому» (ст. 729). Это постановленіе Объяснительная записка къ Проекту признаетъ нарушеніемъ «основной системы уголовнаго судопроизводства» и допускаетъ лишь въ видѣ исключенія [2]). Но Проектъ не принимаетъ системы раздѣльности обвиненій въ каждомъ изъ дѣяній и въ другихъ случаяхъ, не охватываемыхъ ст. 729-ой; ст. 730 опредѣляетъ: «Въ случаяхъ, когда о преступномъ дѣяніи подсудимаго, обнаруженномъ на судебномъ слѣдствіи, не можетъ быть поставленъ вопросъ (ст. 729), дѣло обращается въ установленномъ порядкѣ къ дослѣдованію, если это окажется нужнымъ, и къ составленію обвинительнаго акта по всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ подсудимаго». Слѣдовательно, при несогласіи подсудимаго на постановку вопроса, откладывается и дѣло по первоначальному обвиненію, иногда только для того, чтобы затѣмъ разсмотрѣны были оба дѣла совмѣстно по одному обвинительному акту. Да и направленіе къ дослѣдованію должно относить-

---

[1]) Это видно изъ того, что и вопросы объ обстоятельствахъ, о которыхъ говоритъ нынѣшняя ст. 763 Уст. Уг. Суд., ставятся, согласно 739-й ст. Проекта по ходатайству подсудимаго или его защитника, *основанному на обстоятельствахъ дѣла*». Въ предоставленіи оцѣнки фактической стороны коронному суду нельзя не видѣть противорѣчія со взглядомъ Проекта на задачу присяжныхъ, высказаннымъ въ ст. 732-й и Объяснит. Запискѣ, III, стр. 281 и 286, примѣч.

[2]) III, стр. 292. Это тѣмъ большее нарушеніе, что для распространенія приговора на другое дѣяніе не требуется предложенія обвинителя.

ся къ новому дѣянію, а не къ первоначальному, уже выясненному. Ст. 730 усложняетъ только безъ нужды производство.

Къ числу редакціонныхъ недочетовъ приведенныхъ статей Проекта слѣдуетъ отнести упоминаніе въ 727 ст. снова о преніяхъ сторонъ, какъ источникѣ обнаруженія новыхъ обстоятельствъ, и неудачное выраженіе въ 731 ст.: «при его (обстоятельства) признаніи подсудимый можетъ» и т. д.; кажется, будто рѣчь идетъ о признаніи обстоятельства подсудимымъ, а не присяжными или судомъ. Лучше было бы сказать: «при его доказанности», или «въ случаѣ признанія его доказаннымъ».

Измѣненіе обвиненія можетъ быть и по Проекту результатомъ ограничительнаго отвѣта присяжныхъ (ст. 758).

Что касается законной силы приговора, то въ Проектѣ остались прежнія постановленія; измѣнена только редакція: вмѣсто словъ 21 и 22 ст. У. У. С. «то же преступленіе» и «то же дѣло», 19 и 20 ст. Проекта говорятъ о «томъ же преступномъ дѣяніи». Объяснительная записка повторяетъ и мотивировку 21-й и 22-й ст. Уст. Уг. Суд. Лучше было бы выпустить въ 19 и 20 ст. Проекта слово: «преступное», наводящее на мысль, что воспрещается новое преслѣдованіе за то же дѣяніе только при сохраненіи прежней квалификаціи.

Важнѣйшія изъ замѣченныхъ опечатокъ.

Стр.	*Строка.*	*Напечатано:*	*Слѣдуетъ читать:*
12	3 снизу	стр. 107 пр. 2	и пр. 6 къ § 19
»	9 »	I, 98 стр.	I, 93 и 98 стр.
14	6 сверху	англосаксовъ	англо—саксовъ
17	20 »	neue	nene
21	10 »	XVII	XVIII
25	10 »	ограниченіемъ	ограниченіямъ
26	15 снизу	подсудимаго.	подсудимаго.»
37	12 »	Sfarkie	Starkie
38	10 »	Sarkic	Starkie
48	9 »	оби аружено	обнаружено
56	12 и 13 сверху	мо-молочникъ	молочникъ
62	1 снизу	ъ	въ
63	19 »	1)	2)
66	2 »	rolating	relating
75	12 »	не	«не
76	8 сверху	лицо	лицо,
66	9 »	послѣднее	послѣднее,
83	2 снизу	камерырасполагая	камеры располагая
84	11 сверху	rensoi	renvoi
89	8 »	н	и
90	13 снизу	assassinat) [1]).	assassinat)». [1])
95	15 сверху	видѣ [2]).	видѣ.» [2])
96	1 »	усмотрѣнія	усмотрѣнія—
98	7 снизу	infraction).	infraction),
102	16 сверху	все таки	все-таки
109	8 »	права	права.
114	11 »	постоянно	постоянно
»	4 снизу	Dallozn	Dalloz
117	1 »	говорите: «prevenu»	говорится: «prévenu»

Стр.	*Строка.*	*Напечатано:*	*Слѣдуетъ читать:*
121	1 »	торонъ	сторонъ
121	15 »	иначе.	иначе.»
122	8 сверху	шансы.»	шансы ?»
125	12 снизу	преслѣдованiя	преслѣдованiя
129	2 сверху	judicatae.	judicatae
131	16 снизу	основанiи	основанiи
»	1 »	chose jugée № 487	Chose jugée № 489
132	13 и 14 сверху	характерно и въ	характерно, какъ указываетъ Эли, и въ
132	14 »	кассацiонный	кассацiонный
133	3 »	жс	же
134	3 снизу	theils die Cuellen	theils die Quellen
140	9 сверху	суда, касается	суда, а касается
158	6, 7 и 8 »	сложное преступленiе раз- въ бы они составляли согласно матерiальному праву, одно	развѣ бы они составляли, согласно матерiальному праву, одно сложное преступленiе.
159	19 снизу	Fragestellungund	Fragestellung und
178	16 сверху	Зему	З-му
192	9 »	(Viederaufnahme)	(Wiederaufnahme)
»	1 снизу	XXII	XXIII
196	7 »	н	не
232	1 »	Holdzend	Holtzend.
248	14 »	генералъ адвоката	генералъ—адвоката
249	7 и 8 сверху	вину; опьяненiя	вину, опьянѣнiя
260	1 снизу	я	и
265	10 »	Plack	Planck
266	5 сверху	Strafverfahren [1]).	Strafverfahren [1])
»	10 »	Миттермайеръ	Миттермайеръ,
»	11 снизу	dnrch	durch
»	10 »	Polizeistraferfahren	Polizeistrafverfahren
274	8 сверху	съ о значенiемъ	со значенiемъ
»	10 »	границы	границы
281	13 »	по этому	поэтому
282	14 снизу	Штеллинѣ	Штеллингъ
286	10 »	Anbegin	Anbeginn
290	3 и 4 сверху	сущ ности	сущ- ности.
293	7 снизу	испытанiемъ	испытанiямъ
294	3 »	слѣдственно обвинительнымъ	слѣдственно—обвинительнымъ
297	4 сверху	процесссса	процесса
»	6 снизу	древне германскомъ	древне-германскомъ

Стр.	*Строка.*	*Напечатано:*	*Слѣдуетъ читать*
301	12 сверху	воздухѣ	воздухѣ,
305	13 »	служитъ	служатъ
307	9 снизу	р Glaser	Ср. Glaser
309	2 »	стр. 43, 38, 39	стр. 43, 44, 38, 39.
313	9 »	Ullmanu	Ullmann
315	5 сверху	серьозномъ	серіозномъ
317	1 снизу	lefait	le fait
»	» »	Отсюда	Отсюда
319	18 »	werden.»	werden.»)
329	18 »	ортицательная	отрицательная
333	21 »	Гаганцевъ	Таганцевъ
334	4 сверху	укрывательства	укрывательства вещей
335	3 снизу	въ первой строкѣ примѣч. 3-го пропущено: 272, пр. 1	
336	7 »	стр. 128, 127, 160, 186, 272 пр. 1.	стр. 128, 127, 160, 186.
339	18 »	состоть	состоять
342	6 »	безотно ительно	безотносительно
343	16 сверху	ростовщ ческой	ростовщической
345	4 снизу	высчавленное	выставленное
»	19 »	обвинитель	обвинитель,
347	1 сверху	подсудимаго	подсудимаго,
351	8 снизу	обременителья	обременительна
353	4 »	вмѣсто 3	вмѣсто 38
357	10 »	Сенатѣ	Сената
360	14 сверху	отерокѣ	отерочкѣ
380	10 снизу	Глава III	Глава VIII
390	13 »	пе	не
395	3 »	изложеннао	изложеннаго
»	2 »	ауберъ	Тауберъ
398	3 сверху	ясключеніемъ	исключеніемъ