П. И. Люблинскій.

СВОБОДА ЛИЧНОСТИ

ВЪ

УГОЛОВНОМЪ ПРОЦЕССѢ.

МѢРЫ, ОБЕЗПЕЧИВАЮЩІЯ НЕУКЛОНЕНІЕ ОБВИНЯЕМАГО ОТЪ ПРАВОСУДІЯ.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
СЕНАТСКАЯ ТИПОГРАФІЯ.
1906.

APR 1 1932

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Вопросъ, разсмотрѣнный въ нашей работѣ, принадлежитъ къ весьма существеннымъ и животрепещущимъ вопросамъ современности. Положеніе личности въ уголовномъ процессѣ въ значительной степени характеризуетъ и положеніе ея во всемъ государственномъ строѣ, главнѣйшей частью котораго является судебная организація. Уваженіе къ правамъ гражданина со стороны суда есть необходимое условіе для успѣшнаго выполненія воспитательной миссіи государства.

Между тѣмъ, въ то время какъ на Западѣ мы находимъ богатую литературу, посвященную разработкѣ вопроса о мѣрахъ, стѣсняющихъ личную свободу въ уголовномъ процессѣ, въ Россіи можно наблюдать крайне слабое развитіе ея. За исключеніемъ небольшого отдѣла книги А. Кистяковскаго, написанной еще тогда, когда обновленная судебная система начинала только дѣйствовать, нѣсколькихъ страницъ въ „Курсѣ“ И. Я. Фойницкаго, да брошюры В. Д. Кузьмина-Караваева, у насъ совершенно не существуетъ литературы критическаго характера по этому вопросу. Исторія и постановка этихъ мѣръ на Западѣ совершенно не затрагивались въ русской литературѣ, и только исторія ихъ въ русскомъ правѣ разработана съ достаточною основательностью, главнымъ образомъ благодаря капитальному изслѣдованію проф. А. Кистяковскаго.

Такое положеніе вопроса о мѣрахъ обезпеченія до извѣстной степени опредѣлило и характеръ нашей работы. Мы сочли нужнымъ дать историческую и догматическую разработку трехъ главнѣйшихъ типовъ построенія процесса—англійскаго, французскаго и нѣмецкаго, отмѣтивъ въ законодательствахъ другихъ государствъ лишь болѣе существенныя отступленія. На ряду съ изложеніемъ отдѣльныхъ системъ, необходимымъ въ цѣляхъ систематической обрисовки каждой изъ нихъ, мы для облегченія сравненій при спеціальномъ критическомъ разсмотрѣніи русской системы, на которую обращено особенное вниманіе, сочли удобнымъ резюмировать по отдѣльнымъ вопросамъ типы, представляемые западнымъ законодательствомъ. Историческому развитію русской

системы посвящено сравнительно мало мѣста, такъ какъ эта сторона подробно разработана въ литературѣ и была внесена нами скорѣе для полноты вопроса.

Отсутствіе какой либо систематичности въ разбросанныхъ по различнымъ отдѣламъ постановленіяхъ устава уголовнаго судопроизводства о мѣрахъ обезпеченія побудило насъ самостоятельно выработать систему, которая, какъ намъ кажется, вполнѣ охватываетъ вопросъ. Кромѣ выясненія законодательныхъ системъ мы старались освѣтить вопросъ и съ фактической стороны, для чего послужили данныя судебной статистики различныхъ государствъ.

Попытка подвергнуть систематической критикѣ постановленія устава уголовнаго судопроизводства и накопившійся за сорокъ съ лишнимъ лѣтъ опытъ ихъ примѣненія, можетъ быть, покажетъ необходимость развитія этого замѣчательнаго источника русскаго законодательнаго творчества въ нѣкоторыхъ его частяхъ и преимущественно съ той стороны, которая въ настоящее время съ особенною яркостью выступаетъ на первый планъ, именно—большаго огражденія свободы личности въ государственномъ строѣ.

Февраль 1906 г.

СОДЕРЖАНІЕ.

Стр.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Введеніе . . . . . **1 — 51**

I. Право принятія мѣръ обезпеченія. . . . 1
II. Общая постановка принудительныхъ мѣръ въ процессѣ 8
III. Классификація мѣръ обезпеченія. . . . 15
IV. Особыя цѣли мѣръ обезпеченія . . . 22
V. Факторы, вліяющіе на характеръ мѣръ обезпеченія 27
VI. Уголовно-политическія ученія о подслѣдственномъ заключеніи 35

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

Постановка мѣръ обезпеченія въ законодательствахъ Западной Европы.

Глава первая. *Римскій процессъ.* . . . . **52 — 66**
I. Періодъ царей 53
II. Періодъ гражданской свободы въ республикѣ 56
III. Періодъ господства quaestiones perpetuae . 60
IV. Періодъ императорской юстиціи и система, изложенная въ Corpus Juris . . . 61

Глава вторая. *Англійскій процессъ* . . . **66 — 102**
I. Исторія мѣръ обезпеченія въ Англіи . . 67
II. Дѣйствующее англійское законодательство . 75
а) Средства представленія въ судъ . . . 75
б) Мѣры, обезпечивающія неуклоненіе . . 89
Законодательство Шотландіи 100
Законодательство Сѣверо-Американскихъ Штатовъ 101

Глава третья. *Французскій процессъ.* . . . **102 — 166**
I. Историческій очеркъ французской системы . 104
II. Дѣйствующее французское законодательство . 117
III. Бельгійское законодательство . . . 152
IV. Итальянское законодательство . . . 154

V. Законодательства Испаніи, Румыніи, Голландіи, Португаліи, Швейцаріи (Женева, Валэ, Во, Тессинъ, Бернъ) 162

Глава четвертая. *Германскій процессъ* . . . **166 — 207**
I. Законодательство Германской Имперіи . . 168
II. Австрійское законодательство . . . 188
III. Венгерское законодательство . . . 201
IV. Норвежское законодательство . . . 204
Законодательства Швеціи, Даніи и Болгаріи . 206

Глава пятая. *Исторія мѣръ обезпеченія въ русскомъ процессѣ* . . . . . **207 — 248**
I. Періодъ общинный 209
II. Періодъ образованія и развитія княжеской власти 212
III. Періодъ царскій 218
IV. Періодъ императорскій 231

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

Критическій обзоръ русскаго законодательства.

Глава первая. *Средства представленія въ судъ.* . **248 — 332**
I. Отличіе средствъ представленія отъ мѣръ, обезпечивающихъ неуклоненіе . . . 248
II. Начала примѣненія принужденія при представленіи въ судъ 253
III. Призывъ обвиняемаго 265
IV. Приводъ обвиняемаго 268
V. Правила о немедленности допроса, какъ гарантія предварительнаго характера мѣръ представленія въ судъ 272
VI. Опредѣленность юридическихъ основаній принудительной дѣятельности административныхъ органовъ, какъ правовая гарантія . 278
VII. Предварительный арестъ обвиняемаго . 282
VIII. Основанія примѣненія предварительнаго ареста 303
IX. Краткосрочность предварительнаго ареста . 308
X. Надзоръ за предварительнымъ полицейскимъ арестомъ 313

XI. Отвѣтственность полиціи за неправильныя дѣйствія при арестѣ 319
XII. Особыя права административныхъ органовъ по назначенію ареста 326
Глава вторая. *Виды мѣръ обезпеченія.* . . . . **332 — 385**
I. Общія мѣры. 1. Запрещеніе отлучки . . . 333
2. Обязаніе подпискою о явкѣ къ слѣдствію и неотлучкѣ . . 337
3. Отобраніе вида на жительство . 340
4. Полицейскій надзоръ . . 344
5. Залогъ и поручительство . . 348
6. Домашній арестъ . . . 372
7. Содержаніе подъ стражей . . 373
II. Особыя мѣры. 1. Надзоръ 376
2. Присмотръ 377
3. Помѣщеніе 381
Глава третья. *Органы, вѣдающіе назначеніе и измѣненіе мѣръ обезпеченія* . . . . **385 — 411**
1. Полицейскіе органы 389
2. Судебные слѣдователи и прокуратура . . 393
3. Обвинительная камера 403
4. Окружный судъ 403
5. Судъ апелляціонный 406
6. Судъ кассаціонный 407
7. Органы мировой и участковой юстиціи . 407
Глава четвертая. *Границы усмотрѣнія судьи при назначеніи мѣръ обезпеченія* . . . **411 — 461**
I. Общія начала усмотрѣнія 411
II. Функціи слѣдователя, какъ судьи . . 413
III. Подслѣдственная свобода и начало обязательности принятія мѣръ обезпеченія . . 425
IV. Условія примѣненія мѣръ обезпеченія къ личности обвиняемаго 442
Глава пятая. *Основанія подслѣдственнаго заключенія подъ стражу* . . . . . **462 — 486**
I. Неразличеніе основаній заключенія въ русскомъ законодательствѣ 462
II. Опасеніе побѣга 463
III. Цѣль слѣдственная 465
IV. Цѣли полицейскаго характера . . . 479

Глава шестая. *Формальныя гарантіи личной свободы* **486 — 509**
I. Постановленіе о взятіи подъ стражу . . 491
II. Обжалованіе 496
III. Надзоръ за заключеніемъ подъ стражу . 502
IV. Отвѣтственность уголовная и дисциплинарная 504
Глава седьмая. *Процессуальныя права заключеннаго и средства осуществленія ихъ* . . . **510 — 540**
Глава восьмая. *Режимъ содержанія подъ стражей* . **540 — 555**
Глава девятая. *Продолжительность подслѣдственнаго заключенія* . . . . . **555 — 569**
Глава десятая. *Коррективы подслѣдственнаго заключенія*: . . . . . **569 — 677**
I. Зачетъ подслѣдственнаго заключенія въ наказаніе 570
II. Вознагражденіе за безъ вины понесенное подслѣдственное заключеніе 590
I. Постановка вопроса 590
II. Соображенія политики и развитіе теоріи отвѣтственности государства . . . 593
III. Отвѣтственность должностныхъ лицъ и отвѣтственность государства . . . 611
IV. А. Теорія профессіональнаго риска . . 615
Б. Теорія страховой отвѣтственности . 620
В. Теорія отвѣтственности за неправомѣрныя дѣйствія 622
Г. Теорія филантропической обязанности государства 623
V. Отвѣтственность судей за убытки по западнымъ законодательствамъ . . . 629
VI. Субъекты государственнаго вознагражденія. 636
VII. Личная вина, какъ основаніе для лишенія вознагражденія 648
VIII. Другія обстоятельства, исключающія государственное вознагражденіе . . . 651
IX. Блага, подлежащія возмѣщенію посредствомъ государственнаго вознагражденія . . 657
X. Порядокъ осуществленія права на государственное вознагражденіе . . . 665
XI. Вознагражденіе за безвинное заключеніе въ русскомъ правѣ 668
XII. Общія соображенія 675
Заключеніе . . . . . **678 — 701**

ВВЕДЕНІЕ.

„Il faut que la justice soit forte, mais que la force soit juste"

Tronchet.

I.

Право принятія мѣръ обезпеченія.

Въ числѣ самыхъ основныхъ вопросовъ построенія какого бы то ни было судебнаго института стоитъ вопросъ объ отношеніи его къ личности гражданина. Главнѣйшей функціей всякаго общественнаго органа является выполненіе обусловливающихъ его существованіе потребностей соціальнаго цѣлаго, къ которымъ и долженъ быть приспособленъ весь его внутренній строй. Принципы приспособленія бываютъ техническіе и этическіе. Первые, вытекая изъ стремленія къ наименьшей затратѣ общественно-полезныхъ силъ, основаны исключительно на соображеніяхъ цѣлесообразности, однако цѣлесообразности, не ограниченной узкимъ кругомъ даннаго учрежденія, но охватывающей, по крайней мѣрѣ, всю систему взаимно координированныхъ органовъ, служащихъ для отправленія какой либо общественной функціи.

Что касается второго ряда принциповъ—этическихъ—то они составляютъ соціальную сторону организаціи, относящуюся къ личности и ея правамъ и обусловливающую правомѣрность и жизненность этой организаціи. Содержаніе этическихъ принциповъ познается изъ изученія разнообразныхъ стремленій, идеаловъ общества, интуитивнаго права и нравственности отдѣльныхъ его членовъ и вообще всѣхъ его пси-

хическихъ проявленій, въ которыхъ выражается оцѣнка существующихъ и идеальныхъ общественныхъ отношеній.

Вслѣдствіе неудержимаго хода общественнаго развитія постоянно измѣняется содержаніе какъ этическихъ принциповъ общественнаго строя, такъ и обусловливаемыхъ ими правилъ техническихъ. Съ теченіемъ времени принципъ старѣетъ, ветшаетъ, его прогрессивное значеніе пропадаетъ. Принципы, годные при феодальномъ строѣ, стары для эпохи либерализма, а принципы послѣдней недостаточны для эпохи соціализма. Основной задачей каждаго изслѣдователя поэтому является не заимствованіе абсолютныхъ этическихъ принциповъ изъ стараго, а внимательная оцѣнка современности и сознаніе относительности добытыхъ результатовъ. Только находясь въ извѣстной связи съ жизнью, принципъ можетъ управлять ею, въ противномъ случаѣ онъ превращается въ отвлеченное правило, гордо взирающее съ высоты своего метафизическаго пьедестала на непостоянныя жизненныя стремленія.

Эти предварительныя соображенія вполнѣ примѣнимы къ принципамъ организаціи уголовнаго суда вообще и института мѣръ, обезпечивающихъ неуклоненіе обвиняемаго отъ правосудія, въ частности. Задачей этого института является обезпеченіе возможности исполненія постановляемаго судомъ приговора посредствомъ примѣненія къ лицу, привлеченному къ суду, мѣръ, удерживающихъ его отъ уклоненія, въ тѣхъ случаяхъ, когда присутствіе его необходимо для осуществленія правосудія. Техническіе принципы этого института могутъ быть выяснены лишь въ связи съ общей системой уголовнаго судопроизводства и притомъ послѣ выясненія принциповъ этическихъ или соціальныхъ, которыми они обусловлены. Общія начала техническаго устройства—экономія силъ органовъ суда, экономія принудительныхъ средствъ, правильное раздѣленіе труда и пр. настолько общеизвѣстны, что на нихъ не стоитъ останавливаться. Гораздо болѣе спорны и менѣе выяснены принципы этическіе, выступающіе особенно ярко на первый планъ въ интересующемъ насъ институтѣ.

Изъ самаго опредѣленія задачи мѣръ обезпеченія видно отношеніе ихъ къ двумъ субъектамъ: къ активному субъекту

правосудія (частный обвинитель, представитель государства, община, родъ) и къ пассивному—къ лицу, привлекаемому въ качествѣ обвиняемаго. Мѣры обезпеченія принимаются въ интересахъ перваго и могутъ часто вступать въ коллизію со стремленіями второго, слѣдствіемъ чего является необходимость въ ихъ регулированіи законодательной властью, устанавливающей предѣлы нормальнаго разграниченія. Это разграниченіе необходимо еще и потому, что мѣры обезпеченія могутъ затрагивать самыя дорогія блага личности—ея свободу, положеніе въ обществѣ и доброе имя.

Для того, чтобы установить какое либо разграниченіе, намъ предстоитъ сначала задача показать, на какихъ началахъ покоится право активнаго субъекта правосудія (возьмемъ для простоты видъ вмѣсто рода—государство вмѣсто общаго понятія субъекта, такъ какъ мы будемъ разсуждать примѣнительно къ настоящей эпохѣ) на принятіе мѣръ обезпеченія. Обыкновенно теоретики весьма обостряютъ отношеніе между стремленіями вышеуказанныхъ двухъ субъектовъ правосудія и, устанавливая на сторонѣ перваго право власти, второго снабжаютъ правомъ свободы, разсматривая положительное законодательство, какъ своеобразную комбинацію этихъ двухъ правъ. Власть и свобода—двѣ чашки вѣсовъ, и на законодателѣ лежитъ трудная задача постояннаго уравновѣшиванія ихъ [1]). При такой постановкѣ вопроса, сохраняющейся какъ пережитокъ системъ метафизически естественнаго права и правовыхъ теорій свободы, понятіе свободы личности принимаетъ характеръ абсолютнаго права, и, слѣдовательно, всякія ограничительныя мѣры должны разсматриваться какъ насиліе, беззаконіе сильнаго. Признаніе „необходимости“ мѣръ обезпеченія не спасаетъ послѣдователей этой теоріи отъ такого вывода, потому что здѣсь имѣется въ виду не закономѣрная необходимость явленій природы, но необходимость

[1]) Morizot-Tibot. De la détention préventive (Revue du droit publ. 1904. XXI. p. 27). Si l'on ne songe qu'au droit individuel, on me laissera toujours en liberté; si l'on n'envisage que l'intérêt social je serai toujours incarcéré, L'une et l'autre de ces solutions sont excessives. C'est cependant entre les deux extrêmes que les lois oscillèrent autrefois. См. также Larnaude. Les garanties de la liberté individuelle. 1902.

телеологическая, состоящая въ томъ, что какая либо мѣра является необходимою для достиженія опредѣленной цѣли, между тѣмъ какъ никакая иная цѣль не можетъ быть противопоставлена абсолютному праву свободы. Слишкомъ легко и неправильно было бы въ настоящее время такое разграниченіе, свойственное эпохѣ либерализма. Намъ кажется, что для рѣшенія этого вопроса правильнѣе примѣнить положительный принципъ оцѣнки цѣлей личности и государства, который не приведетъ насъ къ такому рѣзкому выводу и позволитъ съ большей правильностью прослѣдить историческое развитіе этого института.

Относительная необходимость не можетъ служить еще сама по себѣ оправданіемъ принужденія, такъ какъ она зависитъ отъ своей цѣли. Отравленіе нельзя назвать справедливымъ на томъ основаніи, что оно было необходимо для скораго полученія наслѣдства. Въ случаѣ необходимости лишь оцѣнка, примѣняемая къ конечной цѣли, переносится на всѣ звенья, ведущія къ ней и соединенныя съ нею, какъ необходимыя ея условія. Обыкновенно требуютъ „оправданія“ права государства на принятіе мѣръ, ограничивающихъ свободу гражданина. Однако, слѣдуетъ замѣтить, что право, какъ опредѣленная норма нашего поведенія, является автономнымъ импульсомъ, не требующимъ доказательства или „оправданія“. Такъ называемымъ оправданіемъ права является оцѣнка его съ точки зрѣнія политики права, указывающая на соціальное значеніе этого права. Въ данномъ вопросѣ у насъ будутъ двѣ оцѣнки: *оцѣнка цѣли (или общественной функціи) государства*, состоящей въ осуществленіи уголовнаго правосудія (оцѣнка мѣръ обезпеченія, какъ необходимаго условія для достиженія этой цѣли, переносятся на эту цѣль), и *оцѣнка значенія личности* и нѣкоторыхъ ея правъ въ обществѣ. При этомъ, оцѣнивая значеніе личности, я буду указывать на одну только свободу ея, такъ какъ она по преимуществу ограничивается принудительными мѣрами обезпеченія.

Итакъ мы становимся на точку зрѣнія *политики права* и начинаемъ говорить не о самомъ правѣ, а о его соціальномъ значеніи. Противопоставляя ту соціальную цѣнность,

которая признана за правосудіемъ и его дѣйствительнымъ обезпеченіемъ, цѣнности правъ привлекаемой къ суду личности, поскольку они подвергаются ограниченію при такомъ привлеченіи, мы намѣренно обостряемъ вопросъ для того, чтобы вынести принципіальное рѣшеніе. Если мы признаемъ, что дѣйствительное выполненіе актовъ уголовнаго правосудія является при современномъ строѣ общественныхъ отношеній важнымъ средствомъ репрессированія общественно-вредныхъ мотивовъ и поведенія и способомъ прогрессивнаго воспитанія, безъ чего можетъ грозить опасность самому государственному строю, то тѣмъ самымъ мы поддержаніе правосудія можемъ положить въ основу нашихъ правно-политическихъ построеній и тѣмъ самымъ „оправдаемъ его“, т. е. окружимъ примѣненіе принудительныхъ средствъ для его поддержанія ореоломъ справедливости [1]).

Не приходится говорить о важности правильнаго отправленія правосудія для страны и о вредности антисоціальныхъ стремленій, къ которымъ слѣдуетъ отнести и стремленіе уклониться отъ суда. Слѣдуетъ имѣть въ виду, что мы говоримъ о существованіи дѣйствительной необходимости въ принятіи мѣръ обезпеченія, когда имѣется въ наличности стремленіе обвиняемаго къ уклоненію; такое ограниченіе мы дѣлаемъ для принципіальной постановки вопроса. Признавъ преимущество первой цѣли, мы вмѣстѣ съ тѣмъ и признаемъ „право“ государства налагать мѣры обезпеченія.

Однако этотъ выводъ, какъ и всякій другой, покоящійся на сравнительной оцѣнкѣ, будучи отвлеченъ отъ многихъ конкретныхъ обстоятельствъ, далеко не безусловенъ. Прежде всего, въ сравнительно рѣдкихъ случаяхъ можетъ быть опредѣлена дѣйствительная необходимость, въ большинствѣ же случаевъ эта необходимость предполагаемая, основанная на различныхъ косвенныхъ признакахъ, часто даже не обладающихъ способностью правильнаго опредѣленія необходимости, а при такихъ обстоятельствахъ приходится

---

[1]) См. о политикѣ права L. Petrazicky, Lehre vom Einkommen. 1893. B. II. Anhang II. Объ условной политикѣ подробнѣе см. Петражицкій. Введеніе въ науку политики права. Кіевск. Унив. Изв. 1889.

уже рѣшать для каждаго отдѣльнаго случая вопросъ о справедливости. Основной задачей поэтому является избраніе такихъ признаковъ, которые съ наибольшей вѣроятностью указываютъ на необходимость принятія мѣръ обезпеченія, т. е. строгое опредѣленіе условій назначенія ихъ. Такимъ образомъ принципіальное признаніе права государства на принятіе мѣръ обезпеченія не освобождаетъ отъ указанія на несправедливость ихъ въ отдѣльныхъ случаяхъ. Причина этому— невозможность устроить такую идеальную организацію, при которой эти мѣры касались бы только тѣхъ лицъ, для которыхъ онѣ предназначены. Здѣсь и выступаетъ на первый планъ вопросъ о значеніи личности. При низкой ея оцѣнкѣ государство безцеремонно задерживаетъ всѣхъ при первомъ подозрѣніи и дѣлаетъ даже назначеніе мѣръ обезпеченія обязательнымъ для всѣхъ обвиняемыхъ, руководясь празиломъ reorum est fugere; при болѣе высокомъ уваженіи оно жертвуетъ нѣкоторымъ процентомъ побѣговъ для того, чтобы больше оградить личность, устанавливаетъ признаки индивидуальнаго и соціальнаго характера индивида, которые освобождаютъ его отъ наиболѣе стѣснительныхъ мѣръ обезпеченія, совершенно уничтожаетъ нѣкоторые виды этихъ мѣръ, являющіеся слишкомъ стѣснительными для гражданъ и пр. Оцѣнка личности, такимъ образомъ, весьма сильно вліяетъ на организацію и ограниченіе примѣненія этихъ мѣръ, хотя и стоитъ въ подчиненномъ отношеніи къ стремленію государства обезпечить правосудіе. Она не противоположна, какъ другая чашка вѣсовъ, этой цѣли государства и вполнѣ можетъ быть съ нею примирена установленіемъ все болѣе и болѣе приближающейся къ справедливости системы уголовнаго суда.

Беккарія въ своемъ Trattato [1]) правильно замѣчаетъ: „Spetta a'teologi lo stabilire i confini del giusto e dell'ingiusto per cio che risguarda l'intriseca malizia o bontà dell'atto; lo stabilire i rapporti

[1]) Trattato delle delitti e delle pene. pag. 5. Дѣло богослова установить границы справедливаго и несправедливаго въ томъ, что касается внутренняго добра или зла какого-либо поступка, но установленіе границъ политически-справедливаго и несправедливаго, т. е. полезнаго или вреднаго для общества, есть дѣло публициста.

dell'giusto e dell'ingiusto politico, cioè dell'utile o del danno della società spetta al publicista". Такова и предстоящая намъ задача. Для того, чтобы имѣть возможность приняться за нее, намъ необходимо въ самыхъ краткихъ чертахъ указать, на чемъ основано современное высокое значеніе личности и какъ оно проявляется въ строѣ уголовнаго правосудія. Гражданинъ является участникомъ сложной общественной сферы, съ которой онъ связанъ цѣлымъ рядомъ общественныхъ отношеній. Каждое нораженіе его публичныхъ правъ затрагиваетъ интересы всего общежитія, полезнымъ органомъ котораго онъ являлся. Я не говорю о преступникахъ, освобожденіе отъ которыхъ иногда, наоборотъ, желательно для общежитія, но о среднемъ типѣ гражданина, который, хотя и считается невиннымъ до тѣхъ поръ, пока не осужденъ, однако подвергается стѣсненіямъ, лишающимъ его возможности свободно отправлять прежнія общественныя функціи. Здѣсь, помимо чисто индивидуальнаго, мы имѣемъ и соціальный ущербъ, который тѣмъ больше, чѣмъ менѣе причастно къ преступленію данное лицо. Гарантія уваженія состоитъ: 1) въ установленіи сферы активности и самодѣятельности лица и 2) въ ограниченіи произвола органовъ власти. Первая гарантія основывается на томъ предположеніи, что личность дѣйствуетъ по соціальнымъ мотивамъ и съ такой точки зрѣнія должна быть ограждена отъ вмѣшательства правительственной власти. Вторая гарантія состоитъ въ строгомъ указаніи случаевъ, когда можетъ возникать необходимость ограниченія вышеуказанной сферы активной и свободной дѣятельности. Стѣсненіе личности, не вызываемое необходимостью, является произвольнымъ нарушеніемъ, будь то произволъ, санкціонированный въ законѣ или примѣняемый органами власти по личнымъ соображеніямъ.

Справедливость требуетъ уничтоженія произвола въ области, тѣсно соприкасающейся съ основными благами гражданина. Она выражается въ установленіи „конституціонныхъ" (прочныхъ, коренныхъ) правъ, именуемыхъ правами политической свободы. Обладаетъ ли такимъ характеромъ свобода отъ наиболѣе стѣснительныхъ мѣръ обезпеченія (личнаго задержанія)?—Въ весьма небольшой степени. Свобода подслѣд-

ственная, какъ факультативная, зависящая отъ усмотрѣнія (liberté *provisoire*), противополагается свободѣ политической—конституціонной. Въ настоящее время лишь при обвиненіи въ проступкахъ и преступленіяхъ, влекущихъ сравнительно не тяжкое наказаніе, свобода отъ личнаго задержанія установлена какъ политическое право, а не какъ свобода, зависящая отъ усмотрѣнія. Главной причиной такого неразвитія права свободы въ этой области является то обстоятельство, что субъектами его обыкновенно бываютъ лица преступнаго класса, по отношенію къ которымъ трудно признать правильность первой гарантіи—предположенія о соціальномъ характерѣ ихъ мотивовъ (наоборотъ, здѣсь предполагается антисоціальный мотивъ—уклоненіе). Часто являясь отсталой въ соціальномъ отношеніи, извѣстная категорія обвиняемыхъ не оправдываетъ того высокаго довѣрія, которое требуетъ для себя установленіе политической свободы въ данной области. Поэтому здѣсь устанавливается принципъ судейскаго усмотрѣнія, очищеннаго отъ постороннихъ основной цѣли мѣръ обезпеченія соображеній и основаннаго на строгомъ безпристрастіи и независимости. Вмѣсто общей законодательной нормы устанавливается болѣе индивидуальная власть судьи. Такая постановка вопроса объ индивидуальной свободѣ, насколько то возможно, примиряетъ стремленіе къ точному опредѣленію дѣйствительной необходимости принятія мѣръ обезпеченія и стремленіе къ ограниченію тягостнаго произвола въ рѣшеніи органа, пользующагося довѣріемъ какъ государства, такъ и всякаго гражданина. Лишь постепенно, съ совершенствованіемъ общественной психики, можетъ быть примѣнена здѣсь свобода политическая, подобно тому, какъ это было при общинномъ строѣ.

II.

Общая постановка принудительныхъ мѣръ въ процессѣ.

Какова общая цѣль предписаній, содержащихся въ уставѣ уголовнаго судопроизводства, и кого имѣютъ въ виду эти пред-

писанія? Безъ отвѣта на этотъ коренной вопросъ намъ трудно будетъ надлежащимъ образомъ разрѣшить вопросъ о гарантіяхъ правъ личности въ процессѣ и о правильной постановкѣ мѣръ обезпеченія [1]).

Въ одномъ изъ своихъ сочиненій [2]) извѣстный итальянскій криминалистъ Каррара слѣдующимъ образомъ разсуждаетъ объ общемъ характерѣ устава уголовнаго судопроизводства:

—„Скажите, для какой цѣли созданы нормы каждаго уголовнаго процесса?“

—„Онѣ установлены“—отвѣтите вы—„для того, чтобы узнать виновниковъ и соучастниковъ преступленія и чтобы предать ихъ наказанію, опредѣленному въ законѣ“.

—„Но, если обвиняемаго оклеветали, неужели слѣдуетъ его уже осудить единственно за то, что его привлекли къ суду?“

—„Нѣтъ“—отвѣтите вы—„его слѣдуетъ оправдать, и примѣрно наказать клеветника“.

—„Остановитесь, пожалуйста, на этомъ соображеніи и взвѣсьте всѣ основанія, которыя вамъ придутъ въ голову. Значитъ, для осужденія этого человѣка недостаточно того, что онъ привлеченъ къ суду, но должно узнать, дѣйствительно ли онъ виновенъ во вмѣняемомъ ему преступленіи. Нужно удостовѣриться въ его виновности и, только убѣдившись, что онъ виновенъ, слѣдуетъ наказать его по закону. Процессъ установленъ прежде всего для безопасности честныхъ людей (il rito penale è la salvaguardia dei galantuomini), потому что, если бы существовала увѣренность въ томъ, что всякій обвиняемый есть виновный, то были бы безполезными и неразумными такія постановленія, которыя имѣютъ цѣлью защитить невинность и избавить отъ напраснаго страха каждаго честнаго человѣка“.

Ту же мысль проводитъ Энрико Ферри въ своей Sociologia

---

[1]) Вмѣсто устарѣлаго и не подходящаго по существу названія „мѣры пресѣченія“ мы повсюду употребляемъ другое, имѣющееся въ законѣ (ст. 417, 418, 419 уст. угол. суд.) названіе „мѣры обезпеченія“.

[2]) Carrara. Genesi del diritto penale. 1893 p. 583.

criminale: „Il codice penale è il codice per i birbanti; il codice di procedura penale è il codice di guarentia per gli onesti, che sono sottoposti a processo e che non sono ancora riconosciuti birbanti". Уголовное уложеніе имѣетъ въ виду преступника, оно примѣняется лишь къ осужденному, уставъ уголовнаго судопроизводства примѣняется къ каждому гражданину и потому не долженъ имѣть въ виду преступника. Романьози вполнѣ правильно видитъ въ основѣ всего устава уголовнаго судопроизводства прежде всего цѣль огражденія невинныхъ отъ наказанія, а не цѣль примѣненія наказанія къ виновнымъ, что̀ не требуетъ сложной процедуры: „La procedura è fatta premieramente per la sicurezza della gente onesta". Carnevale [1]) считаетъ цѣлью уголовнаго процесса: „Tutela giuridica universale". „Processo è campo di lotta nel quale i risultati sono termini per la verità". Фостенъ Эли также настаиваетъ главнымъ образомъ на раскрытіи истины и защиты правъ, какъ на цѣли уголовнаго процесса, основаннаго на правовыхъ началахъ: „Le but de la procedure criminelle est la complète manifestation de la verité judiciaire; son principe est *la protection efficace de tous les droits*, des tous les intérêts; des intérêts de la société et des intérêts de l'accusé, à l'aide des formes dont elle s'entoure et des garanties qu'elle présente [2])". Проф. Фойницкій [3]) основнымъ требованіемъ начала публичнаго или общественнаго выставляетъ то, что уголовно-судебное разбирательство происходитъ въ общегосударственныхъ интересахъ, требующихъ не осужденія обвиняемаго во что бы то ни стало, а правильнаго приложенія уголовнаго закона путемъ полнаго раскрытія истины; наказаніе невинныхъ вредитъ государству еще болѣе, чѣмъ оправданіе виновныхъ.

Уставъ уголовно-судебный есть сводъ правъ гражданина, которыя ему предоставлены по отношенію къ дѣятельности судебной власти. Съ такой точки зрѣнія доброка-

---

[1]) Carnevale. L'ideale giuridicio della procedura penale. Rivista penale 1903 № 1 p. 23—24.

[2]) F. Hélie. Traité, t. I, 1866. p. 7.

[3]) И. Я. Фойницкій. Курсъ уголовнаго судопроизводства. 1896 г. стр. 10, т. I.

чественность уголовно-судебныхъ законовъ надежнымъ оплотомъ охраняетъ свободу гражданина. „C'est de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen“ (Esprit de lois),—говоритъ одинъ изъ великихъ поборниковъ свободы—Монтескье. Этотъ уставъ нельзя разсматривать только какъ сводъ предписаній судебнымъ властямъ о формахъ производства, но какъ законъ, обращенный къ подданнымъ о правахъ, которыя имъ предоставлены въ огражденіе произвола государственно-судебныхъ органовъ.

Каждый считается невиннымъ, доколѣ не доказана его виновность, — таковъ принципъ уголовно - судебнаго законодательства, проводящаго строгое различіе между обвиняемымъ и обвиненнымъ. Грань между этими двумя состояніями проводится приговоромъ—этимъ конечнымъ и главнѣйшимъ моментомъ всего процесса. До обвинительнаго приговора государство имѣетъ дѣло съ гражданиномъ полноправнымъ, послѣ этого—съ гражданиномъ, ограниченнымъ въ правахъ, преступнымъ. Поэтому нормы уголовно-судебнаго устава, опредѣляя публичныя права гражданина, имѣютъ большое общественное значеніе.

Если современное правосудіе въ дѣятельности своей, направленной на достиженіе цѣлей дѣйствительной охраны общества отъ преступности, не можетъ не опираться на рядъ мѣръ, тяжело падающихъ на личность, а порою и имущество отдѣльныхъ гражданъ, то примѣненіе этихъ мѣръ допустимо только въ силу ихъ дѣйствительной необходимости, а не вслѣдствіе взгляда на привлеченныхъ къ суду, какъ на скрытыхъ преступниковъ.

Всѣ принудительныя мѣры, принимаемыя въ процессѣ, должны разсматриваться не какъ наказаніе преступника, а какъ ограниченіе правъ гражданина. Подслѣдственное заключеніе подъ стражей, по формѣ почти тождественное наказанію лишеніемъ свободы, съ правовой точки зрѣнія однако есть не наказаніе, а принудительная мѣра, принимаемая въ цѣляхъ обезпеченія интересовъ правосудія. Приводъ или арестъ суть не виды наказанія за совершеніе какихъ-либо тяжкихъ преступленій, но мѣры чисто процессуальнаго характера, вызванныя

необходимостью присутствія обвиняемаго на судѣ. Несмотря на то, что въ обоихъ случаяхъ на лицо принудительность, принципы, по которымъ эта принудительность примѣняется, существенно различны. Въ то время какъ принужденіе, примѣняемое въ цѣляхъ процесса, основывается на принципѣ наибольшей экономіи его примѣненія и оправдывается только своею неизбѣжностью, принужденіе при наказаніи (напр., въ видѣ наказанія лишеніемъ свободы) опредѣляется на основаніи соображеній справедливости, задачъ карательныхъ и исправительныхъ, и притомъ въ размѣрѣ, установленномъ въ законѣ, а не по принципу наибольшей экономіи. Наказаніе является ограниченіемъ правъ или принужденіемъ, осуществляемымъ вслѣдствіе нарушенія закона, въ то время какъ процессуальное принужденіе осуществляется независимо отъ совершенія или несовершенія обвиняемымъ нарушенія закона.

Правда, наиболѣе справедливой постановкой принудительныхъ мѣръ въ процессѣ является такая, при которой каждая принудительная мѣра явится результатомъ нарушенія установленной въ законѣ процессуальной нормы. Принужденіе, по самому своему существу, есть насильственная дѣятельность, возникающая при противорѣчіи стремленій двухъ субъектовъ, изъ которыхъ одинъ предписываетъ выполненіе своего стремленія другому. Стремленіе понимается здѣсь какъ активная способность. Противорѣчіе стремленій обвиняемаго, проявляемыхъ во внѣ, стремленіямъ государства въ тѣхъ случаяхъ, когда вторыя имѣютъ преобладающее соціальное значеніе, выражается при правовомъ строѣ публичныхъ отношеній въ нарушеніи законодательной нормы. Если въ процессѣ будетъ означенъ рядъ обязанностей обвиняемаго, то нарушеніе ихъ можетъ вызвать, въ случаѣ необходимости, примѣненіе принудительныхъ мѣръ, и это примѣненіе будетъ справедливымъ, такъ какъ оно основывается на положительномъ законѣ.

Однако не всегда возможна такая правовая постановка мѣръ принужденія въ процессѣ. Часто интересы, обезпечиваемые принудительными мѣрами, настолько существенны, что представляется опаснымъ ждать совершенія извѣстнаго нарушенія и

является потребность въ принятіи такихъ мѣръ лишь при одномъ предположеніи нарушенія. Принудительныя мѣры носятъ тогда предупредительный характеръ. Предпосылкой здѣсь можетъ служить лишь вѣроятность нарушенія, между тѣмъ какъ для справедливости требуется достовѣрность. Справедливость только тогда будетъ существовать, если лицо, подвергаемое принужденію, будетъ ясно сознавать, что основаніе тому оно дало своими поступками, а не видѣть въ принужденіи слѣпую руку, падающую тяжело на него безъ всякаго съ его стороны повода. Кромѣ сознанія справедливости, такая постановка будетъ оказывать и громадное воспитательное значеніе на правовую психику народа. Но, пока условія, опредѣляющія основанія для принятія принудительныхъ мѣръ, будутъ таиться въ глубинѣ психики обвиняемаго и не будутъ уловимы для суда, до тѣхъ поръ суду придется довольствоваться лишь извѣстной вѣроятностью, а не достовѣрностью.

Правовой характеръ принудительныхъ мѣръ опредѣляется ихъ цѣлью. Если для мѣръ, на разсмотрѣніи которыхъ мы сейчасъ остановимся, такою цѣлью является неуклоненіе обвиняемаго отъ правосудія, то для сохраненія ихъ правового характера необходимо слѣдить, чтобы къ этой цѣли не примѣшивались другія, не имѣющія общихъ съ указанной выше цѣлью правовыхъ началъ, какъ, напр.: злоба на преступника, личные счеты, желаніе увеличить кару принудительными мѣрами и пр. Подобное очищеніе цѣли достигается различными способами, главные изъ которыхъ зависятъ отъ личности судьи и его положенія въ судебномъ строѣ. Система принудительныхъ мѣръ должна представлять изъ себя очень легко приспособляющуюся машину, избѣгающую, вслѣдствіе такой легкости приспособленія, излишней затраты принужденія. Такимъ приспособляющимъ элементомъ можетъ быть разумная и безпристрастная воля судьи, руководимая правилами, выработанными въ законѣ.

Ставя примѣненіе принужденія въ зависимость отъ извѣстнаго поведенія обвиняемаго (или вѣроятности такого поведенія), мы не можемъ допускать уже никакихъ сословныхъ, національныхъ различій обвиняемыхъ, но должны считать объек-

томъ этихъ мѣръ личность гражданина вообще. Отсюда—равенство всѣхъ гражданъ по отношенію къ мѣрамъ судебнаго принужденія.

Наконецъ, укажемъ, что мѣры, обезпечивающія неуклоненіе обвиняемаго отъ правосудія, не представляютъ изъ себя *необходимой* части процесса. Онѣ характеризуютъ его лишь на опредѣленной государственной стадіи развитія. Вполнѣ можно допустить, что наступитъ такое время, когда сѣть полицейскихъ и административныхъ органовъ будетъ въ достаточной мѣрѣ способна дѣлать безуспѣшными попытки побѣга благодаря скорой поимкѣ бѣжавшихъ и, съ другой стороны, когда общественныя связи явятся настолько крѣпкими, что сумѣютъ удержать обвиняемаго. Притомъ, съ измѣненіемъ характера наказанія съ карательнаго на исправительный, потеряютъ въ значительной степени свою силу и мотивы уклоненія. Ослабленіе характера принудительныхъ мѣръ идетъ быстрыми шагами, и можно надѣяться, что время, о которомъ мы говоримъ, не такъ уже далеко.

Гранью, отдѣляющей мѣры обезпеченія отъ предварительныхъ мѣръ, касающихся представленія въ судъ, является *допросъ* судебнымъ органомъ явившагося или приведеннаго. Другимъ моментомъ для принятія мѣръ обезпеченія является *начало публичнаго обвиненія*. Этотъ выводъ вытекаетъ изъ того, что мѣры обезпеченія могутъ быть примѣняемы только къ обвиняемому, разумѣя подъ нимъ и осужденнаго приговоромъ, не вступившимъ въ законную силу. Съ прекращеніемъ состоянія обвиняемости немедленно должно прекратиться и дѣйствіе мѣры обезпеченія.

Нахожденіе подъ дѣйствіемъ мѣры обезпеченія всегда является извѣстнымъ состояніемъ ограниченія правъ личности. Ограниченіе это можетъ выразиться или въ лишеніи свободы, или въ ограниченіи свободы передвиженія, или въ поставленіи въ зависимость отъ другихъ лицъ, или, наконецъ, въ экономическомъ стѣсненіи. Каждое изъ этихъ состояній, обладая болѣе или менѣе тягостнымъ характеромъ, должно быть налагаемо лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда являются недостаточными разнообразные соціальные и личные мотивы, побуждающіе къ явкѣ

къ суду. Излишнее принужденіе не только не служитъ лучшему достиженію цѣлей правосудія, но и вредитъ ему, вызывая соотвѣтственное противодѣйствіе лица, къ которому оно безъ нужды примѣняется. Затруднительно, почти невозможно, создать такую мѣру обезпеченія, которая ограничивала бы обвиняемаго только въ отношеніи возможности побѣга, не ограничивая цѣлаго ряда другихъ его правъ. Подслѣдственный арестъ, напр.,—настолько грубая мѣра, что онъ лишаетъ обвиняемаго почти всѣхъ правъ свободы. Созданіе минимально стѣснительной для обвиняемаго мѣры обезпеченія—почти недостижимый идеалъ, къ которому однако постоянно слѣдуетъ стремиться. Отсюда, вопросъ *о видахъ* мѣръ обезпеченія неуклоненія обвиняемаго—одинъ изъ самыхъ существенныхъ. На разсмотрѣніи его мы теперь и остановимся.

III.

Классификація мѣръ обезпеченія.

Для того, чтобы имѣть возможность изучить развитіе мѣръ обезпеченія и ихъ зависимость отъ различныхъ сторонъ общественнаго строя, намъ необходимо сначала познакомиться съ общей теоріей и классификаціей этихъ мѣръ.

Вопросъ этотъ, стоящій вдали отъ непосредственной практики, мало привлекалъ къ себѣ вниманіе ученыхъ. Собственно говоря, можно указать только на одну теорію, господствующую въ западной литературѣ, и традиціонно, безъ всякой критики, принимаемую всѣми изслѣдователями даннаго вопроса, именно, теорію подслѣдственнаго задержанія и его суррогатовъ—залога и поручительства. Впервые и наиболѣе обстоятельно она была развита Зонтагомъ [1]). Вотъ въ краткихъ чертахъ ея содержаніе.

Единственною мѣрою обезпеченія личности обвиняемаго на время слѣдствія является арестъ, который, сообразно своей силѣ, распадается на различные виды: тюремное заключеніе,

---

[1]) Sonntag. Die Entlassung gegen Caution. 1865. S. 123—125.

домашній арестъ, городской арестъ (Nur ein Mittel giebt es... und dies ein Mittel ist die Haft. S. 12). Обезпеченіе же (Caution) въ уголовномъ процессѣ есть средство, исключающее арестъ, суррогатъ ареста, какъ это показываетъ все историческое развитіе его. Оно вступаетъ взамѣнъ ареста по принципу экономіи принудительныхъ мѣръ, такъ какъ ограничиваетъ въ гораздо меньшей степени свободу личности въ тѣхъ случаяхъ, когда можно устранить опасность побѣга. Отсюда вытекаетъ и ученіе объ обезпеченіи явки, какъ о единственномъ назначеніи денежнаго обезпеченія. Теорія эта, выставленная въ противоположность теоріи Bauer'a, Hofaker'a и Zachariae, признававшихъ денежное обезпеченіе самостоятельною мѣрой обезпеченія на ряду съ подслѣдственнымъ арестомъ, получила быстрое распространеніе. Она легла даже въ основу германскаго устава уголовнаго судопроизводства, девятый раздѣлъ котораго озаглавленъ: „Заключеніе подъ стражу и предварительное задержаніе (Vorläufige Verwahrung und Festnahme)", поруки же и залогъ разсматриваются, какъ его суррогаты. Такъ, ст. 117 гласитъ: „Обвиняемый, заключеніе котораго подъ стражу предписано единственно по причинѣ подозрѣнія побѣга, можетъ быть освобожденъ отъ этой мѣры по представленіи залога". Арестъ или полная подслѣдственная свобода— вотъ устанавливаемая этой теоріей дилемма [1]). Подобнаго же взгляда придерживается и французскій Code d'instruction criminelle, признающій основною мѣрою подслѣдственный арестъ, который въ нѣкоторыхъ случаяхъ можетъ быть замѣненъ мѣрами денежнаго обезпеченія (см. ст. 113 этого устава).

Вопросъ объ общей постановкѣ мѣръ обезпеченія служилъ предметомъ горячаго обсужденія въ парижскомъ Société générale de prisons [2]), гдѣ указывалось на необходимость придать болѣе самостоятельную постановку мѣрамъ денежнаго обезпеченія. E. Macke въ своей книгѣ [3]), критикуя эту французскую теорію, настаиваетъ на необходимости

---

[1]) Эта теорія затѣмъ была принята венгерскимъ и норвежскимъ уставами.

[2]) См. Revue Pénitent. 1901 № 2 и сл.

[3]) Liberté provisoire et détention préventive. 1889.

поставить въ качествѣ общаго правила мѣры денежнаго обезпеченія, а арестъ сдѣлать исключеніемъ. Естественно, что теорія подслѣдственнаго ареста и его суррогатовъ, принятая законодательными кодексами, перешла и въ учебники, въ которыхъ (въ особенности у германскихъ криминалистовъ) царитъ безраздѣльно.

Однако, несмотря на такой авторитетъ, едва-ли возможно признать правильной эту теорію. Возникнувъ на почвѣ примѣненія только трехъ видовъ мѣръ обезпеченія—ареста, поручительства и залога, она не въ состояніи вмѣстить въ свои узкія рамки много другихъ, какъ отобраніе подписки о невыѣздѣ и вида на жительство, полицейскій надзоръ, отдачу подъ надзоръ начальства или другихъ лицъ и пр. Такъ, мѣры обезпеченія, признаваемыя русскимъ законодательствомъ, не подойдутъ подъ эту теорію; точно такъ же она окажется слишкомъ узкой для теоріи историческаго развитія. Разсматривая арестъ какъ единственную мѣру, а денежное обезпеченіе какъ суррогатъ, поддѣлку, эта теорія внушаетъ склонность къ признанію господства наиболѣе стѣснительной мѣры обезпеченія. Доводъ, на который опираются сторонники этой теоріи, именно, что, въ случаѣ невозможности или нежеланія обвиняемаго представить денежное обезпеченіе, онъ долженъ подвергнуться содержанію подъ стражей, т. е. *первоначально* назначенной мѣрѣ обезпеченія,—не имѣетъ доказательной силы по той причинѣ, что вообще должна назначаться минимально ограничивающая свободу при извѣстныхъ обстоятельствахъ мѣра, а, въ случаѣ невозможности ея примѣненія, она замѣняется болѣе строгой, представляющей большее обезпеченіе, ибо низшій допустимый предѣлъ установленъ данной мѣрой. За денежнымъ обезпеченіемъ по силѣ обезпеченія слѣдуетъ арестъ; онъ и назначается въ случаѣ невозможности осуществленія перваго. Наконецъ, кромѣ способности обезпечить явку, между этими двумя видами мѣръ обезпеченія, основанными на различныхъ мотивахъ, не существуетъ никакого сходства, позволяющаго разсматривать одинъ какъ суррогатъ другого и заставляющаго строго выдѣлять эти мѣры изъ числа другихъ.

Намъ кажется возможнымъ построить другую теорію, основанную *на различіи мотивовъ, удерживающихъ обвиняемаго отъ уклоненія*. Какими средствами можно достигнуть неуклоненія обвиняемаго отъ правосудія?—Двоякимъ путемъ: 1) путемъ образованія въ психикѣ его особыхъ мотивовъ, которые оказались бы достаточно сильными для того, чтобы данное лицо не уклонялось отъ правосудія, и 2) путемъ лишенія его физической возможности или путемъ затрудненія уклоненія. Первая группа мѣръ примѣнима въ тѣхъ случаяхъ, когда возможно образованіе сильнаго импульса, могущаго противостоять стремленію къ уклоненію, которое, при увѣренности въ назначеніи тяжкаго наказанія, можетъ быть весьма сильнымъ. Вторая группа примѣняется при невозможности созданія такого побужденія; она гораздо значительнѣе ограничиваетъ личную свободу и основана на недовѣріи къ личности обвиняемаго. Каждая группа распадается на отдѣльные виды. Первая, по отдѣльнымъ мотивамъ: на мѣры обезпеченія а) съ соціальнымъ мотивомъ (сознаніе нравственнаго долга, юридической обязанности, тѣсной связи съ обществомъ) и б) съ эгоистическимъ мотивомъ (экономическій ущербъ, боязнь потери свободы). При этомъ возможно пользованіе или мотивацією самого обвиняемаго, или мотивацією третьяго лица, или мотивацією лицъ, которыя по своему особенному положенію могутъ вліять на подчиненіе обвиняемаго вызовамъ суда и на неуклоненіе его, т. е. мотивацією посредственной.

Государство для достиженія своихъ цѣлей, въ частности цѣли неуклоненія обвиняемаго отъ правосудія, можетъ находить цѣлесообразнымъ, вмѣсто непосредственнаго вліянія на обвиняемаго, пользоваться посредственнымъ вліяніемъ какого-либо третьяго лица, по своему положенію могущаго сильнѣе, чѣмъ оно, вліять на поведеніе обвиняемаго. Оно входитъ поэтому въ извѣстныя отношенія съ третьимъ лицомъ, цѣлью которыхъ является представленіе обвиняемаго, надзоръ за нимъ. Эти отношенія къ третьему лицу при правовомъ строѣ зависятъ отъ согласія третьяго лица. Однако бывали и отступленія отъ такой добровольности, и третье лицо принудительно привлекалось къ отправленію та-

кой функціи. И въ настоящее время, напр., присмотръ со стороны родителей за находящимися подъ слѣдствіемъ малолѣтними носитъ обязательный для родителей характеръ; надзоръ же начальства, помѣщеніе въ пріюты, присмотръ со стороны опекуновъ—назначаются въ зависимости отъ согласія этихъ лицъ или учрежденій. Можно наблюсти полную аналогію между мѣрами обезпеченія, принимаемыми по отношенію къ третьему лицу, и тѣми, которыя непосредственно принимаются по отношенію къ обвиняемому; только первыя по преимуществу имѣютъ психологическій характеръ. Онѣ могутъ быть основаны на соціальномъ мотивѣ (при полной благонадежности третьяго лица, какимъ, напр., является начальство, монашествующіе, честный гражданинъ, пользующійся почетомъ, и пр.) и на эгоистическомъ мотивѣ, вытекающемъ изъ отвѣтственности личной или имущественной. Личная отвѣтственость бывала весьма сильной и доходила (напр., во французскомъ и германскомъ правѣ) до понесенія за уклонившагося обвиняемаго смертной казни. Экономическая отвѣтственность при поручительствѣ сильна и въ настоящее время.

Отношенія между третьимъ лицомъ и обвиняемымъ обыкновенно не регулируются отчасти потому, что они уже сами по себѣ (безъ установленія еще особыхъ полномочій у поручителя) представляются или предполагаются обыкновенно достаточно сильными, иначе государство не воспользовалось бы ими (напр., отношенія начальства къ подчиненному, родителей къ дѣтямъ), отчасти потому, что вслѣдствіе своего разнообразія и сложности они не поддаются законодательной регулировкѣ. За третьимъ лицомъ признается обыкновенно только право прибѣгать къ принудительной власти для побужденія обвиняемаго къ явкѣ. Въ прежнія времена эти отношенія влекли иногда полное закабаленіе обвиняемаго поручителю (напр., во французскомъ правѣ).

Вообще же слѣдуетъ замѣтить, что участіе третьяго лица расширяетъ примѣненіе мѣръ психологическаго характера.

Вторая группа раздѣляется на мѣры: 1) совершенно лишающія подвергнутаго имъ свободы, посредствомъ заключенія въ особыя помѣщенія, и 2) мѣры полицейско-принуди-

тельнаго характера, затрудняющія уклоненіе посредствомъ поставленія въ большую зависимость отъ полицейской власти. Такимъ образомъ классификація будетъ имѣть слѣдующій видъ:

А) Мѣры психологически-принудительнаго характера.

I) Основанныя на непосредственной мотивації обвиняемаго:

а) *при эгоистическомъ мотивѣ* (залогъ, постановленіе о назначеніи ареста въ случаѣ уклоненія);
б) *при соціальномъ мотивѣ* (подписка о явкѣ и невыѣздѣ, cautio juratoria).

II) Основанныя на посредственной мотивації третьяго лица:

а) *при эгоистическомъ мотивѣ* (поручительство съ экономическою или личною отвѣтственностью поручителя);
б) *при соціальномъ мотивѣ* (попечительство, поручительство нравственнаго характера, надзоръ начальства и другихъ лицъ, занимающихъ публичныхъ должности, custodia honesta, custodia libera, присмотръ).

Б) Мѣры физически-принудительнаго характера.

I) *Лишеніе обвиняемаго свободы* (заключеніе въ тюрьму, въ особыя помѣщенія, домашній арестъ).
II) *Мѣры полицейско-принудительнаго характера* (отобраніе вида на жительство, полицейскій надзоръ, содержаніе при полиціи, отдача за пристава, custodia militaris).

Позволю себѣ сдѣлать нѣсколько пояснительныхъ замѣчаній относительно вышеприведенной классификаціи. Въ ней поруки входятъ въ различныя рубрики (эгоистическаго и соціальнаго мотивовъ) вслѣдствіе глубокаго различія между видами порукъ. Теорія, разсматривающая мѣры обезпеченія только съ ихъ формальной стороны, видѣла въ поручительствѣ единую форму, между тѣмъ какъ содержаніе этой мѣры, составляющее ея сущность, пропадало. Эта форма обезпече-

нія, существуя съ самаго древняго времени и являясь одною изъ самыхъ жизнеспособныхъ въ настоящее время, за весь періодъ своего примѣненія не разъ совершенно измѣняла свой характеръ, что̀ возможно прослѣдить лишь съ точки зрѣнія мотива, лежавшаго въ основѣ примѣненія данной мѣры. Съ нашей точки зрѣнія такое дѣленіе вполнѣ естественно.

Такую мѣру, какъ отдачу подъ ближайшій надзоръ начальства, мы отнесли къ числу мѣръ психологическаго характера, основанныхъ на посредственной мотивації съ соціальнымъ мотивомъ, по тому основанію, что эта мѣра покоится на предположеніи, что начальство, имѣя возможность слѣдить за подчиненнымъ и сознавая общественную важность требованій правосудія, озаботится представленіемъ обвиняемаго, порученнаго его надзору, въ судъ, иначе говоря, покоится на предположеніи, что начальство будетъ дѣйствовать по соціальному мотиву. Отъ полицейско-принудительныхъ мѣръ надзоръ начальства отличается тѣмъ (это и не позволяетъ его причислить къ мѣрамъ психологическо-принудительнымъ), что здѣсь не предоставляется начальству никакихъ особенныхъ правъ надъ обвиняемымъ, какъ то мы видимъ при полицейскихъ мѣрахъ; достаточной признается имѣющаяся дисциплинарная власть. Такой же характеръ имѣетъ отдача на попеченіе родителей, опекуновъ и пр.

То обособленіе психологическихъ и принудительныхъ мѣръ и мотивовъ соціальныхъ и эгоистическихъ, которое произведено нами въ нашей классификаціи, не существуетъ, конечно, въ такой строгости въ дѣйствительной жизни. Различные мотивы могутъ переплетаться другъ съ другомъ въ каждой отдѣльной мѣрѣ, однако всегда будетъ одинъ преобладающій мотивъ, который и будетъ характеризовать данную мѣру. Отношеніе мотивовъ между собой гораздо сложнѣе, чѣмъ простое сочетаніе ихъ. Часто они враждебны другъ другу и не допускаютъ соединенія (напр., лишеніе свободы и соціальный мотивъ), часто чрезмѣрны (эгоистическій мотивъ и полицейско-принудительная мѣра). Но нѣкоторыя комбинаціи могутъ быть весьма плодотворны, какъ, напр., соединеніе эгоистиче-

скаго мотива обвиняемаго и соціальнаго мотива третьяго лица въ видѣ залога съ нравственнымъ поручительствомъ, или залога съ угрозою лишенія свободы въ случаѣ уклоненія. Вслѣдствіе неравномѣрной силы различныхъ мотивовъ, при соединеніи одинъ можетъ быть поглощаемъ другимъ болѣе сильнымъ, и тогда ихъ сочетаніе нецѣлесообразно (при сочетаніи соціальнаго мотива съ эгоистическимъ первый поглощается послѣднимъ) [1]).

IV.

Особыя цѣли мѣръ обезпеченія.

Теорія мѣръ обезпеченія усложняется тѣмъ, что нѣкоторыя изъ нихъ, ограничивая свободу или самостоятельное распоряженіе имуществомъ лица, привлеченнаго къ суду, даютъ возможность обвинительной власти съ большею легкостью достичь и нѣкоторыхъ иныхъ цѣлей, стоящихъ самостоятельно отъ основной цѣли—обезпеченія неуклоненія. Особенно сильно такое присоединеніе иныхъ цѣлей замѣтно въ мѣрахъ обезпеченія, сопряженныхъ съ *лишеніемъ свободы*, и при *залогѣ*—мѣрѣ экономическаго характера.

Основная характерная черта *подслѣдственнаго ареста* состоитъ въ полномъ изъятіи обвиняемаго отъ постороннихъ вліяній и въ прегражденіи ему нежелательной для суда дѣятельности. Конечно, зависитъ отъ строгости режима то обстоятельство, дѣлается ли заключенный плѣнникомъ, лишеннымъ всякой возможности пользоваться своими правами, или сохраняетъ свободу въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ. Однако судебная власть, нераздѣльно господствуя надъ личностью заключеннаго, по своему желанію можетъ усиливать или осла-

[1]) Кромѣ непосредственнаго принятія мѣръ обезпеченія психологически-принудительнаго характера возможно и посредственное воздѣйствіе на обвиняемаго съ цѣлью удержать его отъ побѣга. Таково, напр., постановленіе ст. 3 п. 1 проекта закона объ условномъ осужденіи, лишающаго возможности быть условно-осужденными лицъ, не явившихся къ разсмотрѣнію дѣла объ учиненномъ ими преступномъ дѣяніи.

блять режимъ. Такой характеръ подслѣдственнаго задержанія сдѣлало его пригоднымъ въ качествѣ *„мѣры разслѣдованія“*. Преграждая способы сношенія съ внѣшнимъ міромъ, слѣдственная власть съ большею легкостью и спокойствіемъ можетъ разслѣдовать преступленіе, *не опасаясь препятствій и затрудненій со стороны обвиняемаго*; съ другой стороны, отрывая заключаемаго отъ общества и ставя его въ безправное положеніе, она внушаетъ ему страхъ передъ своею властью, который весьма часто можетъ склонить его къ *сознанію* въ преступленіи, а это еще болѣе облегчаетъ задачу правосудія.

На ряду съ этимъ подслѣдственное задержаніе можетъ служить хорошей защитой отъ опасныхъ людей. Преступникъ, оставленный на свободѣ подъ обезпеченіе психологическаго характера, можетъ иногда внушать опасеніе того, что онъ *совершитъ новыя преступленія*, или, если достовѣрно извѣстно, что онъ совершилъ преступленіе, то можетъ *смущать общественную совѣсть* своимъ присутствіемъ въ средѣ общества. Подслѣдственное заключеніе вполнѣ гарантируетъ государство отъ такихъ неудобствъ, избавляя общество отъ нежелательнаго для него члена. Отсюда примѣненіе ареста, какъ *„мѣры безопасности“*.

Еще въ половинѣ прошлаго столѣтія эти цѣли признавались за вполнѣ законныя [1]) процессуалистами, въ особенности французскими. Однако въ послѣднюю четверть XIX вѣка въ литературѣ стало замѣчаться отрицательное отношеніе къ

---

[1]) Даже наиболѣе передовые авторы признавали ихъ, какъ наприм. Bonneville. De l'amélioration de la loi criminelle. 1855. „La détention préventive a trois buts convenus et incontestés: rassurer la securité publique en mettant fin au danger ou au scandale, causés par le méfait; faciliter et accélérer la manifestation de la vérité; garantir l'execution de la peine en empêchant l'inculpé de s'y soustraire (p. 435) И черезъ нѣсколько строкъ онъ замѣчаетъ: „Въ этихъ тѣсныхъ предѣлахъ подслѣдственное заключеніе необходимо столько же, сколько и само уголовное преслѣдованіе“. Faustin Hélie. Traité de l'instruction criminelle 1866, t. IV, p. 606. „Cette détention (détention préalable), si on la décompose dans ses differents éléments, est à la fois une mesure de sûreté, une garantie de l'execution de la peine et un moyen d'instruction..... C'est sous ses trois aspects qu'elle doit être examinée pour reconnaître le droit de son application et les limites où elle doit s'arrêter“.

побочнымъ цѣлямъ подслѣдственнаго задержанія, особенно сильно выразившееся у германскихъ процессуалистовъ [1]); въ Бельгіи и во Франціи результатами такого отношенія явились законы 1874 года и 8 декабря 1897 года. Мы оставляемъ подробное разсмотрѣніе значенія этихъ цѣлей въ процессѣ для дальнѣйшаго изложенія, когда намъ придется говорить о нихъ въ связи съ общею постановкой предварительнаго слѣдствія, здѣсь лишь ограничимся нѣсколькими основными замѣчаніями, необходимыми для историческаго обзора. Нашей задачей явится выясненіе условій, при которыхъ возникли эти цѣли, и ихъ соотношенія съ характеромъ процесса.

Необходимость парализовать активность обвиняемаго есть одно изъ условій инквизиціоннаго строя. Частный обвинитель не можетъ получить власти на это, потому что онъ столько же чуждъ государству, какъ и обвиняемый, и не въ его интересахъ принимаются такія принудительныя мѣры. Единственнымъ активнымъ субъектомъ такихъ мѣръ можетъ быть государство, которое порою примѣняетъ принужденіе даже къ обратившемуся лицу, къ нему за защитой. Только при господствѣ недовѣрія общества къ суду, слѣдствіемъ чего является крайняя затруднительность розыска, полное изолированіе обвиняемаго можетъ разсматриваться какъ мѣра, ведущая къ болѣе правильному раскрытію истины и ускоряющая слѣдствіе. При правильныхъ общественныхъ отношеніяхъ, когда съ одной стороны судъ можетъ опереться на честность свидѣтелей, а съ другой—на содѣйствіе со стороны самого общества розыску и слѣдствію, личность обвиняемаго, даже направляющая свою дѣятельность на препятствованіе правосудію, становится менѣе опасной. По этимъ причинамъ арестъ, какъ мѣра разслѣдованія, получаетъ свое значеніе лишь въ періоды инквизиціоннаго процесса, характеризующаго состояніе разнородности стремленій общественной и государственной организаціи. Этотъ основанный на наибольшемъ недовѣріи и неуваженіи къ личности видъ ареста от-

---

[1]) См. въ особенности энергичную борьбу Цуккера въ его Die Untersuhungshaft, III Abtheil. 1879.

личается вмѣстѣ съ тѣмъ господствомъ произвола въ своемъ примѣненіи, вслѣдствіе полнаго субъективнаго усмотрѣнія органа, его примѣняющаго.

Слѣдственный арестъ, *какъ мѣра безопасности*, имѣетъ характеръ ареста ради цѣлей полицейскихъ, а не ради обезпеченія правосудія. Устраненіе „общественнаго смущенія“ или „возможности совершать новыя преступленія“ не является непосредственною цѣлью судебной дѣятельности. При устойчивомъ государственномъ и общественномъ строѣ цѣли ареста, какъ мѣры безопасности, вполнѣ достигаются усиленнымъ полицейскимъ надзоромъ за преступникомъ и увѣренностью общества въ томъ, что, если обвиняемый окажется преступникомъ, то его постигнетъ должное наказаніе, такъ что нахожденіе его на свободѣ не будетъ „смущать“ общественную совѣсть, какъ то было бы при безнаказанности. Существованіе такого вида ареста въ строѣ судебной системы есть характерный признакъ полицейско-принудительнаго строя государства, когда правосудіе не было отграничено отъ административной и полицейской власти. Послѣдніе остатки этого вида подслѣдственнаго ареста сохраняются какъ пережитки эпохи полицейскаго строя системъ просвѣщеннаго абсолютизма, когда все общество находилось подъ опекой государства, заботившагося, между прочимъ, и о спокойствіи общественной совѣсти. Вообще нельзя отрицать опасности оставленія на свободѣ нѣкоторыхъ преступниковъ, но въ большинствѣ случаевъ опасность преступника есть результатъ его антисоціальности, а послѣдняя равносильна склонности его къ побѣгу, и потому часто къ нему дѣйствительно непримѣнимы мѣры психологическаго характера. Я хочу сказать, что большею частью опасность совпадаетъ съ условіями, дѣлающими необходимымъ назначеніе мѣръ обезпеченія принудительнаго характера или лишающихъ свободы. Въ крайнихъ случаяхъ въ распоряженіи полиціи имѣется предупредительный арестъ, вполнѣ достаточный для огражденія отъ продолженія преступленія или совершенія новыхъ. Къ аресту же, имѣющему цѣлью неуклоненіе отъ правосудія, арестъ въ цѣляхъ безопасности прямого отношенія не имѣетъ. „Оправ-

даніе* ареста перваго вида въ виду различія цѣли не распространяется на второй.

Кромѣ ареста, побочныя цѣли придавались также *денежному обезпеченію*, являвшемуся гарантіей неуклоненія. Пользуясь обладаніемъ въ видѣ залога частью имущества, принадлежащаго обвиняемому, государство, въ случаѣ признанія обвиняемаго виновнымъ и въ случаѣ побѣга его, употребляло это имущество на покрытіе иска гражданскаго истца въ процессѣ, на вознагражденіе за судебныя издержки и на уплату присужденнаго штрафа. Эти побочныя цѣли денежнаго обезпеченія оказывали весьма сильное вліяніе на размѣръ требуемой денежной суммы и значительно затрудняли примѣненіе этой мѣры по отношенію къ малосостоятельнымъ. Современная наука, стремясь къ наибольшему развитію мѣръ психологическаго характера, и въ томъ числѣ залога, признаетъ нецѣлесообразными и несправедливыми эти побочныя цѣли залога. *Несправедливыми*, потому что онѣ по существу, находясь въ одномъ ряду съ другими мѣрами обезпеченія, должны служить лишь цѣли неуклоненія, а не предоставлять особыхъ привилегій интересамъ гражданскаго истца или казны, которые могутъ быть охранены какимъ либо инымъ способомъ; эта цѣль, какъ совершенно самостоятельная и не относящаяся къ денежному обезпеченію, должна быть обособлена отъ залога, какъ средства обезпеченія неуклоненія. *Нецѣлесообразными*, потому что онѣ затрудняютъ примѣненіе этой, наиболѣе дѣйствительной, мѣры изъ числа мѣръ психологическаго характера.

Мы отдѣлили здѣсь цѣли, присоединяемыя къ мѣрамъ, предназначеннымъ обезпечивать неуклоненіе обвиняемаго отъ правосудія, но отличающіяся отъ нихъ по существу, для того, чтобы имѣть возможность прослѣдить самостоятельно принципы развитія этого судебнаго института лишь по отношенію къ одной спеціальной функціи. Только ясно обособивъ извѣстную общественную функцію отъ другихъ, можно выяснить характеръ ея развитія. Конечно, въ судебной системѣ, какъ во всякомъ общественномъ органѣ, происходитъ процессъ дифференціаціи. Органы, служившіе нѣсколькимъ цѣ-

лямъ (какъ, напр., въ данномъ случаѣ подслѣдственный арестъ или залогъ) постепенно специализируются на одной, обыкновенно наиболѣе важной, а рядомъ съ ними возникаютъ новыя образованія, принявшія на себя отправленія, ранѣе совершавшіяся главными органами. Можно прослѣдить такую дифференціацію и на нашемъ институтѣ: мѣры обезпеченія порою и теперь служатъ не одному только обезпеченію неуклоненія (напр., отдача малолѣтнихъ опекунамъ или въ монастыри преслѣдуетъ не только ихъ уклоненіе, но и нѣкоторое нравственное усовершенствованіе); однако судебная система уже настолько развита, что въ ней должны быть разграничены такія важныя цѣли, какъ напр. обезпеченіе интересовъ истца и гарантія явки, или та же гарантія явки и мѣры, способствующія скорости и легкости слѣдствія. Эти цѣли приходится обсуждать съ совершенно различной точки зрѣнія, онѣ имѣютъ различную этическую и техническую цѣнность и часто требуютъ различныхъ органовъ и формъ для своего примѣненія.

Всѣ эти соображенія заставляютъ обособить ихъ какъ въ теоріи, такъ и въ законодательствѣ.

Установивъ такимъ образомъ общую теорію мѣръ обезпеченія и указавъ на присоединявшіяся къ нимъ побочныя цѣли, мы попытаемся изложить нѣсколько положеній, касающихся факторовъ, обусловливающихъ тотъ или иной характеръ этихъ мѣръ и вліяющихъ на историческое ихъ развитіе. Это будетъ какъ бы теорія развитія мѣръ обезпеченія, изложенная не въ исторической послѣдовательности, а съ точки зрѣнія вліянія того или иного фактора. Сочетаніе различныхъ факторовъ въ ихъ реальномъ дѣйствіи можно будетъ прослѣдить въ историческихъ очеркахъ развитія этихъ мѣръ въ отдѣльныхъ странахъ.

V.

Факторы, вліяющіе на характеръ мѣръ обезпеченія.

Государственная власть, проявляющаяся и въ судебной организаціи, въ конечномъ итогѣ основана на психологи-

ческомъ мотивѣ подчиненія ей со стороны гражданъ. Даже въ самыхъ деспотическихъ государствахъ съ почти безграничнымъ господствомъ произвола и принужденія психологическое подчиненіе осуществлено въ небольшой группѣ приверженцевъ власти. При образованіи общества съ организованною властью, каковымъ является государство, когда начинается переходъ власти отъ всей однородной массы къ центральному органу, постепенно возникаетъ особая система исполнительныхъ органовъ, въ которой прежде всего осуществляется такое психическое подчиненіе. Эта небольшая система исполнительныхъ органовъ, находясь въ психологическомъ подчиненіи центральной власти, стоитъ въ отношеніи принудительнаго господства къ остальной массѣ народа, вслѣдствіе того, что стремленія народа и центральной власти неодинаковы. Эта первоначальная стадія образованія государственной власти, повторяющаяся и въ эпохи сильнаго развитія ея централизаціи, когда обнаруживается также рознь общественныхъ и государственныхъ стремленій, отражается слѣдующимъ образомъ на организаціи мѣръ обезпеченія. Судъ, проникаясь государственными тенденціями, становится органомъ чуждымъ обществу, не защитникомъ старыхъ правъ, а проводникомъ иного права, порою враждебнаго старому. Его начинаютъ избѣгать, что̀ отражается на упадкѣ частноправового характера процесса и состязательнаго начала. Государство, испытывая необходимость въ правильномъ уголовномъ преслѣдованіи, постепенно вводитъ начало розыскное. Не опираясь уже на довѣріе населенія, судъ для обезпеченія неуклоненія обвиняемаго не можетъ ограничиваться мѣрами психологическаго характера съ непосредственной или посредственной мотиваціями, но долженъ прибѣгать къ единственно имѣющимся у него въ распоряженіи органамъ полицейскимъ или административнымъ. Слѣдствіемъ этого является господство въ такіе періоды мѣръ полицейско-принудительнаго характера. Общество находится здѣсь въ безправномъ положеніи относительно государственной власти, и послѣдняя для подчиненія отдѣльныхъ членовъ общества и достиженія своихъ цѣлей можетъ опереться только на принужде-

ніе. Это время господства инквизиціи, пытокъ, неограниченнаго произвола суда, полнаго отсутствія всякихъ гарантій въ уголовномъ процессѣ.

Другимъ типичнымъ соотношеніемъ общества и государства служитъ ихъ гармоничное взаимодѣйствіе на почвѣ общихъ стремленій. Это—эпохи установившагося равновѣсія между властью и обществомъ. Власть здѣсь является уже не чуждымъ, а полезнымъ и приспособленнымъ къ цѣлому органомъ всего организма, выполняющимъ важную общественную функцію. Такое равновѣсіе, рѣдко выпадающее въ дѣйствительной жизни, является постоянною мечтою человѣчества. Оно осуществляется въ соціалистическихъ и коммунистическихъ построеніяхъ общественной жизни, гдѣ власть сливается съ обществомъ нераздѣльно; таково было въ прошломъ положеніе и при родовомъ бытѣ. При такомъ положеніи психологическое подчиненіе распространено во всемъ народѣ, и государству уже не нужно спеціальной организаціи, стоящей въ принудительныхъ отношеніяхъ къ остальнымъ гражданамъ. Оно можетъ опереться на психическія стремленія самихъ гражданъ и осуществлять необходимыя для своего существованія и развитія дѣйствія съ гораздо меньшей затратой принужденія. Въ уголовномъ процессѣ такое состояніе характеризуется господствомъ состязательной системы судопроизводства, строгаго господства закона и существованія у личности, имѣющей отношеніе къ суду, въ качествѣ ли обвинителя или обвиняемаго, ряда правъ и гарантій, охраняющихъ ея свободную дѣятельность и покоящихся на довѣріи къ ней. При такомъ строѣ центръ тяжести мѣръ обезпеченія переносится на психологическія мѣры съ эгоистической и соціальной мотиваціей. Различіе между послѣдними двумя зависитъ отъ преобладанія того или другого сорта интересовъ. При капиталистическомъ строѣ, когда эгоистическій экономическій мотивъ весьма силенъ, мотивація эгоистическая является болѣе сильной и преобладающей; при строѣ соціалистическомъ выступаетъ на первый планъ болѣе доброкачественная мотивація, соціальная, вслѣдствіе того, что интересы личности становятся гораздо тѣснѣе связанными съ общественными, и

ихъ противорѣчіе послѣднимъ гораздо болѣе является чувствительнымъ для личности. Эти положенія дѣйствительны какъ для непосредственной, такъ и для посредственной мотивации, только первая относительно выше послѣдней, потому что она покоится на возможности непосредственнымъ путемъ достигнуть того, до чего вторая доходитъ путемъ косвеннымъ, такъ какъ здѣсь уже самъ обвиняемый считается способнымъ быть субъектомъ мотивации.

Въ гражданскомъ правѣ, которое вырабатывалось медленнымъ путемъ безсознательныхъ измѣненій въ народномъ правосознаніи, безъ энергичнаго вмѣшательства государственной власти, процессъ имѣлъ всегда состязательный характеръ. Въ уголовномъ этотъ нормальный порядокъ былъ нарушаемъ постоянными вторженіями принудительной власти, обусловленными соотношеніемъ силъ въ общественномъ организмѣ. Можно выставить теорему, которую мы постараемся подтвердить дальнѣйшимъ историческимъ обзоромъ, что чѣмъ уравновѣшеннѣе стремленія правительственно-судебной власти и общества, тѣмъ мѣры обезпеченія получаютъ болѣе психологическій характеръ. Индивидъ не есть монада, устраненная отъ всякихъ постороннихъ вліяній, наоборотъ, онъ прежде всего продуктъ общества и господствующихъ въ немъ стремленій, онъ т. ск. отражаетъ въ себѣ общественную психику данной эпохи. Его нравственность измѣряется тою мѣрою, которую выработало современное ему общество, и естественно, что онъ приспособляется къ той мѣрѣ, которая будетъ примѣняться.

При историческомъ обзорѣ развитія мѣръ обезпеченія въ связи съ развитіемъ общаго характера предварительнаго слѣдствія въ Европѣ, мы постараемся указать на первоначально уравновѣшенное состояніе публично правовыхъ отношеній и господство мѣръ психологическаго характера, затѣмъ на начавшееся съ XIII столѣтія объединеніе мелкихъ обществъ и централизацію государственной власти, выразившуюся въ сильномъ преобладаніи мѣръ полицейско-принудительныхъ, и, наконецъ, на современное состояніе, характеризующееся значительнымъ усиленіемъ общества. Это усиленіе общества щи-

рокимъ потокомъ проникло въ организацію суда въ видѣ суда присяжныхъ, обезпеченія правъ обвиняемаго, значительнаго усиленія состязательности какъ на судебномъ, такъ даже и на предварительномъ слѣдствіи и пр., оно же вызвало ту борьбу противъ широкаго господства полицейско-принудительныхъ и лишающихъ свободы мѣръ обезпеченія, которую подняли всѣ (за крайне рѣдкими исключеніями) ученые и публицисты за послѣдніе нѣсколько десятковъ лѣтъ. Конечно, не теорія, но жизнь уничтожаетъ отживающія формы прошлаго, но задача первой уже будетъ значительной, если она укажетъ на такія формы и направитъ сюда общественное вниманіе.

Мы указали на зависимость мѣръ обезпеченія отъ организаціи общаго государственнаго строя и, въ частности, отъ характеризующей этотъ послѣдній степени сознанія единства стремленій. Свобода является только при господствѣ гармоніи стремленій. Она, какъ выразился проф. Коркуновъ [1]), „заключается въ подчиненіи, согласномъ съ этическими принципами", этическая же оцѣнка имѣетъ свои корни въ общественномъ сознаніи. Такимъ образомъ свобода возможна лишь при существованіи положительной оцѣнки судебной организаціи со стороны общества.

Если судъ будетъ предметомъ страха и ужаса какъ для виновныхъ, такъ и для правыхъ, то нечего думать, что граждане для самозащиты прибѣгнутъ къ такому суду или что привлеченные къ нему не будутъ всѣми способами стремиться уклониться отъ него. Наоборотъ, только сознаніе полной справедливости суда будетъ привлекать къ нему съ одной стороны потерпѣвшихъ, а съ другой удерживать отъ побѣга не потерявшихъ еще нравственнаго чувства обвиняемыхъ, которые будутъ сознавать нравственное значеніе правосудія и найдутъ здѣсь безпристрастную защиту отъ порою незаслуженныхъ обвиненій. Кромѣ общаго характера слѣдствія два обстоятельства наиболѣе значительнымъ образомъ вліяютъ на представленіе о судѣ, это—*характеръ судебной власти* и *характеръ наказанія*.

[1]) Коркуновъ. Государство и свобода. Юридическая Лѣтопись. 1892 г. стр. 12.

Нашему времени свойственно представленіе о судьѣ, какъ объ органѣ, независимомъ отъ правительственной власти государства, дѣйствующемъ на строгомъ основаніи установленныхъ государствомъ законовъ. Это положеніе компромисса. Государство можетъ проводить свои стремленія лишь черезъ законъ, при участіи общества, судья же совершенно свободенъ отъ частныхъ вліяній государства точно такъ же какъ и отъ вліянія и отдѣльныхъ лицъ, что̀ обусловливаетъ его безпристрастность. Однако такое положеніе судебной власти есть лишь продуктъ сравнительно недавняго времени. При строѣ гармоническаго единства судья—это властвующій. Глава рода, князь въ общинѣ, вождь клана и пр. являются одновременно и судьями. Они наиболѣе полно воплощаютъ въ себѣ стремленія цѣлаго, и ихъ мнѣніе пользуется наибольшимъ авторитетомъ безпристрастности. Въ теократическихъ обществахъ такими судьями бываютъ жрецы, какъ выразители сужденія божества, высшаго главы даннаго общества. Общественная оцѣнка при такихъ условіяхъ покоится на этическихъ основаніяхъ. При разнородности стремленій общественныхъ и правительственной власти судъ получаетъ двойственный характеръ: при участіи общества разсматривается извѣстная группа дѣлъ, а большая часть дѣлъ переходитъ къ центральной власти, въ вѣдѣніе чисто правительственнаго суда, типичнымъ представителемъ котораго является судъ инквизиціонный. Здѣсь судья служитъ органомъ исполнительной власти, пропитаннымъ ея тенденціями, осуществляющимъ ея цѣли. Личность, разсматриваемая исключительно какъ средство для цѣли, лишается всякихъ гарантій. Такой судъ является проводникомъ произвола, иногда впрочемъ слабо регулируемаго закономъ. Потерпѣвшій не находитъ здѣсь защиты своихъ правъ, потому что задачи такого суда совершенно иныя. Неразграниченность судебной и правительственной властей является характернымъ признакомъ положенія судьи, который и можетъ опираться только на принужденіе.

Характеръ наказанія вліяетъ также на постановку мѣръ, обезпечивающихъ неуклоненіе обвиняемаго отъ правосудія. Примѣненіе смертной казни и членовредительныхъ наказаній,

съ которыми не можетъ быть примирена никакая сила психическаго импульса къ неуклоненію, конечно, вызываетъ значительное развитіе мѣръ лишенія свободы. Наоборотъ, система денежныхъ пеней, господствующая при родовомъ и общинномъ строѣ, менѣе всего требуетъ лишенія свободы и вполнѣ обезпечивается эгоистическою мотивацією. Наказаніе лишеніемъ свободы, сопряженное или несопряженное съ иными нравственными или физическими лишеніями карательнаго характера, занимаетъ среднее положеніе. Наконецъ, при проясняющейся свѣтлой будущности наказанія нравственнаго характера, преслѣдующаго исключительно цѣли исправленія, принудительность мѣръ обезпеченія почти совершенно исчезнетъ. Развитіе системы наказаній идетъ также закономѣрно, и можно было бы показать зависимость ея отъ указанныхъ выше типическихъ системъ государственнаго строя. Но въ виду сложности этого вопроса и лишь косвеннаго отношенія его къ нашей задачѣ, я не коснусь этого.

Существеннымъ факторомъ, обусловливающимъ степень строгости и напряженности мѣръ обезпеченія, является *прикрѣпленность гражданина къ обществу*. Такъ, современный строй характеризуется весьма значительною зависимостью индивида отъ того круга, гдѣ онъ живетъ. Его жизненные интересы какъ бы срослись съ опредѣленной соціальной обстановкой, и, оторвавшись, убѣжавъ отъ нея, онъ становится безсильнымъ и неприспособленнымъ къ общественной жизни. Если въ настоящее время можно наблюдать подобную прикрѣпленность къ различнымъ соціальнымъ кругамъ, то въ прежнее время она наблюдалась въ предѣлахъ отдѣльныхъ родовъ, крайне сильно связывавшихъ воедино своихъ членовъ, а позднѣе въ предѣлахъ отдѣльныхъ феодальныхъ мѣстныхъ общинъ. Нельзя отрицать, конечно, того, что степень такой связанности зависитъ отъ общаго соціальнаго строя. Она ослабѣваетъ въ періоды внутреннихъ соціальныхъ неурядицъ, способствующихъ созданію класса „бѣглыхъ, бродячихъ людей“. Вслѣдствіе все возрастающей связанности индивида съ средой, можно надѣяться, что въ будущемъ сильно ослабнетъ репрессивность мѣръ обезпеченія, да и самая нужда въ нихъ, какъ спеціальныхъ средствахъ.

Сюда же, пожалуй, можно отнести и улучшеніе *средствъ поимки скрывшихся отъ правосудія.* Организація сыскной полицейской дѣятельности, развитіе телефоновъ, телеграфовъ, увеличеніе быстроты сообщеній, развитіе средствъ распознаванія тожественности личности (антропометрія, дактилоскопія и др.), международное законодательство о выдачѣ бѣжавшихъ преступниковъ—все это препятствуетъ успѣху побѣга. Понятно, что сознаніе безуспѣшности само, безъ какихъ либо вспомогательныхъ мотивовъ, будетъ въ состояніи устранить мотивы къ уклоненію.

Слѣдуетъ еще выяснить зависимость постановки мѣръ обезпеченія отъ *общаго состоянія преступности.* При однородности общественной жизни и при приблизительной одинаковости распредѣленія благъ не существуетъ особаго „класса" преступниковъ; преступленіе при такомъ строѣ обусловлено главнымъ образомъ чисто индивидуальными чертами характера. Преступникъ—человѣкъ, обладающій такою же общественной психикой, какъ и прочіе люди, и достаточны для удержанія его одни психологическіе мотивы. При такомъ состояніи преступности возможно существованіе правовой свободы въ области мѣръ обезпеченія. Когда же преступность главнымъ образомъ централизирована въ опредѣленномъ классѣ, образовавшемся подъ вліяніемъ различныхъ ненормальныхъ соціальныхъ условій, то по отношенію къ такимъ преступникамъ, у которыхъ въ большинствѣ случаевъ совершенно извращена общественная психика, требуется примѣненіе мѣръ принудительнаго задержанія, въ случаѣ вѣроятности побѣга. Такъ какъ опредѣленіе такой вѣроятности покоится на крайне индивидуальныхъ и частныхъ соображеніяхъ, то законъ не опредѣляетъ ихъ, а предоставляетъ такое опредѣленіе усмотрѣнію судьи. Отсюда—преобладаніе свободы, зависящей отъ усмотрѣнія. Возможны и періоды обостреннаго отношенія, когда въ каждомъ гражданинѣ, съ точки зрѣнія государства, таится преступникъ, и въ соотвѣтствіи съ этимъ принимаются исключительно принудительныя и лишающія свободы мѣры обезпеченія. Но тогда эти мѣры становятся средствомъ политической борьбы, а не мѣрой, принимаемой для поддержки правосудія.

Само собою разумѣется, что характеръ мѣръ обезпеченія зависитъ и отъ многихъ другихъ постоянныхъ факторовъ (напр. экономическихъ средствъ, которыя могутъ быть затрачиваемы на эту соціальную функцію, отъ уровня нравовъ, отъ путей сообщенія и т. д.), выясненіе роли которыхъ не представляетъ трудностей.

Таковы въ главнѣйшихъ чертахъ основные факторы, вліяющіе на характеръ существующихъ въ извѣстный историческій періодъ мѣръ обезпеченія. Положенные въ основу нашей классификаціи принципы оказались плодотворными при историческомъ анализѣ съ теоретической точки зрѣнія. Въ дальнѣйшемъ мы постараемся примѣнить эти теоремы къ конкретнымъ фактамъ.

Подобно большой рѣкѣ, каждая эпоха несетъ въ себѣ струи водъ изъ различныхъ источниковъ, имѣющихъ каждый свои особенности. Опытное изслѣдованіе гидролога можетъ указать, изъ какого источника вытекла извѣстная струя воды, текущая вмѣстѣ съ другими. Историкъ подобнымъ же образомъ долженъ умѣть въ каждой эпохѣ различать формы и содержаніе жизнеспособное и отживающее. Онъ долженъ руководиться не безсознательными симпатіями или антипатіями къ нимъ, но сознательнымъ признаніемъ ихъ приспособленности къ прогрессивнымъ условіямъ жизни, а это возможно лишь при критическомъ изученіи исторіи по заранѣе установленнымъ принципамъ.

VI.

Уголовно-политическія ученія о подслѣдственномъ заключеніи.

Въ заключеніе нашего введенія мы считаемъ нелишнимъ нѣсколько остановиться на характеристикѣ нѣкоторыхъ, болѣе выдающихся взглядовъ на подслѣдственное заключеніе, выдвинутыхъ на поверхность общественной критики волной политическихъ ученій XVIII-го и начала XIX-го вѣка, такъ какъ эти взгляды до сихъ поръ лежатъ въ основаніи отношенія политической мысли къ этому институту.

Пробужденіе общественнаго самосознанія въ эпоху освобожденія отъ цѣпей абсолютнаго государства сильно расшатало устои инквизиціоннаго судебнаго строя, укрѣпившагося вѣковымъ угнетеніемъ народной самодѣятельности. Горячій протестъ мыслителей и политическихъ дѣятелей этой эпохи политическаго обновленія противъ суровостей тогдашняго уголовнаго процесса, игнорировавшаго всякія этическія начала и нисколько не ограждавшаго отъ наказанія лицъ невинныхъ, громко раздался по Европѣ и тысячекратнымъ эхо отозвался въ общественномъ мнѣніи, никогда такъ чутко не прислушивавшемся къ новымъ лозунгамъ, какъ въ то время. Идеи, сгущенныя въ индивидуальной атмосферѣ чувствованій каждаго отдѣльнаго индивида, стѣсненныя, вслѣдствіе отсутствія свободы слова, въ своемъ соціальномъ распространеніи, дѣйствовали на общество подобно взрывчатымъ веществамъ, если имъ удавалось какъ нибудь преодолѣть давленіе полицейскаго режима. Общество было вполнѣ подготовлено къ воспріятію новыхъ началъ, и поэтому мы видимъ, что новая мысль, выраженная кѣмъ либо однимъ, чрезъ очень короткій періодъ времени становится общимъ достояніемъ и вкореняется въ плоть и кровь тогдашняго общества. Эпидемическая быстрота, съ которой распространялись новыя ученія, явилась характерной и для распространенія уголовно-политическихъ ученій. Еще въ началѣ XVIII столѣтія инквизиціонный строй былъ во всей своей силѣ. Процессы о вѣдьмахъ, этихъ истеричныхъ, помѣшанныхъ на суевѣріяхъ женщинахъ, были стмѣнены во Франціи лишь при Людовикѣ XIV; пытки, членовредительныя наказанія, смертная казнь за ничтожныя преступленія, вопіющая обстановка тюремъ, гнетущая тайна производства, покровительство доносу и оговорамъ, частые случаи осужденія невинныхъ, неограниченный произволъ подслѣдственнаго заключенія—вотъ характерныя черты правосудія конца XVII и начала XVIII вѣковъ, быстро падавшія одни за другими подъ ударами гуманной проповѣди.

Трудно среди бѣшеныхъ волнъ общественной критики, обрушившихся на тогдашній судебный строй, строго намѣтить одно теченіе, направленное противъ злоупотребленій подслѣд-

ственнымъ арестомъ; трудно обособить общія требованія о поднятіи уваженія къ человѣческой личности отъ частныхъ протестовъ въ узкой сферѣ подслѣдственнаго заключенія. Не предполагая, поэтому, произвести такое искусственное сѣченіе, мы ограничимся лишь передачей воззрѣній отдѣльныхъ авторовъ, внесшихъ въ вопросъ что-либо новое, предоставивъ читателю самому установить опредѣленную связь этихъ воззрѣній съ общимъ политическимъ направленіемъ эпохи [1]).

Борьба противъ крайняго произвола судей при назначеніи ареста, противъ чрезмѣрной многочисленности и продолжительности случаевъ его примѣненія и противъ возмутительнаго режима его была провозглашена вмѣстѣ съ борьбой противъ пытки и злоупотребленій инквизиціонными средствами. Но борьба противъ подслѣдственнаго ареста не была столь рѣзка и столь принципіальна, какъ эта послѣдняя. Несмотря на боевое настроеніе эпохи, ни одинъ авторъ, насколько намъ извѣстно, не высказался за полное уничтоженіе подслѣдственнаго ареста, и всѣ нововведенія сводились лишь къ предложенію такихъ измѣненій, которыя могли бы примирить дѣйствительную потребность правосудія въ обезпеченіи отъ уклоненія обвиняемыхъ, никѣмъ не отрицавшуюся, съ правами личной свободы.

Изъ писателей начала XVIII вѣка, хотя ясно и не указавшихъ пути развитія, но много способствовавшихъ критикѣ старыхъ началъ, можно указать Augustin Nicolas [2]), бывшаго президентомъ дижонскаго парламента. Авторъ впервые охарактеризовалъ инквизиціонный строй, какъ такой порядокъ, который стремится болѣе къ отысканію и покаранію виновныхъ, нежели къ оправданію невинныхъ [3]). Возставая противъ пытки и не отдѣляя отъ нея мучительнаго подслѣдственнаго заключенія,

---

[1]) См. М. П. Чубинскій, Очерки уголовной политики. 1905. I—III.

[2]) Nicolas, Si la torture est un moyen sûr à verifier les crimes secrets, dissertation morale et juridique, par laquelle il est amplement traité des abûs, qui se commetent partout en l'instruction criminelle, et particulièrement en la recherche du sortilège. 1682.

[3]) См. Esmein, Histoire de la procedure criminelle en France.—1882. p. 350—356. Чубинскій, у. с., стр. 222—225.

имѣвшаго цѣлью удерживать личность для выпытыванія отъ нея доказательствъ виновности, авторъ замѣчаетъ: „Но, скажутъ, если вы устраните признаніе, добытое пытками, вы обезпечите преступленіямъ въ государствѣ безнаказанность и, такъ какъ уличеніе преступника—дѣло нелегкое, то вы будете принуждены освобождать многихъ сомнительныхъ преступниковъ за недостаткомъ доказательствъ и признаній. Однако преступниковъ будетъ достаточно, чтобы карать ихъ и тогда, когда правосудіе будетъ придерживаться только законныхъ средствъ обличенія, не рискуя основывать свой успѣхъ и справедливость своихъ рѣшеній на признаніяхъ, вырванныхъ силою невыносимыхъ мученій, и Божье имя не будетъ призываться въ пролитію крови столькихъ невинныхъ, хотя бы вслѣдствіе этого и не прольется кровь немногихъ виновныхъ“ [1]).

Такимъ образомъ авторъ однимъ изъ первыхъ ополчился противъ примѣненія пытки и ареста съ цѣлью вымучить сознаніе виновности, и не побоялся отбросить reginam probationum—сознаніе, вслѣдствіе несовмѣстимости требованія его съ свободой гражданъ.

Къ провозвѣстникамъ новой эры уголовнаго правосудія относятъ также Христіана Томазія, энергично будившаго политическую мысль въ Германіи. Авторъ дѣйствительно посвятилъ два-три изъ своихъ многочисленныхъ работъ рѣзкой критикѣ инквизиціоннаго процесса, особенно пытки. Въ своемъ сочиненіи „De origine processus inquisitorii, 1711“, онъ посвящаетъ много краснорѣчивыхъ страницъ доказательству того, что жестокости этого процесса вовсе не покоятся на началахъ священнаго писанія, какъ то старались внушить, а установлены своекорыстными разсчетами господствующихъ классовъ. Самый инквизиціонный процессъ онъ опредѣляетъ какъ „ordo judicialis secundum quem judex ex officio secundum normam judiciorum inquirit in delicti alicujus commissi *autorem eumque secundum diversitate circumstantiarum carceri includit* ac deficientibus plerumque probationibus ad eruendam ejus confessionem variis modis

[1]) Nicolas, o. c. p. 43.

torquet, ac post torturam reum vel absolvit vel condemnat ad poenam, moribus receptam, patiendam, eamque poenam secundum certum ordinem prescriptum vel usitatum exequitur“ [1]). Въ этомъ опредѣленіи указывается, что подслѣдственный арестъ является необходимою частью инквизиціоннаго процесса и что онъ примѣняется до выясненія силы уликъ. Вообще же въ своей книгѣ Томазій лишь мимоходомъ касается подслѣдственнаго заключенія, говоря о томъ, что обвинительный процессъ не знаетъ столь частаго и мучительнаго для духа и тѣла заключенія въ ужасную (squalidus) тюрьму, подробнѣе не останавливаясь на описаніи ея [2]).

Великій Монтескье, хотя и не касался совершенно въ своихъ сочиненіяхъ подслѣдственнаго ареста, оказалъ, однако, сильное вліяніе на отношеніе къ послѣднему своихъ послѣдователей. Никто такъ ясно, какъ онъ, не выяснилъ зависимости общей гражданской свободы отъ качества уголовныхъ законовъ, никто не способствовалъ въ столь сильной степени внесенію политическихъ доктринъ свободной Англіи въ континентальный оборотъ идей; Монтескье однимъ изъ первыхъ напалъ на произволъ судей въ области уголовной юстиціи, онъ,—правда—лишь въ отдѣльныхъ намекахъ, возставалъ противъ инквизиціоннаго строя и требовалъ большаго огражденія правъ гражданъ въ уголовномъ процессѣ [3]). Всѣ эти идеи не могли не оказать сильнѣйшаго вліянія на современную ему уголовно-политическую мысль и не повлечь за собою новаго отношенія къ подслѣдственному заключенію, явившагося прямымъ выводомъ изъ его ученій.

Идеи Монтескье нашли себѣ раньше другихъ странъ откликъ въ Италіи, гдѣ тяжесть абсолютизма чувствовалась меньше и потому легче могъ раздаться свободный голосъ протеста. Въ 1764 году въ Миланѣ вышло въ свѣтъ извѣстное сочиненіе Чезаре Беккарія „О преступленіяхъ и наказа-

---

[1]) Tomasius, Первыя строки цит. соч.

[2]) Ibidem, p. 4, 19.

[3]) См. Esmein, p. 356—359, Чубинскій, стр. 236—246. Кистяковскій, Учебникъ уголовнаго права 1880, стр. 74—79, и трудъ Beccaria, во франц. переводѣ подъ редакціей F. Hélie. 1856, passim.

ніяхъ", значеніе котораго для уголовной науки можно сравнить лишь съ значеніемъ труда Гуго Гроція для международнаго права или критической философіи Канта для научной философіи. Общія идеи Беккаріи достаточно извѣстны, и потому я могу ограничиться характеристикой его отношенія къ одному только подслѣдственному аресту. Въ главѣ VI „О тюремномъ заключеніи" мы находимъ рѣзкую филиппику противъ господствовавшаго произвола судей въ этой области: „Законъ строгимъ образомъ долженъ опредѣлить, на основаніи какихъ уликъ въ преступленіи обвиняемый можетъ быть заключенъ въ тюрьму и подвергнутъ къ допросу". Далѣе идетъ перечисленіе уликъ, которыя, по мнѣнію Беккаріи, слѣдуетъ признать достаточными; какъ мы сейчасъ увидимъ, каталогъ этотъ составленъ слишкомъ широко, и современный политикъ никакъ не согласился бы съ нашимъ авторомъ въ предъявленіи столь снисходительныхъ требованій къ силѣ уликъ. „Общее преслѣдованіе, бѣгство, сдѣланное частнымъ образомъ признаніе, указаніе со стороны сообщника въ преступленіи, угрозы со стороны обвиняемаго до преступленія, его застарѣлая вражда къ потерпѣвшему, очевидная наличность слѣдовъ преступленія и наконецъ, различныя подобныя презумпціи являются достаточными для взятія гражданина подъ стражу. Но эти улики должны быть прочно установлены въ законѣ, а не опредѣляться судьей, рѣшенія котораго начинаютъ посягать на политическую свободу, если они перестаютъ быть простымъ примѣненіемъ общаго правила, вытекающаго изъ закона". Чтобы ограничить произволъ судьи, Беккарія жертвуетъ началомъ матеріальной истины началу формальныхъ уликъ. Какъ бы опасаясь, что законодатель сочтетъ указанный имъ каталогъ слишкомъ узкимъ, онъ тутъ же заявляетъ: „По мѣрѣ того какъ наказанія станутъ болѣе мягкими, когда тюрьмы перестанутъ быть ужаснымъ мѣстопребываніемъ отчаянія и голода, и когда милосердіе и гуманность проникнутъ въ застѣнки, когда, наконецъ, безжалостные исполнители суроваго правосудія откроютъ сердца свои состраданію, тогда законы сумѣютъ ограничиться для заключенія подъ стражу уликами болѣе слабыми". Въ этой сжатой

картинѣ прекрасно изображены причины ужаснаго состоянія подслѣдственныхъ заключенныхъ. Какъ мы увидимъ, эта картина съ большимъ искусствомъ и многочисленными подробностями дорисовывается французскими авторами. Но мысль, для подтвержденія которой она нарисована, не можетъ быть признана правильной: съ наступленіемъ условій, о которыхъ говоритъ Беккарія, правосудіе въ значительно меньшей степени станетъ нуждаться въ подслѣдственномъ заключеніи, и требуемая сила уликъ скорѣе должна будетъ усилиться, нежели ослабѣть. Беккарія хотѣлъ указать, что суженіе каталога уликъ онъ предлагаетъ, какъ крайнюю мѣру, вызываемую столь печальнымъ положеніемъ заключенныхъ, но вмѣсто того онъ прикрылъ усмотрѣніе судьи формальнымъ началомъ, почти совершенно не стѣснивъ его въ объемѣ. Эта мысль и вторично повторяется у Беккарія. Такъ, въ главѣ XI. онъ указываетъ: „Судья имѣетъ власть опредѣлять, по какимъ уликамъ можно заключать подъ стражу гражданина. Это значитъ заявить, что данный гражданинъ виновенъ еще раньше, нежели онъ могъ бы доказать, что онъ невиненъ“. Ученіе Беккарія направлялось противъ стремленія инквизиціонныхъ судей заключать подъ стражу лицъ, противъ которыхъ существуетъ лишь одно слабое подозрѣніе, съ цѣлью впослѣдствіи выпытать отъ нихъ доказательства. Хотя выходъ, предложенный Беккарія, не всѣхъ удовлетворилъ [1]), однако онъ вызвалъ дѣятельность, направленную къ ограниченію судейскаго усмотрѣнія. Беккарія нисколько не обманывался на счетъ судейскаго безпристрастія, господствовавшаго въ его время. „Когда судья выполняетъ свои функціи—говорилъ онъ—онъ является только врагомъ обвиняемаго, т. е. несчастнаго страдальца, закованнаго въ цѣпи и угнетеннаго печалью и страхомъ

---

[1]) Мысли Беккарія о необходимости опредѣленія уликъ въ законѣ буквально повторяются въ Наказѣ Екатерины II (См. ниже въ главѣ о исторіи русскаго процесса). Австрійскій уставъ 1803 года, слѣдуя идеямъ Беккарія, перечисляетъ тѣ улики, при наличности которыхъ обвиняемый можетъ быть взятъ подъ стражу. Hommel (Joch) въ своей работѣ Philosophiche Gedanken возражалъ противъ стремленія Беккарія обезличить судью и свести примѣненіе подслѣдственнаго заключенія къ механическому процессу (см. Чубинскій ц. с. стр. 368).

предъ ужасами пытки. Не правды ищетъ этотъ судья: онъ желаетъ найти въ обвиняемомъ виновнаго; онъ ставитъ ему западни; онъ стремится къ этому больше всего и боится, какъ бы не заслужить упрека въ неспособности, если ему не удастся уличить обвиняемаго“ [1]).

Другой новой идеей Беккарія въ этой области было требованіе огражденія лицъ невинныхъ отъ позора подслѣдственнаго заключенія. „Позоръ тюрьмы не долженъ падать на обвиняемаго, невинность котораго удостовѣрена судомъ“. Въ качествѣ примѣра онъ приводитъ римлянъ, у которыхъ оправданные пользовались народнымъ уваженіемъ и занимали главныя государственныя должности. Почему же въ наши дни участь безъ вины понесшихъ подслѣдственное заключеніе столь отлична отъ этой?—спрашиваетъ Беккарія. „Потому что дѣйствующая система уголовнаго правосудія скорѣе вызываетъ въ нашемъ умѣ идею силы и власти, нежели идею справедливости; потому что безъ различія бросаютъ въ одну и ту же келью (cachot) и невиннаго подозрѣваемаго и виновнаго, уже осужденнаго; потому что тюрьма у насъ является скорѣе мучительнымъ наказаніемъ, нежели средствомъ обезпечить обвиняемаго; потому что, наконецъ, силы, защищающія извнѣ тронъ и права народа, отдѣлены отъ тѣхъ, которыя поддерживаютъ законы внутри, въ то время какъ онѣ должны быть тѣсно соединены“. Въ дальнѣйшемъ онъ предлагаетъ поручить охрану тюремъ военной силѣ, которая меньше позоритъ заключеннаго въ глазахъ общественнаго мнѣнія. Въ этомъ отрывкѣ набросана цѣлая программа реформъ: 1) ясно подчеркнута зависимость характера подслѣдственнаго заключенія отъ общаго строя правосудія, 2) указана необходимость раздѣльнаго содержанія и режима для подслѣдственныхъ и приговоренныхъ, 3) цѣль подслѣдственнаго заключенія ограничена однимъ лишь обезпеченіемъ явки обвиняемаго, и 4) предлагается замѣнить заключеніе въ тюрьму особымъ видомъ custodia militaris. Значеніе идей Беккарія можно оцѣнить, лишь прослѣдивъ, какъ онѣ подѣйствовали на современниковъ и

---

[1]) Beccaria. o. c. éd. par F. Hélie. 1856, p. 203.

какое развитіе онѣ получили въ дальнѣйшемъ. Послѣдующее развитіе уголовно-политической мысли въ этой области идетъ не на много дальше того, что было высказано Беккаріей.

Вольтеръ въ примѣчаніяхъ къ французскому изданію книги Беккарія высказалъ свое отношеніе къ затронутымъ въ ней вопросамъ [1]). Мысли относительно огражденія невинныхъ отъ подслѣдственнаго заключенія нашли въ немъ особенно горячую поддержку. Свои нападки Вольтеръ распространяетъ не только на судью, но и на законодателя. По мнѣнію его, весь уголовный процессъ во Франціи созданъ скорѣе для того, чтобы вредить гражданамъ, нежели, чтобы защищать ихъ. Разсматривая инквизиціонное производство, онъ особенно нападаетъ на его тайну и на принужденіе обвиняемаго къ сознанію. Онъ отбрасываетъ всѣ иныя цѣли у ареста, кромѣ цѣли огражденія отъ побѣга, и въ соотвѣтствіи съ этимъ требуетъ, чтобы лица осѣдлыя имѣли преимущество предъ бездомными при освобожденіи [2]). Вольтеръ указываетъ на безпомощность заключеннаго и требуетъ допущенія формальной *защиты* даже при обвиненіи въ тяжкомъ преступленіи [3]). „Бросить человѣка въ застѣнокъ, предоставить его ужасу и отчаянію, допрашивать его только тогда, когда память его приведена въ замѣшательство муками страха и безпокойства, не равносильно ли это вовлеченію путешественника въ пещеру воровъ съ цѣлью убить его? Такого способа придерживается инквизиція, одно названіе которой внушаетъ ужасъ“ [4]). Здѣсь Вольтеръ прямо сравниваетъ отношеніе правосудія къ подслѣдственнымъ съ отношеніемъ разбойника къ жертвѣ: какъ тотъ, такъ и другой не обращаютъ никакого вниманія на права человѣка, стремясь достигнуть своей цѣли—убійства, прикрываемаго или не прикрываемаго именемъ закона.

Эти мысли, высказанныя не юристами и выраженныя въ

---

[1]) Voltaire. Commentaire sur le livre des délits et des peines par un avocat de province 1766. Мы пользовались нѣмецкимъ переводомъ 1788 г.

[2]) О. с. § 22, 23.

[3]) Esmein o. c. p. 867.

[4]) Voltaire. Prix de la justice art. XXXIII.

общедоступной формѣ, широко распространились по Европѣ. Оффиціальная юриспруденція должна была съ ними считаться. Далѣе онѣ находятъ подробное развитіе въ трудахъ спеціалистовъ. Указанные Беккаріей недостатки драматизируются, описаніе ихъ сопровождается эмоціями негодованія, ужаса, состраданія, словомъ, они все болѣе и болѣе пріобрѣтаютъ характеръ боевой идеи.

Въ трудахъ Бриссо де Варвилля, прославившагося своею тонкою и горячею критикой уголовнаго законодательства, мы находимъ подробное выраженіе новыхъ идей. Онъ, слѣдуя Беккарія, требуетъ учрежденія особыхъ тюремъ для подслѣдственныхъ; указываетъ, что въ основѣ современной ему постановки подслѣдственнаго заключенія лежитъ крайняя несправедливость, по которой, въ интересахъ обезпеченія неуклоненія одного гражданина, подозрѣваемаго въ преступленіи, отнимается свобода у многихъ невинныхъ гражданъ; онъ говоритъ о „возмутительныхъ злоупотребленіяхъ судей, заставляющихъ краснѣть человѣчество“. Особенно ярко онъ сумѣлъ изобразить печальное положеніе безъ вины заключеннаго, его тѣлесныя и душевныя муки, какъ плодъ невыносимаго режима подслѣдственныхъ и общаго построенія инквизиціоннаго процесса съ его тайной и пытками [1]).

---

[1]) Brissot de Varville. Théorie des lois criminelles. 1781. p. 164—166. Вотъ этотъ блестящій отрывокъ: „Что я вижу? Гражданинъ, рожденный свободнымъ, внезапно окруженъ толпою бездѣльниковъ, подвергается нападенію съ ихъ стороны, связывается по рукамъ и ногамъ и уволакивается при всеобщемъ скандалѣ и съ самыми отборными оскорбленіями въ ужасное мѣсто, гдѣ хотятся преступный людъ. Почему его арестовали? По приказу магистрата, которому предоставлено зловѣщее право заключать въ тюрьму гражданъ по своему желанію и по самому ничтожному поводу. Гдѣ же его арестовали? Въ его домѣ, въ этомъ священномъ убѣжищѣ, которое должны уважать всѣ законы... Я слѣдую за этимъ несчастнымъ въ его подземную обитель, которую уготовили ему: полицейскіе, тюремщики, палачи, надзиратели, эти грубые люди, хотя и защищающіе общество, имѣютъ ужасный видъ... Нисколько не соболѣзнуя несчастью этого гражданина, они насмѣхаются надъ нимъ, оскорбляютъ его, безцеремонно обыскиваютъ, отнимаютъ отъ него все имущество, заковываютъ въ кандалы и, наконецъ, уводятъ его въ мрачный лабиринтъ корридоровъ къ его печальному помѣщенію, гдѣ тройные замки тюремныхъ запоровъ ручаются за его свободу. Онъ входитъ съ сжавшимся отъ боли сердцемъ въ эту клоаку заразы, гдѣ тысяча несчастныхъ передаютъ другъ другу медленную отраву, гдѣ самыя опасныя міазмы вы-

Несмотря на ужасное состояніе тюремъ, заключеніе туда въ силу закона не разсматривается судьями какъ наказаніе. „Въ какомъ же непроходимомъ лѣсу живетъ общество, въ которомъ ради общей безопасности столь жестоко оскорбляется свобода отдѣльнаго гражданина!“ (стр. 170), восклицаетъ Бриссо.

Очень интересны тѣ конечные выводы, которые Бриссо де Варвилль предлагаетъ для устраненія золъ подслѣдственнаго заключенія: 1) законъ никогда не долженъ предоставлять судьѣ права произвольно распоряжаться свободой гражданина, 2) судья долженъ постановлять рѣшеніе на основаніи надежныхъ уликъ, 3) право частнаго жилища должно быть уважаемо при арестѣ, 4) заключеніе подъ стражу можетъ происходить только въ цѣляхъ препятствованія побѣгу и сокрытію доказательствъ, а не въ какихъ либо иныхъ, 5) въ тюрьмахъ долженъ быть заведенъ порядокъ и гигіена, при чемъ подслѣдственные должны быть совершенно обособлены отъ осужденныхъ преступниковъ; въ тюрьмахъ вводятся работы, и 6) каждый судья долженъ часто посѣщать тюрьмы, слѣдить за правильностью заключенія и за гуманнымъ отношеніемъ тюремщиковъ къ заключеннымъ. Реформа подслѣдственнаго заключенія такимъ образомъ въ трудѣ Варвилля формулирована отчетливѣе, чѣмъ у Беккарія. Въ настоящее время почти всѣ предположенія его осуществились, и лишь немногое прибавлено къ его пожеланіямъ.

Идеи Бриссо оказали, повидимому, значительное вліяніе на появившуюся черезъ три года работу Филанджіери, вышед-

---

дѣляются и распространяютъ гнилостные зародыши даже на далекое разстояніе. Но вотъ открывается новая картина: убійца, воръ, насилователь, всѣ сдружились другъ съ другомъ, потому что они собраны въ одномъ мѣстѣ, и всѣ они хотятъ выказать свою деспотическую власть надъ новичкомъ... Положеніе вновь пришедшаго невыносимо, онъ молитъ о смерти“. Далѣе слѣдуетъ описаніе мукъ заключеннаго. Авторъ напоминаетъ, что среди заключенныхъ есть много невинныхъ. „Невинность живетъ рядомъ съ преступленіемъ, добродѣтель смѣшалась съ порокомъ. Да, здѣсь, на этомъ камнѣ, насыщенномъ ядомъ преступленія, ожидали своего смертнаго часа, ими заслуженнаго, Картушъ и Ля-Вуазенъ и къ нему же приклоняли свои головы утомленные допросами и оскорбленіями, жестокостями, которыя они поневолѣ слышали, Ланглядъ, Каласъ и Монбильи“.

шую во французскомъ переводѣ въ 1786 г. Филанджіери слѣдуетъ тому же методу драматическаго изображенія страданій заключеннаго, но особенно выдвигаетъ иную точку зрѣнія, именно тѣ нравственныя страданія невинно заключеннаго, которыя обусловливаются инквизиціоннымъ характеромъ подслѣдственнаго заключенія и въ частности тайной производства. Нѣкоторая сгущенность красокъ позволяетъ и ему внушить негодованіе къ тѣмъ началамъ, которыя такъ безсмысленно стѣсняли свободу гражданъ. Указывая на полную заброшенность заключеннаго, онъ подчеркиваетъ ту легкость, съ какой могутъ происходить здѣсь роковыя судебныя ошибки [1]). Свои описанія Филанджіери также заканчиваетъ програм-

---

[1]) Filandjieri. La Science de la legislation. 1786. T. III, p. 36—38. Изображая положеніе обвиняемаго, Филанджіери говоритъ: „Если его положеніе вызываетъ опасеніе бѣгства или если преступленіе, ему вмѣняемое, сколько нибудь важно, то самой легкой улики достаточно, чтобы лишить его свободы, семьи и чести. Вотъ приходятъ за нимъ вооруженныя лица, чтобы арестовать его и увести въ тюрьму, гдѣ ему воспретятъ всякое сношеніе съ окружающимъ міромъ; такъ то онъ узнаетъ о своемъ обвиненіи или оклеветаніи! Нѣсколько недѣль или мѣсяцевъ протекаетъ, пока онъ узнаетъ что-либо. Судья за многочисленностью дѣлъ еще не принимался за его дѣло; къ обремененію работою у судьи часто присоединяются развлеченія и удовольствія, отнимающія много времени. Въ теченіе всего этого времени заключенный находится въ состояніи, характеризующемся насиліемъ и ужасомъ. Если совѣсть не упрекаетъ его ни въ какомъ преступленіи, то воображеніе мучитъ и пугаетъ его; мракъ тюрьмы, цѣпи, отдаленность отъ друзей и родныхъ, одиночество, столь ужасное въ опасности, все возвѣщаетъ ему гибель. Онъ вспоминаетъ, что у него имѣются враги, онъ знаетъ съ какимъ искусствомъ они могутъ строить козни; ему припоминаются сотни несчастныхъ, павшихъ такими жертвами; его размышленія прерываются стонами, они рисуютъ только несчастья и ошибки людей. Въ своихъ мечтахъ онъ обращается къ правосудію, онъ требуетъ у безсильнаго призрака своей фантазіи правъ на свободу, которыя ему принадлежатъ какъ невинному, правъ на безопасность, на честь; онъ показываетъ ему хлѣбъ, омоченный его слезами, обнажаетъ язвы, которыми покрыто его тѣло, разсказываетъ въ подробностяхъ свою жизнь и защищаетъ передъ нимъ свое поведеніе. Къ исторіи своихъ несчастій онъ прибавляетъ исторію стыда, отчаянія и нищеты своей семьи, онъ изображаетъ своихъ бѣдныхъ родителей, согбенныхъ старостью, сидящихъ у порога судьи, доступнаго только для богатыхъ и знатныхъ; его друзья бѣгаютъ повсюду, чтобы достать покровителей, но не встрѣчаютъ никого или только одно равнодушіе; его враги ликуютъ... дѣти умираютъ съ голоду... жена его лежитъ между жизнью и смертью... Но вдругъ онъ припоминаетъ, что онъ одинъ; онъ видитъ, что кругомъ нѣтъ никого, и что рѣчи его лишь на-

мой реформъ. Онъ требуетъ, чтобы заключенному немедленно сообщались всѣ свѣдѣнія по его дѣлу, чтобы допросъ его происходилъ публично, чтобы законодательство перестало покровительствовать доносамъ. . Для подслѣдственныхъ заключенныхъ должны быть созданы особыя тюрьмы, приспособленныя къ этой цѣли, такъ какъ общеніе съ осужденными преступниками развращающе дѣйствуетъ на ихъ нравственность. Филанджіери требуетъ также расширенія примѣненія поручительства: если обвиняемому не грозитъ суровое наказаніе, то онъ долженъ получить право на свободу [1]).

Заслуга Филанджіери состоитъ въ томъ, что онъ первый указалъ, какое роковое вліяніе на приговоръ оказываетъ подслѣдственное заключеніе [2]) и въ качествѣ мѣръ реформы указалъ на расширеніе процессуальныхъ правъ обвиняемаго; онъ обратилъ вниманіе на продолжительность слѣдствій и потребовалъ полнаго уваженія къ заключенному, какъ полноправному еще гражданину.

Идеи Беккаріи нашли себѣ развитіе и въ Германіи. Какъ на одного изъ болѣе раннихъ и вмѣстѣ съ тѣмъ авторитетныхъ продолжателей ихъ, можно указать на Зонненфельса,

---

красно обманываютъ его воображеніе. Онъ умолкаетъ и снова начинаетъ размышлять о томъ, кто могъ бы быть его обвинителемъ и въ чемъ его обвиняютъ. Эта неувѣренность пугаетъ его. Онъ желаетъ избавиться отъ нея; онъ не вѣритъ судьѣ и боится, что сказавъ правду, онъ подтвердитъ улики, существующія противъ него и тѣмъ наложитъ окончательную печать на свои несчастья.—Положеніе дѣйствительно виновнаго болѣе благопріятно, потому что совершившій преступленіе знаетъ всѣ подробности и можетъ подыскивать возраженія. Невинный же напуганъ даже своею невинностью". Въ дальнѣйшемъ Филанджіери повторяетъ соображенія о тяжести режима подслѣдственныхъ, аналогичныя съ приведенными у Бриссо де Варвиля. (Ibid. p. 87, 89—93).

[1]) Ibid. p. 96.

[2]) Такое вліяніе впослѣдствіи болѣе подробно развито Coffinières. Traité de la liberté individuelle. 1822. t. II p. 201. Излагая уголовное законодательство Нидерландовъ, этотъ авторъ говоритъ: „Въ Нидерландахъ уголовные законы не давали никакихъ гарантій обвиняемымъ. Намѣстники общинъ были одарены всемогуществомъ, не были подчинены никакому надзору, не подлежали никакой отвѣтственности. На нихъ лежала обязанность ареста обвиняемыхъ. Они производили слѣдствіе по своему усмотрѣнію, замедляли или ускоряли его, дополняли или ограничивали, и диктовали такимъ образомъ судьямъ оправданіе или осужденіе обвиняемаго".

посвятившаго въ своемъ извѣстномъ руководствѣ [1]) одну главу этому вопросу. Начала, которымъ должно слѣдовать законодательство въ этой области, излагаются авторомъ уже въ извѣстной системѣ. Взятіе подъ стражу должно быть производимо лишь при наличности прочныхъ уликъ (standhafte Jnzichten). Усмотрѣніе судьи въ этой области должно быть ограничено строгимъ легальнымъ перечисленіемъ случаевъ, условій и достаточныхъ уликъ, при наличности которыхъ кто либо можетъ быть заключенъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ подслѣдственное заключеніе должно приравниваться къ наказанію, такъ какъ отбытіе его также соединено съ позоромъ. Единственною цѣлью ареста можетъ быть признано обезпеченіе отъ побѣга; поэтому никто не можетъ быть заключенъ подъ стражу, если онъ можетъ представить съ помощью залога или поручительства сумму, равную гражданскому иску или грозящей ему денежной пенѣ; не можетъ быть взятъ подъ стражу обвиняемый и тогда, когда угрожающее ему тѣлесное наказаніе не является столь тяжкимъ, чтобы побудить его къ побѣгу. Но если подслѣдственное заключеніе даже и вызывается нуждами правосудія, то оно должно происходить съ осмотрительностью; по крайней мѣрѣ нужно остерегаться, чтобы не навлечь позора на незапятнанное чье либо доброе имя, для чего Зонненфельсъ рекомендуетъ производить аресты исключительно ночью и сохранять арестъ въ тайнѣ. Режимъ подслѣдственныхъ долженъ быть мягче режима осужденныхъ. „Пока находящійся подъ слѣдствіемъ не уличенъ въ преступленіи, будетъ противорѣчить строгимъ понятіямъ справедливости назначеніе противъ него какого либо тяжкаго ограниченія, подобнаго наказанію. Арестъ въ этомъ случаѣ есть только мѣра обезпеченія личности обвиняемаго. Унынie, печальная и пугающая тишина ареста, обособленность отъ всѣхъ домашнихъ являются, хотя и неизбѣжными, но уже сами по себѣ тяжкими страданіями, которыя справедливость запрещаетъ усиливать другими или затягивать сверхъ необхо-

---

[1]) Sonnenfels. Grundsätze der Polizei—Handlungs—und Finanzwissenschaft 8 Aufl. 1819. B I. § 164 S. 211 ff.

димости. Бѣдствія, грубая суровая обстановка, угнетающая эксплоатація тюремщиковъ, которой подвергаются обыкновенно заключенные, стремленіе затянуть дознаніе или слѣдствіе — вотъ пороки, вредящіе гражданской свободѣ“ [1]). По сравненію съ прежними авторами у Зонненфельса мы находимъ лишь болѣе принципіальное заявленіе о томъ, что арестъ долженъ служить лишь цѣли обезпеченія явки и что свобода въ извѣстныхъ случаяхъ должна быть правомъ обвиняемаго.

Здѣсь мы заканчиваемъ обзоръ политическихъ ученій относительно подслѣдственнаго заключенія. Съ принципіальной перемѣной взгляда на обвиняемаго должна была получиться и новая конструкція подслѣдственнаго заключенія. Дальнѣйшее развитіе состояло лишь въ углубленіи и распространеніи выставленныхъ въ концѣ XVIII и началѣ XIX вѣковъ положеній. Наука съ того времени сказала мало новаго.

Инквизиціонныя начала предварительнаго слѣдствія въ большинствѣ государствъ еще слишкомъ сильны для того, чтобы можно было бы говорить о полномъ устраненіи слѣдственныхъ цѣлей изъ мѣръ обезпеченія и предоставленіи широкихъ процессуальныхъ правъ заключенному подъ стражу. Лишь медленными шагами ослабляется принудительное начало въ процессѣ, и не пришло еще время требовать полной его отмѣны. Мѣры, обезпечивающія неуклоненіе обвиняемаго отъ правосудія, будутъ приниматься всегда, пока примѣненіе правосудія не будетъ поставлено въ зависимость отъ воли лица, нарушившаго законъ, пока индивидуальная воля такого лица сама не будетъ искать въ правосудіи примиренія съ обществомъ. Такой идеалъ еще очень далекъ. Но отдаленность его нисколько не говоритъ за то, что эти мѣры должны сохранить присущій имъ суровый характеръ . . Со смертью полицейскаго государства вымерли и мѣры полицейско-принудительнаго характера; съ развитіемъ общественныхъ отношеній и взаимныхъ связей должны будутъ исчезнуть мѣры грубаго заточенія, какимъ является въ настоящее время подслѣдственный арестъ, заставляющій безплодно

[1]) Ibid. S. 213.

терять духовную и физическую энергію заключеннаго подъ стражу. Въ настоящее время съ этой мѣрой еще мирятся, стремясь лишь опредѣленнѣе выяснить границы дѣйствительной ея необходимости и установить тѣ цѣли, для соціальной поддержки которыхъ эта мѣра можетъ привлекаться. Если репрессія преступленій въ настоящее время еще очень сурова и въ значительной своей части покоится на началахъ устрашенія, если публичное преслѣдованіе еще не настолько сильно, чтобы не опасаться свободной дѣятельности подозрѣваемаго, и если нравственный уровень личности преступника стоитъ порою весьма низко, то все это—достаточныя основанія для утвержденія, что зданіе правосудія не можетъ еще всецѣло опереться на фундаментъ личной свободы, а должно поддерживаться цѣпями принудительныхъ мѣръ. Когда почва осядетъ и культурныя основы будутъ достаточно прочны, эти цѣпи ослабнутъ и наступитъ время сложить ихъ въ музей исторіи вмѣстѣ съ другими уже покоящимися тамъ бренными остатками инквизиціоннаго строя. Мы убѣждены, что мѣры обезпеченія принудительнаго характера быстро отживаютъ свой вѣкъ; будущее принадлежитъ мѣрамъ попечительнымъ и психологическо-мотиваціоннымъ. Но въ ожиданіи этого лучшаго времени наша задача—терпѣливо разрабатывать и критиковать существующую форму мѣръ обезпеченія, подыскивая такіе компромиссы, которые наиболѣе приспособлены къ доступному намъ состоянію правосудія. Должно сознавать зависимость частнаго института отъ институтовъ болѣе общихъ, и политикъ права, обсуждающій какой либо конкретный вопросъ, долженъ приспособлять свое рѣшеніе къ существующему строю; но горе, если онъ всецѣло рабъ этого послѣдняго, если каждый устой этого послѣдняго онъ признаетъ чуть-ли не священнымъ и считаетъ конечнымъ предѣломъ своихъ политическихъ разсужденій. Есть случаи, когда тысячи мелкихъ вопросовъ сходятся у какой либо неподвижной стѣны существующаго строя и каждое изъ нихъ можетъ требовать распаденія этой стѣны, чтобы освободить дорогу для дальнѣйшаго развитія. У такой стѣны стоитъ въ настоящее время и нашъ

вопросъ, и онъ требуетъ въ хорѣ со многими остальными уничтоженія полицейскаго строя, основаннаго на пренебреженіи къ правамъ личности, и онъ требуетъ отъ правосудія дѣйствительнаго безпристрастія и служенія общественнымъ, а не только правительственнымъ интересамъ, и онъ требуетъ отъ законодателя довѣрія къ общественнымъ силамъ. Здѣсь вступать въ компромиссы — значитъ подвергать себя риску быть задавленнымъ тою же стѣной, которая все таки неизбѣжно должна рухнуть. И въ такихъ случаяхъ политика частнаго вопроса не должна опасаться идти въ разрѣзъ съ отживающими устоями дѣйствительности.

Наша работа дѣлится на двѣ части. Въ первой мы даемъ характеристику западно-европейскаго законодательства и краткіе историческіе обзоры развитія мѣръ обезпеченія въ Римѣ, Англіи, Франціи, Германіи и Россіи. Вторая часть посвящена сравнительно-критическому разсмотрѣнію русскаго законодательства и практики въ связи съ правно-политической оцѣнкой вопроса.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

ПОСТАНОВКА МѢРЪ ОБЕЗПЕЧЕНІЯ ВЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВАХЪ ЗАПАДНОЙ ЕВРОПЫ.

Глава I.

Римскій процессъ.

Ceib. Geschichte des römischen criminal—Proccesses. 3 Abtlg. Stephen. History of the criminal law of England t. I. 1883. p. 9—51. F. Hélie. Traité de l'instruction criminelle t. 1 p. 10—183. 1866. Zucker. Die Untersuchungshaft. 1 tome. S. 5—74. 1873. Picot. La mise sous caution. 1863. p. 8—20. Sonntag. Die Entlassung gegen Caution. 1865. Coffinières. Traité de la liberté individuelle, t. 1. 1822. Загурскій. Основные принципы римскаго уголовнаго процесса. 1874. Миклашевскій. О средствахъ представленія обвиняемаго въ судъ. 1872. Mommsen. Römisches Strafrecht. 1899 г. S. 323—336.

Принципы, выработанные состязательнымъ римскимъ уголовнымъ процессомъ, до сихъ поръ поражаютъ своею изящною разработкою. Они легли въ основу англійскаго законодательства, а черезъ посредство германскихъ юристовъ значительно повліяли на прошлое современное и германское законодательство. Поэтому римскій процессъ съ исторической точки зрѣнія не утратилъ своего интереса.

Помимо историческаго значенія, римскій процессъ имѣетъ и правно-политическое. Изученіе его не есть изученіе формъ отжившихъ, примѣнимыхъ при крайней несложности общественной жизни, которыя совершенно неудобны и невозможны

при современномъ сложномъ общественномъ строѣ, но изученіе законодательства, дѣйствовавшаго въ высоко-культурномъ обществѣ, выработавшемъ весьма сложныя и цѣнныя формы права. Съ такой точки зрѣнія нѣкоторыя нормы римскаго процесса могутъ имѣть и имѣютъ въ дѣйствительности прогрессивный характеръ даже по сравненію съ современнымъ законодательствомъ.

Исторію римскаго уголовнаго процесса удобно раздѣлить на 4 періода:

I. Періодъ царей, о которомъ можно судить предположительно.

II. Періодъ гражданской свободы въ республикѣ.

III. Періодъ господства quaestio perpetua въ уголовномъ процессѣ.

IV. Періодъ суда префектовъ, начиная съ Августа.

I. Относительно характера мѣръ обезпеченія въ первый періодъ существуютъ разногласія. Немногочисленныя свѣдѣнія, передаваемыя Ливіемъ, не даютъ возможности вывести ясное представленіе о примѣнявшихся тогда мѣрахъ обезпеченія неуклоненія обвиняемаго отъ правосудія. Нѣкоторые историки (Гейбъ), основываясь на томъ положеніи, что консулы наслѣдовали полностью власть царей, стараются изъ характера власти первыхъ вывести заключенія о власти вторыхъ. Другіе (Фостэнъ Эли) утверждаютъ, что консулы не наслѣдовали судебной власти и что такого заключенія дѣлать нельзя. Изъ прямыхъ свидѣтельствъ о царяхъ, хотя и заимствованныхъ изъ позднѣйшихъ источниковъ, видно, что цари обладали правомъ полицейскаго ареста. Въ Дигестахъ de origine juris (L. 2, 16) говорится: „Solum relictum est iis (consulibus), ut coercere possent, ut in vincula publica duci juberent“. Изъ этого можно заключить, что консулы сохранили отъ царей полицейскую власть. Возможно, что при нерасчлененности полицейскаго и предварительнаго ареста, при несложности судебной системы въ царское время, полицейскій арестъ включалъ и подслѣдственный. Цуккеръ, къ которому примыкаетъ и Микляшевскій, признаетъ существованіе въ царское время примитивнаго вида ареста, развивавшагося изъ при-

нужденія [1]). Указанія на этотъ весьма естественный при несложной организаціи суда видъ ареста можно встрѣтить и въ другихъ мѣстахъ. Про Горацієвъ сказано „Tamen *raptus in jus ad regem*“.... Объ убійцахъ Тарквинія Древняго Ливій передаетъ (I. cap. 41): „illos fugientes lictores comprehendunt“. Извѣстно также, что въ Римѣ въ царское время существовала государственная тюрьма.

Существовало ли въ царское время судебное поручительство въ уголовныхъ дѣлахъ? Относительно этого мы не имѣемъ никакихъ прямыхъ указаній, но все же скорѣе можемъ отвѣтить на этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ. Арестъ могъ примѣняться въ исключительныхъ дѣлахъ политическаго характера, гдѣ требовалось немедленное изъятіе изъ общества извѣстнаго лица, но онъ не былъ единственнымъ средствомъ обезпеченія. Какъ извѣстно, первоначальнымъ общественнымъ строемъ римлянъ была родовая община [2]), доставляющая всегда естественныхъ поручителей [3]). Изъ паралельнаго изученія характера мѣръ обезпеченія у другихъ народовъ съ общинно-родовымъ строемъ можно придти къ такому же выводу. Однако большинство изслѣдователей придерживаются противоположнаго мнѣнія, основываясь на одномъ мѣстѣ Ливія, которое намъ сейчасъ придется разобрать,

---

[1]) Zucker. Die Untersuchungshaft. 1 Abth. S. 12. Но Цуккеръ доходитъ до крайности, усматривая въ басняхъ о происхожденіи Рима слѣды существованія подслѣдственнаго ареста, напр. въ слѣдующихъ отрывкахъ изъ Ливія: Latrones quum Romulus vi se defendisset, Remum cepisse, captum regi Aemulio tradidisse, ultro accusantes... Forte et Numitori, quum in custodia Remum haberet. (Liv. cap. V liv. 1). Принужденіе здѣсь имѣетъ характеръ не юридической мѣры, а простого насилія сильнаго надъ слабымъ. Въ такомъ видѣ оно существовало повсюду. Coercicio, какъ спеціальная власть магистрата, изъ которой развилось право ареста, осуществлялась чрезъ особыхъ лицъ—apparitores, въ случаѣ первой неявки на призывъ (evocatio); примѣненіе ея разсматривалось не какъ судебная, а какъ полицейская мѣра. См. Mommsen. O. c. S. 325.

[2]) Fustèl de Coulanges. Cité antique. 1898.

[3]) Поручители—vades (vadimonium, позднѣе satisdatio и fidejussio), въ случаѣ неявки обвиняемаго платили извѣстную сумму государству; противъ убѣжавшаго они имѣли право обратнаго требованія. Mommsen S. 327. Послѣдніе извѣстные намъ случаи поручительства въ республиканскомъ процессѣ касаются женщинъ: одной отравительницы (въ 602/152 г.) и иностранки (644/110 г.), которыя выставили по 50 поручителей (Sallust. Jugurta 35).

но которое, какъ намъ кажется, только подтверждаетъ, а не опровергаетъ, наше мнѣніе [1]).

У Ливія сохранился замѣчательный отрывокъ, относящійся къ III вѣку отъ основанія Рима [2]), въ которомъ подробно передается споръ между трибуномъ Виргиніемъ, желавшимъ арестовать Цезо Квинкція по обвиненію въ уголовномъ преступленіи, и отцомъ послѣдняго, Титомъ. Въ этомъ спорѣ содержится много цѣнныхъ указаній относительно мѣръ обезпеченія. Съ точки зрѣнія исторической критики можно замѣтить, что Ливій перенесъ въ свой разсказъ многія черты права, существовавшаго въ его эпоху, нарушивъ историческую перспективу, однако это не мѣшаетъ почерпнуть отсюда нѣкоторыя цѣнныя свѣдѣнія. Споръ начинается заявленіемъ Тита Квинкція „Cui rei capitalis dies dicta sit et de quo futurum prope diem judicium, eum indemnatum indicta causa non debere violari“. (Очевидно ссылка на законъ или выработанный обычай). Трибунъ, не отрицая этого положенія, указываетъ на необходимость обезпечить правосудіе: „Supplicium negat sumpturum de indemnato, servaturum tamen in vinculis esse ad judicii diem; ut qui hominem necaverit, de eo supplicii sumendi copia populo Romano fiat“. Здѣсь ясно, даже слишкомъ ясно для того времени (очевидно анахронизмъ), проводится различіе между заключеніемъ въ тюрьму, какъ наказаніемъ и какъ мѣрою обезпеченія неуклоненія отъ суда. Трибунъ говоритъ какъ представитель власти, охраняющій государственные интересы. Для разрѣшенія спора вмѣшиваются другіе трибуны и не допускаютъ заключенія въ тюрьму, предлагая поруки „sisti reum pecuniamque nisi sistatur populo promitti placere pronuntiant, summam pecuniae quantam aequum esset, promitti, veniebat in dubium“. За рѣшеніемъ сомнѣнія относительно величины залога обратились въ Сенатъ. „Reus dum consulentur Patres in publico retentus est. Vades dare placuit. Unum vadem tribus milibus aeris obligarunt. Quot darentur,

---

[1]) Цуккеръ и Пико придерживаются мнѣнія, что поручительство возникло въ III вѣкѣ u c. см. Picot. Recherches. p. 7. Zucker. Цит. соч. ч. 1 стр. 27. Къ такому мнѣнію склоняется, повидимому, и Mommsen. S. 327—28.

[2]) Ливій. Книга III глава 13.

permissum tribunis est. Decem finierunt; tot vadibus accusator vadatus est reum. *Hic primus vades publicos dedit*".

Основываясь на заключительной фразѣ, Цуккеръ видитъ здѣсь первый случай примѣненія порукъ, какъ суррогата ареста; къ нему примыкаетъ Пико. Однако, посмотримъ, правильно ли такое заключеніе? Предложеніе другихъ трибуновъ не есть только что придуманная ими всѣми форма обезпеченія. Это форма обезпеченія, примѣнявшаяся раньше къ меньшимъ, можетъ быть, преступленіямъ, чѣмъ убійство. Примѣненіе этой мѣры къ тяжкому преступленію вызвало споры относительно суммы. Иначе непонятно, почему въ Сенатъ не обратились за разрѣшеніемъ примѣнить эту новую мѣру, а только за разъясненіемъ о величинѣ поручительства. Притомъ едва ли привилось бы это обезпеченіе на дальнѣйшее время, потому что первый опытъ оказался неудачнымъ: Квинкцій въ ту же ночь удалился изъ Рима и скрылся отъ суда. Опираются на замѣчаніе, что Квинкцій *первымъ* далъ публичныхъ поручителей. Это составляетъ центръ всей аргументаціи. Однако, если обратить вниманіе на слово: п у б л и ч н ы х ъ, которое обыкновенно оставляютъ безъ вниманія, то можно найти полное объясненіе. Обыкновенно примѣнялась порука *рода*, въ данномъ случаѣ поручителями выступили десять лицъ, находившихся на форумѣ и не стоявшихъ въ никакой родственной связи съ обвиняемымъ. Это и есть публичные поручители въ противоположность родственнымъ, семейнымъ. Съ такой точки зрѣнія это, дѣйствительно, могло быть первымъ случаемъ примѣненія публичныхъ порукъ, но не родовыхъ порукъ вообще. И въ дальнѣйшемъ развитіи, съ ослабленіемъ родовыхъ узъ и усиленіемъ узъ гражданскихъ, такое публичное поручительство вытѣснило родовое, сохранявшееся какъ остатокъ групповой отвѣтственности.

II. *Въ эпоху республики* основнымъ правомъ римскаго гражданина была свобода подъ поручительство, которая свято охранялась римскими законами во все время республики. Патриціи съ самаго начала ограничили произволъ власти и избираемыхъ народомъ магистратовъ: консулы, военные три-

буны, преторы, эдилы уже не были полновластными распорядителями судебъ гражданина.

Слѣдствіе по уголовнымъ дѣламъ производилось полицейскими органами—эдилами; надъ лицами, не принадлежащими къ римскому гражданству, эдилы имѣли даже право суда. Въ особо важныхъ дѣлахъ слѣдователями были quaestores parricidii. Судебныя функціи на предварительномъ слѣдствіи исполняли преторы.

Законодательство республики усилило гарантіи, предоставленныя гражданину противъ произвола власти въ области подслѣдственнаго задержанія. Плебейскій *трибунатъ* давалъ прочный оплотъ противъ беззаконія. Трибунъ постоянно находился въ Римѣ и въ случаѣ нужды не трудно было его призвать на помощь. Историческое значеніе этого органа для обезпеченія правъ личности въ Римѣ слишкомъ извѣстно, чтобы на немъ останавливаться. Другимъ средствомъ была *провокація*. Во время борьбы съ децемвирами былъ изданъ законъ, ограждающій свободу гражданъ. Онъ состоялъ въ томъ, что всякій, полагавшій, что съ нимъ какой либо органъ власти поступилъ несправедливо, могъ обращаться къ народу, который разбиралъ обстоятельства дѣла. Задержанный могъ только воскликнуть „provoco“, чтобы имѣть право быть представленнымъ суду народа. Это было своего рода обжалованіемъ подслѣдственнаго заключенія, гдѣ апелляціонной инстанціей былъ народъ. Провокація не допускалась, когда преступленіе было delictum manifestum или когда преступникъ сознавался. Примѣры провокаціи наглядно могутъ быть показаны на дѣлахъ Аппія [1]) и Манлія [2]).

[1]) У Ливія: Nec in tribunicio auxilio Appius nec in judicio populi ullam spem habebat, attamen et tribunos appellavit et nullo morante arreptus a viatore Provoco, inquit. Здѣсь ясно сопоставлены эти двѣ гарантіи—обращеніе къ трибуну и провокація. Аппій былъ приведенъ къ народу, но послѣдній не освободилъ его. „Слезы потерпѣвшаго“ — призналъ народъ — „были справедливѣе“. Аппій былъ заключенъ въ тюрьму, гдѣ покончилъ самоубійствомъ, не дождавшись суда. (Ливій, кн. VI, гл. 15, 16).

[2]) Манлій, спасшій Римъ, былъ привлеченъ къ суду. Несмотря на патетическую рѣчь, народъ не согласился отпустить его на свободу до суда. Плебеи въ знакъ печали одѣли черныя одежды и отпустили волосы на головѣ, но помочь не могли.

Наконецъ, личная свобода ограждалась возникшимъ нѣсколько позднѣе первыхъ двухъ гарантій интердиктомъ de libero homine exhibendo, похожимъ на англійскій Habeas Corpus act: „videlicet ne homines liberi retineantur a quoquam". Формула этого интердикта гласила: „Quem liberum dolo malo retineas, exhibeas". Несправедливо задержавшій долженъ былъ безъ малѣйшаго промедленія представить арестованнаго народу (in publicum producere). Lex Julia запрещалъ связывать и мѣшать римлянину явиться въ судъ: „lege Julia de vi publica cavetur, ne quis reum vinciat impediatve, quominus Romae intra certum tempus adsit (Dig. 48, 6, 8).

Мѣрами обезпеченія въ началѣ были поручительство и арестъ. Денежное обезпеченіе, вѣроятно, въ первое время служило и поручительствомъ для judicatum solvi—уплаты присужденнаго вознагражденія потерпѣвшему [1]). Позднѣе поручительство обезпечивало одну только явку—judicio sisti (см. дѣло Квинкція). Оно, вѣроятно, являлось общимъ правиломъ, и только при невозможности найти поручителей примѣнялся арестъ [2]). Однако свобода подъ поручительство не была правомъ обвиняемаго, она зависѣла отъ усмотрѣнія трибуна: „Singulis rei capitalis diem dicere et vades poscere coeperunt. Primo non dantes deinde etiam eos, qui dare possent conjiciebant in carcerem". Трибуны, очевидно, прибѣгаютъ сначала къ общей мѣрѣ, которая, однако, имъ кажется недостаточной и они ее

---

[1]) Личная отвѣтственность поручителя, въ случаѣ сокрытія виновнаго, является естественнымъ переходомъ отъ групповой отвѣтственности къ поручительству о явкѣ. Въ фрагментахъ XII таблицъ сохранились постановленія о виндексѣ, поручавшемся за виновнаго. При чемъ было оговорено, что за богатаго виндексомъ можетъ быть только богатый, а за бѣднаго каждый гражданинъ. Очевидно, что виндексъ лично отвѣчалъ за того, за кого онъ поручился.

[2]) Ливій, XXV, гл. 4. Tribuni plebis rei capitalis diem Postumio dixerunt, ac, ni vades daret, prendi a viatore jusserunt. У Плавта одно участвующее лицо восклицаетъ: «Vades desint, ut in carcere sis»—о еслибы ты не имѣлъ поручителей, чтобы попасть въ тюрьму! Mommsen, S. 328 полагаетъ, что арестъ былъ общимъ правиломъ, однако не санкціонированнымъ правомъ, а зависѣвшимъ отъ усмотрѣнія магистрата; при освобожденіи отъ ареста поручительство не было обязательно, но, какъ онъ самъ указываетъ, даже въ процессахъ объ убійствѣ обвиняемые находились на свободѣ. При Цезарѣ перестали брать поручительство съ римскихъ гражданъ въ провинціи и арестовывать ихъ.

измѣняютъ на болѣе строгую. Отпущенные на поруки могли удаляться въ добровольное изгнаніе. Lex Servilia назначалъ такому удалившемуся aquae et ignis interdictio. Удалившійся лишался правъ свободы и гражданства. При сравнительной несуровости господствовавшей тогда карательной системы подобное лишеніе правъ было весьма тяжкимъ наказаніемъ.

Зонтагъ полагаетъ, что институтъ поручительства былъ заимствованъ децемвирами, написавшими XII таблицъ, изъ Греціи. Тамъ обвиняемый въ большинствѣ случаевъ оставался свободнымъ. Арестъ (ἔνδειξις, ἀπαγωγή) могъ быть замѣненъ поручительствомъ трехъ гражданъ, принадлежащихъ къ тому же сословію, какъ и обвиняемый. Свобода не допускалась только при обвиненіи въ государственной измѣнѣ. Такое мнѣніе стоитъ въ связи съ указаніемъ на то, что лишь въ III вѣкѣ впервые поручительство было примѣнено. Однако едва ли заимствованный институтъ могъ сразу такъ прочно укрѣпиться въ сознаніи римлянъ. XII таблицъ не были сборникомъ, вводившимъ новое право, но систематизировавшимъ старое. Наконецъ, нѣтъ нужды прибѣгать къ объясненію заимствованіемъ института, который органически вытекаетъ изъ опредѣленной формы жизни народа. Правильнѣе въ этомъ видѣть древнее право народа. Заключеніе въ тюрьму примѣнялось рѣдко [1]). Даже такіе важные преступники, какъ Катилина и его сообщники, оставались на свободѣ [2]).

Кромѣ поручительства и ареста въ республиканскій періодъ были иныя формы обезпеченія, имѣвшія также психологическій характеръ съ соціальной посредственной мотивацією. Сюда нужно отнести liberam custodiam, состоявшую въ томъ, что обвиняемый поручался какому либо высшему магистрату или сенатору и оставался подъ его надзоромъ до постановленія приговора. Эта мѣра примѣнялась въ послѣдніе годы республики. Обвиняемаго могли брать подъ свой надзоръ и

---

[1]) Picot, Hélie отрицаютъ даже совсѣмъ это право. Арестъ существовалъ однако какъ стародавній обычай. Цицеронъ (Рѣчь противъ Катилины, 11, 12) ссылается на древнее право ареста: „esse in carcere quem vindicem nefariorum et manifestorum scelerum majores nostri voluerunt“.

[2]) Sallustius, 47. Senatus decernit, ut ceteri in liberis custodiis teneantur.

граждане, но не должны были лишать его свободы. При кратковременности срока подслѣдственности такой надзоръ не былъ стѣснительнымъ для гражданъ и вмѣстѣ съ тѣмъ оказывался дѣйствительнымъ средствомъ. Однако, какъ справедливо показываетъ Зонтагъ, эта мѣра не имѣла широкаго примѣненія (Эли и Пико придерживаются иной точки зрѣнія). Наконецъ, на время суда обвиняемый поручался надзору віаторовъ и ликторовъ, которые по постановленіи приговора сейчасъ же арестовывали его.

III. Еще въ цвѣтущее время республики стали развиваться quaestiones perpetuae—процессъ чисто-состязательнаго характера, гдѣ судьей былъ народъ. Первый разъ засѣданіе quaestiones perpetuae произошло въ 140 году до Р. Х., послѣднее же засѣданіе происходило въ серединѣ I-го вѣка послѣ Р. Х. Процессъ распадался на 2 стадіи: стадію in jure и in judicio. Первая—предварительное производство—происходила передъ магистратомъ и имѣла цѣлью собрать доказательства и установить обвиненіе. Впрочемъ, позднѣе преторъ могъ рѣшить самъ дѣло, если преступникъ былъ схваченъ при совершеніи преступленія и въ преступленіяхъ extra ordinem (подлежащимъ компетенціи quaestiones). Осужденный обвиняемый могъ подать аппелляціонную жалобу народу [1]). Процессъ происходилъ въ слѣдующемъ порядкѣ. Желавшій начать обвиненіе приходилъ къ претору и просилъ у него разрѣшенія на обвиненіе римскаго гражданина. Это называлось postulatio (nomen deferre). Затѣмъ происходило изложеніе содержанія преступленія передъ преторомъ (nominis vel criminis delatio), преторъ выслушивалъ дѣло, назначалъ срокъ въ 10—15 дней для суда и указывалъ мѣру обезпеченія по отношенію къ обвиняемому; онъ могъ заключать его и въ тюрьму. Сознаніе считалось достаточнымъ для этого основаніемъ (L. 5. Dig. 48, 3). „Si confessus fuerit reus, donec de eo pronunciaretur in vincula publica conjiciendus est“. „Confessus pro judicato habetur“. Арестъ служилъ только цѣли явки, но не былъ мѣрою слѣдствія. Мѣра обезпеченія назначалась лишь послѣ состя-

[1]) Загурскій. Принципы Римскаго процесса. стр. 244.

зательнаго разсмотрѣнія дѣла, и это было гарантіей противъ неосновательности принимаемыхъ мѣръ. Въ случаѣ слабости уликъ, мѣры обезпеченія назначались весьма снисходительныя. Чаще другихъ примѣнялись поручительство и libera custodia. Въ случаѣ подачи апелляціи осужденный содержался въ тюрьмѣ.

Въ провинціяхъ правосудіе находилось въ рукахъ пропреторовъ и проконсуловъ и покоилось на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и въ Римѣ. Такова была стройная система мѣръ обезпеченія, употреблявшаяся въ Римѣ въ періодъ республики и начала quaestionum perpetuarum. Согласованность внутренняго правительственнаго и общественнаго строя позволила сохранить нравственное отношеніе къ уголовному суду, который все время оставался органомъ общества, дѣйствительнымъ защитникомъ правъ гражданъ. Такое положеніе суда проявилось и въ господствѣ состязательной формы процесса и въ ограниченіи усмотрѣнія судьи мнѣніемъ народа.

IV. Со второго вѣка состязательное начало ослабѣваетъ. Не всегда находятся обвинители по всѣмъ дѣламъ, а между тѣмъ потребность въ преслѣдованіи увеличивается. Это мало по малу влечетъ за собою развитіе розыскного начала. Преторы становятся уже спеціальными судьями, самолично рѣшающими дѣла, апелляціонной инстанціей для которыхъ является преторіанскій префектъ или императоръ. Положеніе: „non possumus reum facere, quem nemo accusat“ терпитъ значительныя ограниченія. Дѣла о кражѣ, грабежѣ, святотатствѣ возникаютъ независимо отъ частныхъ жалобъ и обвиненій и производятся розыскнымъ порядкомъ. На ряду съ этимъ возникаютъ спеціальные низшіе органы отчасти для слѣдственныхъ дѣйствій, отчасти для охраны подсудимыхъ (defensores въ провинціяхъ, stationarii, curiosi, irenarchi). На обязанности stationariorum лежалъ полицейскій арестъ. Они представляли захваченнаго преступника иринарху (мировому судьѣ), который производилъ допросъ и изслѣдовалъ дѣло, онъ же могъ отсылать въ тюрьму. Иринархи были подчинены намѣстнику. Префекты и судьи могли обязывать подъ угрозой наказанія обвинителя поддерживать свое обвиненіе. Частный обвини-

тель ограничивается лишь nominis delatio [1]), а остальныя функціи лежали на судьѣ. Вмѣстѣ съ развитіемъ розыскного процесса усиливается примѣненіе ареста и вообще мѣръ принудительнаго характера (custodia publica, custodia militaris). Развитіе римскаго права завершается стройной системой дигестъ и кодекса, постановленія которыхъ и въ настоящее время могутъ служить образцомъ разработанности отдѣла о мѣрахъ подслѣдственнаго обезпеченія неуклоненія обвиняемаго. Эта законченная система и имѣетъ особое историческое и политическое значеніе при изученіи римскаго права.

Изъ способовъ представленія въ судъ по преимуществу употреблялась добровольная явка обвиняемаго. Каждый гражданинъ по общему правилу добровольно является въ судъ по призыву (citatio). Въ такихъ случаяхъ къ дому обвиняемаго посылался особый „cornicen“ (трубачъ), который вызывалъ обвиняемаго въ судъ (*Varro*: „cornicem ad privati januam et ad arcem mittas, uti canat“). При упорномъ отказѣ явиться обвиняемый могъ быть приведенъ manu militari, подъ условіемъ, однако ненарушенія святости очага и при представленіи свидѣтелей отказа обвиняемаго добровольно явиться. („Domus tutissimum cujusque refugium atque receptaculum sit, eumque, qui inde in ius vocaret, vim inferre“. L. 18 Dig. 2). „De domo nemo extrahi debet“. (L. 21 ibid.).

Основнымъ условіемъ для примѣненія заключенія подъ стражу была *сила улики*: „Nemo in carcerem priusquam convincatur omnino conjiciatur“. Innocentia personae, усматриваемая на предварительномъ разсмотрѣніи дѣла, недопускала примѣненія мѣръ обезпеченія. Наоборотъ, лица сознавшіяся заключались въ тюрьму, такъ какъ въ виновности ихъ не оставалось сомнѣнія.

Другимъ условіемъ, ограничивающимъ примѣненіе подслѣдственнаго заключенія, была *тяжесть преступленія*. „Non esse in vincula conjiciendum eum, qui fideijussores dare paratus est, nisi si tam grave scelus admisisse eum constat ut neque fidei-

[1]) Однако „Si suam injuriam exequantur, mortemve propinquosum defendant, ab accusatione non excluduntur“.

jussoribus neque militibus committi debeat, verum in hanc ipsam carceris poenam *ante supplicium* sustinere (Liv. 10 Dig. 4, 6). Здѣсь говорится о смертной казни, при угрозѣ которой нельзя было примѣнять другой мѣры обезпеченія. Вмѣстѣ съ тѣмъ изъ этого постановленія видно, что мѣры обезпеченія примѣнялись въ извѣстной градаціи, сообразно со степенью способности ихъ обезпечить неуклоненіе (сначала поручительство, затѣмъ custodia militaris, наконецъ, заключеніе подъ стражу).

При назначеніи мѣры обезпеченія принимались въ соображеніе слѣдующія обстоятельства: De custodia reorum proconsul aestimare solet, utrum in carcerem recipienda sit persona an militi tradenda vel fideijussoribus commitenda vel etiam sibi. Hoc autem *pro criminis* quod objicitur *qualitate* vel *propter honorem* [1]) aut *propter amplissimas facultates* vel *pro innocentia personae* vel *pro dignitate ejus, qui accusatur*, facere solet. (Lib. 1. De custodia reorum).

Здѣсь перечислены четыре мѣры: арестъ, отдача за солдата [2]), поручительство и мѣры непосредственнаго личнаго обязанія обвиняемаго (cautio juratoria).

Примѣненіе каждой изъ нихъ оставлено на усмотрѣніе проконсула, съ указаніемъ обстоятельствъ, которыя онъ долженъ принимать во вниманіе (качество преступленія, уваженіе къ обвиняемому, положеніе его въ обществѣ, имущественное состояніе, степень виновности, наконецъ, званіе обвиняемаго).

Въ видѣ общаго правила подвергались заключенію подъ стражей воры, заговорщики, грабители, бунтовщики въ арміи (Диг. XXVIII 3 кн. 6, 9) [3]).

---

[1]) Такъ напр., при Julianus сенаторы были навсегда освобождены отъ предварительнаго заключенія, на томъ основаніи, что Цезарь принадлежитъ къ числу сенаторовъ. По указу Зенона съ лицъ знатныхъ (1-го класса) отбирались лишь cautio juratoria Mommsen o. c. S. 331.

[2]) Мы переводимъ такъ „traditio militi“, по аналогіи съ существовавшей въ русскомъ правѣ „отдачей за пристава“.

[3]) Усилившееся тогда развитіе инквизиціоннаго процесса вызвало потребность иногда примѣнять поручительство и арестъ къ обвинителю или жалобщику, которые въ случаѣ клеветы сами могли стать изъ обвинителей обвиняемыми. Mommsen o. c. S. 332.

Полъ игралъ большое значеніе. Къ женщинамъ примѣнялись особыя мѣры (Nov. 134). Если обвиняемая могла представить поручителя, то она должна была быть поручена его надзору. Если же поручитель не находился, то съ нея бралось клятвенное обязательство явиться въ судъ, или же она отдавалась подъ надзоръ въ монастырь, или, наконецъ, отпускалась подъ надзоръ какой либо женщины; но никогда обвиняемыя женщины не отдавались подъ надзоръ мужчинъ и не заключались въ тюрьму. Монахини всегда были оставляемы въ своемъ монастырѣ.

Поручительство допускалось въ широкихъ предѣлахъ, хотя не всегда можно было найти поручителей. Поручители, называвшіеся не vades, а fideijussores, ручались только за явку къ суду обвиняемаго (134 с. 9 и др.). Отвѣтственности поручителей касается гл. 4. De custodia reorum: „Si quis reum criminis, pro quo satisdedit, non exhibuerit, poena pecuniaria plectitur". Притомъ, если это сдѣлано было по умыслу, то прибавлялась еще чрезвычайная кара, не имѣвшая, впрочемъ, строго опредѣленнаго характера. Размѣръ пени опредѣлялся praeses'омъ. Въ случаѣ исчезновенія обвиняемаго поручитель могъ просить о предоставленіи ему нѣкотораго времени для розыска пропавшаго. Срокъ этотъ продолжался (по Cod. 2 b. de fideijussoribus. 8.40) шесть мѣсяцевъ, послѣ чего, въ случаѣ неявки обвиняемаго, поручитель лишался суммы, имъ представленной. Сумма, представленная поручителемъ, освобождалась въ случаѣ 1) явки обвиняемаго, 2) смерти обвиняемаго и 3) сознанія въ преступленіи (тогда онъ заключался подъ стражу). Общая продолжительность поруки не могла быть долѣе двухъ лѣтъ, послѣ чего, если бы дѣло даже не было рѣшено, прекращалось всякое преслѣдованіе.

Рабы не имѣли никакихъ правъ въ процессѣ. Ихъ обыкновенно въ случаѣ обвиненія заключали въ тюрьму, но если кто-либо вступался за нихъ и представлялъ поручительство, то ихъ отпускали на свободу (L. 1. 2 Dig. de custodia). Господа рабовъ могли всегда взять ихъ подъ свой надзоръ.

Относительно traditio militi слѣдуетъ сказать, что эта мѣра была введена въ императорскій періодъ. Ветераны арміи пред-

ставляли прочную опору власти. Будучи пріученными къ повиновенію, они могли быть годными для исполненія нѣкоторыхъ полицейскихъ функцій, какъ, напр., надзора надъ обвиняемымъ. Обвиняемый отдавался подъ надзоръ по крайней мѣрѣ двумъ солдатамъ (L. 14. 1 „Nec uni, sed duobus custodia committenda est"), которые слѣдили за нимъ шагъ за шагомъ. При этомъ существовало нѣсколько видовъ военной охраны. Болѣе важные преступники сковывались цѣпью рука объ руку съ солдатомъ, такъ что существовало въ данномъ случаѣ лишь небольшое отличіе отъ лишенія свободы въ тюрьмѣ. Другіе, менѣе важные, находились подъ постояннымъ наблюденіемъ.

Что же касается четвертаго рода—„sibi committere" (поручить себѣ), то вѣроятно, это было простое взятіе клятвеннаго обѣщанія явки къ суду. Zeno говоритъ: „Suae committi fidei consequantur, juratoria ab his cautione tantummodo exponenda". Эта мѣра примѣнялась къ лицамъ уважаемымъ, когда не существовало опасенія побѣга.

Для огражденія гражданъ отъ произвольныхъ задержаній были установлены нѣкоторыя гарантіи. Такъ, при всякомъ задержаніи арестовавшій долженъ былъ доложить начальнику о личности задержаннаго и о причинѣ задержанія (L. II. Dig. de custodia 1.). При арестѣ воинскихъ чиновъ о нихъ доносили начальнику (magistri militum. Ibid. 1, 9 Dig.).

Задержаннаго должны были немедленно подвергать допросу „ut noxius puniatur, innocens absolvatur" (I cod. de custodia). Для того, чтобы „liberandos custodia diuturna non maceret aut convictos velox poena subducat", поручалось составлять каждый мѣсяцъ списокъ, въ который заносились свѣдѣнія о заключенныхъ. За нарушеніе этого виновный наказывался штрафомъ въ 20 фунтовъ золота. Епископъ черезъ каждые шесть дней, по общему правилу, разслѣдовалъ причины задержанія. Былъ установленъ нормальный срокъ подслѣдственнаго заключенія въ 30 дней для свободныхъ людей; если же дѣло требовало большаго срока, то обвиняемаго должно было отпустить подъ клятвенное обѣщаніе явиться (I. 6, 3 de custodia

reorum). Для обвиненій въ убійствѣ срокъ заключенія увеличивался до 6-ти мѣсяцевъ.

Обращеніе съ заключенными было гуманное. Ихъ нельзя было заковывать въ ручные кандалы, плотно прилегающіе къ тѣлу, но въ крайнемъ случаѣ въ кандалы просторные, отъ которыхъ не испытывается боли. Въ тюрьмахъ слѣдили за раздѣльнымъ содержаніемъ лицъ разнаго пола.

Держать обвиняемыхъ въ частныхъ домахъ запрещалось, и виновные въ этомъ подвергались таліону, т. е. должны были подвергнуться заключенію въ общественной тюрьмѣ въ теченіе того срока, какой они держали у себя обвиняемаго. Надзоръ за правильностью заключенія въ тюрьмахъ лежалъ на епископахъ. Существовалъ также рядъ постановленій о томъ, какъ должны солдаты обращаться съ лицами, порученными ихъ надзору. Вообще все законодательство Юстиніана было проникнуто духомъ гуманности и стараніями облегчить сдѣлавшееся необходимымъ подслѣдственное задержаніе.

Вотъ въ краткихъ чертахъ очеркъ мѣръ обезпеченія личности обвиняемаго по Дигестамъ. И здѣсь мы видимъ высокую оцѣнку личности гражданина. Великіе юристы Гай, Папиньянъ, Ульпіанъ и Лабеонъ стройно развили эту отрасль законодательства, которая въ теченіе всего новаго времени служила идеаломъ правового творчества въ сферѣ огражденія свободы личности въ уголовномъ процессѣ.

Глава II.

Англійскій процессъ.

Стефенъ. Англійское уголовное право въ краткомъ начертаніи СПБ. 1864. Пер. В. Спасовича. Stephen. History of criminal law of England 3 tom. 1883. James Fitz and Herbert Stephen. Digest of criminal procedure 1883. Howard Vincent. The police code and manual of criminal law and procedure. 1901. Dicey. Introduction to the study of the law of constitution 1894. 11 & 12 Vict. act. chap. XLII and XLIII. Statutes and acts t. 37. Cecil Mead Allen. Письма изъ Англіи 1897—1905. Журн. Мин. Юст. Kenny. Outlines of criminal law. 1904. 10 ed. Harris. Principles of Englich criminal law. 1904. Миттермайеръ. Уголовное судопроизводство въ Англіи, Шотландіи и Сѣв. Америкѣ 1864. Glaser.

Das Englisch-Schottisches Strafverfahren 1859. Zucker. Die Untersuchungshaft II Abt. S. 121—144. Sonntag. Die Entlassung gegen Caution. 1865 S. 99—101. Bertrand. De la détention préventive et de la célérité en procedure criminelle en France et Angleterre. 1862. Franqueville. Système judiciaire de la Grande Bretagne. 2 tom. 1893. Picot. Recherches sur la mise en liberté sous caution 1863. p. 72—84. Flamand. Etude sur la détention préventive. 1877. p. 199—218. Дерюжинскій. Habeas Corpus act. Юрьевъ. 1895. Фриманъ и Стебсъ. Очерки исторіи англійской конституціи. Пер. подъ ред. М. Ковалевскаго. СПБ. 1880. Фойницкій. Реформа предварительнаго слѣдствія. Журн. Гр. и Уг. права. 1882. Шиловскій. Судебные очерки. Вып. I. 1900.

I. Исторія мѣръ обезпеченія въ Англіи.

Исторія англійскаго процесса характеризуется тѣми же чертами прочности и приспособленности выработанныхъ институтовъ, какъ и вся политическая исторія этого просвѣщеннаго народа. Установивъ или сохранивъ отъ древности какую-либо форму, англичане стойко придерживаются ея, медленно усовершенствуя и доводя ее, вслѣдствіе многовѣковаго опыта, до незнакомаго континенту совершенства. Устойчивость политическаго строя, въ значительной степени объясняемая географическимъ положеніемъ Англіи и характеромъ ея населенія, обусловила значительную прочность и выработанность судебной организаціи. Въ то время какъ на континентѣ любой институтъ судебной системы насчитываетъ нѣсколько десятковъ, или въ крайнемъ случаѣ сто лѣтъ, большинство судебныхъ институтовъ Англіи считаетъ свое существованіе сотнями, а иные и тысячею лѣтъ. Очевидно, что продукты такого вѣкового приспособленія имѣютъ для насъ большую цѣнность. Въ нихъ, кромѣ частностей, обусловливаемыхъ національностью, ярко выступаютъ основы, общія всѣмъ европейскимъ народамъ Въ теченіе всего прошлаго столѣтія Англія являлась великою учительницею другихъ европейскихъ народовъ въ области формъ государственной жизни, и эта миссія ея еще не окончена....

Въ Англіи хотя и былъ періодъ господства инквизиціоннаго процесса, но оно не достигло той степени, до которой оно дошло на континентѣ. Отдѣльныя черты этого вида процесса проникали въ англійскій судъ, но никогда не поглощали совершенно личности и не устраняли состязательной формы. Въ настоящее время исключительно состязательная форма характеризуетъ англійское правосудіе. На протяженіи тысячелѣтняго развитія она претерпѣла многочисленныя измѣненія, которыя особенно интересно прослѣдить на примѣрѣ Англіи.

При древнѣйшей формѣ политическаго устройства англо-саксовъ, изслѣдованной Фриманомъ на примѣрѣ швейцарскихъ кантоновъ, судъ являлся однимъ изъ атрибутовъ принадлежащей всему народу власти. „На общихъ собраніяхъ народа представляются жалобы, тамъ же разбираются уголовныя дѣла.... на этихъ же собраніяхъ выбираются князья,

которые чинятъ судъ въ округахъ и селахъ“ [1]). На помощь князю изъ простого народа избиралось сто товарищей (comites). При разборѣ дѣлъ всѣ судьи были вооружены—знакъ власти. Народъ представлялъ изъ себя рядъ клановъ, члены которыхъ были связаны круговою порукою. Судья, стоявшій во главѣ сотни, только примѣнялъ законъ, вопросы же факта рѣшались присяжными [2]). Король творилъ судъ только вмѣстѣ съ народнымъ собраніемъ. На ряду съ народнымъ судомъ существовали остатки частной мести. Спорящіе могли устраивать частныя битвы, регулируемыя обычнымъ правомъ [3]). Однако еще до Вильгельма Завоевателя (XI вѣкъ) право частной войны стало исчезать, замѣняясь правомъ королевскаго мира (king's peace), которое жаловалось отдѣльнымъ лицамъ и распространялось сначала только на опредѣленныя территоріи. Церковь и государство начинаютъ постепенно вводить понятіе преступленія, какъ нарушенія мира церкви или короля. Послѣ Вильгельма вмѣсто отдѣльныхъ, частныхъ правъ мира возникаетъ общее право мира (king's, lord's and church's peace) [4]). Личный характеръ королевскаго правосудія былъ настолько великъ, что даже во время Іоанна Безземельнаго, при коротковъ междуцарствіи, страна оставалась безъ коронныхъ судовъ.

Естественнымъ переходомъ отъ состоянія частной войны было образованіе состязательной формы суда. Слѣды такого перехода мы находимъ и въ памятникахъ „Si anglicus homo compellet aliquem francigenam per bellum de furto vel homicidio vel aliqua re, pro qua bellum fieri debeat vel iudicium inter duos homines, habet plenam licentiam hoc faciendi“. Здѣсь война ставится рядомъ съ судомъ.

Наиболѣе ранней формой судопроизводства было такъ называемое law of infangthief (законъ о поимкѣ съ поличнымъ). Пойманный всецѣло былъ въ рукахъ потерпѣвшаго, отъ котораго зависѣло обратиться ли въ судъ или расправиться самому. Въ законахъ Эдуарда Исповѣдника судопроизводство о поимкѣ преступника опредѣлялось какъ „iustitia cognoscentis latronis sua et de homine suo, si captus fuerit super terram suam“ [5]). Право такой расправы, ограниченное лишь отъ крайнихъ проявленій жестокости, существовало даже послѣ завоеванія норманновъ.

Юстиція королевскаго мира постепенно становилась въ эту эпоху органомъ, къ которому гражданинъ прибѣгалъ по своему желанію. Организація ея была слѣдующая. Основнымъ дѣленіемъ было графство или ширъ (Shire) дѣлившееся на сотни (hundred or wapentake) и десятки (tithing). Кромѣ того были отдѣльныя мѣстечки и городки (township, parish, burg). Уполномоченными короля были earl, alderman, sheriff or viscount. Каждое мѣстечко имѣло начальника (reeve) и четырехъ представителей. Мѣстное населеніе

---

[1]) Фриманъ, Очерки англ. конституціи, стр. 15 (русск. пер.).

[2]) Ц. с. стр. 146, 158.

[3]) Stephen. History of cr. law. p. 60 t. I.

[4]) In tribus stratis regiis id est qui hominem per patuam transeuntem occiderit vel insultum fecerit, pacem regis infringit. Stephen p. 60 t. I.

[5]) Stephen. History. I p. 64, 66. Pollock and Maitland. History of Engl. law. II p. 580—583.

прочно было организовано на общинныхъ началахъ въ frith-borhs, frank-pleges (общины), связанныя круговою порукою и отвѣчавшія за поведеніе своихъ членовъ [1]). За представленіе въ судъ чужеземца, не принадлежащаго къ общинѣ, отвѣчалъ тотъ, въ домѣ котораго тотъ оставался болѣе трехъ дней.

Остатки этой организаціи сохранялись до самого послѣдняго времени, хотя эта организація измѣнила довольно рано свои судебныя функціи на полицейскія. На обязанности этихъ органовъ было между прочимъ возбужденіе преслѣдованія by hue and cry (преслѣдованіе по горячимъ слѣдамъ) [2]).

При такой судебной системѣ могъ господствовать только состязательный порядокъ процесса, и мѣры обезпеченія не имѣли характера чисто-принудительнаго. Обвиняемый долженъ былъ быть отпущенъ на поруки (on bail), и только при невозможности представить ихъ подвергался заключенію въ тюрьмѣ до суда. Вотъ мѣсто изъ законовъ Ина, приводимое Стефеномъ (т. I, стр. 69): „когда кто-либо (скажемъ—A) обвиняется и принужденъ дать поруки, а самъ не въ состояніи представить ихъ, то тогда приходитъ другой (B) и даетъ за него поруки (plege), и при этомъ онъ (B) можетъ поставить условіемъ, чтобы тотъ (A) находился въ его рукахъ для того, чтобы онъ (B) могъ обезпечить свои поруки. Тогда во второй разъ предлагали тому (A) представить поруки и, если онъ (A) не соглашался стоять за другого (B) (stand for him), то обвинитель могъ заключить его (A) въ тюрьму". Въ случаѣ, если взявшій на поруки отказывался отъ нихъ, то ему возвращался залогъ, а обвиняемый, если не могъ представить новыхъ порукъ, заключался въ тюрьму. При назначеніи порукъ большое значеніе имѣла клятва обвинителя въ виновности или клятва обвиняемаго въ невиновности. Слѣдуетъ замѣтить, что при существовавшей тогда прочности общиннаго строя найти себѣ поручителей было весьма нетрудно и только неизвѣстныя или совершенно испорченныя лица не могли представить ихъ и попадали въ тюрьму.

У англо-саксовъ существовала особая система обезпеченія неуклоненія. Каждый долженъ былъ имѣть особое обезпеченіе—bohr—которое постоянно должно было быть при немъ и изъ котораго по закону Этельреда выдавались обвинителю ceap-gyld, а начальнику—were въ томъ случаѣ, когда обвиняемый не являлся [3]). Всякій обвиняемый, не имѣвшій bohr, предавался казни и погребался вмѣстѣ съ преступниками. Если обвиняемый не являлся

---

[1]) Frankpledge представляла группу взрослыхъ мужчинъ, входившихъ въ составъ населенія какого-либо мѣстечка, которые платили штрафъ въ случаѣ непредставленія къ правосудію какого-либо члена изъ ихъ общества, совершившаго преступленіе. Эта система держалась прочно и сохранялась даже съ появленіемъ шерифовъ, должностныхъ органовъ, обязанныхъ между прочимъ хранить преступниковъ до пріѣзда судей. По крайней мѣрѣ и послѣ Генриха I шерифы ежегодно созывали собранія frankpledge, на которыхъ и собирали упомянутые штрафы. Kenny. Outlines of crim. law. p. 489.

[2]) Stephen. o. c. p. 66, 186.

[3]) См. Willkins Leges sax. p. 78—80.

по небрежности, онъ платилъ 12 шиллинговъ, и если не могъ уплатить штрафа, то до представленія его заключался въ тюрьму. Убійца кромѣ bohr долженъ былъ представить двѣнадцать отвѣтственныхъ лицъ: 8—со стороны отца и 4-хъ со стороны матери. Кромѣ обезпеченія явки, bohr служило и доказательствомъ несудимости въ теченіе опредѣленнаго срока [1]).

Послѣ завоеванія Англіи норманнами Вильгельмомъ была установлена феодальная система. Въ отдѣльныхъ графствахъ юрисдикція стала правомъ вассаловъ. Въ болѣе крупныхъ дѣлахъ обращались въ королевскій судъ (curia regis). Этотъ судъ по желанію сторонъ могъ быть или первою, или апелляціонною инстанціей. Судебный поединокъ сохранялся лишь въ средѣ завоевателей-норманновъ. Въ это время, послѣ воцаренія сильнаго иностраннаго государя, опиравшагося на свое войско и приверженцевъ, стоящихъ обособленно отъ народа, уголовный процессъ въ его состязательной формѣ испыталъ нѣкоторыя ограниченія. Они были направлены противъ преступниковъ, значительно размножившихся въ государствѣ благодаря бывшимъ смутамъ. Особенное значеніе въ качествѣ хранителей королевскаго мира въ это время получили шерифы.

Дальнѣйшая исторія является уже исторіей организованной юстиціи. Главнѣйшія усилія народа теперь направляются на выработку гарантій противъ усмотрѣнія шерифовъ.

По кларендонскимъ ассизамъ Генрихомъ II была организована полиція съ правомъ привода къ судьѣ. Отъ каждой сотни избирались двое правоспособныхъ лицъ съ четырьмя такими же лицами отъ каждой сельской общины, которыя давали присягу представлять преступниковъ и подозрительныхъ лицъ своего округа въ суды графствъ, гдѣ представленные преступники подвергались испытанію ордаліями (purgation and ordeal) [2]).

Нортэмптонскіе ассизы предоставляютъ шерифу брать подъ стражу грабителей и убійцъ. Захваченныхъ на мѣстѣ преступленія приводили также къ шерифу или къ байлифу (bailiff). Если преступникъ не захватывался на мѣстѣ, то его выслѣживали, о немъ объявляли въ различныхъ мѣстахъ, и всякій могъ арестовать его повсюду. Относительно такихъ преступниковъ производилось слѣдствіе [3]).

Въ дальнѣйшей исторіи способовъ представленія обвиняемыхъ въ судъ право частныхъ лицъ на арестъ получило расширеніе. Такъ, въ XIV вѣкѣ всякій при совершеніи фелоніи могъ арестовать преступника, не ожидая возбужденія преслѣдованія по горячимъ слѣдамъ, а констэбль былъ обязанъ сдѣлать это. Если не удавалось арестовывать на мѣстѣ, то онъ возбуждалъ преслѣдованіе by hue and cry (hutesium et clamor; эта обязанность вначалѣ лежала на констэблѣ и шерифѣ, а послѣ вслѣдствіе злоупотребленій ихъ перешла къ мировому судьѣ). При этой формѣ процесса каждый

---

[1]) Franqueville. Système judiciaire t. II, p. 229.

[2]) Franqueville. Système judiciaire de la Grande Bretagne 1893. т. II.

[3]) Стифенъ приводитъ слова Брактона, писателя времени Генриха II «fieri solet inquisitio utrum hujus modi imprisonati pro morte hominis culpabiles essent de morte illa vel non et utrum apellati essent odio vel atia (Stephen. History t. I. p. 241).

могъ употребить оружіе и подвергнуть стѣсненіямъ задерживаемаго; иногда для поники запирались даже городскія ворота. Въ позднѣйшей исторіи XIV—XVII вѣка преслѣдованіе by hue and cry постепенно замѣнялось процессомъ черезъ призывъ и приводъ (summons, warrants), исторія появленія которыхъ очень любопытна.

Въ 1326 году были учреждены мировые судьи, дѣятельность которыхъ не была строго опредѣлена, имъ просто предписывалось „keep the peace“ („блюсти миръ короля“). Въ указѣ 1366 года они уполномочивались „брать и арестовывать всѣхъ тѣхъ, кого они найдутъ по обвиненію (upon indictment) или подозрѣнію, и заключать ихъ въ тюрьму“. Но это не были слѣдователи: ни одно постановленіе не давало имъ правъ привлекать къ суду или изслѣдовать совершенное преступленіе. Имъ принадлежало право ареста въ тѣхъ же предѣлахъ, какъ и констэблю. Но констэбли обыкновенно обращались къ судьѣ за совѣтомъ, особенно когда приходилось розыскивать убѣжавшаго и въ случаяхъ преслѣдованія by hue and cry. Весьма любопытно, какъ изъ прежней системы неограниченнаго права полицейской власти на предварительный арестъ образовалось современное право, ограниченное наличностью особеннаго варранта судьи. Письменное удостовѣреніе, которое давалъ констэблю мировой судья, лицо уважаемое въ странѣ, оказывало большую помощь, когда при розыскѣ приходилось обращаться къ другимъ констэблямъ; отсюда обыкновеніе брать варрантъ стало обычною судебною практикою (common law), закрѣпленною 11 & 12 Vict. art. 1848 года. Право каждаго гражданина на арестъ отличалось лишь тѣмъ, что констэбль могъ арестовывать и по одному только подозрѣнію въ совершеніи фелоніи, частное же лицо только при достовѣрности.

Съ ранняго времени въ Англіи существовало два рода полицейскихъ органовъ: parish and burg police и простые городовые. Parish's были преемниками reeves, начальниковъ округа, и до 1829 года сохраняли право арестовывать преступниковъ и предупреждать преступленія. Полиція была органомъ самоуправленія, а не государственной власти, чѣмъ и объясняется такое широкое право ареста, вполнѣ мирившееся съ личной свободой.

Предварительное слѣдствіе производилось раньше передъ тайнымъ совѣтомъ короля (Privy Council). Для производства его было необходимо формальное обвиненіе, до начала котораго обвиняемый не арестовывался. Слѣдствія производились крайне рѣдко. Въ 1194 году были учреждены коронеры, и съ того времени этотъ институтъ мало измѣнился. Вотъ описаніе его словами Брактона [1]).

„Коронеръ нашего господина короля долженъ разслѣдывать всѣ обстоятельства дѣла, если онъ извѣщенъ объ этомъ байлифомъ или другимъ честнымъ человѣкомъ мѣстности; прежде всего онъ долженъ отправиться на мѣсто, гдѣ кто либо былъ убитъ или внезапно умеръ или раненъ или гдѣ былъ взломанъ домъ или найденъ, по слухамъ, кладъ, и затѣмъ послать распоряженіе въ пять или шесть сосѣднихъ городовъ, чтобы явились на это мѣсто по начальнику (reeve) и 4 жителя отъ каждаго и когда они придутъ, то коронеръ, приведя ихъ къ присягѣ, долженъ начать распра-

[1]) Цитирую по Stephen'y History t. 1 p. 217.

шивать ихъ, чтобы они показали, если знаютъ, гдѣ—въ какомъ домѣ, полѣ, кровати, гостинницѣ (tavern) или обществѣ это лицо было убито—и кто тамъ находился. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ допрашиваетъ, кто были виновниками, и тѣхъ, кто присутствовалъ, мужчинъ и женщинъ, какого бы возраста они ни были. И всѣ виновные, сколько ихъ будетъ обнаружено, должны быть представлены шерифу и заключены въ тюрьму". Вмѣстѣ съ заключеніемъ подъ стражу коронеръ описывалъ имущество обвиняемыхъ и сдавалъ его подъ охрану мѣстныхъ жителей. Какъ видно, это слѣдствіе имѣло исключительный характеръ и производилось при особыхъ преступленіяхъ; при чемъ представитель короны (коронеръ) являлся лишь предсѣдателемъ группы мѣстныхъ присяжныхъ, а не полновластнымъ инквизиторомъ.

Съ XVI столѣтія, параллельно съ усиленіемъ розыскного начала на континентѣ, происходитъ подобный же процессъ, но въ значительно болѣе слабой формѣ, и въ Англіи. Мировые судьи получаютъ также право производить слѣдствіе. По 1 & 2 Phil. & Mary act. cap. 13. 1554 года былъ установленъ формальный допросъ. Арестованный по подозрѣнію въ совершеніи убійства или фелоніи приводился къ двумъ судьямъ, которые подвергали допросу его и тѣхъ, которые его привели, о фактѣ и обстоятельствахъ преступленія, занося все существенное на письмо. Передъ тѣмъ какъ отпустить его на поруки, судьи пересылали протоколы допроса и показанія приведшихъ въ судъ of gaol delivery (освобожденія отъ тюрьмы), который дѣлалъ постановленіе объ отпускѣ на поруки. Появившійся черезъ годъ послѣ вышеназваннаго новый законъ ограничивалъ въ правѣ поруки подозрѣваемыхъ въ простомъ убійствѣ или фелоніи; этотъ законъ сохранялся въ силѣ до 1826 года. Полная отмѣна его произошла по John Iervis act'у 1848 года, систематизировавшему весь процессъ у мировыхъ судей и являющемуся дѣйствующимъ закономъ въ настоящее время. Характерныя черты закона 1544 года лучше всего выясняются изъ сравненія его съ закономъ 1848 года. (Сравненіе это проведено у Стефена).

По закону 1554 года мировой судья дѣйствуетъ какъ публичный обвинитель, а по статуту Джервиса какъ слѣдственный судья. Это проявляется, напр., въ характерѣ допроса. По акту Филиппа и Маріи допросъ производился для цѣлей суда, свидѣтели допрашивались въ отсутствіе обвиняемаго, арестованному запрещалось даже просматривать акты допроса свидѣтелей; по статуту Джервиса они подвергаются перекрестному допросу въ присутствіи сторонъ, и дозволяется защита на предварительномъ слѣдствіи. Вообще цѣлью слѣдствія по акту 1554 года было доказательство виновности, цѣлью второго является изслѣдованіе безъ всякой предвзятой мысли виновности или невинности. Хотя и до 1848 года заключеннымъ подъ стражею не воспрещались сношенія съ защитникомъ и со всѣми прочими людьми, даже въ политическихъ преступленіяхъ, но это не было правомъ заключеннаго, а зависѣло отъ усмотрѣнія судьи. Заключенный не имѣлъ права знать улики, имѣющіяся противъ него. Стефенъ приводитъ нѣсколько примѣровъ, подтверждающихъ положеніе о правѣ судьи воспрещать сношенія обвиняемаго съ защитникомъ въ дѣлахъ, гдѣ имѣлись сообщники. Еще въ 1836 году по Prisoner's Counsel act (6 & 7 Will 4 cap. 114) было предписано предъявлять заключеннымъ всѣ имѣющіяся противъ нихъ улики, а въ 1849 году и копію съ обвиненія.

Съ этого времени мировые судьи стали занимать все болѣе и болѣе безпристрастное положеніе и, переставъ сами участвовать въ слѣдствіи, стали безпристрастными судьями его. Разслѣдованіе, производимое передъ ними, обратилось въ настоящее судебное засѣданіе, къ которому каждая изъ сторонъ могла вызывать своихъ свидѣтелей и обязывать ихъ явиться къ слѣдствію [1]). Обвиняемый снова занялъ положеніе равноправной стороны въ процессѣ. Потребность же въ обвиненіи со стороны государства нашла себѣ исходъ въ учрежденіи въ 1879 году дирекціи публичнаго преслѣдованія, состоящей изъ директора и 4 помощниковъ (direction of public prosecution во главѣ съ sollicitor general), пользующихся такими же правами, какъ и частный обвинитель, и выступающихъ какъ адвокаты короля въ дѣлахъ, въ которыхъ заинтересовано государство или по которымъ не нашлось частнаго обвинителя, между тѣмъ какъ имѣется публичный интересъ преслѣдованія.

Мѣры обезпеченія стояли въ тѣсной зависимости отъ предварительнаго слѣдствія, основная задача котораго и состоитъ въ томъ, чтобы судья, основываясь на представленныхъ доказательствахъ, опредѣлилъ мѣру обезпеченія по отношенію къ обвиняемому.

„Право быть отпущеннымъ на поруки въ извѣстныхъ дѣлахъ“—говоритъ Стефенъ—„столь же старо, какъ англійское законодательство, и оно ясно признается самыми ранними писателями“ [2]). Въ случаѣ совершенія преступленія въ отсутствіе шерифа или при необходимости отложить судъ до пріѣзда путешествующихъ судей (justitiarii itinerantes),—чего приходилось иногда ждать годами,—обвиняемый имѣлъ право быть отпущеннымъ на свободу подъ поручительство. Это право выражено у Глянвилля, древняго писателя въ слѣдующихъ выраженіяхъ: „Если кто обвиняется въ убійствѣ короля или въ возмущеніи войска и если явится надежный обвинитель и даже если такового не будетъ, а лишь будетъ о томъ общая молва, то обвиняемый отпускается подъ пригодное поручительство или заключается въ тюрьму. Если же явится надежный обвинитель, то обвиняемый по обычаю отпускается подъ надежное поручительство, а, если поручителей не будетъ, то заключается въ темницу. Во всѣхъ дѣлахъ о феломіи обвиняемый обыкновенно отпускается на поруки, кромѣ случаевъ убійства, когда постановлено поступать иначе вслѣдствіе страха“ [3]). Какъ видно, поруки были обычнымъ правомъ (common law) англичанъ, примѣнявшимся по общему правилу. Опредѣленіе размѣра поручительства зависѣло отъ усмотрѣнія шерифа, который принималъ во вниманіе тяжесть вины, характеръ обвиняемаго и силу уликъ. Защитой отъ усмотрѣнія служилъ однако принципъ: excessive bail not be required (не должно требовать чрезмѣрнаго поручительства). Постепенно возникали ограниченія этого общаго права. Такъ, къ поручительству перестали допускаться: 1) арестованные, поставленные внѣ закона, 2) потерявшіе гражданскія права, 3) преступники, сознавшіеся въ совершеніи

---

[1]) Обвиняемые получили это право по закону 30 et 31 Vict. cap. 35.

[2]) The right to be bailed in certain cases is as old as the law of England itself (History t. I p. 233).

[3]) Glanville Lib. XIV.

фелоніи, 4) пойманные на мѣстѣ преступленія, 5) бѣжавшіе изъ тюрьмы, 6) завѣдомые воры и тѣ, на которыхъ указали сознавшіеся (ср. наша „язычная молвка"), 7) захваченные при поджогѣ, 8) поддѣлыватели монеты, 9) поддѣлыватели королевской печати, 10) тѣ обвиняемые, заключенія которыхъ требовалъ епископъ, и 11) измѣнники королю.

Шерифы, являясь органами исполнительной власти съ широкими предѣлами усмотрѣнія, часто злоупотребляли своею властью. Это вызвало рядъ законодательныхъ постановленій, направленныхъ между прочимъ и на урегулированіе вопроса о порукахъ. Такъ, статутъ 1444 года (23 Henr. 6 cap. 9) требуетъ въ извѣстныхъ случаяхъ непремѣннаго примѣненія шерифами поручительства, разсматривая отказъ отъ него какъ злоупотребленіе. Съ учрежденіемъ мировыхъ судей право освобождать съ поручительствомъ было предоставлено имъ. Статутомъ 1485 года было предоставлено право каждому судьѣ единолично отпускать на поруки въ широкихъ предѣлахъ, но черезъ три года „вслѣдствіе того, что много убійцъ и мошенниковъ убѣжало отъ правосудія", это широкое право было ограничено. Постановленіе о поручительствѣ должно быть сдѣлано непремѣнно двумя мировыми судьями; власть шерифа и байлифа по арестованію и заключенію въ тюрьму подозрѣваемаго въ фелоніи была усилена. Это было время войны алой и бѣлой розы, когда государство страдало отъ внутреннихъ раздоровъ. Затѣмъ наступаютъ еще большія ограниченія; въ случаяхъ, гдѣ особенно важны были свидѣтельскія показанія, обвиняемаго можно было заключать въ тюрьму для предупрежденія стачки. По статуту Джервиса поручительство признано за право при мисдиминорахъ, обвиненіяхъ въ клеветѣ (libel), заговорѣ, незаконныхъ собраніяхъ, возмущеніяхъ (т. е. группѣ дѣяній политическаго характера), браконьерствѣ и пр. Въ случаяхъ государственной измѣны освобожденіе на поруки можетъ быть производимо съ разрѣшенія министра внутреннихъ дѣлъ и Высшаго суда (Home Secretary and High Court of Justice).

Противъ злоупотребленій шерифовъ были установлены три рода указовъ, вполнѣ обезпечивавшихъ право быть освобожденнымъ на поруки. Это указы de homine replegiando, de manucaptione, de odio et atia. Если лицо, къ которому обращался указъ, не повиновалось ему, то издавался второй (alias) и третій (pluries) указы, послѣ чего въ случаѣ неисполненія виновный въ непослушаніи заключался въ тюрьму. Актъ de homine replegiando примѣнялся въ случаѣ, если кто либо, имѣвшій право быть отпущеннымъ на поруки, содержался въ тюрьмѣ или былъ задержанъ незаконно лицомъ, не имѣющимъ на то права. Если невозможно было найти мѣста, гдѣ заключено это лицо, то задержавшій былъ заключаемъ въ тюрьму до тѣхъ поръ, пока не укажетъ этого мѣста. Актъ de manucaptione, mainprise часто смѣшивался съ предыдущимъ, но собственно отличался отъ него тѣмъ, что при mainprise всегда слѣдовало освобожденіе на поруки, въ то время какъ при первомъ поручители (mainpreuors) могли отказаться отъ обязательства представить обвиняемаго въ судъ. Указы эти издавались канцлерскимъ судомъ.

Writ de odio et atia въ началѣ примѣнялся исключительно къ случаямъ обвиненій въ убійствѣ, когда поруки не допускались. Обвиняемые заключались въ тюрьму, и о нихъ производилось слѣдствіе. Единственнымъ способомъ обжалованія было заявленіе о своей невинности и о томъ, что обви-

неніе поднято пристрастно (odio et alia). Тогда производилось особое разслѣдованіе. Позднѣе за этимъ актомъ стала скрываться вообще ссылка на слабость уликъ, а не только на недобросовѣстность обвиненія. Въ 1278 году примѣненіе его было ограничено, а позднѣе онъ былъ вытѣсненъ болѣе удобнымъ Habeas corpus act'омъ. Высшій судъ, дававшій приказъ объ освобожденіи, обладалъ неограниченнымъ правомъ освобожденія на поруки. Наибольшій срокъ неисполненія приказа этого суда былъ 3 дня.

Что касается исторіи Habeas corpus act'a, то достовѣрно извѣстно, что онъ уже примѣнялся въ царствованіе Генриха VI (половина XV вѣка) [1]), главнымъ образомъ противъ нарушеній свободы со стороны власти. Сущность этого акта мы будемъ имѣть случай изложить въ дальнѣйшемъ.

II. Дѣйствующее англійское законодательство.

а) Средства представленія въ судъ.

Трудно правильно усвоить себѣ постановку мѣръ обезпеченія въ Англіи, не ознакомившись первоначально съ организаціей англійской полиціи. Только благодаря прекрасной организаціи исполнительныхъ органовъ, англійской системѣ удалось провести въ чистомъ видѣ принципы правильнаго судейскаго усмотрѣнія на предварительномъ слѣдствіи. Эта организація установлена актомъ Роберта Пиля 1830 г. Только лондонская столичная полиція организована на особыхъ началахъ [2]). Ставъ теперь органомъ правительственнымъ, полиція стоитъ въ большой зависимости отъ мирового суда. Достаточно судьѣ съ порицаніемъ отозваться о дѣйствіяхъ констэбля, чтобы послѣдній подвергся взысканіямъ и даже былъ уволенъ со службы. Полиція отвѣтственна за свои дѣйствія наравнѣ съ каждымъ гражданиномъ, и это избавляетъ ее отъ подчиненія различнымъ стѣсненіямъ, установляемымъ обыкновенно въ странахъ съ ограниченною административной отвѣтственностью. Сознаніе полной уголовной и гражданской отвѣтственности является вполнѣ достаточнымъ для того, чтобы удерживать ее отъ неосновательныхъ арестовъ.

---

[1]) В. Ф. Дерюжинскій. Habeas Corpus act и его пріостановка по англійскому праву. 1895 г. стр. 14 слѣд.

[2]) См. Vincent. Police Code 11 ed. 1901. W. Hale. Police and prison cyclopedia 1892. Franqueville. Système judiciaire. 1893. T. I.

Поручивъ всю столь значительную власть активнаго разслѣдованія полиціи, англійское законодательство могло поставить судью надъ розыскными функціями, вполнѣ обезпечивъ его безпристрастность.

Мы разсмотримъ сначала правила англійскаго законодательства о мѣрахъ представленія въ судъ, а затѣмъ собственно о мѣрахъ, обезпечивающихъ неуклоненіе.

Основываясь на довѣріи къ судьѣ, англійское законодательство предоставляетъ ему широкую область усмотрѣнія въ вопросѣ о средствахъ представленія обвиняемаго въ судъ. Въ случаяхъ treason, felony or indictable misdeamenor, мировые судьи, въ рукахъ которыхъ сосредоточено все предварительное производство, могутъ издавать приказъ о призывѣ (summons) или о приводѣ (warrant) для обезпеченія явки. Это правило формулировано въ законѣ слѣдующимъ образомъ: „Если судья сочтетъ удобнымъ, то вмѣсто приказа о приводѣ по первому разу издастъ повѣстку о явкѣ обвиняемаго въ судъ. При этомъ такая повѣстка является законною во всѣхъ дѣлахъ и должна быть посылаема по преимуществу (lawful and be preferred)“ [1]). Приводъ можетъ примѣняться противъ обвиняемаго, живущаго въ колоніяхъ, въ портовыхъ городахъ, „откуда удобно бѣжать“, а также въ случаѣ неявки по призыву. Для обезпеченія основательности призыва или привода къ суду, „чтобы граждане напрасно не подвергались неудобствамъ призыва и привода по дѣламъ, къ которымъ они совершенно непричастны“, мировой судья, такъ какъ онъ еще не знаетъ характера уликъ и доказательствъ виновности, имѣющихся у обвинителя, требуетъ отъ послѣдняго гарантіи основательности. Именно, когда по чьему либо донесенію или обвиненію предполагается издать приказъ о приводѣ по первому

---

[1]) Примѣненіе привода такимъ образомъ поставлено въ зависимость отъ усмотрѣнія судьи. Апелляціонный High Court не можетъ заставить судью измѣнить свое рѣшеніе, если только оно не основано на ненадлежащихъ и произвольныхъ основаніяхъ. Harris. Principles p. 323. Англійское право о приводѣ по приказу судьи систематизировано въ двухъ законахъ, изданныхъ одновременно; одинъ предназначается для дѣлъ, подсудныхъ суду высшему, чѣмъ мировой, другой— summary jurisdiction (11 et 12. Vict. c. 42 и 43).

разу, то требуется, чтобы это донесеніе или жалоба были письменными и подкрѣплялись клятвеннымъ заявленіемъ (upon oath and affirmation) обвинителя или свидѣтеля со стороны обвиненія въ необходимости этой мѣры. Когда же предполагается издать повѣстку о явкѣ, то донесеніе или обвиненіе можетъ быть и словеснымъ и сопровождаться лишь простымъ заявленіемъ о вѣрности. Во всякомъ случаѣ отъ судьи, получившаго донесеніе или обвиненіе зависитъ издать приказъ о приводѣ или о явкѣ обвиняемаго для сообщенія ему обвиненія [1]).

Эти правила общи какъ для суммарнаго, такъ и для производства по indictable offences. Существуетъ лишь различіе относительно послѣдствій неявки по призыву въ первомъ и во второмъ случаѣ. Такъ, при суммарномъ производствѣ, если обвиняемый не явится къ опредѣленному сроку въ опредѣленное мѣсто и если будетъ доказано, что повѣстка вручена ему надлежащимъ образомъ и за достаточное до срока явки время, то судья во всякомъ такомъ дѣлѣ поступитъ согласно съ закономъ (lawful), если приступитъ къ слушанію дѣла ex parte (при одностороннемъ представительствѣ обвинителя) и постановитъ приговоръ по этому донесенію или обвиненію, который явится такимъ же полнымъ и дѣйствительнымъ, какъ если бы сторона, не явившаяся въ судъ по призыву, присутствовала на судѣ; или же по своему усмотрѣнію судья можетъ отложить дѣло и назначить приводъ. При indictable offences судья не приступаетъ къ заочному разбирательству, а издаетъ приказъ о приводѣ и задержаніи („warrant of apprehend“—ихъ общее названіе), и когда обвиняемый будетъ представленъ въ судъ, то послѣ клятвеннаго подтвержденія тожества его личности, судья можетъ безъ дальнѣйшаго допроса и разслѣдованія заключить приведеннаго въ тюрьму или отпустить на поруки, если это лицо не содержится уже въ тюрьмѣ по

---

[1]) Иногда судья можетъ издавать general warrant для ареста всѣхъ лицъ, подозрѣваемыхъ въ извѣстномъ преступномъ дѣяніи. Такъ, въ варрантѣ можно разрѣшать арестъ издателей, авторовъ и типографщиковъ клеветническаго сочиненія, не поименовывая ихъ, арестъ бродягъ, пьяныхъ. См. Harris. Principles, стр. 325.

другимъ обвиненіямъ. Въ первомъ случаѣ онъ даетъ приказъ начальнику тюрьмы содержать обвиняемаго подъ стражей, „пока посредствомъ Habeas Corpus act или по какому нибудь другому законному распоряженію онъ не будетъ представленъ суду".

Форма указовъ о призывѣ или приводѣ гарантируетъ отъ неправильности. Въ повѣсткѣ о явкѣ должны быть обозначены 1) сущность обвиненія и 2) требованіе явиться въ извѣстное время и мѣсто. Въ приказѣ о приводѣ: 1) преступленіе, къ отвѣтственности за которое лицо привлекается къ суду; 2) имя или примѣты обвиняемаго; 3) приказъ лицу или лицамъ, къ которымъ обращается повѣстка, задержать обвиняемаго и представить въ судъ, издавшій данный приказъ. Причемъ какъ первый, такъ и второй приказы должны быть скрѣплены подписью и печатью судьи [1]). Сила приказа не ограничена какимъ либо срокомъ, онъ дѣйствителенъ до исполненія и не требуетъ возобновленія своей силы. Приводится въ исполненіе онъ можетъ повсюду, съ требованіемъ исполненія его можно обращаться ко всѣмъ констэблямъ и ко всѣмъ мировымъ судьямъ страны для содѣйствія. Въ этомъ преимущество ареста по варранту по сравненію съ простымъ арестомъ полиціи безъ предварительнаго приказа судьи. Въ случаѣ, если лицо, которое данъ приказъ задержать, убѣжавъ, находится въ другомъ округѣ, гдѣ скрывается, то по клятвенному удостовѣренію констэблемъ правильности подписи судьи, издавшаго приказъ, судья того округа, гдѣ находится розыскиваемый, дѣлаетъ на оборотной сторонѣ приказа надпись (indorsement), и тогда этотъ приказъ дѣйствителенъ и въ предѣлахъ округа этого мирового судьи. Вопросъ объ этихъ передаточныхъ надписяхъ и примѣненіи распоряженій одного судьи въ участкѣ другого подробно разработанъ въ законѣ. Для приказовъ лондонскихъ столичныхъ мировыхъ судей, лорда-мэра Лондона и судей King's Bench Division не требует-

---

[1]) Образцы приказовъ и другихъ формальныхъ актовъ англійскаго судопроизводства см. въ приложеніи къ вышеназванному закону 1848 г. т. 37 стр. 120 сл.

ся оборотной надписи, и они могутъ безъ задержки приводиться въ исполненіе повсюду. Безъ „backing“ можно преслѣдовать по варранту въ случаѣ погони in case of fresh pursuite на разстояніи семи миль въ предѣлахъ чужого участка. По исполненіи приказъ возвращается судьѣ.

Дѣйствительность повѣстки и гарантія того, что она дойдетъ до мѣста своего назначенія, обезпечивается также опредѣленнымъ порядкомъ врученія ея. По общему правилу повѣстка о явкѣ вручается лично. Констэбль или иной полицейскій чиновникъ вручаетъ призываемому или приводимому самый текстъ. Если личная передача невозможна, то онъ оставляетъ ее у кого либо въ послѣднемъ и наиболѣе посѣщаемомъ обвиняемымъ мѣстѣ жительства, при чемъ констэбль, воспользовавшійся такимъ правомъ оставленія, долженъ присутствовать въ то время и въ томъ мѣстѣ, которое было обозначено въ повѣсткѣ для дачи показаній, если окажется необходимость, о таковомъ способѣ врученія повѣстки. При этомъ не должно служить препятствіемъ для призыва или привода то обстоятельство, что возникнетъ какое либо различіе между повѣсткою и свидѣтельскими показаніями со стороны обвиненія или обнаруживается какая либо ошибка относительно содержанія или формы повѣстки. Обвиняемый можетъ, однако, въ случаѣ наличности разногласія между свидѣтелями и содержаніемъ повѣстки, которымъ онъ былъ введенъ въ заблужденіе и обманутъ, просить судъ объ отсрочкѣ разбирательства дѣла, и на время до новаго разбирательства судъ можетъ отпустить его на поруки или заключить подъ стражу. По дѣламъ суммарнаго производства допускается отпускъ на свободу до разбирательства дѣла, безъ всякаго обезпеченія и поручительныхъ записокъ [1]).

Всѣ дѣйствія судьи и исполняющихъ приказаніе судьи констэблей должны быть „valid, good and effectual in the law to all intents and purposes“—обстоятельны, хороши и дѣйствительно соотвѣтственны всѣмъ цѣлямъ и задачамъ, указаннымъ въ законѣ.

[1]) Объ этомъ см. также Stephen. Digest of criminal procedure 1883. p. 216—233.

Относительно варрачта о приводѣ и задержаніи практика установила слѣдующія правила. При фелоніи варрантъ не обязателенъ, если преступникъ находится еще въ предѣлахъ судебнаго участка. Обыкновенно варрантъ примѣняется: 1) когда существуетъ сильное предположеніе, что преступникъ скроется: варрантъ даетъ возможность обезпечить его выдачу, если онъ удалится изъ предѣловъ Англіи, и арестовать его въ другихъ участкахъ; 2) въ случаѣ, если имѣется подозрѣніе, что подозрѣваемое лицо имѣетъ въ виду иную цѣль, чѣмъ слѣдованіе закону, напр., подкупъ свидѣтелей, укрывательство украденнаго; 3) въ случаяхъ мисдиминора, когда арестъ не былъ произведенъ во время его совершенія [1]).

Если лицо арестуемое уже находится подъ судомъ за другое преступное дѣяніе, то на основаніи II Sect. Prisons act 1898 года на производство ареста требуется согласіе государственнаго секретаря.

Кромѣ мирового судьи правомъ издавать варранты пользуются и коронеры, когда кто либо подозрѣвается въ совершеніи убійства (murder and manslaughter). Наконецъ, этимъ правомъ пользуется и судъ: когда онъ самъ впервые разсматриваетъ indictment, онъ можетъ издавать bench warrant. Послѣ признанія большимъ жюри обвиненія правильнымъ (true bill) каждый судья можетъ издать приказъ о приводѣ и задержаніи [2]).

Подробно разработанъ въ англійскомъ правѣ и практикѣ третій видъ представленія въ судъ — полицейскій арестъ. Вмѣсто проводимаго на континентѣ различія между приводомъ и полицейскимъ арестомъ, въ Англіи установлено различіе между арестомъ по варранту и арестомъ безъ варранта (полицейскимъ арестомъ—arrest without warrant). На англійскую полицію возложена обязанность производства дознаній подъ руководствомъ частнаго обвинителя, и потому у нея очень часто возникаетъ потребность въ принятіи различныхъ прину-

---

[1]) H. Vincent. Police code and manual of criminal procedure 1901. p. 177.

[2]) Въ нѣкоторыхъ случаяхъ на это уполномочены Speaker of House of Commons, Privy Council и Secretary of State (при high treason).

дительныхъ мѣръ. При производствѣ слѣдствія полиція раньше кого-либо другого сталкивается съ преступникомъ и въ болѣе важныхъ преступленіяхъ должна имѣть возможность представить его въ судъ. По общему правилу можно арестовывать только за фелоніи—болѣе тяжкія преступленія, а не за мисдиминоры—проступки и нарушенія [1]). Судья, какъ мы видѣли, не стѣсненъ въ назначеніи ареста по варранту за indictable offences. Съ полисмэна, производящаго арестъ по варранту, снимается за это всякая отвѣтственность. За арестъ, произведенный безъ варранта, онъ строго отвѣтственъ. Интересны подробности относительно производства ареста [2]). Законный арестъ по уголовному обвиненію можетъ быть произведенъ вездѣ и во всякій часъ дня и ночи и, если обвиняемый бѣжалъ отъ правосудія, то за нимъ можно слѣдовать повсюду. Не слѣдуетъ, однако, взламывать дверей, кромѣ случаевъ крайней необходимости, должно заботливо избѣгать всякаго

---

[1]) Дѣленіе на felony and misdemeanors, какъ это признается почти всѣми знатоками англійскаго права (Стифенъ, History I, p. 508, Миттермайеръ, Уголовное судопроизводство Англіи 1864, стр. 136, Винцентъ, Police Code 1901, Kenny. Outline of criminal law 1904 p. 93, 98. Harris. Principles of criminal law 1904 p. 8 и др.), совершенно устарѣло. Это дѣленіе создалось нѣсколько вѣковъ тому назадъ, и теперь важность того или другого рода преступленій распредѣлилась иначе. Существуютъ мисдиминоры, наказаніе за которые значительно тяжелѣе наказанія за иныя felonies. Пришлось поэтому для цѣлей процесса создать особую группу indictable misdemeanors, что представляетъ значительныя неудобства. По проекту англійскаго уголовнаго кодекса (Criminal Code Bill), составленному Стифеномъ въ 1879 г., различіе между felony and misdemeanors уничтожается, и вмѣсто того каждое преступленіе, за которое слѣдуетъ отвѣтственность передъ высшей инстанціей суда, чѣмъ мировые судьи, называется indictable offences. Въ настоящее время при утратѣ внутренняго значенія дѣленія преступленій на фелоніи и мисдиминоры въ каждомъ статутѣ, устанавливающемъ преступность какого либо проступка, обыкновенно указывается, къ какой изъ этихъ двухъ группъ это преступленіе относится. Этою устарѣлостью объясняется и та пестрота случаевъ, въ которыхъ полиція имѣетъ право ареста. Слово felony происходитъ отъ fee—феодъ и lon—цѣна. Имъ означались всѣ преступленія, которыя влекли конфискацію феодальныхъ владѣній. (Объясненіе этого слова приведено у Блэкстона въ его Комментаріяхъ, т. IV, стр. 62). Гаррисъ указываетъ, что однимъ изъ основаній такого дѣленія является желаніе подѣлить преступленія на такія, по которымъ допускается арестъ безъ варранта, и такія, по которымъ онъ запрещенъ. Но первоначальная цѣль потомъ была затемнена.

[2]) Vincent. Police Code p. 10.

не необходимаго насилія и примѣнять его лишь, поскольку это можетъ явиться законнымъ послѣдствіемъ сопротивленія. Если дѣло идетъ объ арестѣ за фелонію, измѣну или нанесеніе тяжкихъ ранъ, то арестующій можетъ принимать крайнія мѣры вплоть до нанесенія ранъ и даже причиненія смерти. Убійство арестующаго считается квалифицированнымъ (murder). Но если констэбль арестовывалъ незаконно, то убійство привилегируется (manslaughter). Послѣ ареста задержанному не должно задавать никакихъ вопросовъ относительно его преступленія, но все, что арестованный скажетъ по своей доброй волѣ, должно быть замѣчено.

Арестъ опредѣляется какъ *взятіе другого лица подъ стражу для привлеченія его къ законной отвѣтственности за опредѣленное преступленіе* (An apprehention is the taking of another person into custody, to answer according to law for some specified offence).

Каждое частное лицо, которое или видѣло совершеніе фелоніи, или узнало, что она совершилась въ дѣйствительности, можетъ арестовать преступника и представить его констэблю, и послѣдній можетъ задержать приведеннаго, противъ котораго возбуждено обвиненіе по основаніямъ, заслуживающимъ довѣрія, лицомъ, способнымъ къ отвѣтственности. По 14 и 15 Vict. c. 19 sec. II всякій можетъ задерживать лицо, которое онъ застаетъ совершающимъ ночью indictable offence, при чемъ, если задерживаемый нападаетъ или причиняетъ насиліе задерживающему, то онъ виновенъ въ мисдиминорѣ и наказуется уголовнымъ рабствомъ. На основаніи различныхъ актовъ парламента [1]) лица, застигаемыя при совершеніи преступленія, могутъ быть арестуемы всякимъ гражданиномъ. Кромѣ того бродяги, воры, лица, наносящія тяжкія раны, нарушители таможенныхъ законовъ и постановленій о чеканкѣ монеты также могутъ быть задерживаемы каждымъ. Собственники могутъ задерживать за умышленное причиненіе убытковъ, браконьерство и рядъ полицейскихъ нару-

---

[1]) Duldy. Communication of English Law, см. Rev. Penit. 1901 p. 240. Kenny. Outlines of crim. law. p. 443—444.

шеній [1]). Такимъ образомъ основанія, по которымъ частнымъ лицамъ предоставляется право задержанія, сводятся или къ присутствованію при совершеніи важнаго преступленія, или къ существованію особаго интереса, который требуетъ немедленной защиты [2]). Необходимо дѣйствительное совершеніе преступленія, въ противномъ случаѣ арестовавшій подлежитъ отвѣтственности за незаконное лишеніе свободы или вознаграждаетъ за тотъ ущербъ, который онъ принесъ арестованному [3]). Объемъ примѣненія принужденія ограниченъ лишь наиболѣе тяжкими преступленіями.

Полиція также имѣетъ право ареста во всѣхъ этихъ случаяхъ, какъ и частное лицо. Необходимо для этого

---

[1]) Stephen. Digest of crim. proced. 1883 p. 59. Перечисленіе отдѣльныхъ случаевъ, предусмотрѣнныхъ 5-ю статутами казуистичнаго англійскаго законодательства, см. Kenny, op. cit. p. 445.

[2]) Впрочемъ иногда по нѣкоторымъ преступнымъ дѣяніямъ частныя лица разсматриваются какъ органы исполнительной власти и получаютъ даже денежныя награды въ видѣ поощренія. Такъ, когда благодаря активности кого-либо къ суду присяжныхъ или четвертныхъ сессій приводится арестованный имъ преступникъ, обвиняемый въ убійствѣ, умышленной стрѣльбѣ въ кого либо, покушеніи, отравленіи или въ грабежѣ, кражѣ со взломомъ или домашней, разбоѣ или поджогѣ, конокрадствѣ, похищеніи изъ лавокъ или въ соучастіи въ такомъ преступленіи или завѣдомомъ укрывательствѣ похищеннаго—то судъ уполномоченъ приказать шерифу уплатить арестовавшему такую сумму, какую онъ найдетъ подходящей сообразно съ его издержками, трудомъ и потерею времени. Плата эта выше, чѣмъ обычная, даваемая за поддержку обвиненія, но размѣръ ея не можетъ превышать 5 ф. ст. Если кто либо убитъ при попыткѣ произвести арестъ за одно изъ указанныхъ преступныхъ дѣяній, то судъ можетъ сдѣлать постановленіе объ уплатѣ вознагражденія его семьѣ. Подробныя постановленія по этому предмету періодически публикуются государственнымъ секретаремъ. Harris, Ц. с. p. 331. 14 et 15 Vict. c. 55. Подобная практика существовала и въ древнемъ французскомъ правѣ. Jousse (T. II p. 201) пишетъ: Il y a des cas, où les juges peuvent promettre une récompence à ceux qui arrêteront tel ou tel coupable; ce qui a lieu à l'égard des crimes énormes". По этому поводу F. Hélie (Beccaria. Traité éd. par Hélié 1856 p. 133) справедливо замѣчаетъ: „Si cette coutume est moins inhumaine, elle n'est moins immorale: promettre une prime pour l'arrestation des prevenus à des citoyens qui ne sont tenus à cet office par leur fonctions, c'est corrompre le sentiment d'humanité dans les âmes et provoquer indirectement à la violation de toutes les relations sociales".

[3]) Допускается и предупредительный арестъ частными лицами, когда совершается нарушеніе мира въ ихъ присутствіи и они могутъ остановить его. Частное лицо можетъ арестовывать для предупрежденія совершенія фелоніи или нанесенія смертельной раны.

лишь подозрѣніе, основанное на достаточныхъ основаніяхъ (upon reasonable grounds), въ совершеніи фелоніи, *независимо отъ того, было или нѣтъ въ дѣйствительности это преступленіе совершено* (для частнаго лица необходимо дѣйствительное существованіе совершеннаго преступленія) [1]). По 2 и 3 Vict c. 47, 1839 года всякое безпорядочное лицо (disorderly person), которое полиція имѣетъ хорошую причину (good cause) подозрѣвать въ совершеніи или въ намѣреніи совершить фелонію, мисдиминоръ или *нарушеніе мира* (отличіе отъ права частныхъ лицъ), можетъ быть арестовано полиціей. Кромѣ того въ законѣ установленъ рядъ преступленій, за которыя полиція можетъ арестовывать безъ варранта [2]). При арестѣ полиція можетъ употреблять всѣ средства и, между прочимъ, обращаться къ каждому за содѣйствіемъ и, если лицо, къ которому полиція обратилась, откажется, то совершитъ преступное дѣяніе, караемое пеней или тюрьмой. Арестъ опредѣляется съ внѣшней стороны, какъ прикосновеніе къ человѣку съ цѣлью дать ему понять, что онъ долженъ пойти за арестующимъ [3]). Арестующій полицейскій чиновникъ обязанъ сообщить арестуемому оффиціальный характеръ его мѣры, его намѣреніе арестовать, и истинное основаніе такого ареста. Имѣніе формы у полицейскаго чиновника служитъ достаточнымъ признакомъ его оффиціальнаго положенія. За отказъ въ объясненіи причинъ полицейскій можетъ быть наказанъ пеней или тюрьмой.

Наконецъ, нѣсколько расширеннымъ правомъ ареста обладаетъ судья, какъ хранитель мира. Онъ можетъ арестовать всякаго, совершающаго въ его присутствіи нарушеніе мира.

---

[1]) Это правило распространяется не только на случаи обвиненія третьими лицами, но и на тѣ, когда самъ констэбль составилъ собственное подозрѣніе о чьей либо виновности. См. Kenny, u. c. p. 445.

[2]) См. Vincent. Police Code p. 9. Перечисленіе этихъ случаевъ (всего 37 видовъ главнѣйшихъ) не представляетъ интереса. Интересно лишь, что среди нихъ находятся Embezzlement—подкупъ, какъ средство уклониться отъ суда, это какъ бы въ скрытой формѣ Collusionshaft нѣмецкаго процесса.

[3]) Hale, Police and Prison p. 28. Здѣсь же (p. 27—35) см. рядъ практическихъ правилъ для полицейскихъ чиновъ, которымъ они должны слѣдовать при арестѣ.

Шерифъ можетъ подвергать аресту всякаго разбойника и нарушителя мира.

Такой широкій просторъ дѣятельности, предоставленный англійской полиціи, находитъ себѣ объясненіе въ характерѣ ея организаціи. Полиція носила характеръ мѣстный, а не правительственный, съ самаго ранняго времени, она зависѣла болѣе отъ мѣстныхъ органовъ самоуправленія, чѣмъ отъ центральной власти. Слѣдствіемъ такой зависимости была тѣсная связь съ населеніемъ, у котораго констэбль пользуется заслуженнымъ уваженіемъ. Будучи чуждою фискальныхъ цѣлей, англійская полиція избѣгла многихъ столкновеній на экономической почвѣ съ населеніемъ, и это ея плюсъ по сравненію съ полиціей континентальной. Крайне строгая отвѣтственность полицейскихъ чиновъ и прекрасный контроль являются также преимуществами англійской полиціи. Мало приспособленная къ политическимъ и фискальнымъ цѣлямъ англійская полиція является по преимуществу органомъ, охраняющимъ миръ и законность [1]).

Несмотря поэтому на то, что англійскій мировой судья является какъ бы однимъ изъ органовъ полицейской власти, занятымъ не только карательно-судебной, но и превентивной дѣятельностью (онъ отбираетъ залогъ въ хорошемъ поведеніи, даетъ совѣты, разрѣшаетъ домашнія ссоры и пр.), онъ болѣе независимъ и безпристрастенъ, чѣмъ судья гдѣ-либо на континентѣ. Понимая полицейскую дѣятельность не въ смыслѣ

---

[1]) Въ *Шотландіи* полиція, подчиненная прокуратурѣ, обладаетъ полномочіями еще большими, нежели въ Англіи, такъ какъ можетъ арестовывать при совершеніи мисдиминора. См. Миттермайеръ. Судопр. Англіи, Шотландіи и Сѣв. Америки 1864, стр. 157 сл. Въ *Сѣв. Амер. Соед. Штатахъ* постановленія по этому вопросу довольно пестры. Но права полиціи значительно уже: она можетъ арестовывать лишь, когда на ея глазахъ совершается фелонія. За то американское право не знаетъ summons; всякая явка происходитъ по приказу судьи о приводѣ, и лишь иногда въ случаѣ довѣрія къ подсудимому исполненіе ареста откладывается, и самъ обвиняемый можетъ явиться до срока. (Franqueville. Système t. II. Baldwin. Communication. Rev. Pen. 1901. № 2, p. 253). Въ *Канадѣ* по 30—31 Vict. act.—Penal Code 1892 г.—вполнѣ принята англійская организація, и лишь нѣсколько ограниченъ списокъ преступныхъ дѣяній, за которыя можно. подвергать аресту безъ варранта. (sect. 24, 552) (Communication de Riddel. Rev. Pen. 1901, p. 245—252).

исполнительной, а въ смыслѣ дѣятельности, имѣющей цѣлью охраненіе общества и обезпеченіе мира, мы можемъ сюда отнести и чисто судебныя функціи.

Приведемъ рядъ статистическихъ данныхъ, указывающихъ на фактическое примѣненіе каждаго изъ вышеуказанныхъ способовъ представленія къ суду. Къ сожалѣнію, эти данныя не могутъ быть сопоставлены съ данными другихъ государствъ, потому что только въ Англіи ведется статистика способовъ представленія въ судъ [1]).

Число заявленныхъ въ 1898 году въ полицію *indictable offences* было 82.426; по нимъ было арестовано 55.595 лицъ и 5.137 явилось посредствомъ summons. При чемъ процентное отношеніе призванныхъ и арестованныхъ (въ томъ числѣ считаются и приведенные) колеблется въ зависимости отъ рода преступленія: такъ, за насиліе было 2888 арестованныхъ и только 23 человѣка призванныхъ.

Изъ 55.595 арестованныхъ 50.820 лицъ (т. е. болѣе 0,9) были арестованы безъ варранта и 4772—по варранту. Варрантъ брался главнымъ образомъ въ преступленіяхъ противъ личности (2 : 7) и менѣе всего при кражахъ (1 : 28). Относительно основательности ареста можно судить по результатамъ. Изъ 55.595 арестованныхъ за indictable offences 13.999 были оправданы (включая сюда 6.712 лицъ, которыя были судимы суммарнымъ производствомъ и были оправданы), 29.859 были судимы суммарнымъ порядкомъ и осуждены и 11.021 преданы суду присяжныхъ и четвертныхъ сессій. Слѣдовательно, только одна четверть арестованныхъ не подверглась наказанію.

Изъ числа 744.404 судившихся за non indictable offences нѣсколько болѣе одной трети были представлены въ судъ посредствомъ ареста, главнымъ образомъ безъ варранта, и $^2/_3$ явились по призыву. Въ 1899 году за non indictable offences изъ 761.437 судившихся 277.638 было арестовано (изъ нихъ *263.768* безъ варранта, *9.296* съ варрантомъ по

---

[1]) Judicial Statistics of England and Wales 1898. London 1900. Idem. 1899. London 1901.

первому разу и *4.635* съ варрантомъ по второму разу, т. е. только около 5%!). Изъ этого числа арестованныхъ 221.396 было осуждено и 50.185 оправдано. Число же явившихся по призыву было 483.798.

Въ томъ же году за indictable offences было 57.734 подсудимыхъ, изъ которыхъ 53.299 арестованныхъ (48.330—безъ варранта, 4805—съ варрантомъ по первому разу и 164 съ варрантомъ по второму разу). Изъ этого числа освобождено 6618, судились суммарнымъ порядкомъ 35.716 (29.297—осуждено) и 10.281 преданы суду высшихъ инстанцій. Явились по призыву 4.434, изъ которыхъ 3440 судились суммарнымъ порядкомъ и 441 были преданы суду, присяжныхъ и четвертныхъ сессій.

Изъ этихъ цифръ можно заключить, что, несмотря на многочисленность случаевъ ареста, неосновательность ихъ крайне мала. Въ 1899 г. лишь $^1/_9$ часть приведенныхъ освобождена безъ суда.

Полиція, задержавъ преступника, приводитъ его не прямо къ судьѣ, а въ участокъ (station). Здѣсь задержанный передается полицейскому инспектору, который записываетъ въ особую книгу обстоятельства задержанія, и смотря по нимъ заключаетъ обвиняемаго подъ стражу въ особое помѣщеніе или отпускаетъ на свободу подъ поручительство. Эта дѣятельность полиціи подробно регулирована 42 et 43 Vict. act., извѣстнаго подъ именемъ Summary Jurisdicton act 1879.

По общему правилу назначается заключеніе при участкѣ, которое не можетъ продолжаться болѣе 24 часовъ. Отпущеніе же на свободу съ поручительными росписками или безъ нихъ можетъ примѣняться къ обвиняемымъ въ небольшихъ мисдиминорахъ, за которые они судятся суммарнымъ производствомъ передъ судьей (пьянство, насиліе, безпорядочное поведеніе и пр.), а также къ арестованнымъ за болѣе важныя преступленія, даже фелоніи, если существуетъ опасеніе, что они не сумѣютъ быть представленными въ теченіе 24-хъ часовъ судьѣ, и если не существуетъ вѣроятности побѣга. Лица, отпущенныя полицейскимъ инспекторомъ на поруки, въ случаѣ неявки къ суду подвергаются призыву или

аресту, или, если ихъ дѣло отложено, то приводятся посредствомъ приказа суда (bench warrant). Если инспекторъ заключаетъ арестованнаго подъ стражу въ участкѣ, то 1) онъ не долженъ подвергать задержаннаго допросу, а лишь записывать то, что будетъ ему сообщено добровольно; 2) онъ долженъ предоставить ему всевозможные способы разыскивать поручителей, сноситься съ друзьями и пр. Письма могутъ быть просматриваемы инспекторомъ для того, чтобы въ нихъ не имѣлось ничего въ родѣ предостереженія сообщникамъ или чего-либо вреднаго цѣлямъ правосудія. Если задержаніе продолжится болѣе двухъ дней, то полицейскій чиновникъ виновенъ въ противозаконномъ лишеніи свободы. Режимъ заключенныхъ въ участкѣ самый мягкій. Если обвиняемые приведены въ грязномъ платьѣ и бѣльѣ, то они могутъ просить смѣны. Они могутъ пріобрѣтать на свои деньги пищу (кромѣ пива и вина), если же у нихъ не имѣется средствъ, то пища дается отъ казны. Они имѣютъ полную свободу сноситься съ защитникомъ, и ихъ ограничиваютъ только въ цѣляхъ предупрежденія побѣга, не налагая никакихъ лишнихъ стѣсненій. Къ ихъ услугамъ—врачъ, служителя. За исполненіемъ всего этого инспекторъ долженъ слѣдить лично [1]). Этимъ ограничивается роль полиціи по представленію обвиняемаго къ судьѣ. Затѣмъ уже полиція фигурируетъ въ качествѣ свидѣтельницы и органа дознанія.

Мы разсмотрѣли главнѣйшія постановленія англійскаго статутнаго и обычнаго права о средствахъ представленія въ судъ и спеціально о полицейскомъ арестѣ. Послѣдній допускается въ широкой степени, но ограждается отъ произвола замѣчательно сильной системой отвѣтственности и судебнаго контроля надъ дѣйствіями полиціи. Вѣками воспитанная англійская полиція сама не позволитъ себѣ нарушить границы необходимости при арестѣ, и этимъ объясняется сравнительная рѣдкость ареста по варранту судьи въ дѣлахъ, подсудныхъ высшимъ судамъ: такъ, повѣстка о явкѣ была посылаема въ 8% случаевъ, приказъ объ арестѣ также

[1]) Vincent. Police code, p. 133.

въ 8%, а арестъ безъ предварительнаго приказа былъ произведенъ въ 84%. По дѣламъ суммарнаго производства эти цифры соотвѣтственно выразятся въ 63%, 2% и 45%. Несмотря на это, жалобы на неправильный арестъ и обращеніе къ гарантіямъ Habeas corpus act крайне рѣдки. Серьезнымъ недостаткомъ англійской системы можетъ быть признана сложность опредѣленія случаевъ допустимости ареста, являющаяся, по словамъ англійскаго юриста Гревса, „весьма неудобной для полиціи и коварной западней для частныхъ лицъ“. Широкое право ареста, предоставленное частнымъ лицамъ, объясняется существованіемъ состязательности на предварительной стадіи и сопутствующимъ ей частнымъ дознаніемъ о преступленіяхъ. Функціи, выполняемыя на континентѣ полиціей, въ Англіи лежатъ на отдѣльныхъ обществахъ и частныхъ добровольцахъ розыска. Слѣдствіемъ такой организаціи является и наличность вознагражденія за арестъ.

б) Мѣры, обезпечивающія неуклоненіе.

Отъ мѣръ, обезпечивающихъ явку, мѣры, препятствующія уклоненію, отличаются, между прочимъ, своею продолжительностью. Если первыя требуютъ единичнаго акта—явки или ареста, не могущаго продолжаться болѣе сутокъ, то вторыя устанавливаютъ уже продолжительное состояніе или на свободѣ подъ обезпеченіемъ или въ тюрьмѣ. Въ виду важнаго значенія этихъ мѣръ, примѣненіе ихъ предоставлено только судьѣ, и то лишь послѣ предварительнаго судебнаго разслѣдованія обвиненія.

Порядокъ самого англійскаго слѣдствія извѣстенъ. Это—то же судебное засѣданіе. Сначала говоритъ обвинитель и допрашиваются при перекрестномъ допросѣ его свидѣтели, затѣмъ допрашиваются свидѣтели обвиняемаго и предлагается самому обвиняемому что-нибудь сказать, съ предупрежденіемъ о томъ, что онъ не обязанъ ничего говорить, но все, что онъ скажетъ, можетъ быть обращено противъ него [1]). Когда

[1]) По новому Criminal Evidence act 1898 года судья съ согласія обвиняе-

будутъ выслушаны всѣ улики и доказательства обвиненія и судья признаетъ ихъ недостаточными, чтобы привлечь къ суду обвиняемаго, то онъ можетъ или приказать освободить совсѣмъ обвиняемаго, или дать новый срокъ для пріисканія болѣе основательныхъ доказательствъ виновности. Въ болѣе серьезныхъ дѣлахъ такая отсрочка можетъ происходить даже по нѣсколько разъ. При обвиненіи въ преступленіи, подсудномъ суду присяжныхъ или четвертныхъ сессій, обвинитель, несмотря даже на отказъ судьи предать данное лицо суду, можетъ продолжать обвиненіе на свой рискъ передъ высшимъ трибуналомъ.

Въ промежутки между предварительными разслѣдованіями у мирового судьи, онъ, назначивъ отсрочку, можетъ „remand“ обвиняемаго—заключить его подъ стражу или отпустить на поруки. Такая „отсылка обратно“ обвиняемаго, когда еще обвиняемый не преданъ суду, въ случаяхъ indictable offences не должна продолжаться болѣе 8 дней каждый разъ. Въ законѣ не установлено, можетъ ли remand примѣняться къ дѣламъ, рѣшаемымъ въ суммарномъ порядкѣ; практика рѣшаетъ этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ. Актъ Джервиса подробно говоритъ объ „отсылкѣ обратно подъ стражу“ обвиняемаго въ дѣлахъ, подсуднымъ присяжнымъ и съѣздамъ мировыхъ судей. Обвиняемый заключается или въ общую тюрьму, или въ исправительный домъ, или вообще куда опредѣлитъ судья. При чемъ, если время отсрочки не болѣе трехъ дней, то судья можетъ приказать констэблю держать обвиняемаго при участкѣ и представить въ назначенное время въ судъ [1]). Поручительство или залогъ (recognizance), употре-

---

маго можетъ допустить его къ дачѣ показанія подъ присягою въ качествѣ свидѣтеля по своему дѣлу и подвергнуть перекрестному допросу. Судья предлагаетъ ему свидѣтельствовать подъ присягой, и обвиняемый изъ боязни при отказѣ возбудить подозрѣніе въ виновности обыкновенно принужденъ принять это предложеніе.

[1]) По Youthful Offenders act 1901 года (Актъ о малолѣтнихъ преступникахъ), предписывается судьѣ, постановляющему remand или подслѣдственное заключеніе до суда, относительно лица, не достигшаго 16-лѣтняго возраста, не заключать его въ общую тюрьму для подслѣдственныхъ арестантовъ, но довѣрить подъ надзоръ извѣстнаго суду лица, при чемъ при выборѣ этого лица слѣдуетъ при-

бляемые при remand, подчиняются общимъ правиламъ объ этомъ предметѣ.

Въ случаѣ, если лицо обвиняемое арестовано въ другомъ округѣ, чѣмъ тотъ, въ которомъ произведено преступленіе, то все предварительное производство можетъ быть поручено мѣстному мировому судьѣ, который, если доказательства достаточны, можетъ предать это лицо суду, если же недостаточны, то представляетъ въ прежній судъ.

Просить объ отсрочкѣ предварительнаго разбирательства могутъ обѣ стороны, если не явились важные свидѣтели или обвиняемый введенъ въ заблужденіе разногласіемъ между содержаніемъ повѣстки и показаніями обвинителя и его свидѣтелей (11 и 12 Vic. c. 42 XXI). Во время заключенія при remand судья можетъ поручать тюремному начальству слѣдить за тѣмъ, чтобы между соучастниками одного преступленія не было никакихъ сношеній для предупрежденія стачки (напр., не заключать ихъ въ двѣ сосѣднія камеры).

Въ случаѣ же, если доказательства возбуждаютъ сильное или вѣроятное предположеніе о виновности обвиняемаго (strong or probable presumption of the guilt), то судья можетъ отослать его въ общую тюрьму (commit to common gaol) или въ исправительный домъ даннаго округа или отпустить на поруки по своему усмотрѣнію (on his discretion). Размѣръ денежнаго обезпеченія назначается такой, какой покажется судьѣ „достаточнымъ для того, чтобы данное лицо явилось въ судъ и не отлучалось отъ мѣста суда до разбора дѣла (take his trial)“ (статутъ Джервиса ст. XXIII).

Въ суммарномъ производствѣ судья можетъ отпускать обвиняемаго, взявъ съ него простое обязательство явки въ судъ, безъ обязанія обвиняемаго представить залогъ и поручительство [1]). При наличности же indictable offences судья

нимать во вниманіе вѣроисповѣданіе обвиняемаго. См. Bulletin de l'Union. Intern. du Droit pen. t. X. livrt. I. legisl. comparée.

[1]) По Bail act 23 мая 1898 года судья можетъ въ исключительныхъ случаяхъ отпускать на свободу тѣхъ лицъ, которыя не въ состояніи представить поручительства и относительно которыхъ не существуетъ подозрѣнія въ бѣгствѣ („чтобы отъ этого правосудіе не потерпѣло ущерба“). См. Rev. Penit. 1901 p. 1370. Cecil Mead Allen. Письма изъ Англіи. Журн. Мин. Юст. 1898 г. августъ.

долженъ взять обязательство явки, отпуская на свободу подъ обезпеченіе или безъ него. Законъ 1848 г. предоставляетъ судьѣ право (раздѣлъ 2 и 3 объ indictable offences) отпускать на поручительство въ теченіе всего времени между послѣднимъ засѣданіемъ предварительнаго разбирательства и судомъ въ High Court, Assises, Quarterly Sessions [1]). Усмотрѣніе судьи ограничено только въ случаяхъ treason—измѣны, когда отпускъ на свободу съ поручительствомъ зависитъ отъ Home Secretary и King's Bench Court (нынѣ отдѣленія суда Supreme court of Judicature).

По Common law постоянно не допускаются къ поручительству и залогу лица, обвиняемые въ murder (наиболѣе тяжкій видъ убійства), какъ „недостойные".

При обвиненіи въ мисдиминорахъ право быть отпущеннымъ на поруки установлено какъ политическое право, нарушить которое судья не имѣетъ права (11 & 12 Vict. act c. 42 sect. 23).

Денежное обезпеченіе назначается въ видѣ поручительства (bail), залога (recognizance), а иногда того и другого вмѣстѣ [2]). Размѣръ обезпеченія въ законѣ не установленъ, но практика выработала приблизительно слѣдующія нормы: 10 ф. с. для простого крестьянина или рабочаго, 50 ф. с. для гражданина средняго класса, 300 ф. с. для землевладѣльца и 600 ф. с. для пэра [3]). Судья дѣлаетъ постановленіе объ отпускѣ на поруки, которое подписывается поручителями (surety). Такія росписки представляются по числу поручителей, которыхъ можетъ быть нѣсколько [4]). Въ случаѣ неявки обвиняемаго, на оборотной сторонѣ обезпечительной расписки дѣлается надпись о неявкѣ, и расписка передается полицейскому клерку для взысканія по ней.

---

[1]) Въ законѣ перечислены случаи, когда поручительство зависитъ отъ усмотрѣнія судьи. См. также Stephen. Digest. p. 90.

[2]) Это сообщеніе о совмѣщеніи въ Англіи залога и поручительства любезно сдѣлано намъ въ частномъ письмѣ англійскимъ корреспондентомъ Журн. Мин. Юст. Сесилемъ Мидъ Алленомъ.

[3]) См. В. Ф. Дерюжинскій. Вышеназв. соч. стр. 107.

[4]) Образцы поручительныхъ и удостовѣрительныхъ о залогѣ расписокъ см. Statutes and acts. t. 37, стр. 119.

Что же касается исполненія приказа судьи о заключеніи подъ стражу обвиняемаго, то оно производится констэблемъ, который передаетъ обвиняемаго начальнику тюрьмы (gaoler) вмѣстѣ съ постановленіемъ судьи, а начальникъ тюрьмы даетъ росписку въ полученіи, обвиняемому же вручается копія постановленія судьи. При прекращеніи задержанія, заключенный освобождается по изданному судьей writ of delivrance. Заключенный содержится въ общей тюрьмѣ, но отдѣльно отъ осужденныхъ, и пользуется по сравненію съ послѣдними нѣкоторыми льготами.

Коронеру рѣдко приходится пользоваться правомъ отпускать на поруки [1]); въ большинствѣ случаевъ онъ отдаетъ приказъ о заключеніи подъ стражу, согласно выработавшейся практикѣ при обвиненіяхъ въ убійствѣ.

Жалобы на неосновательное заключеніе подъ стражу приносятся въ Высшій судъ по отдѣленію королевской скамьи.

Правильность функціонированія этой системы англійскаго законодательства, помимо общаго характера народа, покоится на слѣдующихъ двухъ гарантіяхъ: искѣ о незаконномъ заключеніи (false or illegal imprisonment), куда относятся случаи превышенія власти, незаконнаго удлиненія срока, ареста по завѣдомо неосновательному подозрѣнію и пр. [2]), и 2) на Habeas corpus act 1679, къ которому примыкаетъ искъ противъ недобросовѣстнаго обвинителя. Отвѣтственность въ этомъ случаѣ является болѣе строгой, потому что здѣсь имѣется злой умыселъ, тогда какъ въ первомъ случаѣ имѣется лишь нарушеніе закона. Ежегодно констэбли предстаютъ предъ судомъ за такія нарушенія, и судъ строго взыскиваетъ съ нихъ [3]). И эти процессы нисколько не возбуж-

---

[1]) Это право имъ было предоставлено по акту 1859 года въ случаяхъ легкихъ видовъ убійства. Подробнѣе см. Миттермайеръ, стр. 139, и Франквиль, цит. соч. т. I.

[2]) Искъ этотъ гражданскаго характера и разсматривается судомъ присяжныхъ, которые сами, безъ указаній судьи, назначаютъ его размѣръ. В. Ф. Дерюжинскій. Указ. соч. стр. 109.

[3]) Интересно это сопоставить съ рѣчью Larnaude, произнесенной въ парижскомъ главномъ тюремномъ обществѣ, въ которой онъ указывалъ на краснорѣчивое молчаніе правосудія во Франціи по дѣламъ о незаконныхъ и неоснова-

дають общественнаго безпокойства, потому что всякій сознаетъ, что неправильности неизбѣжны, но что всякая неправильность будетъ исправлена и потерпѣвшій получитъ удовлетвореніе.

Содержаніе жалобы Habeas Corpus въ краткихъ чертахъ слѣдующее. Если кто либо преданъ суду за какое нибудь преступленіе (не измѣну или фелонію), ясно изложенное въ приказѣ о заключеніи подъ стражу (warrant of commitment), во время вакацій или внѣ ихъ, то арестованный или его защитникъ могутъ представить жалобу лорду-канцлеру или лорду хранителю большой печати или судьѣ суда Королевской скамьи, которые по разсмотрѣніи приказа о заключеніи подъ стражу или при клятвенномъ утвержденіи того, что лицо, у котораго подъ стражей находится заключенный, отказалось выдать послѣднему копію этого приказа, въ случаѣ неимѣнія его, должны выдать ему Habeas Corpus act, снабженный печатью суда, обращенный къ лицу, у котораго находится заключенный, съ требованіемъ о немедленномъ приводѣ его къ судьѣ [1]). Отдѣльныя лица, обладавшія обязанностью выдавать этотъ приказъ, въ 1873 году были замѣнены единымъ Высшимъ судомъ съ шестью сенаторами (канцлерское отдѣленіе Chancery Division—изъ 15 судей, отдѣленіе суда королевской скамьи, а также Probate Division, Admiralty Division). На вакаціонное время избираются спеціально двое дежурныхъ судей. Прошеніе объ освобожденіи должно быть изложено письменно и подписано двумя свидѣтелями. Не требуется того, чтобы оно исходило непремѣнно отъ виновнаго. Это производство установлено въ 1679 году. Указъ 1816 года о производствѣ по Habeas Corpus упростилъ полученіе его [2]). Здѣсь обращающійся къ суду удостовѣряетъ только подъ присягой обстоятельства, которыя должны заключать въ себѣ какое либо вѣроятное основаніе къ тому, чтобы склонить

тельныхъ заключеніяхъ подъ стражу, которыя тамъ крайне рѣдки, что является конечно не результатомъ большой законности дѣйствій полиціи.

[1]) Стифенъ. Дигестъ стр. 88. Миттермайеръ. Ц. с. стр. 143—145.

[2]) Дерюжинскій. Цит. соч. стр. 120. Текстъ приказа см. стр. 124.

судъ къ выдачѣ Habeas Corpus act. Если освобожденіе должно произойти по праву, а не вслѣдствіе неосновательности обвиненія, тогда пишется writ of right. Судья, на обязанности котораго лежитъ выдача названнаго приказа, за промедленіе подвергается штрафу въ 500 ф. ст. Однако за все существованіе этого института не было ни одного случая привлеченія къ суду судьи, издающаго приказъ объ освобожденіи.

Приказъ дается отъ имени короля, какъ охранителя свободы гражданъ, и обращается къ лицу задержавшему съ требованіемъ доставить въ опредѣленное время и мѣсто задержаннаго съ объясненіемъ причинъ задержанія. Приказъ отдается на руки повѣренному другу или родственнику заключеннаго; получившій приказъ представляетъ его тюремщику. Исполненіе приказа вообще называется „return". Неподчиненіе приказу обложено въ первый разъ штрафомъ въ 100 ф. ст., второй—200 ф. и удаленію отъ должности. Отпущенное по Habeas Corpus act лицо уже не можетъ быть подвергнуто вторичному задержанію за то же преступленіе, иначе чѣмъ по особому постановленію суда, въ который оно обязано явиться.

Такой дѣйствительный коррективъ судебной системы, какъ приказъ Habeas Corpus, при прекрасномъ дѣйствіи судебной организаціи подслѣдственнаго задержанія, примѣняется довольно рѣдко. Такъ, въ 1891 г. онъ былъ примѣненъ лишь 10 разъ (прошеній о выдачѣ было 28) [1]).

Правильность заключенія, помимо жалобъ заключенныхъ, провѣряется судьями, засѣдающими въ четвертныхъ сессіяхъ, которые обладаютъ правомъ освобожденія изъ тюремъ. Подъ предсѣдательствомъ одного изъ членовъ Высшаго суда они образуютъ особое присутствіе, которому принадлежитъ право освобожденія изъ тюремъ (commission of gaol delivery). Сессіи представляется списокъ всѣхъ содержащихся подъ стражей съ обозначеніемъ каждаго обвиняемаго и сущности возбужденнаго обвиненія, и сессія освобождаетъ его на поруки или совсѣмъ, въ случаѣ неправильности заключенія. Такимъ образомъ

[1]) Дерюжинскій, стр. 145.

по большей мѣрѣ 3 мѣсяца лицо можетъ оставаться безъ тщательнаго разсмотрѣнія основательности его задержанія безпристрастной коллегіею.

Хорошей гарантіей правильности и безпристрастія судейскаго усмотрѣнія является также публичность англійскаго предварительнаго слѣдствія и допущеніе къ нему защиты въ полномъ объемѣ. Раздѣлъ XII закона 1848 г., глава 42, гласитъ: „Комната или мѣсто, въ которомъ будетъ засѣдать судья для выслушиванія или разбора жалобы или донесенія, считается мѣстомъ открытымъ и публичнымъ, куда публика обыкновенно имѣетъ доступъ, поскольку это мѣсто можетъ вмѣстить ее, и сторона, противъ которой направлена жалоба или сдѣлано донесеніе, должна быть допущена къ полному отвѣту и защитѣ противъ нихъ и должна имѣть возможность допрашивать и подвергать перекрестному допросу свидѣтелей черезъ своихъ защитниковъ (counsel, attorney, or any in his behalf), и каждый жалобщикъ или обвинитель долженъ поддерживать жалобу или обвиненіе въ свою очередь и имѣть возможность допрашивать и подвергать перекрестному допросу свидѣтелей черезъ своихъ повѣренныхъ“. Насколько англичане цѣнятъ публичность слѣдствія, видно изъ словъ Стефена [1]): „Замѣна открытаго слѣдствія передъ магистратомъ тайнымъ была бы для англичанъ ядомъ, способнымъ отравить правосудіе въ самомъ его источникѣ“. Миттермайеръ выражается еще сильнѣе [2]): „Судъ присяжныхъ, устность и гласность судопроизводства безъ гласности предварительнаго слѣдствія походятъ на человѣка въ изящномъ платьѣ и грязномъ бѣльѣ, на отрывокъ изъ театральной пьесы, на домъ безъ фундамента“. Дѣйствительно, ничто не оказываетъ такого сильнаго вліянія на судью, какъ сознаніе того, что общество зорко слѣдитъ за его дѣйствіями [3]).

---

[1]) Stephen. History of crim. Law. t. I, conclusion.

[2]) Миттермайеръ. Уголовное судопроизводство въ Англіи, Шотландіи и Сѣв. Америкѣ, стр. 180.

[3]) Закономъ 1903 г. Poor prisoners act 1903 введена даже защита по назначенію для подслѣдственныхъ арестантовъ, въ случаѣ ихъ бѣдности. Защитникъ получаетъ вознагражденіе отъ казначейства въ размѣрѣ 2—5 ф. ст. за каждое дѣло. Защита назначается съ момента заключенія подъ стражу.

Понятіе о дѣйствіи всей этой юридической системы можно получить лишь изъ разсмотрѣнія статистическихъ данныхъ, характеризующихъ ея примѣненіе къ жизни [1]). На населеніе Англіи въ 31.764.714 чел. было судимо въ судахъ за indictable offences $\frac{\text{въ 1898 г. 11.454 лица}}{\text{въ 1899 г. 10.902 лица}}$. Изъ нихъ въ 1898 году 7806—на четвертныхъ сессіяхъ, 3.645 въ судѣ съ присяжными и 3—въ высшемъ судѣ. О 383 лицахъ къ концу года дѣло еще не было рѣшено, 20—послѣдовалъ отказъ отъ обвиненія, 25—отложено по нездоровью. Изъ остальныхъ 11.065—1903 чел. оправданы, 9133 обвинены и 28 признаны сумасшедшими. Число обвиненныхъ (79%) ярко указываетъ на основательность предварительнаго производства у мирового судьи. Число лицъ, судившихся за indictable offences суммарнымъ порядкомъ, было 40.442 (32.836 обвинены, 7.736 оправданы), за non indictable offences въ 1898 г. судилось 744.318, въ 1899 г.—761.437. Коронеры предали суду 3210 чел. (изъ нихъ 2881 за покушеніе на самоубійство).

Теперь, послѣ предварительныхъ свѣдѣній, обратимся къ мѣрамъ, обезпечивающихъ неуклоненіе. Слѣдующая таблица хорошо представляетъ количество содержавшихся подъ стражей до суда (отсюда исключены лица, судившіяся суммарнымъ порядкомъ, потому что, если они и находились подъ стражей, то въ теченіе минимальнаго срока), продолжительность содержанія и отношеніе находившихся подъ стражею оправданныхъ подсудимыхъ къ осужденнымъ. Въ 1898 году содержалось подъ стражей и на порукахъ:

	Общее число.	На порукахъ.	Подъ стражей	До 4 нед.	4—8 нед.	8—12 нед.	12—16 нед.	бол. 16 нед.
Привлечено къ суду .	11.451	2.402	9.049	5.579	2.072	961	317	120
Осуждено	9.160	1.326	7.834	4.811	1.806	838	277	102
Оправдано	2.291	1.076	1.275	768	266	123	40	18

Процентное отношеніе находившихся на порукахъ къ общему числу судившихся=22%. Половина всѣхъ оправданныхъ находилась на порукахъ. Изъ содержавшихся подъ

[1]) Judicial Statistics of England and Wales за 1898—1900 и 1899—1901 годы.

стражей только 120 находилось въ заключеніи болѣе 4-хъ мѣсяцевъ (но не болѣе 5-ти), и болѣе $^5/_6$ оказались дѣйствительно виновными. Болѣе половины всѣхъ заключенныхъ содержались менѣе одного мѣсяца. Наши многолѣтнія заключенія кажутся англичанину чѣмъ то невѣроятнымъ.

Если выразить вышеприведенную таблицу для наглядности въ процентныхъ соотношеніяхъ то она приметъ слѣдующій видъ:

	Ожидало суда:							
	Всего.	На поруч.	Подъ стражей.	До 4 нед.	4—8 нед.	8—12 нед.	12—16 нед.	Бол. 16 нед.
Осуждено	100	15,2	84,8	48,7	20,4	7,9	4,5	3,3
Оправдано	100	46,9	53,1	30,1	11,9	6,2	2,8	2,1

За 1899 годъ цифры почти тѣ же:

	Ожидало суда:							
	Общее число.	Поруки.	Въ тюрьмѣ.	до 4 нед.	4-8 нед.	8—12 нед.	12—16 нед.	Бол. 16 нед.
Всего: . .	10.902	2.174	8.728	5.278	1.909	1.043	386	112
Оправдано .	2.275	1.018	1.257	810	213	161	54	19
Осуждено .	8.627	1.156	7.471	4.468	1.696	882	332	93

Эти статистическія данныя краснорѣчиво говорятъ о томъ, что Англія несмотря на ту суровость, съ которою она относится къ преступнику, вполнѣ сумѣла обезпечить гарантіи личной свободы гражданина. Она съ самаго начала признала, что подслѣдственнный обвиняемый столь же виновенъ, какъ и невиненъ. Перефразируя знаменитую фразу Петра, столько разъ сказанную и Екатериной II, можно сказать, что лучше относиться къ десяти виновнымъ, какъ къ невиннымъ, чѣмъ къ одному невинному отнестись какъ къ виновному.

Вотъ въ немногихъ чертахъ изложеніе сущности общей постановки мѣръ обезпеченія въ Англіи. Подслѣдственный арестъ служитъ только средствомъ предупрежденія побѣга,

но не средствомъ полученія доказательствъ. Судья долженъ довольствоваться денежными залогами въ дѣлахъ о мисдиминорахъ и можетъ довольствоваться денежнымъ залогомъ во всѣхъ другихъ дѣлахъ о фелоніи и даже измѣнѣ; принципъ закона состоитъ въ томъ, что залогъ долженъ быть принимаемъ, коль скоро онъ обезпечиваетъ явку подсудимаго въ судъ. „Эта явка и служитъ единственною цѣлью ареста. Всѣ формальности и обряды у рѣшающаго объ заарестованіи судьи разсчитаны въ пользу подсудимаго. Съ одной стороны они обусловливаютъ его заарестованіе, съ другой они поставляютъ его въ извѣстность о дѣлѣ, по которому онъ будетъ судимъ“ [1]).

Мощнымъ зданіемъ высится англійская система предварительнаго судопроизводства, на вышкѣ котораго развѣвается флагъ съ надписью: „гарантія правъ гражданина“. Долгими вѣками народъ влагалъ въ предписанія закона результаты своего постояннаго стремленія къ свободѣ и уваженію къ личности. Мы должны отнестись съ полнымъ вниманіемъ къ такому продукту вѣковой народной мудрости, столь тщательно выработанному во всѣхъ деталяхъ. Снаружи это зданіе, правда, кажется грубоватымъ, мѣстами старость оставила на немъ свой слѣдъ, въ немъ можно замѣтить много устарѣлыхъ частей, чуждыхъ современнымъ требованіямъ раціональной постройки, но за то это постройка прошлаго—дѣйствительно удобное и прочное помѣщеніе, а не построенный на живую нитку, хотя и блестящій снаружи дворецъ. Мелкія и скучныя подробности англійской системы имѣли то значеніе, что воспитывали законность въ примѣненіи къ конкретнымъ проявленіямъ жизни, а не коверкали жизни по общимъ формуламъ, допускавшимъ неуловимое толкованіе.

Въ самыхъ краткихъ чертахъ остановимся на тѣхъ измѣненіяхъ, которыя испытала англійская система въ тѣхъ странахъ, которыя почти цѣликомъ реципировали ее. Сюда относится Шотландія, Канада, Сѣверо-Американскіе Соед. Штаты.

---

[1]) Стефенъ. Уголовное право. 1864. пер. В. Спасовича стр. 201.

Шотландія. [1]) Въ Шотландіи вмѣсто частнаго обвинителя выступаетъ особое должностное лицо—прокураторъ, которому подчинена полиція, обладающая широкими полномочіями ареста, большими даже, чѣмъ имѣющіяся у англійской полиціи, такъ какъ право ареста распространяется и на мисдиминоры. Дознаніе производится полиціей подъ руководствомъ прокуратора. Однако въ случаѣ убійства дознаніе производитъ самъ судья со своимъ клеркомъ на мѣстѣ (коронеровъ въ Шотландіи нѣтъ). Прокураторъ назначается каждымъ судьей изъ почетныхъ лицъ, и право его производить дознаніе и поддерживать обвиненіе покоится исключительно на довѣріи къ нему потерпѣвшаго, который имѣетъ право производить все это самъ, какъ и въ Англіи. Судья не производитъ предварительнаго разслѣдованія по всѣмъ дѣламъ, но, убѣдившись, что извѣстное преступленіе принадлежитъ къ категоріи дѣлъ, подсудныхъ высшему суду, заключаетъ обвиняемаго подъ стражу и поручаетъ обвинителю произвести дознаніе и обвинять передъ судомъ, въ которомъ это дѣло будетъ разбираться. Слѣдствіе ведется тайно, однако для обезпеченія правильности обвиняемому предоставляется право быть допрошеннымъ судьей въ присутствіи двухъ свидѣтелей и представителя прокуратора, при чемъ обвиняемый не обязанъ отвѣчать на предлагаемые ему вопросы. При допросѣ свидѣтелей обвиняемому не разрѣшается ставить свидѣтелямъ своихъ вопросовъ. Прокураторы, подчиненные Лорду-адвокату, могутъ подавать свое мнѣніе и при назначеніи мѣры обезпеченія. Заключенный подъ стражу обвиняемый имѣетъ право требовать освобожденія подъ денежное обезпеченіе. Институтъ поручительства регулируется актомъ 1701 года, замѣняющимъ Habeas corpus act, не имѣющій въ Шотландіи силы; этимъ актомъ опредѣлена и сумма денежнаго обезпеченія. По 39 Geo. III с. 49 опредѣленъ максимумъ залога или поручительной суммы въ 10.000 руб. для знатныхъ особъ, 5.000 руб.—для землевладѣльцевъ, 2.500 для средняго класса и 500 руб. для остальныхъ При обвиненіи въ измѣнѣ сумма можетъ быть удвоена. Въ случаѣ отказа или назначенія высокаго залога можно подавать апелляцію въ Court of Judiciary, который можетъ уменьшить сумму. Задержанный подъ стражей въ теченіе болѣе 60 дней можетъ требовать освобожденія, если въ теченіе 14 дней ему не будетъ представлено обвинительнаго акта. Для освобожденія онъ подаетъ жалобу въ высшій судъ, который даетъ отвѣтъ въ теченіе 3-хъ дней. Вообще продолжительность подслѣдственнаго задержанія въ Шотландіи незначительна. Въ 1891 году обвиняемые по 808 дѣламъ содержались менѣе 1 недѣли, по 758 дѣламъ—отъ 2 до 4 нед. и только 13 челов. были заключены болѣе 2 мѣсяцевъ [2]). Высшій срокъ предварительнаго заключенія—110 дней, послѣ котораго обвиняемый долженъ немедленно быть выпущенъ на свободу, развѣ высшій судъ постановитъ продлить заключеніе. Коррективомъ нѣкоторыхъ несовершенствъ шотландской системы предварительнаго слѣдствія является

---

[1]) Миттермайеръ. Уголовн. судопроизводство. стр. 149 и сл. Tallack. Communication. Rev. Penit. 1901. p. 245. Franqueville. Système Judic. T. II p. 521—621, 621—643. Glaser, Englisch-Schottisches Strafverfahren. 1865.

[2]) Эти данныя заимствованы изъ Франквиля цит. соч. т. I стр. 606.

громадная и дискреціонная власть стоящаго во главѣ Лорда-адвоката, сосредоточивающаго власть обвиненія. Онъ можетъ смягчать, прекращать и вообще контролировать обвиненіе. Система шотландская, создававшаяся подъ большимъ вліяніемъ Франціи и Италіи, чѣмъ англійская, носитъ слѣды характера розыскного, въ ней много мѣръ, спеціально направленныхъ къ полученію отъ обвиняемаго сознанія. Въ отношеніи мѣръ обезпеченія она дѣйствуетъ прекрасно.

Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты [1]). Законодательное опредѣленіе предварительнаго слѣдствія и мѣръ обезпеченія предоставлено каждому штату. Однако въ основу всѣхъ частныхъ законодательствъ положены принципы, выработанные Англіей. Повсюду существуетъ состязательность предварительнаго слѣдствія. Изъ болѣе интересныхъ отличій слѣдуетъ отмѣтить ограниченіе полицейскаго ареста безъ варранта. По общему правилу только судья можетъ арестовывать, полиція же обладаетъ этимъ правомъ только тогда, когда на глазахъ у нея совершается фелонія. Однако на практикѣ это право расширено. Оригинальной чертой является также отсутствіе summons—повѣстки о явкѣ. Всякое привлеченіе къ суду происходитъ посредствомъ привода или ареста, и только въ случаѣ довѣрія къ подсудимому исполненіе ареста откладывается, и самъ обвиняемый можетъ явиться до срока. Руководство слѣдственными дѣйствіями лежитъ на публичномъ обвинителѣ (генеральномъ атторнеѣ, избираемымъ изъ числа частныхъ адвокатовъ). Производить дознаніе могутъ частныя лица или полиція, если это ей поручено обвинителемъ. Въ каждомъ округѣ имѣется особая судебная полиція. Публичность предварительнаго слѣдствія зависитъ отъ желанія обвиняемаго. Относительно порядка и строя предварительнаго судебнаго разслѣдованія у магистрата, допроса обвиняемаго, свидѣтелей и пр. существуютъ обыкновенно такія же постановленія, какъ и въ Англіи, допускается также и 8-мидневное remand.

Мѣры обезпеченія назначаются судомъ, состоящимъ изъ нѣсколькихъ судей. Въ принципѣ обыкновенно признается право обвиняемаго на освобожденіе по представленіи поручительства или залога во всѣхъ случаяхъ, кромѣ тѣхъ, когда грозитъ наказаніе смертною казнью. Однако въ законѣ свободное усмотрѣніе судьи ничѣмъ не ограничено. Для назначенія заключенія подъ стражу необходима „вѣроятность вины, подтвержденная клятвой“. Коррективами являются Habeas Corpus act и гражданская отвѣтственность судей полиціи, а также частнаго обвинителя, привлеченіе къ суду которыхъ и вообще осуществленіе этого права еще болѣе облегчено, чѣмъ въ Англіи. Судьи въ нѣкоторыхъ штатахъ назначаются президентомъ республики, во многихъ избираются народомъ. Мѣры денежнаго обезпеченія—залогъ и поручительство, размѣръ которыхъ зависитъ отъ усмотрѣнія судьи. Въ остальныхъ чертахъ американское законодательство сходно съ англійскимъ.

---

[1]) Миттермайеръ цит. соч. стр. 171. Franqueville. Système. t. II Baldwin. Communication, Lewis. Communication Rev. Penit. 1901. p. 253—258. Margy. Code de procedure penale de New-York. 1898.

Канада [1]). Хотя Канада является частью Англіи, однако въ ней дѣйствуетъ особый законъ, носящій названіе 30—31 Vict. act c. 111. Въ 1892 году 55 & 56 Vict act c. XXIX объединилъ постановленія въ особый Criminal code, который представляетъ изъ себя почти дословное повтореніе англійскихъ законовъ. Въ немъ нѣсколько отличенъ списокъ преступленій, за которыя можно подвергать полицейскому аресту (sect 24,552) безъ варранта. Общая организація мало отличается отъ англійской.

Нѣкоторые англійскіе институты заимствованы и въ испано-американскихъ странахъ. Напр., въ Аргентинской республикѣ принята система Habeas Corpus act'a [2]).

Глава III.

Французскій процессъ.

Французская литература по вопросу о подслѣдственномъ задержаніи и вообще мѣрахъ обезпеченія весьма обширна. Труды, посвященные этому вопросу, централизируются вокругъ трехъ періодовъ: 1) середины шестидесятыхъ годовъ, когда этотъ вопросъ особенно интересовалъ общество; слѣдствіемъ такого литературнаго оживленія былъ законъ 1865 года; 2) конца семидесятыхъ и начала восьмидесятыхъ годовъ—времени выработки проекта Лэруайэ 1879 года, и 3) конца девятидесятыхъ, когда былъ изданъ законъ 8 декабря 1897 года и создавались дальнѣйшіе проекты.

Сочиненіе Coffinieres. Traité de liberté individuelle. Paris 1822. 2 vol. въ настоящее время совершенно устарѣло и годно лишь исторической своею частью. Picot. Recherches sur la mise en liberté sous caution 1863 и Hélie De la mise en liberté sous caution 1862 разработали положенія, легшія въ основу закона 1865 г. У обоихъ авторовъ прекрасны какъ историческая, такъ и теоретическая стороны. Bonneville. De l'amelioration du loi criminelle 1855, одну главу посвящаетъ вопросу о свободѣ подъ обезпеченіе, и здѣсь авторомъ предвосхищены многія реформы 1865 года. Двѣ другихъ главы посвящены вопросу о вознагражденіи неправильно понесшихъ предварительное заключеніе и сохраняютъ до сихъ поръ свою цѣнность. Ern. Bertrand. De la detention préventive et de la célérité en France et Angleterre. 1862—этюдъ, произведшій большой шумъ; въ немъ авторъ пытается доказать преимущество французской системы предварительнаго заключенія предъ англійской. Выводы его устарѣли и опровергнуты. Clolus. De la detention préventive et de la mise en liberté sous caution. 1865—книга компилятивнаго характера, направленная главнымъ образомъ противъ Бертрана. Къ книгѣ приложенъ проектъ закона, предлагаемаго авторомъ. Gustave Dutruc. Le code de la detention préventive. 1866.—это сборникъ законодательныхъ, административныхъ постановленій, законодательныхъ мотивовъ и комментаріевъ по вопросу о подслѣдственномъ задержаніи. F. Hélie. Traité de l'instruction criminelle. 2-éd. 1866—

[1]) Communic. Riddel Rev. Pen. 1901. p. 245—252.

[2]) Bulletin de legislation comparée XXIII p. 257.

67. т. I историческій очеркъ римскаго и французскаго уголовныхъ процессовъ, справедливо считающійся до сихъ поръ однимъ изъ самыхъ лучшихъ; т. IV объ арестѣ и предварительномъ заключеніи представляетъ монографію по данному вопросу; т. V—о совѣщательной и обвинительной камерахъ и ихъ значеніи для огражденія свободы обвиняемаго. Annelot. Notice sur la deténtion préventive en France et Belgique. 1877.—авторъ сопоставляетъ законъ 1865 года во Франціи и 1874 г. въ Бельгіи и дѣлаетъ отсюда заключенія о необходимыхъ усовершенствованіяхъ французскаго законодательства. Ch. Flamand. Etude sur la déténtion préventive et la mise en liberté provisoire. 1877.- остается до сихъ лучшей монографіей по этому вопросу. Кромѣ французскаго въ ней изложены англійское, австрійское, бельгійское и швейцарское законодательства. Paul Bougon. Etude critique sur la deténtion préventive. 1880—простой конспектъ предыдущаго сочиненія, безцеремонное заимствованіе, даже безъ упоминанія источника. Mack Liberté provisoire et détention préventive. 1881. Coulon. La liberté individuelle.—главнымъ образомъ проекты законовъ съ подробными мотивами. Bregeault et Albanel. La reforme de l'instruction prealable. 1898—лучшій и наиболѣе подробный комментарій къ закону 1897 г. Garraud. Précis du droit criminel 1892. (10 éd.—1904)—даетъ прекрасное сжатое изложеніе французскаго законодательства о предварительномъ слѣдствіи и о мѣрахъ обезпеченія. Esmein. Histoire de la procedure criminelle en France XIII—XIX siécle. 1882—наиболѣе полный историческій очеркъ развитія инквизиціонной системы. Ern. Meyer. Deutsch-Französische Verfassungsgeschichte. 2 Bde. 1899—авторъ,—прекрасный знатокъ древняго права, посвятилъ обширную главу исторіи мѣръ обезпеченія и предварительнаго слѣдствія стр. 140—265. Zucker. Die Untersuchungshaft. II abt. 1876. S. 98—121. Hetzel. Die Untersuchungshaft nach deutchen, französichen und englichen Rechte. 1899. Zucker. Ueber einige Reformen des Vorverfahren 1902 S. 11—44. Объяснит. записка къ проекту новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства т. II 1900. стр. 74—86.

Изъ журнальной литературы слѣдуетъ отмѣтить: Morizot-Thibault. Des reformes de l'instruction criminelle. Rev. du droit public. 1902 Sept.-Oct. p. 254.—A. R. Projet sur l'instruction preparatoire Rev. penit. 1901 p. 204. Larnaude. Les garanties de la liberté individuelle. Rev. pen. 1901 № 2 ss. Lerebours-Pigeoniere. Discussions et rapport sur les garanties de la liberté. Rev. penit. 1901 №№ 4, 7. p. 640, 1130. Leon Germain. La liberté provisoire en matière criminelle. Lois Nouvelles 15 Nov. 1902 № 21 p. 445.—Iulius Curtius. Das französiche Gesetz vom 8 dec. 1897. Zeitschrift Liszt's, 1903 1 Heft. S. 1. Le Normand. Deux propositions concernant les garanties de la liberté individuelle Rev. Pen. 1905. № 3. p. 356 ss. Morizot-Thibot. De la détention préventive. Revue du droit publie 1904. XXI. p. 26—77. А. К. Вульфертъ. Законъ 8 дек. 1897 г. Ж. М. Ю. 1898 г. кн. I стр. 245. І. В. Гессенъ. Реформа предварительнаго слѣдствія во Франціи. Ж. М. Ю. стр. 255 1898 г. кн. 5. А. С. Лыкошинъ. Военно-судебная реформа во Франціи. Ж. М. Ю. 1902 г. кн. 5.

Code d'instruction criminelle. éd. 1865.

Comptes generaux de l'administration et de la justice criminelle en France et Algerie. 1894—1898. Paris. 1897, 98, 99, 900, 901.

I. Историческій очеркъ французской системы.

Мы прослѣдили развитіе двухъ системъ уголовнаго процесса, построенныхъ на состязательномъ началѣ—римской и англійской, теперь намъ предстоитъ на примѣрѣ Франціи изучить процессъ, построенный на инквизиціонномъ началѣ, въ его постепенномъ развитіи. Эта система во Франціи вылилась въ чистой формѣ и отсюда по большей части была заимствована европейскими государствами. Поэтому исторія образованія современнаго французскаго процесса является до нѣкоторой степени и исторіей процесса въ странахъ, рецепировавшихъ французское законодательство. Помимо того, изученіе типической формы инквизиціоннаго процесса, господствующаго въ Европѣ до сихъ поръ, въ компромиссѣ, впрочемъ, съ состязательнымъ, не можетъ не принести значительной пользы для выясненія существа этого процесса и его соціальнаго значенія.

Исторію французскаго уголовнаго судопроизводства слѣдуетъ начинать съ той эпохи, когда на мѣстѣ Франціи жили отдѣльныя племена германцевъ. Воспитанные въ независимости и уваженіи къ обычаю, германцы свято чтили свободу личности. Идея общаго блага, которая могла бы оправдывать ограниченія свободы, не вылилась еще въ народномъ сознаніи въ такую опредѣленную форму, какъ то бываетъ у народовъ съ развитою общественною жизнью. Борьба съ преступностью не имѣла особаго спеціальнаго органа, но являлась дѣломъ потерпѣвшаго и его рода, которымъ остальной народъ помогалъ лишь тогда, когда привлеченный къ суду былъ уже признанъ виновнымъ, до этого же времени истецъ и отвѣтчикъ должны были бороться равнымъ оружіемъ. Для случаевъ поимки на мѣстѣ преступленія примѣнялось непосредственное возмездіе со стороны потерпѣвшаго или кого-либо изъ его сородичей, что нисколько не являлось преступнымъ; въ такихъ случаяхъ судъ былъ ненуженъ.

На судѣ же, когда виновность еще не была ясно доказана, подсудимый являлся свободнымъ во всеоружіи и защищался какъ свободный человѣкъ, пользуясь такими же правами, какъ и истецъ. Такое положеніе въ значительной степени объясняется характеромъ тогдашней преступности. Преступность имѣла въ то время совершенно иной характеръ, чѣмъ въ наше. Она являлась слѣдствіемъ не столько бѣдственнаго экономическаго положенія отдѣльныхъ лицъ, когда преступникомъ является человѣкъ, лишенный соціальныхъ качествъ характера и неспособный къ труду, сколько слѣдствіемъ мужества и независимости, какъ бываетъ при междуродовомъ характерѣ преступленія и при равномѣрномъ экономическомъ распредѣленіи благъ, т. е. слѣдствіемъ тѣхъ качествъ, которыя не внушаютъ такого отрицательнаго общественнаго отношенія къ преступнику. Послѣдній долженъ былъ лишь возмѣстить вредъ, нанесенный потерпѣвшему въ увеличенномъ размѣрѣ, но не навлекалъ на себя общественной репрессіи, выражающейся въ господствѣ суровой карательной системы. Такія наказанія, какъ лишеніе свободы, не примѣнялись у германо-франковъ. Они были и нецѣлесообразны, потому что при воинственномъ образѣ жизни германцевъ заключенные служили бы лишней обузой при передвиженіяхъ. Оставаясь на свободѣ, они могли бы быть полезными членами общества, обладая со-

ціально-полезными качествами характера. Лишать свободы могли только жрецы, и то во имя приказанія божества [1]). Правосудіе отправлялось свободными людьми (boni homines, rachimburgi) совмѣстно съ главою племени (rex, dux, comes) по строго установленнымъ правиламъ.

Съ V и VI вѣка Галлія подвергается особенно сильному вліянію римлянъ. Здѣсь встрѣчаются уже вполнѣ созрѣвшее римское право императорской эпохи на ряду съ простымъ, несложнымъ правомъ германцевъ. Появляется денежное обезпеченіе. Небольшія племена варваровъ, превратившись подъ вліяніемъ Рима изъ народовъ военнаго типа въ болѣе культурныя общества съ болѣе сложной системой учрежденій, стали нуждаться и въ большей охранѣ публичнаго интереса, который значительно ограничилъ свободу личности [2]).

По свидѣтельству Григорія Турскаго, свобода еще была общимъ правиломъ, но кругъ ея постепенно суживался. Только состоятельный подсудимый былъ свободенъ, неимущій представлялъ поручителей, въ противномъ случаѣ подвергался надзору. Судебная система покоилась на состязательномъ началѣ, а формальный характеръ доказательствъ (клятвенное заявленіе, ордаліи, судебный поединокъ—„поле“ [3]), не требовалъ предварительнаго заключенія, какъ мѣры разслѣдованія. Салическій законъ разрѣшалъ уже арестъ, если обвиняемаго заставали при совершеніи преступленія, съ условіемъ однако немедленнаго привода къ судьѣ.

При первыхъ франкскихъ королях уже вводится тюремное заключеніе, сначала какъ наказаніе, въ противоположность существовавшей раньше системѣ денежныхъ пеней. Король—главный судья—уже на первый планъ ставилъ публичный интересъ, тѣсно связанный съ его личнымъ, и такимъ образомъ примыкалъ къ потерпѣвшему. При слабости того принципа, что всякое наказаніе можетъ быть наложено только послѣ суда, немедленная репрессія заключеніемъ въ тюрьму, еще до приговора, явилась частымъ наказаніемъ. Общимъ правиломъ была уже не полная свобода, а свобода подъ обезпеченіе или поручительство. Въ капитуляріяхъ 809 года мы почти повсюду встрѣчаемъ указаніе на право свободы подъ обезпеченіе [4]). Карлъ Лысый ссылался на право свободы подъ поручительство, какъ на древнее право франковъ. Тогда же примѣнялся и арестъ въ случаяхъ побѣга. Если какой-либо обвиняемый убѣжитъ изъ своего графства и, пойманный въ другой области, не сумѣетъ представить поручителей, то поймавшій „sub custodia illum habeat, donec ad illum comitem, in cujus comitatu forbannitus fuerit illum revenire faciat“, т. е. представитъ его на мѣсто прежняго жи-

---

[1]) Neque vincere, neque verberare quidem nisi sacerdotibus permissum, non quasi in poenam, nec ducis jussu, sed velut deo imperante (Tacit. Mores germanorum cap. 7, 12).

[2]) Фостенъ Эли, Цит. соч. т. I, стр. 119—121.

[3]) Faustin Hélie. Цит. соч. т. I стр. 151—157.

[4]) „Si accusatus res proprias habet in malo se adripiat; et si res non habet, fideijussores donet, qui eum adharmire et in placitum adduci faciant“ (Libr. 4. 29). Или: „De illis, qui legem servare contempserint, ut per fideijussores ad presentiam regis deducantur“.

тельства, гдѣ онъ подвергается содержанію подъ стражей, первоначально при судѣ, которое имѣетъ такой же частный характеръ, какъ и надзоръ.

Стражами были частные слуги графа: „Si fidejussores habere non potuerit a ministris comitis custodiatur et ad mallum perducatur".

Едва ли, однако, можно предполагать, что эти постановленія постоянно примѣнялись въ эпоху Карла Великаго. Законъ не имѣлъ такой силы, какъ теперь, а грубый характеръ новыхъ завоевателей-варваровъ врядъ-ли могъ подчиняться такому закону. Слишкомъ ясно, что оно построено на принципахъ римской императорской эпохи и чуждо коренному населенію. „Изъ смѣшенія двухъ расъ долженъ былъ произойти обычай, глубоко вкоренившійся въ нравы и достаточно сильный, чтобы вліять на законодательство" [1])—говоритъ Пико, указывая на двойственность права той эпохи. Намъ кажется, что такой обычай могъ произойти много позднѣе. Лишь въ XII вѣкѣ постановленія капитуляріевъ стали обычнымъ правомъ.

Въ началѣ этого вѣка Карлъ Толстый подтвердилъ право на поручительство, при чемъ придалъ ему характеръ обезпеченія исключительно явки въ судъ (judicio sisti). Въ 1189 году Филиппъ-Августъ ограничилъ примѣненіе этой мѣры по отношенію къ убійцамъ, грабителямъ и предателямъ. „Мы запрещаемъ нашимъ судьямъ и волостелямъ (prevôts et baillifs) схватывать человѣка или его имущество, когда онъ представитъ достаточныя (bonnes) поруки, чтобы оправдаться передъ нашимъ судомъ, кромѣ случаевъ человѣкоубійства, грабежа и предательства". При Людовикѣ Святомъ во французскомъ законодательствѣ примѣнялся тотъ же принципъ. За неявку былъ установленъ штрафъ въ 100 су и 1 денье. Въ Іерусалимскихъ ассизахъ имѣется постановленіе, по которому запрещается заключать въ тюрьму обвиняемыхъ, которые хотятъ представить поручителей, „чтобы тѣ представляли человѣка къ суду, когда только судъ того пожелаетъ".

Съ XII вѣка начинается развитіе розыскного процесса, которое во все дальнѣйшее время идетъ прогрессивнымъ ходомъ [2]).

Развитіе инквизиціонной системы, разработанной французскими и итальянскими глоссаторами, началось со стороны церкви. Въ теченіе всѣхъ среднихъ вѣковъ церковь являлась центромъ, объединявшимъ даже въ политическомъ отношеніи мелкія разселенныя по Европѣ народности, которыя и заимствовали отъ нея принципы организаціи. Основываемая на текстахъ Св. Писанія инквизиція была нужна церкви для борьбы съ многочисленными пороками духовенства и монаховъ. Церковная инквизиція гораздо болѣе суроваго характера стала затѣмъ примѣняться къ еретикамъ, превратившись въ страшное оружіе пытки и произвола противъ подозрѣ-

---

[1]) Picot. Recherches sur la mise en liberté. 1863, p. 24.

[2]) Нашъ очеркъ инквизиціоннаго процесса въ существенныхъ чертахъ составленъ по Esmein. Histoire de. proc. crim., дополненіемъ къ которому служили Hélie. Traité. t. I, p. 265—477. Ernst Meyer. Deutsch-Französiche Verfassungsgeschichte vom IX—XIV Jahrhundert. 2 Bde. 1899. S. 140—215. Schmidt. Herkunft der Inquisitionsprocesses. 1902. Zucker. Die Untersuchungshaft I, II Abt. 1873 und 76. Polzin. Die Gerichtliche Voruntersuchung. S. 32—122. Archiv f. krim. Antrop. 1903. B. 13. S. 34.

ваемыхъ. Не касаясь вопроса о развитіи ея въ предѣлахъ церкви, мы посмотримъ только, какъ она была рецепирована во Франціи [1]).

Для того, чтобы выяснить соціальныя причины, вызвавшія этотъ процессъ, остановимся на изложеніи господствовавшей въ XIII ст. во Франціи судебной организаціи и тѣхъ факторовъ, которые воздѣйствовали на ея развитіе.

Въ странѣ дѣйствовали двѣ судебныхъ системы: феодальные суды и суды королевскіе. Феодальные суды были высшіе и низшіе. Они рѣшали дѣла подъ предсѣдательствомъ сеньера при участіи пэровъ— равныхъ — отъ того сословія, къ которому принадлежалъ обвиняемый. Позднѣе этотъ судъ пэровъ сталъ привилегіей, даруемой отдѣльнымъ лицамъ сеньерами. Судебная же функція стала разсматриваться какъ власть сеньера, при отправленіи которой онъ могъ прибѣгать къ „совѣту“ наиболѣе опытныхъ практиковъ. Королевскіе суды первоначально были такими же феодальными судами: король, какъ старшій феодалъ, могъ творить судъ только въ своихъ владѣніяхъ. Вслѣдствіе многочисленности и величины ихъ онъ передавалъ свои функціи воеводамъ (prevôts). Съ расширеніемъ королевскихъ владѣній увеличивалось и число воеводъ, которые уже стали быть подчиненными болѣе высшимъ чиновникамъ (baillifs, въ которыхъ видятъ преемниковъ missi dominici Карла Великаго); съ ростомъ государства приходилось переносить высшую власть на мѣста. Въ качествѣ судебныхъ органовъ, байлифы вѣдали предсѣдательствованіе въ судѣ присяжныхъ и судъ въ наиболѣе важныхъ дѣлахъ, судъ надъ благородными. Сильной объединительной величиной явился и королевскій парламентъ (curia regis), проводившій идею королевской власти въ сознаніи феодаловъ.

Отъ феодальныхъ обособились суды городскіе, въ которыхъ засѣдали присяжные, шеффены (scabini, echevinage); иногда по традиціи предсѣдателемъ суда являлся намѣстникъ сеньера.

Согласно установленному нами въ введеніи положенію, развитіе инквизиціонной системы стоитъ въ тѣсной связи съ обособленіемъ правительственной системы и съ появленіемъ разнородныхъ стремленій общества и правительства. Одной изъ главнѣйшихъ причинъ этого является централизація правительственной власти. Изучаемая нами эпоха болѣе всего характеризуется этимъ усиленіемъ. Принципъ, выставленный французскими легистами: „Li rois est sovrains par desor tous et a de son droit le general garde de son roiaum“ Эли называетъ „veritables armes de guerre“ [2]). Подъ вліяніемъ такихъ ученій изъ вѣдомства судовъ феодальныхъ стали выдѣляться политическія преступленія; королевскому суду, въ силу необходимости поддерживать миръ, стали подлежать дѣла, по которымъ мѣстные судьи отказали въ правосудіи [3]) (au defaut de justice); наконецъ, сами короли стали

---

[1]) Rich. Schmidt. Herkunft des Inquis. 1902. S. 98—106 показалъ, что инквизиція выработалась сначала во Франціи, затѣмъ была рецепирована итальянскими городами, откуда попала въ каноническое право, и черезъ послѣднее официально была заимствована Франціей и Германіей.

[2]) F. Hélie. Traité. I. p. 325.

[3]) Понятіе земскаго мира, который поконтся на клятвѣ подданныхъ, уже въ

раздавать, какъ привилегію, право на подсудность королевскому суду. Мѣстные судьи (prevôst) стали несмѣняемыми королевскими чиновниками, творившими судъ. Парламентъ короля, сдѣлавшись при Филиппѣ Красивомъ постояннымъ учрежденіемъ, стоялъ въ непосредственной зависимости отъ короля и, обладая широкою властью надъ мѣстными королевскими и феодальными судьями, съ одной стороны, и правомъ рѣшать по апелляціямъ на феодальные суды—съ другой, дѣйствительно служилъ средствомъ для централизаціи судебной власти. Потребность централизаціи заставила создать новую должность—lieutenants criminels, которымъ подчинялись baillis et senechaux и которымъ непосредственно были подсудны наиболѣе важныя дѣла. Затѣмъ постепенно образуются всевозможные исключительные суды [1]), судебный организмъ королевскаго суда постепенно разрастается и къ концу XVII столѣтія охватываетъ уже тѣсною сѣтью всю Францію.

До XIV столѣтія обвинительная форма процесса сохраняла почти полную силу. Господствовавшая система характеризовалась началами устности, публичности и формализма. Стороны приглашались въ судъ посредствомъ призыва (par semonce). Для рѣшенія дѣла часто примѣнялся судебный поединокъ. Только въ случаяхъ поимки на мѣстѣ преступленія отсутствовалъ всякій формализмъ. Захваченный преступникъ приводился къ судьѣ, который немедленно творилъ судъ и расправу. Подъ случаи flagrant délit подводилось и публичное преслѣдованіе—haro, hareu [2]). Судьи исполняли двоякаго рода обязанности—полицейскія по арестованію преступниковъ и судебныя; это явилось первымъ шагомъ къ розыску.

Нѣкоторая отдаленность суда вызывала частую невозможность найти обвинителя, а между тѣмъ правосудіе требовало этого. И вотъ устанавливаются правила, весьма характерныя для переходной эпохи, имѣющія цѣлью вызвать обвиненіе или обойти старинный обычай о судѣ съ обвинителемъ. Сеньеръ или его судья объявляетъ съ барабаннымъ боемъ о томъ, что онъ арестовалъ за преступленіе извѣстное лицо, которое онъ считаетъ виновнымъ, и приглашаетъ потерпѣвшаго или кого-либо изъ его родственниковъ начать обвиненіе. Такія заявленія дѣлались въ теченіе трехъ засѣданій суда присяжныхъ въ рыночные дни и, если не находился обвинитель, задержанный освобождался на поручительство или же, по другимъ источникамъ болѣе поздняго времени, содержался подъ стражею въ теченіе

9-мъ вѣкѣ получило прочное основаніе. Вѣрноподданническая присяга содержала въ себѣ и обязательство хранить миръ (сравн. съ англійской исторіей); въ капитуляріяхъ (273. B. 3) мы находимъ: „Ut lex et justitia unicunque in suo ordine omnibus conserventur et pacem quam proxime teste Deo propriis pianibus communi consensu confirmavimus quam hic placitum nostrum habuimus, sic omnes—observare procuret". См. Ernst Meyer. Цит. соч. т. I стр. 140—215.

[1]) Esmein. O. c. p. 40.

[2]) Въ городахъ это право ареста стало расширяться и сочетавшись съ другими правами, образовало право привода къ судьѣ („рыночное право"). Въ земскомъ правѣ арестъ въ болѣе тяжкихъ преступленіяхъ повлекъ должностное преслѣдованіе, которое превратилось въ общій инквизиціонный процессъ. См. E Meyer. Цит. соч. стр. 276.

1 года и 1 дня, послѣ чего освобождался окончательно. При чемъ для такого задержанія необходимо требовалось „soupeçon aperte ou resonable". Это задержаніе, нося предварительный характеръ, служило какъ бы замѣной наказанія. Въ болѣе легкихъ случаяхъ задержаніе продолжалось лишь 50 дней.

Когда же и эта мѣра перестала обезпечивать интересы правосудія за частымъ недостаткомъ обвинителей, то государство стало прибѣгать къ такъ наз. „enqueste du païs". Право ареста предоставлено было всякому въ широкихъ размѣрахъ. „Общественная польза требуетъ—говоритъ современный той эпохѣ писатель Beaumanoir—„чтобы каждый и полиція могли арестовывать злоумышленниковъ". Enqueste du païs состояло въ томъ, что, когда кто либо подозрѣвался въ важномъ преступленіи, то съ его согласія можно было производить общественный розыскъ и судъ безъ обвинителя [1]). Конечно, этого согласія добивались всячески.... пыткой... долговременнымъ содержаніемъ въ тюрьмѣ впроголодь (á peu de manger et boyre). Но все же требовалось согласіе! Это „enqueste" и было началомъ inquisitio. Вызывалось для этой цѣли 24 человѣка свидѣтелей (это сохранилось въ англійскомъ большомъ жюри), предсѣдательствовалъ baillie. Когда такой способъ суда получилъ преобладаніе, явилась потребность въ предварительномъ задержаніи, ради цѣлей слѣдствія. Судьѣ, незнакомому съ дѣломъ, въ противоположность потерпѣвшему, нужно было парализовать дѣятельность подозрѣваемаго. Свобода съ поручительствомъ (recréance) испытала значительныя ограниченія. По „Etablissements de St. Luis" она уже не допускалась, когда грозило наказаніе потерей жизни или части тѣла. Поруки и со стороны наказанія не представляли уже достаточной гарантіи, да и трудно было найти поручителя при существованіи правила о личномъ обезпеченіи—„avoir pour avoir, corps pour corps". Поруки должны были гарантировать также и искъ о вознагражденіи обвинителя. Право отпускать на поруки принадлежало сеньеру, но онъ самъ отвѣтствовалъ за отпущенныхъ. Денежное обезпеченіе не принималось, поэтому, въ случаяхъ, когда грозила смерть.

Нѣкоторыя преступленія рѣшались вызовомъ на поединокъ. Въ этомъ случаѣ обыкновенно какъ истецъ, такъ и отвѣтчикъ содержались подъ стражей до суда (при формальности критерія виновности здѣсь каждая сторона могла оказаться виновной), равноправіе сторонъ соблюдалось до мелочей. Въ случаяхъ особенной важности обѣ стороны отпускались на свободу подъ поручительство „съ тѣмъ, чтобы хорошенько приготовиться къ бою". Цѣлымъ рядомъ формальныхъ постановленій усмотрѣніе судьи въ феодальныхъ судахъ было ограничено по отношенію къ свободѣ; въ королевскихъ же судахъ, наоборотъ, ему предоставлялась широкая сфера. Согласившійся на enqueste du pais могъ быть отпущенъ на свободу подъ обез-

---

[1]) Впрочемъ и раньше допускался судъ и безъ обвинителя (въ правѣ Франковъ § 50) „quicunque citatus fuerit ad exhibendum querelam suam et non venerit, ipse super hoc non amplius justificabitur. Nihilo minus tamen comes et castellanus querelam illam veritate scabinorum persequentur". Объ enqueste см. также Meyer. Цит. соч. S. 217 ff.

печеніе. Однако несмотря на развитіе предварительнаго заключенія были часты побѣги, и поэтому развилось заочное разбирательство par contumace (forbannissement), примѣнявшееся въ наиболѣе важныхъ случаяхъ, при чемъ подозрѣніе сеньера въ виновности играло здѣсь такую же роль, какую и при возбужденіи преслѣдованія посредствомъ розыска—enqueste. Въ ордонансѣ 1254 года указываются случаи ареста и необходимыя для того условія. „Законодатель требуетъ, чтобы никто не былъ заключаемъ подъ стражу лично за преступленія и проступки, въ которыхъ онъ можетъ удобно оправдаться, если этого не потребуетъ громадность преступленія, въ которомъ онъ уличенъ или собственнымъ признаніемъ или законнымъ доказательствомъ, и если противъ него не существуетъ столь сильныхъ уликъ, что судья признаетъ, что обвиняемый подлежитъ аресту". Этотъ указъ былъ подтвержденъ ордонансомъ Генриха I въ 1315 году. Въ XV столѣтіи постановленія короля Рене (1456 года) предоставляли обвиняемому свободу подъ обезпеченіе, ставя ее въ зависимость отъ добросовѣстности судьи. „Никто изъ подлежащихъ суду французскихъ гражданъ, относительно побѣга котораго нѣтъ сомнѣнія, на котораго сдѣланъ доносъ въ преступленіи, не долженъ быть заключенъ въ тюрьму, если не произведены надлежащія розысканія, которыя по божескому и истинному правосудію (secundum Deum et veram justiciam) могутъ быть достаточными для этого. Нарушеніе этого указа карается пеней въ 100 фунтовъ" [1]). „Обвиняемый, на котораго сдѣланъ доносъ, если онъ заключенъ въ тюрьму послѣ надлежащаго допроса, долженъ быть освобожденъ въ день арестованія или по крайней мѣрѣ на слѣдующій, по представленіи удобнаго поручительства, idonea recredentia; (recréance означаетъ поручительство нравственнаго характера) или подъ клятвенное обѣщаніе (fidejussoria cautio), если преступленіе не будетъ влечь наказанія смертью или потерей части тѣла (quod sanguinis poenam exigeret) по обычаю или по праву, такъ что нельзя будетъ отпустить на поручительство", за нарушеніе этого правила грозитъ наказаніе нарушителю и участникамъ [2]). Какъ можно заключить отсюда, свобода была правомъ обвиняемаго, если преступленіе не влекло потери крови.

Общій характеръ церковнаго инквизиціоннаго процесса, повліявшаго на строй свѣтскаго правосудія, заключался въ слѣдующемъ. Вмѣсто обвиненія явился доносъ (denuntiatio). Церковная власть, обладая полной юрисдикціей въ дѣлахъ надъ духовными лицами, могла проводить свои принципы и въ важныхъ уголовныхъ преступленіяхъ, совершенныхъ духовными лицами. Такія дѣла подлежали вѣдѣнію синодныхъ судей. Они представляли изъ себя настоящее большое жюри, которое указывало виновныхъ. Христіане доносили этому собранію на виновныхъ въ церковныхъ преступленіяхъ, и обличаемые должны были приносить очистительную присягу (purgatio canonica), въ противномъ случаѣ противъ нихъ возбуждалось преслѣдованіе. Такія церковныя собранія сохранялись очень долгое время.

Иннокентій III установилъ инквизиціонный процессъ въ собственномъ смыслѣ этого слова. Необходимая при синодальныхъ засѣданіяхъ огласка

---

[1]) Bonneville. De L'amelioration p. 447.

[2]) Ibid. p. 449.

невольно дискредитировала духовенство, вмѣстѣ съ тѣмъ преслѣдованіе не было достаточно энергичнымъ. Поэтому папа Иннокентій III издалъ приказъ, въ которомъ предписывалъ самому судьѣ разслѣдовать дѣло и выслушивать свидѣтелей. Такіе судьи спеціально назначались папою. Латеранскій соборъ 1215 года подтвердилъ всѣ эти нововведенія. Несмотря на то, что разслѣдованіе производилось въ тайнѣ, обвиняемому (inquisitus— подвергаемый допросу) предоставлялись всѣ права защиты. При такомъ процессѣ получило значеніе и сознаніе подсудимаго, потому что судья уже не могъ опираться на публичность и показанія свидѣтелей. Самъ доноситель игралъ побочную роль въ процессѣ. Онъ не былъ стороной, а большей частью лишь свидѣтелемъ. Постепенно вводятся ограниченія правъ обвиняемаго. Появляется пытка. Показанія свидѣтелей перестаютъ сообщаться обвиняемому, а, если и сообщаются, то безъ именъ свидѣтелей. Особые судьи—коммиссары папы—постепенно изъемлютъ изъ юрисдикціи епископовъ рядъ дѣлъ и проводятъ сильнѣе принципъ церковной власти.

Этой системой и воспользовалось французское правительство. Оно вводитъ „l'aprise“ и розыскъ—„coutume inquisitive“, какъ говорится въ Etablissements de St. Louis.

Первое упоминаніе объ инквизиціонномъ процессѣ мы встрѣчаемъ въ ордонансѣ 1254 года: Et quia in dictis senechaliis secundum jura et terrae consuetudinem fit inquisitio in criminibus volumus et mandamus quod reo petenti acta inquisitionis tradantur ex integro. Здѣсь предписывается сообщать обвиняемому, о которомъ производится розыскъ, акты разслѣдованія. Обладателемъ права производить инквизицію считался король, который могъ поручать его отдѣльнымъ лицамъ. Сначала инквизиція была факультативна. Къ ней обыкновенно прибѣгали убогіе и беззащитные, не имѣвшіе возможности сами вести процессъ. Затѣмъ короли, передавая свое право инквизиціи (подобно англійскому праву охраны королевскаго мира), стали дѣлать обязательнымъ его примѣненіе къ наиболѣе важнымъ преступленіямъ, къ лицамъ, пользующимся дурной славой [1]), и пр. Постепенно разростаясь, инквизиція стала господствующей формой процесса. Не желавшіе имѣть дѣло съ обвиненіемъ могли вполнѣ удовлетворить свое чувство мести, ограничившись простымъ доносомъ. Однако, когда Людовику IX приходилось вводить инквизиціонную организацію, онъ вызвалъ большое неудовольствіе бароновъ. Раздавались жалобы на то, что судьи широко примѣняютъ инквизицію, не ограничиваясь наиболѣе важными преступленіями, начинаютъ дѣла безъ доноса. Поэтому, королевскою властью даруется освобожденіе отъ оффиціальнаго преслѣдованія, какъ привилегія. Вообще же состязательная форма процесса, и судебный поединокъ со всей формальной системой замѣняются болѣе энергичными формами преслѣдованія. Отсутствіе хорошей розыскной полиціи вызываетъ частое примѣненіе пытки, наконецъ, не-

[1]) Преступленія „явныя“ судились безъ разслѣдованія, очистительная клятва пойманнаго не допускалась. Король, согласно принципу французскаго права, могъ арестовывать какъ самаго обвиняемаго, такъ и его имущество. Онъ и начиналъ преслѣдованіе противъ „лихихъ людей“ (Меуег, стр. 269)—это первыя жертвы инквизиціоннаго процесса. Рыцари были изъяты отъ инквизиціи очень долго.

возможность положиться на показанія свидѣтелей сдѣлала необходимымъ добиться сознанія психическимъ принужденіемъ и арестомъ.

Этотъ строй особенно усиливается, когда въ XIV вѣкѣ возникаетъ институтъ прокуратуры—ministère publique. До XIII вѣка вообще не допускалось представительство обвиненія. Только король могъ замѣщать себя прокуроромъ. „Nul ne plaide en France par procureur hors le roi". На прокурорѣ первоначально лежали функціи надзора и защиты интересовъ короля (прокуроръ—fiscal). Прокуроръ былъ нуженъ также и какъ органъ, наблюдающій за энергичностью производства слѣдствія слѣдственнымъ судьею. Въ 1302 году Филиппъ Красивый регулировалъ функціи прокурора. По этому закону роль прокурора заключается въ promovere et prosequi inquisitionem; весь процессъ получаетъ наименованіе „prise par soupeçon". Частное обвиненіе смѣшивается съ доносомъ и поглощается предварительнымъ слѣдствіемъ. Всѣ слѣдственныя дѣйствія, въ томъ числѣ и показанія свидѣтелей, окутываются тайной. Въ такомъ направленіи развитіе шло въ XIV и XV столѣтіи. На мѣрахъ обезпеченія неуклоненія обвиняемаго отъ суда эти измѣненія отразились слѣдующимъ образомъ.

Свобода подъ обезпеченіе находила еще широкое примѣненіе, но она всецѣло была предоставлена усмотрѣнію и произволу судьи. Принималось и поручительство подъ угрозой личной и имущественной отвѣтственности поручителей. Особенно принималась во вниманіе основательность подозрѣнія, лучшимъ подтвержденіемъ которой являлось бѣгство или попытка къ нему обвиняемаго.

Тюрьма, въ которой находились обличенные въ преступленіяхъ, была только мѣстомъ подслѣдственнаго задержанія, но не наказанія. По своемъ освобожденіи заключенные должны были платить тюремщику издержки по своему пропитанію. Эти дома назывались свободными тюрьмами. Заключенные здѣсь имѣли возможность гулять и устраиваться съ нѣкоторымъ удобствомъ.

Въ XV и XVI столѣтіяхъ по ордонансамъ 1498 и 1539 г.г. инквизиціонный процессъ обрисовывается во Франціи еще ярче.

Почти каждое дѣло начиналось арестомъ (prise de corps), за которымъ слѣдовалъ допросъ и передача обвиняемаго прокурору. Во время слѣдствія допускалась пытка. Самый процессъ былъ двухъ родовъ: обыкновенный и чрезвычайный. Освобожденіе во время слѣдствія, повидимому, допускалось только въ первомъ. По ордонансу. 1498 г. при чрезвычайномъ процессѣ изгонялась всякая публичность. Ордонансомъ 1539 г., составленнымъ канцлеромъ Пуайэ, эта тайна была въ значительной степени распространена и на процессъ обыкновенный.

По этому ордонансу процессъ дѣлится строго на двѣ стадіи—instruction et jugement. Для возбужденія преслѣдованія слѣдственный судья обращается всегда къ королевскому намѣстнику (lieutenant criminel) или къ сеньеріальному судьѣ. Все слѣдствіе ведется письменно. Оно начинается доносомъ и производится подъ охраной тайны. Въ примѣненіи ареста ордон. 1539 года предоставлялъ судьѣ неограниченную сферу усмотрѣнія, однако практика выработала два приказа: ajournement personnel и prise de corps. Второй употреблялся въ случаяхъ, когда обвиняемый подвергался подслѣдственному задержанію по болѣе важнымъ дѣламъ; онъ предоста-

влялъ исполнителю большія права надъ личностью задерживаемаго. Весь судебный строй принялъ тогда уже чистую инквизиціонную форму, которую сохранилъ и въ Code Instr. Crim. Во всемъ производствѣ подсудимый игралъ чисто пассивную роль: онъ могъ представлять только оправдательные факты. Въ продолженіе всего предварительнаго слѣдствія онъ обыкновенно содержался въ тюрьмѣ. Ст. 152 орд. 1539 г. гласила: „Въ дѣлахъ, гдѣ нужна очная ставка, обвиняемые не должны быть отпускаемы въ тѣ сроки, въ которые можетъ оказаться нужной такая ставка". Только въ обыкновенномъ производствѣ допускалось освобожденіе подъ обезпеченіе. Видные юристы того времени (напр. Ayrault) возставали противъ такого ограниченія свободы, но несмотря на это судьи охотно къ нему прибѣгали, такъ какъ оно служило хорошимъ средствомъ добиться сознанія обвиняемаго, надѣявшагося этимъ путемъ облегчить испытанія, которымъ его подвергали при подслѣдственномъ заключеніи.

Характеръ заочнаго разбирательства—par contumace—нѣсколько измѣнился. Раньше требовались четыре призыва въ теченіе 15 дней послѣ неявки, и послѣ этого срока предоставлялось три дня льготныхъ. Ордон. 1539 сократилъ сроки, установивъ немедленную выдачу приказа объ арестѣ, съ пріостановленіемъ лишь его исполненія въ теченіе 3-хъ дней.

Эти строгія мѣры, жестоко угнетавшія гражданъ невинныхъ или случайно совершившихъ преступное дѣяніе, оставались безрезультатными для борьбы съ настоящею профессіональною преступностью. Въ XVII вѣкѣ Талонъ писалъ, „что число мошенниковъ столь чрезмѣрно, вслѣдствіе безнаказанности преступленій, что общественная свобода нисколько не обезпечена". Монархія укрѣпилась надъ распавшимся феодальнымъ и дворянскимъ строемъ, централизованное правительство и централизованный судъ водворились во Франціи, но пока еще эта система держалась на тяжкихъ цѣпяхъ принудительнаго воздѣйствія. Судъ не былъ мѣстомъ убѣжища и защиты правъ гражданина, но великой полицейской силой, органомъ преслѣдованія со стороны правительственной власти, угнетавшимъ какъ правыхъ, такъ и неправыхъ. Личная свобода въ отношеніяхъ къ суду замѣнилась полицейско-принудительными мѣрами и тюремнымъ заключеніемъ.

Ордонансъ 1670 года подтвердилъ въ главныхъ чертахъ предшествующее законодательство, установивъ лишь нѣсколько больше гарантій личности обвиняемаго. Онъ устанавливалъ три вида приказовъ: 1) *приказъ для допроса* (ordonnance pour etre ouï—прежнее amenez sans scandales); 2) *приказъ о явкѣ* (ajournement personnel), который могъ повлечь вмѣшательство властей и 3) *приказъ о взятіи подъ стражу* (ordonn. de prise de corps), которымъ назначалось какъ личное задержаніе, такъ и подслѣдственное заключеніе. Всѣ три приказа могли быть изданы лишь послѣ заключеній прокурора, и при назначеніи ихъ слѣдовало принимать во вниманіе силу уликъ и результаты дознанія. Назначеніе того или другого приказа зависѣло отъ усмотрѣнія судьи. Только относительно ordonn. de prise de corps постановлялось: „Приказъ о взятіи подъ стражу не можетъ быть изданъ противъ лицъ, имѣющихъ мѣсто жительства, за преступленіе, которое не влечетъ тѣлеснаго или позорящаго наказанія (peine afflictive ou infamante)".

Несмотря на такое ограниченіе, на самомъ дѣлѣ онъ являлся общимъ

правиломъ, потому что большинство преступленій влекло такого рода наказанія.

Черезъ 24 часа послѣ ареста (capture) обвиняемый долженъ былъ быть допрошенъ судьею въ присутствіи засѣдателя (assesseur de la prevôté), послѣ чего онъ освобождался или объявлялся обвиняемымъ [1]).

Относительно подслѣдственной свободы подъ денежное обезпеченіе въ ордонансѣ 1770 г. не содержится указаній; тамъ говорится лишь о простой свободѣ, безъ обезпеченія. Однако на практикѣ по традиціи примѣнялось и денежное обезпеченіе. Обыкновенно, когда наказаніе грозило штрафомъ, обѣ стороны непосредственно вызывались въ судъ и дѣло рѣшалось въ гражданскомъ порядкѣ; такому же производству подлежали и нѣкоторыя мелкія дѣла. Поэтому здѣсь не приходилось примѣнять денежнаго обезпеченія явки, такъ какъ послѣдняя слѣдовала немедленно.

При освобожденіи слѣдовало различать освобожденіе отъ ареста, назначеннаго *послѣ* призыва и *взамѣнъ* призыва (ajournement personnel), и освобожденіе отъ ареста, назначеннаго непосредственно ордонансомъ о взятіи подъ стражу. Въ первомъ случаѣ (тит. 10 ст. 21) предписывалось освобожденіе обвиняемаго, если не возникло противъ него какого-либо новаго обвиненія. Это освобожденіе было правомъ обвиняемаго.

Освобожденіе во второмъ случаѣ было во многомъ ограничено. Оно не могло произойти при чрезвычайномъ производствѣ, просить о немъ можно было только на первой стадіи производства, и при этомъ прокуроръ долженъ былъ представить свои заключенія; гражданскій истецъ могъ протестовать противъ нихъ. Такимъ образомъ освобожденіе было весьма затруднено. Свобода никогда не могла быть предоставлена, если грозило тѣлесное или тяжкое наказаніе, за исключеніемъ развѣ случаевъ непредвидѣннаго замедленія производства. Обвиняемый не могъ отлучаться отъ мѣста нахожденія суда. Если предписывалось денежное обезпеченіе, то должны были быть приняты въ разсчетъ интересы гражданскаго истца. Само же обезпеченіе могло быть представлено или деньгами или ипотекой или обязательствомъ уплаты извѣстной суммы; оно вносилось секретарю.

Если обвиняемый убѣгалъ, то поручителю давали срокъ для поимки, по истеченіи котораго, если обвиняемый не былъ представленъ къ суду, поручитель долженъ былъ уплатить штрафъ, гражданскій искъ и издержки. Въ случаѣ несостоятельности, онъ подвергался тюремному заключенію.

Но эти постановленія относительно освобождаемыхъ являлись лишь исключеніемъ, большинство обвиняемыхъ томилось въ темныхъ и душныхъ тюрьмахъ. Свобода предоставлялась какъ особенная милость. Весь строй законодательства держался на угрозѣ, и поэтому особенно необходима была сила репрессіи. Она вызывала тѣ суровости инквизиціоннаго строя, какъ допросъ „съ пристрастьемъ“, частое примѣненіе подслѣдственной тюрьмы и тайну правосудія, противъ которыхъ Монтескье, Вольтеръ, Бриссо во Франціи и Беккарія и Филанджіери въ Италіи возстали съ горячимъ негодованіемъ. Мысли, высказанныя ими, были подхвачены обществомъ и положены въ основу революціоннаго законодательства.

---

[1]) Еще при Карлѣ IX ордон. 1564 года предписывалъ, чтобы обвиняемый допрашивался судьей въ теченіе 24 часовъ въ присутствіи засѣдателя.

Великая революція въ Декларацін правъ человѣка и гражданина провозгласила два великихъ принципа: „Никто не можетъ быть обвиненъ, арестованъ или заключенъ подъ стражу, кромѣ указанныхъ закономъ случаевъ и по формамъ, предписаннымъ въ законѣ (ст. 7)". „Всякій считается невиннымъ до тѣхъ поръ, пока не доказана его виновность, и если будетъ признано необходимымъ арестовать его, то всякая ненужная для обезпеченія его личности строгость должна быть подавляема закономъ" (ст. 9).

Въ Учредительномъ собраніи вопросъ о подслѣдственной свободѣ вызвалъ особенно живыя пренія. Судьѣ было предоставлено право отпускать на свободу; принципъ свободы подъ обезпеченіе былъ установленъ, какъ общее правило (ст. 11 и 12 зак. 22 августа 1791 г.). Въ декретѣ отъ 22-го іюля того же года предписывалось задержаннаго немедленно приводить къ мировому судьѣ. Въ дѣлахъ о тяжкихъ преступленіяхъ (crimes) подслѣдственный арестъ былъ обязателенъ. Въ дѣлахъ о преступленіяхъ (délits) подслѣдственная свобода подъ обезпеченіе была правомъ обвиняемаго. Обезпеченіе не могло быть ни меньше 3000 франковъ, ни превышать 20.000, но черезъ два мѣсяца эти предѣлы обезпеченія были уничтожены; если наказаніе не было позорящимъ, то обвиняемый не могъ быть подвергнутъ предварительному задержанію.

Кодексъ IV года измѣнилъ постановленія закона 1791 года. Предоставленныя послѣднимъ права были сужены. Приказы о задержаніи могли уже быть примѣняемы и къ обвиняемымъ въ простыхъ преступленіяхъ. Ст. 222 гласила: „Когда преступленіе, по которому былъ изданъ приказъ объ арестованіи, не влечетъ наказанія уголовнаго, но только позорящее или меньшее, директоръ жюри можетъ отпустить обвиняемаго на свободу, если тотъ ходатайствуетъ о томъ и если, кромѣ того, онъ представитъ состоятельнаго поручителя въ томъ, что явится ко всѣмъ актамъ производства, тотчасъ какъ этого потребуютъ". Если обвиняемый убѣгалъ, поручитель долженъ былъ уплатить 3000 франковъ, во всѣхъ случаяхъ. Послѣдовавшій въ томъ же году новый законъ 29 термидора запрещалъ директору жюри, который одинъ обладалъ правомъ освобожденія, отпускать на свободу людей, не имѣющихъ опредѣленныхъ занятій, и бродягъ. Однако, рецидивисты въ нѣкоторыхъ случаяхъ еще могли получить свободу. Сумму поручительства законъ болѣе приспособилъ къ роду преступленій. За простую кражу минимумъ обезпеченія былъ 3000 франковъ; если наказаніе было позорящимъ, предѣлы обезпеченія колебались отъ 2000 до 6000 франковъ; если же наказаніе было исправительнымъ, то минимумъ обезпеченія былъ 1000 франковъ. Максимумъ не могъ превышать тройного размѣра штрафа, который могъ бы быть назначенъ.

Наконецъ, по закону 7 плювіоза IX года былъ установленъ новый видъ приказа: приказъ о заключеніи—mandat de dépôt, примѣненіе котораго было предоставлено чинамъ полиціи, которые должны были доносить объ арестованіи директору жюри. Послѣдній контролировалъ его примѣненіе и постановлялъ новый приказъ, который необходимо долженъ былъ быть приказомъ объ арестѣ (mandat d'arrêt). Такимъ образомъ приказъ о заключеніи носилъ временный характеръ и его основною цѣлью было предоставить судьѣ время для того, чтобы познакомиться съ актами производства и принять рѣшеніе о началіи преслѣдованія.

Кодексъ 1808 года въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ еще болѣе ограничилъ свободу личности. Онъ не предоставлялъ никому свободы подъ обезпеченіе, какъ право, но поставилъ ея примѣненіе всецѣло въ зависимости отъ усмотрѣнія судьи. Свободу могли получить только обвиняемые въ преступленіяхъ, за исключеніемъ бродягъ и рецидивистовъ. Для обезпеченія былъ установленъ минимумъ въ 500 франковъ.

Въ 1842 году правительство представило проектъ, въ которомъ предлагало сдѣлать свободу въ дѣлахъ о проступкахъ, влекущихъ исправительное наказаніе, правомъ для обвиняемаго, ограничивъ, впрочемъ, это право многочисленными исключеніями. Минимальный размѣръ обезпеченія понижался до 100 франковъ. Этотъ проектъ однако былъ отвергнутъ палатой пэровъ.

Изъ другихъ постановленій о мѣрахъ обезпеченія слѣдуетъ упомянуть объ указѣ 23 марта 1848 года, уничтожившемъ низшій размѣръ обезпеченія, о законѣ 4 апрѣля 1855 года, предоставившемъ судьѣ отпускать на свободу обвиняемаго, содержавшагося подъ стражей въ силу mandat de dépôt, несмотря на характеръ преступленія.

Законъ 17 іюня 1856 года упростилъ слѣдствіе, сокративъ сроки и уничтоживъ совѣщательную камеру (chambre de conseil).

Законъ 20 мая 1863 года установилъ суммарное производство въ случаяхъ поимки при совершеніи преступленія и расширилъ права прокурора по задержанію въ этихъ случаяхъ.

14 іюля 1865 года былъ изданъ законъ, реформировавшій законодательство о послѣдственной свободѣ. По этому закону была допущена свобода и въ дѣлахъ о тяжкихъ преступленіяхъ, обезпеченіе денежное изъ обязательнаго сдѣлано факультативнымъ, причемъ опредѣленіе суммы и рода его осталось всецѣло предоставленнымъ усмотрѣнію судьи. Вмѣстѣ съ тѣмъ обвиняемому было предоставлено больше правъ по обжалованію.

Въ 1879 году былъ внесенъ въ палату проектъ новой редакціи кодекса 1808 года, основной цѣлью котораго было уменьшеніе всемогущества слѣдственнаго судьи, посредствомъ допущенія защиты на предварительномъ слѣдствіи, возстановленія совѣщательной камеры и пр. Однако этотъ проектъ, принятый палатой, не былъ утвержденъ Сенатомъ [1])

Лишь въ 1897 году 8 декабря были осуществлены нѣкоторыя изъ его предложеній, извлеченныя изъ общаго проекта Констаномъ и изданныя въ качествѣ самостоятельнаго закона, имѣющаго цѣлью усилить гарантіи свободы личности и правильность обвиненія на предварительномъ слѣдствіи.

---

[1]) Ст. 118 проекта 1879 г. предписывала, чтобы слѣдственный судья только въ случаѣ крайней нужды допрашивалъ обвиняемаго безъ защитника, прокурору было предоставлено также право присутствованія въ камерѣ слѣдств. судьи. Обвиняемый и его защитники могли требовать производства различныхъ слѣдственныхъ дѣйствій. Допросъ свидѣтелей долженъ былъ происходить въ присутствіи обвиняемаго или, если это было невозможно или весьма затруднительно, то обвиняемому немедленно сообщались протоколы допросовъ. Приказъ объ арестѣ (mandat d'ârret) могъ имѣть силу лишь на 5 сутокъ безъ подтвержденія совѣщательной камерой. Послѣ утвержденія онъ имѣлъ силу на 30 дней. Совѣщательная камера постановляла о послѣдственной свободѣ.

Подробности о содержаніи каждаго изъ переименованныхъ законовъ будутъ приведены при изложеніи дѣйствующаго Французскаго законодательства.

2. Дѣйствующее Французское законодательство.

Въ дѣйствующемъ французскомъ законодательствѣ средства представленія обвиняемаго въ судъ и мѣры обезпеченія неуклоненія обвиняемаго соединены вмѣстѣ въ одну главу, трактующую о различныхъ видахъ судебныхъ приказовъ (mandats). Объединеніе двухъ различныхъ институтовъ со стороны ихъ формальнаго сходства придало всей французской законодательной системѣ о предварительномъ арестованіи и предварительномъ заключеніи (arrestation et detention préventives), значительно болѣе формальный характеръ, чѣмъ это можно видѣть въ другихъ уставахъ уголовнаго судопроизводства. Вся система мѣръ обезпеченія поэтому развивается съ точки зрѣнія формальнаго различія различныхъ видовъ приказовъ, съ точки зрѣнія права судебной власти или обязанности ея на изданіе того или другого приказа и пр., а не съ точки зрѣнія правъ гражданина,—съ точки зрѣнія ясно выраженной законодательной воли, предоставляющей обвиняемому извѣстныя гарантіи и права. Это, на первый взглядъ несущественное, формальнаго характера различіе, однако значительно повліяло на разработку французскаго права. Съ формальной стороны институтъ мѣръ обезпеченія получилъ прекрасную разработку, внутреннее же его содержаніе, играющее наиболѣе важную роль въ данномъ вопросѣ, вслѣдствіе господства въ этой области усмотрѣнія судьи, осталось совсѣмъ въ тѣни. Такъ въ законодательствѣ не выяснены ни цѣли ареста, что̀ даетъ возможность приписывать аресту, какъ господствующей мѣрѣ во французскомъ кодексѣ, троякую цѣль—мѣры обезпеченія неуклоненія, мѣры разслѣдованія и мѣры безопасности; ни условія его примѣненія, что̀ дѣлаетъ власть слѣдователя весьма значительной, ни соотношеніе мѣръ денежнаго обезпеченія къ аресту, какъ мѣрѣ разслѣдованія [1]) и пр.

[1]) Вотъ мнѣніе лучшаго знатока французскаго процесса F. Hélie, обращающее вниманіе на неразработанность съ т. зр. содержанія указанныхъ

Вмѣстѣ съ тѣмъ формальная разработка значительно усложнила законодательство объ этомъ институтѣ, что сдѣлало крайне затруднительнымъ для обвиняемыхъ пользованіе своими правами, предоставленными имъ кодексомъ, безъ содѣйствія защиты. Эти недостатки законодательной системы, несмотря на то, что во Франціи существуетъ весьма обширная литература по этому вопросу, превосходящая литературу объ этомъ вопросѣ всѣхъ другихъ европейскихъ народовъ, взятыхъ вмѣстѣ, служатъ яркимъ примѣромъ того, какъ иногда недостатокъ въ системѣ можетъ оказывать вліяніе на правовой характеръ института.

Изъ четырехъ видовъ судебныхъ приказовъ mandat de comparution, d'amener, d'ârret, de depot—два первыхъ относятся къ приказамъ, являющимся средствами представленія въ судъ.

Судебный приказъ (mandat, прежде decrét) есть актъ, посредствомъ котораго компетентное должностное лицо дастъ приказъ о явкѣ или объ арестѣ индивида, противъ котораго возникаютъ подозрѣнія въ тяжкомъ преступленіи или преступленіи [1]). Mandat de comparution (призывъ) соотвѣтствуетъ простой повѣсткѣ о явкѣ въ судъ. Mandat d'amener обращается ко всѣмъ властямъ округа съ предписаніемъ содѣйствовать аресту. Примѣненіе этого приказа регулировано закономъ 1865 года. Ст. 91 фр. уст. уг. суд. гласитъ: „въ дѣлахъ уголовныхъ и исправительныхъ слѣдственный судья можетъ назначить только приказъ о явкѣ, обращая его послѣ допроса въ соотвѣтственный другой приказъ. Если же обвиняемый не явился, то слѣдственный судья назначитъ противъ него приказъ о приводѣ“. Усмотрѣніе судьи здѣсь не огра-

---

мѣръ франц. законодательства. „C'est au legislateur, qu'il appartient de reconnaître le caractère général de la detention et d'en deduire des règles d'application ou du moins une direction pour exercice du pouvoir judiciaire. Notre code à cet égard a une depolorable lacune et il est evident que le juge ne peut entièrement y suppléer. F. Hélie. Traité t. IV p. 611—612 1951°. Morizost-Thibaut. Dét. prév. p. 45. „Dans le silence de la loi les magistrats ont tenté d'edicter les principes qui peuvent régler l'exercice de leur pouvoir formidable“.

[1]) Garraud. Précis du droit criminel. 1892. p. 593.

ничено ни различіемъ между отдѣльными видами преступныхъ дѣяній, ни различіемъ между обвиняемыми, имѣющими осѣдлость и не имѣющими ея. Эти пробѣлы восполнялись проектомъ ле—Руайе 1879 года, который въ 71 ст. допускалъ по прежнему свободное усмотрѣніе, но давалъ общія указанія относительно осѣдлости, рода преступленія и вѣроятности неявки [1]). Призванный по приказу о явкѣ долженъ быть допрошенъ немедленно, приведенный же—не позже 24 часовъ (непонятно, почему также не немедленно) (ст. 93).

Что касается формы, исполненія и органовъ, издающихъ эти приказы, то объ этомъ мы будемъ говорить при изложеніи приказовъ объ арестѣ, такъ какъ эти дѣйствія общи какъ тѣмъ, такъ и другимъ.

Mandat d'ârret et mandat de depôt—приказы, данные представителю исполнительной власти, чтобы онъ отвелъ обвиняемаго въ домъ предварительнаго заключенія и передалъ привратнику этого дома, а тотъ принялъ бы приведеннаго [2]). Гранью, отдѣляющей первые два приказа отъ вторыхъ, служитъ допросъ обвиняемаго. Онъ является необходимымъ условіемъ для назначенія этихъ двухъ видовъ приказовъ, влекущихъ за собою предварительное заключеніе. Исключеніемъ является только случай бѣгства обвиняемаго (ст. 93). Различіе между этими двумя родами приказовъ, назначающихъ предварительное заключеніе, состоитъ въ томъ, что первый—mandat d'ârret—предоставляетъ обвиняемому больше гарантій. Онъ долженъ сопровождаться заключеніемъ прокурора, согласнымъ съ предложеніемъ слѣдственнаго судьи, указывать на фактъ, за который онъ назначенъ, и цитировать законъ, по которому данное дѣйствіе есть преступленіе. Мотивировка эта является естественнымъ послѣдствіемъ необходимости заключеній прокурора (ст. 94, 96). Несмотря на такое существенное различіе, оба вида мандатовъ часто смѣшиваются.

---

[1]) Этотъ проектъ, какъ извѣстно, не получилъ утвержденія. Ср. Ch. Morizot-Thibault. Des Reformes de l'instruction criminelle p. 270. Revue du droit public. t. XVIII 1902 № 5. Sept. Octobre. Flamand. Etude sur la detention preventive. 1877.

[2]) Текстъ этихъ приказовъ см. Flamand. Etude sur la dét. prév. p. 25.

Слѣд. судьи, стремясь къ сокращенію своей работы и устраненію провѣрки, назначаютъ почти исключительно mandat de depôt, превращая постановленіе о mandat d'ârret въ мертвую букву. Законъ же не опредѣляетъ случаевъ, когда каждый изъ нихъ долженъ примѣняться [1]). Впрочемъ, существуетъ одно различіе,—относительно правъ казны—дѣлающее обязательнымъ примѣненіе здѣсь mandat d'arrêt: по mandat d'arrêt казна имѣетъ преимущество въ покрытіи своихъ расходовъ на преслѣдованіе изъ имущества обвиняемаго. Выдача этихъ приказовъ, а слѣдовательно и предварительное заключеніе, запрещены при преступленіяхъ, не влекущихъ тюремнаго заключенія или наказанія болѣе тяжкаго (ст. 94). Однако это ограниченіе оставляетъ довольно широкіе предѣлы для примѣненія предварительнаго заключенія, такъ какъ минимальный срокъ этого заключенія не обозначенъ.

Форма приказовъ, общая для всѣхъ, состоитъ въ обозначеніи въ приказѣ: 1) компетентнаго должностного лица, 2) подписи и печати слѣдственнаго судьи и 3) возможно ясного означенія имени или примѣтъ обвиняемаго. Нарушеніе одного изъ указанныхъ условій влечетъ за собою ничтожность самого приказа.

Исполненіе приказовъ производится черезъ прокурора республики, которому слѣдственный судья долженъ ихъ переслать. Только въ отсутствіи прокурора онъ можетъ дать предписаніе о непосредственномъ исполненіи приказа (ст. 59). Прокуроръ передаетъ соотвѣтственныя распоряженія приставамъ (huissies) или чинамъ полиціи (ст. 97). Приказы о явкѣ и приводѣ на практикѣ большею частью приводятся въ исполненіе помимо прокурора. Исполненіе приказовъ сопряжено съ рядомъ формальностей. При вручении приказа о явкѣ требуется личная подпись обвиняемаго о полученіи. Приказъ о приводѣ

---

[1]) Упраздненіе потерявшаго всякій смыслъ различія этихъ приказовъ настойчиво требуется почти всѣми теоретиками. См. Coulon. De la liberté individuelle. 1901. p. 111. Кулонъ предлагаетъ сохранить mandat de depôt лишь для нѣкоторыхъ исключительныхъ, строго опредѣленныхъ въ законѣ случаевъ. F. Hélie полагаетъ, что дѣйствующее законодательство предписываетъ, какъ общее правило, примѣненіе mandat d'ârret § 1966 t, IV p. 633.

исполняется обыкновенно жандармской полиціей, при чемъ законъ указываетъ, что принужденіе по возможности должно быть избѣгаемо. Арестъ можетъ производиться какъ днемъ, такъ и ночью, но проникать въ домъ можно только днемъ. Приказы эти имѣютъ силу по всей странѣ. Обвиняемому вручается копія съ приказа (ст. 97, 98). Если лицо, подлежащее приводу или аресту, находится внѣ округа, то по задержаніи его слѣдуетъ привести къ мировому судьѣ или, если послѣдній отсутствуетъ, къ мэру или мѣстному полицейскому коммисару, который просматриваетъ приказъ, не мѣшая его исполненію. Если черезъ два дня послѣ изданія приказа о приводѣ обвиняемый застигнутъ внѣ округа судьи, издавшаго приказъ, на разстояніи пяти миріаметровъ, то его уже нельзя принуждать подчиниться этому приказу, но въ такихъ случаяхъ мѣстный прокуроръ назначаетъ приказъ о предварительномъ заключеніи (mandat de depôt). Однако, если при обвиняемомъ тогда найдены несомнѣнныя улики виновности, то приказъ о приводѣ долженъ быть приведенъ въ исполненіе (ст. 100). Прокуроръ не можетъ однако задерживать долго такого заключеннаго, и въ теченіе 24-хъ часовъ обязанъ передать протоколъ допроса полицейскому чиновнику, представившему приказъ о приводѣ, который, въ свою очередь, долженъ въ такой же срокъ сообщить его слѣдственному судьѣ (ст. 101, 102).

Однако отсутствіе надежныхъ гарантій этихъ правилъ вызвало на практикѣ многочисленныя отступленія отъ нихъ. Только законъ 8 декабря 1897 года, для обезпеченія дѣйствительности ст. 93 о производствѣ допроса въ суточный срокъ, сдѣлалъ въ ней слѣдующее добавленіе: „по истеченіи этого срока (24-хъ часовъ послѣ задержанія) обвиняемый долженъ быть приведенъ, безъ всякаго новаго срока, заботами начальника мѣста заключенія къ прокурору республики, который потребуетъ немедленнаго допроса его слѣдственнымъ судьею. Въ случаѣ отказа, отсутствія или надлежащимъ образомъ установленнаго препятствія со стороны слѣдственнаго судьи, обвиняемый долженъ быть допрошенъ безъ замедленія по требованію прокуратуры предсѣдателемъ суда или судьей,

котораго тотъ назначитъ, при отсутствіи чего прокуроръ республики прикажетъ немедленно отпустить на свободу обвиняемаго". Во второй части ст. 2 новаго закона установлены санкціи за нарушеніе этой обязанности: „Всякій обвиняемый, задержанный по приказу о приводѣ, который въ нарушеніе предшествовавшаго параграфа будетъ задержанъ въ теченіе болѣе 24-хъ часовъ въ домѣ заключенія или ареста, не будучи допрошеннымъ слѣдственнымъ судьею или приведеннымъ къ прокурору, какъ было выше указано, будетъ разсматриваться какъ произвольно задержанный".

Всѣ начальники мѣстъ заключенія, всѣ прокуроры республики, которые не поступятъ согласно съ распоряженіями предшествующаго 2-го параграфа, будутъ преслѣдуемы, какъ виновные въ преступленіяхъ противъ свободы, и наказываемы: прокуроры республики или другіе чины прокуратуры наказаніями, указанными въ ст. 119 угол. кодекса, начальники мѣстъ заключенія—наказаніями, указанными въ 120 ст. того же кодекса, независимо отъ санкціи ст. 112 по отношенію къ секретарю, слѣдственному судьѣ и прокурору республики" (ст. 2 зак. 1897 года) [1]). Далѣе 100 же статья новымъ закономъ измѣнена въ томъ отношеніи, что разстояніе, на которомъ теряетъ дѣйствіе приказъ о приводѣ, увеличено до 10 миріаметровъ и двухдневный срокъ отмѣненъ. Задержанный долженъ немедленно быть приведенъ къ прокурору (ст. 4), который, удостовѣрившись въ тождествѣ его личности, подвергаетъ его допросу съ предупрежденіемъ, что онъ не обязанъ отвѣчать, если не желаетъ, на предлагаемые ему вопросы, и спрашиваетъ его, согласенъ ли онъ быть пересланнымъ или же предпочитаетъ, чтобы дѣйствіе приказа о приводѣ было продолжено до тѣхъ поръ, пока не получится рѣшеніе слѣдственнаго судьи, занятаго его дѣломъ. Въ случаѣ отказа отъ пересылки, судья, издавшій приказъ, немедленно поставляется въ извѣстность. Ему немедленно высылаются протоколъ явки и указанія, по которымъ установлено тождество лица. Въ этомъ протоколѣ должно быть

[1]) Bregeault et Albanel. Commentaire au loi 8 Dec. 1897. 1898.

указано, что обвиняемый былъ предупрежденъ о томъ, что онъ свободенъ не отвѣчать на предлагаемые ему вопросы. Слѣдственный судья немедля постановляетъ свое рѣшеніе по этому предмету (ст. 5 и 6). Постановленія закона 8 дек. 1897 г. сдѣлали ст. 93 дѣйствительно исполняемой. Безъ установленныхъ во 2-ой ст. гарантій, постановленіе о допросѣ въ теченіе сутокъ, какъ можно видѣть на примѣрѣ Россіи и Италіи, остается мертвою буквой въ весьма многочисленныхъ случаяхъ. Съ другой стороны они упростили производство по задержанію обвиняемаго, находящагося на разстояніи, превышающемъ 10 міріаметровъ, предоставивъ вмѣстѣ съ тѣмъ больше правъ лицу задержанному.

Циркуляръ Министра Юстиціи отъ 16 іюля 1896 года устанавливаетъ рядъ формальныхъ ограниченій при выполненіи приказа объ арестѣ (mandat d'âtret) [1]). Если обвиняемый арестованъ внѣ округа должностного лица, издавшаго приказъ, то онъ долженъ быть приведенъ къ прокурору, который лично провѣритъ, примѣнимъ ли приказъ объ арестѣ къ этому лицу, и выслушаетъ заявленія послѣдняго. Протоколъ объ этомъ передается чинамъполиціи, на обязанности которыхъ лежитъ пересылка обвиняемаго, и долженъ быть пріобщенъ къ дѣлу. Въ случаѣ оправдательныхъ ссылокъ, представленныхъ обвиняемымъ, по которымъ можно заключить, что не существуетъ тождества между задержаннымъ лицомъ и лицомъ, означеннымъ въ приказѣ объ арестѣ, или что задержанный не причастенъ къ вмѣняемому ему преступленію, прокуроръ республики долженъ немедленно телеграфировать о томъ магистрату, издавшему приказъ, который подъ своей отвѣтственностью назначитъ рѣшеніе, которое и слѣдуетъ принять относительно пересылки обвиняемаго. Такимъ путемъ устраняется часто напрасное задержаніе и пересылка иногда ни въ чемъ неповиннаго задержаннаго лица.

Въ случаѣ если обвиняемый, противъ котораго былъ изданъ приказъ о приводѣ, не могъ быть найденъ, этотъ приказъ представляется мэру или его помощнику или полицей-

---

[1]) Bregeault et Albanel. Цит. Соч. 1898. p. 57.

скому коммисару по мѣсту жительства обвиняемаго, которые расписываются въ просмотрѣ этого приказа. Относительно mandat d'arrêt существуетъ нѣкоторая разница (ст. 105) въ исполненіи. Въ случаѣ, если нельзя было найти обвиняемаго, приказъ объ арестѣ долженъ былъ предъявленъ въ его послѣднемъ мѣстѣ жительства и тамъ долженъ быть произведенъ распросъ въ присутствіи двухъ близкихъ сосѣдей обвиняемаго, какихъ только могъ найти носитель приказа. Сосѣди подписываютъ протоколъ допроса. Носитель приказа объ арестѣ передаетъ для просмотра этотъ протоколъ мировому судьѣ или его замѣстителю, или, при отсутствіи ихъ, мэру, его помощнику или полицейскому коммисару и оставляетъ ему копію (ст. 109).

За нарушеніе формальностей, предписанныхъ для судебныхъ приказовъ, виновный всегда наказывается штрафомъ не менѣе, чѣмъ въ 50 франковъ. Отвѣтственности подлежатъ въ случаѣ нарушенія формальностей секретарь, слѣдственный судья и прокуроръ, которые въ случаѣ причиненія убытковъ, могутъ подвергаться и гражданской отвѣтственности (112 ст.).

Право арестованія безъ предварительнаго судебнаго приказа—полицейскій арестъ—во Франціи регулированъ слабѣе, чѣмъ въ Англіи. Ст. 106 фр. уст. уг. суд. гласитъ: „Всякій представитель публичной власти и даже всякое лицо обязано задержать обвиняемаго, захваченнаго во время совершенія преступленія (délit flagrant), или преслѣдуемаго общимъ крикомъ (clameur publique) или въ случаяхъ, подобныхъ поимкѣ во время совершенія преступленія (quasi flagrant délit), и обязано привести его къ прокурору, не нуждаясь въ приказѣ о приводѣ, если тяжкое преступленіе или преступленіе влечетъ за собою уголовное или обезчещивающее наказаніе (peine afflictive ou infamante)".

Случаями quasi flagrant délit считаются нахожденіе при обвиняемомъ орудій преступленія, слѣдовъ и бумагъ, заставляющихъ предполагать, что онъ является виновникомъ.

Къ представителямъ публичной власти относятся: 1) чины жандармской полиціи, 2) городскіе сержанты и стражи, 3) по-

левые и лѣсные сторожа, 4) чины акцизнаго вѣдомства (сборщики податей и пр.), 5) иные стражи, давшіе установленную присягу. Задержаніе преступниковъ во время совершенія ими преступленія является существенной обязанностью перечисленныхъ лицъ.

Отъ произвольныхъ арестовъ безъ судебнаго приказа охраняетъ ст. 609, которая угрожаетъ преслѣдованіемъ и наказаніемъ, въ качествѣ виновнаго въ произвольномъ задержаніи, стражнику, принявшему отъ другого или задержавшему кого-либо, не имѣя на то приказа, изданнаго въ формѣ, предписанной закономъ. Однако на дѣлѣ слышны постоянныя жалобы на отступленія отъ закона вслѣдствіе исключительныхъ полномочій, предоставленныхъ начальникамъ полиціи, и на частыя задержанія не только по указаннымъ въ ст. 106 преступленіямъ и проступкамъ, но и по проступкамъ, влекущимъ за собою наказаніе исправительное и даже по одному только подозрѣнію [1]). Требованіе, чтобы виновный былъ застигнутъ flagrant délit, на практикѣ почти отброшено и обвиняемые арестуются по одному даже подозрѣнію [2]). Кромѣ указанныхъ полицейскихъ органовъ, и прокурору предоставлено въ широкомъ объемѣ право отдавать приказъ объ арестѣ обвиняемыхъ, противъ которыхъ существуютъ важныя улики и которые находятся въ его присутствіи. Если же обвиняемый не находится на лицо, то прокуроръ можетъ издать приказъ о приводѣ. Послѣ привода прокуроръ долженъ немедленно допросить обвиняемаго (ст. 40). Лица, аре-

---

[1]) Bougon. Détention prevéntive 1880. Flamand. Etude sur la det. prév. 1877 p. 79—80.

[2]) Boitard считаетъ конецъ 106 ст. недосмотромъ. Фостэнъ Эли настаиваетъ однако на необходимости точнаго соблюденія закона. Flamand занимаетъ среднее положеніе, присоединяясь въ общемъ къ Эли. Интересно то, что самъ законъ 1863 года въ 1-ой статьѣ противорѣчитъ этому постановленію: „Каждый, задержанный на мѣстѣ преступленія за преступленіе, караемое исправительнымъ наказаніемъ, долженъ быть приведенъ къ прокурору республики". Еще большему ограниченію подверглось право ареста лицъ, состоящихъ на дѣйствительной военной службѣ. Лица, состоящія на дѣйствительной военной и морской службахъ, не могутъ быть арестуемы, кромѣ случаевъ поимки на мѣстѣ преступленія, *иначе какъ по приказанію ихъ начальства* (ст. 88 военнаго кодекса).

стованныя при совершеніи преступленія или въ случаяхъ подобныхъ этому, подлежатъ суду въ упрощенномъ порядкѣ (ст. 41 и 46), причемъ прокуроръ можетъ задерживать ихъ до 3-хъ сутокъ. Предварительное слѣдствіе передается прокурору, который, безъ участія слѣдственнаго судьи, принимаетъ всѣ мѣры разслѣдованія (законъ 20 мая 1863 года [1]).

Органами, имѣющими право назначать судебные приказы, являются: 1) *Слѣдственный судья*, усмотрѣніе котораго въ этомъ отношеніи имѣетъ весьма обширные предѣлы [2]). Только въ случаѣ изданія приказа объ арестѣ (mandat d'ârret) онъ долженъ испросить заключеній прокурора. Передача права на примѣненіе приказовъ о приводѣ, арестѣ и предварительномъ заключеніи со стороны слѣдственнаго судьи не допускается (ст. 283). Кассаціонная практика распространяетъ это постановленіе и на приказъ о явкѣ [3]). 2) Въ нѣкоторыхъ случаяхъ *прокуроръ республики*. Про приказъ о приводѣ въ случаяхъ flagrant délit мы уже говорили. Послѣ допроса приведеннаго обвиняемаго, прокуроръ можетъ назначить приказъ о заключеніи (mandat de depôt), который не можетъ продолжаться болѣе 24-хъ часовъ, въ теченіе какового срока заключенный долженъ быть представленъ въ засѣданіе суда. До закона 1863 года прокуроръ не имѣлъ этого права. По 46 ст. С. І. С. прокуроръ можетъ издавать приказъ о приводѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ о преступленіи, совершенномъ внутри дома, и хозяинъ дома потребовалъ его прибытія для констатированія факта. *Лица, замѣняющія прокурора:* мировые судьи, жандармскіе офицеры, мэры, ихъ помощники, полицейскіе коммисары могутъ вполнѣ замѣнять

---

[1]) Carraud. Precis. p. 608—610. Dutruc. Code de la det. prev. p. 115—202.

[2]) F. Hélie. Traite t. IV p. 68. „Quels pouvoirs immenses entre les mains de ce juge! Quelle réunion des fonctions distinctes et importants! Quels droits presque illimités sur les personnes et sur les choses!“ Послѣ упраздненія chambre de conseil власть эта необыкновенно усилилась, безъ того, чтобы были введены новыя ограниченія усмотрѣнія судьи. Только законъ 8 дек. 1897 г. внесъ нѣкоторый коррективъ въ видѣ защиты на предварительномъ слѣдствіи.

[3]) Faustin Héile. Traité. t. IV. p. 626 n. 1961. Flamand. op. cit. p. 63 придерживается противоположнаго мнѣнія.

прокурора въ случаяхъ поимки при совершеніи преступленія. 3) *Аппеляціонный судъ* по 235 ст. можетъ поручать одному изъ своихъ членовъ слѣдственныя дѣйствія, въ томъ числѣ и изданіе судебныхъ приказовъ. 4) *Судъ исправительный* можетъ назначить противъ обвиняемаго приказъ объ арестѣ или заключеніи, если признаетъ, что преступленіе, представленное на его разсмотрѣніе, влечетъ за собою уголовное или позорящее наказаніе (ст. 193). 5) Правомъ издавать приказъ о приводѣ обладаетъ и *судъ, разсматривающій дѣла*, когда онъ обнаруживаетъ слѣды преступленія (ст. 462). 6) *Предсѣдатель суда присяжныхъ*, первый предсѣдатель судовъ аппеляціоннаго кассаціоннаго обладаютъ также въ нѣкоторыхъ случаяхъ этимъ правомъ [1]). Кромѣ перечисленныхъ судебныхъ органовъ право ареста по особому приказу предоставлено нѣкоторымъ административнымъ органамъ. Такъ, ст. 10 фр. уст. уг. суд. гласитъ: «*Префекты* департаментовъ и полицейскій префектъ въ Парижѣ могутъ производить лично или требовать исполненія у чиновъ судебной полиціи, каждый въ томъ, что его касается, принятія всѣхъ необходимыхъ дѣйствій, относящихся къ констатированію тяжкихъ преступленій, преступленій и проступковъ, и представлять виновниковъ въ соотвѣтственные суды, для наказанія ихъ согласно ст. 8 CIC.» Это чрезмѣрное право полицейскихъ органовъ замѣнять и предупреждать слѣдственнаго судью служитъ источникомъ многочисленныхъ злоупотребленій. Оно, какъ можно видѣть изъ содержанія приведенной статьи, не ограничено ни тяжестью грозящаго наказанія, ни указаніемъ тѣхъ основаній, ради которыхъ эти дѣйствія могутъ быть принимаемы, ни срокомъ ихъ дѣйствія, ни, наконецъ, указаніемъ на ихъ исключительность. Единственное ограниченіе—это требованіе приказа префекта, но его, конечно, нельзя признать гарантіей правильности, ибо произвольныя дѣйствія высшихъ полицейскихъ чиновъ опасны для свободы гражданъ значительно больше, чѣмъ органовъ низшихъ, такъ какъ власть послѣднихъ уже,

---

[1]) Flamand цит. соч. стр. 73—74.

политическія тенденціи—слабѣе, обжалованіе—доступнѣе [1]). Такое полномочіе полицейскихъ префентовъ явилось предметомъ горячихъ нападокъ во французской литературѣ. Фостэнъ Эли ограничиваетъ примѣненіе этого права на основаніи правила ст. 106 лишь случаями flagrant délit [2]) Фламанъ, однако, расширяетъ его примѣненіе, не находя въ законѣ поддержки мнѣнію Эли [3]) Недавно вопросъ этотъ подвергся оживленному обсужденію въ Парижскомъ Главномъ Обществѣ Тюремъ, по докладу Лярнода. На полной отмѣнѣ этого параграфа настаивали Бартелеми, Макъ, Пти, Лярнодъ—выдающіеся французскіе профессора и публицисты; Пуатевенъ и проф. Гарсонъ предлагали значительныя ограниченія. Защитниками выступили полицейскій префектъ Парижа Пюибро, слѣд. судья Жоли и Лелуаръ. При голосованіи въ коммисіи этого вопроса большинствомъ одного голоса было рѣшено принципіально сохраненіе ст. 10, но съ различными ограниченіями [4]). Мы не будемъ теперь останавливаться на подробныхъ соображеніяхъ, высказанныхъ въ коммисіи, ука-

---

[1]) Garraud. Precis du droit criminel 1904 p.707. замѣчаетъ „Le droit de faire personnellement les actes de la competence des officiers de police judiciaire ajoute au liste des agents judiciaires un fonctionnaire de l'ordre administratif, plus puissant, qu'aucun d'eux, reunissant en ses mains, les pouvoirs de tous, placé en dehors de la hiérarchie et de la surveillance judiciaires et responsable seulement des ses actes devant le ministre de l'interieur. C'est une anomalie, qui devrait disparaître pour permettre de rentrer dans la règle, qui interdit aux administrateurs toute inmixtion dans les fonctions judiciaires. Des poivoirs de préfets ne trouvent de restriction ni dans la nature des actes à faire, ni dans la nature de l'infraction à iustruire".

[2]) F. Hélie. Traite т. IV p. 183.

[3]) Flamand цит. с. p. 76.

[4]) Rev Penit. 1901 № 2 и № 7. p. 1174. Вопросъ этотъ служилъ однимъ изъ центральныхъ. Ст. 10 въ заключеніе преній редактирована слѣд. образомъ: „Въ случаѣ крайней необходимости полицейскій префектъ Парижа можетъ производить лично или приказывать чинамъ судебной полиціи, каждому, въ чемъ его касается, производить всѣ необходимые акты для констатированія преступленій, проступковъ и правонарушеній подъ обязательствомъ переслать въ 24 часа производство прокурору Республики.

Наказанія, указанныя въ ст. 3 зак. 8 дек. 1897 г. примѣняются къ каждому стражнику, который удерживая гдѣ либо обвиняемаго, хотя бы даже по приказанію полицейскаго префекта, не привелъ его къ прокурору республики въ 24 часа".

жемъ только, что защитники этого права префекта указывали на необходимое въ рѣшительныхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, не терпящихъ отлагательства, расширеніе полицейской власти, хотя тѣ примѣры, которые были ими приводимы, не показывали этого съ достаточной ясностью. Въ настоящее время почти въ каждую сессію вносятся проекты объ отмѣнѣ ст. 10 и есть основаніе предполагать скорое осуществленіе такой отмѣны [1]).

Прекращеніе силы приказовъ объ арестѣ и заключеніи (mainlevée de mandat) возможно по закону 1865 года въ теченіе всего слѣдствія, какова-бы ни была природа нарушенія. Первоначально эта возможность закономъ 1855 года была предоставлена только при приказѣ о заключеніи (mandat de depôt). По ст. 94 слѣдственный судья можетъ, согласно съ однородными заключеніями прокурора республики, какова бы ни

---

[1]) Предложенія реформы ст. 10 отдѣльныхъ авторовъ см. Coulon De la liberté individuelle 1901. Germain. Lib. Iudiv. (Lois nouv. 1902. № 15). 4 ноября въ палатѣ г. Бернаръ внесъ предложеніе объ отмѣнѣ ст. 10 (R. P. 1901 p. 1495). Мирманъ въ палатѣ депутатовъ отъ 20 января 1902 г. предлагалъ, чтобы производство ареста по приказу судьи было ограничено лишь случаями сознанія обвиняемаго или неимѣніемъ мѣстожительства и чтобы была установлена большая наказуемость нарушенія правилъ о личной свободѣ. 16 декабря 1904 г. въ Сенатъ было внесено предложеніе депутата Clemenceau который предлагаетъ отмѣну ст. 10. „Toutes les circonstances, où, dit on, sans le procédé de l'art. 10, la préfecture ne pourrait seconder la justice, apparaissent, comme constituant des cas de flagrant délit ou des espèces prevues par des dispositions speciales, dans lesquels par consequant les détenteurs de la puissance publique n'ont aucun besoin pour agir de support de l'art. 10 (p. 40). Черезъ нѣсколько мѣсяцевъ, именно 3 февраля 1905 г., въ палату было внесено новое предложеніе Cruppi, который придерживается взгляда на необходимость отмѣны права ареста, принадлежащаго префектамъ, но соглашается въ исключительныхъ случаяхъ признать за ними право по констатированію преступныхъ дѣяній, т. е. воспроизводитъ постановленія, проекта 1879 г., Le-Rouer. Cruppi въ своемъ проектѣ подчеркиваетъ также предварительный характеръ ареста: „en cas de crime ou de délit flagrant, l'individu arrêté devra être immediatement ou au plus tard dans les 24 heurs conduit devant le juge d'instruction qui decidera si l'arrestation doit être maintenue et qui delivera dans ce cas un mandat de depôt. (См. Rev. Pen. 1905. № 3 p. 356—366). По словамъ Garaud (o. c. p. 708) текстъ ст. 10 превзошелъ мысли законодателя, имѣвшаго въ виду только случаи flagrant délit, т. е. произошло то же, что и у насъ съ полицейскимъ арестомъ. Судебная практика распространяетъ это право и за предѣлы flagrant délit.

была природа преступленія, прекращать силу приказа объ арестѣ или заключеніи, обязавъ обвиняемаго являться ко всѣмъ дѣйствіямъ слѣдствія немедленно, въ случаѣ требованія. Такимъ образомъ приказъ о заключеніи, который можетъ быть назначенъ безъ выслушанія мнѣній прокурора, не можетъ быть отмѣненъ безъ этого. Указаніе на то, что отмѣна приказа не можетъ сопровождаться обжалованіемъ, имѣетъ значеніе лишь по отношенію къ гражданскому истцу: прокуроръ этого права не имѣетъ, представляя раньше свои заключенія. Въ случаѣ если прокуроръ или обвиняемый просятъ у слѣдственнаго судьи о прекращеніи дѣйствія приказа и если судья считаетъ неудобнымъ исполнить эту просьбу, то онъ не долженъ составлять особаго постановленія съ заявленіемъ о своемъ несогласіи.

Обжалованіе постановленія судьи, который не издалъ противъ обвиняемаго приказа о заключеніи или арестѣ, не допускается. Слѣдственный судья можетъ, несмотря на требованіе прокурора, отказаться отъ назначенія предварительнаго заключенія. На основаніи постановленія ст. 61 судья не требуетъ предварительныхъ заключеній прокурора при назначеніи приказовъ о приводѣ, явкѣ и заключенія (dépôt). Правда, законъ 1856 года въ ст. 35. предоставилъ прокурору право обжалованія, но лишь когда слѣдствіе будетъ закончено. Однако на практикѣ примѣняется положеніе, что всѣ постановленія слѣдственнаго судьи могутъ быть обжалованы прокуроромъ даже до окончанія слѣдствія. Жалобы представляются въ обвинительную камеру. Что же касается имѣвшагося у гражданскаго истца права на обжалованіе непринятія предварительнаго заключенія, то закономъ 1856 года оно было отъ него отнято. Въ настоящее же время ему предоставлено (ст. 135) право обжалованія постановленій судьи о денежномъ обезпеченіи и всѣхъ тѣхъ постановленій, которыми наносится ущербъ его интересамъ.

Наконецъ, обвиняемый можетъ воспользоваться этимъ правомъ въ двухъ случаяхъ: 1) когда судья отказался отпустить его на свободу (ст. 114), 2) когда судья некомпетентенъ ratione loci, materiae, personae (ст. 539). Французскій ко-

декъ предоставляетъ мало гарантій обвиняемому. Подозрѣвая судью въ несправедливости, обвиняемый лишь можетъ просить прокурора о передачѣ дѣла другому судьѣ. Ему предоставлено право жаловаться на доносителя, принесшаго завѣдомо ложный доносъ. Такой доноситель наказывается уплатой вознагражденія потерпѣвшему независимо отъ кары, установленной въ ст. 373 уг. ул. Жалобы обвиняемаго должны быть представлены секретарю суда первой инстанціи; срока для подачи ихъ не установлено.

Положеніе обвиняемаго во время предварительнаго заключенія можно разсматривать съ точки зрѣнія матеріальнаго положенія—режима заключенія и съ точки зрѣнія предоставленныхъ ему средствъ защиты.

Въ Парижѣ каждый обвиняемый проходитъ черезъ депо полицейской префектуры, расположенной возлѣ судебной палаты. Тамъ онъ ожидаетъ и допроса. Отуда его переводятъ въ домъ предварительнаго заключенія—Mazas, а для женщинъ—Saint Lasar, съ одиночнымъ заключеніемъ. Въ провинціи же система одиночнаго заключенія рѣдко гдѣ примѣняется, за недостаткомъ мѣстъ. Хотя работа необязательна, но большинство заключенныхъ просятъ работы. Надзоръ за домами предварительнаго заключенія (maisons d'ârret) лежитъ на префектахъ, слѣдственныхъ судьяхъ и мэрахъ. Наблюденіе надъ законностью задержанія и за противозаконнымъ лишеніемъ свободы въ мѣстахъ иныхъ, чѣмъ тѣ, которыя назначены для предварительнаго заключенія, лежитъ на обязанности мировыхъ судей, прокуратуры и слѣдственныхъ судей.

Изъ мѣръ спеціальнаго режима для обвиняемыхъ, относительно которыхъ существуетъ опасеніе въ возможности стачки съ соучастниками и свидѣтелями, примѣняется во Франціи особая мѣра—*mise au secret*, для благозвучія именуемая—interdiction de communiquer. Вслѣдствіе спеціальнаго интереса, который вызываетъ эта мѣра, мы позволимъ себѣ нѣсколько подробнѣе остановиться на разсмотрѣніи ея.

До закона 1865 года запрещеніе сношеній примѣнялось безо всякихъ ограниченій. Коммисія, составлявшая законъ

1865 года, не приняла на себя инициативы въ измѣненіи закона, ограничившись воспроизведеніемъ постановленія, которое уже находилось въ проектѣ закона 1842 года и которое въ 1852 году съ легкими измѣненіями было введено въ бельгійское законодательство (Бельг. законъ 18 февр. 1852 г. ст. 29, 30, 31).

Въ запискѣ коммисіи говорилось: „Каждый годъ возникаютъ жалобы въ Законодательномъ Корпусѣ противъ нашихъ уголовныхъ законовъ; тайна тамъ признается пыткой. Почему же не прекратить эти преувеличенія и не исчерпать источникъ этихъ нападковъ, краснорѣчіе которыхъ очень сильно и которыя уменьшаютъ уваженіе къ закону? Если бы имѣлось въ виду уже одно это преимущество, то такое добавочное постановленіе было бы вполнѣ оправдано. Да и какъ же признать его ненужнымъ, когда въ 1842 году коммисія палаты депутатовъ, въ которой большинство членовъ были магистраты, внесла его въ проектъ въ тѣхъ же самыхъ выраженіяхъ, въ которыхъ онъ воспроизведенъ въ настоящее время?“ [1]). Однако, одинъ изъ депутатовъ Ianzé принципіально возставалъ противъ сохраненія mise au secret. „Я жалѣю,— говоритъ онъ—что эта мѣра предоставлена усмотрѣнію слѣдственнаго судьи даже въ тѣхъ границахъ, которыя указаны въ проектѣ коммисіи, потому что я полагаю, что она служитъ принудительнымъ средствомъ къ сознанію въ преступленіяхъ, даже когда ихъ не совершали.“. Депутатъ Сенека предлагалъ ограниченіе 20 днями, установленное позднѣе закономъ 1897 года.

Насколько незначителенъ интересъ правосудія былъ къ сохраненію этой мѣры, видно изъ статистическихъ данныхъ. При 55.841 случаѣ предварительнаго заключенія въ 1864 году было 546 (т. е. 1%) interdictions de communiquer. Съ 1865 года начинаютъ вводиться ограниченія усмотрѣнія судьи, по крайней мѣрѣ въ томъ, что касается продолжительности дѣйствія этой мѣры.

Code d'instructon criminelle изд. 1865 г. art. 613 указывалъ

[1]) Dutruc. Code de la detention prévéntive p. 131—133.

безъ всякихъ мотивовъ мѣру противъ нежелательнаго и вреднаго участія обвиняемаго въ процессѣ: „Когда слѣдственный судья сочтетъ должнымъ предписать по отношенію къ обвиняемому прекращеніе сношеній, онъ можетъ это сдѣлать только посредствомъ постановленія, которое будетъ записано въ регистръ тюрьмы.—Это запрещеніе не можетъ простираться *болѣе десяти дней, но можетъ быть возобновляемо.* О немъ извѣщается генеральный прокуроръ“ [1]).

Ст. 8 закона 7 дек. 1897 года замѣнила 613 статью слѣдующимъ постановленіемъ: „Если обвиняемый остается задержаннымъ, то онъ пользуется тотчасъ же послѣ первой явки свободнымъ сношеніемъ съ защитникомъ. Конечная часть, прибавленная закономъ 14 іюля 1865 года къ ст. 613 уст. уг. суд., отмѣняется въ томъ, что касается домовъ предварительнаго заключенія съ господствомъ одиночнаго режима (maisons d'ârret et de depôt cellulaires). Во всѣхъ другихъ помѣщеніяхъ слѣдственный судья будетъ имѣть право предписывать прекращеніе сношеній на срокъ въ десять дней. Онъ будетъ имѣть право возобновить его, но только на новый періодъ въ *десять дней.* Прекращеніе сношеній ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть примѣнено къ защитнику обвиняемаго“.

Въ сенатѣ было предложеніе о полной отмѣнѣ назначенія прекращенія сношеній, но несмотря на горячую защиту г. Трарье, это предложеніе было отвергнуто. Нахожденіе обвиняемаго подъ стражей въ одиночной тюрьмѣ по новому закону уже само собой исключаетъ возможность примѣненія запрещенія сношеній. Циркуляръ министра юстиціи говоритъ: „Дѣйствительно было признано, что даже условія защиты дѣлаютъ безполезнымъ въ этомъ случаѣ mise au secret. [2]). При этомъ можетъ быть принята предосторожность, состоящая въ томъ, что судья можетъ приказать держать обвиняемаго въ одиночномъ заключеніи, если вслѣдствіе переполненія тюремъ придется заключать по нѣскольку обвиняемыхъ въ одну

---

[1]) Вторая часть этой статьи была добавлена по закону 14 іюля 1865 г.

[2]) Bregeault et Albanel. Commentaire. La reforme de l'instruction préalable 1898. p. 91.

камеру. Другимъ существеннымъ постановленіемъ является ограниченіе 20 днями, которое не можетъ быть продолжено, несмотря на важность преступленія".

Министръ юстиціи въ томъ же циркулярѣ, выпущенномъ по поводу закона 1897 года, указываетъ, что слѣдственные судьи и по истеченіи 20-дневнаго срока могутъ принимать мѣры къ воспрепятствованію сношеній между нѣсколькими обвиняемыми въ одномъ и томъ же преступленіи, находящимися въ одной и той же тюрьмѣ, и что ограниченія сношеній не должны разсматриваться какъ незаконное возобновленіе. Если принять во вниманіе, что большинство тюремъ въ Парижѣ и крупныхъ центрахъ имѣютъ одиночную систему, а другіе смѣшанную, то можно будетъ заключить, что судья почти всегда съумѣетъ достичь въ случаѣ нужды тѣхъ же результатовъ, какіе достигались и при дѣйствіи ст. 613 прежней редакціи. Сохраненіе этой мѣры показываетъ, насколько еще крѣпки во Франціи начала инквизиціоннаго процесса и насколько необходимо для успѣха преслѣдованія парализованіе дѣятельности обвиняемаго [1]).

Законъ не можетъ перечислять случаевъ, когда примѣненіе этой мѣрой является необходимымъ для правосудія, ибо они настолько трудно констатируемы и случайны, что остается только ограничить примѣненіе ея наиболѣе важными преступленіями, предоставивъ примѣненіе ея благоразумію и умѣренности судьи. Такъ поступилъ и законъ 1897 года.

Въ правовомъ положеніи заключеннаго обвиняемаго законъ 1897 года произвелъ значительныя измѣненія. Какъ было упомянуто, обвиняемый послѣ перваго допроса имѣетъ право, котораго его не можетъ лишить и судья никакимъ приказомъ, совѣщаться со своимъ защитникомъ. Съ введеніемъ по тому же закону защиты на предварительномъ слѣдствіи и съ расширеніемъ правъ защитника въ камерѣ слѣдственнаго судьи, обвиняемому предоставлена нѣкоторая возможность болѣе активнаго вліянія на направленіе и резуль-

[1]) См. A. Zucker. Ueber einige Reformen des Vorverfahren 1902. S. 18—20.

таты предварительнаго слѣдствія, что влечетъ за собою большую правильность назначенія предварительнаго заключенія и уменьшеніе инквизиціоннаго характера этой мѣры, такъ какъ защитникъ явится тѣмъ же вышедшимъ изъ тюрьмы обвиняемымъ, но обладающимъ спеціальными познаніями и стремящимся къ раскрытію истины, а не къ преступному сокрытію слѣдовъ. Онъ съумѣетъ зорко слѣдить за правильностью дѣйствій судьи и за основательностью ограниченія свободы своего кліента. [1]).

Постановленія французскаго кодекса о мѣрамъ денежнаго обезпеченія и объ отпущеніи на свободу безъ обезпеченія отличаются, какъ и весь отдѣлъ о мѣрахъ обезпеченія, тѣми широкими рамками, которыя предоставляются ими усмотрѣнію судьи. Ст. 113 § 1 предоставляетъ слѣдственному судьѣ право по своему усмотрѣнію отпускать обвиняемаго на свободу, по его просьбѣ и по заключеніямъ прокурора, взявъ

---

[1]) О законѣ 1897 года, реформировавшемъ предварительное слѣдствіе, намъ еще придется говорить въ дальнѣйшемъ, при разсмотрѣніи защиты на предварительномъ слѣдствіи, теперь же скажемъ, что онъ явился естественнымъ результатомъ недовѣрія къ дискреціонной власти слѣдственнаго судьи, которая, съ упраздненіемъ совѣщательной камеры, стала, дѣйствительно, громадной. Онъ предоставляетъ защитнику право участія на предварительномъ слѣдствіи. Защитникъ, въ случаѣ заявленнаго обвиняемымъ желанія, присутствуетъ при допросѣ обвиняемаго. За 24 часа до допроса ему сообщаются всѣ акты производства. Каждое предпринятое судьей слѣдственное дѣйствіе немедленно черезъ секретаря сообщается защитнику. Защита на предварительномъ слѣдствіи для содержащагося подъ стражей носитъ обязательный характеръ. Въ случаѣ, если обвиняемый не избралъ защитника, таковой назначается ему старшиной адвокатскаго сословія. Присутствуя при допросѣ въ камерѣ слѣдственнаго судьи, защитникъ, однако, не пользуется никакими особыми правами, онъ—молчаливый свидѣтель. Таково основное нововведеніе закона 1897 года (другія указаны нами выше). Общество встрѣтило его съ большимъ энтузіазмомъ, но почти тотчасъ же за вступленіемъ его въ силу началось охлажденіе къ нему. Причины такого разочарованія будутъ указаны ниже. Изъ громадной литературы о немъ мы пользовались: А. Вульфертъ. Законъ о реформѣ предварит. слѣдствія. Ж. М. Ю. 1898 № 1. І. Гессенъ. Реформа предварит. слѣд. во Франціи. Ж. М. Ю. 1898 № 5. Bregeault et Albanel. Commentaire au loi 1897. 1898. I. Curtius. Das französische Gesetz vom 1897. Zeitschr. Liszt'a 1903. I Heft. Zucker. Ueber einige Reformen. 1902. S. 20—30. Coulon De la liberté indiv. 1901. Bulletin de l'union intern. du droit penal. t. VIII 1 und 2 Hefte; t X. 1 und 2 Hefte. L. Germain. Liberté provisoire en matière criminelle (Lois nouv. 1902 15 Nov. N 21).

съ обвиняемаго обязательство являться ко всѣмъ слѣдственнымъ дѣйствіямъ и къ исполненію приговора немедленно, когда это будетъ потребовано. Настоящая редакція первой части ст. 113 установлена закономъ 1865 года, до котораго свобода безъ обезпеченія не могла быть предоставлена обвиняемымъ въ преступленіяхъ, влекущихъ уголовное или позорящее [1]) наказаніе. Вторая часть ст. 113 создаетъ привилегію для гражданъ, имѣющихъ осѣдлость, когда максимумъ наказанія, указаннаго въ законѣ, ниже двухъ лѣтъ тюремнаго заключенія, и не осужденнымъ за тяжкое преступленіе или подвергавшихся раньше заключенію на срокъ не болѣе одного года, устанавливая подслѣдственную свободу для нихъ какъ право, нарушить которое судья не можетъ. Освобожденіе бродягъ и рецидивистовъ поставлено въ зависимость отъ усмотрѣнія судьи, между тѣмъ какъ до закона 1865 года судья не могъ отпускать ихъ на свободу (прежняя ст. 115). Освобожденіе лицъ, удовлетворяющихъ условіямъ, указаннымъ во второй части ст. 113, становится ихъ правомъ лишь спустя пять дней послѣ допроса, при томъ лишь, если они обвиняются въ преступленіи, влекущемъ исправительное наказаніе. Такимъ образомъ обвиняемый можетъ требовать свободы по праву, если соблюдены слѣдующія условія: 1) грозящее наказаніе—менѣе 2-хъ лѣтъ тюрьмы, 2) имѣется постоянное мѣсто жительства, 3) обвиняемый не былъ раньше присужденъ къ тюрьмѣ на срокъ болѣе одного года и 4) послѣ допроса прошло пять дней. Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ обвиняемый только можетъ просить объ освобожденіи. Подача такой просьбы не обставлена никакими формальностями. Просьба обвиняемаго должна быть представлена гражданскому истцу, который можетъ въ теченіе 24-хъ часовъ представить свои объясненія въ письменной формѣ. Прокуроръ даетъ свои заключенія и только при согласіи послѣднихъ съ предположеніями слѣдственнаго судьи, обвиняемый можетъ быть освобожденъ.

---

[1]) По „peines afflictives et infamantes".—Afflictives—„тѣлесныя наказанія", однако это названіе не соотвѣтствуетъ сущности этихъ наказаній и замѣнено въ Бельгійскомъ кодексѣ „peines criminelles" см. Н. С. Таганцевъ, Русское Угол. Право 1902 т. I, стр. 115.

Освобождаемый, кромѣ обязательства явки, долженъ избрать себѣ мѣсто жительства въ округѣ, въ которомъ находится судъ. Въ случаяхъ, когда свобода не должна быть предоставлена по праву, а зависитъ отъ усмотрѣнія судьи, она можетъ быть предоставлена подъ условіемъ представить обезпеченіе (ст. 114 § 1). Всякій за преступленія въ печати, если не грозитъ наказаніе выше 2-хъ лѣтъ тюремнаго заключенія, можетъ требовать свободы подъ обезпеченіе.

Размѣръ обезпеченія назначается судьей, при чемъ его усмотрѣніе не стѣснено ничѣмъ. Существовавшіе раньше минимумъ въ 500 франковъ и максимумъ уничтожены закономъ 1865 года. Въ Exposé des motives по этому поводу говорится: „Предѣлы обезпеченія не должны быть закрѣплены. Слѣдуетъ, чтобы оно возвышалось или уменьшалось сообразно положенію обвиняемаго, природѣ нарушенія и тяжести наказанія. Сумма обезпеченія, какъ и само обезпеченіе и отпускъ на свободу, должны быть предоставлены усмотрѣнію судьи".

По кодексу 1808 года денежное обезпеченіе гарантировало 1) явку къ слѣдственнымъ дѣйствіямъ, 2) уплату гражданскаго иска и издержекъ гражданскаго истца и 3) штрафъ. Послѣднія два условія были выражены такъ, что обезпеченіе должно гарантировать исполненіе приговора. Такимъ образомъ размѣръ обезпеченія былъ стѣсненъ величиною гражданскаго иска и грозящаго штрафа, что дѣлало весьма затруднительнымъ примѣненіе этой мѣры въ нѣкоторыхъ дѣлахъ. Законъ 1865 г. отмѣнилъ гарантію частнаго иска, какъ условіе для назначенія мѣры денежнаго обезпеченія, установивъ слѣдующія цѣли денежнаго обезпеченія (ст. 114): 1) явку обвиняемаго ко всѣмъ судебнымъ дѣйствіямъ и къ исполненію приговора, 2) уплату въ слѣдующемъ порядкѣ: а) издержекъ казны, б) издержекъ гражданскаго истца и в) штрафовъ. Въ постановленіи объ освобожденіи подъ обезпеченіе должна быть указана сумма, назначенная для каждой изъ этихъ частей обезпеченія.

Вмѣстѣ съ тѣмъ тотъ же законъ измѣнилъ и характеръ обезпеченія. Кодексъ 1808 г. допускалъ только или денежное

обезпеченіе—залогъ, или же поручительство лицъ, владѣющихъ недвижимою собственностью. Законъ 1865 года расширилъ понятіе обезпеченія, включивъ сюда и вещи, которыя будутъ представлены самимъ обвиняемымъ или третьимъ лицомъ, а также ввелъ поручительство всякаго состоятельнаго лица, выпустивъ указаніе о недвижимой собственности (ст. 120).

Залогъ освобождается съ явкою обвиняемаго къ слѣдствію и суду. Залогъ свободенъ даже тогда, если подсудимый оказывается несостоятельнымъ не могущимъ уплатить штрафа или присужденнаго гражданскаго вознагражденія. Въ случаѣ же побѣга обвиняемаго обезпеченіе распредѣляется слѣдующимъ образомъ. Первая часть, гарантирующая явку, переходитъ къ государству съ того момента, какъ обвиняемый безъ законной причины не явился къ какому либо судебному дѣйствію или къ исполненію приговора. Но въ случаяхъ передачи обвиненія въ другой судъ, освобожденія отъ преслѣдованія или оправданія, эта часть обезпеченія можетъ быть возвращена. Назначеніе второй части зависитъ отъ судебнаго приговора. Въ случаяхъ освобожденія отъ преслѣдованія, передачи дѣла въ другой судъ или оправданія эта часть всегда возвращается.

Подавать просьбу объ освобожденіи съ обезпеченіемъ до закона 1865 года можно было только слѣдственному судьѣ, теперь же подача просьбы допускается во всякой стадіи процесса всякому судебному мѣсту и лицу, занятому дѣломъ (116 ст.). Для подачи ея не требуется никакихъ формальностей. Такимъ образомъ, органами, могущими предоставить свободу съ обезпеченіемъ и безъ него являются: 1) слѣдственный судья, пока онъ еще не издалъ указа о заключеніи; 2) обвинительная камера (chambre de mise en accusation), которая компетентна только послѣ приказа слѣдственнаго судьи и до преданія суду присяжныхъ; 3) исправительный судъ, если дѣло передано ему обвинительной камерой или слѣдственнымъ судьей; 4) исправительная камера апелляціоннаго суда, если подана жалоба на приговоръ.

За обвинительной камерой сохраняются въ настоящее время нѣкоторыя функціи по надзору за производствомъ слѣдствія. Такъ по ст. 135 и 539 она рѣшаетъ по жалобамъ

(oppositions), вносимымъ въ нее на слѣдственныя дѣйствія участвующими въ процессѣ лицами, разрѣшаетъ вопросъ о подслѣдственной свободѣ. Она разсматриваетъ законность лишенія свободы съ точки зрѣнія: 1) компетентности, 2) основательности улики (можетъ прекратить дѣло) и 3) величины грозящаго наказанія (въ случаѣ, напр., если преступленіе не влечетъ тюремнаго заключенія). Обвиняемый, на основаніи ст. 299, 408, 413, имѣетъ право приносить кассаціонную жалобу противъ постановленій обвинительной камеры [1]).

До закона 1856 года, упразднившаго совѣщательную камеру (chambre de conseil), высшій надзоръ за слѣдствіемъ и всѣ судебно-слѣдственныя мѣры подлежали вѣдѣнію этой камеры, состоявшей изъ нѣсколькихъ слѣдственныхъ судей. Фостенъ Эли [2]) такъ опредѣляетъ роль этого учрежденія: „совѣщательная камера имѣла въ своемъ вѣдѣніи не слѣдствіе, но самое дѣло; оставась чуждой актамъ дознанія, она нисколько не стремилась къ измѣненію ихъ, но она обсуждала ихъ вліяніе на преслѣдованіе и объявляла, оцѣнивъ ихъ является ли это преслѣдованіе основательнымъ или нѣтъ“. Она предоставляла и подслѣдственную свободу, разсматривала жалобы и пр. Главнымъ мотивомъ ея упраздненія было желаніе ускорить производство слѣдствія. По мнѣнію законодателя, слѣдственная работа была нераціонально распредѣлена между тремя слѣдственными органами—слѣдственнымъ судьей, обвинительной камерой и совѣщательной камерой. Послѣдняя оказывалась лишней и могла быть вполнѣ безъ ущерба для слѣдствія упразднена.

Однако отсутствіе совѣщательной камеры весьма чувствительно отразилось на правовомъ положеніи обвиняемаго и значительно усилило власть судьи, сдѣлавъ ее почти безконтрольной [3]). Тотъ же Эли весьма энергично защищаетъ

---

[1]) F. Hélie. Traité. t. V. 2294° p. 425, Idem. t. V. 2057° p. 87.

[2]) Hélie. Traité. 2040. t. V. p. 59.

[3]) Zucker. Ueber einige Reformen des Vorverfahrens im modernen Strafprocesse. Wien. 1902. S. 12 указываетъ на то, что совѣщательная камера далеко не служила „rouage inutile“, а являлась нужнымъ органомъ. Въ Societé générale des prisons большинство высказалось противъ возстановленія chambre

право на существованіе этого учрежденія и осуждаетъ упраздненіе его. „Эти два судебныхъ органа—говоритъ онъ о слѣдственномъ судьѣ и совѣщательной камерѣ [1])—имѣли двѣ различныхъ функціи, двѣ точно разграниченныхъ и опредѣленныхъ компетенціи. Сама естественная необходимость разбила эти двѣ функціи: слѣдствіе и всѣ слѣдственныя дѣйствія могутъ быть производимы только однимъ судьей, но когда дѣло идетъ о разрѣшеніи вопроса о томъ, какое направленіе придать имъ, когда дѣло идетъ о разсмотрѣніи и о судебномъ постановленіи, то почему это разсмотрѣніе и судебное постановленіе не должны явиться результатомъ обсужденія нѣсколькихъ судей"? Совѣщательная камера существуетъ въ настоящее время въ Италіи, въ Бельгіи, Австріи, въ нѣкоторыхъ Швейцарскихъ кантонахъ, Голландіи и Люксембургѣ; въ самой Франціи не мало голосовъ раздается за ея возстановленіе [2]).

Намъ остается указать, какимъ образомъ прекращается предварительная свобода. Судья можетъ отнять предоставленную какъ милость обвиняемому свободу, 1) если обвиняемый не явился къ какому либо судебному дѣйствію по вызову, 2) если обнаружившіяся новыя обстоятельства сдѣлаютъ необходимымъ задержаніе, 3) если обвиняемый подлежитъ суду присяжныхъ. Ст. 126 не допускаетъ въ такихъ случаяхъ освобожденія. Если обвиняемый находился на свободѣ, то обвинительная камера, опредѣляя подсудность суду присяжныхъ, издаетъ особый указъ о заарестованіи (ordonnance de prise de

---

de conseil (см. Rev. Penit. 1901 p. 224, 454, 1147). *Проектъ новаго закона о предварительномъ слѣдствіи*, вносимый правительствомъ въ 1902 году предлагаетъ ея возстановленіе (см. Rev. Penit. 1902. № 2. p. 205—213. Nouveau projet sur l'instruction preparatoire).

[1]) F. Hélie. Цит. соч. 2040° t. V p. 67.

[2]) Esmein. Histoire de la proc. crim. p. 574 говоритъ: „Законъ 17 іюля 1856 г. упразднилъ совѣщательную камеру, учрежденіе, которое считалось однимъ *изъ самыхъ счастливыхъ* редакторами C. I. C.". И при существованіи совѣщательной камеры слѣдственный судья, зная лучше другихъ дѣло, могъ достичь преобладанія своего мнѣнія. Теперь „слѣдуетъ признать, что возраженія, дѣлаемыя закону 1856 г., правильны".

corps) [1]), 4) когда приговоръ уже назначенъ или когда получилось особое предписаніе о взятіи подъ стражу. При оправданіи заключенные немедленно должны быть освобождены, несмотря на апелляцію. Послѣ обвинительнаго приговора право на свободу съ обезпеченіемъ стѣснено закономъ. Такъ, приговоренные къ тюремному заключенію на срокъ болѣе двухъ лѣтъ не могутъ быть отпущенными на свободу [2]).

Чтобы указать на фактическое дѣйствіе французской си-

---

[1]) До 1897 года онъ былъ обязателенъ. 11 art. закона 8 дек. 1897 года предоставилъ суду присяжныхъ, въ случаѣ переноса дѣла на другую сессію, право освобожденія à liberté provisoire.

[2]) Относительно военнаго французскаго законодательства см. А. С. Лыкошинъ. Военно-судебная реформа во Франціи Ж. М. Ю. 1902 г. № 5.

По проекту французскаго военно-уголовнаго кодекса, составленному особой коммисіей подъ предсѣдательствомъ Е. Герена, образованной въ 1899 г. при военномъ министерствѣ, и въ концѣ 1901 года внесенному въ палату депутатовъ, въ случаѣ обвиненія въ преступленіи, за которое грозитъ тюрьма, обвиняемый подвергается заключенію подъ стражей, если онъ не явился добровольно (144 ст.). То же постановленіе дѣйствительно и для наказаній общественными работами, исключеніемъ со службы и уголовными наказаніями. Постановленіе о преданіи суду и заключеніи подъ стражу дѣлается докладчикомъ и можетъ быть опротестовано въ теченіе 24-хъ часовъ правительственнымъ комисаромъ (146 ст.). Обвиняемому предоставлено лишь право отвода докладчика (ст. 147). Обвинительная коммисія, разсматривающая вопросъ о преданіи суду, разрѣшаетъ жалобы обвиняемаго и протесты коммисара противъ постановленій докладчика о взятіи подъ стражу или по поводу участія защитника на предварительномъ слѣдствіи (ст. 153). Постановленія обвинительной коммисіи могутъ быть обжалованы только въ кассаціонномъ порядкѣ.

Въ дѣйствующемъ уставѣ военно-уголовнаго судопроизводства не упоминается объ освобожденіи арестованнаго изъ-подъ стражи, поэтому ни докладчикъ, ни военно-начальникъ не могутъ освобождать. Составители проекта рѣшили устранить это запрещеніе и допустили освобожденіе, однако безъ залога, потому что самая идея этого денежнаго залога несогласна съ основнымъ принципомъ военнаго устава, по которому обвиняемые освобождаются отъ всякихъ расходовъ. Власть докладчика почти приравнена къ власти слѣдственнаго судьи; онъ можетъ, съ заключенія правительственнаго коммисара, отмѣнять приказъ о задержаніи, изданный имъ. Такимъ же правомъ обладаетъ и командующій военнымъ округомъ. Обвиняемому предоставлено право ходатайствовать объ освобожденіи. Постановленія докладчика могутъ быть обжалованы, однако протесты и жалобы не останавливаютъ исполненія. Для приказа о задержаніи требуются подписи командующаго военнымъ округомъ и начальника гарнизона. Такимъ образомъ въ проектѣ военное законодательство болѣе, чѣмъ прежде сближено съ гражданскимъ.

стемы мѣръ обезпеченія, намъ слѣдуетъ разсмотрѣть статистическія данныя, и тогда яснѣе могутъ быть замѣчены ея достоинства и недостатки [1]).

Ростъ числа задержанныхъ и заключенныхъ во время предварительнаго слѣдствія [2]) за послѣднія 25 лѣтъ выразился въ слѣдующихъ цифрахъ:

Годъ.	Случаи. Предв. заключенія.	Liberté provisoire.
1875	100.829	„
1882	124.261	„
1885	126.564	„
1891	129.462	„
1893	129.021	4.663
1894	135.044	4.924
1895	116.492	4.544
1896	111.395	4.532
1897	109.859	4.921
1898	109.312	4.929

Въ томъ числѣ въ одномъ Парижѣ въ 1893 году было 47.526 случаевъ предварительнаго заключенія и лишь 2.629 освобожденій, въ 1898 году на 33.552 предварительныхъ заключеній 3.057 освобожденій. Изъ общаго числа заключенныхъ задержано по приказу слѣдственнаго судьи въ 1898 году лишь 32.980.

Какъ можно замѣтить, послѣ 1894 года число заключеній падаетъ, причиной чего было уменьшеніе числа уголовныхъ преслѣдованій.

	Было обвиненій въ судѣ присяжн.	Въ исправительномъ судѣ.
Въ 94 г.	2853	206.326
„ 95 г.	2526	196.295
„ 96 г.	2588	188.761
„ 97 г.	2492	186.000
„ 98 г.	2353	181.821

[1]) Comptes generaux de l'administration de la justice criminelle en France et Algérie. Années 1894—1898. Paris 1897, 98, 99, 900, 901.

[2]) Категоріи эти—арестованные и заключенные, не различаемые строго въ самомъ законодательствѣ, не различаются и въ статистическихъ отчетахъ. Арестованіе обыкновенно переходитъ въ приказъ о подслѣдственномъ заключеніи или, если оно произведено при совершеніи преступленія, то въ самомъ непродолжительномъ времени смѣняется приговоромъ.

Такимъ образомъ въ 5 лѣтъ число обвиненій упало на 12%. Другимъ средствомъ уменьшенія числа задержаній была коррекціонализація [1]), особенно широко примѣняемая во Франціи. Въ число заключенныхъ включены и задержанные при flagrant délit, которые иногда судились на другой день.

Въ 1898 году изъ общаго числа 516.331 жалобъ и донесеній, присланныхъ прокурорамъ, только 40.616 (8%) были сообщены слѣдственнымъ судьямъ. Изъ этого числа было 32.980 судебныхъ приказовъ объ арестѣ; 139.301 дѣло (26,7%) передано на разсмотрѣніе исправительнаго суда.

Слѣдственные судьи разрѣшили 40.101 дѣло, 28.459 изъ нихъ были представлены въ судъ и 11.642 прекращены (29%). Въ обвинительныя камеры было передано 2634 дѣла, изъ которыхъ 2458 было передано въ судъ присяжныхъ, 139—прекращено, остальныя переданы въ иные суды.

Скорость слѣдствія въ исправительныхъ судахъ выражается въ слѣдующихъ процентныхъ отношеніяхъ: 1% дѣлъ рѣшенъ въ тотъ же день, 4%—на другой, 12%—на третій, 14%—отъ четвертаго до восьмого, 21%—во вторую недѣлю, 25%—отъ 2 недѣль до 1 мѣс., и 23%—болѣе мѣсяца.

Общая продолжительность содержанія подъ стражей выразилась въ слѣдующихъ цифрахъ:

Время	Число заключ.	Проц. отношеніе.
менѣе 1 дня	10.690	10%
1 — 3 дней	36.311	34%
4 — 8 „	26.322	25%
9—15 „	14.130	13%
16 — 1 мѣс.	10.925	11%
болѣе 1 мѣс.	7.925	7%

Въ первую недѣлю разрѣшено 69% всѣхъ дѣлъ. Такая быстрота объясняется значительнымъ количествомъ дѣлъ. Если мы сопоставимъ это количество заключенныхъ съ данными англійской уголовной статистики [2]), то число содержавшихся

---

[1]) О коррекціонализаціи см. И. Г. Щегловитовъ. О преданіи суду. Право 1902. № 34.

[2]) См. выше стр. 97.

подъ стражей будетъ въ 11 разъ большимъ, число же содержавшихся болѣе 1 мѣс. въ два раза больше, чѣмъ въ Англіи; число освобожденныхъ на поруки также въ два раза больше. Однако, принявъ во вниманіе значительно большую преступность во Франціи, мы придемъ къ заключенію, что относительная продолжительность и многочисленность ареста во Франціи въ общей массѣ случаевъ не на много выше [1]).

Относительно 109.312 задержанныхъ (106.841 + 2.471 отъ прошлаго года) были приняты слѣдующія мѣры:

Прокуратура отпустила на свободу				17.643 (16%)
Слѣд. судья отпустилъ на свободу съ обезп. и безъ него				4.929 (4%)
прекращено слѣдствіе				4.217 (4%)
передано испр. суду	оправдано — 2740			76.248 (72%)
	осуждено	къ тюрьмѣ	менѣе 3 м. 51.090	
			болѣе 3 м. 19.912	
		къ штрафу — 2526		
передано въ обвинительную камеру				2.823 (3%)
передано военнымъ, административнымъ властямъ и пр.				413 (1%)
			Итого	106.273 (100%)

Изъ 76.248 лицъ, содержавшихся подъ стражей, судившихся въ исправительномъ судѣ, только 19.912 были осуждены къ тюрьмѣ на срокъ болѣе 3-хъ мѣсяцевъ (26%), т. е. къ сроку, выше того минимальнаго предѣла, который указанъ въ законѣ. Присужденнымъ къ тюрьмѣ время, проведенное подъ стражей, согласно закону 15 ноября 1892 года, засчитывалось по общему правилу въ наказаніе. Рѣшеній о незачетѣ въ 1898 году было лишь 1209. Основательность заключенія подъ стражу подлежитъ большому сомнѣнію. Такъ, въ 1897 году изъ 13.006 человѣкъ, относительно которыхъ состоялось распоряженіе о прекращеніи уголовнаго преслѣдованія, 3896 чел. подверглись предварительному заключенію (30%). Это отношеніе, взятое въ отдѣльныхъ округахъ до-

[1]) Бертранъ въ своемъ этюдѣ (Etude de la det. prév. et célérité) 1862 р. 29—35), сопоставляя данныя Англіи и Франціи, пришелъ даже къ заключенію о лучшемъ положеніи обвиняемаго во Франціи. Однако его доводы и цифры опровергнуты вполнѣ основательно Clolus. De la det. prév. p. 23—26. etc.

ходитъ иногда до 50% [1]). Если принять во вниманіе, что всего въ 1898 году было перенесено на слушаніе въ судъ исправительный 139.301 дѣло, судебнымъ же слѣдователямъ передано 40.616 дѣлъ, т. е. преслѣдованіе возбуждено въ 179.917 случаяхъ, то цыфра задержанныхъ и заключенныхъ—109.312—должна составить значительный процентъ.

Спеціальное разсмотрѣніе функціонированія французской системы о мѣрахъ представленія въ судъ затруднено соединеніемъ статистики задержанія и статистики подслѣдственнаго заключенія. Однако косвеннымъ путемъ можно получить слѣдующіе выводы. Въ 1898 г. слѣдственными судьями было издано 32.980 судебныхъ приказовъ (общее число разсмотрѣнныхъ ими дѣлъ 40.616, что составляетъ 8% общаго числа жалобъ), между тѣмъ какъ количество задержанныхъ и содержавшихся подъ стражей равно 109.312 лицамъ. (Число это послѣ закона 1897 уменьшается, такъ въ 1901 г. оно равнялось—96.680, въ 1902—103.885). Если мы возьмемъ число лицъ, содержавшихся подъ стражей менѣе недѣли, разсматривая его какъ приблизительно показывающее примѣненіе административнаго задержанія, мы получимъ 73.323 или 69%. Кромѣ того, около 3-хъ тысячъ, по крайней мѣрѣ, было задержано безъ приказа судьи на срокъ большій, чѣмъ недѣля. Мы видимъ, что число это соотвѣтствуетъ числу лицъ, содержавшихся подъ стражей и судившихся въ исправительномъ судѣ (76.248 лицъ), изъ чего мы можемъ заключить, что приказъ слѣдственнаго судьи издавался только по дѣламъ, подсуднымъ присяжнымъ, причемъ наличность такого приказа еще не исключала возможности предварительнаго полицейскаго арестованія. Основательность предварительнаго задержанія подлежитъ также большому сомнѣнію. Такъ прокуратура въ 1898 г. освободила отъ преслѣдованія 17.643 (16%) лица

[1]) Ш. Ламберъ. Письма изъ Франціи. Циркуляръ мин. юст. см. Ж. М. Ю. 1896 кн. 2. стр. 238. Bougon (Sur la det. prév. p. 197) вычислилъ, принимая во вниманіе среднюю годовую продолжительность заключеній и сопоставляя число оправданій, что во Франціи въ теченіе 1 года лица, которыя не должны были бы собственно понести никакого наказанія, были заключены подъ стражей 303 года въ общей сложности.

задержанныхъ (въ 1901—20000, въ 1902—28.000—процентъ, равный 21—22%). Въ исправительномъ судѣ изъ числа задержанныхъ 2740 оправдано, и 56336 лицъ содержавшихся подъ стражей (по нашимъ выводамъ, преимущественно по аресту прокуратуры) присуждено къ штрафу или къ тюрьмѣ менѣе, чѣмъ на 3 мѣсяца.

О liberté provisoire въ статистическомъ отчетѣ не имѣется подробныхъ свѣдѣній. Двадцать лѣтъ тому назадъ о примѣненіи этой мѣры мы имѣли слѣдующія данныя: на 30.736 чел., подвергнутыхъ въ 1878 году предварительному заключенію, было 1706 отпущено на свободу во время слѣдствія. Изъ нихъ 24—были освобождены по праву, 60—по просьбѣ, 1594 посредствомъ прекращенія силы приказа судьи, 15—по ст. 5 закона 1863 г., предписывающей заключать подъ стражу или освобождать на поручительство или безъ него при отсрочкѣ разбирательства дѣла, и 13—вслѣдствіе штрафа. По видамъ освобожденія далеко впереди стояло освобожденіе безъ денежнаго взноса—liberté sans caution—1636 чел., только 70 чел. были отпущены подъ залогъ и ни одного на личныя поруки. Не знаемъ, насколько примѣнимы эти цыфры къ настоящему времени, хотя съ тѣхъ поръ законодательство о предварительномъ заключеніи мало измѣнилось, но по отношенію къ тому времени можно сказать, что собственно примѣнялся въ качествѣ мѣры обезпеченія одинъ только арестъ [1]).

Основная причина такого неудовлетворительнаго положенія заключается, по мнѣнію многихъ, въ томъ громадномъ довѣріи, которое придаетъ французское законодательство личности судьи, предоставляя ему широкую сферу усмотрѣнія и не ограждая даже обвиняемаго достаточною противъ него за-

---

[1]) Flamand обращаетъ вниманіе на ту устойчивость, которою обладаетъ стремленіе къ заключенію подъ стражу во Франціи. На основаніи статистическихъ данныхъ онъ показалъ, что несмотря на либеральный законъ 1865 года, сильно расширившій право судьи отпускать на свободу, число освобожденій почти не увеличилось и весь законъ прошелъ почти безслѣдно въ смыслѣ уменьшенія количества заключенныхъ. См. Étude sur détent. prévent стр. 193—195.

щитою. Въ настоящее время, начиная съ закона 1897 г., во французской литературѣ замѣчается оживленный интересъ къ этому вопросу и основная тенденція предлагаемыхъ реформъ заключается въ стремленіи къ ограниченію этой чрезмѣрной власти судьи. Посмотримъ же, какіе выходы предлагаются изъ такого положенія.

Изъ предположеній оффиціальнаго характера можно указать на небольшой проектъ депутата Ch. Bernard'a, внесенный 20 января 1902 г. въ Палату депутатовъ, ограничивающій право примѣненія ареста по mandat de dépôt. Неотложность разсмотрѣнія этого проекта отвергнута.

Гораздо болѣе существеннымъ является проектъ, внесенный правительствомъ, въ лицѣ французскаго министра юстиціи, въ палату депутатовъ и переданный особой комиссіи 16 января того-же 1902 года [1]). Этотъ проектъ во многомъ измѣняетъ VIII главу С. І. С, содержащую въ себѣ предписанія о liberté provisoire. Основное нововведеніе этого проекта—возстановленіе совѣщательной камеры (chambre du conseil), какъ апелляціонной инстанціи для рѣшеній, принятыхъ слѣдственнымъ судьею, даже во время дознанія. Эта камера состоитъ изъ трехъ судей и секретаря, при чемъ судья, производящій слѣдствіе, не можетъ быть въ числѣ этихъ трехъ. Для жалобы достаточно простого заявленія на допросѣ, производимомъ судей. Свое постановленіе совѣщательная камера должна сдѣлать въ теченіе 48 часовъ послѣ изданія приказа. Она извѣщаетъ стороны (прокурора, гражданскаго истца и обвиняемаго или его защитника) о времени засѣданія и разсматриваетъ дѣло въ ихъ присутствіи. Въ случаѣ неявки кого либо изъ этихъ лицъ засѣданіе не отлагается (ст. 114, 115, 116 новыя), приговоръ сообщается сторонамъ, если они не присутствовали. Эти постановленія считаются окончательными и могутъ быть обжалованы лишь въ кассаціонномъ порядкѣ (ст. 117). Право освобожденія на свободу подъ обязательство явки и неотлучки съ мѣста суда предоставлено судьѣ безъ всякихъ ограниченій. Только обвиняемые, подлежащіе суду присяжныхъ, должны являться въ судъ наканунѣ засѣданія. Освобожденія разрѣшается просить на всякой стадіи дѣла. Оно предоставляется послѣ заключенія слѣдствія надлежащимъ судомъ. Въ этомъ возстановленіи совѣщательной камеры слѣдуетъ видѣть сознаніе невозможности поручить окончательное рѣшеніе по такому серьезному вопросу власти единоличнаго судьи. Это существенное дополненіе закона 1897 года.

Другимъ, не менѣе крупнымъ нововведеніемъ является ограниченіе продолжительности ареста по дѣламъ, подлежащимъ исправительному суду, двадцатидневнымъ срокомъ. Если важность дѣла требуетъ болѣе продолжительнаго срока, чѣмъ двадцать дней, то объ этомъ постановляетъ совѣщательная камера (ст. 119 новая). Вмѣстѣ съ тѣмъ въ этомъ проектѣ содержится рядъ новыхъ формальностей, исполненіе которыхъ гарантировано ничтожностью самаго акта при ихъ несоблюденіи. Судьба этого проекта еще неизвѣстна.

Интересны также заключенія парижскаго Société Générale des Prisons, въ которомъ, послѣ весьма оживленныхъ и разносторонникъ преній, длив-

[1]) Revue Penit. 1902 № 2. p. 204—214.

шихся нѣсколько засѣданій, были выработаны правила, по которымъ желательно измѣнить дѣйствующее законодательство.

Право арестованія строго ограничено случаями поимки на мѣстѣ преступленія, въ остальныхъ случаяхъ необходимъ спеціальный приказъ. Право частныхъ лицъ на арестованіе выражено какъ droit saisir et conduire.

Ст. 10 измѣнена въ томъ смыслѣ, что только парижскому префекту предоставлено право арестованія и притомъ только на 24 часа, подъ угрозой въ противномъ случаѣ наказаніями, установленными закономъ 1897 г. Установлены наказанія за произвольные аресты. За арестъ, произведенный внѣ формъ и сроковъ, установленныхъ въ законѣ, государство вознаграждаетъ потерпѣвшаго. Срокъ продолжительности приказа судьи о заключеніи не можетъ превышать одного мѣсяца, послѣ чего онъ можетъ быть возобновленъ судьей не иначе какъ по мотивированному постановленію, которое можетъ быть обжаловано въ обвинительную камеру (какъ мы видѣли, правительственный проектъ предоставляетъ значительно больше гарантій). Если слѣдствіе закончено и постановленіе сдѣлано до истеченія мѣсячнаго срока, то приказы о заключеніи или арестованіи будутъ имѣть силу до опредѣленнаго приговора обвинительной камеры. Право ходатайствовать объ освобожденіи предоставлено на всякой стадіи производства. Относительно режима были высказаны пожеланія устройства одиночнаго заключенія и прекращенія пѣшей пересылки заключенныхъ.

Однако эти довольно скромныя требованія явились лишь заключеніями коммисіи, въ самомъ же обществѣ высказывались весьма радикальные взгляды объ установленіи свободы въ видѣ общаго правила, о возстановленіи совѣщательной камеры и пр. [1]).

За послѣднее время представлены вновь два проекта [2]) Clemenceau (16 декабря 1904 г.) и Gruppi (3 февраля 1905 г.), изъ которыхъ на первый обращено Сенатомъ особое вниманіе. Авторы проектовъ прежде всего предложили усилить репрессію за такъ называемыя посягательства на личную свободу. По проекту Клемансо такимъ посягательствомъ является не только со злымъ умысломъ учиненное употребленіе во зло власти, но всякое незаконное задержаніе или заключеніе. Въ равной степени считается преступнымъ задержаніе и заключеніе, произведенное хотя и съ соблюденіемъ матеріальныхъ предписаній закона, но учиненное по злобѣ, личной мести или если судьѣ было извѣстно, что обвиняемый не является виновникомъ вмѣняемаго ему преступленія. Наказаніе за это дѣяніе въ проектѣ Круппи возвышается до тюремнаго заключенія до 5 лѣтъ и пени отъ 50 до 2000 фр., а въ проектѣ Клемансо до тюремнаго заключенія отъ 3 мѣс. до 3 лѣтъ и пени отъ 50 до 5000 франковъ, съ лишеніемъ гражданскихъ правъ.

Предѣлы легальной свободы у авторовъ проектовъ нѣсколько расширяются. Такъ, Круппи предлагаетъ, чтобы каждый арестованный долженъ быть освобожденъ изъ подъ стражи, если онъ имѣетъ мѣстожительство, не былъ прежде осужденъ къ тюрьмѣ на срокъ, больше года и если вмѣняемое ему дѣяніе, влечетъ въ минимумѣ годъ тюремнаго заключенія. Проектъ

---

[1]) Rev. Penit. 1901 №№ 2—7.

[2]) Revue Penitentiaire 1905 № 3. p. 356—366. Garanties de la liberté individuelle.

Клемансо предлагаетъ ограничить примѣненіе заключенія случаями flagrant délit, сознанія и отсутствія мѣста жительства. Притомъ вопросъ о примѣненіи заключенія долженъ быть рѣшенъ совѣщательной камерой. Оба проекта ограничиваютъ продолжительность подслѣдственнаго заключенія мѣсячнымъ срокомъ съ правомъ возобновленія обвинительной (Круппи) или совѣщательной (Клемансо) камерой.

Оба проекта устанавливаютъ государственное вознагражденіе невинно подвергшихся подслѣдственному заключенію. Вмѣстѣ съ тѣмъ сами судьи дѣлаются отвѣтственными за грубую неосторожность при исполненіи обязанностей. Проектъ Клемансо вводитъ также расширеніе правъ защиты, установленной закономъ 1897 г. Относительно предположенія устранить ст. 10 мы уже говорили.

Что же касается до предложеній отдѣльныхъ авторовъ, то и они предлагались въ изобиліи. Кулонъ въ своей книгѣ [1]) вноситъ также рядъ новыхъ предложеній, большинство которыхъ указано выше (отмѣна ст. 10, ограниченіе примѣненія приказа о заключеніи о томъ, чтобы свобода была правиломъ, объ отмѣнѣ запрещеній отпускать на свободу на нѣкоторыхъ стадіяхъ процесса, о возстановленіи совѣщательной камеры, ограниченіи 20-ю днями дѣйствія приказа судьи въ дѣлахъ, подлежащихъ исправительному суду, и, срокѣ для явки въ судъ по заключеніи дѣла не больше 8 дней для délits и въ 16—для crimes, объ установленіи уголовныхъ санкцій за нарушеніе правилъ о неправильномъ задержаніи, о замѣнѣ несостоятельности при поручительствѣ заключеніемъ въ тюрьму отъ 2-хъ мѣс. до одного года и др.).

Сопоставляя англійскій процессъ съ французскимъ, нельзя не признать крайней неудовлетворительности послѣдняго съ точки зрѣнія огражденія личной свободы.

Въ области средствъ представленія въ судъ, не прибѣгая къ тщательной формальной регулировкѣ, не создавая надъ судьей контролирующей власти прокурора, не устанавливая многочисленныхъ процессуальныхъ сроковъ, англійское право достигло полнаго огражденія свободы гражданина отъ неправильнаго и ненужнаго ареста благодаря строгому соблюденію того принципа, что съ судьей въ дѣятельности арестованія не можетъ конкурировать никакая административная власть, и благодаря строгой и доступной системѣ отвѣтственности полицейскихъ органовъ, въ случаѣ самостоятельной иниціативы ареста. Вмѣсто формальнаго, на практикѣ совершенно несоблюдаемаго, тройного дѣленія на тяжкія преступленія, пре-

---

[1]) Coulon de la liberté indiv. Exposé des motives et projet de loi. Paris 1901. p. 74—159.

ступленія и проступки, оно установило перечневую систему, допускающую точное опредѣленіе случаевъ допустимости ареста. Наконецъ практика арестованія строго слѣдуетъ закону, а не отклоняется отъ него, какъ во Франціи.

Въ области примѣненія подслѣдственнаго заключенія англійское право внушило уваженіе къ судьѣ; съ большей экономіей принужденія ему удается достигать тѣхъ цѣлей правосудія, которыя на континентѣ часто вызывали примѣненіе принудительныхъ мѣръ къ личности обвиняемаго, какъ напр. цѣли успѣшности слѣдствія. Продолжительность производства дѣлъ въ немъ доведена до минимума, судебная система до крайности проста и цѣлесообразно организована. Вмѣстѣ съ тѣмъ предоставлена широкая сфера дѣятельности частныхъ лицъ, разрушающаго вліянія которой государству нечего бояться; наоборотъ, оно видитъ въ этой дѣятельности залогъ успѣшности и легкости отправленія правосудія. „Англійскій судъ—говоритъ Стефенъ [1]) есть общественный розыскъ, производимый съ цѣлью раскрыть истину, но для *вѣрнѣйшаго* достиженія этой цѣли облекающійся въ форму состязанія между обвинителемъ и обвиняемымъ". Это преимущество англійской системы выражается между прочимъ и въ той высокой оцѣнкѣ, какою она пользуется въ глазахъ англичанъ.

Французы, наоборотъ, съ отрицаніемъ относятся къ выработанному у нихъ строю и постоянно либеральныя нововведенія заимствуютъ изъ Англіи. Слѣдующія слова Франквиля даютъ хорошее сравненіе обѣихъ системъ. „Les Français croient posseder cette grande et noble chose que l'on nomme la liberté, parce qu'ils inscrivent ce mot sur leur monuments publics ou qu'ils impriment sur les papiers officiels; les Anglais négligent ces enfantillages: la liberté n'est pas affichée sur leur mures, mais elle penetre tout de sa sève vivifiant, elle est dans leurs lois et ce qui vaux mieux encore elle est dans leurs moeurs; ils ont la proie, nous, français, n'avons que l'ombre". Такъ заявилъ безпристрастно французъ, несмотря на весь свой патріотизмъ. Мы можемъ согласиться съ его общею мыслью, и будемъ ждать, что новые

[1]) Стефенъ. Уголовное право въ краткомъ начертаніи. 1864 г. стр. 219.

проекты дѣйствительно облекутъ эту тѣнь свободы въ плоть и кровь [1]).

Въ то время какъ въ Англіи судъ постоянно стоялъ въ сторонѣ отъ политическихъ тенденцій и вліяній, во Франціи такое вліяніе было частымъ и порою сильнымъ, какъ напр. недавно показало знаменитое дѣло Дрейфуса, не мало способствовавшее подрыву уваженія къ судьѣ. Частное лицо оказывается еще слабымъ для самостоятельной дѣятельности въ процессѣ, такъ какъ противъ него стоитъ еще грозная система государственныхъ органовъ, начиная со слѣдственнаго судьи, который фактически является органомъ преслѣдованія, исполняя одну изъ самыхъ важныхъ функцій преслѣдованія—розыскъ, и кончая прокуроромъ и судебной полиціей. Состязательность станетъ возможной лишь съ устраненіемъ одного изъ органовъ преслѣдованія—слѣдственнаго судьи, и замѣной его дѣйствительнымъ судьею—безпристрастнымъ вершителемъ происходящаго передъ нимъ спора. Къ сожалѣнію, Франція очень консервативна въ уступкахъ, требующихъ радикальнаго характера, и можетъ быть не мало пройдетъ еще времени, пока вмѣсто частичныхъ, урѣзанныхъ реформъ, какимъ явился законъ 1897 года, будетъ введена полная состязательность. Однако уже замѣтны отрадные симптомы. Законъ 1897 года поразилъ инквизиціонную систему въ самое сердце, ограничивъ принужденіе при допросѣ обвиняемаго. На практикѣ этотъ законъ понимается даже шире, чѣмъ то имѣлъ въ виду законодатель. Состязательность понемногу допускается въ тѣ сферы, гдѣ прежде господствовала безраздѣльно инквизиція [2]).

---

[1]) Franqueville. Système judiciaire de la Grande Bretagne. II. 652. Сопоставленіе двухъ судебныхъ системъ сдѣлано очень наглядно у Стефена сначала въ его уголовномъ правѣ, а затѣмъ подробнѣе въ его исторіи англійскаго права. T. I, заключительная глава см. также Bertrand. La detention prev. en France et Angleterre 1862. Clolus. Det. prev. 1865.

[2]) Многочисленныя мнѣнія практиковъ-французовъ о состязательности и законѣ 1897 г. см. Закревскій (Журналъ Министерства Юстиціи 1903 г., № 7).

Французская система была принята или сильно повліяла на большинство континентальныхъ законодательствъ. Особенно сильно ея вліяніе сказалось на Бельгіи, Италіи, Швейцаріи, Испаніи, Румыніи, Голландіи и Люксембургѣ.

3. Бельгійское законодательство [1]).

Въ Бельгіи принятъ французскій кодексъ 1808 года, система котораго относительно мѣръ обезпеченія была измѣнена законами 18 февраля 1852 года и 20 апрѣля 1874 года; послѣдній сохраняетъ до сихъ поръ свою силу.

Законъ 1852 года [2]), признавая оба вида приказовъ—mandats d'arret et de depôt, вносилъ однако различіе въ случаи ихъ примѣненія. Такъ, когда преступленіе влекло уголовное или вѣчное наказаніе, судья долженъ былъ назначить приказъ объ арестованіи, выслушавъ заключенія прокурора (ст. 3). Если же преступленіе влекло каторжныя работы на срокъ или тюремное заключеніе, то судья долженъ былъ назначить приказъ о заключеніи (mandat de depôt). Въ случаѣ осѣдлости и при грозящемъ наказаніи исправительнымъ заключеніемъ судья могъ назначить предварительное заключеніе только въ наиболѣе важныхъ и исключительныхъ случаяхъ (ст. 2). Дѣйствительность такого приказа подтверждалась особымъ постановленіемъ совѣщательной камеры, безъ чего онъ черезъ пять дней терялъ силу.

Правомъ быть отпущеннымъ на свободу по рѣшенію судьи обладали лишь заключенные по mandat de depôt; для этого требовались лишь заключенія прокурора. Mandat d'arret не могъ быть замѣненъ денежнымъ обезпеченіемъ. Просьбы объ освобожденіи передавались въ совѣщательную камеру, которая постановляла рѣшеніе не позже, чѣмъ черезъ два дня. Законъ 1852 г. ввелъ въ кодексъ слѣдующія новыя постановленія: 1) свобода могла быть предоставлена всегда, когда грозило временное наказаніе; 2) былъ уничтоженъ минимумъ денежнаго обезпеченія; 3) введено было простое освобожденіе безъ денежнаго залога и поручительства и 4) продолжительность запрещенія сношеній была ограничена десятью днями.

Законъ 1874 года явился значительно болѣе прогрессивнымъ по сравненію съ закономъ 1865 года во Франціи [3]). Если преступленіе влечетъ наказаніе не большее, чѣмъ 3 мѣсяца заключенія, то предварительное заключеніе не можетъ имѣть мѣста. Въ случаѣ же, если наказаніе ниже 15 лѣтъ каторжныхъ работъ и если обвиняемый имѣетъ мѣстопребываніе въ Бельгіи, то свобода является общимъ правиломъ; для того, чтобы сдѣлать

---

[1]) Clolus. De la detént. préventive. 1865. p. 187—207. Annelot. Notice sur la deténtion préventive en France et en Belgique. 1878. Flamand. Etude sur la deténtion prev. 1877. p. 237—265. Demeure. Communication. Rev. Penit. 1901. n 2. p. 253. Coulon. De la liberté indiv. 1902. p. 38—41. Code d'instruction criminelle belge. Nypls. De la deténtion préventive 1874.

[2]) Текстъ его см. Clolus. Цит. соч. 186 стр.

[3]) Текстъ его по сравненію съ французскимъ закономъ 1865 г. см. у Annelot Цит. соч. стр. 40—43.

исключеніе изъ него необходимы сильныя улики и чтобы эта мѣра требовалась общественнымъ интересомъ (ст. 1). Если же наказаніе выше 15 лѣтъ каторжныхъ работъ, то освобожденіе можетъ быть предоставлено только съ согласія прокурора. Когда обвиняемый не имѣетъ мѣстопребыванія въ Бельгіи, то предоставленіе свободы всецѣло зависитъ отъ усмотрѣнія слѣдственнаго судьи. Послѣ допроса обвиняемый можетъ свободно сноситься со своимъ защитникомъ. Приказъ судьи о заключеніи (mandat d'arret), дѣйствителенъ только на срокъ въ пять дней, если онъ не подтвержденъ постановленіемъ совѣщательной камеры. Другой видъ—mandat de depôt закономъ 1874 г. былъ уничтоженъ. Приказъ о запрещеніи сношеній не можетъ быть назначенъ на срокъ болѣе трехъ дней, безъ права возобновленія (ст. 3 и 4). Обвиняемый присутствуетъ на засѣданіи совѣщательной камеры, гдѣ даетъ свои показанія, при этомъ цѣлый рядъ формальностей гарантируютъ его дѣйствительное участіе. Если слѣдствіе еще не закончено въ теченіе мѣсяца послѣ допроса, то обвиняемый отпускается на свободу, если только совѣщательная камера единогласнымъ постановленіемъ, по выслушаніи прокурора и защитника, не постановитъ, что общественный интересъ требуетъ продолженія заключенія. Такое постановленіе можетъ повторяться каждый мѣсяцъ. Относительно свободы подъ денежное обезпеченіе въ бельгійскомъ кодексѣ существуютъ тѣ же постановленія, какъ и во французскомъ, за небольшими измѣненіями въ редакціи. Залогъ обезпечиваетъ только штрафъ и судебныя издержки. Такимъ образомъ бельгійскій законъ уже содержитъ тѣ постановленія, которыя предположено ввести во Франціи: совѣщательную камеру и срокъ заключенія, хотя не въ 20, а въ 30 дней.

За послѣднее время въ Бельгіи внесенъ законопроектъ [1]) отъ 29 марта 1901 года, расширяющій права защиты (законъ 1874 года предоставлялъ лишь свободныя сношенія съ защитникомъ, но не осмотръ слѣдственныхъ документовъ) и вводящій публичность предварительнаго слѣдствія. „Инквизиціонная система—говорили въ этомъ проектѣ Жансонъ и Гимансъ—проникнутая единственно интересомъ уголовной кары, нисколько не ограждаетъ лицъ невиновныхъ, на которыхъ взведено подозрѣніе. Громадныя преимущества, которыми пользуется обвиненіе на предварительномъ слѣдствіи, вредятъ ему впослѣдствіи. Вообще, какъ удостовѣряетъ статистика, инквизиціонная система потерпѣла несомнѣнное пораженіе въ борьбѣ съ преступностью, такъ какъ по огромному числу преступныхъ дѣяній виновники ихъ остаются необнаруженными или непривлеченными къ суду по недостаточности уликъ". Единственный исходъ—ввести публичность или покрайней мѣрѣ усилить роль защитника на предварительномъ слѣдствіи.

Статистическія данныя бельгійской статистики указываютъ также на гораздо болѣе благопріятное положеніе, чѣмъ во Франціи [2]).

Въ 1898 году поступило жалобъ прокурору 151.002. Слѣдственными судьями произведено 43.570 слѣдствій, по которымъ 10.584 дѣла передано

---

[1]) См. Журналъ Министерства Юстиціи 1901 г. кн. 7.

[2]) Statistique judiciaire de la Belgique. Année 1898: Idem 1899. Bruxelles. 1900—1901.

въ суды исправительные, 24.506—въ полицейскіе суды, и оставлены безъ послѣдствій—7.983. Число случаевъ подслѣдственнаго заключенія по пятилѣтіямъ было слѣдующимъ: въ 1875 г.—1762, 1882 г.—3238, 1891 г.—3772, 1897 г.—2600, 1898 г.—2648.

По судамъ эти случаи распредѣлялись слѣдующимъ образомъ:

	изъ осужденныхъ		изъ оправданныхъ	
Въ судѣ присяжныхъ:	на свободѣ	подъ стражей	на свободѣ	подъ стражей
	6	81	„	26

	изъ осужденныхъ		изъ оправданныхъ или пригов. къ штрафу	
Исправительные суды:	на своб.	подъ страж.	на своб.	подъ страж.
	18.614	2249	29.770	125

	совѣщательной камерой		обвинит. камерой	
Освобождены отъ преслѣдованія	на свободѣ	подъ страж.	на своб.	подъ страж.
	4.216	161	61	6

Итого изъ обвиняемыхся оставалось подъ стражей 2.648, на свободѣ—52.664, т. е. предварительному заключенію подверглись 5%.

Продолжительность заключенія вычислена также по отдѣльнымъ судамъ, что даетъ возможность провести лучше оцѣнку.

Въ апелляціонныхъ судахъ оправданныхъ было 29, изъ нихъ 14 содержались менѣе 1 мѣс., 14 менѣе 3 мѣс. и одинъ болѣе 3-хъ мѣс.

Въ судѣ присяжныхъ всего 107 обвиняемыхъ (изъ нихъ 106 подъ стражей) 81 осужд. и 26 оправд. Изъ нихъ 3 чел. содержались менѣе 1 мѣс., 15—менѣе 3 м., 24—3 м. 22—4 м. 15—5 м. 21—менѣе 9 м. и 1 болѣе 9 м.

Изъ освобожденныхъ отъ преслѣдованія 151: менѣе 1 мѣс.—131 1 мѣс.—16 и 4—болѣе 2-хъ мѣс. *Въ исправительныхъ судахъ:*

	изъ 2249 осужд. менѣе 1 м.	менѣе 2-хъ	отъ 2 до 3	отъ 3 до 6	болѣе 6
	1123	582	195	106	185.
изъ 125 чел. оправдан. и пригов. къ штрафу	63 .	25	7	30	—

Статистика за 1899 годъ даетъ почти тѣ же цифры: 20 заключенныхъ въ апелляціонныхъ судахъ, 2252 въ исправительныхъ, 138—въ судахъ съ присяжными.

Такимъ образомъ въ Бельгіи на дѣлѣ достигли того, что индивидуальная свобода во время слѣдствія стала общимъ правиломъ.

4. Итальянское законодательство [1]).

Въ Италіи дѣйствуетъ уставъ уголовнаго судопроизводства 1865 года, съ измѣненіями, введенными закономъ 30 іюня 1876 года. Итальянскій

[1]) Brusa. Das Staatsrecht des Königreichs Italiens 1892 S. 82 ff. Codice di procedura penale. sezione VII—XI art. 180—245. Camassa. L'arresto preventivo. L. Lucchini. Libertà personale del imputato. Rivista penale vol. XLIX. fasc. V. 1899. Maggio. p. 465. Brusa. Communication. Rev. Pen. 1901. № 2. p. 305—314. Gerichtsaal. 1901. S. 39. Ed. Bertola. Della libertà provvisoria secondo legge Italiana. Rivista penale 1899. p. 561—581.

уставъ представляетъ почти рабскій сколокъ съ французскаго кодекса 1808 года. Поэтому не излагая всей системы, мы укажемъ на болѣе характерныя отклоненія въ интересующемъ насъ вопросѣ.

Въ Италіи существуютъ только два вида судебныхъ приказовъ: призывъ (mandato di comparizione) и приказъ объ арестѣ (mandato di cattura). Ст. 181 опредѣляетъ mandato di cattura какъ актъ, приказывающій арестовать обвиняемаго и отвести его въ тюрьму для допроса его судьею, когда ходъ слѣдствія дѣлаетъ необходимымъ его заключеніе (detenzione preventivo 192 et. и 596). Въ этомъ приказѣ смѣшаны двѣ цѣли—арестованіе и подслѣдственное заключеніе. Послѣ допроса mandato di comparizione обращается въ mandato di cattura. Органы, которымъ принадлежитъ право арестованія весьма многочисленны. Сюда относятся: 1. *Слѣдственные судьи* въ случаяхъ, перечисленныхъ въ 182—206 cod. pr. pen. Они *должны* подвергнуть аресту обвиняемыхъ въ преступленіяхъ, влекущихъ вѣчное наказаніе или заключеніе на срокъ болѣе трехъ лѣтъ, если они—бродяги, нищіе или находятся подъ полицейскимъ надзоромъ, или осуждены были къ вѣчному запрещенію общественной службы или наказанію выше пяти лѣтъ лишеніемъ свободы, или на нихъ указываетъ общая молва, какъ на способныхъ совершить нѣкоторыя преступленія (ст. 95, 96 полицейскаго закона), или, наконецъ, если не имѣютъ осѣдлости въ Италіи. Затѣмъ должны быть арестуемы также обвиняемые въ цѣломъ рядѣ преступленій, перечисленныхъ въ законѣ. *Могутъ* быть арестуемы вышеуказанныя лица за преступленія, караемыя штрафомъ, заключеніемъ менѣе 3-хъ лѣтъ, и запрещеніемъ общественной службы. Судья можетъ также арестовывать лицъ, не явившихся на призывъ. Во всѣхъ случаяхъ требуются важныя улики виновности. 2. *Обвинительная камера* (sezione d'accusa). Это право принадлежитъ ей въ случаѣ преданія суду присяжныхъ, когда грозитъ наказаніе свыше трехъ лѣтъ тюрьмы. Свое право арестованія обвинительная камера можетъ передавать особому судьѣ, которому она поручитъ производство слѣдствія (ст. 437, 448 c. p. p.). 3. *Претору* въ томъ случаѣ, когда онъ производитъ слѣдствіе по порученію слѣдственнаго судьи. Ему предоставлена дискреціонная власть во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ какихъ и слѣдственному судьѣ. 4. *Королевскому прокурору* въ случаѣ поимки преступника при совершеніи преступленія и въ случаяхъ, приравниваемыхъ къ этому (quasi flagrant délit), когда существуетъ опасеніе побѣга со стороны обвиняемыхъ, перечисленныхъ въ статьѣ 206 c. p. p. и когда грозящее наказаніе превышаетъ 3-хъ мѣсячное тюремное заключеніе (46—50 c. p. pen.). 5. *Органамъ судебной полиціи*; такъ, жандармскіе чины должны арестовывать лицъ, застигнутыхъ при совершеніи преступленія, равно какъ и бродягъ, праздношатающихся, нищихъ и состоящихъ подъ полицейскимъ надзоромъ (ст. 60, 64—66 c. p. p.). Такое же право принадлежитъ мэрамъ. 6. *Частнымъ лицамъ* это право принадлежитъ только при поимкѣ на мѣстѣ совершенія преступленія [1]).

Для превращенія приказа о задержаніи или о явкѣ въ приказъ о предварительномъ заключеніи требуется согласіе прокурора (ст. 187). Если еще не приведенъ въ исполненіе этотъ приказъ, то съ согласія же прокурора онъ можетъ быть отмѣненъ. Въ самомъ приказѣ о задержаніи должны

[1]) Brusa. Staatsrecht des Königreichs Italien. S. 88.

быть указаны: фактъ, наименованіе преступленія и соотвѣтственныя статьи закона (ст. 192). Въ случаѣ-же задержанія въ другомъ округѣ, чѣмъ тотъ, въ которомъ находится судья, издавшій указъ, предварительное производство происходитъ передъ мѣстнымъ преторомъ по правиламъ, сходнымъ съ имѣющимися во французскомъ кодексѣ. Если подлежащій задержанію боленъ, то судья вмѣстѣ съ врачемъ должны удостовѣриться въ его болѣзни.

Законодательство объ освобожденіи до суда отличается многочисленными ограниченіями по отношенію къ различнымъ категоріямъ обвиняемыхъ. Обвиняемый имѣетъ право на свободу во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда противъ него не можетъ быть назначенъ приказъ объ арестованіи, т. е. если вмѣняемое ему преступленіе карается штрафомъ, заключеніемъ на срокъ менѣе трехъ лѣтъ или запрещеніемъ общественной службы и если обвиняемый не входитъ ни въ одну изъ выше перечисленныхъ категорій. Наоборотъ, свобода не можетъ быть предоставлена обвиняемымъ въ преступленіяхъ, караемыхъ постояннымъ запрещеніемъ общественной службы или лишеніемъ свободы на срокъ болѣе трехъ лѣтъ, а также рецидивистамъ въ кражѣ мошенничествѣ, грабежѣ и шантажѣ. Лишены также возможности быть освобожденными до суда лица, застигнутыя при совершеніи преступленій, караемыхъ наказаніемъ, продолжающимся свыше трехъ лѣтъ, и также обвиняемыя въ цѣломъ рядѣ преступленій политическаго характера. Во всѣхъ другихъ случаяхъ освобожденіе предоставлено усмотрѣнію судьи, претора и другихъ органовъ [1]).

Правила о видахъ и характерѣ обезпеченія имѣютъ нѣкоторыя отличія отъ современнаго французскаго законодательства и въ большинствѣ случаевъ представляютъ изъ себя постановленія, существовавшія до французскаго закона 1865 года. Такъ, въ дѣлахъ о преступленіяхъ, караемыхъ наказаніями временнаго характера, можетъ быть предоставлена по ходатайству обвиняемаго, задержаннаго или добровольно явившагося въ судъ, предварительная свобода подъ удобное обезпеченіе (mediante idonea cauzione) явки ко всѣмъ дѣйствіямъ процесса и къ исполненію приговора, немедленно, какъ это будетъ потребовано. Обезпеченіе можетъ заключаться только въ залогѣ. Освобожденіе обвиняемыхъ подъ простое обязательство явки не можетъ быть произведено, если за данное преступленіе грозитъ кара тюремнымъ заключеніемъ свыше 3-хъ лѣтъ въ минимумѣ. Бѣдные могутъ быть освобождены отъ представленія залога, если они представятъ свидѣтельство о добромъ поведеніи (ст. 212—214, 217 с. р. р.). Освобожденіе подъ обязательство явки должно имѣть мѣсто послѣ представленія обвиняемаго и послѣ его допроса; оно можетъ быть отложено до окончанія актовъ допроса, удостовѣренія и очныхъ ставокъ, которыя предстоитъ еще произвести, и можетъ быть обусловлено представленіемъ залога. Предоставленная свобода

---

[1]) Противъ узкихъ предѣловъ свободы на предвар. слѣдствіи слышатся въ Италіи многочисленные голоса, напр. Бертола въ его работѣ. Авторъ указываетъ на необходимость уничтоженія предѣловъ обязательнаго заключенія подъ стражу. Отпускать на свободу можетъ всякій магистратъ и даже прокуроръ. Авторъ допускаетъ вознагражденіе государства безъ вины потерпѣвшимъ арестъ.

можетъ быть вновь отнята совѣщательной или обвинительной камерами (camera di consiglio e sezione d'accusa) или по требованію прокурора или самимъ судьей, если этого потребуютъ результаты слѣдствія; оно можетъ быть отнято и вслѣдствіе неисполненія принятыхъ при освобожденіи обязательствъ. Послѣ осужденія за преступленіе свобода уже не можетъ быть предоставлена. Освобожденные обвиняемые обязаны жить въ округѣ суда, которому они подлежатъ (213 ст.). За неявку обвиняемый подвергается конфискаціи залога или штрафу въ размѣрѣ до 500 лиръ, замѣняемому тюремнымъ заключеніемъ [1]) (224—227). Залогъ вообще обезпечиваетъ въ слѣдующемъ порядкѣ: 1) издержки гражданскаго истца; 2) издержки на защиту; 3) издержки казны; 4) гражданскій искъ и 5) штрафы.

Самое производство назначенія ареста или освобожденія подъ залогъ происходитъ слѣдующимъ образомъ. Задержанный въ теченіе 24-хъ часовъ долженъ быть допрошенъ слѣдственнымъ судьей (хотя на практикѣ это не соблюдается строго) или преторомъ. Послѣ допроса судья пересылаетъ дѣло прокурору, который въ теченіе 2-хъ дней доставляетъ ему свои заключенія о законности ареста и о томъ, произведено ли слѣдствіе съ достаточной полнотой. Въ слѣдующіе 24 часа судья долженъ представить отчетъ о дѣлѣ въ совѣщательную камеру, которая рѣшаетъ вопросъ о продолженіи или прекращеніи задержанія и о замѣнѣ его обезпеченіемъ, вмѣстѣ съ тѣмъ она рѣшаетъ и вопросъ о полнотѣ слѣдствія. Если камера не постановила о продолженіи заключенія, то обвиняемый въ теченіе десяти дней послѣ допроса долженъ быть освобожденъ. Въ случаѣ же продолженія заключенія, судья долженъ каждые два мѣсяца вносить въ совѣщательную камеру докладъ о положеніи дѣла. Каждый разъ эта камера можетъ освобождать обвиняемаго. Право освобожденія по заключеніи слѣдствія принадлежитъ соотвѣтственному суду.

По общему правилу защита на предварительномъ слѣдствіи не допускается. Только въ случаѣ просьбы объ освобожденіи защитникъ можетъ посредствомъ письма предоставить обвиняемому средства къ подачѣ прошенія. Въ дѣлахъ, подлежащихъ суду присяжныхъ, защитникъ допускается къ просмотру дѣла до постановленія обвинительной камеры.

Обжалованіе дѣйствій претора и слѣдственнаго суды производится въ совѣщательную и обвинительную камеры. Прокурору предоставлено право обжалованія постановленія совѣщательной камеры, если она постановила освободить по 200 ст., или если она отвергла предложенное обезпеченіе, или назначила его въ меньшемъ размѣрѣ. До разрѣшенія этой жалобы обвиняемый не можетъ быть отпущенъ на свободу, развѣ на это согласится прокуроръ. Жалобы подаются въ обвинительную камеру, черезъ генеральнаго прокурора.

Отвѣтственность должностныхъ лицъ крайне сужена. За неправильное арестованіе полиціей возможна жалоба въ іерархическомъ порядкѣ (ст. 136 осн. зак.). Виновный можетъ быть присужденъ къ штрафу или заключенію

---

[1]) Впрочемъ, явка черезъ пять дней по большей мѣрѣ и представленіе достаточныхъ оправданій даетъ право ходатайства передъ совѣщательной камерой о снятіи конфискаціи или штрафа.

отъ 3 мѣс. до 7 лѣтъ. Государство не отвѣтственно за дѣйствія должностныхъ лицъ и поэтому гражданская отвѣтственность, допускаемая 783 ст. гражд. суд., остается призрачной.

Режимъ подслѣдственныхъ заключенныхъ по большей части одиночный, что дѣлаетъ ненужнымъ существованіе mise au secret, какъ спеціальной мѣры. Подслѣдственнымъ, по сравненію съ отбывающими наказаніе, предоставлены льготы содержанія на свой счетъ.

Дѣйствующій итальянскій кодексъ проникнутъ, какъ можно было замѣтить, еще весьма сильно духомъ инквизиціоннаго процесса и, значительнымъ недовѣріемъ къ обвиняемому. Какъ по отношенію къ слѣдственному судьѣ, такъ и по отношенію къ обвиняемому, установлены многочисленныя ограниченія. Примѣненіе свободы во время слѣдствія поставлено въ узкія рамки и цѣлыя категоріи обвиняемыхъ изъяты отъ этого блага. Вмѣстѣ съ тѣмъ преступность въ Италіи возрастаетъ и репрессивныя мѣры, къ числу которыхъ можетъ относиться и подслѣдственный арестъ, не улучшаютъ положенія дѣла. Изъ ниже приводимыхъ статистическихъ данныхъ можно видѣть положеніе мѣръ обезпеченія на практикѣ, поскольку конечно практика можетъ отразиться въ оффиціальныхъ отчетахъ [1]).

Общее состояніе преступности въ 1898 году [2]) выразилось въ слѣдующихъ цифрахъ. Изъ 283.509 дѣлъ, по которымъ было произведено слѣдствіе, лишь небольшая часть—22.328 (7,9%) являлись дѣлами, по которымъ не было состава для ареста. Въ остальныхъ существовалъ объективный составъ преступленія, дающій право ареста. Почти двѣ трети—183.668 (70,3%) дѣлъ, были тѣ, въ которыхъ преступники были извѣстны или уличены и въ 77.513 (29,7%)—неизвѣстны.

При такомъ числѣ дѣлъ слѣдствіе велось о 352.018 обвиняемыхъ, изъ которыхъ двѣ трети (240.914—68,4%) преданы суду, остальные же освобождены или переданы другимъ административнымъ властямъ. Изъ числа преданныхъ суду 169,079 (70%) перешли по подсудности къ преторамъ (изъ нихъ 153.933 посредствомъ коррекціонализаціи); около одной трети (64.486—27%)—въ судъ, и 7.349—въ обвинительную камеру съ передачею королевскому прокурору.

Судилось у преторовъ—562.040 обвин.; въ исправительныхъ судахъ—126.205 (31% оправданныхъ), въ судахъ присяжныхъ—4.932 обвиняемыхъ (34% оправданныхъ).

Общая продолжительность процесса: у преторовъ 5.750 дѣлъ продолжались отъ 6 мѣс. до 1 года и 140б—болѣе года; въ исправительныхъ судахъ отъ 6 мѣс. до 1 года—15.000 дѣлъ; 1—2 лѣтъ—2012; болѣе 2 л.—1000 дѣлъ; въ судахъ присяжныхъ 6 мѣс.—1 года 1241 (44%), 1—2 г.—588 (21%) болѣе 2 л.—168 (6%).

Цифры эти, указывающія на продолжительность, совершенно незнакомы ни англійскому, ни французскому и бельгійскому процессамъ, ихъ можно встрѣтить только въ русскомъ процессѣ.

---

[1]) Объ отступленіяхъ отъ закона на практикѣ см. Б р у з а. Сообщеніе стр. 311—318.

[2]) См. Statistica Judiciaria Italiana del anno 1898. Roma 1901.

Изъ 436.464 чел., обвинявшихся съ участіемъ прокуратуры, почти пятая часть были арестованы (81.642—18,7%); изъ этого числа были арестованы судебной полиціей—80.314, а по приказу судьи (mandato di cattura)—лишь 1328. Въ отдѣльныхъ округахъ, напр. Лаціо, на 6085 арестованныхъ судебной полиціей, только д в о е были арестованы по приказу судьи.

Общая таблица находившихся подъ стражей и на свободѣ:

ВЛАСТИ.	На свободѣ все время.	Выпущены изъ тюрьмы.	Отпущены на Lib. prov.	Подъ стражей.	Неизвѣстно.
Прокуратура . . .	354.822-81%	„	„	81.642—19%	„
Слѣдствен. судьи .	288.744-82%	10.064—3%	6.510—1,7%	45.352—13%	1.348-0,3
Обвин. камеры . .	1.956-29%	72—1%	83—1%	4.343—64%	374-5%
Преторы	509.231-90,6	6.332—1%	11.432—2%	34.678—6%	307-0,4%
Исправит. суды . .	83.744-66%	1.651—1%	6.143—5%	34.016—30%	659-0,7%
Суды присяжныхъ	363—7,3	59—1%	67—1%	4.143—85%	300-5,5%
Окр. судъ въ апел. инстанціи	44.532-96%	„	„	947—2%	„
Апелляц. суды . .	31.370-68%	„	„	11.469 - 25%	„

Процентъ содержавшихся подъ стражей колеблется въ предѣлахъ отъ 85 до 2, сообразно съ характеромъ органа, вѣдавшаго дѣло. Однако общее количество заключенныхъ отсюда еще не можетъ быть выведено, оно будетъ указано въ связи съ продолжительностью заключенія для оправданныхъ и осужденныхъ въ различныхъ инстанціяхъ.

Продолжительность ареста оправданныхъ:

	Всего.	До 1 мѣсяца.	1—3 мѣсяцевъ.	3—6 мѣсяцевъ.	6 мѣс. 1 года.	1—2 лѣтъ.	2—3 лѣтъ.	Болѣе 3 лѣтъ.
На слѣдствіи.								
Слѣдствен. судьи .	9.786	7.186(73%)	1.940(20)	502(5%)	158(1½)			
Обвинит. камеры.	233	21(9)	48(21)	113(48½)	53(22%)			
На судѣ.								
Преторы	6.525	6.208(95)	266(4)		51(1)			
Окружные суды .	6.506	3.029(47)	2.550(39)	692(11)	235(3%)			
Судъ присяжныхъ.	1.410	114(8)	133(9)	312(22)	439(31)	328(23)	84(6)	
При апелляціи.								
Окружн. судъ апелл. инстанціи . .	265	230(85)	27(10)		11(4)			
Апелляц. суды . .	545	284(52)	143(26)		30(5)			
ИТОГО	25.270	17.072	5.107	1.649	1.105		84	

Продолжительность ареста осужденныхъ:

	Все	До 1 мѣсяца.	1—3 мѣсяцевъ.	3—6 мѣсяцевъ.	6 мѣс. 1 года.	1—2 лѣтъ.	2—3 лѣтъ.	Болѣе 3 лѣтъ.
Преторы	45.813	42.488(93)	3.107(6)	218(0,5)				
Окружные суды .	35.278	15.294(43)	15.704(45)	3.312(9)	1068(3)			
Судъ присяжныхъ.	12.859	60(2)	155(5)	806(28)	1.183(41)	527(18)	128(4½)	
Окр. суды апел. инс.	1.416	1.390(92,4)		98(7)	90(6%)			
Апелляціон. суды .	14.257	6.761(47,4)		5.584(39)	1.733(12)	179(1,26)		
Кассаціон. суды .	4.946	1.747(35)			2.391(48)	706(14)	73(1,5)	29(0,6)
ИТОГО	104.569							

Слѣдовательно 25.270 человѣкъ напрасно находились подъ стражей и 104.569 человѣкъ испытали на нѣсколько мѣсяцевъ и даже лѣтъ наказаніе большее, чѣмъ то, которое опредѣлено въ законѣ.

Подслѣдственная свобода была испрашиваема въ 1898 г. въ 16.383 случаяхъ, но слѣд. судьи ее предоставили 8.076 (49,3%) обвиняемымъ, другая половина осталась подъ стражей, такъ какъ ихъ просьбы были отвергнуты. Отпущено на libertà provvisoria 15.416 (7.340 обвиняемыхъ по праву быть отпущенными). Въ обвинительной камерѣ было 204 просьбы объ освобожденіи, изъ которыхъ удовлетворены 68. Уголовные суды отпустили на libertà provvisoria 4.675. Изъ 6.348 подавшихъ просьбы—474 получили свободу, какъ право и 4.201—какъ милость. Въ апелляціонномъ судѣ было 4.125 ходатайствъ объ освобожденіи, изъ которыхъ 3.241 удовлетворено. Такимъ образомъ свобода предоставлялась довольно часто, но сами заключенные недостаточно сильно стремились къ свободѣ, что выразилось въ небольшомъ сравнительно количествѣ просьбъ. Общее число отпущенныхъ на libertà provvisoria возрастаетъ. Такъ въ 1896 г. освобожденій такихъ было 20.852, въ 1897 г.—18.895, въ 1898 г.—23.479. Процентное отношеніе числа отпущенныхъ къ числу заключенныхъ выше чѣмъ, во Франціи.

Значительная отсталость современнаго итальянскаго законодательства о предварительномъ слѣдствіи и мѣрахъ обезпеченія вызвала къ жизни комиссію для пересмотра устава уголовнаго судопроизводства подъ предсѣдательствомъ итальянскаго министра юстиціи Финокіаро Априле, которая въ 1900 году издала проектъ, внесенный въ парламентъ. Основныя измѣненія проекта сводятся къ слѣдующему [1]).

На предварительномъ слѣдствіи вводится защита и оно получаетъ, съ устраненіемъ отъ судьи розыскныхъ функцій, болѣе состязательный характеръ. Обвинительная камера или слѣдственный судья должны назначить защитника послѣ перваго допроса обвиняемаго. Защитникъ имѣетъ право присутствовать при всѣхъ актахъ, устанавливающихъ общія доказательства или фактическую сторону дѣла. Только при допросѣ свидѣтелей устраняются какъ защитникъ, такъ и прокуроръ. Оба могутъ осматривать дѣло.

Съ расширеніемъ дѣятельности обвиняемаго, ему предоставлены и большія гарантіи свободы. Такъ, несовершенная система способовъ представленія въ судъ замѣнена лучшей. Созданъ особый mandato di accompagnimento—приказъ о приводѣ, занимающій среднее мѣсто между mandati di comparizione e cattura. Строго опредѣлены случаи, когда онъ имѣетъ обязательный характеръ (при неповиновеніи вызову) и когда факультативный. Для избѣжанія произвольныхъ арестованій по возможности строго указаны случаи dellitto flagrante и здѣсь ограниченъ произволъ административной власти. Для того чтобы до допроса не проходило болѣе 24-хъ часовъ, установлены болѣе дѣйствительныя гарантіи, заимствованныя изъ французскаго закона 1897 года.

Чтобы положить конецъ продолжительному заключенію подъ стражей, продолжительность заключенія точно опредѣлена въ максимумѣ, послѣ чего

---

[1]) Lucchini. Libertà personale del imputato. Appunti di reforma legilativa Riv. penale 1899. Maggio. Brusa. Communication p. 313. Revue Penit. 1900 p. 1550. Gerichtsaal. 1901. S. 39 ff.

обвиняемый, хотя еще и не судившійся, долженъ быть отпущенъ на свободу (custodia definitiva).

Многочисленныя улучшенія введены въ постановленія о libertà provvisoria. Установлены новые виды ея, какъ поручительство третьяго лица, не существовавшее по уставу 1876 г., обязательство неотлучки съ мѣста суда, бывшее прежде обязательнымъ для каждаго обвиняемаго, теперь становится факультативнымъ; отдача подъ надзоръ въ воспитательныя или благотворительныя учрежденія примѣняется въ болѣе широкомъ объемѣ. По праву свобода предоставлена лицамъ, добровольно явившимся къ суду, „для увеличенія случаевъ добровольной явки“ [1]). Предоставленіе ея зависитъ отъ усмотрѣнія судьи, могущаго освобождать за всякое преступное дѣяніе, всякаго обвиняемаго и во всякомъ положеніи дѣла до произнесенія обвинительнаго приговора. Обвиняемый долженъ быть лишенъ свободы, если онъ нарушаетъ принятое обязательство или пытается бѣжать или совершаетъ новое преступное дѣяніе, за которое можетъ быть назначенъ приказъ объ арестѣ. Всѣ постановленія о личной свободѣ должны быть мотивированы. Значительная сила уликъ является необходимымъ условіемъ назначенія ареста.

Таковы въ общихъ чертахъ предположенія, которымъ, вѣроятно, суждено осуществиться. Мы видѣли, что законъ 8 декбря 1897 года, вызвавшій сильный интересъ къ подслѣдственной свободѣ во Франціи, оживилъ и страны со сходнымъ съ французскимъ законодательствомъ, какъ Бельгію и Италію, какъ указываютъ на то новые проекты этихъ странъ [2]).

Изъ второстепенныхъ государствъ Европы, законодательство которыхъ построено на началахъ французской системы, слѣдуетъ назвать:

5. *Испанію.* Въ ней свобода всегда можетъ быть предоставлена какъ милость. Освобожденіе запрещено, если преступленіе влечетъ наказаніе, высшее, чѣмъ заключеніе, если оно вызываетъ общественное смущеніе, и если существуетъ опасность побѣга обвиняемаго. Для обезпеченія непродолжительности заключенія заключенному предоставлено право по истеченіи двухъ мѣсяцевъ просить о производствѣ дѣла съ большей быстротой. Прокуроръ и адвокатъ могутъ разсматривать дѣло лишь въ теченіе пяти дней по заключеніи слѣдствія. Слѣдственный судья имѣетъ трехдневный срокъ для того, чтобы постановить свое рѣшеніе о мѣрѣ обезпеченія. Запрещеніе сношеній допускается на срокъ въ пять дней, съ правомъ возобновленія. Недавно (17 января 1901 года) введенъ въ дѣйствіе законъ о зачетѣ подслѣдственнаго ареста въ наказаніе въ извѣстной пропорціи [3]). Вообще въ Испаніи съ 1875 г. существуетъ письменный инквизиціонный процессъ и даже на судебномъ слѣдствіи [4]).

---

[1]) Cosi e fondata ragione di presumere che chi si consegna da sé nelle mani della justizia non abbia in animo d'intralciarne il corso di sfuggirne la sanzione o di commettere nuovi reati. Lucchini. Libertà personale. p. 469.

[2]) См. Revue de la politique 1903. № 3. Также Goldhmmer's Archiv. 1901 S. 38 ff. Итальянскій проектъ заимствовалъ нѣкоторыя начала германскаго устава.

[3]) Подробнѣе см. ниже.

[4]) См. Polzin. Die Gerichtliche Voruntersuchung S. 116.

6. *Румынію*, въ которой дѣйствуетъ кодексъ 1864 г.—почти буквальный переводъ кодекса 1808 года. Существуютъ однако слѣдующія отличія. Судъ вмѣшивается въ случаи арестованія и оцѣниваетъ ихъ. При назначеніи подслѣдственнаго заключенія принимаются во вниманіе лишь надобности слѣдствія и необходимость обезпечить неуклоненіе; осѣдлость и другія соображенія не имѣютъ основного значенія. Подслѣдственная свобода—всегда милость, которой лишены осужденные и рецидивисты [1]).

7. *Голландію*, въ которой дѣйствуетъ кодексъ 1838 года, изданный въ новой редакціи въ 1886 году и представляющій въ существенныхъ чертахъ [2]) подражаніе кодексу 1808 года. Предварительное слѣдствіе построено на розыскныхъ началахъ. Прокуратурѣ предоставлена довольно большая власть непосредственнаго призыва въ судъ, однако, въ случаѣ заявленнаго обвиняемымъ желанія, дѣло сначала передается слѣдственному судьѣ. Защита допускается лишь по заключеніи слѣдствія, до того же времени обвиняемый можетъ представлять въ судъ письменныя заявленія. Предварительное заключеніе очень часто уже въ самомъ началѣ слѣдствія требуетъ подтвержденія совѣщательной камерой.

Право ареста по общему правилу принадлежитъ слѣдственному судьѣ съ заключеніемъ прокурора или безъ него (если обвинительная камера уже постановила о преданіи суду) и суду. Прокурору предоставлено право ареста лишь при случаяхъ flagrant délit.

Предварительное заключеніе можетъ быть назначено лишь въ томъ случаѣ, когда грозитъ наказаніе не ниже 4-хъ лѣтъ тюрьмы, исключенія сдѣланы лишь для нѣкоторыхъ преступленій, въ томъ числѣ бродяжества и нищенства (такимъ образомъ принято ограниченіе по отношенію къ роду преступленія для лицъ, неимѣющихъ мѣста жительства, а не по отношенію къ категоріи преступниковъ). Арестъ для предупрежденія стачки со свидѣтелями и соучастниками и вообще для цѣлей слѣдствія не допускается. Основаніями его могутъ быть боязнь побѣга и общественная безопасность.

Предварительное слѣдствіе ограничено въ своей продолжительности. Приказъ о заключеніи прокурора или слѣдственнаго судьи дѣйствителенъ только въ теченіе 8 дней, продолженіе этого срока зависитъ отъ суда, который можетъ продлить его каждый разъ не болѣе чѣмъ на 30 дней, составивъ мотивированный о томъ приговоръ. Во время дознанія первенствующую роль играетъ прокуроръ, онъ можетъ отпускать только на свободу. Послѣ же преданія суду это право переходитъ суду. Интереснымъ отличіемъ приказа о заключеніи является упоминаніе въ немъ, что онъ назначенъ изъ опасенія, что обвиняемый скроется или въ цѣляхъ общественной безопасности. Строгость режима во многомъ зависитъ отъ слѣдственнаго судьи. Въ послѣднее время въ Голландіи замѣчается сильное стремленіе къ установленію состязательнаго предварительнаго слѣдствія [3]).

---

[1]) Communication Statescu. Rev. Penit. 1901. p. 317.

[2]) Rapport de D. Simons prof. à Utrecht. Bulletin de l'Union intern. du droit penal. T. X livr. I p. 31. 1902.

[3]) См. заявленія Ванъ-Гамеля на Петербургскомъ конгрессѣ Международнаго Союза уголовнаго права. Bulletin de l'Union int. t. X liv. 2.

Законодательство *Люксембурга* [1]) нѣсколько расширило постановленія кодекса 1808 года о свободѣ, приблизившись къ современному бельгійскому законодательству.

8. *Въ Португаліи* еще примѣняется устарѣлая система кодекса 1808 года, съ небольшими измѣненіями. Въ 1899 году внесенъ въ парламентъ проектъ закона, вносящій много усовершенствованій.

9. *Швейцарскіе Кантоны*, воспринявъ большею частью французскую систему, усовершенствовали ее въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ раньше другихъ европейскихъ государствъ. Поэтому представляется интереснымъ остановиться на ихъ законодательствѣ [2]).

Въ Женевскомъ кантонѣ дѣйствуетъ законъ 1849 года. До французскаго вліянія законодательство швейцарское было весьма либеральнымъ. Здѣсь сохранялся какъ пережитокъ, нетронутый политическій строй древняго времени существованія государства-общины [3]) и не существовало періода инквизиціоннаго процесса (развѣ только во время реформаціи при Кальвинѣ). Здѣсь Ж. Руссо вдохновлялся своими произведеніями о свободѣ. По Женевскому кодексу 1791 года запрещался арестъ, если наказаніе было ниже 3-хъ мѣс. тюрьмы. Черезъ восемь дней по задержаніи обвиняемый приводился въ собраніе изъ тринадцати нотаблей, которые допрашивали его и постановляли о продолженіи заключенія или освобожденіи. Кодексъ 1849 года составился подъ вліяніемъ Франціи. Онъ былъ изданъ въ новой редакціи въ 1884 году. Право ареста принадлежитъ тѣмъ же лицамъ, какъ и во Франціи. При назначеніи заключенія принимаются во вниманіе мѣстожительство, средства существованія и возрастъ обвиняемаго. Оцѣнка этихъ условій предоставлена судьѣ и ни одна категорія обвиняемыхъ не исключена отъ возможности быть отпущенной на свободу. Всякій обвиняемый послѣ допроса судьей, произведеннаго не позже 24 часовъ по задержаніи, по общему правилу освобождается подъ обезпеченіе. Эта свобода есть конституціонное право (зак. 1849 ст. 10 § 2). Лишь когда кто либо обвиняется въ тяжкомъ преступленіи, запрещается его освобожденіе. Въ остальныхъ случаяхъ тяжесть наказанія можетъ вліять на размѣръ обезпеченія, но не на право быть освобожденнымъ.

Освобождать или задерживать въ теченіе в о с ь м и дней предоставлено слѣдственному судьѣ, который послѣ этого срока передаетъ свои функціи слѣдственной камерѣ, состоящей изъ трехъ судей суда первой инстанціи. Въ случаѣ обнаруженія новаго обстоятельства, судья можетъ снова арестовать обвиняемаго.

Весьма дѣйствительной мѣрой противъ продолжительности заключенія является возложенная на слѣдственнаго судью и прокурора обязанность

---

[1]) Communication U l v e l l i n g. Rev. Pen. 1901. стр. 264, s.s.

[2]) F l a m a n d. Op. cit. p. 226—236. G u i n a u d, C o r r e v o n, C h i c h e r i o, S c h a f f r o t h Communications. Rev. penit. 1901 N 2 p. 270—279. Ф о й н и ц к і й. О вознагражденіи невинно къ суду привлеченныхъ. 1880. M e y e r. Kritische Darstellung der Voruntersuchung nach den kantonalen Strafprocessordnungen. 1897. R u t h. Vertheidiger im Schweizerischen Strafprocesse. Bern 1905.

[3]) Ф р и м а н ъ и С т е б с ъ. Очерки исторіи англійской конституціи.

представлять въ слѣдственную камеру всѣ акты производства по истеченіи срока въ 6 недѣль для дѣлъ о преступленіяхъ и въ три мѣсяца для дѣлъ о тяжкихъ преступленіяхъ. Защита на предварительномъ слѣдствіи вполнѣ допускается. Обязательной она является въ дѣлахъ о преступленіяхъ, зависящей отъ желанія обвиняемаго—въ дѣлахъ о проступкахъ; защитникъ можетъ присутствовать при всѣхъ актахъ производства, которые требуютъ состязательности. Прекращеніе сношеній (mise au secret) не можетъ продолжаться болѣе 8 дней по приказу судьи, который однако можетъ быть возобновленъ слѣдственной камерой. По уставу 1849 года сношенія съ защитникомъ на предварительномъ слѣдствіи допускались лишь съ согласія судьи, теперь судья не можетъ запретить ихъ. Обвиняемый не имѣетъ права на вознагражденіе со стороны государства или судьи, въ случаѣ несправедливаго ареста. Ему предоставлена только возможность начать искъ противъ принесшаго жалобу.

Въ кодексѣ кантона *Валэ* (Valais) правила о подслѣдственномъ задержаніи и заключеніи разработаны съ большою тщательностью. Приказъ о приводѣ (mandat d'amener) разрѣшается издавать только въ случаяхъ неповиновенія призыву, при обвиненіи въ преступленіяхъ, влекущихъ уголовное или позорящее наказаніе, и при подозрѣніи въ кражѣ, караемой исправительнымъ заключеніемъ. Предварительное заключеніе, которое можетъ быть назначено только по мотивированному приказу (mandat d'arret) требуетъ сильныхъ уликъ въ преступленіи, караемомъ уголовнымъ или позорящимъ наказаніемъ или исправительнымъ заключеніемъ. Оно можетъ быть назначено только особою слѣдственною коммисіею, на созывъ которой предсѣдателю суда дается срокъ въ 48 часовъ. Несмотря на легкость полученія свободы подъ обезпеченіе, она не является правомъ обвиняемаго. Установленъ максимумъ обезпеченія въ 3000 фр.

Въ кантонѣ *Во* (Vaud) законодательство о подслѣдственной свободѣ регулируется закономъ 1874 года. Характерной чертою его является громадная сфера, предоставленная усмотрѣнію судьи. Такъ, напр., совершенно не опредѣлены условія задержанія, случаи его обязательности или наоборотъ недозволенности; сдѣланы ограниченія лишь относительно продолжительности. Такъ арестъ не можетъ продолжаться болѣе мѣсяца, послѣ чего коллегія, состоящая изъ трехъ судей кантональнаго суда, просматриваетъ всѣ акты и постановляетъ объ освобожденіи или продолженіи ареста. Установлены также сроки для рѣшенія дѣла по заключеніи слѣдствія. Запрещеніе сношеній допускается, но не можетъ превышать 15-ти дней. Законъ устанавливаетъ 4 цѣли предварительнаго задержанія: 1) устраненіе неудобствъ для слѣдствія, 2) предупрежденіе бѣгства, 3) предупрежденіе злоупотребленія свободой во время дознанія и 4) устраненіе развращающаго дѣйствія на общественное мнѣніе (ст. 77).

Постановленія о денежномъ обезпеченіи крайне несовершенны. Такъ напр., поручитель отвѣтственъ за побѣгъ даже послѣ того, какъ полиція арестовала обвиняемаго; законъ устанавливаетъ максимумъ обезпеченія. Свѣтлой стороной законодательства кантона Во является вознагражденіе невинно испытавшихъ подслѣдственный арестъ. Просьба о вознагражденіи представляется въ обвинительную камеру, въ теченіе 15 дней по прекра-

щеніи дѣла. Вознагражденіе должно быть предоставлено единогласнымъ постановленіемъ, по выслушаніи заключеній прокурора.

Кантонъ *Тессинъ* (Tessin). При назначеніи подслѣдственнаго заключенія принимаются во вниманіе тяжесть и видъ преступленія, степень предстоящаго наказанія, національность обвиняемаго, его возрастъ, полъ, характеръ, мѣсто жительства и, наконецъ, гарантіи, которыя онъ представляетъ для вознагражденія гражданскаго истца. Освобожденіе во время слѣдствія зависитъ отъ прокурора и слѣдственнаго судьи; оно не допускается по дѣламъ, подлежащимъ суду присяжныхъ, когда грозитъ наказаніе въ минимумѣ 4 года тюрьмы. Допускается защита на предварительномъ слѣдствіи. Примѣняется вознагражденіе со стороны государства за убытки, испытанные вслѣдствіе заключенія. Въ общемъ свобода предоставляется приблизительно въ 80% дѣлъ, влекущихъ исправительное наказаніе.

Въ *Бернѣ* свобода поставлена въ зависимость отъ усмотрѣнія судьи. Законъ никогда не запрещаетъ ея примѣненія. Цѣлями, ради которыхъ назначается предварительное заключеніе, являются опасность бѣгства или стачки (collusion). Оправданный подсудимый незаконно заключенный можетъ просить вознагражденія у государства и возврата убытковъ.

Осуществленіе въ Швейцарскихъ законодательствахъ наиболѣе либеральныхъ постановленій о подслѣдственной свободѣ и огражденіи правъ гражданъ на предварительномъ слѣдствіи стало возможнымъ главнымъ образомъ вслѣдствіе отсутствія въ странѣ политическихъ причинъ для сильнаго развитія инквизиціоннаго строя и вслѣдствіе несложности общественныхъ отношеній.

Во многихъ кантонахъ (Ури, Нидвальденъ, Аппенцель, Базельштадтъ, Тургау), однако еще сильны начала инквизиціоннаго процесса и предварительнаго слѣдствіе находится въ рукахъ зависимаго отъ прокуратуры судьи слѣдователя. Въ нѣкоторыхъ кантонахъ (Тессинъ, Аргау, Ури, Аппенцель, Базельштадтъ) принята германская система ограниченія примѣненія предварительнаго слѣдствія. Вредитъ много разнообразіе законодательствъ. Въ 1900 году составленъ проектъ общаго уголовнаго уложенія, можно ожидать, что за этимъ наступитъ очередь и для устава процессуальнаго.

Глава IV.

Германскій процессъ.

A. Zucker. Die Untersuchungshaft I, II und III Abt. 1873—1879. A. Zucker. Ueber einige Reformen im modernen Vorverfahren. 1902. S. 44—86. Sontag. Die Entlassung gegen Caution. 1865. Oppenheim. Zur Lehre von der Untersuchungshaft. 1889. Bozi. Die Reform der Untersuchungshaft 1897. Hetzel. Die Untersuchungshaft nach deutschen u. s. f. Rechte. 1899. Wahlberg. Gesammelte Schriften. I. Reform der Untersuchungshaft. S. 105 ff. Iohn. Deutsche Strafprocessrecht. Im Holtzendof's Encyklopedie der Rechtwissenschaft. 1882 S. 963. Glaser. Handbuch des deutschen Strafprocesses. 2 Bde. 1888. Aug. v. Kries Lehrbuch des Strafprocessrechts. 1892. Benneke.

Lehrbuch des deutschen Strafprocesses. 1892. Geyer. Lehrbuch des deutschen Strafprocessrechts. 1880. Binding. Grundniss des deutschen Strafprocessrechts. 1900. Holzendorf's Handbuch des deutschen Strafprocessrechts. 1879. B. I: I. Glaser. Die geschichtliche Grundlagen des deutschen Strafprocessrechts S. 3—76. II. Holtzendorf. Sicherungsmassregeln gegen den Person des Beschuldigten. S. 305—374. III. Derselbe. Vorfürung und Vernehmung des Beschuldigten S. 375—384. Polzin. Die Gerichtliche Voruntersuchung. Archiv. für Criminal-Antropologie Grosz's 1903. B. 13. S. 32—122. Fuchs. Das Vorverfahren. S. 423—488. Ern. Meyer. Deutsch-Französische Verfassungsgeschichte. S. 140—265 B. I. 1899. Daguin. Des garanties accordées à l'inculpé par code allemand. 1879. Фойницкій. Судебно-уголовные кодексы Германіи. См. „На досугѣ". 1900. т. II, стр. 265. Объяснительная записка къ проекту 1900 г. т. II, ст., 84—103. Deutsche Strafprocessordnung. vom 1877. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprocesses. I und II. B. Beide Lesungen 1905. Hellweg's Ausgabe. Oesterreichische Strafprocessordnung. X Manz'sche Ausgabe. 1901. Oesterreichische Statistik. Ergebnisse der Strafrechtspflege. im Jahre 1895, 1898. Deutsche Justiz-Statistik. im Jahre 1898 und 1899. 1901. 1902. Mittermaier, Rosenfeld, Hort. Communications. Rev. Penit. 1901. p. 278—287 Schultetus. Die Untersuhungshaft. Zeitschrift Liszt'a 1903. 5 u 6 Heft. Ortloft. Die Entschädigung. Ibid. 1902. Lelewer. Zur Frage der Strafprocessreform. Archiv f. Crimin. Antrop. und Kriminalistik. 1903. B. XII S. 234.

Нѣмецкій типъ конструкціи предварительнаго слѣдствія отличается болѣе широкою сферою правъ, предоставленныхъ прокуратурѣ. Распредѣленіе судебной работы здѣсь значительно цѣлесообразнѣе, чѣмъ во Франціи, вслѣдствіе чего яснѣе обособлены функціи суда и обвиненія. Отношенія между органами предварительнаго слѣдствія во многомъ отличаются отъ существующихъ во Франціи. Эти отличія весьма сильно повліяли на общую постановку мѣръ обезпеченія въ германскомъ процессѣ.

Что же касается спеціально мѣръ обезпеченія, то разработка ихъ въ нѣмецкихъ уставахъ уголовнаго судопроизводства значительно стройнѣе, чѣмъ во французской системѣ; отдѣльныя стороны полнѣе и систематичнѣе разработаны въ германскомъ законодательствѣ. Другимъ отличіемъ является строгое отграниченіе цѣлей предварительнаго заключенія и значительное стѣсненіе усмотрѣнія судьи, въ то время какъ во французскомъ кодексѣ совершенно не упоминается даже о цѣляхъ задержанія.

Эти, болѣе существенныя, и другія, менѣе значительныя,

различія заставляютъ обособить законодательства германскаго типа, несмотря на то, что въ общемъ они основаны на французской системѣ.

Мы, въ противоположность хронологіи, остановимся сначала на законодательствѣ Германіи, а затѣмъ уже Австріи и другихъ странъ, такъ какъ въ первой болѣе ясно проведены начала нѣмецкаго типа.

1. Законодательство Германской имперіи.

Исторія Германскаго законодательства не представляетъ для насъ теоретическаго интереса, въ противоположность исторіямъ процессовъ римскаго, англійскаго и французскаго. Распавшаяся на множество мелкихъ государствъ, управлявшихся каждое собственными законами, Германія даетъ намъ пестрый рядъ законодательныхъ памятниковъ, изъ которыхъ почерпнуть общіе принципы развитія нѣмецкаго судопроизводства довольно трудно.

До IX—X вѣка тамъ господствовали тѣ-же формы права, какъ и у франковъ. Различныя „зерцала“ (Sachsenspiegel, Schwabenspiegel) содержатъ еще въ себѣ общія начала состязательнаго порядка.

Въ этотъ періодъ преступленіе было двухъ видовъ: явное и подлежащее доказательству. Когда преступникъ попадался въ преступленіи, то потерпѣвшій схватывалъ его и немедленно представлялъ въ судъ для расправы [1]). Во второмъ случаѣ примѣнялась состязательная форма безъ привода и подслѣдственнаго ареста.

Съ усиленіемъ королевской власти послѣ Карла Великаго свобода стала подвергаться ограниченіямъ. Вмѣсто стараго mannitio (средство вызова къ суду) устанавливается bannitio—принужденіе къ явкѣ посредствомъ поручительства или ареста. Явка по вызову короля обезпечивалась различными мѣрами. Отказывающій въ повиновеніи приказу судьи подвергался имущественному взысканію и даже лишенію свободы. Арестъ примѣнялся противъ обвиняемыхъ въ измѣнѣ, противъ подозрѣваемыхъ въ бѣгствѣ и противъ нежелавшихъ являться въ судъ.

Съ XII и до XV столѣтія замѣчается переходъ къ инквизиціонной системѣ, въ общихъ чертахъ аналогичный происходившему во Франціи. Въ „зерцалахъ“ право на свободу стоитъ еще въ видѣ общаго правила, которое однако испытываетъ многочисленныя исключенія. Арестъ большею частью примѣнялся какъ наказаніе за неповиновеніе. Задержаніе преступника было двухъ видовъ: „Verfestung“—когда право арестовать предоставлялось одному какому нибудь лицу, напр. истцу, и „Reichsact“, когда это право было предоставлено каждому. Послѣ ареста обвиняемый могъ быть отпущенъ на свободу подъ залогъ или поруки; денежная сумма обезпеченія не могла быть больше размѣра вирныхъ денегъ. Въ важныхъ дѣлахъ, вле-

[1]) См. напр. His. Das Strafrecht der Friesen im Mittelalter. 1901. S. 165.

кущихъ уголовное наказаніе, поручитель отвѣчалъ лично въ случаѣ побѣга обвиняемаго, т. е. долженъ былъ самъ отбывать наказаніе (er muss es leiden, das jener sollte leiden). По общему правилу, когда грозила смертная казнь, поруки не допускались, но если они были допущены, то при побѣгѣ казненъ долженъ былъ быть поручитель.

Инквизиціонный процессъ рецепировался въ Германіи главнымъ образомъ черезъ труды итальянскихъ ученыхъ. Въ ихъ трудахъ содержалось теоретическое обоснованіе и оправданіе подслѣдственнаго ареста, какъ надежной мѣры слѣдствія.

По Constitutio criminalis Carolina арестъ примѣнялся какъ обезпеченіе неуклоненія въ случаѣ, если обвиняемый не могъ представить обезпеченія. Этотъ законодательный памятникъ еще не знаетъ ареста для предупрежденія стачки со свидѣтелями и соучастниками. Только послѣ, при научной обработкѣ процесса, аресту присвоили прежде чуждый ему двойной характеръ—мѣры обезпеченія явки и способа обезпеченія доказательства. Здѣсь въ качествѣ мѣры, предупреждающей стачку, примѣнялось лишь отдѣленіе соучастниковъ другъ отъ друга въ тюрьмѣ.

Съ XVI вѣка появляется цѣлый рядъ Landgerichtsordnungen для отдѣльныхъ мѣстностей. Съ этого вѣка распадаются и австрійское и германское законодательства. Въ то время, какъ послѣднее до 1877 года сохраняетъ пестрый характеръ, первое уже въ XVII вѣкѣ объединяется въ общіе уставы для всей страны. Отдѣльныя постановленія Landgerichtsordnungen распространяли принципы, выработанные въ Carolina, на ряду съ признаніемъ старыхъ мѣстныхъ обычаевъ.

Можно замѣтить какъ инквизиціонный строй, постепенно примѣняемый сначала въ дѣлахъ противъ лихихъ людей (gegen schädliche Leute), сталъ потомъ общимъ порядкомъ. Слѣдствіе обыкновенно распадалось: на 1) стадію общей инквизиціи (Generalinquisition), 2) стадію спеціальной инквизиціи, 3) заключеніе въ тюрьму и 4) допросъ. Первая стадія соотвѣтствовала дознанію и имѣла цѣлью закрѣпленіе слѣдовъ, вторая была уже направлена противъ опредѣленнаго лица, при чемъ особенно употребительнымъ сталъ Collusionshaft.

Развитію инквизиціоннаго процесса въ Германіи особенно содѣйствовала дѣятельность трехъ юристовъ Карпцова, Брунемана и Людовикуса. Карпцовъ напр. болѣе, чѣмъ въ продолженіе всего XVII столѣтія господствовалъ надъ умами Германіи, усиленно рекомендуя подслѣдственное заключеніе.

Въ XVII столѣтіи въ Австріи и Германіи появляется также рядъ законодательныхъ памятниковъ (Halsgerichtsordnung Josephs I 1707, Codex juris Bavarici criminalis 1751, Constitutio criminalis Theresiana 1768 и др.), въ которыхъ расширяется нѣсколько примѣненіе обезпеченія. За небольшія преступленія судья могъ самъ отпускать на свободу, для болѣе важныхъ случаевъ требовалось высочайшее разрѣшеніе. Залогъ или поручительство обезпечивали издержки производства и вознагражденіе гражданскаго истца. Основанія для ареста были крайне многочисленны.

Въ большинствѣ германскихъ государствъ въ концѣ XVIII и въ началѣ XIX вѣка судъ, какъ органъ полицейскаго строя, не предоставлялъ никакихъ гарантій свободы обвиняемому. Высшимъ принципомъ было полное

усмотрѣніе судьи, стоящаго въ тѣсной зависимости отъ правительства. Послѣ подчиненія Наполеону начинается постепенная рецепція французскаго права сепаратными законодательствами [1]).

Въ основу устава уголовнаго судопроизводства Германской Имперіи *отъ 1 февраля 1877 года* положено прусское уголовное законодательство, которое предоставляло широкую область дѣятельности полиціи на предварительномъ слѣдствіи. Эти начала были соединены съ предварительнымъ слѣдствіемъ, производимымъ судьею, заимствованнымъ изъ Франціи. Такимъ образомъ получилось законодательство, носящее характеръ компромисса, однако компромисса весьма цѣлесообразно проведеннаго. По иниціативѣ Савиньи въ прусскій законъ 23 марта 1846 года былъ введенъ институтъ прокуратуры, которому была присвоена двойная функція: производства разслѣдованія вмѣстѣ съ обязанностью преслѣдованія предъ судомъ. Ему были непосредственно подчинены полицейскіе органы. Прусскій уставъ 1867 года предоставлялъ прокурору право допрашивать свидѣтелей самому или черезъ полицейскихъ органовъ, когда онъ считалъ это нужнымъ для цѣлей разслѣдованія.

Такимъ образомъ ограниченіе примѣненія предварительнаго слѣдствія, производимаго судьей, было заимствовано изъ прусскаго законодательства.

По уставу 1877 года власть возбужденія преслѣдованія принадлежитъ прокуратурѣ, которая производитъ также дознанія по всѣмъ жалобамъ и донесеніямъ (Vorbereitungsverfahren). Основною цѣлью этого дознанія является разслѣдованіе обстоятельствъ виновности или невинности подозрѣваемаго и закрѣпленіе слѣдовъ преступленія. Для этой цѣли прокурору предоставлено право допроса свидѣтелей безъ присяги (ст. 158), каковое право онъ можетъ передавать полиціи, какъ своему подчиненному органу. Въ случаѣ необходимости произвести судебно-слѣдственное дѣйствіе (обыскъ, выемку, арестъ обвиняемаго и пр.) прокуроръ долженъ обратиться къ амстрихтеру, стоящему совершенно независимо отъ прокурора, кото-

[1]) Изложеніе дѣйствовавшихъ въ Германіи въ серединѣ XIX вѣка системъ отдѣльныхъ германскихъ государствъ см. у Sontag. Entlassung gegen Caution. 1863, стр. 104—120.

рый обсуждаетъ допустимость этой мѣры. При производствѣ такихъ дѣйствій прокуроромъ обвиняемый и его защитникъ пользуются такими же правами, какъ и на предварительномъ слѣдствіи (ст. 167). Въ случаяхъ, когда отъ промедленія можетъ причиниться вредъ для слѣдствія, производить слѣдственныя дѣйствія можетъ и самъ амстрихтеръ; это право предоставлено ему и въ томъ случаѣ, если производство дѣйствій, о которыхъ проситъ заключенный подъ стражу обвиняемый, можетъ повліять на его освобожденіе. Немедленно по производствѣ такихъ дѣйствій амстрихтеръ сообщаетъ всѣ протоколы прокурору. Какъ видно, участіе судьи въ дознаніи носитъ исключительный характеръ. Производящія дознаніе лица могутъ подвергать аресту на срокъ не болѣе двухъ дней всѣхъ, препятствующихъ производству (ст. 162).

По прекращеніи дознанія прокуроръ или предлагаетъ о производствѣ предварительнаго слѣдствія, или же прямо вноситъ въ судъ обвинительный актъ, или же прекращаетъ дознаніе, объявляя объ этомъ обвиняемому, если онъ уже былъ допрошенъ судьею или подвергся аресту (ст. 168). На постановленіе о прекращеніи допускается жалоба со стороны потерпѣвшаго или заявившаго о дѣлѣ въ судъ.

На предварительномъ слѣдствіи, производящемся особымъ слѣдственнымъ судьею, прокуроръ играетъ роль стороны и не пользуется особыми правами. Кромѣ слѣдственныхъ судей и амстрихтеры могутъ производить предварительное слѣдствіе по предложенію прокурора или самого слѣдственнаго судьи. Производство предварительнаго слѣдствія по дѣламъ, подсуднымъ суду шеффеновъ, не допускается. Наоборотъ, оно обязательно по дѣламъ, подсуднымъ имперскому суду и суду присяжныхъ, по требованію прокурора или по ходатайству обвиняемаго, подтвержденному основательными мотивами. Предварительное слѣдствіе начинается противъ опредѣленнаго лица и за опредѣленное преступленіе (177 ст.). Слѣдствіе не должно быть распространяемо дальше, чѣмъ это нужно для постановленія мотивированнаго рѣшенія о томъ, должно ли быть открыто главное производство или же прекращено преслѣдованіе. Обвиняемый допрашивается на предварительномъ

слѣдствіи, несмотря даже на то, что былъ допрошенъ раньше, въ присутствіи прокурора и защитника; ему объявляется распоряженіе, коимъ открыто предварительное слѣдствіе. Во время слѣдствія прокуратурѣ предоставляется право обозрѣнія слѣдственныхъ актовъ и право дѣлать предложенія, какія она сочтетъ нужными.

Такова роль каждаго изъ слѣдственныхъ органовъ при дознаніи и предварительномъ слѣдствіи. Фактическое участіе выражается въ слѣдующихъ цифрахъ [1]):

Общее число оконченныхъ дознаній въ 1898 г. было 673.976; въ 1899 г.—674.857. На 1000 оконченныхъ дознаній было предварительныхъ слѣдствій въ 1898 г.—38, въ 1899 г.—37. Изъ 1000 произведенныхъ предварительныхъ слѣдствій амтсрихтеры участвовали въ 98 г.—въ 165, въ 99 г.—въ 154.

Процентъ числа предварительныхъ слѣдствій постоянно уменьшался. 81/85 г.—68, 86/90 г.—54, 91/95 г.—46, 96 г.—42, 97 г.—39, 98 г.—38, 99 г.—37 на—1000.

На 1000 оконченныхъ предварительныхъ слѣдствій начаты: въ 1899 г. по заявленію прокурора—982, по просьбѣ обвиняемаго—2, самимъ судьей—16. Такимъ образомъ обвиняемые въ весьма рѣдкихъ случаяхъ прибѣгаютъ къ ходатайству о замѣнѣ дознанія слѣдствіемъ. Всего на 761.346 дознаній произведено въ 1899 г. 30.421 слѣдствіе [2]).

Теперь перейдемъ къ спеціальному вопросу о средствахъ представленія въ судъ по германскому уставу 1877 года.

---

[1]) См. Deutsche Justiz-Statistik, vom Jahre 1898—99, Berlin 1901, 1902.

[2]) Коммисія пересмотра расширяетъ объемъ производства предварительнаго слѣдствія. 1) Въ дѣлахъ подсудныхъ среднимъ шеффенскимъ судамъ предварительное слѣдствіе происходитъ тогда, если обвиняемый подастъ ходатайство о томъ въ теченіе извѣстнаго срока. 2) Въ тѣхъ же дѣлахъ, однако оно устраняется, если обвиняемый сознался въ преступленіи или соотвѣтственныя разслѣдованія уже произведены судьей. 3) Во всѣхъ дѣлахъ о преступленіяхъ и проступкахъ предварительное слѣдствіе должно имѣть мѣсто, если обвиняемый взятъ подъ стражу, кромѣ случаевъ сознанія его или кромѣ случая, когда грозящее наказаніе заключается въ денежной пенѣ. 4) Въ дѣлахъ, подсудныхъ малому шеффенскому суду, кромѣ случаевъ совокупности, слѣдствіе допустимо лишь, если обвиняемый заключенъ подъ стражу; за невполнѣ сознавшимся арестованнымъ обвиняемымъ сохраняется право требовать производства слѣдствія (Protokolle der Kommission. 1905. II, 82).

Германское законодательство, подобно французскому, различаетъ приводъ (Vorführungsbefehl) и призывъ (Ladung) въ судъ (ст. 133—135 Deut. SPO.). Приказъ о приводѣ можетъ быть изданъ судьею и въ нѣкоторыхъ случаяхъ прокуроромъ и содержитъ въ себѣ обращеніе къ полицейскимъ органамъ или къ тюремному начальству (ст. 128, 129) съ требованіемъ привести извѣстное лицо, съ правомъ примѣненія силы въ случаѣ неповиновенія, если этому не будетъ мѣшать какая либо уважительная причина. Приводъ имѣетъ цѣлью представить обвиняемаго къ допросу и можетъ примѣняться какъ противъ находящагося на свободѣ обвиняемаго, такъ и противъ заключеннаго подъ стражу.

Какъ мѣра, ограничивающая свободу, приказъ о приводѣ регулируется различными правилами, стѣсняющими произволъ судьи. Такъ, когда не имѣется подозрѣній въ бѣгствѣ или предположеній, что обвиняемый не подчинится письменному призыву, можетъ и долженъ быть изданъ приказъ о призывѣ. Въ случаѣ если обвиняемый не явился къ предварительному слѣдствію, изданіе приказа о приводѣ факультативно, оно зависитъ отъ судьи; если же обвиняемый не явился къ судебному слѣдствію, то такое изданіе приказа о приводѣ обязательно.

Въ приказѣ о приводѣ должны быть обозначены точно: 1) личность приводимаго, 2) преступное дѣяніе, въ которомъ его обвиняютъ и 3) основанія приказа о приводѣ. Мѣсто, куда долженъ быть приведенъ обвиняемый подразумѣвается само собою, именно—камера судьи, издавшаго приказъ. Приведенный не долженъ отлучаться отъ судебнаго мѣста, куда его привели, до тѣхъ поръ, пока не будетъ отпущенъ. Противъ него могутъ быть принимаемы всѣ мѣры, какъ и противъ арестуемаго по приказу объ арестѣ (Haftbefehl).

Приведенный долженъ въ теченіи сутокъ быть допрошенъ судьею, который можетъ отпустить его или заключить подъ стражу на основаніи особаго постановленія. Въ случаѣ надобности во вторичномъ допросѣ, приводъ можетъ быть повторенъ. Допросъ является необходимымъ условіемъ предварительнаго слѣдствія, потому что въ основѣ всякаго процесса

лежитъ положеніе, что нельзя произнести правильнаго приговора во вредъ или въ пользу обвиняемаго, если послѣдній лично не былъ допрошенъ судьею.

Ст. 159 предоставляетъ также прокурору право призыва для допроса. Приказа же о приводѣ самъ прокуроръ, какъ единогласно признается всѣми нѣмецкими процессуалистами, не имѣетъ права издать, а долженъ въ такихъ случаяхъ обращаться къ судьѣ [1]).

По уставу 1877 года три органа уполномочены на принятіе ареста и предварительнаго заключенія: 1) прокуратура, 2) судья, производящій слѣдствіе, и 3) чины судебной полиціи.

Различаются два рода приказовъ объ арестѣ: приказъ до начала публичнаго обвиненія и послѣ него (ст. 112, 125). По общему правилу приказъ объ арестѣ (Haftbefehl) назначается слѣдственнымъ судьей на слѣдующихъ основаніяхъ (ст. 112): 1) когда противъ обвиняемаго существуютъ сильныя основанія къ подозрѣнію (dringende Verdachtsgründe), 2) когда существуетъ подозрѣніе побѣга, 3) когда имѣются обстоятельства, изъ которыхъ можно заключить, что обвиняемый станетъ уничтожать слѣды преступленія или склонять свидѣтелей и соучастниковъ къ ложнымъ показаніямъ или убѣждать свидѣтелей уклониться отъ свидѣтельскихъ обязанностей, причемъ эти обстоятельства должны быть изложены въ актахъ. (Collusionsgefahr) [2]).

Оба послѣднія основанія (Fluchtverdacht und Gefahr der Verdunklung) являются достаточными лишь въ связи съ основнымъ требованіемъ наличности сильныхъ уликъ. Собственно, наличность подозрѣнія необходима и при передачѣ дѣла послѣ

---

[1]) Наиболѣе полно законодательство о призывѣ изложено у Holtzendorf. Handbuch. 1879. Ср. учебники Kies, Binding, Glaser, John, Benneke. Практика приведена у Arnstedt. Preussische Polizeirecht. 1905. B. I.

[2]) Комиссія по пересмотру уголовнаго процесса (Protokolle der Kommission B. I und II) для назначенія ареста по подозрѣнію побѣга также требуетъ наличности указывающихъ на такую вѣроятность фактовъ, которые должны быть занесены въ постановленіе (I, 88); предложенія устранить изъ числа основаній ареста опасность стачки со свидѣтелями и, съ другой стороны, ввести основаніе опасенія совершенія новыхъ преступленій были отвергнуты большинствомъ.

дознанія для производства по нему предварительнаго слѣдствія, но тогда достаточна только вѣроятность, а здѣсь, при принятіи принудительной мѣры по отношенію къ обвиняемому, требуется почти достовѣрность виновности.

Относительно перваго основанія заключенія—подозрѣнія въ побѣгѣ—законъ требуетъ всегда мотивировки. По ст. 112 парагр. 2 достаточной мотивировкой для принятія приказа о предварительномъ заключеніи являются слѣдующія обстоятельства: 1) когда предметъ разслѣдованія есть преступленіе, 2) когда обвиняемый не имѣетъ постояннаго мѣстожительства, когда онъ бродяга или когда онъ не можетъ удостовѣрить своей личности, 3) когда обвиняемый—иностранецъ и есть весьма основательное опасеніе, что онъ не явится на призывъ суда и не подчинится приговору (т. е. когда есть опасеніе побѣга) [1]). Сюда можно отнести и постановленіе ст. 129 парагр. 2, которое предоставляетъ суду право приводить и заключать подъ стражу каждаго неявившагося безъ достаточныхъ причинъ къ судебному слѣдствію.

При проступкахъ, которые наказываются только арестомъ или денежнымъ взысканіемъ, опасеніе побѣга можетъ служить основаніемъ для ареста лишь по отношенію къ лицамъ, перечисленнымъ выше (ст. 112 п. 2 и 3) и состоящимъ подъ надзоромъ полиціи или если дѣло идетъ о проступкѣ, за который можетъ быть назначена отдача подъ надзоръ полиціи (ст. 113).

Что же касается опасности уничтоженія слѣдовъ, то при проступкахъ, за которые положены наказанія денежнымъ штрафомъ или арестомъ, это основаніе недопустимо.

Приказъ о заключеніи подъ стражу всегда издается только судьей. Но въ интересахъ дознанія прокуратуры, еще до начала публичнаго обвиненія, прокуроръ можетъ обращаться къ участковому судьѣ съ просьбой объ изданіи такового и

---

[1]) Коммисія пересмотра (I 90—92) высказалась за упраздненіе п. 1 и замѣну его постановленіемъ, въ которомъ указывается, что если грозитъ смертная казнь, исправ. домъ, крѣпость не ниже 5 л. и тюрьма не ниже 2-хъ, то это обстоятельство обосновываетъ опасеніе побѣга. Совершенно отброшены п. 2 и 3.

съ представленіемъ документовъ, по которымъ можно судить о необходимости заключенія подъ стражу (ст. 160). Для того, чтобы обвиняемый, арестованный по приказу судьи, не оставался болѣе сутокъ подъ стражей безъ допроса, законъ указываетъ (ст. 132), что въ случаѣ невозможности представить его не позднѣе слѣдующаго за задержаніемъ дня къ компетентному судьѣ, обвиняемый можетъ требовать, чтобы его представили ближайшему участковому судьѣ, который удостовѣряется въ тожественности лица и разсматриваетъ вопросъ о необходимости открытія судебнаго производства. Къ такой же просьбѣ должна прибѣгать и полиція, когда желаетъ произвести арестъ (ст. 161), а обращеніе къ судьѣ черезъ прокурора грозило бы промедленіемъ. До начала публичнаго обвиненія прокуратура для производства ареста или изданія приказа объ арестѣ обращается къ амтсрихтеру, въ округѣ котораго долженъ произойти арестъ (ст. 160). Послѣ начала публичнаго обвиненія органомъ, постановляющимъ о арестованіи и заключеніи является судъ, разбирательству котораго подлежитъ дѣло и который до заключенія предварительнаго слѣдствія передаетъ это право въ руки одного изъ судей—слѣдственнаго судьи. Послѣ разсмотрѣнія дѣла въ обвинительной камерѣ, съ заключенія прокурора, полномочія слѣдственнаго судьи прекращаются. Обвинительная камера разсматриваетъ вмѣстѣ съ вопромъ о преданіи суду и вопросъ о прекращеніи или продолженіи или назначеніи ареста (ст. 205 п. 2). Въ случаѣ открытія судебнаго слѣдствія право примѣнять и измѣнять мѣры обезпеченія переходитъ къ суду, разсматривающему дѣло въ первой инстанціи. Власть этого суда продолжается до тѣхъ поръ, пока не принесена апелляціонная жалоба на приговоръ, послѣ чего право примѣненія мѣръ обезпеченія переходитъ суду, въ который принесена апелляціонная жалоба. Это правило о соединеніи въ рукахъ одного суда примѣненія мѣръ обезпеченія и разсмотрѣнія по существу дѣла, не распространяется на судъ кассаціонный, компетенція котораго ограничивается только формальнымъ разсмотрѣніемъ дѣла. Рѣшенія суда обыкновенно постановляются судейской коллегіей и

только въ случаяхъ необходимости однимъ предсѣдательствующимъ. Всѣ эти органы постановляютъ свои рѣшенія независимо отъ заключеній прокурора. Только предсѣдательствующій, если онъ дѣйствуетъ единолично, и слѣдственный судья, если желаютъ освободить обвиняемаго изъ подъ стражи, испрашиваютъ согласія прокурора.

Гарантіей противъ неправильныхъ приказовъ объ арестѣ является обязательность сообщенія обвиняемому, заключенному подъ стражу, не позже, чѣмъ черезъ сутки, копіи съ постановленія объ арестѣ, которая ему прочитывается, причемъ ему разъясняется, что онъ имѣетъ право подать жалобу на это постановленіе. Въ случаѣ, еслибы онъ хотѣлъ подать жалобу, ему должны быть предоставлены къ тому всѣ необходимыя средства. Подсудимый черезъ сутки по заключеніи въ тюрьму узнаетъ отъ судьи преступленіе, въ которомъ онъ обвиняется (ст. 114 п. 3. 115). Въ постановленіи объ арестѣ должны заключаться какъ мотивы, по которымъ назначается арестъ, такъ и само преступленіе. Для исполненія этотъ приказъ обыкновенно передается прокурору или иногда непосредственно полиціи.

Предварительное задержаніе есть лишеніе свободы какого-либо лица безъ предварительнаго приказа судьи [1]) (ст. 127—129). Каждый, кто застигъ преступника при совершеніи преступленія или преслѣдуетъ его по горячимъ слѣдамъ (auf frischer That) [2]), имѣетъ право задержать его безъ предварительнаго приказа судьи, если существуетъ подозрѣніе, что преступникъ бѣжитъ, или если личность преступника не можетъ быть сейчасъ констатирована. Подъ понятіе „каждый“ подходятъ конечно и полицейскіе органы. Но *только* послѣдніе спеціально уполномочены на арестова-

[1]) Hellweg. D. SPO. Verhaftung ist Freiheitentziehung auf Grund richterlicher Anordnung, vorläufige Festnahme ohne solche, beide zum Zwecke Strafverfolgung. (zum 112 § SPO).

[2]) Подъ понятіемъ frische That разумѣются случаи, когда преступленіе обнаружено непосредственно послѣ совершенія и когда предпринято преслѣдованіе виновника, какъ лица подозрѣваемаго. Genzmer, Thätigkeit der Polizei in Strafsachen. 1900, S. 56.

ніе и тогда, когда при наличности серьезныхъ уликъ (dringende Verdachtsgründe) [1]) и при опасности промедленія [2]) существуетъ опасеніе побѣга или имѣются такіе факты, изъ которыхъ можно заключить, что обвиняемый станетъ уничтожать слѣды дѣянія или склонять свидѣтелей или совиновниковъ къ ложному показанію, или убѣждать свидѣтелей отказаться отъ свидѣтельской обязанности. Такимъ образомъ для ареста полиціей допускается спеціальная цѣль ареста—обезпеченіе доказательствъ виновности и, кромѣ того, вмѣсто формальнаго понятія quasi-flagrant délit французскаго права и strong or probable presumption of the guilt англійскаго указанъ признакъ серьезности уликъ. Такъ какъ законъ указываетъ, что при данныхъ условіяхъ полиція можетъ производить арестъ по тѣмъ же основаніямъ, какъ и судья издавать приказъ объ арестѣ, то слѣдуетъ признать, что подозрѣніе побѣга не требуетъ дальнѣйшаго обоснованія, когда совершено тяжкое преступленіе, когда подозрѣваемый не имѣетъ осѣдлости или бродяга и когда онъ—иностранецъ, причемъ существуетъ основательное сомнѣніе, что онъ не подчинится приговору суда и не явится къ суду (ст. 112) [3]). При преступныхъ дѣяніяхъ, преслѣдованіе которыхъ производится по жалобѣ, предварительное задержаніе производится независимо отъ такой жалобы (ст. 127). Если за преступное дѣяніе грозитъ только арестъ или денежная пеня (т. е. оно является проступкомъ), то предварительное задержаніе можетъ производиться только тогда, когда задерживаемый серьезно подозрѣвается въ бѣгствѣ и когда а) онъ не имѣетъ осѣдлости,

---

[1]) Для большей достовѣрности уликъ коммисія пересмотра предполагаетъ предоставить судьѣ право допроса подъ присягой свидѣтелей на предварительномъ слѣдствіи, если это показаніе существенно для вопроса о назначеніи подслѣдственнаго заключенія и др. (I, 69, II, 226).

[2]) Эта опасность практикой опредѣляется, какъ такое сочетаніе обстоятельствъ, при которомъ возникаетъ обоснованное подозрѣніе, что обвиняемый при замедленіи арестованія бѣжитъ или станетъ совершать дѣйствія по уничтоженію слѣдовъ. Genzmer. Цит. соч. S. 69.

[3]) Въ Пруссіи кромѣ того допускается полицейскій арестъ въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ будетъ признанъ полиціей нужнымъ въ интересахъ общественной безопасности и спокойствія. (Arnstedt. Preussische Polizeirecht 1905, S. 497).

не можетъ удостовѣрить личности или бродяга, б) когда онъ иностранецъ, внушающій опасеніе побѣга, в) когда онъ состоитъ подъ полицейскимъ надзоромъ и г) когда дѣло идетъ о проступкѣ, за который можетъ быть назначена отдача подъ присмотръ мѣстныхъ властей, т. е. рецидивъ нищенства, бродяжество, профессіональная безнравственность и т. д. (ст. 113, 38, 39, 361). Существуютъ кромѣ того спеціальныя правила о предварительномъ задержаніи депутатовъ рейхстага, воинскихъ чиновъ, лицъ, находящихся на кораблѣ, находящихся въ городѣ, объявленномъ въ положеніи осады, относительно задержанія лицъ, виновныхъ въ таможенныхъ проступкахъ [1]). Жандармскіе чины и лѣсные стражи могутъ преслѣдовать скрывающагося и въ предѣлахъ другого германскаго государства. Они обязаны, захвативъ его, немедленно привести въ ближайшій судъ или къ ближайшему полицейскому чиновнику союзнаго государства, въ которомъ преступникъ схваченъ (ст. 168 учр. суд. уст.). Наложеніе оковъ или связываніе захваченнаго, если оно не производится при крайней необходимости и если оно не вызвано сопротивленіемъ со стороны арестованнаго, разсматривается какъ умышленное и противозаконное лишеніе свободы [2]).

Задержанный можетъ быть или отпущенъ на свободу высшимъ полицейскимъ начальствомъ, если задержаніе будетъ признано ошибочнымъ или необоснованнымъ, или же долженъ немедленно быть приведенъ къ участковому судьѣ того округа, въ которомъ произведено задержаніе [3]). Одновременно

---

[1]) Genzmer. Цит. соч. S. 68. Члены Рейхстага согласно ст. 31 Reichsverfassungsgesetz, и ст. 84 прусской конституціи не могутъ быть арестуемы безъ согласія Рейхстага во время періода засѣданій. Здѣсь интересъ государственнаго представительства и свободы его перевѣшиваетъ непосредственный интересъ правосудія. Относительно Zoll-und Steuerdelickten см. Einführungsgesetz zum StPO. § 6 № 3. Holtzendorf. Handbuch. 1879. S. 361.

[2]) Arnstedt. Op. cit. S. 501—502.

[3]) Ibidem. S. 502. Коммисія пересмотра добавила: если задержанный находится въ такомъ состояніи, которое вслѣдствіе болѣзни дѣлаетъ личный приводъ невозможнымъ, то приводъ замѣняется немедленной пересылкой протокола арестованія. Допросъ же откладывается до тѣхъ поръ, пока минуетъ опасность для жизни или здоровья задержаннаго (I, 102). Ст. 132 п. 1 дополняется слѣд. постановленіемъ: „если кто либо арестованъ по судебному приказу или по сыск-

съ этимъ извѣщается и прокуроръ (ст. 128). По предложенію послѣдняго участковый судья, не начиная публичнаго обвиненія, можетъ превратить задержаніе въ подслѣдственное заключеніе на срокъ въ семь дней, который можетъ быть возобновленъ; если дѣло идетъ о тяжкомъ преступленіи или преступленіи, этотъ срокъ можетъ быть продленъ, въ общемъ до одного мѣсяца [1]). Кромѣ того самъ прокуроръ по ст. 489 можетъ издать приказъ объ арестѣ осужденнаго судомъ, если онъ не явился на призывъ къ отбытію наказанія лишеніемъ свободы или подозрѣвается въ намѣреніи совершить побѣгъ. Здѣсь прокуроръ дѣйствуетъ какъ исполнитель приговора суда, а не какъ обвинительная власть [2]). Практика, впрочемъ, установила такой порядокъ: полицейскіе органы сначала приводятъ задержаннаго въ участокъ, а о представле-

---

ному листу и не можетъ быть представленъ въ тотъ же день къ соотвѣтственному судьѣ, то арестованный, если онъ самъ или обвинительный органъ, не противъ его воли, предложитъ это, можетъ быть приведенъ къ ближайшему участковому судьѣ". „Участковый судья можетъ освободить приведеннаго, если возбуждается серьезное сомнѣніе въ тождествѣ его съ лицомъ преслѣдуемымъ или если приведенный указываетъ, что преслѣдованіе прекращено компетентнымъ органомъ" (II 190—193).

[1]) Коммисія, согласно предложенію, сдѣланному въ Рейхстагѣ, занялась обсужденіемъ вопроса о вознагражденіи лицъ, невинно задержанныхъ по предложенію прокуратуры. При этомъ предложеній о вознагражденіи за простой неправильный арестъ не дѣлалось вслѣдствіе его краткосрочности и ничтожности матеріальнаго ущерба, имъ наносимаго. По отношенію же къ заключенію подъ стражу на стадіи дознанія большинство постановило, что соразмѣрно существующимъ правиламъ, содержащимся въ законѣ 14 іюля 1904 г., вознагражденіе должно быть предоставляемо и лицамъ, освобождаемымъ на стадіи дознанія (II, 284).

[2]) Коммисія пересмотра въ подражаніе французскому уставу вводитъ сокращенный порядокъ производства въ тѣхъ случаяхъ, когда обвиняемый застигнутъ на мѣстѣ преступленія, преслѣдуется или подвергнутъ предварительному задержанію. Предложеніе поставить такое производство въ зависимость отъ явнаго или молчаливаго согласія задержаннаго было отклонено. Но при окончательномъ обсужденіи благопріятное отношеніе задержаннаго къ немедленному суду было поставлено необходимымъ условіемъ примѣненія сокращеннаго производства. Оно распространяется на всѣ проступки и на тѣ преступленія, въ которыхъ обвиняемый застигнутъ съ поличнымъ, въ которыхъ онъ проявляетъ согласіе на судъ, или когда онъ самъ ходатайствуетъ о томъ и, наконецъ, когда за предварительнымъ задержаніемъ назначается подслѣдственное заключеніе (II 249). На стадіи дознанія предполагается предоставить прокурору право приглашать обвиняемаго для допроса подъ угрозою привода въ случаѣ неповиновенія (I, 210, II, 247).

ніи задержаннаго судьѣ озабочивается полицейскій чиновникъ. Частныя же лица передаютъ задержаннаго ближайшему полицейскому [1]).

Спеціальныя правила въ административномъ порядкѣ созданы для задержанія иностранныхъ преступниковъ, подлежащихъ выдачѣ, о задержаніи бѣглыхъ и относительно приглашенія военной стражи для содѣйствія при арестѣ (въ Пруссіи).

Какъ можно видѣть изъ изложеннаго, германская система предоставляетъ полиціи крайне широкое по объему право арестованія, но требуетъ отъ нея указанія основаній для принятія этой мѣры. Только опасеніе побѣга и неизвѣстность подозрѣваемаго, да въ рѣдкихъ случаяхъ вполнѣ обоснованная опасность уничтоженія доказательствъ могутъ служить такими основаніями. Отвѣтственность чиновъ полиціи еще не достаточно развита, что̀ объясняется отсутствіемъ общеимперскихъ постановленій по этому предмету. Не представляется возможнымъ статистически оцѣнить дѣйствіе этой системы вслѣдствіе отсутствія общихъ данныхъ въ имперской статистикѣ.

Относительно прекращенія ареста ст. 123 содержитъ постановленіе, которымъ предписывается уничтоженіе силы приказа объ арестѣ, коль скоро отпало условіе его назначенія. Затѣмъ сила приказа прекращается, когда подсудимый оправданъ или освобожденъ отъ суда (ст. 123 п. 2) [2]), несмотря даже на обжалованіе приговора, или когда подсудимый присужденъ къ штрафу. Если дознаніе производитъ прокуроръ

---

[1]) Вмѣсто существующаго правила о необходимомъ предварительномъ извѣщеніи потерпѣвшаго объ арестованіи при преступленіяхъ, преслѣдуемыхъ по частной жалобѣ, коммисіей предположено, что арестованіе въ этомъ случаѣ не зависитъ отъ подачи жалобы и что извѣщеніе происходитъ чрезъ участковаго судью. Сила приказа о заключеніи прекращается, если въ теченіе недѣли послѣ его выполненія жалоба еще не подана (I, 103, II, 193).

[2]) Коммисія предлагаетъ болѣе полное выраженіе, именно: 1) отпаденіе сильныхъ уликъ; 2) достиженіе цѣли ареста и 3) отпаденіе основанія его назначенія (I, 96). Если прокуроръ предложитъ прекращеніе подслѣдственнаго заключенія, то онъ уполномоченъ на немедленное освобожденіе обвиняемаго, даже до формальной отмѣны приказа судьей (II. 189).

и если арестъ былъ назначенъ до начала публичнаго обвиненія, то одно заявленіе его о прекращеніи ареста является достаточнымъ основаніемъ къ прекращенію (ст. 126)[1]). Если прошла недѣля со времени назначенія приказа объ арестѣ до начала публичнаго обвиненія, и это обвиненіе еще не начато, приказъ теряетъ силу. Такимъ образомъ срокъ арестованія во время дознанія до начала публичнаго обвиненія *не можетъ быть болѣе семи дней*[2]). Если слѣдственный судья желаетъ прекратить силу назначеннаго имъ приказа о подслѣдственномъ заключеніи, онъ испрашиваетъ согласія прокуратуры и если прокуратура отказываетъ въ этомъ согласіи, то судья, если онъ пріостанавливаемую мѣру намѣренъ предписать немедленно, не позднѣе какъ въ 24 часа испрашиваетъ разрѣшеніе обвинительной камеры (ст. 124). Если же предложеніе объ освобожденіи исходитъ отъ прокурора, то слѣдственный судья не можетъ представлять на то возраженій. Всѣ постановленія объ арестѣ могутъ подлежать обжалованію въ ландсгерихтъ (окружный судъ), на постановленія котораго, въ свою очередь, можно принести новую жалобу (ст. 352)[3]).

Относительно исполненія и режима подслѣдственнаго ареста имперское законодательство ограничивается только общими предписаніями, предоставляя частности отдѣльнымъ входящимъ въ Имперію государствамъ. Ст. 116 опредѣляетъ усло-

---

[1]) Коммисія дополняетъ постановленія закона: „участковый судья уполномоченъ на отмѣну ареста и на освобожденіе на поруки до начала публичнаго обвиненія, но лишь съ согласія прокуратуры. При отказѣ послѣдней, онъ можетъ обратиться въ подлежащій окружный судъ (I, 98).

[2]) Вмѣсто установленнаго здѣсь недѣльнаго срока заключенія, по мнѣнію коммисіи, основанному на соображеніяхъ практики, постоянно отступающей отъ этого правила, долженъ быть установленъ 4-хнедѣльный срокъ для проступковъ предусмотрѣнныхъ ст. 361 п. 3—8 уг. ул., преступленій и тяжкихъ преступленій и 2-хнедѣльный—для остальныхъ проступковъ. Но за то запрещается продолженіе этого срока (I 100, II 190).

[3]) Въ коммисіи было принято предложеніе, чтобы въ теченіе 6-ти или 2-хъ недѣльнаго срока публичное обвиненіе было возбуждено и далѣе въ теченіе слѣдующихъ 3-хъ дней компетентный судья постановилъ бы о продолженіи ареста. Объ этихъ мѣрахъ своевременно долженъ быть извѣщенъ участковый судья (I, 100). Предложеніе ограничить срокомъ въ 3 недѣли арестъ, назначенный изъ опасенія сокрытія слѣдовъ, большинствомъ было отвергнуто (I 91).

вія содержанія подъ стражей. Заключенный, насколько возможно, долженъ быть обособленъ отъ другихъ и не находиться въ одномъ и томъ же помѣщеніи съ осужденными. Онъ можетъ подвергаться только тѣмъ ограниченіямъ, которыя требуются самою цѣлью ареста и насколько то необходимо для поддержанія порядка въ тюрьмѣ. Онъ можетъ на свой счетъ пользоваться удобствами и заниматься, сообразно своему званію и имущественному положенію, поскольку однако эти занятія совмѣстны съ цѣлью ареста, не нарушаютъ порядка въ тюрьмѣ и не угрожаютъ безопасности. При этомъ играетъ роль то обстоятельство, по какому мотиву назначенъ арестъ. Если основаніемъ для назначенія была опасность сговора со свидѣтелями или соучастниками, то заключенный подвергается нѣкоторымъ стѣсненіямъ въ сношеніяхъ съ внѣшнимъ міромъ. Ему запрещаются не только свиданія и сношенія съ посторонними, но и даже переносъ пищи, бумаги, чернилъ и пр., словомъ, всего, что можетъ способствовать сокрытію слѣдовъ. Оковы могутъ быть наложены на заключеннаго лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда вслѣдствіе особенной опасности его требуется оградить остальныхъ или когда самъ заключенный сдѣлалъ покушеніе на самоубійство или побѣгъ. Во время суда онъ долженъ быть освобожденъ отъ оковъ. Назначеніе и отмѣна перечисленныхъ ограниченій зависитъ отъ судьи, въ случаѣ же крайней необходимости, это право предоставляется и другимъ органамъ, напр., тюремному начальству, которое, однако, обязано немедленно требовать утвержденія принятыхъ мѣръ судьею (ст. 116) [1]).

---

[1]) Коммисія проектируетъ слѣдующія улучшенія. Подслѣдственное заключеніе исполняется съ возможно большей осмотрительностью въ личности и чести заключеннаго. Сношенія съ защитникомъ свободны. Бумаги, имъ посылаемыя въ судъ, не могутъ быть задерживаемы прокуратурой или органами надзора. Бумаги, посылаемыя другимъ властямъ, могутъ быть задерживаемы, если онѣ имѣютъ оскорбительное или иное преступное содержаніе. Если какое либо письмо не передано заключенному или не отослано отъ него, то онъ извѣщается о причинахъ такого постановленія. Занятія чтеніемъ и письменныя въ проектѣ ясно разрѣшены. Дисциплинарныя взысканія на заключенныхъ могутъ быть налагаемы, когда и поскольку это необходимо для поддержанія порядка въ тюрьмѣ и безопасности (II 186—189). Коммисія предусматриваетъ случаи пересылки, требуя

Обезпеченіе неуклоненія, основанное на экономическомъ мотивѣ, по германскому праву можетъ состоять: 1) въ внесеніи залога наличными деньгами или цѣнными бумагами, 2) въ закладѣ движимаго имущества и 3) въ поручительствѣ надлежащаго лица. Существовавшее въ древнемъ германскомъ правѣ обезпеченіе явки клятвеннымъ обѣщаніемъ опущено, такъ что за обезпеченіемъ сохраненъ чисто экономическій характеръ.

Обезпеченіе гарантируетъ только явку къ слѣдствію, суду и наказанію лишеніемъ свободы, и не служитъ, какъ во французскомъ процессѣ, для покрытія расходовъ процесса и вознагражденія гражданскаго истца.

Оно назначается по усмотрѣнію судьи, и никогда по праву, и служитъ замѣной ареста, назначеннаго на основаніи опасенія побѣга. При опасеніи сокрытія слѣдовъ оно не допускается, какъ не могущее обезпечить интересовъ юстиціи. Обезпеченіе во всякое время можетъ быть отдано обратно судьею. Причинами для новаго назначенія ареста могутъ служить тѣ обстоятельства: 1) что обвиняемый дѣлаетъ приготовленія къ бѣгству, 2) что онъ не явился безъ уважительныхъ основаній на призывъ, 3) что открылись новыя обстоятельства, значительно усиливающія тяжесть преступленія и такимъ образомъ увеличивающія опасность побѣга, и 4) что возникла опасность сокрытія слѣдовъ или стачки со свидѣтелями и другими обвиняемыми. Судья имѣетъ право назначать какъ родъ обезпеченія, такъ и размѣръ его; ему же принадлежитъ право во время слѣдствія измѣнять ихъ. Такъ, если онъ сочтетъ впослѣдствіи недостаточнымъ представленное обезпеченіе или если цѣнныя бумаги, представленныя въ обезпеченіе, упали въ цѣнѣ, онъ можетъ требовать внесенія добавочной суммы (ст. 118 п. 2). Освобожденіе подъ обезпеченіе возможно на всякой стадіи процесса (ст. 117), законъ не лишаетъ возможности быть освобожденнымъ ни одну категорію обвиняемыхъ, несмотря на тяжесть преступленія, въ которомъ обвиняется освобождаемое лицо.

при этомъ, чтобы арестованный не сковывался вмѣстѣ съ осужденными преступниками.

Компетентнымъ органомъ въ назначеніи залога или поручительства является тотъ же органъ, который имѣетъ право издавать приказъ объ арестѣ. Усмотрѣніе слѣдственнаго судьи здѣсь ограничивается лишь согласіемъ прокурора (ст. 124 п. 2). Всѣ постановленія слѣдственнаго судьи о назначеніи или отказѣ въ обезпеченіи могутъ быть обжалованы.

Если лицо, требующее освобожденія своего подъ обезпеченіе, не находится въ предѣлахъ Германской Имперіи, оно обязано уполномочить лицо, живущее въ округѣ компетентнаго суда, на принятіе за него подлежащихъ документовъ (ст. 119).

Возможны два случая окончанія дѣйствія обезпеченія: *освобожденіе* и *потеря* его. Освобожденіе наступаетъ, если назначенъ вновь арестъ, если обвиняемый оправданъ или приговоренъ къ денежному взысканію, или если приказъ о взятіи подъ стражу отмѣненъ, или если наступило начало исполненія надъ обвиняемымъ наказанія лишеніемъ свободы (ст. 121). Если обвиняемый не явился безъ достаточныхъ основаній къ судебному слѣдствію, то противъ него назначается приказъ объ арестѣ, а не конфискація обезпеченія, такъ что обезпеченіе гарантируетъ лишь неуклоненіе отъ суда, а не явку въ судъ (ст. 229). Новое назначеніе ареста, кромѣ случаевъ, гдѣ оно зависитъ отъ усмотрѣнія судьи, можетъ происходить, когда обвиняемый пожелаетъ получить свой залогъ обратно или когда третье лицо, представившее залогъ или поручительство, заявитъ о своемъ отказѣ дальше обезпечивать явку. Несмотря на побѣгъ обвиняемаго, обезпеченіе, представленное третьимъ лицомъ, освобождается, если это лицо увѣдомило своевременно судъ о фактахъ, указывающихъ на то, что обвиняемый дѣлаетъ приготовленія къ побѣгу, такъ что судъ могъ назначить арестъ; или если это лицо представитъ вновь къ назначенному судомъ сроку обвиняемаго въ судъ (ст. 121 п. 2). Назначеніе новаго срока для суда—право поручителя. Такъ, когда обвиняемый убѣгаетъ, не сообщивъ о томъ поручителю, то послѣдній можетъ требовать назначенія ему срока для представленія обвиняемаго, по истеченіи котораго возможна новая отсрочка. Для розысковъ онъ можетъ пользо-

ваться содѣйствіемъ полиціи и получить ссыскной листъ (Steckbrief.). Причемъ если онъ обнаружитъ, что обвиняемый находится за границей, то ему предоставляется только назвать мѣсто жительства его.

Обезпеченіе пропадаетъ, когда обвиняемый уклонился или убѣжалъ отъ слѣдствія, суда или примѣненія наказанія лишеніемъ свободы. Подъ понятіе „уклоненія“ не подходятъ неявка безъ уважительныхъ причинъ и самоубійство, здѣсь имѣется въ виду только побѣгъ. Въ случаѣ неявки назначается приводъ или арестъ; въ случаѣ побѣга дается опредѣленный срокъ для представленія бѣжавшаго.

Обезпеченіе, подлежащее конфискаціи, переходитъ въ кассу того государства, судъ котораго постановилъ объ освобожденіи подъ обезпеченіе. До постановленія приговора о конфискаціи выслушиваются стороны, которыя могутъ жаловаться на неблагопріятный для нихъ исходъ дѣла. Рѣшеніе о конфискаціи имѣетъ значеніе окончательнаго, подлежащаго предварительному исполненію приговора гражданскаго суда, который по истеченіи срока обжалованія вступаетъ въ законную силу (122 ст. п. 2).

Противъ уклонившихся и скрывшихся обвиняемыхъ примѣняются принудительныя мѣры по ссыскнымъ листамъ— Steckbriefe. По опредѣленію ст. 131 ссыскной листъ есть обнародованное постановленіе о розыскѣ скрывшагося и о приведеніи его въ тюрьму. Этотъ видъ приказа объ арестѣ издается при невозможности выполнить Haftbefehl. Кромѣ слѣдственнаго судьи, право на изданіе ссыскного листа принадлежитъ прокурору и участковому судьѣ при исполненіи наказанія (ст. 489 и 483 п. 3) и даже полицейскимъ управленіямъ, если обвиняемый бѣжалъ изъ мѣста заключенія. Въ этомъ приказѣ должны быть точное, насколько возможно, описаніе лица, подлежащаго заключенію подъ стражу, преступнаго дѣянія, за которое это приказаніе назначено, и тюрьмы, въ которую бѣжавшій обвиняемый долженъ быть доставленъ (ст. 131 п. 3). Къ этимъ условіямъ обыкновенно прибавляются и основанія назначенія ареста. Правила допроса и освобожденія въ случаѣ нетождественности личности, невинности или конста-

тированія того, что преслѣдованіе за данное преступленіе уже прекращено, тѣ же, что и при простомъ арестѣ.

На основаніи ст. 60 уголовнаго кодекса судъ, постановляющій наказаніе лишеніемъ свободы, можетъ засчитывать по своему усмотрѣнію полностью или отчасти перенесенный подслѣдственный арестъ въ наказаніе. Закономъ 14 іюля 1904 года въ Германіи установлено, хотя и въ очень тѣсныхъ границахъ, вознагражденіе лицъ, безъ вины перенесшихъ подслѣдственное заключеніе (см. ниже).

Существенной гарантіей правильности предварительнаго слѣдствія и активнаго участія въ немъ обвиняемаго является предоставленіе возможности пользоваться помощью защитника при всякомъ положеніи дѣла (ст. 137). Защитникъ можетъ разсматривать судебно-слѣдственные акты и до заключенія предварительнаго слѣдствія или до внесенія обвинительнаго акта въ судъ, насколько это можетъ произойти безъ вреда для цѣли разслѣдованія (ст. 147 п. 2). Обвиняемый, заключенный подъ стражу, можетъ сноситься съ защитникомъ, какъ письменно, такъ и устно; наибольшее ограниченіе этихъ сношеній можетъ состоять въ просмотрѣ писемъ судьею до открытія главнаго производства; если заключеніе подъ стражу послѣдовало не единственно по подозрѣнію побѣга, то ограниченіе состоитъ въ присутствіи лица судебнаго вѣдомства при переговорахъ съ защитникомъ (ст. 148).

Въ общемъ, обозрѣвъ германское законодательство о мѣрахъ обезпеченія неуклоненія и средствахъ представленія въ судъ, можно сдѣлать заключеніе о преимуществѣ его предъ французскимъ [1]). Помимо полноты и прекрасной разработанности его, въ немъ строго разграничены и опредѣлены цѣли задержанія и взаимное ихъ соотношеніе, чего нѣтъ во французскомъ ко-

---

[1]) Просмотрѣвъ оба германскихъ статистическихъ отчета объ уголовныхъ дѣлахъ и ихъ производствѣ (Statistik des Deutschen Reichs. Kriminalstatistik. vom Jahre 1898—1899, 1900 и затѣмъ Deutsche Justiz-Statistik за тѣ же годы), мы не могли найти данныхъ о мѣрахъ обезпеченія. Они собираются отдѣльными государствами Германской Имперіи, о чемъ нельзя не пожалѣть, потому что разбросанность не позволяетъ составить общаго заключенія. Этихъ данныхъ, несмотря на свои настоянія, не могла и заполучить коммисія пересмотра 1905 г.

дексѣ. Усмотрѣнію судьи предоставлена широкая сфера, однако оно ограничено необходимостью мотивировки, предоставленіемъ обвиняемому права защиты на предварительномъ слѣдствіи, облегченнымъ способомъ обжалованія. Дѣятельность прокуратуры и полиціи въ случаяхъ принятія мѣръ обезпеченія поставлена въ зависимость отъ судьи. Конечно, имѣются недостатки и пробѣлы, о которыхъ мы будемъ говорить ниже, но меньше, чѣмъ во французскомъ кодексѣ. Здѣсь незамѣтно усиленное подчеркиваніе государственнаго интереса, въ видѣ широкой власти прокурора надъ личностью и частой необходимости его заключеній, нѣтъ и того формализма, который характеризуетъ французскую систему въ ущербъ дѣйствительнымъ гарантіямъ.

2. Австрійское законодательство.

Первымъ законодательнымъ сборникомъ для всей Австріи былъ сборникъ императрицы Маріи Терезіи—Constitutio criminalis Theresiana 1768 г. По этому уставу главными видами слѣдствія были обвиненіе (accusatio) и розыскъ (inquisitio), раздѣлявшійся на inquisitio generalissima, generalis, specialis, сообразно съ опредѣленностью подозрѣваемаго. Первый производился по слухамъ, второй при наличности преступленія и неизвѣстности виновнаго, третій—противъ опредѣленнаго обвиняемаго. Дознаніе производилось полиціей; въ случаѣ подозрѣнія обвиняемый заключался подъ стражу, хотя возможно было и оставленіе его на свободѣ. Для ареста требовались опредѣленныя улики, а для подслѣдственнаго заключенія—достаточныя улики. Въ случаяхъ, когда грозило наказаніе смертью или тяжкое тѣлесное наказаніе, предписывалось обязательное лишеніе свободы; причемъ при болѣе легкихъ карахъ тюрьма могла быть замѣнена „честнымъ надежнымъ надзоромъ“, въ другихъ случаяхъ поручительствомъ или залогомъ, „если только преступникъ не былъ пойманъ при совершеніи преступленія или преступленіе не было сопряжено съ особенно злостными обстоятельствами“. Судья долженъ былъ тщательно взвѣшивать обстоятельства при назначеніи ареста по отношенію къ лицамъ, для которыхъ онъ могъ бы явиться позорнымъ.

Относительно порукъ и залога Терезіанское законодательство содержитъ слѣдующія предписанія. Хотя и неосѣдлые, но честные люди, обвиняемые въ небольшихъ злодѣяніяхъ, могутъ быть освобождены подъ обезпеченіе. При болѣе крупныхъ преступленіяхъ для этого требовалось соизволеніе государя. Если арестъ былъ уже назначенъ, то за важныя преступленія свобода не предоставлялась никогда. Обезпеченіе гарантировало покрытіе убытковъ и издержекъ производства, остальная часть переходила въ судъ. Общими основаніями для ареста являлись: 1) дурная слава объ обвиняемомъ, такъ что ему можно было приписать совершеніе преступленія; 2) совершe-

ніе въ прошломъ такого же преступленія или покушенія на него; 3) присутствіе на опасномъ мѣстѣ, или на мѣстѣ преступленія; 4) общеніе съ лицами подозрительными; 5) угроза совершить преступленіи при явной враждѣ; 6) обвиненіе потерпѣвшимъ въ убійствѣ при смерти; 7) бѣгство послѣ преступленія; 8) обвиненіе со стороны соучастника; 9) свидѣтельствованіе безпорочнаго свидѣтеля и 10) сознаніе обвиняемаго, если только у него не констатированъ обманъ чувствъ. Здѣсь перечислены улики виновности, а не цѣли ареста. Интересно, что опасность стачки и уничтоженія слѣдовъ не стоитъ въ качествѣ основанія для ареста. Этотъ уставъ былъ основанъ всецѣло старыхъ началахъ: въ основѣ его лежало произведеніе Карпцова объ инквизиціонномъ процессѣ (1662 г.), нѣсколько модифицированное гуманными мыслями Беккаріи; онъ являлся вмѣстѣ съ тѣмъ компиляціей многочисленныхъ мѣстныхъ памятниковъ Австріи.

Слѣдующимъ, болѣе значительнымъ австрійскимъ закономъ о предварительномъ слѣдствіи былъ Josef's II allgemeine Criminalgerichtsordnung vom 17 Juni 1788, по которому обвинительный процессъ былъ совершенно устраненъ, предварительное слѣдствіе передано въ руки полиціи, надзирающей за всѣми, дѣятельность которой была почти не ограничена; органы ея могли допрашивать обвиняемаго, заключать подъ стражу, отпускать подъ обезпеченіе и пр. Кромѣ полицейскаго дознанія имѣлось еще слѣдствіе „для выполненія законныхъ условій для представленія обвиняемаго въ судъ". Уставъ 1788 года различалъ тѣ же, какъ и Терезіана, общія основанія ареста, но ввелъ только ограниченія при имущественныхъ и нѣкоторыхъ другихъ преступленіяхъ. Уголовное слѣдствіе начиналось только послѣ заключенія въ тюрьму. За политическія преступленія (по зак. 5 марта 1787 г.) не дозволялось заключать подъ стражу, если грозило только временное наказаніе; при „anhaltende Strafe" такое заключеніе было обязательнымъ. Какъ видно изъ нѣкоторыхъ основаній для ареста, подслѣдственный арестъ часто назначался, какъ суррогатъ пытки, для полученія сознанія отъ обвиняемаго, относительно котораго существуютъ улики, но не вполнѣ достаточныя.

Законодательствомъ Франца II отъ 3 сентября 1803 г. пересмотрѣна вся судебная организація. Процессъ распадается на руководящее слѣдствіе (leitende Untersuchung) и на обыкновенное слѣдствіе (ordentliche Unters.). Первое распространяется на обнаруженіе и закрѣпленіе слѣдовъ преступленія, краткій допросъ и заключеніе подъ стражу подозрѣваемаго, второе заключаетъ допросы свидѣтелей и обвиняемаго. Здѣсь взятіе подъ стражу служило разграниченіемъ между руководящимъ и обыкновеннымъ слѣдствіемъ. Уголовный судья руководитъ слѣдствіемъ уже на первой стадіи, полиція же является только его вспомогательнымъ органомъ, лишеннымъ права допроса и ареста, продолжающагося на все время слѣдствія, но сохранившимъ лишь право предварительнаго задержанія. Самый институтъ подслѣдственнаго заключенія, перейдя въ руки судьи, испытываетъ многочисленныя преобразованія. По правилу арестъ назначался, если обвиняемый застигнутъ при совершеніи преступленія или подозрѣвается по правомѣрнымъ (rechtmässige) уликамъ (ст. 281). Въ первомъ случаѣ каждый органъ полиціи долженъ былъ арестовать, во второмъ эта обязанность лежала только на мѣстномъ полицейскомъ органѣ. Правомѣрными уликами являлись такія улики, „которыя между преступленіемъ и лицомъ позволяютъ наблюсти

такую связь, что при безпристрастномъ разсмотрѣніи явится вѣроятнымъ, что это лицо совершило преступленіе“ (259 ст.). Арестъ во время слѣдствія является уже скорѣе исключеніемъ, чѣмъ правиломъ, какъ то было по закону 1788 г. Обвиняемый долженъ былъ быть оставленъ на свободѣ, если за преступленіе, въ которомъ онъ обвиняется, грозило въ высшей мѣрѣ годичное заключеніе, или обвиняемый являлся извѣстнымъ лицомъ съ неопороченной репутаціей, которое трудно подозрѣвать въ стремленіи бѣжать, или если не было опасеній, что онъ по освобожденіи станетъ мѣшать слѣдствію. Такимъ образомъ были выставлены три основанія: отсутствіе опасности побѣга, доброе имя и отсутствіе опасности для слѣдствія. Эти условія были достаточны для того, чтобы обезпечить частое освобожденіе. При обвиненіи въ проступкахъ заключеніе подъ стражу могло происходить только какъ исключеніе. Оно допускалось при опасности уничтоженія слѣдовъ, при проступкахъ, вызывающихъ общественное раздраженіе, при сопротивленіи властямъ, при дракахъ съ нанесеніемъ ранъ.

Обезпеченіе допускалось въ слѣдующихъ видахъ: 1) какъ простое клятвенное обѣщаніе обвиняемаго, 2) какъ обязаніе подпиской, 3) какъ залогъ или поручительство и 4) какъ закладъ имущества обвиняемаго.

Такимъ образомъ законодательство 1803 г. было по тому времени либеральнымъ и заботилось объ огражденіи свободы личности. Событія 1848 года вызвали въ правительствѣ стремленіе ограничить права свободы, что и выразилось въ уставѣ 17 января 1850 г. и 29 іюля 1853 г.

Законодательство 1850 г. носило временный характеръ. Авторъ проекта этого устава Виртъ (Würth) во многомъ вернулся къ 18 вѣку, снова сильно расширивъ полицейскую власть на предварительномъ слѣдствіи. Прокуратура получила право производить разслѣдованія. Стадія предварительнаго разслѣдованія служила для собиранія обстоятельствъ дѣла, производство ея поручалось, по докладу прокурора, особому слѣдственному судьѣ, а въ случаяхъ опасности промедленія эти дѣйствія могъ производить самъ прокуроръ. Законъ 1853 года почти безъ измѣненій перенялъ изъ стараго устава постановленія о предварительномъ слѣдствіи и мѣрахъ обезпеченія.

Когда въ началѣ семидесятыхъ годовъ начали говорить о реформѣ предварительнаго слѣдствія, австрійскому правительству было представлено нѣсколько проектовъ, изъ которыхъ одинъ — проектъ министра юстиціи Глазера, представленный въ 1872 г., удостоился утвержденія и 23 мая 1873 года сталъ дѣйствующимъ закономъ Австріи. Въ основѣ этого закона лежитъ уставъ 1850 года, поэтому представляется удобнымъ, излагая дѣйствующее законодательство, параллельно указывать на отличія его отъ двухъ предыдущихъ уставовъ.

Основнымъ отличіемъ австрійскаго устава, какъ и германскаго, является значительное развитіе дознанія (Vorbereitungsverfahren), производимаго прокуратурой, полиціей и судебными органами, на которыхъ могутъ быть возлагаемы отдѣльныя слѣдственныя дѣйствія. Къ прокуратурѣ стекаются всѣ свѣдѣнія о преступленіяхъ. Прокуроръ обязанъ разслѣдовать

сообщенныя ему заявленія о преступныхъ дѣяніяхъ, преслѣдуемыхъ независимо отъ жалобы потерпѣвшаго, и розыскивать виновныхъ. Онъ оцѣниваетъ основательность донесенія, собирая черезъ посредство органовъ полиціи данныя, необходимыя для такой оцѣнки. Съ другой стороны, чины полиціи и общинныя начальства обязаны, въ случаѣ невозможности немедленнаго прибытія слѣдственнаго судьи, предпринять нужныя мѣры для дознанія и предупредить побѣгъ обвиняемаго или уничтоженіе слѣдовъ; о принятыхъ дѣйствіяхъ они немедленно должны сообщить прокурору. По порученію послѣдняго полиція можетъ производить и допросъ свидѣтелей, но безъ присяги. Всѣ дѣйствія полиціи провѣряются прокуратурою и слѣдственнымъ судьею. Слѣдственный и участковые судьи обязаны сообщать прокурору о дошедшихъ до ихъ свѣдѣнія преступленіяхъ, причемъ въ случаѣ опасности промедленія они могутъ сами начать производство слѣдственныхъ дѣйствій, послѣ чего они должны сообщить о томъ прокурору. Участковый судья долженъ съ возможною скоростью—а по дѣламъ, по которымъ кто-либо содержится подъ стражей, въ теченіе одной недѣли—сообщить протоколы своего дознанія прокурору, который не позже, чѣмъ черезъ три дня по полученіи ихъ, долженъ или возбудить обвиненіе и предварительное слѣдствіе у слѣдственнаго судьи или освободить обвиняемаго отъ преслѣдованія [1]).

Предварительное слѣдствіе начинается уже тогда, когда объективный составъ преступленія и вообще основательность донесенія констатированы, такъ что слѣдствіе оперируетъ уже съ болѣе основательнымъ матеріаломъ. Оно можетъ быть начато противъ извѣстнаго лица за извѣстное преступленіе. Органомъ, регулирующимъ отношенія прокурора и слѣдователя на предварительномъ слѣдствіи, является совѣщатель-

[1]) Главнымъ отличіемъ отъ германскаго устава 1877 г. является положеніе прокурора. Въ Австріи онъ свободно распоряжается обвиненіемъ; даже когда начато слѣдствіе, онъ можетъ во всякое время прекратить его. О преданіи суду рѣшаетъ судъ лишь по жалобѣ обвиняемаго. Кромѣ того при допросѣ обвиняемаго должны присутствовать въ качествѣ свидѣтелей 2 судебныхъ лица (Gerichtzeuge). Въ Германіи этого нѣтъ.

ная камера, въ засѣданіи которой принимаютъ участіе слѣдователь, но безъ права участвовать въ голосованіи, и прокуроръ, имѣющій лишь право излагать свои соображенія. Во время слѣдствія слѣдственный судья дѣйствуетъ самостоятельно. Для сокращенія продолжительности слѣдствій установлено, что по заключеніи слѣдствія прокуроръ долженъ не позже 8 дней, а частный обвинитель не позже 14-ти, внести въ судъ обвинительный актъ. Кромѣ того имѣется общее предписаніе всѣмъ мѣстамъ и лицамъ, дѣятельность которыхъ имѣетъ отношеніе къ производству уголовныхъ дѣлъ, всячески содѣйствовать тому, чтобы слѣдствіе по дѣламъ, обвиняемые въ которыхъ содержатся подъ стражей, было какъ можно меньше продолжительно. Обжалованіе слѣдственныхъ дѣйствій поставлено широко. Всѣ участвующія въ дѣлѣ лица, считающія свои интересы нарушенными постановленіемъ судьи, могутъ потребовать опредѣленія по этому вопросу совѣщательной камеры посредствомъ письменнаго или устнаго заявленія о томъ слѣдственному судьѣ или самой обвинительной камерѣ. По общему правилу однако дѣйствія, на которыя принесена такая жалоба, не останавливаются исполненіемъ. Постановленія совѣщательной камеры могутъ быть обжалованы дальше, если жалоба касается назначенія или отмѣны предварительнаго заключенія, опредѣленія суммы денежнаго обезпеченія, отказа въ начатіи слѣдствія или прекращенія слѣдствія и, наконецъ, случаевъ выдѣленія отдѣльныхъ дѣлъ изъ общаго преслѣдованія.

Средствами представленія въ судъ являются призывъ (Ladung), приводъ (Vorführungsbefehl) и предварительное арестованіе (vorläufige Verwahrung).

Приказъ о приводѣ (174 ст.) можетъ назначаться какъ наказаніе за неявку безъ уважительныхъ причинъ на полученный призывъ въ судъ.

Приказъ о предварительномъ задержаніи (vorläufige Verwahrung) по ст. 175 можетъ быть изданъ судьею и безъ предварительнаго призыва, противъ подозрѣваемаго въ преступленіи или тяжкомъ преступленіи въ случаяхъ, когда: 1) подозрѣваемый застигнутъ при совершеніи преступленія или

непосредственно послѣ него или когда онъ по общему указанію или преслѣдованію со стороны должностныхъ лицъ обозначается, какъ подозрѣваемый въ преступленіи или тяжкомъ преступленіи, или если онъ застигнутъ съ орудіемъ преступленія или другими предметами, относящимися къ совершенію преступленія или вообще какимъ-либо образомъ указывающими на его участіе въ преступленіи (распространенный переводъ quasi flagrant délit французскаго права); 2) когда онъ сдѣлалъ попытку къ бѣгству или когда вслѣдствіе тяжести предположительно грозящаго ему наказанія или вслѣдствіе его неосѣдлой жизни или неизвѣстности въ странѣ, онъ не можетъ удостовѣрить свою личность и если не имѣетъ постояннаго мѣстожительства или по какимъ-либо другимъ достаточнымъ основаніямъ подозрѣвается въ бѣгствѣ; 3) если онъ пытался произвести дѣйствія, мѣшающія раскрытію истины, стремился повліять на свидѣтелей, экспертовъ или сообщниковъ или какъ нибудь иначе путемъ уничтоженія слѣдовъ преступленія затруднить слѣдствіе,—или если существуетъ основательное опасеніе, что это можетъ произойти, и 4) если особыя обстоятельства оправдываютъ опасеніе, что обвиняемый повторитъ совершенное преступленіе или окончитъ то, на которое покушался или которымъ угрожалъ.

Такимъ образомъ установлено четыре рода условій: 1) достаточность объективныхъ уликъ, 2) основательное подозрѣніе побѣга, 3) опасность повторенія или довершенія преступленія и 4) опасность стачки и сокрытія слѣдовъ преступленія.

Обязательнымъ является назначеніе предварительнаго задержанія въ случаяхъ, когда дѣло идетъ о преступленіи, которое карается наказаніемъ смертью или 10-лѣтними каторжными работами (ст. 175 п. 2).

Полиція можетъ безъ приказа судьи задерживать обвиняемаго въ тѣхъ же случаяхъ, какъ и судья (ст. 177), „если предварительное полученіе приказа судьи невозможно вслѣдствіе опасности промедленія“. Въ этихъ случаяхъ, какъ видно, полиціи предоставлены права задержанія, дѣйствительность которыхъ ограничивается кратковременнымъ

срокомъ. Этотъ срокъ, однако, можетъ продолжаться до трехъ дней. Такъ, ст. 179 опредѣляетъ, что приведенный въ судъ по приказу судьи или безъ него долженъ быть допрошенъ въ теченіе 24-хъ часовъ. Если это невозможно, то обвиняемый можетъ и дольше содержаться подъ стражей, однако допросъ долженъ быть произведенъ не позже трехъ дней, съ занесеніемъ въ протоколъ причинъ запозданія. Послѣ допроса судья постановляетъ о прекращеніи или продолженіи ареста. Таковы постановленія дѣйствующаго законодательства о предварительномъ задержаніи.

Прежніе уставы 1850 и 1853 г.г. въ постановленіяхъ объ этомъ вопросѣ во многомъ очень сходны съ дѣйствующимъ, лишь не существовало ограниченія права полицейскаго ареста только случаями опасности промедленія, наоборотъ, арестъ полиціи былъ общимъ правомъ, института же задержанія по приказу судьи не существовало. Основаніе опасности повторенія и довершенія преступленій было неудачно заимствовано составителемъ проекта изъ англійскаго права [1]). Право задержанія при опасности стачки или уничтоженія слѣдовъ прежде зависѣло не отъ наличности покушенія на это или обоснованной опасности, а только отъ потребностей слѣдствія: достаточно было того, чтобы слѣдствіе требовало охраненія слѣдовъ преступленія или предупрежденія стачки, чтобы предварительное задержаніе могло имѣть мѣсто („Wenn nach den Umständen des Fallen zu besorgen ist, dass er die Untersuchung u.s.f.“).

---

[1]) Въ англійскомъ правѣ существуетъ старинный институтъ recognizance of the good behaviour or to keep the peace. Въ цѣляхъ предупрежденія преступленій судья отбираетъ отъ подозрѣваемаго поручительство. Въ прежнее время это постановленіе существовало и на континентѣ, будучи введено глоссаторами (Bartolus, Baldus, Fellinus и др. см. Sonntag. Entlassung gegen Caution 1863 г.), но съ самаго начала оно имѣло искусственный характеръ, такъ какъ отношенія судьи и гражданъ рѣзко отличались отъ тѣхъ, при которыхъ возможенъ „надзоръ за хорошимъ поведеніемъ“. Притомъ въ цѣляхъ превентивныхъ ни глоссаторы, ни англійское право не посягали на свободу, какъ то дѣлаетъ австрійское законодательство, а лишь брали денежное обезпеченіе. Этотъ признакъ очень трудно уловимъ; оговорка „если на то сдѣлана попытка и угроза“ еще не характеризуетъ дѣйствительной необходимости.

Назначеніе подслѣдственнаго ареста въ собственномъ смыслѣ (ordentliche Untersuchungshaft) производится послѣ допроса и зависитъ отъ усмотрѣнія судьи. Если судья, послѣ допроса обвиняемаго въ преступленіи или проступкѣ, остается при своемъ прежнемъ подозрѣніи, то онъ можетъ назначить подслѣдственный арестъ, если имѣютъ мѣсто условія, перечисленныя въ ст. 175 п. 2, 3, 4 (т. е. при опасности побѣга, сокрытія слѣдовъ и повторенія преступленія). При этомъ для преступленій, за которыя грозитъ наказаніе смертью или десятилѣтними каторжными работами, сохраняется обязательность назначенія подслѣдственнаго заключенія.

Уставы 1850 и 1853 г.г. признавали во всѣхъ этихъ случаяхъ подслѣдственное заключеніе обязательнымъ, причемъ минимумъ наказанія было пятилѣтнее (а не 10-лѣтнее) тюремное заключеніе. Въ уставѣ 1853 г. было въ качествѣ одного изъ основаній также и общественное возмущеніе (öffentliche Aergerniss).

Продолжительность подслѣдственнаго ареста вообще не ограничена. Только предписано относительно ареста, назначеннаго для предупрежденія стачекъ и уничтоженія слѣдовъ, что онъ не можетъ продолжаться болѣе двухъ мѣсяцевъ и по исключенію, если поступило заявленіе прокурора или слѣдственнаго судьи, судъ 2-ой инстанціи можетъ постановить о продленіи его еще на одинъ мѣсяцъ, если существуетъ настоятельная необходимость или слѣдствіе требуетъ большихъ розысковъ (190 ст. п. 2).

Въ случаѣ возмущенія или преступнаго дѣянія, совершеннаго большимъ множествомъ людей, при невозможности немедленно обнаружить виновныхъ, всѣ присутствующіе, если только относительно ихъ нѣтъ увѣренности въ непричастности къ преступленію, могутъ быть подвергаемы и предварительному заключенію. Они должны быть допрошены не позже трехъ дней, послѣ чего могутъ быть освобождены или оставлены подъ стражей (ст. 181).

Предписанія австрійскаго устава о режимѣ подслѣдственныхъ заключенныхъ во многомъ сходны съ постановленіями кодекса германскаго (см. ст. 183—188). Поэтому, ссылаясь

на сказанное уже о германскомъ законодательствѣ, дополнимъ его нѣкоторыми болѣе подробно разработанными постановленіями австрійскаго устава.

Заключенные должны содержаться по возможности въ отдѣльныхъ камерахъ. Если это невозможно, то, по крайней мѣрѣ, должны быть обособлены лица различнаго пола, участники одного и того же преступленія, неопытные и малолѣтніе преступники отъ опытныхъ и взрослыхъ. При распредѣленіи заключенныхъ по камерамъ должны приниматься также во вниманіе степень ихъ образованія и родъ грозящаго имъ наказанія. Цѣли содержанія подъ стражей—обезпеченіе личности обвиняемаго и воспрепятствованіе сговору соучастниковъ—должны прежде всего преслѣдоваться и системой режима. Въ зависимости отъ цѣли находится поэтому и строгость режима. Заключенные не могутъ получать на руки деньги. Съ разрѣшенія судьи имъ дозволяется имѣть свою пищу, бѣлье, платье. Тюремный надзиратель обязанъ каждый день тщательно удостовѣриться, приготовляется ли къ побѣгу заключенный и въ случаѣ признаковъ этого, немедленно доносить въ судъ. Подслѣдственное заключеніе должно быть по возможности кратко. Всѣ участвующія въ процессѣ лица обязаны содѣйствовать этому (ст. 190). Съ прекращеніемъ основаній для ареста прекращается и самъ арестъ. Постановленія устава 1873 г. о режимѣ являются буквальнымъ повтореніемъ содержащихся въ уставѣ 1850 г. [1]).

Постановленія о свободѣ подъ обезпеченіе въ австрійскихъ уставахъ давали очень мало простора примѣненію этой мѣры. Даже въ XIX вѣкѣ приходилось настойчиво отстаивать цѣлесообразность этой мѣры. Въ кодексѣ 1803 г. эта мѣра была отвергнута. Въ 1850 г. она была допущена, но только въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло шло о преступленіи, не влекущемъ наказанія болѣе, чѣмъ пятилѣтнимъ заключеніемъ. При этомъ она всегда предоставлялась какъ милость. При реакціонномъ уставѣ 1853 г. она опять была уничтожена подъ предлогомъ

---

[1]) Болѣе подробныя постановленія см. Strafgefängniss-Instruction n. 43—101. Manz'sche Ausgabe S. 630—660.

того, что всѣ граждане должны быть равны передъ закономъ, а при существованіи такой мѣры богатые имѣютъ преимущество. Возстановлено примѣненіе денежнаго обезпеченія по закону 27 окт. 1862 г. въ формѣ залога или поручительства. Этотъ законъ вошелъ и въ уставъ 1873 г.

Арестъ предварительный или подслѣдственный (Verwahrungs- und Untersuchungshaft), назначенный по причинѣ подозрѣнія побѣга, можетъ быть замѣненъ поручительствомъ или залогомъ, по опредѣленіи размѣра ихъ совѣщательной камерой; причемъ принимаются во вниманіе послѣдствія преступнаго дѣянія, личныя отношенія заключеннаго и состоятельность лица, представляющаго поручительство (ст. 191). Суду 2-ой инстанціи предоставлено право освобождать подъ обезпеченіе обвиняемаго въ преступленіяхъ, за которыя грозитъ не свыше пяти лѣтъ тюрьмы (ст. 194). Освобождаемые даютъ обѣщаніе неотлучаться съ мѣста жительства и не мѣшать слѣдствію, за нарушеніе чего они могутъ быть подвергаемы снова аресту. По уставу 1850 г. бѣдные, не имѣвшіе возможности вслѣдствіе такого обязательства неотлучки найти себѣ пропитаніе, получали отъ суда ежедневную плату на прокормленіе. Въ уставъ 1873 г. это постановленіе не внесено. Жалобы относительно назначенія или отмѣны обезпеченія представляются въ совѣщательную камеру, постановленія которой по этому предмету могутъ быть далѣе обжалованы въ судъ 2-ой инстанціи. Жалоба прокурора на освобожденіе обвиняемаго подъ обезпеченіе совѣщательной камерой только тогда пріостанавливаетъ исполненіе этого постановленія, если она послѣдовала немедленно.

Обезпеченіе можетъ состоять: 1) въ наличныхъ деньгахъ и цѣнныхъ бумагахъ; 2) въ ипотекѣ на недвижимость; 3) въ надежномъ и состоятельномъ поручительствѣ (ст. 193). Переходъ этого поручительства въ государственную кассу происходитъ по опредѣленію суда въ случаяхъ, когда обвиняемый покинулъ безъ разрѣшенія слѣдственнаго судьи мѣсто жительства или не явился въ теченіе 3-хъ дней къ суду на призывъ, обращенный къ нему. Когда судъ постановилъ о пропажѣ обезпеченія, потерпѣвшій можетъ просить о преимущественномъ удовлетвореніи своего иска и издержекъ.

Такимъ образомъ въ постановленіяхъ о пропажѣ обезпеченія австрійское законодательство крайне сурово относится къ поручителю или залогодателю, не дѣлая никакихъ послабленій.

При обвиненіи въ проступкахъ участковый судья можетъ также издавать приказъ о приводѣ и предварительномъ задержаніи въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣется опасность побѣга или стачки со стороны обвиняемаго и когда обвиняемый, который призванъ къ судьѣ, не явится по требованію и безъ уважительной причины (ст. 452). Здѣсь участковому судьѣ предоставлена широкая власть, безотносительно даже къ тяжести грозящаго наказанія, причемъ два выставленныхъ основанія допускаютъ широкое примѣненіе усмотрѣнія. Въ уставѣ 1850 г. опасность стачки не приводилась въ качествѣ основанія для предварительнаго задержанія.

Намъ остается еще упомянуть, что австрійскій уставъ 1873 г. допускаетъ защиту на предварительномъ слѣдствіи. Защитникъ можетъ быть присутствовать при тѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, которыя имѣютъ цѣлью установленіе состава преступленія и не могутъ быть возобновлены впослѣдствіи. Онъ можетъ приносить жалобы отъ лица обвиняемаго. Ст. 45 австр. уст. разрѣшаетъ какъ устныя сношенія обвиняемаго съ защитникомъ въ присутствіи лица судебнаго вѣдомства, если обвиняемый заключенъ подъ стражу, такъ и письменныя. Защитнику можетъ быть разрѣшено судомъ въ обвинительной камерѣ или слѣдственнымъ судьею обозрѣніе всѣхъ или нѣкоторыхъ актовъ производства, полученіе копій съ постановленій о взятіи подъ стражу и другихъ. Онъ можетъ требовать производства отдѣльныхъ слѣдственныхъ дѣйствій, которыя могутъ послужить къ оправданію обвиняемаго. Однако чисто судебная сторона предварительнаго слѣдствія, въ которой еще весьма силенъ инквизиціонный характеръ—допросъ свидѣтелей и обвиняемаго—закрыта для защитника. Законъ безусловно запрещаетъ ему присутствованіе въ камерѣ судьи при допросѣ. На практикѣ защита на предварительномъ слѣдствіи рѣдка.

Зачетъ понесеннаго подслѣдственнаго заключенія въ наказаніе по австрійскому праву поставленъ не какъ право

осужденнаго, а зависитъ отъ усмотрѣнія судьи, назначающаго наказаніе, который разсматриваетъ лишь какъ смягчающее вину обстоятельство то, что обвиняемый, „безъ своей вины содержался, вслѣдствіе затянувшагося слѣдствія, болѣе долгое время подъ стражей“ (ст. 46 австр. угол. кодекса).

Австрійское законодательство о мѣрахъ обезпеченія, возникнувъ среди обостренныхъ отношеній правительства и общества, во многомъ стѣснило свободу личности. Многочисленность основаній ареста и широкая власть примѣненія ихъ ставятъ это законодательство ниже французскаго и германскаго. Въ немъ еще очень сильны начала инквизиціонной системы, и требованія, которыя эта система предъявляетъ къ подслѣдственному аресту, здѣсь выполнены болѣе, чѣмъ гдѣ либо. Вмѣстѣ съ тѣмъ не строго разграничены полицейскія функціи по арестованію отъ судейскихъ. Вызовъ, полицейскій предварительный арестъ и подслѣдственное заключеніе соединены въ одну главу о принудительныхъ мѣрахъ, такъ что на первый планъ выставлена не цѣль, но характеръ извѣстныхъ мѣръ. Это вполнѣ понятно, такъ какъ принятіе принудительныхъ мѣръ иногда является обязательнымъ для судьи, независимо отъ какой либо цѣли. Несмотря на нѣкоторыя выдающіяся его качества, австрійскій уставъ сильно устарѣлъ.

Теперь обратимся къ фактическому положенію примѣненія отдѣльныхъ мѣръ обезпеченія, иллюстрируя его по статистическимъ даннымъ.

Въ судахъ находилось подъ стражей.

Число лицъ взятыхъ подъ стражу возрастало съ 1889 года:

Годы.	Противъ которыхъ началось обвиненіе.	Противъ которыхъ не-начиналось обвиненія.	Всего.
89	23.797	20.354	44.151
90	23.932	19.572	43.504
91	26.125	20.399	46.424
92	25.590	23.343	48.933
93	24.182	20.809	45.491
94	25.282	21.288	46.570
95	22.822	22.162	44.984
96	20.756	18.620	39.376

Въ 1895 г. такимъ образомъ было 44.984 человѣка, подвергнутыхъ аресту. Всего же предано суду было 57.554 лица; такъ что на 100 привлеченныхъ

къ суду было 78% (въ 94 г.—81%) заключенныхъ подъ стражу. Врядъ ли можно согласиться съ оффиціальнымъ заявленіемъ въ отчетѣ о томъ, что арестъ не примѣнялся чаще, чѣмъ того требовала необходимость.

Подслѣдственное заключеніе было назначено судьею въ 1893 г.—противъ 23.749 лицъ, въ 1894 г.—противъ 24.913, въ 1895 г. противъ 24.888. Продолжительность его была:

въ	10.325	случаяхъ	41,6%	до 8 дней
„	5.183	„	20,8%	до 14 „
„	5.858	„	23,5%	до 1 мѣс.
„	2.464	„	9,9%	до 2 „
„	1.058	„	4,2%	свыше 2 мѣс.

Изъ 44.984 лицъ, заключенныхъ по подозрѣнію въ преступленіи или проступкѣ, только противъ 22.822, т. е. 50,7% могло быть начато обвиненіе. Относительно остальныхъ, къ сожалѣнію, не указано, какой процентъ былъ переданъ къ участковымъ судьямъ по подсудности.

По ст. 181, разрѣшающей заключеніе на срокъ не болѣе 3-хъ дней при преступленіяхъ и тяжкихъ преступленіяхъ, совершенныхъ толпой, при невозможности тотчасъ опредѣлить виновныхъ, было заключено въ 1895 г.—22.162 чел., (т. е. 49% изъ общаго числа содержащихся по приказу слѣдственнаго судьи и суда лицъ).

Общее число дней заключенія на 44.984 заключенныхъ по дѣламъ,—подвѣдомственнымъ *судамъ*, было *1.032.153 дня*, изъ этого числа на тѣхъ, противъ которыхъ было возбуждено обвиненіе, пришлось 749.339 дней, т. е. въ среднемъ по 32,8 дней на каждаго, а на 22.162 чел., противъ которыхъ не было возбуждено обвиненія,—282.814 дней, т. е. въ среднемъ 12,7 на каждаго.

Изъ числа 749.339 дней заключенія не менѣе 307.510 дней падаютъ на время, которое протекло послѣ внесенія обвинительнаго акта и до начала судебнаго слѣдствія. Арестъ подслѣдственный, въ собственномъ смыслѣ этого слова, продолжался лишь въ среднемъ по 19,4 дней для каждаго обвиняемаго.

Общее число произведенныхъ слѣдственными судьями предварительныхъ слѣдствій было 19.806 (изъ нихъ по докладу прокурора 19.605), число же случаевъ совершенія преступленій или тяжкихъ преступленій было 71.628. Внесено обвинительныхъ актовъ 35.680; изъ этого числа 24.201 (68%) безъ производства предварительнаго слѣдствія и 11.479 (32%) съ производствомъ предварительнаго слѣдствія. Число обвиняемыхъ было 47.910. Изъ нихъ 37.875 судились за тяжкія преступленія, 9.210—за преступленія и 825—за проступки.

Въ 1896 г. осуждено въ общемъ 57.970 лицъ, изъ которыхъ 35,8% содержались подъ стражей, продолжительность содержанія которыхъ была приблизительно та же, что и въ 1895 г.

У *участковыхъ судей* (925 судей) въ 1895 г. было 3.468.107 дѣлъ. Обвиненій по докладу прокурора было 924.525. Число лицъ, подвергнутыхъ аресту у участковыхъ судей, вслѣдствіе разногласій прокуроровъ не можетъ быть точно опредѣлено. Приблизительно оно равняется 75.646 (въ 1894 г.—81.076). Къ этому числу относится и приговоренные за бродяжни-

чество, которые составили наибольшій контингентъ задержанныхъ и заключенныхъ. Процентъ арестовъ равенъ 7% общаго числа обвиненій (въ дѣлахъ, подлежащихъ судамъ 78%). Всего всѣми заключенными у участковыхъ судей было проведено подъ стражей *500.380* дней, изъ нихъ 33.137 дней падаютъ на заключенныхъ, противъ которыхъ было возбуждено разслѣдованіе за преступленіе или тяжкое преступленіе при судѣ. Изъ остальныхъ же, судившихся за нарушенія, 75.646 лицъ находились подъ стражей въ теченіе 162.243 дней, т. е. каждый въ среднемъ по 2,1 дня (по дѣламъ же о преступленіяхъ и тяжкихъ преступленіяхъ 24 дня).

Такимъ образомъ въ общемъ содержалось подъ стражей (сюда входятъ и подвергнутыя Verwahrungshaft) въ 1895 г. *120.630 лицъ*, понесшихъ *1.532.533 дня предварительнаго заключенія*. Принимая во вниманіе степень преступности въ Австріи, нельзя не признать цифру эту весьма высокой.

Къ сожалѣнію, въ отчетѣ не содержится никакихъ указаній о примѣненіи денежнаго обезпеченія, такъ что нельзя сопоставить количество отпущенныхъ на свободу съ количествомъ оставленныхъ подъ стражей.

Въ *1898* году было 35% заключенныхъ подъ стражу обвиняемыхъ—47.099. Изъ нихъ противъ 23.143 (49,1%) не начато судебнаго обвиненія и противъ 23.956 (51,9) оно начато. Изъ этого числа 15,5% было оправдано. Продолжительность ареста была:

	до 8 дней	до 14 дн.	до 1 мѣс.	до 2 м.	болѣе 2-хъ мѣс.
для освобожд. отъ преслѣд.	11.784	5256	3176	7669	758
для привлеченныхъ къ суду	7000	5514	6300	3119	1823

Изъ странъ, принявшихъ германскую систему предварительнаго слѣдствія и мѣръ обезпеченія, слѣдуетъ назвать Венгрію и Норвегію.

3. Венгерское законодательство.

По Венгерскому уставу уголовнаго судопроизводства отъ 4 декабря 1896 года [1]), составленному по австрійскому образцу, предоставлена также широкая область дознанію (Nachforschung). Оно находится въ рукахъ прокуратуры, помощницей которой является полиція. Предварительное слѣдствіе (ст. 83—129) производится уже лишь при достаточности основаній къ подозрѣнію какого либо лица въ преступленіи.

Право арестованія принадлежитъ слѣдственному судьѣ и обвинительной камерѣ, полиція же можетъ арестовывать лишь въ случаяхъ крайней необходимости (ст. 98 и 143). Постановленія о предварительномъ задержаніи и подслѣдственномъ арестѣ почти тѣ-же, что и въ Австріи. Такъ предварительное задержаніе можетъ производиться, 1) когда нельзя тотчасъ удостовѣрить личности преступника, пойманнаго на мѣстѣ преступленія, 2) когда

[1]) Die Strafprocessordnung für das Königreich Ungarn. Guttentag. 1897. Balogh. L'instruction contradictoire. Bulletin de l'union international du droit pénal. 1899. t. VIII. Liv. 1.

есть подозрѣніе побѣга, 3) когда существуютъ доказательства того, что обвиняемый будетъ уничтожать слѣды или устроитъ стачку со свидѣтелями и т. д. 4) когда обвиняемый не венгерскій подданный, и есть опасеніе, что онъ убѣжитъ, и 5) когда существуетъ опасность повторенія и довершенія преступленія. (ст. 141).

Частныя лица могутъ задерживать только пойманнаго на мѣстѣ преступленія (ст. 142).

Предварительное задержаніе можетъ продолжаться только до окончанія дознанія и по большей мѣрѣ 15 дней, однако обвинительная камера (Anklagesenat) можетъ продолжить его еще на 15 дней по мотивированному докладу прокуратуры, въ случаѣ необходимости; при этомъ должны быть выслушаны обѣ стороны. Въ противномъ случаѣ обвиняемый долженъ быть отпущенъ на свободу самимъ начальникомъ тюрьмы. (ст. 147).

Подслѣдственный арестъ можетъ быть назначенъ при наличности важныхъ (gewichtige Verdächtnissgründe) уликъ въ преступленіи или тяжкомъ преступленіи и если существуютъ перечисленныя въ ст. 141 п. 2—5 условія, т. е. опасность побѣга, Collusiongefahr, иностранное подданство вмѣстѣ съ опасностью побѣга и опасность повторенія и довершенія преступленія. Это буквальное заимствованіе изъ австрійскаго устава. Если за преступленіе грозитъ смертная казнь или пожизненное заключеніе въ исправительномъ домѣ (Zuchthaus), то освобожденіе можетъ быть произведено лишь съ разрѣшенія обвинительной камеры. Судья, намѣреваясь освободить обвиняемаго, представляетъ мотивированное предложеніе въ обвинительную камеру (ст. 148). Эта статья имѣетъ преимущество предъ безусловнымъ запрещеніемъ освобожденія, имѣющимся въ австрійскомъ законѣ. Когда грозитъ наказаніе денежнымъ взысканіемъ, то ни предварительное задержаніе ни подслѣдственный арестъ не могутъ имѣть мѣста. Но и въ случаѣ другихъ болѣе значительныхъ преступленій, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда есть вѣроятіе, что предварительное задержаніе или подслѣдственный арестъ продолжались бы дольше, чѣмъ предположительно слѣдуемое наказаніе, заключеніе подъ стражу можетъ имѣть мѣсто только при опасности повторенія или довершенія преступленія. Такимъ образомъ освобожденіе не запрещено закономъ ни для какихъ случаевъ и расширена область, когда обвиняемый можетъ требовать освобожденія. При жалобѣ на назначеніе ареста обвинительная камера обязана въ теченіе двухъ дней со времени поступленія жалобы разрѣшить ее или, если камера считаетъ нужнымъ выслушать объясненія сторонъ, то обязана ограничиться самыми минимальными сроками (ст. 151). При этомъ обвиняемый, находящійся подъ стражею, долженъ быть приведенъ въ камеру лишь только въ томъ случаѣ, если онъ не имѣетъ въ этой мѣстности защитника.

Назначенный слѣдственнымъ судьею арестъ на основаніи опасенія побѣга или иностраннаго подданства при вѣроятности побѣга можетъ по правилу продолжаться только три мѣсяца. Этотъ срокъ въ исключительныхъ случаяхъ и на основаніи важныхъ мотивовъ можетъ быть продолженъ обвинительной камерой еще на одинъ мѣсяцъ. Такое продолженіе силы ареста можетъ повторяться, но каждый разъ съ мотивировкой. (ст. 159).

Назначенный же изъ за опасности уничтоженія слѣдовъ и стачки со свидѣтелями и т. д. подслѣдственный арестъ можетъ продолжаться не болѣе

одного мѣсяца. Въ исключительныхъ случаяхъ онъ можетъ быть возобновленъ обвинительною камерою, но только въ теченіе двухъ разъ, послѣ чего онъ во всякомъ случаѣ долженъ быть прекращенъ.

Установленіе сроковъ а также различіе видовъ ареста является однимъ изъ цѣнныхъ усовершенствованій венгерскаго устава.

Судья можетъ свободно отмѣнять назначенный имъ арестъ (ст. 160). Если, однако, назначеніе или продолженіе ареста предлагается прокуратурою, а указанные выше сроки содержанія подъ стражею (ст. 147 и 159) еще не протекли, или обвинительная камера можетъ продолжить ихъ, то слѣдственный судья можетъ отпустить на свободу обвиняемаго лишь съ согласія прокурора. Если же прокуратура не изъявляетъ согласія на предложеніе судьи, то слѣдственный судья безъ замедленія, не позже 24-хъ часовъ, если онъ сохраняетъ желаніе освободить обвиняемаго, долженъ получить постановленіе обвинительной камеры, освобожденіе же откладывается до полученія свѣдѣній объ этомъ постановленіи. Если грозитъ казнь или пожизненное заключеніе въ исправительномъ домѣ, приказъ объ освобожденіи можетъ быть данъ только обвинительною камерой. Заявленіе о несогласіи частнаго обвинителя не останавливаетъ исполненія постановленія судьи объ освобожденіи.

Освобожденіе подъ обезпеченіе можетъ произойти лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда арестъ назначенъ на основаніи подозрѣнія въ побѣгѣ (ст. 141 п. 2 и 4). При этомъ принимаются во вниманіе предметъ обвиненія, грозящее наказаніе и личныя условія обвиняемаго, которыя дѣлаютъ бѣгство мало вѣроятнымъ (ст. 162). Остальныя постановленія объ обезпеченіи однородны съ соотвѣтственными постановленіями австрійскаго устава.

Слѣдуетъ упомянуть, что венгерскій уставъ (ст. 153) допускаетъ домашній арестъ, который можетъ быть назначенъ по особому постановленію обвинительной камеры, въ исключительныхъ случаяхъ, причемъ издержки по его отбываніи падаютъ на самаго обвиняемаго.

Защита допускается къ участію во всѣхъ стадіяхъ производства и даже при дознаніи (ст. 162). Свиданія съ защитникомъ обвиняемаго, находящагося подъ стражей, происходятъ наединѣ (ср. астр. уст.), и только переписка ихъ можетъ подвергаться въ случаяхъ особой необходимости контролю судебной власти. Обвиняемый или его защитникъ могутъ всегда обозрѣвать акты дознанія или слѣдствія, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда запрещеніе будетъ постановлено судебною властью. Акты судебно-слѣдственнаго характера производятся по возможности въ присутствіи сторонъ. Однако присутствіе при допросѣ обвиняемаго и свидѣтелей защитнику воспрещается (ст. 125).

Существеннымъ нововведеніемъ Венгерскаго устава, по сравненію съ большинствомъ европейскихъ кодексовъ, является организація государственнаго вознагражденія лицамъ, невинно испытавшимъ подслѣдственное заключеніе [1]) (ст. 576—580).

---

[1]) Болѣе подробное изложеніе венгерскаго законодательства по этому предмету будетъ приведено въ главѣ о вознагражденіи невинно понесшихъ подслѣдственное заключеніе.

4. Норвежское законодательство [1]) развило лежавшія въ основѣ германскаго устава 1877 положенія, еще болѣе устранивъ начало инквизиціонное изъ предварительнаго слѣдствія. Въ немъ проведено различіе между слѣдствіемъ и дознаніемъ. Дознаніе имѣетъ цѣлью выяснить обстоятельства дѣла такъ, чтобы можно было начать предварительное слѣдствіе (gerichtliche Voruntersuchung) противъ опредѣленнаго лица за опредѣленное преступленіе. Оно производится прокуроромъ и полиціей, которымъ сообщаются всѣ жалобы и донесенія. Прокуроръ въ цѣляхъ успѣшности дознанія можетъ производить въ исключительныхъ случаяхъ самъ обыски, выемки и др. слѣдственныя дѣйствія. Предварительное слѣдствіе производится по дѣламъ, подлежащимъ суду присяжныхъ, если обвиняемый выразитъ желаніе на его производство (ст. 271). Производитъ слѣдствіе коронный судъ, засѣдающій по дѣламъ съ присяжными. Судъ можетъ оставить безъ послѣдствій предложеніе прокурора о начатіи слѣдствія, когда не найдетъ къ тому основаній. Слѣдствіе прекращается, когда обвиненіе будетъ взято обратно или судъ сочтетъ законнымъ прекращеніе его вслѣдствіе какого либо препятствія. Какъ прокуроръ, такъ и обвиняемый и его защитникъ на предварительномъ слѣдствіи пользуются правами сторонъ, могутъ присутствовать при всѣхъ слѣдственныхъ актахъ и при допросѣ свидѣтелей, но суду предоставлено право въ случаѣ надобности лишать стороны права присутствія при допросѣ отдѣльныхъ свидѣтелей, когда это необходимо въ интересахъ правдивости показанія; наконецъ, судъ можетъ лишать права участія на предварительномъ слѣдствіи обвиняемаго и его защитника, когда есть опасеніе, что дѣятельность ихъ окажется опасной для интересовъ правосудія (ст. 278). По заключеніи слѣдствія, о томъ извѣщаются обѣ стороны; прокуроръ обязанъ въ пятидневный срокъ внести въ судъ обвинительный актъ (ст. 284).

По общему правилу предварительное задержаніе или арестованіе можетъ быть произведено по приказу судьи, въ крайнихъ случаяхъ во время дознанія такой приказъ можетъ дать и прокуроръ. Частнымъ лицамъ предоставлено право ареста только въ случаяхъ, если они застаютъ кого-либо совершающимъ преступленіе или преслѣдуемымъ по его совершеніи (ст. 231, 232, 236—38).

Основанія, по которымъ судьѣ предоставлено издавать приказъ объ арестованіи, близко подходятъ къ тѣмъ, которыя указаны въ австрійскомъ уставѣ. Основнымъ условіемъ являются вѣскія основанія (triftige Gründe) подозрѣнія въ преступленіи, за которое грозитъ наказаніе выше тюремнаго заключенія. Частными основаніями служатъ: 1) поимка при совершеніи преступленія, 2) подозрѣніе побѣга, 3) основательное подозрѣніе уничтоженія слѣдовъ и стачки, (когда поведеніе обвиняемаго даетъ полное основаніе (hinreichende Gründe) къ опасенію, что посредствомъ уничтоженія слѣдовъ и т. д.) и 4) опасность довершенія и повторенія преступленій (ст. 228).

Задержаніе можетъ быть произведено независимо отъ тяжести грозящаго наказанія, если обвиняемый 1) застигнутъ при совершеніи преступ-

---

[1]) Das Norvegische Gesetz über gerichtliche Verfahren in Strafsachen vom I Juli 1887. Guttentag. Felden. Communication. Rev. penit. 1901 p. 302.

ленія, 2) дѣлалъ попытки къ бѣгству или бѣжалъ и 3) не имѣетъ постояннаго мѣстожительства или не можетъ удостовѣрить своей личности (ст. 229). Задержанный въ теченіе 24-хъ часовъ долженъ быть допрошенъ судьею, въ случаѣ же отсутствія судьи допросъ долженъ произвести другой судья или прокуроръ. Приведенные въ полицію частными лицами арестованные принимаются полиціей лишь по выслушаніи свидѣтелей и объясненій какъ задержаннаго, такъ и задержавшаго; чиновникъ полиціи по своему усмотрѣнію можетъ отпустить задержаннаго, если это не настоящее лицо или его нельзя по закону заключать подъ стражу или если нѣтъ достаточно сильныхъ уликъ, или если, наконецъ, приведенный представитъ достаточное поручительство.

Вопросъ о заключеніи или освобожденіи обвиняемаго послѣ допроса рѣшается судомъ, передъ которымъ открывается предварительное слѣдствіе или возбуждается обвиненіе или въ который перенесено дѣло. Если приговоръ уже постановленъ и дѣло перенесено въ высшій судъ, то рѣшеніе о мѣрѣ обезпеченія переходитъ къ суду, постановившему самый послѣдній приговоръ. Если же начинается предварительное слѣдствіе, то судъ, въ который задержанный по приказу о задержаніи или по ст. 236 (т. е. полиціей) былъ приведенъ, можетъ постановить рѣшеніе, если приводъ задержаннаго въ судъ, передъ которымъ возбуждено преслѣдованіе, сопряженъ съ большими неудобствами. При этомъ однако копіи протоколовъ, писемъ и документовъ дѣла должны быть пересланы въ послѣдній судъ безъ замедленія.

Подслѣдственный арестъ можетъ быть назначенъ въ тѣхъ же случаяхъ, какъ и предварительное задержаніе, кромѣ п. 1 (поимки при совершеніи преступленія) (ст. 240). Онъ можетъ быть назначенъ и безъ предварительнаго задержанія, если лицо подлежащее заключенію, присутствуетъ, однако послѣ того какъ ему дана была возможность высказаться. Режимъ заключенія по возможности одиночный, спеціальныя ограниченія налагаются судомъ. Сношенія съ защитникомъ свободны (ст. 242, 243).

Въ норвежскомъ уставѣ приняты кромѣ ареста и другія мѣры обезпеченія—надзоръ полиціи и отобраніе паспорта. Ст. 245 гласитъ: „Вмѣсто содержанія подъ стражей, назначеннаго не на основаніи п. 3 ст. 228 (опасности сокрытія слѣдовъ), допускается обезпеченіе въ видѣ обязательства не покидать опредѣленнаго мѣстожительства или въ опредѣленное время являться въ полицію или отобраніе паспорта или патента на плаваніе (Seemannpatent)“. Залогъ можетъ состоять въ деньгахъ и цѣнныхъ бумагахъ. Въ норвежскомъ уставѣ также подробно опредѣлены права поручителя къ лицу, за которое онъ поручился. Поручитель имѣетъ право постоянно производить надзоръ за обвиняемымъ и примѣнять къ его личности принужденіе, которое понадобится для привода въ судъ. Свобода подъ обезпеченіе допускается сообразно съ обстоятельствами; рѣшеніе суда должно быть выражено въ мотивированномъ постановленіи (Erkenntniss). При этомъ, если наказаніе не является высшимъ, чѣмъ тюрьма, и если дѣло не должно подлежать суду присяжныхъ, обвиняемый имѣетъ право на освобожденіе, если онъ представитъ пріемлемое поручительство. Если наказаніе—Busse, то онъ можетъ отвратить заключеніе подъ стражу денежнымъ залогомъ въ суммѣ, къ которой онъ можетъ быть приговоренъ или уже при-

говоренъ. Если онъ не имѣетъ опредѣленнаго мѣстожительства, то онъ можетъ быть освобожденъ подъ условіемъ избранія такового (ст. 246).

Обезпеченіе при уклоненіи переходитъ въ государственную кассу, но при бѣдности обвиняемаго имъ покрываются сначала издержки процесса и возмѣщаются убытки потерпѣвшаго. Если обвиняемый вернулся самъ въ теченіе мѣсяца или его отыскалъ поручитель, то обезпеченіе можетъ быть возстановлено полностью или отчасти, за покрытіемъ издержекъ розыска и напраснаго судебнаго засѣданія. Конфискація обезпеченія происходитъ посредствомъ постановленія—Erkenntniss (ст. 247). Кромѣ того поручителямъ сдѣланы различныя облегченія; такъ, если послѣ приговора было достаточное время для его исполненія, но онъ не приводился въ исполненіе, а обвиняемый въ это время бѣжалъ, то поручительство свободно. Противъ убѣжавшаго примѣняются, какъ и въ Германіи, ссыскные листы.

Обвиняемый, задержанный или арестованный по ошибкѣ, имѣетъ право на жалобу противъ судьи или чиновника полиціи, который арестовалъ его произвольно. Онъ можетъ требовать денежнаго вознагражденія и у государства.

Изъ другихъ законодательствъ, не примыкающихъ къ указаннымъ тремъ типамъ, скажемъ нѣсколько словъ о законодательствахъ Швеціи, Даніи и Болгаріи.

Законодательство Швеціи [1]) приближается въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ къ германскому. Право арестованія принадлежитъ административнымъ органамъ (länsman, Kronofogde, Stadsfiscal). Судъ можетъ во всякое время, по достаточному подозрѣнію и при наличности потребности въ подслѣдственномъ заключеніи, брать подъ стражу или освобождать отъ ареста подозрѣваемое лицо. Въ значительной степени сохранена обязательность назначенія подслѣдственнаго ареста. Такъ, если грозитъ наказаніе смертною казнью или двумя годами каторжной работы въ минимумѣ, или даже тюремное заключеніе на опредѣленный срокъ, но обвиняемый не имѣетъ опредѣленнаго мѣстожительства или если онъ не можетъ или не желаетъ удостовѣрить своей личности, несмотря на то, что за дѣяніе, въ которомъ онъ обвиняется, грозитъ только штрафъ или краткосрочная тюрьма, то заключеніе подъ стражу обязательно. Подслѣдственный арестъ зависитъ отъ усмотрѣнія судьи, когда обвиняемый подозрѣвается въ совершеніи преступнаго дѣянія, влекущаго наказаніе каторжными работами, однако срокомъ ниже двухъ лѣтъ. Наконецъ, свобода должна быть предоставлена по праву, когда обвиняемый состоитъ на государственной или общественной службѣ, когда онъ владѣетъ недвижимостью, имѣетъ опредѣленное мѣстожительство или ремесло и когда не существуетъ опасенія, что онъ убѣжитъ или станетъ уничтожать слѣды, необходимые для слѣдствія по дѣлу.

Законодательство Даніи. Въ законѣ различаются предварительное задержаніе и заключеніе. Первое предпринимается полиціей и не можетъ продолжаться болѣе 3-хъ дней, второе назначается судьей. Въ Копенгагенѣ

---

[1]) Olivercrona. Communication. p. 301 Rev. Penit. 1902.

существуетъ особый судья для допросовъ лицъ задержанныхъ, слѣдствіе же по дѣламъ производятъ другіе судьи.

Законодательство Болгаріи. Здѣсь дѣйствуетъ новый уставъ 1897 г., представляющій почти буквальный сколокъ съ русскаго устава уголовнаго судопроизводства 1864 г. Отличіемъ по вопросу о мѣрахъ обезпеченія является лишь отсутствіе полицейскаго надзора, какъ одной изъ мѣръ [1]).

Глава VI.

Исторія мѣръ обезпеченія въ русскомъ процессѣ.

Исторія русскаго процесса кромѣ національнаго интереса представляетъ и интересъ теоретическій, какъ иллюстрація на примѣрѣ страны, развивавшейся самостоятельно и, несмотря на обособленность, выработавшей тѣ же формы уголовнаго процесса, которыя мы наблюдали на западѣ. Общія положенія о зависимости характера мѣръ обезпеченія отъ государственнаго строя, характера преступности, степени активности гражданъ въ области соціальной жизни находятъ здѣсь полное свое примѣненіе [2]).

Намъ приходится прежде всего остановиться на вопросѣ о наиболѣе цѣлесообразной для изученія и изложенія нашего вопроса періодизаціи исторіи русскаго уголовнаго процесса и мѣръ обезпе-

---

[1]) См. И. Г. Щегловитовъ, Докладъ СПб. Юрид. Общ. о Болг. уст. уг. суд. Право 1903 г. № 31.

[2]) Вопросъ о мѣрахъ „пресѣченія" разработанъ у насъ въ *исторической своей части* болѣе, чѣмъ какой либо другой, и потому мы отводимъ ему сравнительно мало мѣста. Существуетъ нѣсколько монографій, посвященныхъ русской исторіи этихъ мѣръ. Послѣ прекраснаго труда А. Кистяковскаго. О пресѣченіи обвиняему способовъ уклоняться отъ слѣдствія и суда. СПБ. 1868 г., появились: Ильдинскій. О мѣрахъ пресѣченія, употреблявшихся въ русскомъ уголовномъ судопроизводствѣ до изданія Свода Законовъ. Моск. Унив. Извѣст. 1870 г. кн. 6, стр. 597—634. Незабитовскій. О мѣрахъ пресѣченія (по поводу книги Кистяковскаго) (Собр. соч. 1884 г. стр. 201—222). В. В. Микляшевскій. О средствахъ представленія обвиняемаго въ судъ. 1872 г. (очень слабая диссертація). А. Смирновъ. Предварительный арестъ. Очеркъ изъ исторіи процесса. Юридич. Вѣстникъ кн. 8, стр. 57—83, кн. 9, стр. 286—286, кн. 10, стр. 411—461 и Тарасовъ. Личное задержаніе, какъ полицейская мѣра безопасности, т. II вып. I и II. 1886. Такое обиліе работъ объясняется отнюдь не трудностью вопроса и не оригинальными взглядами ихъ авторовъ, а легкостью заимствованія изъ прекраснаго труда проф. Кистяковскаго. Не спеціально затрогиваютъ вопросъ: Н. Ланге. Древнее русское уголовное судопроизводство 1884 г. Дмитріевъ. Исторія судебныхъ инстанцій и гражд. судопр. 1859 г. Владимірскій-Будановъ. Хрестоматія, по исторіи русскаго права. 1895.

ченія. При удобной періодизаціи ярче и выпуклѣе могутъ быть представлены характерныя черты каждой эпохи, которыя при чисто хронологическомъ изложеніи теряются въ цѣломъ рядѣ безразличныхъ для историка или общихъ для всѣхъ эпохъ подробностей. Періодизація основывается на какомъ либо принципѣ, который вмѣстѣ съ тѣмъ является и выразителемъ общаго взгляда на закономѣрное развитіе какого либо института или органа.

Признавъ основнымъ факторомъ, опредѣляющимъ характеръ мѣръ обезпеченія, *форму государственнаго строя*, мы, примемъ этотъ признакъ и при періодизаціи русской исторіи. Съ такой точки зрѣнія мы будемъ имѣть 4 періода: общинный, великокняжескій, царскій и императорскій.

Первый характеризуется международными отношеніями небольшихъ племенныхъ группъ, господствомъ внутриродовой юстиціи и уравновѣшеннымъ положеніемъ внутреннихъ отношеній, что̀ выражается въ господствѣ состязательной формы суда и подслѣдственной свободы (поруки).

Второй періодъ есть періодъ образовавшейся и усиливающейся власти князей съ преобладающимъ вліяніемъ общины. Этотъ періодъ отчасти характеризуется, какъ переходный, свободой при поручительствѣ (хорошо еще не отличающемся отъ групповой отвѣтственности) и возникновеніемъ мѣръ обезпеченія, сопряженныхъ съ лишеніемъ свободы, въ дѣлахъ, гдѣ замѣшанъ личный интересъ князя.

Царскій періодъ характеризуется образованіемъ сильной власти, поработившей общину. Возникаютъ ограниченія свободы (крѣпостничество). Въ соотвѣтствіи съ этимъ начинаютъ примѣняться мѣры административно-принудительнаго характера и, по прежнему, но рѣже, поручительство.

Императорскій періодъ, характеризующійся полнымъ преобразованіемъ всего государственнаго строя и сильной централизаціей, вызываетъ сильное увеличеніе государственной власти, что выражается въ существованіи однѣхъ только административно-принудительныхъ мѣръ обезпеченія; и только съ постепеннымъ укрѣпленіемъ этого строя наблюдается переходъ къ мѣрамъ психологическаго характера [1]).

---

[1]) Кистяковскій дѣлитъ всю исторію на четыре большихъ періода: 1) порукъ, 2) отдачи за пристава и порукъ, 3) отдачи за пристава и 4) тюремнаго заключенія; Ильинскій, раздѣляетъ всю исторію на два періода—до XVI вѣка

I.

Періодъ общинный.

Періодъ этотъ, о которомъ до насъ дошло мало свѣдѣній, рисуется какъ періодъ внутренняго равновѣсія внутри общины и столкновеній общинъ между собою. Изслѣдователю приходится брать существованіе общиннаго строя какъ данное положеніе, и начать изслѣдованіе отсюда. Указаніе на болѣе ранніе періоды: напр., періодъ кровавой мести, выходитъ уже за предѣлы интересующаго насъ вопроса. Нашъ вопросъ основанъ на публичномъ интересѣ правосудія, онъ можетъ лишь тогда возникнуть, когда между констатированіемъ преступленія и назначеніемъ наказанія протекаетъ извѣстный промежутокъ времени и въ назначеніи наказанія участвуетъ особый общественный органъ, регулирующій примѣненіе возмездія къ преступнику.

Наипростѣйшіе зачатки существованія такихъ элементовъ представляетъ намъ община. Опредѣленная общественная организація съ выдѣленіемъ въ руки главы судебныхъ функцій даетъ мѣсто для возникновенія нашей проблеммы.

Основной споръ о характерѣ древней общины передался и въ нашу область. Проф. Кистяковскій и Микляшевскій смотрятъ на

и послѣ него. Тарасовъ и Смирновъ устанавливаютъ простую хронологическую послѣдовательность. Первый разбиваетъ хотя всю исторію на четыре періода и основываетъ свое дѣленіе на различіи внутренняго строя (земельная община, удѣлы, объединеніе вотчинныхъ общинъ въ государство, и періодъ замѣщенія власти общинъ новыми формами), однако свое дѣленіе примѣняетъ не только къ предварительному, но и къ полицейскому и предупредительному арестамъ. Постоянное переплетеніе самыхъ цѣлей и чисто хронологическій порядокъ изложенія въ послѣдовательности отдѣльныхъ памятниковъ, почти безотносительно къ отдѣльнымъ видамъ ареста, не даютъ возможности видѣть, напр., во 2-мъ и 3-мъ періодѣ приложенія указанныхъ принциповъ къ исторіи. Смирновъ просто прослѣживаетъ отдѣльные законодательные памятники. Нельзя не признать дѣленіе на два періода слишкомъ грубымъ, не оттѣняющимъ многочисленныхъ переходовъ. Наиболѣе стройной является періодизація Микляшевскаго (см. стр. X—XVII, CIV), устанавливающая пять періодовъ: 1) Періодъ кровавой мести, 2) Періодъ князей, 3) Періодъ царской власти, 4) Періодъ императорскій и 5) Періодъ уставовъ 1864 года. Принципомъ такой періодизаціи онъ считаетъ отношеніе государственной власти къ свободѣ гражданъ. Это отношеніе въ развитіи переживаетъ всегда (постоянство его подтверждается на примѣрѣ римской и русской исторіи) слѣдующія стадіи: 1) полная индивидуальная свобода въ общинѣ (кровавая месть); 2) начало усиленія государственной власти—

общину, какъ на чисто родовой союзъ, проф. Леонтовичъ [1]), къ мнѣнію котораго примыкаетъ и Тарасовъ, видятъ въ ней земельную общину, объединенную единствомъ интересовъ и составленную изъ членовъ различныхъ родовъ [2]). Намъ кажется, что вопросъ этотъ не имѣетъ существеннаго значенія для нашей темы. Родовой и земельный характеръ общины должны стоять въ тѣсной связи, потому что крѣпость кровныхъ узъ опредѣляется степенью близости экономическихъ интересовъ связанныхъ ими лицъ. Даже чисто родовая организація, осѣвъ на землѣ, превращается въ земельную общину. Наоборотъ, всякая земельная община можетъ появиться только тогда, если ея зерно состоитъ изъ родовой организаціи, потому что въ противномъ случаѣ отдѣльныя единицы никакимъ способомъ не могли бы соединить общія силы для устройства общины. Весь вопросъ сводится къ тому, слѣдовательно, одинъ или нѣсколько родовъ составляли земельную общину, но на этотъ вопросъ общаго

частно-правовой, обвинительный порядокъ производства, причемъ для осуществленія своего права приходится уже прибѣгать къ суду; 3) ограниченіе свободы личности усиленіемъ государственныхъ интересовъ—болѣе активное участіе государства въ преслѣдованіи на ряду съ частнымъ обвиненіемъ; 4) полное подавленіе свободы и установленіе исключительно розыскного порядка, основаннаго на требованіяхъ общественнаго мира; и 5) согласованіе началъ индивидуальной свободы и общественнаго порядка. Каждый періодъ характеризуется господствомъ особой мѣры обезпеченія: 1) непосредственной мести, 2) порукъ, 3) отдачи за пристава, 4) взятія подъ стражу, 5) разнообразныхъ мѣръ, примѣненіе которыхъ обставлено многочисленными гарантіями. Какъ видно, въ основѣ этой классификаціи лежитъ тотъ же принципъ, какъ и въ основѣ нашей, однако у Милляшевскаго постепенное его развитіе разсматривается какъ абсолютный процессъ, въ опредѣленной постепенности наблюдаемый во всѣхъ государствахъ, а не какъ дѣйствіе относительнаго фактора, стоящаго въ связи со многими другими. Вся періодизація притомъ имѣетъ слишкомъ абстрактный характеръ. Затѣмъ нельзя не признать слишкомъ искусственнымъ приспособленіе каждой изъ мѣръ обезпеченія къ отдѣльнымъ періодамъ, правильнѣе характеризованіе періода господствомъ опредѣленной группы мѣръ принудительнаго или психологическаго характера; что же касается формы этихъ мѣръ, которая выдвигается на первый планъ въ классификаціи Милляшевскаго, то она въ значительной степени случайна, а вовсе не связана необходимо съ формой публичнаго строя. Первый періодъ—кровавой мести,—если и допустить что таковая существовала какъ исключительный способъ расправы съ нарушителемъ благъ—не является періодомъ уголовнаго *правосудія*, и для періодизаціи развитія мѣръ обезпеченія онъ значенія не имѣетъ.

[1]) Леонтовичъ. Задружно-общинный характеръ быта древней Россіи. Журн. Мин. Нар. Просв. 1874 г. кн. 6.

[2]) Подробное обоснованіе этого взгляда см. Тарасовъ: Личное задержаніе т. II вып. 1 стр. 1—28.

отвѣта дать нельзя, потому что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ съ одинаковымъ вѣроятіемъ возможно было и то и другое. Да и вопросъ этотъ не имѣетъ интереса для нашей темы. Намъ важно изслѣдованіе психологической связи, которая существовала между членами общины и которую мы опредѣлили, какъ гармоническую. Гармоническое же состояніе возможно и при существованіи нѣсколькихъ родовъ, объединенныхъ не принудительнымъ путемъ, но общностью интересовъ.

Община строго различала преступленія, совершенныя внутри группы и внѣ ея. Это является уже указаніемъ на тѣсную связь членовъ. Въ общинѣ не было спеціальныхъ органовъ принужденія. Въ отдѣльныхъ случаяхъ, когда оно требовалось, эту потребность выполнялъ весь народъ. Такая система возможна, когда стремленія всѣхъ членовъ организаціи одинаковы. Это также указаніе на гармонію стремленій. Такой строй весьма не благопріятствуетъ возвышенію власти одного какого либо лица, потому что это лицо не можетъ сосредоточить въ подчиненіи себѣ такое число органовъ принужденія, которое было бы достаточнымъ для борьбы съ народомъ, представляющимъ изъ себя единство стремленій. Правитель поэтому всецѣло проникнутъ стремленіями народной массы, на которую онъ только и могъ опираться. Отсюда естественное единство стремленій правителя-главы со стремленіями управляемыхъ. Принявъ это во вниманіе, можно опредѣлить съ психологической точки зрѣнія общину, какъ гармоническое единство стремленій всѣхъ ея членовъ, возникшее на почвѣ общихъ интересовъ.

На характерѣ мѣръ обезпеченія такое состояніе отразилось слѣдующимъ образомъ. По отношенію къ преступникамъ внутри группы община не опасалась побѣга. Это объяснялось необыкновенно сильной соціальною связью отдѣльныхъ членовъ общины со всею организаціей. Каждый членъ общины, проникнутый общими стремленіями, дѣйствовалъ по соціальнымъ мотивамъ, въ противномъ случаѣ примѣнялась немедленная репрессія (особенно часто въ видѣ изгнанія); это влекло кратковременность процесса, почти равную непосредственному возмездію. Наконецъ, по своему характеру наказанія представляли собою скорѣе строгое внушеніе, чѣмъ суровую кару.

Что касается преступленій, совершенныхъ внѣ рода, которыя судилъ сообща избранный намѣстникъ, то здѣсь вѣроятность побѣга была большей. Принципъ личной отвѣтственности въ этихъ междуродовыхъ (какъ и теперь отчасти въ международныхъ) отно-

шеніяхъ носилъ групповой характеръ. Община отвѣчала за своего члена, дѣйствовавшаго въ ея интересахъ. Поэтому отвѣтственность была скорѣе имущественной, нежели личной. Преступленіе было лишь нарушеніемъ частнаго права—обидой, за которую платилъ обидчикъ. Община, отвѣчая за своего члена, была и естественнымъ поручителемъ за него передъ другою общиною, однако это поручительство было скорѣе не поручительствомъ явки, а поручительствомъ отвѣтственности. Круговая порука и была естественной основой для такого поручительства. Такъ, напр., платежъ виры переходилъ на общину, въ случаѣ, если не найдутъ душегубца. (Двинская грамота 1398 г.) [1]).

Такимъ образомъ исключительно господствующей мѣрой было поручительство, доставляемое родомъ обвиняемаго. Кромѣ общихъ интересовъ, связующимъ звеномъ служило родство. Новыя лица, вступавшія въ общину должны были представлять „знатковъ“. Знатки были чѣмъ-то вродѣ рекомендаціи вновь вступающихъ. Они могли доставлять и поручительство. Знатки просуществовали до XVI столѣтія. Однако объ этомъ періодѣ мы можемъ дѣлать лишь предположенія, которыя всегда до нѣкоторой степени будутъ произвольными.

Значительно больше можно сказать о слѣдующемъ періодѣ развитія княжеской власти (X—XV вѣкъ).

II.

Періодъ образованія и развитія княжеской власти.

Періодъ этотъ по судебнымъ памятникамъ можно обозначить какъ продолжавшійся со времени Ярослава и до Судебниковъ. Въ началѣ его господствуетъ та же община. Князь является судьею въ спорахъ, возникающихъ между родами [2]). Однако онъ не проводитъ своего права

---

[1]) „Оже учинится вира, гдѣ кого утенутъ ини душегубца изищутъ инѣ дадутъ намѣстникамъ 10 рублей“. Это пережитокъ той эпохи, когда община отвѣчала за представленіе къ суду своего преступника. Это не взысканіе поручительства, а плата за право суда.

[2]) Дмитріевъ. Цит. соч. стр. 6, вполнѣ правильно замѣчаетъ: „Врядъ ли члены одного и того же рода или одной и той же общины могли часто имѣть нужду въ княжеской расправѣ. По всей вѣроятности, въ взаимныхъ своихъ столкновеніяхъ они управлялись по домашнему своими собственными старшинами и начальниками, и только по дѣламъ съ членами другихъ родовъ и общинъ они обращались къ своему князю. Изъ напечатанныхъ правыхъ грамотъ только одна говоритъ о тяжбѣ между крестьянами одной и той же волости“.

черезъ судъ, но всецѣло придерживается „старины“ или „покону“. Онъ заинтересованъ въ судѣ лишь съ экономической точки зрѣнія, потому что судъ—прибыльная статья: „а судомъ и данью потянути, гдѣ кто живетъ“ (Гос. гр. и дог. 40 т. I). Князь, оказывая услугу судящимся, бралъ съ нихъ виры и продажи [1]). Правя совмѣстно съ общиннымъ самоуправленіемъ, которое, какъ напр., въ Новгородѣ, было весьма сильно, князь легко могъ ожидать, что ему „покажутъ путь“, если онъ станетъ нарушать народныя права. Только тѣ князья, которые получили удѣлы въ мѣстахъ, гдѣ не существовало общины, могли прочно утвердить свою власть и стать самодержцами. Удѣльный періодъ наполненъ эпизодами изъ борьбы князя и вѣча, каждый имѣлъ свою партію, причемъ обыкновенно партія вѣча была значительно сильнѣе [2]).

Въ первую часть этого періода поруки имѣли по прежнему исключительное примѣненіе. Но для отдачи на поруки и вообще для завѣдыванія дѣломъ представленія въ судъ уже появились особые органы—пристава, недѣльщики, придверники, отроки, емцы, мечники. Пристава—это первый зародышъ органовъ предварительнаго слѣдствія. На ихъ обязанности лежало констатированіе преступленія, производство обысковъ, отдача на поруки. (см. Иск. судн. гр. 5, 67, 65). „А который приставъ пріѣдетъ на татбу, ино ему ѣздъ имати вдвое, платить тату виноватому, а только не вынетъ татьбы ино приставное платить и дверское тому, кто пристава взялъ (Иск. судн. гр. 66)“ или ст. 98 той же грамоты: „А который человѣкъ съ приставомъ пріѣдетъ татя имати и татбы искать или должника имать...“.

Пристава это органы княжья суда. Князь, пользуясь исключительнымъ правомъ суда извѣстныхъ дѣлъ въ опредѣленной области, долженъ былъ, ради своихъ интересовъ, слѣдить за каждымъ преступленіемъ и принимать мѣры къ тому, чтобы стороны явились къ нему на судъ. Средствомъ обезпеченія этого были поруки. Конечно, онъ не могъ самъ отдавать на поруки и передавалъ это дѣло или отдѣльнымъ лицамъ своей дружины (отроки, емцы) или чаще состоящимъ при немъ помощникамъ—приставамъ, придверникамъ, недѣльщикамъ [3]). Посылка приставовъ въ различныя части

---

[1]) См. Кистяковскій. Цит. соч. 5.

[2]) См. Сергѣевичъ. Князь и вѣче. 1900.

[3]) По мнѣнію Ланге (Древне-Русск. угол. судопр. стр. 56), недѣльщики составляли артель, члены которой понедѣльно отправляли обязанности приставовъ: они отвозили въ уѣзды приставныя грамоты истцамъ и отвѣтчикамъ, и

уѣзда была признакомъ права суда въ этой мѣстности, поэтому мы встрѣчаемъ часто въ договорахъ князей указанія на взаимное соглашеніе строго придерживаться границъ своего суда. „Ни приставовъ своихъ брату въ братень удѣлъ и въ матери своей удѣлъ не всылать, ни судовъ имъ не судити (Собр. гос. гр. и дог. т. I, 40)“. Кромѣ княжьихъ приставовъ, каждое учрежденіе или лицо, имѣвшее дарованное право суда, могло имѣть своихъ данныхъ приставовъ. „А опричь того даннаго пристава (а онъ ихъ на поруки даетъ) по монастырскихъ людей и отъ монастырскихъ людей иные приставы по нихъ съ приставными не ѣздятъ и на поруки ихъ не даютъ (А. Э. т. I, 82 и др.)“. Или „а недворцовому приставу по нихъ не ѣздити; а пріѣдетъ по нихъ недворцовый приставъ и язъ имъ тому приставу на поруку даватись не велѣлъ“. (А. И. I, 137) [1]).

Въ различныхъ договорныхъ грамотахъ мы встрѣчаемъ указанія на обязанности приставовъ. „А безъ моего намѣстника пристава, приставу твоего третчика въ душегубствѣ и поличномъ на поруку не дать“ (Гос. грам. и дог. т. I, 127). „Приставъ моего намѣстника одинъ идетъ, безъ твоего третчика на поруку даетъ“. Третчикъ—лицо, присутствовавшее, вѣроятно, для предупрежденія злоупотребленій. Въ Судебникѣ 1497 г. въ главѣ „о недѣльщикахъ указъ“ мы встрѣчаемъ: „а ѣздити недѣльщикамъ и на поруку давати самимъ съ приставными“. Какъ представители не только исполнительной, но и судебной власти, недѣльщики ручались за соблюденіе правды (придверники также давали клятву „праваго не погубити, а виноватаго не оправдати“), должны были исполнять извѣстныя нравственныя предписанія, въ обезпеченіе чего они должны были представлять поручительныя записи: „дѣлать недѣли въ правду, посудокъ и поминокъ не имать, корчмы, блядни, татбы, зернщиковъ, подметчиковъ у себя не держать, и колодниковъ не наровить, а истцовъ и отвѣтчиковъ не волочить“ [2]). За свои услуги приставъ получалъ деньгу за 10 верстъ, эта пошлина называлась ѣздомъ (см. Бѣлоз. уст. грам. ст. 22). Пристава были сторонней

доставляли правду на судъ, т. е. доставляли ко дню разбора свидѣтелей, приводили къ допросу разбойниковъ и татей и содержали ихъ у себя.

[1]) Въ приказѣ большого дворца были особые пристава, назначавшіеся особыми грамотами великимъ княземъ. Они одни могли отдавать монастырскихъ крестьянъ на поруки и сроки имъ чинить къ суду.

[2]) Ланге, Древнее русск. угол. судопр., стр. 56.

для общины властью, являвшейся часто большою обузою, отсюда постановленія о томъ, чтобы облегчить тяжесть ихъ содержанія: „а гдѣ доводчикъ ночуетъ, туто ему не обѣдати, а гдѣ обѣдаетъ, туто ему не ночевати“ (А. Э. т. I 123). Относительно придверниковъ существуетъ споръ. Одни считаютъ ихъ обязанности тождественными обязанностямъ приставовъ (Смирновъ, Энгельманъ), но на основаніи ст. 59 Псковской судной грам. мы не можемъ вывести этого заключенія.

Частное лицо могло арестовывать лишь для представленія въ судъ. Однако это право обставлялось гарантіями. Такъ арестъ бѣжавшаго холопа могъ происходить только въ присутствіи отрока (Русск. Правда); были установлены довольно значительныя пени за неправильный арестъ: „а свяжутъ безъ вины“ (см. Мирная грамота Новг. съ нѣмцами 1195 г., угрожающая штрафомъ въ 12 гривенъ старыхъ кунъ; ст. 20 договора 1229 г., уст. Бѣлоз. грам. ст. 22) [1]).

Поруки допускались въ самыхъ тяжкихъ преступленіяхъ, даже при душегубствѣ, татьбѣ съ поличнымъ [2]). „А учинится у нихъ душегубство и намѣстницы мои бѣлозерскіе и ихъ тивуны и довотчики будетъ душегубецъ въ лицехъ и не дадутъ душегубца на поруки и на кого молвятъ и за тою порукою поставятъ его предо мною княземъ“ (Доп. къ А. И. I. 189). Срокъ явки былъ строго установленъ, для того, чтобы не отвлекать крестьянъ отъ полезныхъ работъ и не заставлять тратить дорогого времени. Такимъ срокомъ для монастырскихъ людей было время черезъ двѣ недѣли послѣ Крещенья. Для крестьянъ время черезъ недѣлю послѣ Петрова дня.

Примѣнялась ли тюрьма въ княжескій періодъ въ качествѣ мѣры обезпеченія? Вопросъ этотъ вызвалъ большіе споры въ литературѣ. Кистяковскій, къ которому примкнули Микляшевскій и Ильдинскій, считаютъ поруки единственно примѣнявшейся тогда къ обвиняемымъ мѣрою. Однако еще проф. Незабитовскій [3]), возражая на книгу А. Кистяковскаго, приводилъ рядъ мѣстъ изъ источниковъ,

---

[1]) Въ договорѣ Игоря съ греками 945 г. по ст. 13 ближніе убитаго должны были держать убійцу для того, чтобы представить его къ суду, и послѣ убить его (Влад.-Будановъ, стр. 17).

[2]) См. Кистяковскій, О пресѣченіи, стр. 13. Князю не было важно присутствіе душегубца на судѣ. Онъ получалъ свое съ общины, когда душегубца и не находили. По ст. 14 Бѣлозерск. грам. община платила князю 4 рубля, если душегубецъ не отыскивался. О вирѣ, см. Русск. Правду, Троицк. сп. ст. 4.

[3]) Незабитовскій, Собр. соч., стр. 222.

гдѣ говорится о тюрьмѣ. Къ мнѣнію Незабитовскаго примыкаетъ и Тарасовъ [1]). Намъ кажется, что споръ этотъ рѣшается легко, если вникнуть въ содержаніе тѣхъ мѣстъ, на которыя опираются утверждающіе о существованіи тюремъ какъ мѣры обезпеченія въ удѣльно-княжескую эпоху. Тюрьма называется въ памятникахъ порубомъ (замкнутое помѣщеніе въ землѣ, въ которомъ не было даже чистаго воздуха), погребомъ, истобкой, темницей, рвомъ, сажаніемъ у дыбу [2]). (Лавр. лѣтоп. подъ 1097, 1101, 1102 г.г. Ипат. 1202, 1180, 1157, 1101, 1096). Изъ изслѣдованія этихъ мѣстъ видно, что всѣ приводимые случаи относились къ дѣйствіямъ политическаго характера и по отношенію къ такимъ лицамъ, противъ которыхъ была личная вражда у князя. Это было насильственнымъ дѣйствіемъ князя, желавшаго захватить своего врага, а не законной мѣрой правосудія. Правда, если видѣть право только въ „старинѣ“, существовавшей въ общинахъ, то почти вся дѣятельность князей явится противоправной. Однако изъ этой дѣятельности между прочимъ развились позднѣе Судебники и Уложеніе, т. е. положительное право Россіи. Признавая произвольнымъ заключеніе княземъ до суда въ тюрьму лицъ, противъ которыхъ онъ имѣлъ личную вражду, и не считая это законною мѣрою правосудія, мы вмѣстѣ съ тѣмъ въ этомъ обстоятельствѣ замѣчаемъ усиленіе княжеской власти. Такія мѣры сначала примѣнялись къ отдѣльнымъ лицамъ, потомъ примѣненіе ихъ могло стать болѣе общимъ, и система мѣръ обезпеченія могла перейти къ чисто принудительной, какъ то видно въ уложеніи 1649 г. Однако результата такой эволюціи нельзя видѣть въ княжескомъ періодѣ, здѣсь были лишь зародыши ея. Вотъ нѣкоторыя мѣста, подтверждающія наше мнѣніе (противоположныхъ ему мы не могли найти). „Ярославъ, разгнѣвавшись на своего брата Судислава посади его въ поруба въ Псковъ до живота своего (Ипат. 1071)“. „Святополкъ, изымавъ словъ половецкихъ, всажа ихъ въ истобъку“ (Ип. 1093). Въ Лавр. лѣт. 1097: „Давидъ оковаша Василька въ двои оковы и приставиша стража на ночь“. Въ Ипат. лѣтописи подъ 1177 г. говорится, что Всеволодъ, съ цѣлью успокоенія народа, садитъ плѣнныхъ суздальцевъ и ростов-

---

[1]) Тарасовъ, Личное задержаніе, какъ мѣра безопасности, т. II, вып. 1.

[2]) По объясненію Владимірскаго-Буданова, См. Хрестоматія, прим. къ Пск. суд. грам., стр. 155 прим. 128. Дыба—колодка, которую составляли двѣ плахи, а по концамъ петли и замки. Въ болѣе легкихъ случаяхъ употребляли „желѣза“ и приставляли сторожа для охраны.

цевъ въ порубъ. Какъ видно, здѣсь дѣло идетъ не о мѣрахъ обезпеченія неуклоненія отъ суда, а о политическихъ мѣрахъ обезпеченія. Правда, Тарасовъ видитъ даже въ ослѣпленіи Василька мѣру пресѣченія способовъ уклоняться отъ суда. Но это черезчуръ смѣлое положеніе. Изъ приводимыхъ мѣстъ видно, что заключаетъ въ тюрьму только самъ князь, а не его судьи, и что заключеніе имѣетъ характеръ мести или, пожалуй, въ иныхъ случаяхъ, предупредительный, а не мѣры правосудія; едва ли при тѣхъ насильственныхъ расправахъ, какія существовали между враждовавшими князьями, одинъ могъ судить другого. Еще одно обстоятельство не позволяетъ считать заключеніе въ тюрьму мѣрою обезпеченія, принимаемой въ интересахъ суда. Наиболѣе важные преступники, даже нѣсколько столѣтій спустя, отдавались за пристава, къ нимъ слѣдовательно примѣнялась менѣе суровая, чѣмъ тюрьма, мѣра. Къ кому же примѣнялась тюрьма?

Наряду съ поруками, примѣнявшимися при обвиненіяхъ, существовало непосредственное возмездіе надъ лицомъ, застигнутымъ потерпѣвшимъ на мѣстѣ преступленія—съ поличнымъ. Пойманнаго можно было убить, и „за то не взыщется“, если тотъ сопротивлялся. Его можно было задержать и немедленно представить въ судъ. „Да ятъ будетъ тѣмъ-же, у него-же будетъ украдено и связанъ будетъ и отдастъ его еже смѣ сотворить и сотворитъ трижды о семь“ (*Буданов*, стр. 4). Русская Правда (ст. 13 акад. сп.) предписываетъ вмѣсто самоуправства представлять на сводъ (не одного ли корня со словомъ судъ?), а если не хочетъ, то на 5 дней долженъ представить поручителя. Какъ видно, во всѣхъ этихъ случаяхъ представлять къ суду могъ самъ истецъ безъ пристава, требовавшагося лишь въ случаяхъ подозрѣнія или простого обвиненія.

Система наказаній въ княжескій періодъ состояла уже не только въ имущественныхъ взысканіяхъ, какъ то утверждаетъ Кистяковскій. Примѣнялись иногда потокъ, выбитіе изъ земли, битье у колокольницы, изгойство, казнь, клейменіе, когда уже необходима была отвѣтственность личная. Незабитовскій считаетъ даже такую отвѣтственность первоначальной, изъ которой развилось поручительство [1]).

---

[1]) Незабитовскій (Собр. соч., стр. 217) считаетъ первоначальной формою судопроизводства изыманіе—manus injectio, которое въ рукахъ власти превратилось въ заключеніе въ тюрьму и отдачу за пристава. Такой мѣрѣ соотвѣтствовала не порука, а вырука—защита обвиняемаго его друзьями. Вырука была первоначальнымъ институтомъ, а порука лишь впослѣдствіи выработалась юридическою

Изъ мало изслѣдованныхъ органовъ древняго уголовнаго судопроизводства слѣдуетъ назвать ябетниковъ и шильниковъ. На обязанности первыхъ вѣроятно было отысканіе преступниковъ и арестованіе ихъ. Тарасовъ уподобляетъ ихъ обще-славянскимъ сокамъ—общественнымъ обвинителямъ [1]). По мнѣнію Смирнова—ябетники доносили и указывали на преступниковъ. Шильники являлись исполнительными органами.

Общее заключеніе о мѣрахъ обезпеченія въ княжескій періодъ можетъ быть резюмировано слѣдующимъ образомъ. На ряду съ правомъ привода въ судъ и немедленной расправы послѣ суда, производимыми частнымъ лицомъ — потерпѣвшимъ, примѣнялись почти исключительно поруки; въ иныхъ случаяхъ при невозможности достать поручителей пристава оставляли виновныхъ у себя (объ этомъ подробнѣе мы скажемъ въ царскомъ періодѣ). Тюрьма примѣнялась, какъ мѣра насильственная, въ случаяхъ политическаго характера, личной мести князя, но не какъ мѣра правосудія. При крѣпкой связи всего населенія съ землей и съ общиной эти лишенныя принужденія мѣры вполнѣ обезпечивали явку къ суду. Вмѣстѣ съ тѣмъ существовали органы для отысканія преступниковъ, содержавшіеся на счетъ общины, платившей пеню, въ случаѣ ненахожденія душегубца [2]).

III.

Періодъ царскій.

Этотъ періодъ въ видахъ удобства изложенія можно раздѣлить на двѣ части: 1) эпоху судебниковъ и губныхъ грамотъ и 2) эпоху уложенія.

Въ царское время уже приходится имѣть дѣло съ упрочившейся политической централизаціей московскаго государства и сильною властью князей, давшей перевѣсъ власти своимъ мѣстнымъ органамъ надъ органами самоуправленія. Судъ постепенно изъемлется

жизнью восточной Руси въ періодъ отъ XIV до XV вѣка; поручительство было установлено властью. Однако случаи нятства, какъ мы видѣли, имѣютъ характеръ политическихъ, порука же употреблялась съ покону, а не была введена, какъ какой-либо законодательный институтъ.

[1]) См. также Владимирскій-Буда новъ. Хрестом., стр. 22 прим. 4.

[2]) Въ дѣлахъ о тяжбѣ отвѣтчикъ долженъ былъ быть на лицо, иначе „по слѣду тенуть“.

отъ послѣднихъ, становится дѣломъ исключительно правительственнымъ, даже различныя тарханныя и несудимыя грамоты отнимаются отъ ихъ владѣльцевъ съ предписаніемъ: „А тарханныхъ грамотъ впредь не давати никому, а старыя поимати у всѣхъ“ (2-ой суд. ст. 43).

Вмѣстѣ съ этимъ возникаетъ институтъ губныхъ старостъ, замѣнившихъ отправленіе суда непосредственно народомъ. Эти губные старосты и цѣловальники были органами государственной власти, на обязанности которыхъ лежало не только отправленіе суда, но и преслѣдованіе и наказаніе преступниковъ. Это, какъ видно, первый шагъ къ розыскному процессу. Несмотря на то, что губные старосты были выборными органами, ихъ дѣятельность регулировалась исключительно грамотами, высылаемыми имъ изъ московскихъ приказовъ. Наказы губнымъ старостамъ довольно многочисленны—ясный признакъ того, что государство, руководя ихъ дѣятельностью въ желательномъ для себя направленіи, дѣлало ихъ подчиненными себѣ органами. Въ концѣ этого періода губные старосты потеряли право суда, ставъ слѣдственными властями, производившими обыски и допросы обвиняемыхъ подъ пыткою; они должны были представлять также татей и разбойниковъ въ разбойный приказъ. Въ числѣ губныхъ старостъ, появившихся при Іоаннѣ Грозномъ, были и спеціальные обыщики, которые должны были гнаться и преслѣдовать разбойниковъ и душегубцевъ и притомъ не только въ своемъ округѣ. Имъ разрѣшалось задерживать „всѣхъ проѣзжихъ людей необычайныхъ и незнаемыхъ, которые сказывались неимянно и непутно“.

Въ противоположность прежнему времени старосты, ставъ одновременно органами суда и органами преслѣдованія, значительно усилили розыскное начало въ процессѣ. Основною причиной тому, вѣроятно, было значительно увеличившееся при Іоаннѣ Грозномъ число разбойниковъ, противъ которыхъ невозможно было бороться путемъ обыкновеннаго суда, а требовалось вмѣшательство сильной власти. И дѣйствительно, сперва обыскъ примѣнялся только къ вѣдомымъ лихимъ людямъ. Старосты явились органами такого преслѣдованія, они должны были обыскивать, „кто у нихъ на губѣ, на посадѣ и въ уѣздѣ лихихъ людей татей и разбойниковъ и кому разбойники и тати пріѣзжаютъ и разбойную рухлядь продаютъ за разбойное“. Частныя лица не были въ силахъ бороться съ такою сильною и страшною преступностью, и поэтому приходилось въ такихъ разбойныхъ дѣлахъ часто констатировать, что „истцовъ имъ нѣтъ“.

Не отпускать же было въ такихъ случаяхъ пойманнаго злодѣя. И о немъ обыскивали, послѣ чего творили расправу. По изслѣдованіямъ проф. Сергѣевича [1]) ссыскъ отнюдь не моложе XV вѣка. Изъ указной книги разбойнаго приказа можно установить слѣдующія главныя различія сыскного и судебнаго судопроизводства [2]): 1) сыскное производство открывалось немедленно, судебное же въ опредѣленные сроки, не болѣе трехъ разъ въ году; 2) сыскное производство не могло оканчиваться примиреніемъ; 3) сыскное производство влекло за собою пытку. Пытка вообще была вызвана необходимостью получить сознаніе, которое облегчало розыскъ и служило какъ бы оправданіемъ его.

Судьями были въ уѣздѣ намѣстники и волостели, ихъ тіуны, губные старосты и излюбленные судьи; въ вотчинахъ существовали и частные судьи. Были разъѣзжіе судьи, судьи данные и третейскіе. Низшими органами были цѣловальники, называвшіеся также земскими приставами, доводчики и праветчики.

Ланге дѣлитъ всѣ производившіяся тогда дѣла на три категоріи [3]): 1) *сыскъ*—„сыскивати всякими способами накрѣпко“; 2) *судъ* („давати судъ“), 3) *управа*, когда нужна была быстрая кара, обыкновенно вслѣдствіе нарушенія приказаній правительства. „Кто въ чемъ скажется виноватъ, то на немъ взяти, а въ достали судъ и правда и крестное цѣлованіе. А кого приведутъ съ поличнымъ впервые, ино его судити да про него обыскивати, и назовутъ его въ обыскѣ лихимъ человѣкомъ, а скажетъ на себя самъ, ино его казнити смертью. А скажутъ по обыску, что онъ добрый человѣкъ и того поличнаго сыскивати судомъ и дѣло вершить по суду“. Такимъ образомъ обыскъ могъ предшествовать суду. Приведенный отрывокъ интересенъ и въ другомъ отношеніи. Недостатокъ доказательствъ при многочисленности происходящихъ преступленій вы-

---

[1]) Сергѣевичъ. Лекціи и изслѣдованія 1899 г. стр. 463. Рожковъ. Обзоръ русской исторіи съ соціологической точки зрѣнія. (Міръ Божій 1903 г. кн. 7 стр. 101) иного мнѣнія, онъ относитъ зародыши розыска къ XII вѣку.„ Нѣтъ сомнѣнія, что слѣдственный процессъ по уголовнымъ дѣламъ начиналъ зарождаться въ древнѣйшей Россіи, потому что для начала слѣдствія по нѣкоторымъ уголовнымъ дѣламъ требовалась наличность отвѣтчика и соотвѣтственно съ этимъ дѣлахъ примѣнялась особая форма—„поклепъ“ (въ дѣлахъ объ убійствѣ, похищеніи имущества) и существовали особыя судебныя доказательства—послухи и ордаліи. Но обвинительное, гражданское начало имѣло опредѣляющее значеніе“.

[2]) Ланге. Древнее русское уголовное судопроизводство, стр. 132.

[3]) Ibid., стр. 115.

звалъ къ жизни способы, которые не указываютъ на данное преступленіе, а вообще на характеръ подозрѣваемаго, изъ чего уже дѣлается заключеніе о вѣроятности совершенія имъ преступленія.

Существованіе рядомъ двухъ формъ производства вызвало необходимость въ опредѣленіи дѣлъ, производимыхъ въ порядкѣ каждой изъ нихъ. Подсудность была неодинакова. Въ иныхъ случаяхъ даже обвиняемые въ поджогѣ и убійствѣ судились судомъ; обвиняемые въ убійствахъ, грабежахъ и поджогахъ, виновность которыхъ не доказана, могли биться въ полѣ съ обвинителемъ, т. е. также подвергались „состязательному процессу"; съ другой стороны иногда даже въ гражданскихъ дѣлахъ творился обыскъ. Рѣшающимъ подсудность органомъ былъ въ большинствѣ случаевъ судья (законъ вообще, за отсутствіемъ правильно организованной системы принужденія, носилъ скорѣе характеръ совѣта, нежели безусловнаго правила), отъ усмотрѣнія котораго въ большинствѣ случаевъ и зависѣло примѣненіе суда или розыска. Кистяковскій [1]) перечисляетъ случаи примѣненія суда; суду подлежали: 1) обвиняемые, приводимые съ поличнымъ, про которыхъ на обыску скажутъ, что они добрые люди; 2) тѣ, которыхъ небольшое число людей назоветъ татями, а доказательствъ тому не представитъ; 3) тѣ, которыхъ обвиняютъ съ ссылкою на 5—6 людей, которымъ однако нельзя вѣрить: 4) тѣ, виновность которыхъ не могла быть обнаружена при обыскѣ или противъ которыхъ не послѣдовало просьбы объ обыскѣ. Такимъ образомъ обыску была предоставлена широкая сфера, которая ограничивалась по возможности вѣдомыми лихими людьми. Обыскъ же былъ въ полномъ смыслѣ видомъ инквизиціоннаго процесса, господствовавшаго въ то же самое время на западѣ, сложившимся подъ вліяніемъ однородныхъ причинъ.

Мѣрами обезпеченія, примѣнявшимися въ этотъ періодъ, были: отдача за пристава, заключеніе въ тюрьму и поруки.

Отдача за пристава естественнымъ образомъ развилась изъ отдачи на поруки. При образованіи самостоятельнаго класса преступниковъ и при необходимости усиленной репрессіи стало невозможнымъ отдавать обвиняемыхъ на поруки. Часто не находился поручитель, часто государство, въ интересахъ силы преслѣдованія, лишало преступника свободы. При розыскѣ такое лишеніе происходило по вполнѣ понятнымъ причинамъ. Но и при судѣ часто

---

[1]) Кистяковскій. Цит. соч. стр. 27.

приставу приходилось оставлять обвиняемаго у себя, за неразысканіемъ поручителей. Прежде существовавшее кованье въ желѣза было мѣрой весьма кратковременной и требовало присутствія стража при закованномъ. Отдача за пристава сначала не была самостоятельной мѣрой обезпеченія, это было какъ бы исключеніе, но позднѣе, когда такіе случаи стали весьма многочисленны, она стала регулироваться особыми правилами. Вѣроятно, и при поручительствѣ отданные на поруки не пользовались полною свободою. Это хотя бы видно изъ договорной грамоты 1368 г., „съ тѣхъ ти поруки свести а ихъ *отпустити*". Взятіе на поруки поручители назывались „*нятцами*" „съ порутчиковъ порука свести, а нятци ти *попущати*". При такомъ положеніи и нахожденіе за приставомъ могло не быть на много тяжелѣе. Вслѣдствіе возросшаго значенія должности приставовъ, они получаютъ лучшую организацію, лишаются права поручать исполненіе своихъ обязанностей сторонним „урочнымъ" людямъ, подлежатъ отвѣтственности за упущенія. Пріѣхавъ въ волость, приставъ долженъ былъ предъявлять приставную память намѣстнику или волостелю (т. е. мѣстнымъ судьямъ) и если дѣло подлежало ихъ компетенціи (т. е. истецъ и отвѣтчикъ были одной волости и города), то онъ представлялъ обвиняемаго и истца въ намѣстичь и волостелинъ судъ. Въ ст. 44 2-го судебника указывается, что истецъ подаетъ приставную память, въ которой обозначена цѣна иска, дьяку; дьякъ подписывалъ приставную при недѣльщикѣ и записывалъ въ книгу. Пристава должны были строго придерживаться извѣстнаго размѣра вознагражденія, за нарушеніе чего подвергались заключенію въ тюрьмѣ до указу государя [1]).

Главная обязанность приставовъ опредѣлялась такъ: „волочити и ставити предъ судомъ во всякомъ дѣлѣ" [2]). Для огражденія отъ

---

[1]) Въ Судебникѣ Ѳеодора Іоанновича въ ст. 94 опредѣленъ размѣръ обѣденныхъ денегъ: „а въ трапезѣ недѣльщику отъ поруки 2 деньги". Вмѣстѣ съ тѣмъ въ ст. 14 предписывается, чтобы недѣльщики передавали только старостамъ грамоты для обысковъ, а чтобы сами не участвовали въ нихъ. Если даже смотрѣть на первый судебникъ, какъ на проектъ частнаго лица, эти указанія имѣютъ цѣнность. См. Владимірскій-Будановъ Судебникъ царя Ѳеодора Іоанновича 1902 г.

[2]) Повѣстки назывались приставными грамотами или памятями, а иногда позывницами, зазывными грамотами и наказными памятниками. Писались онѣ такъ: „Память приставу. Дать ему на поруки имя рекъ по челобитной къ суду итти". Приставъ обязывалъ за поручительствомъ явиться въ судъ. Если отвѣтчикъ не являлся, то истецъ могъ просить о выдачѣ ему безсудной грамоты. Такія грамоты по 1-му судебнику выдавались на 80-й день послѣ срока, по

злоупотребленій недѣльщикамъ было предписано отпускать обвиняемыхъ на поруки только въ присутствіи старостъ и лучшихъ людей. Число приставовъ было строго ограничено. Предписанъ былъ также рядъ мѣръ для ограниченія противозаконнаго задержанія у приставовъ. Такъ, ст. 70 2-го судебника поручала намѣстничьимъ и волостелинымъ людямъ (т. е. приставамъ) давать на поруку до суда и послѣ суда, и если порукъ не будетъ, то представлять этихъ людей въ городѣ городовымъ приказчикамъ да дворскому и старостѣ и цѣловальнику, а въ деревняхъ засѣдающему въ судѣ старостѣ и цѣловальнику, „а безъ этого къ себѣ не сводити и у себя не ковати". За нарушеніе этого предписанія полагалась пеня за безчестье. Пристава отъ князя назывались также „дворянами", отъ земства—„подвойскими".

Какъ видно изъ приведеннаго мѣста—„у себя не ковати"—и другихъ „а чрезъ поруку не ковати" [1]), заключенные у пристава находились въ оковахъ во дворѣ, лишенные свободы. Заключенные часто назывались колодниками: „или его небреженьемъ колодникъ убѣжитъ". Положеніе заключенныхъ было не лучше находящихся въ тюрьмѣ. Различіемъ было то, что они обязаны были платить приставу за содержаніе—пожелѣзное [2]).

Однако позднѣе отдача за пристава изъ исключительной мѣры стала мѣрой обыкновенной, по правилу примѣняющейся въ извѣстныхъ случаяхъ. Освобожденіе находящихся за приставомъ было или дозволено съ разрѣшенія лицъ, занятыхъ дѣломъ, или совсѣмъ запрещено. „А у котораго недѣльщика сидятъ тати и ему татей на поруки *безъ докладу* не дати и не продавати ему татей" (1-й суд.

судебнику Ивана IV по разсчету семи дней на сто верстъ разстоянія отъ суда до мѣста жительства. См. Ланге. Цит. соч. стр. 187. Явившись въ судъ отвѣтчикъ давалъ ставочное челобитье—объявленіе о явкѣ и готовности стать къ суду. См. Сергѣевичъ, Лекціи и изслѣдованія, стр. 462.

[1]) „Аще извинится Латинянинъ оу Смоленскѣ не мытати его оу погребъ аже не будети поруки, то оу желѣза усадить" (Дог. гр. Мстислава Дав. съ Ригою 1229 ст. 9).

[2]) А пожелѣзнаго доводчику имати съ человѣка по 2 денги на день да на ночь, по комъ поруки не будетъ (Уст. Грам. Бѣлоз. мон. 1593 г.). Приставъ получалъ еще „прокормъ" по 4 деньги въ сутки. Однако обращеніе съ заключенными было весьма небрежное. Напр., одинъ арестантъ Филка Роговъ ходилъ грабить по ночамъ, сидючи за приставомъ. Они не должны были притѣснять и обѣщанія, данныя имъ, были недѣйствительны: „что въ желѣзѣхъ посулъ, то не въ посулъ" (Двинск. Грам. 1397 ст. 8 „А желѣзнаго четыре бѣлки, только человѣка скуютъ, а не будетъ по нему поруки. А посула въ желѣзѣхъ не просити").

о нѣдельщ. указъ). Ст. 54 2-го судебника къ этому постановленію прибавляетъ кару за освобожденіе „безъ доkладу, безъ боярскаго, безъ дьячаго вѣдома". „А изымавъ ему татей и разбойниковъ не отпустити" (2-й суд. ст. 53). Обыкновенно эта мѣра обезпеченія примѣнялась въ случаѣ отсутствія порукъ, обвиненій въ воровствѣ, убійствѣ, грабежѣ, противъ преступниковъ, пойманныхъ съ поличнымъ, противъ тѣхъ, на которыхъ разбойники указывали во время пытки, какъ на своихъ соучастниковъ. Тамъ, гдѣ нужна была пытка, отдача за пристава была непремѣннымъ правиломъ. Лица, относительно которыхъ производилось дѣло по лихованному обыску, также во время производства повальнаго обыска отдавались за пристава, а все ихъ имущество запечатывалось и отдавалось на сбереженіе стороннимъ людямъ съ порукою, пока не рѣшится дѣло. При язычной молвкѣ подозрѣваемыхъ также отдавали за пристава, если оговорившій узнавалъ это лицо въ толпѣ; послѣ этого обыкновенно производился повальный обыскъ.

Другою мѣрою являлись поруки, во многомъ измѣнившія, однако, свой прежній характеръ. Порука различалась какъ „порука до суда" и „порука съ суда", первая называлась также „статною порукою". Судопроизводство было почти такое, какъ и въ гражданскихъ дѣлахъ; оно могло начаться только по жалобницѣ или челобитной. На основаніи такихъ челобитныхъ посылались по мѣсту жительства отвѣтчиковъ для вызова къ суду доводчики отъ намѣстниковъ или земскіе пристава отъ излюбленныхъ судей или недѣльщики отъ приказовъ. Поручителю давали особую поручную запись о томъ, что они представятъ обвиняемаго къ суду въ назначенный срокъ, при чемъ оговаривалось, что въ случаѣ неявки „на насъ поручникахъ взять истцовъ искъ весь сполна и убытки и пеня, что государь укажетъ" (А. Ю. 307, II—VII). Поручительство происходило въ присутствіи лучшихъ людей или старосты. По сыскнымъ дѣламъ порука почти всегда замѣнялась отдачею за пристава. Воры и разбойники отдавались на поруки лишь при недостаточности уликъ и то, когда по ихъ дѣламъ производился судъ, а не сыскъ (А. Э. т. II 120). Поручительство имѣло и личный характеръ: „и мы поручники въ его мѣсто или и наши поручиские головы вмѣсто его".

Усмотрѣніе судьи играло большую роль при назначеніи поручительства или отдачи за пристава. Мы видѣли, что первоначально даже въ самыхъ серьезныхъ дѣлахъ съ доkладу боярину или дьяку можно было освобождать на поруки. Поруки могли примѣняться и

къ истцу, въ случаѣ необходимости его присутствія на судѣ (см. у *Кистяковскаго* стр. 34); особеннымъ видомъ порукъ были поруки принудительнаго характера: въ такихъ случаяхъ холопы отдавались на поруки помѣщикамъ съ обязательствомъ представить ихъ къ суду.

Въ тюрьму заключались до государеву указу провинившіеся въ злоупотребленіяхъ (напр., недѣльщики). Иногда тамъ содержались обвиняемые по сыскнымъ дѣламъ, пока не находилось порукъ. Содержавшіеся въ тюрьмахъ кормились на свой счетъ или пищей, приносимой родными, а большею частью просили подаяніе, ходя скованными „по торги и по домамъ". Такимъ образомъ тюрьма не была еще строго обособлена отъ внѣтюремнаго міра. Примѣнялась эта мѣра какъ исключеніе, въ рѣдкихъ случаяхъ.

Мы прослѣдили положеніе вопроса до *Уложенія 1649 года*— этого продукта самодержавной власти московскихъ государей. Здѣсь принципъ государственности уже всецѣло подавилъ общественное правосознаніе. Въ Уложеніи, хотя и утвержденномъ Земскимъ соборомъ, послѣдовательно проведены начала усмотрѣнія какъ государя, такъ и подчиненныхъ органовъ—судей. Исполнительные органы—воеводы и намѣстники одновременно съ управленіемъ творятъ и судъ, являясь почти полными господами судопроизводства.

Розыскное начало пропитало всю судебную систему и допускалось уже не только въ дѣлахъ прежде челобитчиковыхъ, но и даже при простыхъ взысканіяхъ гражданскаго характера. Государство увеличиваетъ штатъ своихъ органовъ, получающихъ содержаніе принудительнымъ путемъ отъ мѣстныхъ жителей, и преслѣдуетъ само вновь народившіеся виды преступленій, какъ бѣгство крѣпостныхъ крестьянъ, корчество, поддѣлку монеты, расколъ, въ которыхъ частный интересъ былъ менѣе заинтересованъ и по которымъ истцомъ должно было явиться само государство. Несмотря на заимствованія изъ Литовскаго Статута [1]), прекрасно разработавшаго законодательство о явкѣ, новыхъ мѣръ о приводѣ или призывѣ въ судъ въ Уложеніи мы встрѣчаемъ мало. Въ гл. X ст. 137 пред-

[1]) Законодательство Литовскаго Статута о мѣрахъ обезпеченія явки разработано довольно подробно (см. напр., Артикулъ XVII п. 10 о порядкѣ врученія повѣстка о призывѣ). Свыше 12 артикуловъ посвящены формамъ призыва. Нашимъ приставамъ тамъ соотвѣтствуютъ „возные". Изъ артикула 31 п. 2 видно, что тамъ допускалось предварительное задержаніе при судѣ. „Ежели кто изъ арестантовъ, содержащихся при какомъ либо судѣ, убѣжитъ... разыскивать и представлять онаго въ судъ для раздѣлки съ истцомъ".

писывается недѣльщику, по пріѣздѣ въ городъ или волость съ приказной памятью, предъявлять ее сначала намѣстнику, волостелю или ихъ тивунамъ.

Поруки еще сохранялись (см. Улож. X гл. 101, 111, 114, 155, 182). Въ Уложеніи неоднократно можно встрѣтить выраженія: „а будетъ отвѣтчикъ по приставной памети давъ по себѣ поруку", „а которые люди ручаются по комъ къ суду". Вѣроятно, поруки допускались въ дѣлахъ, рѣшавшихся въ то время состязательнымъ порядкомъ, каковыми были дѣла по искамъ объ обидахъ, угрозахъ при отсутствіи письменныхъ явокъ потерпѣвшаго, и даже при обвиненіяхъ посредствомъ поличнаго въ разбоѣ и татьбѣ; по дѣламъ о нанесеніи ранъ и пр. Однако на дѣлѣ поруки примѣнялись рѣдко, такъ какъ примѣненіе ихъ зависѣло отъ усмотрѣнія судьи. Въ земскомъ приказѣ собиралось множество заключенныхъ, которымъ „приходилось сидѣть по мѣсяцу, полугоду и больше и тѣ, которые туда ихъ приводили („приводные люди") порукъ имъ не даютъ, а сказываютъ, что они молодчіе и бѣдные люди, никто по нихъ для продажи въ такихъ поклепныхъ искехъ не ручаются" (А. И. т. IV 6). Община уже мало связываетъ своихъ членовъ общею связью, часты случаи побѣга, и потому поручительство становится дѣломъ опаснымъ. Правда, Уложеніе (X, 117 ст.) вводитъ нѣкоторыя облегченія для поручителей: „А будетъ кто по первой зазывной грамотѣ къ отвѣту не станетъ, и въ свое мѣсто никого не пришлетъ, а поручная запись по немъ будетъ писана, и истцу ему дати по него другая зазывная грамота и велѣти отъ той другой грамоты доправити на немъ подписныя и печатныя пошлины, да истцу проѣсти и волокиты на мѣсяцъ три рубли. А будетъ онъ по другой зазывной грамотѣ къ отвѣту не станетъ, то третья... то искъ его доправивъ на немъ и на поручникахъ его, отдати истцу". Отвѣтственность поручителей, какъ видно, признается лишь послѣ трехъ призывныхъ грамотъ. Поруки обезпечивали судныя пошлины и истцовъ искъ.

Поруки съ суда примѣнялись какъ къ истцу, такъ и къ отвѣтчику въ томъ случаѣ, если приговоръ, постановленный къ невыгодѣ одного изъ нихъ, былъ обжалованъ. Въ такихъ случаяхъ запрещалось отъѣзжать отъ мѣста суда.

При порукахъ составлялась по прежнему особая запись, которую приставъ долженъ былъ представлять въ судъ не позже 3-хъ дней. Если вызываемый въ судъ начнетъ скрываться отъ пристава и во дворѣ у себя не учнетъ сказываться, то приставъ

съ товарищами долженъ стеречь его у воротъ день или два и три, послѣ чего хватать и приводить въ приказъ къ судьямъ. Въ случаѣ сопротивленія и нежеланія быть отпущеннымъ на поруки, обвиняемые приводились въ Москву въ приказъ военной силой стрѣльцовъ и пушкарей.

Примѣнялась по Уложенію и отдача за пристава, постепенно сѣнявшаяся, впрочемъ, заключеніемъ въ тюрьмѣ. Обыкновенно она примѣнялась по Уложенію въ случаяхъ, когда оговоренный лицомъ, подвергнутымъ пыткѣ, начнетъ бить челомъ объ обыскѣ (XXI, 35) или когда оговорившій на очной ставкѣ не узнаетъ оговореннаго или узнавъ его начнетъ „съ него стоваривати“ (XXI, 44). Кромѣ того въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, несмотря на законъ, судья могъ отдавать обвиняемаго за пристава. Указомъ 20 октября 1653 г. было предписано—„впредь разбойниковъ и татей за приставы не отдавать, а держать ихъ до указу въ тюрьмѣ, а будетъ которые тати и разбойники учнутъ бить челомъ, чтобъ ихъ отдавать за приставы, а пожелѣзное соймутъ на себя: и ихъ за приставы отдавать, а поголовныя деньги имати по прежнему“ (полн. собр. зак. I. 105). Какъ видно, такое ограниченіе примѣненія отдачи за пристава вызывалось частою невозможностью для заключаемыхъ уплачивать приставу слѣдуемую плату. Плата вообще была весьма обременительной для заключенныхъ, и другой указъ 1-го марта 1656 года приказываетъ московскимъ приставамъ пожелѣзного не брать, а вмѣсто пожелѣзного указалъ тѣмъ приставамъ давать свое великаго государя жалованіе изъ суднаго приказу, а за колодниковъ въ истцовыхъ искахъ платятъ тѣ, на комъ довелось, а не будетъ кого, то изъ суднаго приказа“. Этимъ указомъ государство принимаетъ на себя содержаніе заключенныхъ. Приставъ уже не отдавалъ на поруки содержавшихся у него; если заключенный убѣгалъ, онъ долженъ былъ сыскать ушедшаго и поставити въ приказъ въ уставные сроки. За умышленный отпускъ ему грозило наказаніе кнутомъ и тюрьмою (XXI, 83, 86). Мѣстомъ содержанія въ большинствѣ случаевъ служилъ уже не домъ пристава, а земскія и губныя избы.

При болѣе рѣдкомъ примѣненіи вышеуказанныхъ двухъ мѣръ необычайное развитіе получаетъ тюрьма. Микляшевскій [1]),

[1]) Микляшевскій. О средствахъ представленія обвиняемаго. 1872 стр. XXIII—XXX.

правильно считаетъ основной причиной появленія и развитія этой мѣры обезпеченія измѣненіе характера наказаній, съ денежныхъ на тѣлесныя. Кромѣ того самый судъ, всецѣло проникнутый розыскнымъ началомъ съ пыткою и принужденіемъ, вызывалъ въ обществѣ страхъ, а не стремленіе къ обращенію къ нему за защитой.

Въ тюрьму сажали и до Уложенія. Такъ, въ грамотѣ въ Пермь Великую 1606 г. (А. Э. т. II. 60) указывается: „а они (старосты, цѣловальники и посадскіе люди) тѣхъ воровъ имали и приводили къ вамъ, а вы бы ихъ сажали въ тюрьму до нашего указу". Въ грамотѣ чердынскому воеводѣ 1639 г.: „Степка Черемисиновъ да Петрушка Алексѣевъ съ товарищи двадцать одинъ человѣкъ въ томъ сыскномъ дѣлѣ въ Чедыни сидятъ въ тюрьмѣ, другой годъ помираютъ голодною смертью". Въ 1632 г. князь Бѣлосельскій по дѣлу Шеина былъ подвергнутъ домашнему аресту. (А. Э. т. III. 251.). Сажали въ тюрьму до Уложенія и оговоренныхъ въ татьбахъ и разбояхъ и даже отвѣтчиковъ по истцовымъ дѣламъ. Это можно заключить хотя-бы изъ указа 1637 г., которымъ повелѣвалось въ истцовыхъ дѣлахъ никого не сажать, а отдавать за пристава.

Въ самомъ Уложеніи 1649 г. постоянно говорится о содержаніи въ тюрьмѣ. Разбойники и тати содержались въ тюрьмѣ во все время розыска (ст. 104, XXI): „а будетъ до которыхъ тюремныхъ сидѣльцовъ разбойное и татиное и душегубное дѣло не дойдетъ и доведется ихъ изъ тюрьмы выпустити, а таковыхъ изъ тюремъ выпускати и государю въ Москвѣ о указѣ не писавъ". Такимъ образомъ категоріи обвиняемыхъ были опредѣлены, но совсѣмъ нельзя найти въ Уложеніи указаній на случаи примѣненія къ нимъ тюрьмы (вѣроятно, она была общимъ правиломъ), ни на основанія заключенія. Въ эту эпоху еще были смѣшаны полицейскія, карательныя и предупредительныя цѣли подслѣдственнаго заключенія. Изъ отдѣльныхъ статей видно, что тюрьма примѣнялась къ бѣглымъ арестантамъ („у которыхъ уши рѣзаны, а письма въ томъ, что они изъ тюрьмы выпущены не будетъ"), къ сознавшимся въ разбоѣ, если по ихъ показаніямъ нужно отыскивать соучастниковъ (въ такихъ случаяхъ продолжительность содержанія не должна была быть болѣе полугода, XXI, 21), къ лицамъ. бѣжавшимъ отъ пристава. Индивидуальная отвѣтственность еще не укрѣпилась въ сознаніи законодателя, и часто предписывалось въ цѣляхъ поимки обвиняемаго заключать въ тюрьму лицо, непричастное къ дѣлу.

Такъ, крестьянъ заключали вмѣсто барина, сына вмѣсто отца, жену вмѣсто мужа [1]).

Чисто полицейскіе органы также имѣли право задерживать и заключать въ тюрьму. Обыкновенными формальными основаніями для заключенія въ тюрьму были поличное, явычная молвка и лихованный обыскъ; они же и были достаточными основаніями для производства суда. (XXI, 49). По отношенію къ лицамъ высшаго званія, чѣмъ крестьяне дозволялось до заключенія производить обыскъ. Для взятія подозрѣваемаго требовалась наказная память (XXI, 49, 30, 35). Законъ предусматривалъ даже случаи убійства обвиняемаго при сопротивленіи. Въ такихъ случаяхъ убитый доставлялся въ приказъ вмѣстѣ съ убійцей. Главными органами по задержанію были губные старосты, сыщики и кромѣ того рядъ различныхъ должностныхъ лицъ, высылаемыхъ изъ приказовъ.

Вслѣдствіе такого широкаго простора въ примѣненіи тюрьмы, количество заключенныхъ было весьма велико. Правда, государство стремилось ограничить продолжительность и численность случаевъ тюремнаго заключенія, главнымъ образомъ въ цѣляхъ фискальныхъ, а не изъ признанія какихъ либо правъ за обвиняемымъ. Такъ оно предписывало, чтобы обвиняемые въ разбояхъ сидѣли не болѣе полугоду, а послѣ ихъ казнить. Однако сидѣли и по два и по три года (А. И. т. III 167). Предписывалось составленіе статейныхъ списковъ, о характерѣ которыхъ можно судить изъ наказа, даннаго въ 1694 г. Тобольскому воеводѣ: „Да имъ же боярину и воеводамъ, велѣть пересмотрѣть въ Тобольску тюремныхъ сидѣльцевъ и переписати накрѣпко и сдѣлать тому статейный списокъ подлинной, кто именно и въ какомъ дѣлѣ и сколь давно въ тюрьмѣ сидятъ и пытаны ль и что съ пытки на себя или на кого иного говорилъ и пересмотря и переписавъ и учинить имъ указъ по указу великаго государя и по уложенію и противъ указныхъ статей“ (полн. собр. зак. 1594). Какъ видно, это былъ не періодическій списокъ, а просто необходимое для ознакомленія съ состояніемъ арестованныхъ средство. Для огражденія свободы лицъ невинныхъ отъ суда и тюремнаго сидѣнья Уложеніе (XXI, 8) предписывало: „А которые люди приведутъ въ губу татя или разбойника, а тѣ тати или разбойники учнутъ на тѣхъ людей, которые ихъ въ губу приведутъ говорить разбой или татьбу или иное какое воровство и тому не вѣрити для того, чтобы

[1]) См. Кистяковскій, цит. соч. стр. 43.

всякимъ людемъ безстрашно было". За ложный поклепъ, влекшій заключеніе въ тюрьму, виновный наказывался весьма жестоко (XXI, 53, 56). Часто указывалось, чтобы „колодниковъ никого, ни въ какихъ дѣлахъ многихъ дней не держать, чтобы отъ того лишняго сидѣнья приводнымъ людямъ и большого утѣсненія не было". (доп. къ А. И. т. V 62).

Однако при господствѣ чисто розыскного процесса нельзя было ждать серьозныхъ улучшеній отъ этихъ предписаній общаго характера. Если и издавались предписанія, то они усиливали розыскъ подобно новоуказной статьѣ 1669 г. (Полн. Собр. Зак. I. 441): „а приведутъ татя, а доведутъ на него одну татьбу, а онъ въ той татьбѣ въ распросѣ его безъ пытки повинится; и его распрашивати накрѣпко и въ иныхъ татьбахъ съ пристрастьемъ; а не пытать и посадити его въ тюрьму на двѣ недѣли и будетъ въ тѣхъ двухъ недѣляхъ будутъ на него въ иныхъ татьбахъ челобитчики съ явными уликами и его по тѣмъ уликамъ пытать и въ другихъ татьбахъ по уложенію".

Мѣстами заключенія были отдѣльныя помѣщенія при приказахъ или земскихъ и губныхъ избахъ, наконецъ, сами тюрьмы („а которые тюремные сидѣльцы посажены будутъ на тюремный дворъ и за рѣшетку" или „а которые колодники сидятъ нынѣ въ городахъ въ приказныхъ избахъ и тюрьмахъ"). Изъ отдѣльныхъ памятниковъ видно, что въ тюрьмѣ обыкновенно сидѣли бѣглые люди, выходцы, лазутчики изъ Литвы и Польши, кромѣ основнаго контингента воровъ и разбойниковъ. Содержались они всѣ или на подаяніе, или на счетъ родственниковъ, или на собственный. Иногда на болѣе опасныхъ одѣвали ошейники и цѣпи. Указъ 1699 г. предписывалъ „татей, мошенниковъ, пропойцевъ не держа долго въ тюрьмахъ, сковавъ по два человѣка ошейными добрыми или ножными желѣзами, приставить къ работѣ". (Полн. Собр. Зак. 1670). Вступавшіе въ тюрьму должны были платить установленную обычаемъ сумму денегъ, называвшуюся влазнымъ. Впослѣдствіи эта обычная сумма превратилась даже въ налогъ, отмѣненный въ 1680 г.

Характеръ эпохи Уложенія вполнѣ ясенъ. Господство принудительнаго режима во всей государственной системѣ позволило примѣнять только мѣры полицейско-принудительнаго характера для обезпеченія неуклоненія обвиняемаго. Даже поруки потеряли свой нравственный и экономическій характеръ, а сдѣлались принудительною мѣрою, принимавшеюся частнымъ лицомъ. Неопре-

дѣленность законодательства, которою характеризуется, впрочемъ, вся наша исторія по сравненію съ исторіей права западной Европы, предоставляла широкій просторъ произволу органовъ власти. Системы обжалованія почти не существовало. Уложеніе имѣло характеръ инструкціи власти, а не общаго кодекса, доступнаго каждому гражданину.

IV.

Періодъ императорскій.

Петръ Великій, работая надъ политической и общественной организаціей Россіи, сравнительно мало вниманія посвятилъ уголовному правосудію. Онъ двигалъ дальше развитіе абсолютнаго государственнаго начала, сильный толчекъ чему былъ данъ Уложеніемъ, и это отразилось печальнымъ образомъ на положеніи обвиняемыхъ.

Въ началѣ царствованія Петра порядокъ сыскной получилъ почти исключительное господство. Указомъ 21 февраля 1687 года было повелѣно „вмѣсто судовъ и очныхъ ставокъ по челобитью всякихъ чиновъ людей въ обидахъ и разореньяхъ, чинить розыскъ въ браніи и въ безчестье или въ боѣ и въ увѣчьѣ и во всякихъ обидахъ и разореньяхъ“ (П. С. З. т. III 1572). Обвинительный процессъ, по первоначальному мнѣнію Петра, только затягивалъ дѣло. Вмѣсто того, чтобы служить дѣйствительной защитѣ правъ, судъ развивалъ сутяжничество, „въ судахъ отъ истцовъ и отвѣтчиковъ бываетъ много неправды и лукавства“—такъ мотивировалась отмѣна суда. Вскорѣ за этимъ указомъ послѣдовалъ другой отъ 19 ноября 1700 года, организовавшій розыскъ на началахъ тайны и лучшаго выпытыванія сознанія отъ обвиняемаго. Сысканный отвѣтчикъ долженъ былъ немедленно быть подвергнутъ допросу, чтобы не имѣть возможности подготовиться къ нему. Арестъ преимущественно сталъ мѣрой разслѣдованія.

Естественнымъ результатомъ этого явилось необычайное увеличеніе случаевъ ареста. Хотя поручительство еще существовало, но оно получило совершенно иной характеръ съ отпаденіемъ имущественной отвѣтственности поручителя. Въ основаніи его лежало начало частнаго принужденія при представленіи въ судъ. Мало обезпечивая явку, поручительство примѣнялось очень рѣдко и было лишь формальностью. Отдача за

пристава вышла также изъ употребленія и была замѣнена тюрьмой. Указомъ 20 октября 1653 г. тати и разбойники не должны были отдаваться приставу, сами пристава стали получать жалованье, вмѣсто пожелѣзнаго; и такимъ образомъ мѣста заключенія у пристава потеряли частный характеръ, а стали такими же тюрьмами, какъ и другія. Воинскій уставъ упоминаетъ о салфъ-кондуктахъ (self-conduct—явка), о явочныхъ грамотахъ, по которымъ отвѣтчики могли быть отпускаемы, причемъ постановленіе это могло имѣть примѣненіе и по дѣламъ земскимъ. Употреблялись иногда и подписка о невыѣздѣ и отобраніе паспорта. Однако въ подавляющемъ числѣ случаевъ примѣнялась тюрьма.

Законами 1697 и 1700 г.г. были отмѣнены гарантіи, содержавшіяся въ Уложеніи относительно лицъ, приводимыхъ къ суду. Непосредственно послѣ привода ихъ дозволялось заключать подъ стражу въ случаяхъ поличнаго, лихованнаго обыска или язычной молвки. По новымъ указамъ предписывалось „по разбойнымъ и татинымъ дѣламъ кто кого приведетъ и тѣхъ приводцовъ принуждать, чтобъ они то ихъ воровство доказывали, а судьямъ по тѣмъ дѣламъ рѣшеніе творить немедленно, а безъ рѣшенія не освобождать“ т. е. освобожденіе до оправдательнаго приговора было запрещено вообще. Такимъ образомъ была отмѣнена приставная память, упразднены пристава, отдававшіе на поруки, а вмѣсто этого введенъ немедленный арестъ и допросъ.

Тюрьма примѣнялась прежде всего къ сознавшимся въ винѣ или уличеннымъ въ преступленіи. Въ наказѣ владимирскому воеводѣ отъ 21 февраля 1701 г. указывается „виныхъ людей до указу держать въ тюрьмѣ“. Подвергались заключенію въ тюрьму и обвиняемые въ маловажныхъ преступленіяхъ: указъ 3 апрѣля 1720 г. прямо говоритъ о колодникахъ, „содержащихся въ надворномъ судѣ по *неважнымъ* дѣламъ“. Появилась значительная медленность вслѣдствіе обремененія работой и небрежнаго отношенія къ дѣлу. („Колодники отъ долговременнаго по ихъ дѣламъ нерѣшенія не только убавливаются, но отъ времени до времени больше умножаются“ 17 апрѣля 1727 г. 5059). „Въ присутственныхъ мѣстахъ колодниковъ находится не малое число и съ давнихъ временъ“ (1734 г.)—встрѣчаемъ мы здѣсь указанія въ актахъ. Указомъ 1737 г. предписывалось веденіе особыхъ вѣдомостей, въ которыя заносились бы свѣдѣнія о томъ, „по какимъ дѣламъ назначенъ арестъ, сколько времени люди были держаны и черезъ какое свидѣтельство оправдались“. На обязанности губернаторовъ и су-

дей лежало просматриваніе этихъ вѣдомостей. Однако вѣдомости мало способствовали сокращенію продолжительности заключенія, составлялись онѣ неправильно, просмотръ былъ одною, часто неисполняемою формальностью, наконецъ, онѣ были безсильны для борьбы съ коренными причинами этихъ несовершенствъ. Такими причинами были крайнее развитіе формализма и письменности, исключительное господство розыска, полное безправіе заключенныхъ при отсутствіи всякой защиты, наконецъ, небрежность судей и слѣдователей, судившихъ часто по обязанности, наложенной на дворянъ принудительно отбывавшихъ службу.

Право подвергать обвиняемыхъ тюремному заключенію во время слѣдствія и суда принадлежало не только сыщикамъ (спеціальнымъ органамъ розыска), но и всѣмъ полицейскимъ и военнымъ властямъ (см. указы № 1697, Плакатъ 1724 г.). Обвиняемые были лишены возможности какъ либо противодѣйствовать неправильному заключенію. Лишь въ 1730 г. былъ опредѣленъ порядокъ обжалованія рѣшеній суднаго и сыскного приказовъ въ Юстицъ-коллегію и далѣе въ Сенатъ. Въ 1763 г. въ Петербургѣ была учреждена спеціальная розыскная экспедиція для дѣлъ о колодникахъ. Обвиняемый, съ отмѣною наказныхъ памятей не зналъ даже существа обвиненія. Даже истцовыя челобитныя запечатывались, „чтобы отвѣтчики тѣхъ челобитныхъ не смотрѣли и вымысломъ своимъ къ допросамъ своимъ ничего не прибавляли“. Немудрено, что виновность большинства содержащихся въ тюрьмахъ была болѣе, чѣмъ сомнительной. Такъ изъ указа 4 апрѣля 1737 г. видно, что „въ вѣдомствѣ у подполковника Рѣдкина содержалось въ тюрьмѣ не столько виновныхъ, сколько правыхъ“. Продолжительность заключенія въ десять и болѣе лѣтъ не была рѣдкостью [1]).

Самъ Петръ видѣлъ невозможность бороться противъ развитія подслѣдственнаго тюремнаго заключенія, примѣняемаго въ такихъ широкихъ размѣрахъ однѣми частными мѣрами и издалъ сначала законъ 15 іюня 1714 г., возстановлявшій силу предписаній Уложенія, безъ болѣе подробнаго опредѣленія отмѣняемыхъ указовъ. Естественно, что такой неопредѣленный законъ не примѣнялся. 5-го ноября 1723 г. онъ сдѣлалъ попытку снова расширить примѣненіе судебнаго порядка. По этому указу предписывалось производить судъ во всѣхъ дѣлахъ, кромѣ измѣны и злодѣйства и словъ, оскорбительныхъ для царствующаго дома. Лицо, отвѣчавшее передъ судомъ, должно

[1]) Примѣры см. у Кистяковскаго, стр. 81—82.

было получить копію жалобы и обязывалось явиться къ опредѣленному сроку въ судъ. Въ случаѣ иска могли быть представлены поручители. Но этотъ указъ, сейчасъ по своемъ изданіи вызвавшій многія недоразумѣнія, не могъ устоять противъ общаго политическаго строя и несмотря на то, что не былъ никѣмъ отмѣненъ, былъ естественно смытъ новыми волнами быстро прогрессировавшей розыскной системы.

Тяжелыя послѣдствія установившейся розыскной системы особенно сильно сказались при преемникахъ Петра. Несмотря на многочисленные указы и на заботы государей, число колодниковъ постоянно увеличивалось, продолжительность задержаній затягивалась [1]). Указомъ 19 декабря 1736 г. была даже сдѣлана попытка ограничить мѣсячнымъ срокомъ продолжительность рѣшенія колодническихъ дѣлъ, оставшаяся, конечно, безуспѣшной. Въ 1763 г. Сенатъ послѣ ревизіи нашелъ, что съ 1756 г., т. е. заключенныхъ въ тюрьмѣ до суда болѣе семи лѣтъ въ присутственныхъ мѣстахъ Москвы и Петербурга числится 1802 обвиняемыхъ, нѣкоторые изъ которыхъ сидѣли и болѣе 10 лѣтъ. Достаточно яркая цыфра! Государственная власть придумываетъ всевозможныя средства. Она угрожаетъ отнести на счетъ тѣхъ лицъ, по винѣ которыхъ слѣдствіе затягивается, всѣ расходы по содержанію, регулируетъ порядокъ веденія статейныхъ списковъ, устанавливаетъ надзоръ со стороны Юстицъ-коллегіи и Сената, сосредоточиваетъ дѣла о разбояхъ и грабежахъ въ сыскномъ приказѣ, ограничиваетъ полицейскую власть. Однако, продолжительность и многочисленность случаевъ заключенія нисколько не измѣняется. Полиція, несмотря на приказъ „смотрѣть того накрѣпко и безо всякой причины, кого либо истязанно не привести“, арестуетъ по первому подозрѣнію [2]).

Въ этотъ періодъ мѣста заключенія различались по важности

---

[1]) Кистяковскій насчитываетъ болѣе 20 указовъ, изданныхъ въ серединѣ XVIII столѣтія о скорости дѣлъ, а сколько было о взяточничествѣ, объ освобожденіи неправильно арестованныхъ, трудно счесть.

[2]) Одинъ иностранецъ Rulhière. Anecdotes sur la revolution de Russie 1762, такъ рисуетъ уголовный процессъ этой эпохи. Онъ разсказываетъ о томъ, что члены Сената оказали противодѣйствіе Петру III, желавшему ввести иностранный кодексъ и выражаетъ свое очень любопытное мнѣніе о русскомъ правѣ, „У русскихъ совершенно отсутствуютъ законы. У нихъ единственно допустимой въ уголовномъ процессѣ формой является битье обвиняемаго до тѣхъ поръ, пока онъ не признается въ своемъ преступленіи, а если онъ настойчиво отрицаетъ его, то битье обвинителя до тѣхъ поръ, пока онъ не возьметъ обратно своего свидѣтельства“.

преступленія. Обвиняемыхъ въ особо важныхъ преступленіяхъ содержали при гарнизонахъ, другихъ въ особыхъ тюрьмахъ, казармахъ и при сыскномъ приказѣ. Во время заключенія обвиняемые обыкновенно заковывались; кормились они на свой счетъ. Указъ 3 апрѣля 1784 г. предписывалъ: „которые останутся на тѣ праздничные дни въ тюрьмахъ, оныхъ велѣть кормить, и гдѣ они подъ карауломъ держатся, тѣ мѣста содержать въ чистотѣ, дабы отъ того не помирали". Итакъ, въ тюрьмахъ кормить слѣдуетъ на казенный счетъ только по праздникамъ, чистота—„отъ которой помереть можно". Въ этотъ періодъ развивается и исключительное законодательство о духовныхъ лицахъ, о военныхъ, вошедшее послѣ въ сводъ и уставы.

Екатерина II въ теоріи высоко цѣнила свободу гражданъ. Основныя начала ученія о законодательствѣ, заимствованныя ею отъ Беккарія и Блэкстона, показываютъ, что она считала подслѣдственный арестъ печальною необходимостью [1]). Подъ вліяніемъ Наказа,

---

[1]) Вотъ нѣкоторыя, наиболѣе замѣчательныя положенія о подслѣдственномъ арестѣ, находящіяся въ Наказѣ (гл. 160—174).

Гл. X. 160. Тотъ погрѣшитъ противъ безопасности личной, кто правительству, долженствующему исполнять по законамъ и имѣющему власть сажати въ тюрьму гражданина, отнимать у одного свободу подъ видомъ какимъ маловажнымъ, а другого оставляти свободнымъ несмотря на знаки преступленія самые явные.

172. „Быть подъ стражей не должно признавать за наказаніе, но за средство хранить опасно особу обвиняемаго, которое храненіе обнадеживаетъ его въ мѣстѣ и о свободѣ, когда онъ невиновенъ".—Напротивъ того въ 161 ст. указывается, что заключеніе подъ стражу есть наказаніе. Для заключенія необходима вѣроятность совершенія преступленія. Для того законъ долженъ, „точно опредѣлить тѣ знаки преступленія, по которымъ можно взять подъ стражу обвиняемаго и которые подвергали бы его сему наказанію и словеснымъ допросамъ, кои также суть нѣкоторый родъ наказанія". Такими „знаками" могутъ быть между прочимъ: ст. 164. Гласъ народа, который его винитъ, побѣгъ его; признаніе учиненное имъ внѣ суда, свидѣтельство сообщника, бывшаго вмѣстѣ съ нимъ въ томъ преступленіи; угрозы и извѣстная вражда между обвиняемымъ и обиженнымъ; самое дѣйствіе преступленія и другіе подобные знаки довольную могутъ подать причину, что взять гражданина подъ стражу. Это буквальное повтореніе Беккарія см. Trattatto dei delitti e pene, стр. 29 гл. VI о тюрьмѣ.

165. Доказательства должны быть опредѣлены закономъ, а не судьями, которыхъ приговоры всегда противоборствуютъ гражданской вольности, если они не выведены на какой бы то ни было случай изъ общаго правила, въ уложеніи находящагося.

168. Содержаніе подъ стражей должно длиться возможно меньше. Время

вѣроятно, въ учрежд. о губерніяхъ 1775 г. было введено постановленіе о совѣстномъ судѣ [1]), гарантировавшемъ правильность задержанія. Совѣстный судъ долженъ былъ быть въ каждой губерніи. Онъ состоялъ изъ предсѣдателя и засѣдателей. „Буде кто пришлетъ въ совѣстный судъ, прошеніе, что онъ содержится въ тюрьмѣ болѣе трехъ дней недопрашиванъ, тогда совѣстный судъ по полученіи такого прошенія, не выходя изъ присутствія, долженствуетъ послать повелѣніе, чтобы таковый, содержащійся въ тюрьмѣ, буде содержится не въ оскорбленіи особы Императорскаго Величества, не по измѣнѣ, не по смертоубійству, не по воровству или разбою, былъ присланъ и представленъ въ совѣстный судъ обще съ прописаніемъ причинъ, для которыхъ содержится подъ стражею или недопрашиванъ. Повелѣнія совѣстнаго суда въ семъ случаѣ должны быть исполняемы не мѣшкавъ ни часа, гдѣ получены будутъ, подъ взысканіемъ пени трехсотъ рублей съ предсѣдателя да по сту рублей съ засѣдателей, буде, гдѣ въ судебномъ мѣстѣ оставятъ оный безъ исполненія болѣе сутокъ; на дорогу же кладется срокъ по 25 верстъ на день. По представленіи къ лицу совѣстнаго суда въ тюрьмѣ содержавшагося, буде совѣстный судъ усмотритъ, что проситель содержится не въ оскорбленіи особы Императорскаго Величества и не по измѣнѣ, смертоубійству, не по воровству или разбою, не выходя изъ присутствія прикажетъ содержащагося въ тюрьмѣ освободить на поруки, какъ о его поведеніи, такъ и о представленіи его къ тому суду въ той губерніи, который онъ самъ изберетъ, куда и дѣло его совѣстный судъ отошлетъ, а такового правомъ совѣстнаго суда отъ тюрьмы освобожденнаго, по тому же дѣлу въ другой разъ въ тюрьму посадить ужъ никто не дерзаетъ, прежде рѣшенія его дѣла, дѣло же кончить какъ законами повелѣно... Если же содержится по оскорбленіи Императорскаго Величества и т. д., по которымъ и присылать не должно, ложно написано, что три дни содержится и ему не объявлено за что и онъ

тамъ надлежитъ опредѣлить по времени, которое требуется къ приготовленію къ слушанію судьи. Рѣшать дѣло такъ скоро, какъ возможно.

171. Не должны содержаться вмѣстѣ осужденные и обвиняемые.

Эти постановленія наказа дали поводъ Coffinières 1806. Traité de la liberté individuelle, при обзорѣ русскаго законодательства поставить его, какъ самое либеральное въ Европѣ, наравнѣ съ англійскимъ.

[1]) См. Coffinières. T. I p. 154: Avec moins de délais et de formalités les Russes trouvent ainsi dans l'institution du tribunal de conscience les mêmes garanties, qui offre en Angleterre le fameux acte d'Habeas Corpus.

не допрашиванъ или порукъ по себѣ не даетъ и не представитъ тогда совѣстному суду надлежитъ возвратить просителя въ тюрьму, пуще прежней".

Какъ видно, постановленіе это—почти точный (нѣсколько распространенный) переводъ англійскаго Habeas Corpus act'a. Однако, въ немъ слишкомъ расширены случаи, въ которыхъ задержанный не долженъ былъ представляться въ судъ, что давало широкую область злоупотребленію посредствомъ подведенія подъ общія категоріи смертоубійства, воровства и разбоя самыхъ разнообразныхъ преступленій. Здѣсь отсутствуютъ и клятвенныя заявленія обвиняемаго или его адвокатовъ о невыдачѣ копіи съ постановленія, причинъ задержанія, нѣтъ указаній, на способы взысканія штрафа съ виновныхъ; надзоръ надъ соблюденіемъ правильнаго исполненія этой гарантіи предоставленъ не заинтересованному лицу, а государственной власти, которая безъ указаній потерпѣвшаго бываетъ обыкновенно слѣпа въ такихъ дѣлахъ. Къ этому слѣдуетъ указать, что выдачей приказа Habeas Corpus act'a въ Англіи завѣдуетъ высшій государственный судъ, законность котораго поставлена внѣ сомнѣній, между тѣмъ какъ губернскій совѣстный судъ, стоящій даже ниже многихъ судебныхъ учрежденій, не могъ ни пользоваться такимъ авторитетомъ, ни гарантировать законности исполненія предписаній объ освобожденіи. Отдача на поруки, заимствованная изъ англійскаго закона, звучитъ какъ то странно въ это время, когда поручительство почти уже вымерло. По всѣмъ этимъ причинамъ понятно, почему обращеніе къ совѣстному суду было очень рѣдко и мало дѣйствительно. (Напр., въ 1816 г. Петербургская палата уголовнаго суда не хотѣла подчиниться распоряженію совѣстнаго суда, какъ низшаго учрежденія).

Указы 20 янв. 1763 г. и 24 дек. 1773 г. принимаютъ энергичныя мѣры для сокращенія продолжительности слѣдствій. Указомъ 10 авг. 1766 г. были устроены словесные суды, которые должны были рѣшать дѣла не позже 8-ми дней со времени задержанія обвиняемаго. Сенатскій указъ 1768 г. предписывалъ отпускать „на росписки съ поставкою", т. е. на обязательство явки, обращать особенное вниманіе на силу уликъ (21 іюня 1768 г.). Въ 217 ст. учр. губ. предписывалось уѣздному суду „оканчивать въ одинъ срокъ дѣла, по которымъ кто содержится подъ стражей", и если прошло три срока засѣданій и судъ оставилъ такое дѣло безъ рѣшенія, то члены его лишаются годового оклада жалованья. Гуманное начало начинаетъ проникать въ судъ, выражаясь въ ограниче-

ніи пытки и въ смягченіи внѣшнихъ грубыхъ формъ уголовной репрессіи. Даются особыя приказанія губернскимъ прокурорамъ слѣдить за скорѣйшимъ вершеніемъ арестантскихъ дѣлъ, имъ предписывается каждую недѣлю посѣщать тюрьмы.

За этотъ періодъ издано нѣсколько указовъ о режимѣ заключенныхъ. Такъ, первый указъ о раздѣленіи половъ былъ изданъ 21 февр. 1744 г. Указъ 14 дек. 1765 г. запретилъ отдавать колодниковъ на тяжкія работы. При конторѣ главнаго магистрата учреждаются особыя помѣщенія для разночинцевъ и лицъ, отмѣнныхъ своимъ состояніемъ, находящихся въ подслѣдственномъ заключеніи.

Объ учрежденіи въ 1761 г. особой экспедиціи, завѣдующей колодническими дѣлами, мы уже говорили.

Въ отдѣльныхъ уставахъ (уставѣ о банкротахъ, горномъ уставѣ благочинія и пр.) находятся также нѣкоторыя мѣры, регулирующія вопросъ о подслѣдственной свободѣ.

По уставу благочинія 1782 года значительно расширено примѣненіе тюремнаго содержанія обвиняемыхъ по сравненію съ предыдущими постановленіями Екатерины. Кистяковскій перечисляетъ 37 категорій преступленій, по которымъ въ уставѣ благочинія стоитъ: „да отдается подъ стражу и отошлется въ судъ“. Здѣсь находятся въ числѣ преступленій, обвиненіе въ которыхъ влечетъ подслѣдственное содержаніе подъ стражей, и драка и нанесеніе оскорбленій въ публичномъ мѣстѣ и различныя полицейскія нарушенія.

Порядокъ заключенія подъ стражу по уставу благочинія былъ слѣдующій. Всякое лицо, до свѣдѣнія котораго дошло извѣстіе объ уголовномъ преступленіи, подъ угрозою наказанія, должно донести немедленно о томъ частному приставу и квартальному надзирателю. Послѣдніе, заключая обвиняемаго подъ стражу, производятъ о немъ слѣдствіе. Задержанный заключается въ острогъ, тюрьму или въ особое помѣщеніе при присутственномъ мѣстѣ.

Еще 5-го ноября 1782 г. сенатскимъ указомъ запрещалось колодниковъ, содержащихся по уголовнымъ дѣламъ, прежде окончательнаго рѣшенія о нихъ, отпускать на поруки („никакимъ образомъ того не дозволено“), но рѣшать дѣла о нихъ въ положенные сроки безо всякаго упущенія.

Законодательство Екатерины не могло помочь дѣлу. Кистяковскій правильно считаетъ недостатками его непослѣдовательность, теоретичность, отсутствіе всеобщности, случайный характеръ постановленій, затрагивающій одну сторону, часто даже одинъ фактъ,

и не касающійся коренныхъ причинъ (стр. 79). Къ этому перечню слѣдуетъ прибавить: отсутствіе судей, которымъ можно было бы поручить свободу гражданина, и полное безправіе всего населенія. Мѣстные органы, не находясь въ строгомъ подчиненіи центральнымъ, могли свободно проводить повсюду свой произволъ, не опасаясь репрессіи.

Попытку улучшить это печальное положеніе дѣла произвелъ Александръ I, расширивъ предѣлы общей свободы гражданъ и смягчивъ формы уголовной репрессіи.

27 сентября 1801 г. состоялась законодательная отмѣна пытки, этого уродливаго нароста на предварительномъ заключеніи.

Въ эту эпоху полиція была еще всесильна въ области уголовнаго суда. Полицейскій судъ и расправа были главными органами суда. Изъ мѣръ обезпеченія употреблялись арестъ въ тюрьмѣ и при полиціи, полицейскій надзоръ (примѣненіе котораго совсѣмъ не регулировалось), заключеніе въ смирительные и рабочіе дома и ограниченіе свободы передвиженія, посредствомъ взятія подписки о невыѣздѣ изъ города (см. Высоч. утвержд. мнѣніе Госуд. Совѣта 28 января 1824 г.).

Въ 1802 году князь Куракинъ представилъ Александру проектъ, въ которомъ предлагалъ дѣлить содержимыхъ подъ стражей на три группы: 1) обвиняемыхъ въ смертоубійствѣ, святотатствѣ, разбоѣ, измѣнѣ, насиліи, которыхъ слѣдуетъ заключать въ острогъ и заковывать въ оковы; 2) обвиняемыхъ въ кражахъ, распутствѣ, азартныхъ играхъ, которыхъ слѣдовало заключать въ острогъ, въ колодки, но безъ желѣзныхъ рѣшетокъ; и 3) обвиняемыхъ въ мошенничествѣ, отступленіи отъ должности, которыхъ слѣдовало заключать въ арестантскія отдѣленія съ особыми помѣщеніями для дворянъ и служащихъ. Однако этотъ проектъ не получилъ утвержденія.

Законами 1802 года 18-го іюля, 1822 года 29-го марта и 1827 года 9-го февраля было ограничено наложеніе цѣпей, оковъ и колодокъ на арестантовъ.

Указомъ 1810 г. Александръ, милосердствуя объ участи тѣхъ, которые содержатся подъ стражей, установилъ двѣ очереди дѣлъ, въ одну изъ которыхъ вносились колодническія дѣла, которымъ и отдавалось предпочтеніе. Однако и при Александрѣ были случаи содержанія подъ стражей болѣе 10 лѣтъ (дѣло Маріи Алтуховой).

Число арестантовъ, однако, скорѣе возросло, чѣмъ уменьшилось. Ко времени вступленія на престолъ Николая I-го по отчету Ло-

пухина считалось 127.000 слѣдственныхъ арестантовъ, причемъ есть основанія полагать, что эта цифра еще менѣе дѣйствительнаго числа.

Николай I снова вмѣнилъ въ обязанность скорѣйшее разрѣшеніе арестантскихъ дѣлъ и возложилъ на прокуроровъ обязанность о случаяхъ небрежности доносить Министру Юстиціи; нѣсколько позднѣе онъ далъ приказъ прокурорамъ доносить ему о тѣхъ арестантахъ, которые содержатся въ тюрьмѣ до суда болѣе одного года. Однако, какъ справедливо замѣчаетъ Тарасовъ [1]), „всѣ попытки къ наилучшей организаціи при Николаѣ I-мъ разбивались о препятствія, порождаемыя полнымъ устраненіемъ всякой общественной самодѣятельности, бюрократизмомъ, крайней централизаціей, господствомъ расправы", эта эпоха, какъ выражался графъ Киселевъ, была слишкомъ государственна и мало общественна. Такой характеръ Николаевской эпохи въ значительной степени отразился и на системѣ Свода законовъ, и въ частности на XV томѣ [2]).

Собственно, законодательство Свода есть только систематическое собраніе дѣйствующихъ законовъ. Правда, при такомъ собраніи были сдѣланы необходимыя обобщенія, отмѣнены нѣкоторые потерявшіе смыслъ старые законы, однако не въ этомъ историческое значеніе Свода. Оно заключается прежде того въ томъ, что Сводъ ввелъ почти отсутствовавшее у насъ на практикѣ начало законности, правда, еще въ очень небольшомъ размѣрѣ, выяснивъ обязанности различныхъ государственныхъ органовъ и поставивъ опредѣленныя границы ихъ дѣятельности. Правда, эта предоставленная судебнымъ органамъ власть была настолько велика, что вполнѣ походила на произволъ, однако все же изданіемъ законодательныхъ уставовъ была дана возможность ея ограниченія.

Для пресѣченія обвиняемому способовъ уклоняться отъ слѣдствія и суда употреблялись слѣдующія мѣры (ст. 876, т. XV ч. 2 1832, ст. 1008, изд. 1842, ст. 132, изд. 1857): 1) содержаніе въ тюрьмѣ и при полиціи, 2) домашній арестъ, 3) полицейскій надзоръ и 4) отдача на поруки.

---

[1]) Тарасовъ. Личное задержаніе. 1886, т. II, вып. 2 стр. 151.

[2]) Литература о мѣрахъ пресѣченія по Своду: Кистяковскій. О пресѣченіи, стр. 96—136. Микляшевскій. О средствахъ представленія обвиняемаго. 1872. К. Яневичъ-Яневскій. О личномъ задержаніи обвиняемыхъ. Юридическія Записки, т. V, 1862. П. Муллovъ. Поручительство въ дѣлахъ уголовныхъ. Арх. Ист. и практ. свѣд. кн. 2, 1859. Н. Ланге. О мѣрахъ пресѣченія. Арх. Ист. и практ. свѣд. кн. 5, 1859 г.

Всѣ перечисленныя четыре мѣры—принудительнаго характера, соотвѣтствующаго эпохѣ полицейскаго государства. Относительно первыхъ трехъ такой характеръ стоитъ внѣ сомнѣній, что же касается четвертой—порукъ, то и она, являясь наиболѣе слабой изъ всѣхъ по предположенію законодателя, обладала все же такимъ характеромъ. Поручительство не было сопряжено съ денежною отвѣтственностью для поручителя. Единственное обезпеченіе, которое законъ видѣлъ на поручительствѣ—зависимость отъ лица поручающагося, которое было прямымъ начальникомъ обвиняемаго (ст. 880, изд. 1832, 1013 изд. 42, 137 изд. 57 ч. 2 т. XV). Отдача на поруки допускалась въ тѣхъ случаяхъ, когда обвиняемые представятъ н а д е ж н о е поручительство въ томъ, что не будутъ скрываться и станутъ являться на судъ, когда имъ приказано будетъ и по такимъ преступленіямъ, по которымъ закономъ не опредѣляется тяжкаго наказанія" (въ изданіи 1857 г.: „по которымъ они могутъ подлежать наказаніямъ менѣе противъ означенныхъ въ ст. 134 (случаи, когда грозитъ тюрьма) строгимъ". Тѣ, которые не могли представить по себѣ порукъ, содержались въ тюрьмѣ (ст. 877—32 г., 1009—42 г., 134—57 г., т. XV, ч. 2). Административно-принудительный характеръ этихъ порукъ можно замѣтить изъ различныхъ мѣстъ Свода. Законъ предписываетъ часто, кому отдавать на поруки и всегда поручителемъ признается непосредственное начальство обвиняемаго (крестьяне отдавались управляющимъ удѣльными конторами и удѣльнымъ приказамъ; указываются какъ поручители, сельскіе и волостные начальства, хозяева судовъ и проч.), которое могло по отношенію къ подчиненному примѣнять принужденіе. Конечно, на практикѣ поручительство стало простою формальностью, породивъ даже спеціальный промыселъ, но въ предположеніи законодателя оно гармонировало съ общимъ строемъ системы.

„Въ тюрьмѣ содержатся тѣ, кои обвиняются въ преступленіяхъ, влекущихъ за собою лишеніе всѣхъ правъ состоянія или торговую казнь, а равно и тѣ, кои, бывъ обвиняемы въ другихъ, менѣе важныхъ преступленіяхъ не могутъ представить по себѣ порукъ" (ст. 877 изд. 1832 г.). Съ изданіемъ уложенія 1845 г. ст. 877 была согласована съ нимъ, и по Своду изд. 1857 г. обвиняемые содержались въ тюрьмѣ при обвиненіи: „въ преступленіяхъ, по которымъ опредѣляется лишеніе всѣхъ правъ состоянія или же потеря всѣхъ особыхъ какъ лично, такъ и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ и ссылка на житье въ Сибирь или другія отдален-

ныя губерніи или же отдача въ исправительныя арестантскія роты гражданскаго вѣдомства или въ рабочій домъ, особенно если подсудимые уже осуждены въ первой степени суда". Въ законѣ ясно была выражена обязательность тюрьмы для такихъ обвиняемыхъ: „въ тюрьмѣ содержатся *всѣ* обвиняемые ....". Впрочемъ на практикѣ господствовалъ полный произволъ (см. Ланге стр. 19), а въ теоріи шелъ споръ объ обязательности тюремнаго заключенія.

Въ домашнемъ арестѣ и въ полицейскомъ надзорѣ по Своду надлежало содержать обвиняемыхъ въ преступленіяхъ менѣе важныхъ, за которыя они бы подлежали только тюремному на время заключенію, (ст. 878, 1010). (По изд. 1857 г.—„заключенію въ крѣпости, въ исправительномъ домѣ или тюрьмѣ"). Кромѣ того лица, которыя при очной ставкѣ съ преступникомъ запираясь будутъ ссылаться на повальный обыскъ, должны были содержаться не въ тюрьмѣ, а подъ надзоромъ полиціи (ст. 1011 изд. 1842 г.). Такимъ образомъ установлена обязательная градація мѣръ обезпеченія въ зависимости отъ величины вмѣняемаго преступленія. Между тѣмъ ст. т. XV ч. 2 ст. 875—32 г., 1007—42 г., 132—57 г. предписывала полиціи „соображаться съ важностью обвиненія и съ силою уликъ, а также со званіемъ обвиняемаго и постановить мѣру содержанія его, для пресѣченія ему способовъ уклоняться отъ слѣдствія и суда, соразмѣряя строгость ея съ дѣйствительною необходимостью". Указанныя здѣсь условія могли бы внушать предположенія о свободѣ въ назначеніи той или иной мѣры, однако на самомъ дѣлѣ была установлена ихъ обязательность. Постановленія же этой статьи имѣли примѣненіе по отношенію къ ряду исключеній, сдѣланныхъ въ Сводѣ для отдѣльныхъ лицъ. Такъ, примѣнялись *болѣе снисходительныя постановленія* закона: 1) къ беременнымъ женщинамъ, которыхъ было запрещено брать подъ стражу, но предписывалось отдавать на поруки и подъ полицейскій надзоръ; 2) къ подсудимымъ, содержавшимся въ тюрьмѣ болѣе трехъ дней, безъ допроса, которыхъ слѣдовало приводить въ совѣстный судъ; 3) къ виновнымъ въ тайномъ провозѣ товаровъ примѣняли полицейскій надзоръ; 4) къ виновнымъ въ преступленіяхъ по должности могли примѣнять или арестъ или поручительство; 5) къ сибирскимъ инородцамъ примѣнялся арестъ или они оставались на свободѣ. Наоборотъ, *усиливающія тяжесть предписанія* закона примѣнялись: 1) къ конокрадамъ, которые должны были находиться подъ стражей и не могли быть отпускаемы на поруки (474 ст. т. XIV), 2) къ укрывателямъ бѣглыхъ воинскихъ чиновъ, которые должны были содержаться въ

тюрьмѣ (826 ст. XV т. ч. 2), 3) къ виновнымъ въ незаконной выдѣлкѣ и продажѣ питей (903 ст. XV. 422)—подъ стражей безъ поруки; 4) къ преступникамъ противъ монетнаго устава; 5) къ виновнымъ въ государственныхъ преступленіяхъ—стража съ крѣпкимъ карауломъ. Въ XIV т. о бродягахъ сказано, что „начальство не стѣсняется правилами въ общихъ законахъ уголовныхъ изложенными". Какъ видно, предписанія закона о мѣрахъ обезпеченія или „пресѣченія" были весьма суровы. При господствѣ неопредѣленности въ законѣ (напр., совсѣмъ не указано, какъ поступать съ обвиняемымъ, которому грозитъ наказаніе денежное или арестъ), полиція, производя слѣдствіе, могла свободно распоряжаться участью обвиняемаго. Въ самомъ законѣ (ст. 1424—32 г., ст. 1684—42 г., ст. 1858—57 г. т. XV ч. 2) указывается, что „учинившаго маловажное преступленіе полиція беретъ подъ стражу"... По т. II ст. 2566 и § 42 „Земскій исправникъ наблюдаетъ...., чтобы люди, которые будутъ подлежать *легкому полицейскому исправительному наказанію*, были подвергаемы оному по существующимъ для сего правиламъ безъ излишняго изнурительнаго содержанія подъ стражею" (здѣсь запрещается не заключеніе подъ стражу вообще, а лишь изнурительное, долговременное заключеніе). Словомъ, положенія о проступкахъ и нарушеніяхъ нисколько не соотвѣтствовали главѣ о мѣрахъ пресѣченія и, конечно, въ ущербъ обвиняемому. Если еще принять во вниманіе, что при полномъ отсутствіи правильно поставленной отвѣтственности, на практикѣ обыкновенно акты о заключеніи въ тюрьму не составлялись, срокъ для допроса въ три дня не выполнялся, границы примѣненія тюрьмы постоянно нарушались, то получится яркая картина господства произвола. Правда, въ уложеніи о нак. 479 ст. грозила чиновнику земской или городской полиціи вычетомъ изъ времени службы 3—6 мѣс. и даже увольненіемъ за непредставленіе къ допросу въ теченіе первыхъ трехъ дней, но она оставалась пустымъ словомъ, какъ и многое другое. Система обжалованія дѣйствій полиціи была полна недостатковъ. Хотя и дѣйствовали положенія о совѣстномъ судѣ (ст. 1062—5 изд. 42, 192—4, изд. 57 г.), однако, какъ наглядно показалъ Кистяковскій (стр. 116—117), въ практикѣ совѣстныхъ судовъ въ періодъ дѣйствія Свода не замѣчалось ни малѣйшихъ признаковъ выполненія тѣхъ задачъ, для которыхъ эти суды были учреждены; даже напротивъ, „совѣстные суды были не только похожи на обыкновенные суды, которые не обязаны были главнымъ образомъ руководиться человѣколюбіемъ, уваженіемъ къ личности человѣка, но

и превосходили ихъ во всемъ томъ, что мало напоминало эти прекрасныя правила". Апелляціонною инстанціею часто было такое полицейское управленіе (губернское правленіе), которое мало было способно рѣшать вопросъ о свободѣ гражданина. Самая подача жалобъ была стѣснена. Ст. 77—32 г. и ст. 166 Св. зак. т. XIV гласила: „тѣмъ изъ содержащихся подъ стражею, кои окончательными приговорами еще не приговорены къ лишенію гражданскихъ правъ, *не возбраняется* въ мѣстахъ ихъ содержанія писать всякаго рода бумаги, по закону не запрещенныя и единственно до имѣнія и лица ихъ относящіяся, и способы къ тому у нихъ не отнимаются. Но всѣ сіи бумаги должны быть отправлены не иначе, какъ по разсмотрѣніи ихъ губернскимъ прокуроромъ и черезъ его посредство; сами же содержащіеся подъ стражей для представленія бумагъ въ присутственныя мѣста или для отправленія ихъ черезъ почту за силою ст. 190 отпускаемы быть не должны". Помня о почти поголовной безграмотности населенія въ то время, можно думать, что обвиняемые при всемъ желаніи обжаловать заключеніе подъ стражу, лишены были всякой возможности осуществить свое желаніе.

Содержаніе при полиціи обыкновенно было примѣняемо къ 1) обвиняемымъ въ преступленіяхъ, подлежащихъ полицейскому суду и влекущихъ за собою лишеніе всѣхъ особенныхъ правъ состоянія, 2) къ преступникамъ, подлежащимъ уголовному суду до отправленія въ тюрьму, 3) къ бродягамъ до полученія справокъ объ ихъ званіи и 4) къ обвиняемымъ, о которыхъ производится слѣдствіе. Полицейскія тюрьмы были гораздо тяжелѣе обыкновенныхъ: тѣснота, отсутствіе свѣта, всякой чистоты и оставленіе заключенныхъ на произволъ низшихъ органовъ полиціи—вотъ особенныя прелести полицейскихъ тюремъ.

Домашній арестъ примѣнялся обыкновенно къ лицамъ привилегированнымъ, напр., чиновникамъ, и состоялъ въ томъ, что въ домѣ обвиняемаго ставился полицейскій служитель.

Полицейскій надзоръ, введенный какъ замѣна содержанія за приставомъ, не былъ регулированъ закономъ. На практикѣ онъ примѣнялся рѣдко, какъ мало обезпечивающая личность обвиняемаго мѣра.

По изслѣдованіямъ Кистяковскаго число лицъ, ежегодно содержавшихся подъ стражей въ 50 губерніяхъ и областяхъ Россіи, было приблизительно 170.000 чел.—цифра, поражающая своею громадностью, если принять во вниманіе количество тогдашняго общаго населенія Россіи. Цифра эта объясняется совершеннымъ отсутствіемъ

всякой оцѣнки виновности на предварительномъ слѣдствіи и постояннымъ расширеніемъ, по сравненію съ предписанными въ законѣ границами, примѣненія тюремнаго заключенія, какъ мѣры пресѣченія. Содержались подъ стражей очень часто обвиняемые въ обидахъ, клеветѣ и даже совершившіе преступленіе по неосторожности.

Продолжительность содержанія подъ стражею была не меньшею, чѣмъ раньше. И въ этомъ періодѣ бывали случаи десятилѣтняго заключенія. Содержаніе подъ стражей въ теченіе года считалось средней нормой. Дольше четырехъ лѣтъ содержалось иногда болѣе сотни человѣкъ, и изъ этого числа заключенныхъ значительный процентъ былъ совершенно невиненъ. При этомъ заключенные, кромѣ малолѣтнихъ и лицъ, изъятыхъ отъ тѣлесныхъ наказаній, могли для предупрежденія побѣга быть заковываемы въ кандалы по рукамъ и ногамъ (а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и должны были быть заковываемы) и подвергаться бритью половины головы. Получается картина весьма суроваго наказанія, которое должны были напрасно и в о п р е к и закону переносить обвиняемые вслѣдствіе несовершенства судебной системы. Это наказаніе порою было гораздо суровѣе того, которое ожидало обвиняемаго по суду. Въ судебной практикѣ были часты факты подслѣдственнаго заключенія, гораздо болѣе возмущающія общественную совѣсть, чѣмъ даже завѣдомо неправильное осужденіе—эта высшая несправедливость, какую можетъ совершить судъ. Такая медленность происходила вслѣдствіе плохой организаціи слѣдствій и непомѣрнаго количества инстанцій. Законъ поощрялъ слѣдственные органы къ производству различныхъ дослѣдованій и вмѣстѣ съ тѣмъ не вводилъ радикальныхъ средствъ къ ускоренію слѣдствія. (См. Кистяковскій, стр 122 — 123). Полицейскіе чиновники, и безъ того заваленные работой, плохо производили слѣдствія, отвѣтственность же ихъ предъ судомъ отсутствовала. На мѣры же пресѣченія они смотрѣли какъ на простую полицейскую мѣру безопасности, требуемую для пресѣченія преступленій. Другой причиною продолжительности было значительное количество инстанцій. Иногда дѣло проходило: 1) уѣздный судъ, 2) уголовную палату, 3) уголовный департаментъ Сената, 4) общее собраніе московскихъ департаментовъ Сената или петербургскихъ, при несогласіи прокурора или разногласіи сенаторовъ. Затѣмъ оно могло быть направлено въ коммисію прошеній на имя Государя черезъ первое общее собраніе сената, которое пересматри-

ваетъ дѣла по повелѣнію Государя, черезъ государственный совѣтъ и комитетъ министровъ, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ шло еще на заключеніе Синода, подлежащихъ министерствъ или департамента удѣловъ. Проходя эти инстанціи, дѣло подвергалось просмотру и пропуску уѣзднаго стряпчаго, прокурора, оберъ-прокурора, министра юстиціи, разсмотрѣнію консультаціи, утвержденію губернатора и государя. При значительномъ объемѣ дѣла и при громадномъ накопленіи дѣлъ продолжительность въ нѣсколько лѣтъ нисколько неудивительна. Искусный ходатай по дѣлу могъ тянуть его ad infinitum. Необычайное развитіе письменности, формализма, стремленія освободиться отъ дѣла, какое бы направленіе оно ни получило, и независимо отъ того, справедливо или нѣтъ поверхностное разсмотрѣніе, произведенное по этому дѣлу—были господствующими чертами дѣятельности дореформенныхъ судебныхъ дѣятелей. Мѣры, принимаемыя правительствомъ въ видѣ надзора, установленія сроковъ и штрафовъ, оказывались мало дѣйствительными и даже вредными, развивая неправильныя донесенія и хитрыя увертки, да при томъ онѣ рѣдко когда примѣнялись. Центральный надзоръ министерствъ и сенаторскія ревизіи были безсильны исправить общее зло. Ст. 9 т. XIV указывала, что „прокуроръ еженедѣльно обязанъ посѣщать всѣхъ арестованныхъ при управѣ, а въ частности и при городскихъ и съѣзжихъ домахъ, когда признаетъ это нужнымъ. Онъ имѣетъ попеченіе о томъ, чтобы содержащіеся въ нихъ получали все нужное, чтобы не были подвергаемы противозаконнымъ работамъ или недозволенными способами удерживались отъ побѣговъ, просматриваетъ и отправляетъ ихъ бумаги порядкомъ, для сего установленнымъ". Такимъ образомъ настолько сильно было недовѣріе къ слѣдователямъ, что органу преслѣдованія былъ порученъ надзоръ надъ обвиняемыми, и этотъ надзоръ былъ дѣйствителенъ болѣе другихъ.

Заключая наше изложеніе о мѣрахъ пресѣченія по Своду, мы не можемъ не вынести самаго безотраднаго впечатлѣнія. Сильная рука произвола тяготѣла надъ лицами, имѣвшими несчастье быть привлеченными къ суду. Они подвергались продолжительному суровому наказанію лишеніемъ свободы по простому желанію полицейскаго органа, протестовать противъ власти котораго они были безсильны. Въ этотъ періодъ вопросъ о подслѣдственной свободѣ былъ не менѣе важенъ, чѣмъ вопросъ объ общей гражданской свободѣ, съ которой онъ находится въ тѣсной связи. И одной изъ свѣтлыхъ сторонъ судебныхъ уставовъ 20 ноября 1864 г. было устраненіе

въ значительной степени этой грозно висѣвшей надъ обвиняемыми тучи произвола.

8-го іюня 1860 года еще до судебныхъ уставовъ былъ изданъ наказъ вновь учрежденнымъ судебнымъ слѣдователямъ, въ которомъ однако не были измѣнены постановленія о мѣрахъ пресѣченія, изложенныя въ ст. 132—138 т. XV ч. 2. Однако помимо измѣненія органа назначенія мѣръ пресѣченія, въ наказъ были введены нѣкоторыя улучшенія. Ст. 85 предписывала слѣдователямъ „избѣгать напраснаго стѣсненія обвиняемыхъ и ограничиваться самыми необходимыми мѣрами". Для заключенія подъ стражу требовались достаточныя улики. Вмѣстѣ съ тѣмъ право полиціи на арестъ ст. 15 было ограничено случаями объективной вѣроятности преступленія (см. случаи ст. 257 уст. угол. суд.), предписано было составленіе формальныхъ постановленій (ст. 87 и 21), измѣнены инстанціи обжалованія, такъ что остались только судебныя учрежденія въ качествѣ апелляціонныхъ (ст. 23, 24), введены, наконецъ, нѣкоторыя мѣры ускоренія производства. Введена статьей 16 новая мѣра—подписка о явкѣ и неотлучкѣ съ мѣста жительства. 83 ст. предписывала, что „постановленіе слѣдователя о личномъ задержаніи, домашнемъ арестѣ, отдачѣ подъ надзоръ полиціи или на поруки должно быть объявлено съ подпискою лицу, до котораго оно касается, въ теченіе сутокъ" [1]).

Этотъ наказъ дѣйствовалъ до 15 мая 1867 года, когда повсемѣстно введены постановленія о мѣрахъ пресѣченія, изложенныя въ судебныхъ уставахъ, несмотря даже на то, что эти уставы еще не были введены.

Закономъ 1862 г. былъ измѣненъ порядокъ наблюденія надъ ходомъ арестантскихъ дѣлъ. Надзоръ былъ возложенъ на губернскихъ прокуроровъ и уѣздныхъ стряпчихъ. О всякомъ обвиняемомъ, содержащемся болѣе года, прокуроръ долженъ былъ доносить Министру Юстиціи. Черезъ два года дѣло предоставлялось на усмотрѣніе Государя.

Разсмотрѣніе системы судебныхъ уставовъ въ связи съ проектомъ новой редакціи устава угол. суд. 1900 года и съ послѣдовавшими въ этотъ періодъ измѣненіями съ точки зрѣнія наиболѣе цѣлесообразнаго преобразованія ихъ составитъ предметъ слѣдующей части нашей работы.

---

[1]) См. циркуляръ Министра Юстиціи 1863 г. Жур. Мин. Юст. Май, стр. 52, 53.

Намъ остается здѣсь лишь оглянуться быстрымъ взглядомъ на всю русскую исторію мѣръ обезпеченія.

Древнее время предоставляло широкій просторъ свободѣ. Мѣры обезпеченія имѣли характеръ нравственныхъ гарантій, основанныхъ на групповой отвѣтственности рода. Постепенное возвышеніе княжеской власти и развитіе междуродовыхъ отношеній вызываетъ къ жизни поручительство экономическаго характера. Вмѣстѣ съ тѣмъ государственная власть проявляетъ свои требованія чрезъ насиліе—заключеніе въ тюрьму. Періодъ царскій, возвысившій государственную власть на обломкахъ самоуправляющагося общиннаго строя, вызываетъ усиленіе профессіональной преступности. Судъ принимаетъ на себя функціи органа преслѣдованія. Розыскное начало вмѣстѣ съ неизбѣжнымъ произволомъ широкой струею проникаетъ въ строй уголовнаго процесса и въ дальнѣйшіе періоды все болѣе и болѣе густымъ облакомъ окутываетъ свободу гражданъ, справедливость и самостоятельность суда. Возникаютъ такія мѣры, какъ отдача за пристава, тюрьма, къ концу этого періода ставшая преимущественной мѣрой обезпеченія. Суровая карательная система, единственно страхомъ удерживающая населеніе отъ совершенія преступленій, вызываетъ необходимость въ чисто принудительныхъ мѣрахъ обезпеченія. Наконецъ, въ періодѣ императорскомъ, несмотря на порою энергичныя старанія верховной власти, отсутствіе строгихъ законовъ и невольное покровительство произволу административныхъ органовъ превращаютъ судъ въ полицейскій органъ репрессіи, дѣятельность котораго не стоитъ ни въ какихъ правовыхъ отношеніяхъ къ гражданамъ. Розыскъ господствуетъ исключительно, а вмѣстѣ съ нимъ и заключеніе въ тюрьму, получившее вслѣдствіе невѣроятной своей продолжительности и суровости режима характеръ весьма тяжкаго наказанія.

Судебные уставы знаменуютъ только разсвѣтъ. Какъ мы увидимъ, еще много остается сдѣлать, чтобы освободиться отъ тумана произвола въ уголовномъ процессѣ, проникшаго во всѣ щели, оставленныя Судебными Уставами, и закрывающаго еще густымъ слоемъ свѣтъ предварительной свободы и уваженія къ личности гражданина, которому приходится отвѣчать передъ судомъ.

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

КРИТИЧЕСКІЙ ОБЗОРЪ РУССКАГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА.

Глава первая.

Средства представленія въ судъ.

I.

Отличіе средствъ представленія отъ мѣръ, обезпечивающихъ неуклоненіе.

Отправленіе правосудія состоитъ изъ цѣлаго ряда актовъ дѣятельности различныхъ лицъ, въ конечной стадіи приводящихъ къ постановкѣ справедливаго приговора и къ примѣненію наказанія къ виновному. Изъ совокупности условій, въ зависимости отъ которыхъ стоитъ достиженіе такихъ результатовъ, особое вниманіе съ точки зрѣнія интересовъ защиты личной свободы обращаютъ на себя мѣры, направленныя къ обезпеченію личнаго участія обвиняемаго въ процессѣ и дѣйствительнаго примѣненія къ нему наказанія. Такъ какъ достиженіе этихъ цѣлей часто сопряжено съ принудительными дѣйствіями, глубоко проникающими въ область самыхъ дорогихъ благъ гражданина, то вполнѣ понятнымъ будетъ стремленіе возможно правильнѣе и точнѣе опредѣлить границы дѣйствительной необходимости въ примѣненіи такихъ мѣръ.

Указанная потребность правосудія въ присутствіи обвиняемаго при слѣдствіи, въ современномъ строѣ уголовнаго процесса, можетъ быть удовлетворена рядомъ отдѣльныхъ актовъ явки въ тѣхъ случаяхъ, когда судъ признаетъ необ-

ходимымъ для правильнаго производства дѣла участіе обвиняемаго, или когда это присутствіе будетъ необходимо по существу, какъ, напр., при отбытіи наказанія. Парализованіе дѣятельности обвиняемаго съ цѣлью помѣшать ему противодѣйствовать правосудію, психическія вліянія съ цѣлью вырваннымъ отъ него сознаніемъ подкрѣпить доказательства вины, стремленіе изъять его изъ общества въ интересахъ полицейскихъ которыя могли бы требовать постояннаго заключенія—въ настоящее время не могутъ быть признаны справедливыми условіями правосудія и должны исчезнуть окончательно изъ его сферы.

Періодическая явка обвиняемаго могла бы обезпечиваться рядомъ мѣръ представленія въ судъ, не требуя мѣръ продолжительнаго лишенія свободы, если бы успѣшность этихъ мѣръ была обезпечена. Такой порядокъ мы и видимъ въ древности при неподвижности родового уклада жизни; но современное общество еще не настолько связываетъ отдѣльную личность, чтобы возможно было ограничиваться однѣми только мѣрами представленія въ судъ. Помимо ихъ возникаетъ потребность въ такихъ средствахъ, которыя поставили бы личность обвиняемаго въ положеніе, при которомъ суду предоставлялась бы легкая и вмѣстѣ съ тѣмъ вѣрная возможность примѣненія мѣръ представленія въ судъ, въ случаѣ потребности въ явкѣ. Эти средства создаются *мѣрами, обезпечивающими неуклоненіе обвиняемаго отъ правосудія.* Такимъ образомъ мы будемъ имѣть слѣдующую конструкцію: 1) правосудіе требуетъ неуклоненія обвиняемаго отъ суда; 2) неуклоненіе выражается въ явкахъ къ суду, когда онѣ нужны; 3) дѣйствительное выполненіе такихъ явокъ достигается принятіемъ особыхъ мѣръ обезпеченія на все время потребности въ такихъ явкахъ.

Изъ отдѣльныхъ явокъ къ суду особенное, важнѣйшее значеніе имѣетъ явка первоначальная. Ею обусловливается начатіе противъ извѣстнаго лица уголовнаго преслѣдованія, а часто и поставленіе его въ состояніе несвободы, если признано будетъ необходимымъ назначеніе мѣръ, обезпечивающихъ неуклоненіе. Иногда первоначальная явка совпадаетъ съ открытіемъ судебнаго производства, иногда—съ началомъ

производства предварительнаго. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ она служитъ способомъ поставленія обвиняемаго въ зависимость отъ судебной власти, и только при дѣйствительномъ ея выполненіи процессъ можетъ начать свое теченіе. При настоящемъ строѣ процесса значительную роль играютъ еще показанія обвиняемаго. На предварительномъ слѣдствіи показанія, данныя имъ, служатъ съ одной стороны доказательствомъ, съ другой средствомъ защиты, предоставляющимъ ему возможность представить свои оправданія. На судебномъ слѣдствіи допросъ обвиняемаго и его активное участіе являются однимъ изъ условій правильнаго процесса. Поэтому для правильнаго отправленія правосудія представляется необходимымъ присутствіе обвиняемаго на предварительномъ слѣдствіи и на судѣ. Несмотря на то, что по законодательству нѣкоторыхъ государствъ (Англіи, Франціи, Бельгіи и др.) дача показаній при допросѣ и активное участіе въ судѣ есть лишь право обвиняемаго, а не его обязанность, судъ все же обязываетъ обвиняемаго явиться и принимаетъ для того принудительныя мѣры, потому что въ зависимости отъ данныхъ имъ показаній (или если обвиняемый не давалъ никакихъ показаній, то въ зависимости отъ его молчанія) судъ назначаетъ мѣру обезпеченія неуклоненія или опредѣляетъ приговоръ. Присутствіе обвиняемаго такимъ образомъ является нужнымъ въ интересахъ публичныхъ, что̀ даетъ основаніе для примѣненія принудительныхъ мѣръ въ случаѣ отказа отъ явки со стороны обвиняемаго или при опасеніи этого. Поэтому однимъ изъ самыхъ существенныхъ является вопросъ о средствахъ представленія въ судъ, въ особенности представленія первоначальнаго. Дѣйствительности этихъ средствъ требуютъ какъ интересы частныхъ лицъ, притязающихъ на правосудіе, такъ и интересы государства, для котораго правильное отправленіе правосудія является главной основой правопорядка.

Изъ всего изложеннаго можно вывести слѣдующее различіе между средствами представленія въ судъ и мѣрами, обезпечивающими неуклоненіе обвиняемаго отъ суда: первыя суть способы выполненія отдѣльнаго акта, вторыя—способы

поставленія обвиняемаго въ положеніе, обезпечивающее выполненіе многихъ актовъ; первыя примѣняются для привлеченія къ правосудію, вторыя—для правильнаго его исполненія; наконецъ, первыя служатъ предпосылкой вторыхъ, такъ какъ безъ поставленія лица въ зависимость отъ суда невозможно принятіе по отношенію къ нему какихъ либо мѣръ обезпеченія.

Средства представленія въ судъ распадаются на двѣ группы: на средства представленія, принимаемыя по иниціативѣ суда, и на средства представленія, принимаемыя по иниціативѣ другихъ, несудебныхъ органовъ. Въ каждой изъ этихъ группъ имѣются два средства представленія—добровольное, съ указаніемъ срока явки въ будущемъ, и сопряженное съ принужденіемъ, немедленное представленіе. Примѣняя общеупотребительныя обозначенія, мы получимъ:

1. *Судебный призывъ* (Summons, Erscheinungsbefehl, citation, mandat de comparition, mandato di comparizione, Ladung).

2. *Приводъ по повѣсткѣ отъ суда или арестъ по судебному приказу* (mandat d'amener, Vorführungsbefehl, warrant of apprehend, mandato di cattura).

3. *Несудебное обязаніе явкой* (отобраніе подписки о явкѣ, recognizance without sureties).

4. *Приводъ безъ судебнаго постановленія или арестъ безъ судебнаго приказа* (arrestation préventive, vorläufige Festnahme, arrest without warrant, l'arresto preventivo).

Первое и третье средства создаютъ только обязанность явки, второе и четвертое обезпечиваютъ кромѣ того немедленное исполненіе ея принужденіемъ.

Примѣненіе средствъ, разсчитанныхъ на добровольную явку, не вызываетъ спорныхъ вопросовъ: оно является общимъ правиломъ, каждое отступленіе отъ котораго должно быть прочно обосновано. Обязаніе явкой, производимое судебнымъ или несудебнымъ органомъ, есть вполнѣ допустимое и мало затрагивающее права гражданина средство приглашенія въ судъ. Гораздо болѣе сложными являются закономѣрныя предположенія примѣненія принужденія въ случаяхъ требованія немедленной явки.

II.

Начала примѣненія принужденія при представленіи въ судъ.

Примѣненіе принужденія по судебному приказу и безъ него настолько различно съ правовой точки зрѣнія, что при теоретическомъ разсмотрѣніи необходимо строго обособить эти два вида, несмотря на то, что въ жизни они тѣсно переплетаются другъ съ другомъ.

Общепризнаннымъ тезисомъ, защищающимъ гражданъ отъ произвола, является правило, что свобода можетъ быть ограничена не иначе, какъ по суду. Только органъ вполнѣ безпристрастный и пользующійся довѣріемъ, вслѣдствіе подчиненія своего одному только закону, можетъ рѣшать о необходимости ограниченія свободы. Съ такой точки зрѣнія право суда издавать приказъ о приводѣ не подвергается сомнѣнію, и споръ идетъ лишь о созданіи такихъ условій осуществленія этого права, которыя не стѣсняли бы гражданской свободы сверхъ предѣловъ необходимости.

Болѣе споровъ вызываетъ второй видъ принудительнаго представленія въ судъ—арестъ безъ судебнаго приказа или предварительный арестъ [1]). Вмѣсто суда иниціаторомъ представленія здѣсь является самостоятельная дѣятельность полиціи и частныхъ лицъ. Этотъ видъ представленія—не формальный актъ привлеченія къ суду, но лишь заявленіе лица, приведшаго задержаннаго, о томъ, что данное лицо совершило извѣстное преступленіе и задержано въ интересахъ безопасности и обезпеченія правосудія.

Право такого задержанія предоставляется частнымъ лицамъ и полиціи на томъ основаніи, что не всегда возможно полученіе предварительнаго судебнаго приказа, между тѣмъ какъ необходимость обезпечить выполненіе правосудія дѣлаетъ

---

[1]) Намъ кажется неудобнымъ названіе этого ареста—предупредительнымъ, какъ то дѣлаетъ Тарасовъ, дословно переводя французскій терминъ arrestation préventive, на томъ основаніи, что его легко тогда смѣшивать съ арестомъ для предупрежденія преступленій, носящимъ совершенно иной характеръ. Названіе „предварительный“ указываетъ на временный, подчиненный характеръ этой мѣры.

особенно важнымъ немедленное представленіе преступника въ судъ, послѣ чего уже могутъ быть приняты соотвѣтственныя мѣры обезпеченія. Предварительный арестъ и служитъ этой цѣли, когда существуетъ опасность для правосудія отъ оставленія на свободѣ лица, совершившаго преступленіе. Изъ этого слѣдуетъ, что 1) предварительный арестъ есть мѣра, принимаемая *въ интересахъ правосудія*, хотя и выполняемая не по прямому требованію суда, 2) что онъ можетъ производиться лишь *при дѣйствительномъ совершеніи преступнаго дѣянія* задерживаемымъ, 3) что принятіе этой мѣры возможно лишь *въ случаяхъ опасности уклоненія* и при невозможности безъ ущерба для правосудія предварительнаго полученія приказа судьи и 4) что *отвѣтственность* за арестъ *всецѣло падаетъ на арестующаго*, такъ какъ арестъ производится по его иниціативѣ [1]).

Должно отличать отъ ареста предварительнаго арестъ предупредительный, принимаемый въ интересахъ безопасности, для предупрежденія преступленій или для общественнаго успокоенія а не въ цѣляхъ обезпеченія отъ уклоненія. Впрочемъ, дѣйствующія законодательства германскаго типа расширяютъ понятіе „неуклоненія“, понимая подъ нимъ и отсутствіе такой дѣятельности, которая направлена на затрудненіе хода правосудія, т. е. на сокрытіе слѣдовъ, на стачки со свидѣтелями, экспертами и соучастниками. Наконецъ, подъ ущербомъ для правосудія иногда разумѣютъ не только побѣгъ и сокрытіе слѣдовъ, но и противодѣйствіе быстротѣ производства дѣла. При болѣе близкомъ ознакомленіи съ отдѣльными законодательствами, можно будетъ видѣть, что эти основанія допускаютъ широкое толкованіе.

Среди современныхъ юристовъ широко распространено мнѣніе, что при арестѣ полиція и частныя лица замѣняютъ

---

[1]) Миттермайеръ (Участіе полиціи въ предварительномъ слѣдствіи Ж. М. Ю. 1865 г. № 1) такъ опредѣляетъ основанія, по которымъ полиціи предоставлено право предварительнаго ареста: 1) большое количество указаній поступаетъ къ полицейскимъ чинамъ, 2) сами объявители настойчиво указываютъ или даже приводятъ въ полиціи обвиняемаго и 3) полиція часто сама сталкивается съ необходимостью задержанія.

судъ. Съ этимъ мнѣніемъ нельзя согласиться. Арестъ, какъ принятіе опредѣленныхъ принудительныхъ мѣръ, всегда лежитъ на обязанности исполнительныхъ органовъ независимо отъ того, совершается ли онъ по приказу суда или безъ него. Центръ различія лежитъ въ моментѣ иниціативы ареста, характеризуемой основаніями и условіями допущенія ея закономъ. А съ такой точки зрѣнія мы замѣтимъ глубокое различіе между арестомъ по приказу суда и арестомъ предварительнымъ.

Судъ издаетъ приказъ о приводѣ въ силу власти, присвоенной ему надъ гражданами и спеціально данной ему для правильнаго отправленія правосудія. Частныя лица и полиція арестуютъ въ силу *отдѣльныхъ правъ* или въ силу возложенной на нихъ обязанности. Дѣятельность ихъ есть актъ не судебной оцѣнки, а или—выполненія закона, или—осуществленія права. Только рѣшеніе судьи создаетъ для арестуемыхъ обязанность явки, и приводъ, производимый полиціей и частными лицами, допускается лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда существуютъ вполнѣ обоснованныя презумпціи изданія судомъ такого приказа. Такимъ образомъ предварительный арестъ производится лишь въ предположеніи вѣроятности ареста по судебному приказу, и предваряетъ, но не замѣняетъ его [1]).

Такъ какъ центръ различія лежитъ въ основаніяхъ задержанія, то спеціально разсмотримъ основанія его, указываемыя для частныхъ лицъ и для полицейскихъ органовъ.

Разсматривая исторію развитія мѣръ, обезпечивающихъ

---

[1]) Нельзя говорить, что полиція въ такихъ случаяхъ „замѣняетъ“ судъ, точно такъ же, какъ нельзя говорить, что необходимая оборона „замѣняетъ“ наказаніе. Судебное разсмотрѣніе задержанія должно имѣть мѣсто, оно незамѣнимо, но въ крайнихъ случаяхъ отдѣльнымъ лицамъ и полиціи дано право „*предварять*“ его, подъ угрозой отвѣтственности. Поэтому и арестъ мы назвали арестомъ „предварительнымъ“. Арестъ долженъ влечь за собою возбужденіе уголовнаго преслѣдованія. Berteléemy. Traité de droit administratif 1902. p. 889 вполнѣ правильно замѣчаетъ, „qu'on remarque cependant, qu'il y aura abus de pouvoir dans l'exercice de ces droits en dehors de toute inculpation de délit ou de crime. Une arrestation, qui ne se serait pas justifieé par l'inculpation fausse peut-être, mais cependant appuyée sur un élément quelconque la rendant vraisemblable, serait arrestation illegale“.

неуклоненіе, мы убѣждаемся, что эти мѣры развились изъ дѣятельности частныхъ лицъ по представленію въ судъ. Потерпѣвшему приходилось, если онъ хотѣлъ добиться правосудія, самому задерживать преступника до суда; въ этой дѣятельности ему помогалъ весь родъ. Далѣе, эта функція становится общей обязанностью рода, который выдѣляетъ иногда изъ своей среды особые органы для поимки и содержанія подъ надзоромъ обвиняемыхъ. Мы говоримъ „обязанностью“, потому что уже не только потерпѣвшій, но и князь, получавшій отъ того доходы, былъ заинтересованъ въ обезпеченіи интересовъ правосудія. Подчиняясь требованію рода или общины, каждый членъ ея чувствовалъ себя обязаннымъ къ арестованію; за неисполненіе этой обязанности родъ несъ денежную отвѣтственность передъ княземъ. Въ дальнѣйшемъ, подслѣдственное задержаніе обвиняемыхъ становится дѣломъ государства. Государство само устанавливаетъ, что̀ преступно и что̀—нѣтъ, и переноситъ центръ тяжести наказанія съ возмѣщенія на устрашеніе, не считаясь съ интересами пострадавшаго. Укрѣпленіе центральной власти на счетъ самостоятельности общинъ ведетъ къ усиленію класса „лихихъ людей“, съ которыми сами общины безсильны бороться. Подъ вліяніемъ этого создаются „власти на мѣстахъ“, первой обязанностью которыхъ и является поимка и расправа съ преступниками. Роль мѣстныхъ людей сводится тогда къ помощи этимъ органамъ, къ содѣйствію въ отправленіи возложенныхъ на нихъ полицейскихъ обязанностей, въ успѣшности которыхъ они порою даже не заинтересованы. И, наконецъ, при правовомъ строѣ государство производитъ арестъ исключительно съ помощью своихъ органовъ, дѣйствующихъ подъ условіемъ соблюденія опредѣленныхъ условій, предоставляя частнымъ лицамъ возможность арестовывать, какъ п р а в о, осуществлять которое они могутъ въ случаѣ необходимости въ огражденіи дѣйствительныхъ интересовъ правосудія, подъ условіемъ личной отвѣтственности. Право это можетъ быть или индивидуальнаго характера, принадлежа, напр., потерпѣвшему, желающему задержаніемъ убѣгающаго преступника обезпечить свой гражданскій искъ,— или характера соціальнаго, принадлежа всѣмъ гражданамъ,

какъ первымъ блюстителямъ правопорядка. Вообще право ареста частными лицами весьма аналогично праву необходимой обороны, изъ котораго оно иногда и выводится и съ развитіемъ котораго оно шло параллельно. Необходимая оборона также производится какъ въ интересахъ индивидуальныхъ, такъ и соціальныхъ (оборона 3-ьихъ лицъ); она также разсматривалась раньше, какъ обязанность, и также въ настоящее время служитъ одною изъ главныхъ основъ правопорядка тѣмъ, что нарушитель его не всегда осмѣлится совершить посягательство, предвидя возможность обороны или ареста. Но различіе между правомъ необходимой обороны и правомъ ареста заключается въ томъ, что въ первомъ случаѣ отраженію подлежитъ опасность непосредственная, во второмъ—опасность будущая (возможность уклоненія); необходимая оборона имѣетъ въ виду защиту во время преступленія съ цѣлью предупрежденія вредныхъ результатовъ его, и потому можетъ быть интенсивнѣе, чѣмъ право ареста, примѣняемое послѣ преступленія и направленное къ обезпеченію наказанія за совершенное преступное дѣяніе (интересъ меньшій, чѣмъ предупрежденіе). Эти различія опредѣляютъ и неодинаковость объема того и другого [1]).

Право ареста частными лицами, создавшееся при порядкѣ частно-состязательномъ, сохранилось, правда, въ нѣсколько ограниченномъ видѣ, и съ утвержденіемъ порядка публичнаго обвиненія. Право преслѣдовать нарушителя своихъ или общественныхъ правъ въ уголовномъ порядкѣ, служащее опорой всей системы уголовнаго процесса, представляетъ серьозный гражданскій интересъ. Преступленіе, ставъ нарушеніемъ общественнаго строя, тѣмъ не менѣе, еще въ большей степени, осталось нарушеніемъ правъ и интересовъ частнаго лица. Для огражденія ихъ, частнымъ лицамъ предоставлено право обращенія къ суду, а чтобы послѣднее давало дѣйстви-

[1]) Финляндское улож. въ § 8 ставитъ даже право ареста на ряду съ правомъ необходимой обороны (Сергѣевскій, Русск. Уголовное Право 1903, стр. 281). Въ англійскомъ правѣ постановленія объ убійствѣ при арестованіи вполнѣ аналогичны правиламъ объ убійствѣ при необходимой оборонѣ.

тельные результаты, нельзя отказать имъ въ правѣ задержанія преступника при совершеніи преступленія, когда онъ легко можетъ скрыться, не оставивъ по себѣ слѣдовъ. „Никакой текстъ закона—говоритъ Лярнодъ—не помѣшаетъ потерпѣвшему схватить своего обидчика и представить его въ полицію. Онъ въ подобныхъ случаяхъ разсуждаетъ не о правахъ, а повинуется инстинкту [1])".—Съ другой стороны всякое частное лицо, присутствуя при совершеніи преступленія, можетъ, а нравственно иногда и должно, какъ представитель общественныхъ интересовъ и хранитель законности, принимать мѣры къ обезпеченію правосудія, къ которымъ относится и задержаніе преступника на мѣстѣ преступленія, въ случаѣ опасности побѣга или неизвѣстности его личности. Естественнымъ ограниченіемъ является лишь величина и качество преступленія, опредѣляемыя отчасти тяжестью грозящаго наказанія [2]). Нельзя признавать такое право арестованія частными лицами за пережитокъ эпохи неорганизованной репрессіи [3]): безъ содѣйствія общества никакая репрессія не можетъ быть правильной и сильной. Предоставляя арестъ частнымъ лицамъ, какъ право, а не создавая изъ него обязанности, мы обезпечиваемъ примѣненіе его въ согласіи съ нравственнымъ сознаніемъ общества, такъ какъ отдѣльный гражданинъ арестуетъ преступника только тогда, когда считаетъ примѣненіе правосудія къ нему необходимымъ.

---

[1]) Larnaude. Sur les garanties de la liberté individuelle. Revue Penit. 1902. p. 1131.

[2]) Bertrand. Détention préventive 1875. p. 5. „Le besoin de maintenir avant tout l'ordre de société et d'assurer la securité des personnes et des biens a fait autoriser les arrestations sans mandat dans tous les cas d'urgence chez toutes les nations.

[3]) Larnaude, Ibid. p. 190, 191. „L'arrestation privée n'est pas autre chose, qu'une survivance de l'époque reculée où l'Etat est faiblement organisé, où l'autorité publique est en quelque sorte diffuse dans toutes les parties de la population, où la police n'a pas des representants reguliers".. „Seul l'Etat peut porter atteinte à la liberté individuelle. Seul un organe de l'état pourra donc exercer ce droit d'arrestation sauf bien entendu l'hypotèse du flagrant délit, dans laquelle il ne saurait en être autrement". Послѣдняя оговорка уничтожаетъ значеніе выставленнаго принципа.

Иначе говоря, только сознаніе нравственной обязанности [1]) можетъ служить основаніемъ для примѣненія этого права частными лицами, и это есть признакъ высокой соціальной мотивацiи. Безразлично, признаемъ ли мы, что арестовавшій долженъ обращаться къ ближайшему органу полиціи или къ судьѣ—это вопросъ удобства,—важно лишь, что этимъ актомъ закрѣпляется возможность правосудія. А покоящееся на нравственныхъ основахъ правосудіе не можетъ быть признано интересомъ, ввѣреннымъ исключительно органамъ должностнымъ.

Что касается другой группы лицъ, могущихъ примѣнять арестъ въ случаѣ необходимости до полученія судебнаго приказа, то на первомъ мѣстѣ здѣсь должно поставить органы полиціи. Для должностныхъ лицъ арестованіе въ извѣстныхъ случаяхъ является обязанностью, которая въ зависимости отъ своего законодательнаго выраженія можетъ допускать тотъ или иной объемъ усмотрѣнія. Всякая „должность“ состоитъ изъ ряда обязанностей, осуществляемыхъ въ публичныхъ интересахъ. Въ своей дѣятельности полиція очень часто становится первою свидѣтельницею преступленій; въ цѣляхъ пресѣченія и предупрежденія преступленій она имѣетъ право принимать различныя мѣры; непосредственно соприкасаясь съ жизненной дѣятельностью населенія, она болѣе всего приспособлена къ удовлетворенію потребности правосудія въ немедленномъ представленіи въ судъ. Здѣсь цѣли безопасности и цѣли правосудія близко соприкасаются и почти сливаются вмѣстѣ, и потому объединеніе этихъ функцій въ однѣхъ рукахъ является вполнѣ естественнымъ.

Слѣдуетъ провести только нѣкоторое различіе между арестомъ, производимымъ частнымъ лицомъ, и арестомъ полицейскимъ. 1) Какъ мы указали, для частныхъ лицъ арестъ есть только право, принадлежащее имъ, какъ членамъ общества или какъ потерпѣвшимъ, и сохраняющееся, какъ необ-

[1]) Выдача наградъ за поимку и арестованіе преступниковъ, какъ то практикуется въ Англіи,—безнравственна и не должна допускаться, если арестовавшій не состоитъ на службѣ у полиціи.

ходимое слѣдствіе права добиться суда надъ преступникомъ. Для полиціи этотъ арестъ является обязанностью, выполняемой въ интересахъ чисто государственныхъ, основаніемъ ея является нарушеніе закона, угрожаемое наказаніемъ извѣстной тяжести. 2) Частное лицо не обладаетъ такою силой принужденія, какъ полиція, и потому не можетъ такъ злоупотреблять предоставленнымъ ему правомъ. Полиція же, являясь въ этомъ отношеніи болѣе могущественной, подлежитъ и большей отвѣтственности, и большему надзору. 3) Такъ какъ дѣятельность полиціи по арестованію поставлена подъ сложный контроль какъ администраціи, такъ и суда, и такъ какъ она съ большею опредѣленностью можетъ быть регулирована закономъ, то обыкновенно нѣсколько расширяется сфера дѣятельности полиціи по представленію въ судъ по сравненію съ правами частныхъ лицъ. Однако это расширеніе имѣетъ скорѣе количественный, нежели качественный характеръ, и не даетъ повода видѣть въ немъ какія-либо особыя права.

Сфера примѣненія ареста опредѣляется совокупностью условій, создающихъ опасность уклоненія отъ представленія въ судъ. Эта сфера была опредѣлена во французскомъ законодательствѣ эпохи революціи и съ того времени не подверглась почти никакимъ измѣненіямъ. Ст. 17 Декларація правъ, составленной Учредительнымъ Собраніемъ, опредѣляла лишь общій принципъ: „Никто не можетъ быть арестованъ или заключенъ подъ стражу иначе, какъ въ силу закона съ соблюденіемъ всѣхъ формъ, предписанныхъ имъ и въ случаяхъ, которые тамъ предусмотрѣны; тѣ лица, которыя будутъ требовать, примѣнять произвольныя распоряженія или принуждать къ примѣненію ихъ должны быть наказаны“. Но такое полное исключеніе предварительнаго ареста на практикѣ не соблюдалось, а повело ко многимъ нарушеніямъ, и уже черезъ 2 года, въ 1791 г., къ этому общему правилу было сдѣлано добавленіе, что „всѣ лица, застигнутыя при flagrant délit или преслѣдуемыя общимъ крикомъ, должны быть арестуемы и приводимы къ полицейскому чиновнику“. Соблюденіе законности при такомъ арестѣ достигалось опредѣленіемъ его

границъ и установленіемъ отвѣтственности за ихъ нарушеніе [1]). Съ этого времени границы права ареста мало измѣнились. Французское право и законодательства, принявшія его систему, въ томъ числѣ и наше, лишь нѣсколько расширили на практикѣ понятіе flagrant délit [2]).

Нѣсколько развило эту систему австрійское законодательство 1873 г., легшее въ основу законодательствъ нѣмецкаго типа, которое опредѣлило точнѣе не только сферу, но и основанія ареста (опасеніе побѣга, опасность сокрытія слѣдовъ и опасность повторенія или довершенія преступнаго дѣянія), установивъ общимъ образомъ возможность примѣненія ареста при опасности промедленія въ полученіи судебнаго приказа.

Самостоятельно стоитъ англійская система, значительно расширяющая право ареста и требующая лишь наличности разумно обоснованнаго, а иногда и безусловно достовѣрнаго подозрѣнія виновности въ опредѣленномъ преступномъ дѣяніи. Расширеніе сферы ареста здѣсь компенсируется усиленіемъ отвѣтственности.

Для опредѣленія преступныхъ дѣяній, за которыя допускается арестъ, можно указать двѣ системы: англійскую и континентальную. Первая состоитъ въ перечисленіи отдѣльныхъ преступленій, за которыя по статутамъ разрѣшается арестовывать, вторая—въ установленіи дѣленія по тяжести грозящаго наказанія (двойственная и тройственная системы).

---

[1]) Bertélemy (Droit administratif, 1902 p. 339) такъ выражаетъ правовое основаніе ареста, вполнѣ могущее замѣнить ст. 17 Декларацiи: Personne ne peut être arrêté ni détenu que par ordre de l'autorité judiciaire, à la condition de passer en jugement pour être frappé s'il y a lieu des peines légales. La police administrative ne donne pas au préfet le poivoir de l'arrêter les citoyens.

[2]) Такъ, по ст. 41 CIC подъ flagrant délit слѣдуетъ разумѣть какъ преступленіе, которое совершается на глазахъ или только что совершилось, такъ и тѣ случаи, когда преступникъ преслѣдуется общественнымъ крикомъ (clameur publique), когда онъ застигнутъ черезъ непродолжительное время послѣ преступленія со слѣдами, орудіями, инструментами или документами, дающими основаніе предполагать, что онъ является виновникомъ или соучастникомъ. Въ комиссіи, обсуждавшей законъ 1863 г. во Франціи, было много противниковъ такого широкаго толкованія. Ст. 257 русск. уст. угол. суд. намѣчаетъ приблизительно тѣ же случаи.

Каждая изъ системъ имѣетъ свои достоинства и недостатки. Выгоды англійской системы состоятъ въ возможности конкретнаго и болѣе приспособленнаго перечисленія случаевъ допустимости ареста; выгоды системы континентальной заключаются въ ея простотѣ и согласованности съ общимъ построеніемъ уголовнаго уложенія. Въ дальнѣйшемъ мы будемъ имѣть случай подробнѣе обсудить сравнительныя достоинства каждой изъ этихъ системъ.

Основаніями ареста для цѣлей правосудія могутъ служить:

1) Необходимость удостовѣренія личности преступника, если онъ неизвѣстенъ полиціи или мѣстнымъ жителямъ и не можетъ самъ удостовѣрить своей личности.

2) Существованіе опасности побѣга, которое можетъ выражаться въ покушеніи на побѣгъ или въ приготовленіи къ нему.

3) Наличность опасности сокрытія слѣдовъ, въ видѣ ли стачки или въ видѣ уничтоженія различныхъ вещественныхъ доказательствъ. Это основаніе, однако, является спорнымъ. Указываютъ, что одна угроза наказаніемъ за уничтоженіе слѣдовъ не всегда можетъ гарантировать то, что обвиняемый не станетъ совершать этого дѣянія, между тѣмъ важность охраненія слѣдовъ бываетъ весьма велика. Поэтому рекомендуется превентивная мѣра—предварительный арестъ. Противъ этого, однако, можно возразить, что слѣды могутъ быть охранены съ полнымъ успѣхомъ общею дѣятельностью полиціи по пресѣченію преступленій въ теченіе того краткаго срока, который требуется для истребованія судебнаго приказа объ арестѣ. А между тѣмъ установленіе этого весьма растяжимаго основанія можетъ повести къ излишнему стѣсненію свободы. Арестъ предварительный долженъ ограничиваться лишь первыми двумя основаніями, въ остальныхъ случаяхъ намъ кажется вполнѣ возможнымъ, безъ ущерба для правосудія, истребованіе судебнаго приказа.

4) Возможно еще одно основаніе для ареста при совершеніи преступленія для немедленнаго привода въ судъ. Это основаніе—требованіе быстроты преслѣдованія. Въ странахъ,

гдѣ существуетъ суммарное производство, дѣла по преступленіямъ, въ которыхъ преступникъ былъ захваченъ на мѣстѣ, подлежатъ обыкновенно такому порядку судопроизводства. При наличности очевидныхъ доказательствъ отсрочка разбирательства лишь затруднила бы очевидцевъ новою явкой и повлекла, быть можетъ, излишнее содержаніе подъ стражей. Поэтому въ видахъ быстроты производится полиціей арестъ и приводъ въ судъ по такимъ дѣламъ, въ которыхъ общимъ образомъ арестъ не допускается.

Этими цѣлями ограничивается примѣненіе предварительнаго полицейскаго ареста. Внѣ ихъ уже наступаетъ произволъ и смѣшеніе съ другими видами арестованія. Такъ, этотъ видъ ареста слѣдуетъ отличать отъ полицейскаго ареста въ цѣляхъ безопасности и благочинія (задержаніе пьяныхъ, безпаспортныхъ, подозрительныхъ лицъ, бѣглыхъ и проч.). Послѣдній регулируется самостоятельными правилами. Потребность въ немъ отпадаетъ при достиженіи соотвѣтственной полицейской цѣли, и примѣненіе его не влечетъ за собою возбужденія уголовнаго преслѣдованія. Сюда же долженъ быть отнесенъ и арестъ для воспрепятствованія повторенію или довершенію преступныхъ дѣяній.

Арестъ предварительный, составляющій неотъемлемую часть судебной организаціи, входитъ въ уставъ уголовнаго судопроизводства и опредѣляется цѣлями правосудія. Строгое разграниченіе его отъ другихъ видовъ ареста является однимъ изъ основныхъ требованій правосудія, потому что при смѣшеніи различныхъ цѣлей получится и смѣшеніе постановленій, регулирующихъ соотвѣтственную область, а въ результатѣ безконтрольное усмотрѣніе полиціи.

Нужно помнить, что полицейскій арестъ законенъ лишь постольку, поскольку онъ дѣйствительно необходимъ и поскольку невозможно полученіе судебнаго приказа. Необходимость можетъ быть опредѣляема лишь по отношенію къ какой-либо цѣли, а потому указаніе законныхъ цѣлей или основаній ареста является существенной гарантіей.

Такъ какъ предварительный арестъ, по сравненію съ арестомъ по приказу судьи, является такою же крайнею мѣрой,

какъ и необходимая оборона по сравненію съ назначаемымъ по суду наказаніемъ, то дѣйствіе его должно быть возможно болѣе ограничено. Предварительный характеръ ареста выражается въ томъ, что онъ не можетъ продолжаться болѣе сутокъ, а по нѣкоторымъ законодательствамъ и 12 часовъ, и что, если онъ произведенъ полицейскимъ органомъ, то всякая стоящая выше власть, которой данный органъ подчиненъ, можетъ отмѣнить его или замѣнить обязательствомъ явки безъ принужденія.

Предварительный арестъ, составляя вмѣстѣ съ арестомъ по приказу суда для представленія въ судъ одну группу, существенно отличается отъ подслѣдственнаго заключенія, какъ мѣры, обезпечивающей неуклоненіе обвиняемаго отъ правосудія. Кромѣ различія *общихъ основаній* мѣръ представленія въ судъ и мѣръ обезпеченія неуклоненія, указанныхъ выше, можно указать еще слѣдующія *спеціальныя различія*: 1) различіе въ органахъ и порядкѣ назначенія того и другого: въ первомъ случаѣ дѣйствуетъ единоличный судья и даже административные органы, во второмъ—судья (а иногда и судебная коллегія, какъ въ Норвегіи и Швейцаріи, и общимъ образомъ на судебномъ слѣдствіи) вмѣстѣ съ прокуроромъ, обязанный соблюдать различныя гарантіи, главной изъ которыхъ является допросъ; 2) различіе въ продолжительности и силѣ дѣйствія: продолжительность предварительнаго ареста не можетъ быть болѣе сутокъ, продолжительность подслѣдственнаго заключенія неопредѣленна или значительно больше. Предварительный арестъ можетъ быть отмѣненъ высшей административною властью или судьей единолично; подслѣдственное заключеніе для своей отмѣны требуетъ болѣе сложной процедуры; 3) основанія, по которымъ назначается каждый изъ обоихъ, различны; 4) наконецъ, существуетъ различіе въ порядкѣ обжалованія и отвѣтственности. Моментами, обособляющими предварительный арестъ отъ подслѣдственнаго заключенія, является допросъ и начало обвиненія—эти необходимыя гарантіи личной свободы. Все это заставляетъ выдѣлить постановленія о предварительномъ арестѣ въ особую группу, создавъ изъ него институтъ, отличающійся по своимъ правовымъ основаніямъ отъ подслѣдственнаго заключенія.

Послѣ такого вступленія, необходимаго для общаго выясненія правильной постановки средствъ представленія въ судъ, мы можемъ приступить къ обозрѣнію отдѣльныхъ средствъ по русскому законодательству.

III.

Призывъ обвиняемаго.

Призывомъ называется приказъ судебнаго органа о явкѣ опредѣленнаго лица (въ частности обвиняемаго) въ опредѣленное время и мѣсто въ судъ. Приказъ этотъ употребляется по общему правилу. Особенно частымъ должно быть его употребленіе, если не существуетъ достаточныхъ уликъ виновности или если преступленіе не влечетъ тяжкаго наказанія. Призывъ можетъ быть какъ письменный, такъ и устный (ст. 377). Послѣдній употребляется лишь въ томъ случаѣ, когда обвиняемый находится въ мѣстѣ, гдѣ производится слѣдствіе. Устный призывъ примѣняется главнымъ образомъ для сокращенія письменнаго производства и для устраненія сложной процедуры письменнаго призыва въ случаѣ неграмотности. Письменный призывъ или повѣстка о явкѣ, составляется въ двухъ экземплярахъ, изъ которыхъ одинъ вручается призываемому, а другой съ подписью о полученіи сохраняется у вручившаго повѣстку (ст. 378). Повѣстка должна удовлетворять извѣстнымъ условіямъ, безъ наличности которыхъ она не имѣетъ силы (ст. 380); въ ней должны быть точно указаны: 1) лицо, требуемое къ слѣдствію—во избѣжаніе ошибки въ личности, 2) время и мѣсто явки; въ проектѣ новой редакціи уст. угол. суд. 1900 г. опредѣлено яснѣе: день и часъ явки (ст. 277 проекта) и 3) послѣдствія неявки (ст. 379 и 55 ст.). Послѣдствіями неявки вообще могутъ быть денежное взысканіе, арестъ или употребленіе принудительныхъ мѣръ. Наше законодательство въ ст. 389 предписываетъ приводъ въ случаѣ неявки безъ законныхъ причинъ на призывъ. Кромѣ этихъ свѣдѣній въ повѣсткѣ должно быть означено лицо, издавшее ее. Такимъ правомъ обладаетъ только мировой судья, судебный слѣдователь и судъ.

Полиція, какъ разъяснено Правительствующимъ Сенатомъ (1888/3), не въ правѣ приглашать къ себѣ для допроса необходимыхъ ей для сего лицъ [1]). Удостовѣреніемъ правильности служатъ подпись и печать. На повѣсткѣ означается также время ея составленія, имѣющее значеніе для провѣрки быстроты и своевременности дѣйствій слѣдователя. При открытіи судебнаго засѣданія неявка оставленнаго на свободѣ обвиняемаго, кромѣ привода, влечетъ за собою еще и уплату издержекъ (ст. 592).

Законными причинами неявки (388 ст.) признаются: 1) лишеніе свободы, 2) прекращеніе сообщеній во время заразы, нашествія непріятеля, необыкновеннаго разлитія рѣкъ и тому подобныхъ непреодолимыхъ препятствій, 3) внезапное разореніе отъ несчастнаго случая, 4) смерть родителей, мужа и жены или дѣтей или тяжкая, грозящая смертью болѣзнь ихъ и 6) неполученіе или несвоевременное полученіе повѣстки. Нельзя признать вполнѣ удачной попытку законодателя опредѣлить полностью причины, извиняющія неявку. Правильнѣе было бы предоставить оцѣнку уважительности слѣдователю на предварительномъ слѣдствіи и суду на судебномъ. Всегда возможны случаи субъективной невозможности, которыхъ нельзя предусмотрѣть въ законѣ. Съ другой стороны, при наличности одной изъ причинъ, указанныхъ въ законѣ, обязанность явки могла бы быть выполнена, между тѣмъ какъ обвиняемый, опираясь на предписаніе закона, будетъ имѣть возможность при желаніи и затягивать дѣло. Вмѣстѣ съ тѣмъ вопросъ этотъ не настолько сильно затрагиваетъ права обвиняемаго, что здѣсь является необходимость въ ограниченіи свободной оцѣнки обстоятельствъ судьею. Въ случаѣ невозможности явки обвиняемый долженъ увѣдомить о томъ лицо, издавшее приказъ.

Порядокъ врученія повѣстки о явкѣ, опредѣленный въ законѣ (ст. 381—386), состоитъ въ слѣдующемъ. Лицо, по-

---

[1]) Квачевскій. Объ уголовномъ преслѣдованіи ч. III, стр. 335, видитъ въ ст. 258, 261, 1086 предоставленіе такого права полиціи, но не приводитъ основаній такого мнѣнія.

лучившее повѣстку для передачи (спеціальный посыльный, полиція, волостное и сельское начальство [1]), просматриваетъ, соблюдены ли въ повѣсткѣ всѣ условія, указанныя въ законѣ, въ противномъ случаѣ возвращаетъ ее слѣдователю (ст. 380). Повѣстка прежде всего должна быть вручена самому обвиняемому подъ личную росписку. Предъявитель повѣстки отмѣчаетъ на ней время ея вручения (для провѣрки п. 6 ст. 388) и требуетъ означенія на второмъ экземплярѣ времени полученія. При отказѣ въ подписи, предъявитель при двухъ свидѣтеляхъ удостовѣряетъ это и заноситъ въ обѣ повѣстки время, съ означеніемъ причинъ отсутствія подписи. Неграмотнымъ лицамъ содержаніе повѣстки объявляется вслухъ по крайней мѣрѣ при двухъ свидѣтеляхъ. За отлучкою обвиняемаго повѣстка вручается подъ росписку одному изъ его домашнихъ лицъ, преимущественно старшему, или хозяину дома, или дворнику, или мѣстному полицейскому служителю, или сельскому начальнику (ст. 384). Въ проектѣ 1900 г. порядокъ вручения при отсутствіи призываемаго опредѣленъ еще подробнѣе. На первомъ мѣстѣ стоятъ взрослыя домашнія лица, а лишь при отсутствіи ихъ повѣстка вручается хозяину, дворнику дома, въ которомъ живетъ призываемый, управляющему его дѣлами или имѣніемъ или кому либо изъ взрослыхъ, состоящихъ въ услуженіи у лица вызываемаго (ст. 281 проекта). По дѣйствующему праву, если повѣстка не вручена лично обвиняемому, то одинъ экземпляръ ея прибивается: въ городѣ—къ дому полицейскаго управленія, а въ деревнѣ—къ дому сельскаго старосты или десятскаго, о чемъ и поставляется немедленно въ извѣстность полицейское или волостное управленіе (ст. 385). Проектъ (ст. 282) вполнѣ основательно отбросилъ предписаніе о прибитіи повѣстки, какъ мало приносящее пользы для увѣдомленія обвиняемаго о призывѣ, сохранивъ только обязанность

---

[1]) Мировые судьи, какъ разъяснено Сенатомъ (О. С. 72/13), могутъ возлагать разсылку повѣстокъ на мѣстныхъ полицейскихъ чиновъ, разсыльныхъ и судебныхъ приставовъ, смотря по тому, какой изъ сихъ способовъ въ данномъ случаѣ по мѣстнымъ обстоятельствамъ представляется цѣлесообразнѣе.

извѣщенія судьи о лицѣ, которому вручена повѣстка. При неоткрытіи мѣстопребыванія обвиняемаго полиція сообщаетъ о томъ судебному слѣдователю, который представляетъ суду о сыскѣ обвиняемаго черезъ публикацію (ст. 386). Эта публикація на практикѣ обыкновенно совершенно безполезна и влечетъ ненужные расходы, ради одного формализма. Въ общемъ постановленія о призывѣ, носящія характеръ скорѣе техническихъ правилъ, не вызываютъ затрудненій на практикѣ.

IV.

Приводъ обвиняемаго.

Приводъ есть приказъ судебнаго органа о немедленномъ слѣдованіи за предъявителемъ лица, приводимаго въ судъ, подъ угрозой въ случаѣ отказа прибѣгнуть къ принужденію. По существу приводъ не является принудительнымъ актомъ. Основное его отличіе отъ призыва—требованіе немедленности явки. Для обезпеченія такой немедленности особому органу поручается наблюденіе надъ исполненіемъ ея съ правомъ прибѣгнуть къ принужденію въ случаѣ невыполненія этого предписанія. Принужденіе слѣдовательно зависитъ отъ соблюденія приводимымъ предписанія суда.

При какихъ обстоятельствахъ употребляется приказъ о приводѣ? Почти во всѣхъ законодательствахъ указывается на примѣненіе его въ случаѣ неявки обвиняемаго безъ уважительныхъ причинъ къ слѣдствію или суду по призыву. При этомъ для судьи бываетъ необязательнымъ изданіе приказа о приводѣ по второму разу. Наше законодательство принимаетъ обязательность (ст. 389). Все дѣло въ томъ, какъ смотрѣть на приводъ по второму разу. Есть ли это наказаніе (Ungehorsamsstrafe) или просто болѣе сильная мѣра явки? Намъ кажется болѣе правильнымъ второе положеніе. Приводъ по существу лишенъ характера принудительности и позорности и съ правовой точки зрѣнія не можетъ быть разсматриваемъ какъ кара. Считать его таковою, хотя даже въ нѣкоторыхъ случаяхъ, значитъ санкціонировать закономъ его

позорность или принудительность. Не являясь съ правовой точки зрѣнія карой, приводъ не долженъ обладать присущимъ ей характеромъ безусловности. Неявка по призыву служитъ лишь указаніемъ на слабость въ данномъ случаѣ призыва и на необходимость болѣе строгой мѣры, и нѣтъ основаній исключать въ этомъ случаѣ, какъ во всякомъ другомъ, свободную оцѣнку этой необходимости судьею. Въ качествѣ наказанія за неявку безъ уважительныхъ причинъ могъ-бы быть назначенъ небольшой денежный штрафъ, назначеніе котораго зависѣло бы отъ судьи, рѣшающаго объ извинительности неявки.

Приводъ по первому разу долженъ являться исключеніемъ. Здѣсь на первомъ планѣ стоитъ соображеніе о вѣроятности бѣгства и недѣйствительности простого призыва. Однако эта недѣйствительность, не обнаружившаяся еще на дѣлѣ, какъ въ первомъ случаѣ, а только предполагаемая, здѣсь значительно менѣе вѣроятна. При слабости уликъ обвиняемый будетъ надѣяться скорѣе избѣжать наказанія иными способами, нежели бѣгствомъ отъ суда. Не зная силы обвиненія и характера уликъ, онъ будетъ имѣть гораздо менѣе мотивовъ бѣгства, даже если онъ дѣйствительно виновенъ. Поэтому приводъ по первому разу долженъ примѣняться въ наиболѣе тяжкихъ преступленіяхъ, и при его назначеніи должны приниматься во вниманіе различныя личныя качества обвиняемаго, сила уликъ и возможность побѣга. Эти обстоятельства дѣлаютъ нецѣлесообразнымъ введеніе обязательности привода въ опредѣленныхъ преступленіяхъ (какъ то, напр., принято въ Италіи) и вообще ограниченіе усмотрѣнія судьи. Естественнымъ ограниченіемъ случаевъ запрещенности привода являются дѣла, по которымъ явка въ судъ необязательна.

Въ нашемъ законодательствѣ эти начала проведены послѣдовательно. Въ объяснительной запискѣ къ уст. угол. судопр. [1]) относительно привода сказано: „При этомъ имѣя въ виду важность этихъ мѣръ для обвиняемыхъ и необходимость устранить съ одной стороны позорный призывъ или

[1]) Объяснительная записка къ проекту уст. угол. суд. 1863 г., стр. 195.

приводъ къ слѣдствію въ качествѣ обвиняемыхъ такихъ лицъ, которыя къ дѣлу непричастны, а съ другой нерѣдко встрѣчающіяся нынѣ оскорбительныя выходки и насильственныя дѣйствія полиціи противъ задерживаемыхъ ею лицъ, коммисія нелишнимъ признала постановить: во 1-хъ, что повѣстка, въ которой не соблюдена какая-либо изъ указанныхъ въ законѣ существенныхъ формъ, считается недѣйствительною и возвращается полиціей судебному слѣдователю, и во 2-хъ, что всякое при приводѣ обвиняемыхъ оскорбленіе личности ихъ влечетъ за собою законную отвѣтственность" (392 ст.).

Всѣ мѣры представленія въ судъ, являясь начальнымъ моментомъ, открывающимъ обвиненіе противъ извѣстнаго лица, должны быть принимаемы съ осторожностью. Уставъ угол. суд. въ ст. 396 указываетъ, что „слѣдователь не долженъ ни приводить ни призывать кого-либо къ допросу безъ достаточнаго къ тому основанія". Въ Англіи, гдѣ существуетъ состязательный порядокъ на предварительномъ слѣдствіи, мировой судья назначаетъ призывъ или приводъ лишь при подтвержденіи (при требованіи привода—даже клятвенномъ) со стороны обвинителя основательности обвиненія и при угрозѣ отвѣтственностью за неосновательное обвиненіе.

Проектъ 1900 г. вноситъ общее положеніе о приводѣ: „Относительно обвиняемыхъ, подвергаемыхъ приводу безъ предварительнаго призыва, принимается въ соображеніе достаточность имѣющихся противъ нихъ уликъ, а также возможность уклоненія ихъ отъ слѣдствія или скрытія слѣдовъ преступнаго дѣянія (ст. 286 проекта)". Оцѣнка этихъ условій предоставлена судьѣ. Дѣйствующее законодательство и проектъ 1900 г. разрѣшаютъ примѣненіе привода только: 1) къ обвиняемымъ въ преступленіяхъ, за которыя въ законѣ положены наказанія, соединенныя съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ; 2) къ обвиняемымъ въ преступленіяхъ менѣе важныхъ, когда не могъ быть сдѣланъ призывъ по укрывательству ихъ, и 3) къ обвиняемымъ, не имѣющимъ постояннаго мѣстожительства, извѣстнаго ремесла или промысла (389 ст.). Въ проектѣ новой редакціи указаніе на ремесло и промыселъ отброшено, какъ на признаки, еще не

характеризующіе вѣроятности побѣга [1]). Мировой судья можетъ назначать приводъ безъ предварительнаго призыва за преступныя дѣянія, за которыя въ законѣ положено заключеніе въ тюрьмѣ или наказаніе болѣе строгое (ст. 61) [2]). Большинство процессуалистовъ ошибочно считаетъ указанное въ ст. 51 предписаніе о возможности привода обвиняемаго полиціей къ мировому судьѣ при сообщеніи о преступномъ дѣйствіи за приводъ, какъ оно неправильно названо въ законѣ. Данное предписаніе есть разрѣшеніе полицейскаго ареста (см. также ст. 177 полож. 1889 г.), на томъ основаніи, что здѣсь отсутствуетъ всякій судебный приказъ [3]).

Повѣстка о приводѣ должна удовлетворять всѣмъ тѣмъ же условіямъ, какъ и повѣстка о призывѣ. Проектъ предписываетъ еще дѣлать въ ней указаніе на содержаніе порядка привода (см. ст. 287 пр.). Приводъ возможенъ только по формальной повѣсткѣ, устная передача распоряженія не допускается. По предъявленіи обвиняемому повѣстки, онъ приглашается слѣдовать за предъявителемъ и при неповиновеніи или сопротивленіи приводится къ слѣдствію при содѣйствіи должностныхъ или частныхъ лицъ (ст. 391). Приводъ, кромѣ случаевъ, не терпящихъ отлагательства, производится днемъ. По дѣйствующему законодательству предписывается въ видѣ обязательнаго правила до исполненія требованія о приводѣ содержать обвиняемаго подъ домашнимъ арестомъ или стражею; проектъ смягчаетъ это постановленіе, предписывая лишь тщательное наблюденіе со стороны полиціи въ мѣстѣ жительства обвиняемаго за его неотлучкою (хотя это равносильно почти домашнему аресту) или помѣщеніе въ мѣсто заключенія. Званіе, чинъ, личныя преимущества не имѣютъ значенія при исполненіи привода (ст. 396). Микляшевскій [4]) вполнѣ правильно рекомендуетъ „избѣгать необходимости по-

---

[1]) См. объяснительная записка. 1900 г. Т. II, стр. 338.

[2]) Общія предписанія о значеніи явки въ мировой юстиціи ст. 134, 136, 137, 157, полож. 1889 г. ст. 180, 188, 225.

[3]) См. ниже о полицейскомъ арестѣ по русскому праву.

[4]) Микляшевскій. О средствахъ представленія обвиняемаго, стр. 86. 1872 г.

мѣщать приводимаго гдѣ-бы то ни было, далѣе своевременнымъ исполненіемъ привода и немедленнымъ производствомъ дать подвергающемуся приводу лицу возможность тотчасъ исполнить то дѣйствіе, для котораго онъ былъ приведенъ въ судъ". Законъ принимаетъ въ соображеніе невозможность или опасность привода по болѣзни приводимаго или по другимъ уважительнымъ [1]) причинамъ, предписывая въ такомъ случаѣ самому судебному слѣдователю отправиться въ мѣсто пребыванія обвиняемаго или выжидать прекращенія препятствій къ явкѣ (ст. 397). О доставленіи лицъ, уже подвергнутыхъ задержанію, слѣдователь относится прямо къ смотрителю мѣста заключенія (ст. 395).

Приводъ такимъ образомъ предписываетъ болѣе суровыя формы, и потому регулированъ законодательствомъ подробнѣе. Нельзя не указать на отсутствіе требованія мотивировки приказа о приводѣ. Мотивировка, состоящая въ указаніи законныхъ причинъ привода или основаній, вытекающихъ изъ обстоятельствъ дѣла, облегчаетъ контроль за правильностью примѣненія этой мѣры и побуждаетъ прибѣгать къ ней осмотрительнѣе.

V.

Правила о немедленности допроса, какъ гарантіи предварительнаго характера мѣръ представленія въ судъ.

Лица, явившіяся или приведенныя въ судъ, имѣютъ право на скорое выполненіе того процессуальнаго дѣйствія, ради котораго они были вызваны [2]). Въ большинствѣ государствъ такой срокъ исполненія установленъ въ 24 часа (только въ нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантонахъ, напр., Vaud этотъ срокъ уменьшенъ до 12 часовъ). По дѣйствующему праву слѣдователь долженъ снять допросъ съ обвиняемаго немедленно и

---

[1]) Не противорѣчитъ же это *законнымъ* причинамъ?

[2]) Мы помѣщаемъ правила допроса здѣсь, слѣдуя системѣ русскаго законодательства. Дѣло въ томъ, что, хотя существуетъ еще полицейскій арестъ, но правила допроса пріурочены по нашему законодательству только къ призыву и приводу. О срокѣ допроса при полицейскомъ арестѣ скажемъ ниже.

никакъ не позже сутокъ послѣ явки его или привода (398 ст.). Причины отсрочки допроса, если онъ не былъ сдѣланъ въ теченіе первыхъ двѣнадцати часовъ послѣ явки или привода, означаются въ протоколѣ, копія съ котораго выдается обвиняемому по его требованію (399 ст.). Срокъ этотъ повсюду установленъ для первоначальнаго допроса. Правило это не распространяется, напр., на случаи привода въ судъ, при неявкѣ на судебное слѣдствіе (ст. 592).

Основаніемъ установленія такого срока вообще должно служить стремленіе наилучшимъ образомъ оградить свободу обвиняемаго. Допросъ, которому подвергаютъ приведеннаго или призваннаго, служитъ для него средствомъ оправданія отъ взведеннаго на него обвиненія. Результатомъ этого допроса является назначеніе противъ него мѣры обезпеченія или освобожденіе его отъ преслѣдованія. Какъ для перваго, такъ и для второго результата, требуется взвѣсить силу уликъ и опредѣлить различныя личныя свойства обвиняемаго, а безъ производства личнаго допроса обвиняемаго весьма трудно правильно опредѣлить эти условія. Посему производство допроса является одной изъ существенныхъ гарантій правильности постановленій о мѣрѣ обезпеченія.

Подвергшійся приводу до допроса находится въ домашнемъ арестѣ или подъ стражей (393 ст.)—къ нему примѣнена тяжкая мѣра, при назначеніи которой не были соблюдены гарантіи правильности ея, въ особенности не выяснено коренное условіе—сила уликъ. Естественно, приведенный можетъ требовать, чтобы такая предварительная мѣра (vorläufige Festnahme германскаго и австрійскаго права) была возможно менѣе продолжительна и немедленно замѣнена мѣрой болѣе правильной, основанной на большихъ гарантіяхъ. Это требованіе есть право обвиняемаго, которое и гарантируетъ ему законъ. Призывъ или приводъ не рѣшаютъ еще труднаго вопроса о мѣрѣ обезпеченія. Постановленіе судьи о такой мѣрѣ должно быть издано возможно скорѣе, для прекращенія предварительнаго задержанія, произведеннаго хотя бы и по приказу судьи.

Однако мотивы установленія 24-часового срока въ на-

шемъ законодательствѣ были иные. Очень часто первоначальныя свѣдѣнія судьи или слѣдователя о дѣлѣ бываютъ ошибочными, и къ отвѣтственности привлекается лицо совершенно непричастное къ дѣлу; такое же недоразумѣніе можетъ произойти вслѣдствіе ошибки въ личности, когда не вполнѣ точно обозначены ея признаки. Ошибку можно, если не исправить, то уменьшить быстрымъ удостовѣреніемъ въ правильности посредствомъ допроса. Съ другой стороны самъ обвиняемый, хорошо не знающій еще изъ повѣстки о содержаніи преступнаго дѣянія, въ которомъ его обвиняютъ, долженъ быть освѣдомленъ объ этомъ для того, чтобы онъ могъ представить свои оправданія. При установленіи правила о суточномъ допросѣ въ уставѣ 1864 г. государственный совѣтъ имѣлъ въ виду именно эти основанія, а не задачу строго обезпечить предварительный характеръ привода: „Цѣль сего положенія состоитъ не въ томъ, чтобы съ задержаннаго снять непремѣнно формальный допросъ въ теченіе сутокъ, а въ томъ, чтобы не оставлять его продолжительное время подъ стражею въ неизвѣстности, за что онъ подвергнутъ задержанію, и чтобы дать ему возможность, если онъ задержанъ неправильно, разъяснить эту неправильность, такъ какъ бываютъ случаи, въ которыхъ подвергаются задержанію лица, неприкосновенныя къ дѣлу, единственно по сходству ихъ фамиліи или примѣтъ съ настоящимъ обвиняемымъ, или вслѣдствіе какого иного стеченія обстоятельствъ, неблагопріятныхъ для задержаннаго“ [1]). Такимъ образомъ *единственною* цѣлью допроса въ теченіе 24-часовъ является удостовѣреніе правильности задержанія; срока же для замѣны предварительнаго задержанія подслѣдственнымъ заключеніемъ не установлено у насъ никакого. Такая односторонность мотива существенно и повліяла на установленіе недостаточныхъ гарантій соблюденія суточнаго срока.

Первоначально этотъ срокъ, заимствованный еще изъ древняго французскаго законодательства, не будучи огражденъ достаточными гарантіями соблюденія, сплошь и рядомъ не

[1]) Жур. соед. департ. Госуд. Сов. по проекту уст. уг. суд. 1864. стр. 37.

соблюдался на практикѣ, являясь лишь благимъ пожеланіемъ закона. Австрійское законодательство сначала ввело крайній срокъ въ 3 дня, послѣ чего недопрошенный, задержанный или приведенный, долженъ быть отпущенъ (ст. 177 австр. уст.). Германское законодательство болѣе послѣдовательно сохранило суточный срокъ, предписавъ обязательность представленія приведеннаго къ амтсрихтеру, въ случаѣ невозможности представленія къ слѣдственному судьѣ; амтсрихтеръ, пользуясь правами слѣдственнаго судьи по производству слѣдственныхъ дѣйствій, постановляетъ о мѣрѣ обезпеченія, такъ что онъ можетъ принять мѣры, чтобы предварительное задержаніе подъ стражей не длилось болѣе сутокъ (ст. 128, 165). Еще болѣе гарантій установлено французскимъ закономъ 1897 г., которымъ къ ст. 63 Code d'instr. cr. добавлено постановленіе о томъ, что недопрошенный по истеченіи *суточнаго* срока обвиняемый долженъ быть освобожденъ прокуроромъ и другими надлежащими лицами подъ угрозой кары за противозаконное лишеніе свободы. Въ случаѣ невозможности для слѣдственнаго судьи допросить приведеннаго обвиняемаго, прокуратура можетъ потребовать, чтобы таковой допросъ былъ произведенъ предсѣдателемъ суда. Италія и Бельгія заимствуютъ эти постановленія. Такимъ образомъ этими законодательными постановленіями вполнѣ гарантируется не только разъясненіе ошибокъ привода или задержанія, но и *право на быструю замѣну мѣры предварительной на постановляемую судьей мѣру*, болѣе гарантирующую обвиняемаго.

Односторонность цѣли установленія суточнаго срока ярко проявляется на постановленіяхъ, дѣйствующихъ въ русскомъ законодательствѣ, при невозможности этого допроса въ теченіе сутокъ. Если слѣдователь не прибудетъ для снятія допроса въ теченіе сутокъ по приводѣ обвиняемаго къ слѣдствію, то полиція составляетъ о томъ протоколъ, пріобщаемый къ дѣлу, и объявляетъ обвиняемому, насколько это ей извѣстно, о причинахъ его задержанія (ст. 400). При этомъ обвиняемый имѣетъ право дать полиціи объясненіе и требовать, чтобы оно внесено было въ протоколъ (ст. 401), и если изъ этого объясненія окажется, что обвиняемый задер-

жанъ по ошибкѣ или недоразумѣнію, то полиція обязана немедленно освободить его съ означеніемъ въ протоколѣ причинъ, побудившихъ ее принять эту мѣру (ст. 402).

Проектъ 1900 г. ни въ чемъ не измѣнилъ эти постановленія (ст. 294—298 проекта).

Прежде всего обращаетъ на себя вниманіе предоставленіе исполнительному органу—полиціи производства столь важныхъ слѣдственныхъ дѣйствій, какъ выслушиваніе объясненій обвиняемаго (въ этомъ собственно и состоитъ допросъ) и освобожденіе его. Очевидно, законодатель полагалъ, что объясненія въ такихъ случаяхъ будутъ *чисто формальныя*, касающіяся удостовѣренія тожества личности, для чего, дѣйствительно, пригодна полиція. Это слѣдуетъ и изъ постановленія о томъ, что, если обвиняемый задержанъ по ошибкѣ или недоразумѣнію (т. е. по ошибкѣ въ личности), то полиція освобождаетъ его. Никакой оцѣнки основательности обвиненія, часто совершенно призрачнаго, полиція не должна дѣлать. Между тѣмъ слѣдуетъ признать, что процентъ освобождаемыхъ послѣ допроса вслѣдствіе ошибки въ личности крайне ничтоженъ по сравненію съ процентомъ освобождаемыхъ изъ подъ стражи за неосновательностью обвиненія или за меньшей тяжестью преступленія, не допускающаго подслѣдственнаго заключенія. Наиболѣе существенной является именно вторая сторона—оцѣнка обвиненія, для которой неприспособлена полиція. Полиція не имѣетъ права производить формальныхъ допросовъ обвиняемаго (ст. 258 уст., подтвержденная большинствомъ коммисіи 1900 г.) [1]). Въ большинствѣ случаевъ полиція, приводя обвиняемаго, сама не знаетъ ничего о дѣлѣ, и потому ея объясненія и выслушиваніе таковыхъ отъ обвиняемаго не приносятъ никакой пользы для разъясненія правильности задержанія. Какого-либо срока, по истеченіи котораго приведенный становился бы свободнымъ, въ случаѣ, если допросъ не былъ произведенъ, въ законѣ не установлено, что̀ дѣлаетъ возможнымъ весьма продолжительныя предварительныя задержанія. Общее правило о суточномъ допросѣ не достигаетъ

[1]) Объяснительная записка. т. II. 1900. стр. 213.

своей цѣли. Гораздо цѣлесообразнѣе было бы предоставленіе производства допроса въ случаѣ отсутствія слѣдователя мировому судьѣ или уѣздному члену или, даже, члену окружнаго суда. Въ большихъ городахъ цѣлесообразно сосредоточеніе функцій допроса задерживаемыхъ въ рукахъ одного слѣдователя изъ многихъ (какъ то принято въ Копенгагенѣ).

Отвѣтственность слѣдователей за неисполненіе ст. 398 и полиціи за неисполненіе ст. 400 предписывается ст. 430 улож. о нак. 1885 г. [1]). Въ уложеніи 1903 г. ст. 649 постановляетъ вообще, что служащій, виновный въ незаконномъ продленіи срока лишенія свободы вслѣдствіе незнанія своихъ обязанностей или вслѣдствіе небрежности, наказывается арестомъ. Противъ злонамѣреннаго непроизводства допроса возможна отвѣтственность по ст. 498 улож. 1903 г., грозящей тюрьмой или, при злоупотребленіи своею обязанностью, виновный можетъ кромѣ ареста быть удаленъ съ должности или подвергнутъ только удаленію съ должности. (ст. 650). При затрудненности преданія суду должностныхъ лицъ и вслѣдствіе невозможности иногда доказать противозаконность, небрежность или злоупотребленіе, такая отвѣтственность не является достаточной гарантіей.

Признавая отсутствіе крайняго срока оставленія безъ допроса, послѣ котораго освобожденіе наступаетъ по праву, и предоставленіе полиціи, а не какому либо другому судьѣ, права выслушивать объясненія и освобождать обвиняемыхъ существенными пробѣлами нашего законодательства, нельзя не указать на дѣйствительность и цѣлесообразность постановленія французскаго и германскаго уставовъ. Нечего опасаться, что правосудіе будетъ страдать отъ освобожденія завѣдомо виновныхъ вслѣдствіе невозможности допросить ихъ въ теченіе сутокъ. Такая возможность всегда можетъ быть

---

[1]) Наказаніе въ первый разъ—строгій выговоръ, 2-й—вычетъ изъ времени службы отъ 3 мѣс. до 1 года, въ 3-й—отрѣшеніе отъ должности. Мѣры эти мало цѣлесообразны, ибо обезпечиваютъ, какъ мѣры дисциплинарныя, лишь интересы службы, а не личную свободу. Болѣе удачна система англійская и ново-французская—легальныхъ штрафовъ.

достигнута. Значительная величина разстояній, которая дѣлаетъ затруднительнымъ такой срочный допросъ, можетъ быть причиной назначенія особаго срока для пересылки обвиняемаго въ мѣсто нахожденія слѣдователя, но не освобожденія отъ этого срока.

Отсутствіе срока превращенія мѣры предварительной въ мѣру судебную объясняется какъ пережитокъ полицейской эпохи, когда мѣры обезпеченія имѣли полицейскій характеръ.

VI.

Опредѣленность юридическихъ основаній принудительной дѣятельности административныхъ органовъ, какъ правовая гарантія.

Постановленія о власти административныхъ и полицейскихъ органовъ на принятіе мѣръ, ограничивающихъ законное пользованіе гражданъ принадлежащими имъ правами, и въ особенности постановленія о власти лишать ихъ свободы требуютъ особенной опредѣленности своей законодательной редакціи. Такая точность и опредѣленность ограничиваютъ съ одной стороны произволъ исполнительныхъ органовъ, позволяя суду энергично преслѣдовать всякія нарушенія установленныхъ границъ; съ другой стороны онѣ устраняютъ разногласія, могущія послѣдовать между судомъ и начальствомъ, пользующимся еще значительной силой въ иниціативѣ преслѣдованія органовъ администраціи и полиціи; онѣ сдерживаютъ также и односторонніе тенденціи самого суда, порою склоннаго, за отсутствіемъ внутренней независимости, выносить рѣшеніе, болѣе благопріятное интересамъ власти. Установленіе точныхъ границъ въ этой области намѣчаетъ и предѣлы законной самообороны гражданъ противъ произвола, которая при развитомъ правосознаніи общества служитъ весьма сильнымъ факторомъ законности.

Предоставляя даже весьма энергичную власть въ руки подчиненныхъ органовъ, самъ законодатель живѣйшимъ образомъ заинтересованъ установить точный объемъ ея, хотя бы въ тѣхъ цѣляхъ, чтобы дѣйствительно достичь результатовъ, которые онъ имѣлъ въ виду при созданіи закона. Если иногда,

при извѣстномъ режимѣ, законодателю представляется желательнымъ сосредоточить въ однѣхъ рукахъ „сильную власть“, могущественныя средства воздѣйствія, строгая формулировка которыхъ представляется затруднительной вслѣдствіе неисчерпаемой возможности индивидуализаціи примѣненія этихъ средствъ, если тогда и устанавливаются имъ нормы неопредѣленно-диспозитивнаго характера, то осуществленіе такой власти поручается не иначе, какъ лицамъ, пользующимся особымъ личнымъ довѣріемъ высшей власти, несущимъ полную отвѣтственность и обладающимъ качествами и положеніемъ, обезпечивающими отъ несправедливостей по отношенію къ ограниченному въ своихъ правахъ населенію. Но такое довѣріе возможно лишь относительно представителей высшей администраціи, имѣвшихъ случай выказать свои качества, но отнюдь не низшей, безконтрольная власть которой, при отсутствіи указанныхъ личныхъ и соціальныхъ свойствъ, можетъ очень легко превратиться въ вредный не только для гражданъ, но и для самой центральной власти произволъ.

Большое общественное значеніе, поэтому, имѣетъ не только указаніе желательныхъ постановки и объема правъ исполнительныхъ органовъ, но и необходимая прежде всего разработка существующихъ постановленій по этому предмету. Между тѣмъ въ нашемъ публичномъ правѣ есть области, догматической разработки которыхъ касались лишь циркуляры и распоряженія отдѣльныхъ начальствующихъ лицъ, а взглядъ юриста скользилъ по нимъ съ безнадежнымъ равнодушіемъ. И это происходило не только потому, что надъ ними тяготѣлъ запретъ обсужденія „мѣръ государственной важности“ или что онѣ „въ виду исключительности“ и „временнаго своего характера“ представлялись неоправдывающими необходимой на разработку ихъ затраты умственной энергіи, но главнымъ образомъ вслѣдствіе того, что юридическое толкованіе было порабощено существующей практикой примѣненія такихъ нормъ. Наличность опредѣленной, порою несогласной даже съ закономъ и невытекающей изъ него, практики являлась безусловнымъ фактомъ, отъ котораго отправлялись всѣ, въ томъ числѣ и юристы, при пониманіи и толкованіи за-

кона. Отсутствіе средствъ обезпеченія административной законности заставляло обывателей подчиняться всякимъ дѣйствіямъ власти, если они покоились на какихъ либо (безразлично) „предписаніяхъ свыше“; интересъ различенія законнаго и внѣзаконнаго пріобрѣталъ лишь абстрактное значеніе, надъ выясненіемъ котораго могъ лишь заниматься досужій мечтатель. Между тѣмъ одна только практика, даже въ тѣхъ странахъ, гдѣ обезпеченіе законности стоитъ высоко, представляется опасной и шаткой основой для умозаключеній объ истинномъ смыслѣ закона. Свободно примѣняющаяся къ практическимъ требованіямъ жизни и управленія административная дѣятельность самостоятельно заполняетъ пробѣлы закона, упраздняетъ устарѣвшія или почему либо неудобныя и несогласныя съ существующимъ порядкомъ нормы закона, и, въ концѣ концовъ, создаетъ особый строй, порою сильно отличающійся отъ того, который имѣлъ въ виду законодатель. Такое положеніе является печальнымъ потому, что основныя внутреннія качества закона—его обдуманность, вслѣдствіе разносторонняго обсужденія его вѣроятнаго дѣйствія и результатовъ въ общественно-воспитательномъ и соціально-прогрессивномъ смыслѣ, общеобязательность и пр. замѣняются при такихъ условіяхъ вліяніемъ чисто временныхъ обстоятельствъ, подчиненіемъ существующему шаблону или шаткому усмотрѣнію отдѣльныхъ руководителей административной системы. И въ такихъ случаяхъ можно наблюдать, какъ министерскіе циркуляры, обязательныя постановленія и сенатскія разъясненія создаютъ, отмѣняютъ или ограничиваютъ существенныя права гражданъ или какъ отдѣльные уставы сохраняютъ цѣлыя кладбища заживо-погребенныхъ законодательныхъ нормъ или серіи урѣзанныхъ или искалѣченныхъ практикой постановленій.

Вина за такое печальное положеніе законодательства во многомъ падаетъ на юристовъ, замѣнившихъ изученіе и толкованіе законодательства изученіемъ и толкованіемъ практики. Юриспруденція, какъ соціальная доктрина, постоянно должна приспособлять законодательство къ жизни. Если не отъ нея зависитъ измѣненіе закона, то ея прямой обязанностью является

согласованіе нормъ закона съ жизнью. Эта дѣятельность можетъ выражаться въ поддержкѣ пригодныхъ дѣйствующихъ нормъ (положительно-консервативная функція), въ способствованіи разложенію и отмѣнѣ нормъ отжившихъ, неприспособленныхъ (отрицательная функція) и, наконецъ, въ выработкѣ новыхъ нормъ, подготовляющихъ преобразованіе существующаго правопорядка (политическая, или положительно-прогрессивная функція). Примѣненіе такихъ методовъ къ современному законодательству—единственно возможный путь правильнаго его развитія.

Изложенное, нѣсколько обширное, вступленіе вызвано желаніемъ установить принципіальный взглядъ на положеніе одного изъ такихъ заброшенныхъ юриспруденціей институтовъ, именно на предварительный полицейскій арестъ для цѣлей правосудія. Очень смутно и неполно обрисованный въ уставѣ угол. суд., онъ столкнулся съ сохраняющимися еще отъ дореформеннаго времени взглядами и привычками, и породилъ практику, во многомъ отличную отъ той, которую имѣлъ въ виду законодатель. Коммисія пересмотра 1900 г. безсознательно приняла эту практику и исходила отъ нея, какъ отъ дѣйствующаго законодательства; вслѣдствіе этого она сохранила старыя законодательныя постановленія и сдѣлала нѣсколько дополненій, заимствованныхъ изъ „практическаго опыта“, внеся такимъ образомъ еще большую спутанность въ вопросъ. Практика совершенно заслонила крупные законодательные пробѣлы въ этомъ институтѣ, выработавъ наиудобнѣйшую форму его для цѣлей полицейскихъ, а не гражданско-правовыхъ. Что же касается юриспруденціи, то она поразительно мало занималась этимъ вопросомъ, ограничиваясь въ большинствѣ случаевъ дословной передачей статей и не задаваясь цѣлью открыть дѣйствительное ихъ содержаніе [1]).

---

[1]) Изъ работъ, имѣющихся въ русской литературѣ по этому предмету, мы можемъ указать на И. Тарасова. Личное задержаніе, какъ полицейская мѣра безопасности. 2 т. 1884, 1886 г.г.—трудъ крайне безсистемный, изобилующій ошибками и почти совершенно устарѣвшій. Отдѣльныя замѣчанія у И. Я. Фойницкаго (Курсъ угол. суд. т. II), Квачевскаго (Объ уголовномъ преслѣ-

VII.

Предварительный арестъ обвиняемаго.

Приступая къ разсмотрѣнію полицейскаго предварительнаго ареста по дѣйствующему русскому праву, мы собственно должны будемъ говорить объ институтѣ, въ законѣ несуществующемъ. Какъ это ни странно и какъ ни неожиданно для многихъ, но Россія не знаетъ этого института, являющагося одной изъ опоръ правового порядка на западѣ. Русскому праву извѣстны только отдѣльныя слѣдственныя дѣйствія полиціи, къ числу которыхъ относится и равносильная съ судомъ власть принятія „мѣръ пресѣченія", извѣстна дѣятельность полиціи по арестованію въ порядкѣ предупрежденія и пресѣченія преступленій и, наконецъ, слабый, невыясненный зародышъ полицейскаго ареста въ дѣлахъ мировой юстиціи. Правовое начало полицейскаго ареста, какъ предварительной мѣры, стоящей подъ строгимъ контролемъ судьи, и принимаемой въ случаяхъ крайней необходимости обезпечить возможность правосудія, хотя и признанное въ основныхъ положеніяхъ 1862 г., совершенно подавлено громадной массой пережитковъ дореформенной эпохи, сохранившихся въ этой области. Какъ хлѣбное зерно оно заглушено плевелами, отчасти оставшимися невырванными съ нивы правосудія въ періодъ жатвы народной—шестидесятые годы, отчасти обильно выросшими подъ покровомъ безпробуднаго полицейскаго мрака и политической вьюги послѣднихъ десятилѣтій. Юристу теоретику, разрѣзывающему пласты законодательныхъ наслоеній, болѣе всего будутъ видны наслоенія отдѣльныхъ политическихъ эпохъ въ правосудіи, и поэтому, разсматривая вопросъ съ такой точки зрѣнія, можно смѣло сказать, что нигдѣ не проявилось съ такою яркостью и наглядностью безправіе и угнетенность населенія, допускавшаго рядъ возмутительныхъ нарушеній коренныхъ правъ личности, какъ въ области по-

---

дованіи 1867 г.), Кистяковскаго (Мѣры пресѣченія 1869 г.). Иностранное законодательство по этому вопросу у насъ совершенно не разсматривалось. Систематизацію его см. въ нашей статьѣ въ „Вѣстникѣ Права" 1905 г. кн. 7 и 8.

лицейскаго ареста. Неясность закона и власть, которую по нему имѣютъ полицейскіе органы, могутъ быть характерны лишь для эпохи полнаго подчиненія личности правительству. Можно еще удивляться, какъ практика, не нуждаясь въ тѣхъ широкихъ границахъ полицейской власти, которыя предоставлены ей закономъ, установила существующій modus vivendi, а не свела свободу личности къ одному только призрачному понятію, снаружи какъ бы живому, но внутри представляющему сгнившій трупъ.

Анализируя нормы дѣйствующаго права по этому вопросу, мы будемъ имѣть въ виду правовыя начала полицейскаго ареста, выработанныя на Западѣ, и будемъ указывать на устарѣлость и противорѣчивость соотвѣтственныхъ постановленій у насъ, выдвигая цѣль критическую на первый планъ предъ систематической. Намъ кажется, что стремленіе примѣнить систематическое толкованіе можетъ имѣть мѣсто лишь тамъ, гдѣ основныя начала являются достаточно прочными, и потребны только частичныя улучшенія, въ тѣхъ же случаяхъ, когда зданіе должно быть перестроено, начиная съ фундамента, единственно цѣлесообразной является дѣятельность разрушительная, имѣющая въ виду расчистить ту площадь, на которой будетъ выстроено новое зданіе. Къ толкованію мы будемъ прибѣгать только тогда, когда оно будетъ признано непосредственно вытекающимъ изъ закона, а не создаваемымъ искусственно, съ натяжкой въ цѣляхъ конкретной справедливости. Укажу также, что практики судебнаго толкованія въ этой области почти совершенно не имѣется, ибо находясь въ крайнемъ отдаленіи отъ суда, да притомъ будучи огражденной китайской стѣной безотвѣтственности, дѣятельность полиціи по арестованію очень рѣдко становилась темой для обсужденія въ кассаціонномъ судѣ, и потому толкованіе на практикѣ было предоставлено полицейскому начальству, менѣе всего заинтересованному въ толкованіи in favorem libertatis.

Еслибы изслѣдователь русскаго права захотѣлъ освѣдомиться въ уставѣ уголовнаго судопроизводства о *правахъ*

частныхъ лицъ на производство ареста, онъ не нашелъ бы намека на отвѣтъ. Вопросъ этотъ, по мнѣнію законодателя, какъ бы не относится къ числу тѣхъ, которые опредѣляютъ права гражданъ въ процессѣ. И только въ т. XIV, въ уставѣ о пресѣченіи и предупрежденіи преступленій, т. е. въ сборникѣ предписаній, относящихся спеціально къ полицейской власти, существующемъ болѣе семидесяти лѣтъ въ видѣ, незатронутомъ „вѣяніемъ реформъ", онъ нашелъ бы слѣдующія двѣ архаическія статьи: ст. 242: „Если учинится ссора или драка, то постороннія, случившіяся при томъ или слышавшія крикъ „караулъ", должны ссорящихся развести и стараться примирить, и отнюдь на ссору и драку не обращать; въ случаяхъ же причиненія кому либо побоевъ, обиженному чинить воспоможеніе и тѣхъ людей, на которыхъ будутъ кричать караулъ, ловить и приводить въ полицію", и ст. 310: „Кто откроетъ зажигателя, тотъ обязанъ по возможности, задержавъ его, представить мѣстному полицейскому начальству, а, если задержать будетъ невозможно, то извѣстить о томъ полицію для принятія нужныхъ мѣръ къ поимкѣ". Кромѣ этихъ, совершенно казуистичныхъ случаевъ, никакихъ другихъ законодательныхъ нормъ по этому предмету не имѣется. Но въ качествѣ пережитковъ обѣ эти нормы столь любопытны, что интересно поближе разсмотрѣть ихъ. На обѣихъ ихъ лежитъ слишкомъ ясная печать полицейскаго строя: задержаніе разсматривается какъ полицейская обязанность, возложенная на гражданъ, а не какъ ихъ право (о принципіальномъ значеніи этого см. выше), притомъ въ первомъ случаѣ эта обязанность граничитъ съ запрещеніемъ самимъ ввязываться въ драку или ссору (впрочемъ „чинить воспоможеніе обиженному" не запрещается) и рекомендованіемъ примиренія (едва ли допустимаго въ дѣлахъ публичнаго характера), а вторая—съ обязанностью доносительства. Такое соединеніе обязанностей лишній разъ подчеркиваетъ полицейское ихъ значеніе. Далѣе, если излагаемый въ ст. 242 т. XIV случай можетъ быть подведенъ подъ понятіе flagrant délit и clameur publique, то въ ст. 310 выраженіе „откроетъ" ничего не говоритъ сознанію юриста по полной своей не-

опредѣленности. Задержаніе преступниковъ происходитъ исключительно въ интересахъ полицейскихъ, а не въ интересахъ правосудія, а потому задержавшій долженъ передать арестованнаго въ руки полиціи, не требуя отъ нея никакихъ формальныхъ гарантій дѣйствительнаго представленія задержаннаго въ судъ. Неопредѣленность возложенной на гражданъ полицейской обязанности крайне велика (напр., какимъ образомъ, обязанный ловить тѣхъ, на кого кричатъ „караулъ“ въ дракѣ, можетъ быть убѣжденъ, что каждый отдѣльный „караулъ“ относится именно къ дракѣ, а не къ другому преступленію?) Но на дѣлѣ не было и интереса въ болѣе точномъ опредѣленіи этой обязанности, такъ какъ полиція все равно не имѣетъ легальныхъ средствъ добиться ея исполненія, а дѣятельность полицейскаго усмотрѣнія можетъ проявляться свободнѣе и при неопредѣленности закона.

Сопоставляя эти двѣ статьи съ западнымъ законодательствомъ, можно замѣтить опасный пробѣлъ, оставленный составителями устава угол. суд. Сторонникъ „законности и только законности въ жизни“ изумленно спросилъ бы, чѣмъ же на дѣлѣ руководилась жизнь? И здѣсь, къ счастью, мы отыскали бы старое сенатское рѣшеніе (1870 г. № 520), „разъясняющее“, что „потерпѣвшій отъ преступленія всегда вправѣ остановить подозрѣваемаго имъ въ совершеніи преступнаго дѣянія и представить въ полицію или мировому судьѣ“. Это рѣшеніе, помимо полной своей голословности, представляетъ также нѣкоторыя любопытныя стороны. Въ немъ говорится только о потерпѣвшемъ, но не о каждомъ гражданинѣ, и потому оно можетъ имѣть лишь примѣненіе въ значительно болѣе тѣсной области. Потерпѣвшему предоставлено право всегда, слѣдовательно, и по одному подозрѣнію задерживать и приводить всякаго. Это право формулировано столь безусловно, что равносильно полному произволу. Не регулирована ни продолжительность задержанія, ни отвѣтственность за него, ни достовѣрность подозрѣнія, ни, наконецъ, величина преступленія, за которое можетъ производиться задержаніе. Излишне вдаваться въ подробное толкованіе этого разъясненія, недостаточность кото-

раго бросается въ глаза. Мы можемъ только въ заключеніе сказать, что права гражданъ отъ произвольныхъ посягательствъ, со стороны окружающихъ, совершенно неограждены, что законъ не поставилъ даже себѣ этого вопроса, а практика предоставила все усмотрѣнію полиціи, къ которой приводится задержанный и которая является, такимъ образомъ судьей правильности задержанія. Къ счастью, произволъ по арестованію „въ униженной духомъ" средѣ обывателей по отношенію другъ къ другу довольно рѣдокъ.

Вопросъ о спеціально полицейскомъ арестѣ является значительно болѣе сложнымъ, вслѣдствіе того, что законодатель, не создавъ спеціальнаго института, ввелъ въ законъ нѣсколько противорѣчивыхъ и отрывочныхъ постановленій, изъ разсмотрѣнія которыхъ трудно вывести какое либо ясное заключеніе.

Если бы кто либо захотѣлъ познакомиться съ русскимъ правомъ полицейскаго ареста только на основаніи тѣхъ предположеній и мотивовъ, которые имѣлъ въ виду законодатель въ общихъ положеніяхъ 1862 г., онъ бы пришелъ къ пріятному заключенію, что въ основу рѣшенія вопроса положены правовыя начала западно - европейскаго права. Большинство авторовъ, даже наиболѣе авторитетныхъ, пребываетъ въ такой увѣренности, излагая, какъ дѣйствующее право предположенія законодателя, а не осуществленныя въ законѣ нормы.

Ст. 45 общихъ правилъ, Высочайше утвержденныхъ 29 сентября 1862 г., устанавливаетъ, что „обвиняемый, подвергнутый задержанію, долженъ быть допрошенъ непремѣнно въ теченіе сутокъ"; ст. 33 тѣхъ-же правилъ гласитъ: „полиція производитъ только дознанія о преступленіяхъ и можетъ, при производствѣ дознаній, задерживать подозрѣваемыхъ въ случаяхъ, закономъ опредѣленныхъ, немедленно увѣдомляя судебнаго слѣдователя и прокурора о задержаніи". Болѣе подробнымъ образомъ эти случаи опредѣлены не были. Составители устава угол. суд. въ объяснительной запискѣ, поэтому, занялись этимъ вопросомъ и пришли

къ заключенію, которое такъ выражено въ объяснительной запискѣ (1863 г. стр. 133): „чтобы оградить личную свободу частныхъ лицъ, право задержанія полиціей ограничено случаями, когда съ вѣроятностью можно предположить виновность подозрѣваемаго лица". Такими случаями были признаны случаи, указанные въ шести пунктахъ ст. 257 уст. угол. суд. Однако, разсуждая такъ, составители устава впали въ губительное заблужденіе, смѣшавъ вновь создаваемый институтъ *полицейскаго ареста* со *слѣдственными* дѣйствіями, которыя полиція принимаетъ въ отсутствіе судебной власти. Такъ, непосредственно передъ приведенной выдержкой въ объяснительной запискѣ 1863 г. мы находимъ: „Безъ ущерба для справедливости и дѣлу, въ виду могущаго послѣдовать сокрытія преступника или слѣдовъ преступленія, нельзя устранить полицію отъ принятія первоначальныхъ мѣръ изслѣдованія и потому необходимо возложить на нее обязанность, за отсутствіемъ слѣдователя, принимать нѣкоторыя слѣдственныя дѣйствія, не терпящія никакого отлагательства (ст. 256). Къ числу такихъ дѣйствій принадлежитъ и *задержаніе* подозрѣваемыхъ". Въ этомъ отрывкѣ, какъ мы видимъ, задержаніе уже относится не къ дознанію, какъ указано въ основныхъ положеніяхъ 1862 г., а къ слѣдственнымъ дѣйствіямъ, въ которыхъ слѣдователь, органъ судебный, замѣняется полиціей. На причинахъ и послѣдствіяхъ такой роковой ошибки мы подробно остановимся, пока же въ двухъ словахъ охарактеризуемъ ту систему, которую имѣлъ въ виду ввести въ уставъ законодатель. Судя по выставленнымъ принципамъ, это была система, весьма приближающаяся къ французской, времени первой республики. Если придерживаться только предположеній законодателя, то можно думать, что эта система дѣйствительно осуществлена въ нашемъ уставѣ, но при ближайшемъ разсмотрѣніи намъ предстоитъ большое разочарованіе [1]).

[1]) Изъ русскихъ процессуалистовъ только проф. И. Я. Фойницкій, кромѣ обычной въ нашей литературѣ буквальной передачи содержанія ст. 257 уст. угол. суд., высказываетъ взглядъ на общую постановку полицейскаго ареста: „Для предупрежденія опасности побѣга полиціи, какъ нормальному органу до-

Предположенія законодателя ни для кого не обязательны. Граждане считаются лишь съ тѣмъ, что нашло выраженіе въ изданномъ и обнародованномъ законѣ. Они должны повиноваться нормамъ, выраженнымъ въ установленной формѣ, а желанія, хотя и занесенныя на бумагѣ, могутъ имѣть значеніе лишь для будущихъ законодателей, которые сумѣютъ оцѣнить мотивы, руководившіе прежнимъ законодателемъ, и судить о ихъ примѣнимости въ будущемъ. Разбираемый нами случай представляетъ любопытнѣйшій примѣръ полнаго разногласія мыслей законодателя съ ихъ осуществленіемъ, явившагося результатомъ слѣпого слѣдованія старымъ укоренившимся общимъ взглядамъ.

Въ уставѣ угол. суд. къ полицейскому аресту относятъ 2 статьи: ст. 51—для мировой юстиціи и ст. 257—для дѣлъ, подсудныхъ общимъ судебнымъ установленіямъ. Съ перваго взгляда обѣ статьи могутъ показаться неотносящимися къ данному вопросу: въ первой изъ нихъ говорится *о приводѣ* полиціей, во второй *о мѣрахъ пресѣченія*, слово „задержаніе“ и не упоминается въ нихъ. Термины эти имѣютъ опредѣленное значеніе въ законѣ: первый примѣняется для обозначенія особаго вида судебнаго приказа о представленіи въ судъ (ст. 399), второй—для обозначенія принимаемыхъ по суду мѣръ обезпеченія неуклоненія обвиняемаго [1]).

знанія, принадлежитъ право привода обвиняемаго и задержанія его, если слѣдователь отсутствуетъ. Во всякомъ случаѣ подозрѣваемый, полиціей задержанный, долженъ быть подвергнутъ первоначальному допросу въ теченіе не свыше 24 час. слѣдователемъ или, при отсутствіи его, полиціею и слѣдователю принадлежитъ повѣрка распоряженія полиціи о личномъ задержаніи“. (Курсъ. т. II. стр. 403). Не трудно видѣть, что изложенное есть почти точное воспроизведеніе предположеній законодателя, насколько оно соотвѣтствуетъ дѣйствующему праву, мы увидимъ ниже.

[1]) Принятое въ уставѣ 1864 г. и сохраненное въ проектѣ 1900 г. названіе „мѣръ пресѣченія обвиняемому способовъ уклоняться отъ слѣдствія и суда“ (онѣ перечислены въ ст. 416) совершенно не соотвѣтствуетъ сущности и современной постановкѣ этихъ мѣръ. Прежде всего „пресѣченіе“ совсѣмъ не отвѣчаетъ цѣли обезпеченія личности. Какъ опредѣляетъ угол. уложеніе (Объяснит. записка 1897 г. глава о злоупотребленіяхъ службою стр. 148), „выраженіе пресѣченіе имѣетъ въ виду покушеніе на совершеніе вплоть до выполненія преступникомъ послѣдняго дѣйствія или до прекращенія имъ его длящейся пре-

Отсутствіе спеціальнаго названія для этого института и обо-

ступной дѣятельности"; оно имѣетъ въ виду прекращеніе уже начавшейся попытки, а не вообще предупрежденіе. Затѣмъ мѣры обезпеченія въ настоящемъ ихъ видѣ совсѣмъ не „пресѣкаютъ" обвиняемому способы уклоненія. Напр., находящійся на порукахъ или давшій подписку о невыѣздѣ имѣетъ всевозможные способы для уклоненія. Даже взятый подъ стражу не лишенъ ихъ. Съ другой стороны понятіе способовъ уклоненія весьма широко; его не обнимаютъ мѣры обезпеченія. Подъ понятіе способовъ пресѣченія неуклоненія подойдутъ и организація тюремъ и постановка защиты на предварительномъ слѣдствіи, и тайна предварительнаго слѣдствія, и организація полиціи, и постановка розысканія преступниковъ, и сыскная полиція, и много другихъ самыхъ разнообразнѣйшихъ условій—все это мѣры, направленныя къ пресѣченію способовъ уклоненія отъ суда. Вообще, даже „мѣры пресѣченія", приспособленныя къ отдѣльнымъ случаямъ, не допускаютъ строгаго опредѣленія. Въ томъ же проектѣ о злоупотребленіяхъ службою, въ объясн. зап. къ уложенію 1903 г. указывается: „что же касается до общихъ мѣръ предупрежденія и *пресѣченія*, то подъ ними слѣдуетъ понимать не только мѣры, указанныя въ законѣ (т. II. уст. о пред. и пресѣч. преступл.), *но вообще всѣ тѣ мѣры, употребленіе коихъ не возбраняется служащему*, какъ вытекающихъ изъ самихъ условій его служебной дѣятельности и обстоятельствъ даннаго случая" (затѣмъ идетъ длинное примѣрное перечисленіе). Какъ видно, понятіе мѣръ пресѣченія настолько широко, что не поддается частному опредѣленію, примѣненіе ихъ допускаетъ весьма значительный произволъ, дозволяя дѣлать все, невапрещенное закономъ. Пресѣченіе способовъ уклоненія также допускаетъ такой широкій произволъ дѣятельности. Съ одной стороны это понятіе слишкомъ широко, включая множество различныхъ сыскныхъ мѣръ, которыя можетъ принимать полиція (но не судья, занимающійся дѣятельностью рѣшенія, но не полицейскими функціями пресѣченія), съ другой стороны оно слишкомъ узко, оставляя внѣ себя мѣры психологическаго характера. Причиной принятія такого названія въ Сводѣ 1833 года была тогдашняя постановка этихъ мѣръ. Эти мѣры *вѣдались полиціей* и были *исключительно принудительнаго* характера, имѣя цѣлью—содержаніе обвиняемаго въ полиціи или тюрьмѣ, за поручителемъ. Общая же дѣятельность полиціи есть предупрежденіе и пресѣченіе. Подслѣдственное содержаніе подъ стражей и разсматривалось какъ видъ общей дѣятельности пресѣченія, на томъ основаніи, что при арестованіи играла главную роль полицейская цѣль безопасности—пресѣченіе всякой дѣятельности обвиняемаго посредствомъ принудительнаго содержанія; а при господствѣ общей презумпціи, что „свойство обвиняемыхъ есть бѣгать отъ суда", такое содержаніе являлось „пресѣченіемъ способовъ". Такимъ образомъ названіе „мѣры пресѣченія способовъ уклоненія" имѣетъ чисто историческій характеръ и сохраняется отъ эпохи смѣшенія юстиціи и полиціи. Теперь мѣры воспрепятствованія уклоненію носятъ во многомъ иной характеръ, изъ полицейскихъ онѣ стали судебными, изъ чисто принудительныхъ—и психологическими. Отъ самого названія вѣетъ архаизмомъ и непріятнымъ воспоминаніемъ дореформенной эпохи. Не мѣшало бы и въ проектѣ, составленномъ въ XX столѣтіи, выбросить этотъ пережитокъ полицейской эпохи. Это обозначеніе имѣетъ далеко не одно только словесное значеніе. Какъ мы увидимъ, такое названіе оказало существенное вліяніе, незамѣтно для самихъ составителей, на

значеніе его двумя различными именами сразу вызвало рядъ ошибокъ [1]).

постановку полицейскаго ареста и мѣръ обезпеченія. Самое названіе внушаетъ мысль не о скрывающихся за нимъ важныхъ правахъ на свободу, а о полицейской дѣятельности въ интересахъ безопасности.

Эти соображенія заставили насъ отказаться отъ употребленія этого устарѣвшаго термина. Въ самомъ законѣ, а еще болѣе у отдѣльныхъ процессуалистовъ, видно стараніе отказаться отъ этого термина. Кистяковскій постоянно называетъ мѣры пресѣченія—*мѣрами предупрежденія*; однако это названіе позволяетъ ихъ смѣшивать съ полицейскими мѣрами предупрежденія преступленій. Случевскій называетъ ихъ *„мѣрами обезпеченія исполненія обязанностей лицами, вызываемыми къ суду"*—однако это названіе болѣе широко, притомъ неуклоненіе нельзя разсматривать только какъ обязанность обвиняемыхъ. Западные ученые, а также И. Я. Фойницкій называютъ ихъ мѣрами судебнаго принужденія (Zwangsmittel), очевидно подъ вліяніемъ теоріи о мѣрахъ обезпеченія, какъ о подслѣдственномъ заключеніи и его суррогатѣ поручительствѣ и залогѣ. Допустивъ самостоятельное положеніе мѣръ психологическаго характера, мы должны признать, что названіе—„принудительныя мѣры" не покрываетъ всего содержанія этихъ мѣръ, а также оно захватываетъ и другія принудительныя мѣры (обыскъ, выемку и пр.). Неудобно назвать ихъ и *мѣрами обезпеченія явки*, потому что нѣкоторыя мѣры не обезпечиваютъ явки, какъ активнаго поступка обвиняемаго (напр., отобраніе подписки о невыѣздѣ или полицейскій надзоръ), но лишь неуклоненіе, какъ воздержаніе отъ совершенія извѣстныхъ дѣйствій. Обезпеченіемъ явки являются штрафъ, приводъ, угроза арестомъ. *Въ самомъ законѣ* мѣры пресѣченія называются различно. Въ ст. 417, 418, 419 онѣ названы мѣрами обезпеченія; въ ст. 893 п. 3 онѣ названы мѣрами для воспрепятствованія подсудимому уклоняться отъ слѣдствія и суда. И въ проектѣ есть отступленія отъ общаго обозначенія. Такъ въ примѣчаніи къ ст. 343 эти мѣры названы мѣрами обезпеченія неуклоненія отъ слѣдствія и суда—названіемъ, которое намъ кажется наиболѣе цѣлесообразнымъ. Мы только замѣнили бы слова отъ слѣдствія и суда однимъ словомъ—отъ правосудія. Въ обозначеніи—слѣдствія и суда—находится и нѣкоторый плеоназмъ. Слѣдствіе можетъ включать какъ предварительное, такъ и судебное слѣдствіе. Съ другой стороны при расширеніи дознанія и ограниченіи слѣдствія, такое обозначеніе будетъ слишкомъ узкимъ; то же замѣчаніе можно сдѣлать и относительно мировой юстиціи. Удобнѣе, не разбивая на отдѣльныя стадіи, обозначить цѣль этихъ мѣръ, какъ неуклоненіе отъ единаго акта—правосудія. Вмѣстѣ съ тѣмъ предлагаемое нами названіе—*мѣры, обезпечивающія неуклоненіе обвиняемаго отъ правосудія*,—менѣе громоздко, чѣмъ старое.

Мы, можетъ быть, слишкомъ долго остановились на вопросѣ о наименованіи, но намъ казался онъ важнымъ для точнаго опредѣленія различныхъ видовъ ареста и другихъ мѣръ, въ виду господствующаго въ судебныхъ уставахъ и нисколько не исправленнаго въ проектѣ смѣшенія дѣятельности полиціи и юстиціи въ этой области.

[1]) Такъ ст. 51 дала поводъ И. Тарасову. (Полицейскій арестъ, какъ мѣра безопасности, т. II. вып. 2 стр. 259) считать приводъ мѣрой пресѣченія

Наша первая обязанность—доказать, что подъ приводомъ ст. 51 слѣдуетъ разумѣть предварительный арестъ. Статья эта гласитъ: „При сообщеніи мировому судьѣ о преступномъ дѣйствіи, обвиняемый можетъ быть приводимъ въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда застигнутый при совершеніи проступка неизвѣстенъ полиціи и не представитъ удостовѣренія о своемъ имени, фамиліи и мѣстѣ жительства и 2) когда по дѣламъ о преступныхъ дѣйствіяхъ, за которыя въ законѣ положено заключеніе въ тюрьмѣ или наказаніе болѣе строгое [1]) есть поводъ опасаться, что обвиняемый скроется или уничтожитъ слѣды преступнаго дѣйствія". Ст. 62 категорически указываетъ, что приводъ долженъ совершаться не иначе, какъ по формальной повѣсткѣ. Въ данномъ случаѣ совершенно невозможно предположить наличности ея, при неизвѣстности имени, фамиліи и мѣстожительства обвиняемаго; кромѣ того этотъ приводъ происходитъ *при* сообщеніи мировому судьѣ о преступномъ дѣйствіи, слѣдовательно до того мировой судья, не зная о совершившемся, не могъ и издать соотвѣтственной повѣстки. Хотя въ ст. 51 и не обозначенъ органъ, которому предоставляется право привода, но изъ контекста статей и изъ содержанія п. 1 этой статьи легко заключить, что таковымъ является полиція. Ясно, такимъ образомъ, что ст. 51 говоритъ не о приводѣ, а о какомъ-то другомъ институтѣ (полицейскомъ арестѣ), не получившемъ спеціальнаго обозначенія въ уставѣ [2]). Въ дальнѣйшемъ мы

и рекомендовать внести его въ ст. 416 уст. угол. суд. Съ другой стороны въ приведенномъ отрывкѣ „Курса" проф. Фойницкаго право полиціи по ст. 257 называется приводомъ. Практика также слѣдуетъ постоянно этой путаницѣ.

[1]) Несмотря на то, что вѣдѣнію мирового судьи подлежатъ дѣла, по которымъ высшимъ наказаніемъ является тюрьма, однако нѣкоторые проступки, караемые и высшимъ наказаніемъ, передаются ему въ видахъ склоненія сторонъ къ миру. Этого не принимаютъ во вниманіе нѣкоторые, напр., Павловскій (Мѣры пресѣченія Жур. Мин. Юст. 1897 г.).

[2]) Подъ ст. 51 въ уст. угол. суд., изданномъ госуд. канцеляріей приведены слѣдующіе мотивы: „Для предупрежденія уклоненія отъ суда обвиняемыхъ въ важныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, мировому судьѣ дозволено распорядиться о приводѣ его безъ предварительнаго вызова (объясн. зап. 1863 г. стр. 55)". Это очевидная ошибка. Данное мѣсто относится къ ст. 61, гласящей о приводѣ по

разсмотримъ, насколько правильно опредѣленъ въ этой статьѣ объемъ власти полиціи по арестованію безъ предварительнаго приказа судьи.

Въ дѣлахъ, подсудныхъ общимъ судебнымъ установленіямъ, по которымъ производится предварительное слѣдствіе, власть полиціи опредѣлена ст. 256 и 257. Въ виду важности подробнаго разбора этихъ статей, приведу дословно каждую. „До прибытія судебнаго слѣдователя полиція принимаетъ мѣры, необходимыя для того, чтобы предупредить уничтоженіе слѣдовъ преступленія и пресѣчь подозрѣваемому способы уклоняться отъ слѣдствія“ (ст. 256). „Полиція принимаетъ мѣры къ пресѣченію подозрѣваемому способовъ уклоняться отъ слѣдствія въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда подозрѣваемый застигнутъ при совершеніи преступнаго дѣянія или тотчасъ послѣ его совершенія; 2) когда потерпѣвшіе отъ преступленія или очевидцы укажутъ прямо на подозрѣваемое лицо; 3) когда на подозрѣваемомъ или въ его жилищѣ найдены будутъ явные слѣды преступленія; 4) когда вещи, служащія доказательствомъ преступнаго дѣянія, принадлежатъ подозрѣваемому или оказались при немъ; 5) когда онъ сдѣлалъ покушеніе на побѣгъ или пойманъ во время или послѣ побѣга и 6) когда подозрѣваемый не имѣетъ постояннаго жительства или осѣдлости (ст. 257)“. Къ этому законъ добавляетъ (ст. 259), что „въ случаяхъ, означенныхъ въ ст. 257, полиція соблюдаетъ во всей точности правила, постановленныя для предварительнаго слѣдствія“. Тѣ же права предоставлены волостнымъ и сельскимъ начальникамъ и другимъ должностнымъ лицамъ, исполняющимъ въ кругу ихъ вѣдомства полицейскія обязанности (ст. 261). Положеніемъ 19 мая 1871 г. списокъ этотъ пополнился чинами дополнительнаго штата жандармскихъ управленій и чинами уѣзныхъ жандармскихъ управленій (ст. 261²), которые могутъ принимать эти мѣры

повѣсткѣ мирового судьи, а не о приводѣ полиціей по ст. 51. Ошибка эта характерна, указывая на то, что смѣшеніе понятій съ самаго начала породило спутанность. Эта же ошибка повторена и во второмъ изданіи уставовъ, изд. государственной канцеляріи (ч. 2 стр. 54).

лишь до прибытія полиціи. По дѣламъ же, совершающимся въ районѣ желѣзныхъ дорогъ, жандармскіе чины имѣютъ всѣ права общей полиціи (ст. 261[9]). Закономъ 7 іюня 1904 г. ст. 1035[11] эти же права предоставлены лицамъ, производящимъ дознаніе по государственнымъ преступленіямъ (т. е. военному и морскому начальству и офицерамъ корпуса жандармовъ).

Сравнивая приведенные нами выше мотивы съ изложенными постановленіями, можно замѣтить слѣдующее, противорѣчащее мотивамъ нововведеніе: вмѣсто *права задержанія*, полиціи дано *право принимать мѣры пресѣченія*, т. е. тѣ мѣры, которыя перечислены въ ст. 416. Такое расширеніе, не вполнѣ, можетъ быть, даже сознательное, явилось прямымъ результатомъ взгляда на арестъ, какъ на слѣдственное дѣйствіе, а не какъ на особый институтъ. Составителямъ устава пришлось оперировать съ понятіями и привычками дореформенной эпохи, когда мѣры пресѣченія принимались полиціей и имѣли въ виду принудительное содержаніе подъ стражей. Полиція являлась также слѣдственнымъ органомъ, а потому не существовало никакого законодательнаго различія между мѣрами предварительными и мѣрами слѣдственными. Какъ извѣстно, предварительное слѣдствіе было реформировано раньше измѣненія всего судебнаго строя наказомъ судебнымъ слѣдователямъ 8 іюня 1860 г. Существеннымъ измѣненіемъ послѣдняго была замѣна полиціи судебными слѣдователями, однако съ сохраненіемъ всего дореформеннаго построенія и съ сохраненіемъ за полиціей довольно значительной сферы слѣдственной дѣятельности. Общія начала 1862 г., отрѣшившись отъ стараго, указали и правовыя основанія построенія судебной системы, однимъ изъ которыхъ было положеніе, приведенное выше (ст. 33), предоставлявшее полиціи право *задержанія* только во время *дознанія*. Однако составители устава уг. суд., исходя изъ соображеній о неудобствѣ полной передѣлки закона, изданнаго два года тому назадъ, несмотря на его противорѣчіе съ новымъ судебнымъ строемъ, внесли изъ наказа въ уставъ большую часть существовавшихъ тамъ постановленій. Вслѣд-

ствіе этого, какъ выражается А. Соколовъ [1]), „постановленія о предварительномъ слѣдствіи оказались вшитыми бѣлыми нитками въ уставъ и противорѣчащими его общимъ началамъ". Вшита была также и ст. 257, вполнѣ относящаяся къ дореформенному процессу. Предположенія и мотивы законодателя такъ и остались предположеніями, а въ дѣйствительности сохранилось полицейское самовластье.

Взглядъ на принятіе полиціей „мѣръ пресѣченія", какъ на слѣдственное дѣйствіе, очень сильно подчеркнуть въ уставѣ: сами мѣры названы „мѣрами противъ уклоненія отъ *слѣдствія*", при принятіи ихъ полиція должна соблюдать всѣ правила предварительнаго слѣдствія, самая статья 257 помѣщена въ отдѣленіи объ участіи полиціи въ производствѣ предварительнаго слѣдствія и т. д. (общія начала говорили, наоборотъ, о дознаніи) [2]). Насколько этотъ рѣзко противорѣчивый взглядъ можетъ быть проведенъ послѣдовательно, это мы увидимъ далѣе, здѣсь же укажемъ, что вслѣдствіе этого полиція поставлена на пьедесталъ судебной власти. Правило, по которому судебно-слѣдственныя дѣйствія могутъ быть предпринимаемы только судьей (и даже не прокуратурой), служитъ однимъ изъ главнѣйшихъ основаній судебнаго строя. Влагая въ грубую руку исполнительной власти нѣжные вѣсы судейской оцѣнки, мы должны заранѣе отказаться отъ всякаго довѣрія къ указаніямъ этихъ вѣсовъ. Тамъ, гдѣ внутреннія качества судьи регулируютъ процессъ, тамъ менѣе всего пригодна подчиненная дѣятельность полицейскаго.

Если законъ предоставилъ полиціи право принимать всѣ мѣры пресѣченія (а это право не предоставлено даже мировому судьѣ), то практика обнаруживала тенденцію огра-

---

[1]) А. Соколовъ. Основные принципы предварительнаго слѣдствія. 1897. стр. 176.

[2]) Этотъ взглядъ прочно утвердился и на практикѣ. Такъ Мордухай-Болтовской. Руководство чиновъ полиціи и жандармовъ 1875 стр. 122: „Въ случаяхъ ст. 257 при задержаніи подозрѣваемыхъ полицейскіе и жандармскіе чины должны руководиться тѣми же правилами, которыя установлены для слѣдователей, потому что они какъ бы замѣняютъ слѣдователя въ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, такъ какъ при дознаніи арестовъ не производится".

ничиться одною, собственно только и допустимою мѣрою — взятіемъ подъ стражу или задержаніемъ. Въ одномъ изъ раннихъ своихъ рѣшеній Общее Собраніе департаментовъ Сената указало: „изъ ст. 415 и 416 видно, что всѣ исчисленныя въ нихъ мѣры могутъ быть примѣняемы только относительно лицъ, привлеченныхъ установленнымъ порядкомъ къ слѣдствію въ качествѣ обвиняемыхъ, и то не иначе, какъ по снятіи допроса (ст. 398), такъ какъ до этого можетъ быть только приводъ или призывъ“ (О. С. 1872). Понимая подъ приводомъ и полицейскій арестъ, какъ въ ст. 51, мы можемъ заключить, что Сенатъ совершенно отвергъ право полиціи по ст. 257 на принятіе другихъ мѣръ пресѣченія. Однако такое толкованіе явно противорѣчитъ этой статьѣ, хотя и покоится на соображеніяхъ, правильно извлеченныхъ изъ другихъ статей. Очевидно, это—слѣдствіе неразрѣшимаго противорѣчія. Въ другомъ рѣшеніи (84/22) Сенатомъ разъяснено, что „полицейскіе чиновники, по свойству своихъ обязанностей получая отъ потерпѣвшихъ или отъ очевидцевъ первыя свѣдѣнія о совершеніи преступленія, нерѣдко и застигая совершителя при самомъ совершеніи преступнаго дѣянія или тотчасъ же послѣ его совершенія (ст. 256, 257), обязаны озаботиться пресѣченіемъ лицу, совершившему преступленіе, способовъ уклоняться отъ отвѣтственности, а для того представляется необходимымъ хотя временно задержать его для составленія протокола и для удостовѣренія его личности и мѣста жительства, если таковыя неизвѣстны; когда же виновный скрывается, то полиція обязана розыскать его и передать въ руки правосудія“. И въ этомъ рѣшеніи указывается лишь на право временнаго задержанія полиціей, хотя основаній для такого стѣснительнаго толкованія не приводится.

Практика, имѣя за собой ясное постановленіе закона, не отказывается отъ примѣненія, правда, въ довольно рѣдкихъ случаяхъ, различныхъ мѣръ обезпеченія [1]). Въ боль-

[1]) Въ Трудахъ Высочайше учрежденной коммисіи 1897 г. (т. II. Свода ревизіонныхъ отчетовъ. стр. 117) указывается, что кромѣ ареста и отобранія подписки и вида на жительство, полиція примѣняетъ рѣдко залогъ и поручитель-

шинствѣ случаевъ примѣняется взятіе подъ стражу въ томъ или иномъ видѣ и отобраніе подписки въ неотлучкѣ или вида на жительство. Частое примѣненіе двухъ послѣднихъ мѣръ объясняется тѣмъ, что для полиціи ст. 256, 257 установлена обязательность принятія какой либо мѣры („полиція принимаетъ" въ проектѣ 1900 г. ст. 117—„полиція можетъ принимать"). Поэтому въ случаяхъ болѣе важныхъ она всегда заключаетъ подъ стражу, а когда не представляется опасеній къ побѣгу и подозрѣваемый могъ бы быть оставленъ на свободѣ безъ всякой мѣры обезпеченія, она прибѣгаетъ къ другимъ мѣрамъ [1]), создавая этимъ излишнія стѣсненія [2]). Предоставленіе полиціи права на отобраніе подписки и вида на жительство можетъ весьма стѣснять свободу гражданъ, такъ какъ въ зависимость отъ усмотрѣнія полиціи ставится свобода передвиженія, а во второмъ случаѣ полиція можетъ лишать лицъ несостоятельныхъ возможности пріискать себѣ работу. Въ ст. 117 проекта нов. ред. 1900 г. „мѣры пресѣченія" фигурируютъ по прежнему, но съ оговоркою, что полиціи предоставлено лишь право заключенія подъ стражу и отобранія подписки о невыѣздѣ. Однако, при установленіи необязательности принятія мѣръ обезпеченія, вторая мѣра почти равна по своему значенію простому обязанію явкою къ правосудію, и слѣдовательно *вся дѣятельность полиціи сводится къ аресту*, который, однако, долженъ быть построенъ на совершенно другихъ началахъ, нежели то сдѣлали составители проекта 1900 г.

ство; домашній арестъ не примѣняется никогда. Такимъ образомъ принимаются наиболѣе стѣснительныя мѣры обезпеченія, льготныя же отсутствуютъ. Но кромѣ того полицейское задержаніе проявляется въ рядѣ особыхъ мѣръ, какъ „присмотръ надлежащаго общества, нахожденіе безотлучно на полицейскомъ дворѣ или на глазахъ у полицейскаго служителя и др." Ставить эти формы на ряду съ судебными мѣрами обезпеченія не приходится, онѣ, наоборотъ, показываютъ, что, несмотря на законъ, дѣятельность полиціи фактически сводится къ задержанію.

[1]) Мордухай-Болтовской. Руководство. стр. 227.

[2]) Сводъ ревизіонныхъ отчетовъ (т. II. стр. 113) указываетъ, что арестъ является общимъ правиломъ. Въ отчетахъ судовъ (стр. 117) указывается, что замѣтна излишняя строгость чиновъ полиціи при избраніи мѣръ пресѣченія.

Другимъ результатомъ взгляда на предварительный арестъ, какъ на слѣдственную мѣру, явилась ст. 259, предписывающая *соблюденіе полиціей всѣхъ правилъ предварительнаго слѣдствія* при принятіи мѣръ обезпеченія. Столь общая обязанность едва ли выполнима для полиціи: полиція по существу своей дѣятельности не можетъ принимать во вниманіе обстоятельства, указанныя въ ст. 421, или требовать согласія прокурора для назначенія содержанія подъ стражей и т. д. Ст. 259 имѣла въ виду только указать: 1) на необходимость принимать мѣры обезпеченія въ соотвѣтствіи съ тяжестью преступнаго дѣянія (ст. 418 — 420), 2) на обязательность составленія постановленія о заключеніи подъ стражу (ст. 340) и 3) на тѣ виды мѣръ, которыя можетъ принимать полиція для обезпеченія неуклоненія съ соблюденіемъ соотвѣтственныхъ формальностей (ст. 416 сл.).

Всѣ процессуалисты единогласно признаютъ обязательнымъ для полиціи соблюденіе правилъ ст. 418—420 о запрещеніи принять мѣры обезпеченія, сопряженныя съ лишеніемъ свободы, въ случаяхъ, когда грозитъ наказаніе, не достигающее извѣстной тяжести. Дѣйствительно, ст. 259 ясно указываетъ на это [1]). Однако нѣкоторое сомнѣніе возникаетъ при сопоставленіи ст. 257 съ ст. 51. Послѣдняя статья предоставляетъ полиціи право ареста за всякое преступное дѣ-

---

[1]) Лица, производящія дознаніе по государственнымъ преступленіямъ, могутъ заключать подъ стражу обвиняемыхъ и въ менѣе тяжкихъ, чѣмъ указанныя въ ст. 419, дѣяніяхъ, однако подъ условіемъ необходимости этой мѣры для предупрежденія сношеній и немедленнаго извѣщенія о томъ прокурора, когорый можетъ письменно предложить объ отмѣнѣ ея (до закона 1904 г. требовалось, чтобы предложеніе исходило отъ прокурора палаты и было изложено въ письменной формѣ). Это постановленіе можетъ служить образцомъ предоставленной полиціи власти. Съ правовой точки зрѣнія въ немъ можно замѣтить слѣдующія несообразности: 1) право полиціи на арестъ должно быть обусловлено опасностью промедленія и затруднительностью получить судебный приказъ; въ данномъ случаѣ оно разсматривается какъ нормальная дѣятельность полиціи; 2) извѣщеніе прокурора о принятіи мѣръ составляетъ общую обязанность полиціи (ст. 250, 488), прокуроръ всегда можетъ отмѣнить принятую полиціи мѣру, здѣсь же право его ограничено: онъ можетъ только *письменно предложить* объ отмѣнѣ; 3) совершенно не указано срока дѣйствія этой мѣры; она разсматривается скорѣе не какъ мѣра представленія въ судъ, а какъ мѣра, обезпечивающая неуклоненіе.

яніе (даже проступокъ) при неизвѣстности личности подозрѣваемаго и при опасеніи побѣга или сокрытія слѣдовъ,— за преступныя дѣянія, обложенныя наказаніемъ не ниже тюрьмы. Между тѣмъ по ст. 257 полиція уполномочена на арестованіе только при преступныхъ дѣяніяхъ, влекущихъ лишеніе всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особыхъ правъ и преимуществъ. Это различіе въ объемѣ права полиціи на арестъ въ зависимости отъ подсудности преступленія не можетъ не вызвать большихъ недоумѣній. Если дѣятельность полиціи поставлена въ надлежащія границы, то ограничивать арестъ только случаями, указанными въ ст. 419, нѣтъ основаній. Нигдѣ на Западѣ дѣятельность полиціи не поставлена въ такія тѣсныя рамки. Практика, хотя формально и ссылается на ст. 419, однако фактически совершенно не слѣдуетъ ей. Ревизіонные отчеты [1]) указываютъ, что въ полицейскихъ постановленіяхъ о взятіи подъ стражу „очень часто встрѣчается неправильная квалификація преступленій", вслѣдствіе чего часты недопустимые по закону случаи заключенія подъ стражу. Да и трудно требовать отъ современной полиціи такого знанія уголовнаго уложенія, которое допускало бы легкое подведеніе какого либо преступнаго дѣянія подъ опредѣленную статью. Глухо проникавшіе въ печать случаи рисуютъ картину полнаго произвола въ этой области [2]). Наличность ст. 51 легко позволяетъ подводить подъ нее всѣ случаи, выходящіе за предѣлы ст. 257. Проектъ 1900 г. пытается согласить право ареста въ участковой и въ общей юстиціи, предоставляя въ первомъ случаѣ полиціи право подвергнуть задер-

---

[1]) Труды Высоч. учр. Коммисіи 1897 г. т. II стр. 7.

[2]) Павловскій (Мѣры пресѣченія, Ж. М. Ю. 1897) сообщаетъ, что полиція задержала одного потому, что тотъ во время пожара „стоялъ задумчиво и не принималъ участія въ общемъ тушеніи". 27 іюня 1902 г. Иркутскій судъ разсматривалъ дѣло о становомъ приставѣ Антиповѣ, заключившемъ подъ стражу „для обезпеченія явки" крестьянина Казакова, воспротивившагося назначенію 2000 руб. на жалованіе полиціи (Право, 1902). Приставъ Воробьевъ, „для пресѣченія способовъ уклоненія" арестовалъ на нѣсколько дней всѣхъ жителей сел. Зурнападъ (Русское Богатство, 1902 кн. II). Эти случаи приведены для примѣра; большинство же остается незамѣченнымъ, такъ какъ почти невозможно отличить законное отъ беззаконнаго.

жанію и приводу къ судьѣ лицо, заподозрѣнное въ совершеніи преступнаго дѣянія, въ случаяхъ, указанныхъ въ ст. 117 (соотвѣтствуетъ ст. 257), а также, когда застигнутый при совершеніи преступнаго дѣянія не представитъ удостовѣренія о своемъ имени, мѣстѣ жительства и фамиліи (ст. 1052 пр.). Изъ соединенія ст. 117 и 1052 проекта мы можемъ только вывести то заключеніе, что полиція можетъ арестовывать всегда и за всякія преступныя дѣянія при наличности достаточнаго подозрѣнія! Результатъ далеко не утѣшительный. Разсмотрѣніе законодательствъ запада насъ склоняетъ къ убѣжденію въ необходимости полнаго объединенія права полицейскаго ареста, какъ въ дѣлахъ мировой подсудности, такъ и общей, при полномъ выясненіи (хотя бы по примѣру германскаго права) основаній ареста и тяжести преступныхъ дѣяній, при которыхъ онъ можетъ предприниматься (при грозящемъ наказаніи не ниже тюрьмы). Ссылка на ст. 418—420 такимъ образомъ должна быть признана неудачной и неопредѣленной.

Другимъ основаніемъ для появленія ст. 259 было требованіе составленія полиціей постановленія о принятой ею мѣрѣ. Статьями 430 и 431 предписывается составленіе постановленія о взятіи подъ стражу, а ст. 426—о принятіи залога или поручительства. Въ виду рѣдкости освобожденія полиціей подъ денежное обезпеченіе и безспорной необходимости извѣстнаго постановленія для закрѣпленія вытекающаго отсюда денежнаго отношенія, мы остановимся только на первомъ. Непосредственно на обязательность для полиціи ст. 430 въ уставѣ не указывается, и потому практика, сознавая эту необходимость, выводитъ ее косвеннымъ толкованіемъ. Такъ, Макалинскій [1]) основываетъ обязательность на предписаніи ст. 9, по которой для принятія задержаннаго подъ стражу требуется постановленіе соотвѣтственнаго органа. Кистяковскій [2]) разсуждаетъ лишь съ правно-политической точки зрѣ-

---

[1]) Макалинскій. Руководство для суд. слѣдователей т. 2, стр. 46.

[2]) Кистяковскій. О мѣрахъ пресѣченія 1869.

нія, видя въ этомъ постановленіи необходимую гарантію. Намъ кажется возможнымъ вывести эту обязательность изъ текста самой ст. 430, требующей основаній, по которымъ кто-либо обвиняется или подозрѣвается. Какъ извѣстно, „подозрѣваемымъ“ считается лицо, арестуемое полиціей (ст. 257). Практика признаетъ обязательность особаго постановленія о взятіи полиціей подъ стражу [1]), однако, вмѣсто того, чтобы представлять дѣйствительную гарантію, оно сводится часто къ простой припискѣ къ протоколу о томъ, что „при семъ дѣлѣ препровождается задержанный такой-то“. Несмотря на то, что постановленіе полиціи не есть судебное постановленіе, но лишь мотивировка и законное оправданіе принятой полиціею мѣры (а не формальный документъ для отправленія въ мѣсто заключенія), оно все же имѣетъ существенное значеніе для жалобы на полицію въ случаяхъ неправильности, для провѣрки со стороны слѣдователя или прокурора правильности принятой мѣры и для оцѣнки основаній ея отмѣны или сохраненія. Дѣйствіе этого постановленія у насъ не ограничено срокомъ, и потому имъ устанавливается часто довольно продолжительное задержаніе. Несмотря, однако, на всѣ приведенныя соображенія нельзя признать правильнымъ требованіе отъ полиціи составленія постановленія посредствомъ простой ссылки на ст. 430, т. е. приравненіе его къ постановле-

---

[1]) Мордухай-Болтовской. (Руководство чинамъ полиціи, стр. 126) приводитъ образцы формъ постановленій полиціи объ арестѣ: „Дата. Сего числа мною, приставомъ такимъ то, задержанъ такой-то по причинѣ такой-то. Имѣя въ виду, что на основаніи ст. 257 уст. угол. суд. означенное лицо подлежитъ задержанію, приставъ за отсутствіемъ судебнаго слѣдователя и руководствуясь 258 и 259 ст. уст. угол. суд. постановилъ на основаніи ст. 419 и 430 подвергнуть упомянутое лицо предварительному аресту въ полицейскомъ домѣ; настоящее постановленіе согласно съ 431 ст. уст. угол. суд. предъявить обвиняемому и копію съ него препроводить смотрителю полицейскаго дома“. Въ этомъ полицейскомъ „образцовомъ“ постановленіи обращаетъ вниманіе на себя слѣдующее: по ст. 257 признается обязательнымъ задержаніе, а не принятіе вообще какой-либо мѣры пресѣченія, какъ то требуетъ законъ (приставъ вовсе не должен былъ именно задержать); затѣмъ для принятія означенной мѣры признается достаточнымъ одно отсутствіе судебнаго слѣдователя безъ дальнѣйшихъ основаній; постановленію полиціи о взятіи подъ стражу придается значеніе одинаковое съ постановленіемъ власти судебной.

нію судебному. Запись въ особую книгу основаній и условій каждаго полицейскаго ареста признается и на Западѣ обязательнымъ (см. выше примѣръ Англіи). И у насъ полицейское постановленіе не предшествуетъ аресту, а слѣдуетъ за нимъ уже послѣ задержанія и привода въ участокъ. Постановленіе становится необходимымъ (согласно ст. 431) только тогда, когда задержанный не приводится къ судьѣ, а оставляется подъ стражей на продолжительное время въ силу полицейскаго распоряженія или, иначе говоря, поскольку полицейская власть переходитъ въ судебную, превращая задержаніе въ подслѣдственное заключеніе. Отсутствіемъ строгаго разграниченія между этими двумя институтами и объясняется требованіе отъ полиціи составленія постановленія, которому совершенно неосновательно присвоены свойства постановленія судебнаго. Стоя на такой точкѣ зрѣнія, мы должны будемъ признать, что прокуроръ или судья не будутъ имѣть права освободить заарестованнаго полиціей и находящагося тамъ нѣсколько мѣсяцевъ, въ силу права, даннаго имъ ст. 10, такъ какъ для задержанія „имѣется постановленіе уполномоченнаго мѣста или лица“. Постановленіе полиціи—совершенно особаго рода актъ, имѣющій особое значеніе для контроля, но отнюдь не постановленіе, обладающее силой судебнаго [1]). Поэтому приравненіе къ слѣдственному дѣйствію ареста полиціей и съ этой точки зрѣнія является совершенно неправильнымъ.

Вопросъ относительно примѣнимости ст. 416 (примѣненіе отдѣльныхъ мѣръ обезпеченія) къ полицейскому аресту нами уже разсмотрѣнъ, и мы пришли къ заключенію, что указаніе на нее—плодъ недосмотра составителей, имѣвшихъ въ виду только одно задержаніе, но поставившихъ вообще мѣры пресѣченія.

Подробнымъ анализомъ ст. 259 мы показали полную ея искусственность, вслѣдствіе совершенно произвольнаго взгляда на полицейскій арестъ, какъ на слѣдственную мѣру. Однако мы должны оговориться, что фактически онъ во многомъ сталъ

[1]) При приводѣ по ст. 51 законъ совершенно не упоминаетъ о необходимости постановленія.

таковымъ. Какъ извѣстно, самымъ слабымъ мѣстомъ устава уголовнаго судопроизводства является смѣшеніе розыска, дознанія и предварительнаго слѣдствія [1]). Въ значительномъ большинствѣ случаевъ полиція производитъ сама предварительное слѣдствіе, а слѣдователь только провѣряетъ ея дѣйствія; иногда онъ ограничивается только просмотромъ основаній, по которымъ полиція заключила кого либо подъ стражу, и санкціонируетъ ихъ своимъ авторитетомъ. Понятно, поэтому, что ст. 257 при такихъ условіяхъ сдѣлала изъ полиціи органъ, назначающій подслѣдственное заключеніе, совершенно приравняла ее къ власти судебной, предоставивъ заключенному даже меньше способовъ обжалованія, чѣмъ по

---

[1]) Мы лишены возможности вдаваться въ подробное обсужденіе этого вопроса, приведемъ поэтому лишь компетентные отзывы нѣкоторыхъ лицъ: К в а ч е в с к і й. (Объ уголовномъ преслѣдованіи т. II, стр. 127). „Хотя наказомъ полиціи и учрежденіемъ судебныхъ слѣдователей дознаніе и слѣдствіе переданы въ различныя руки, но между ними не сдѣлано строгаго разграниченія, отъ чего и весь трудъ изслѣдованія преступленія переходилъ къ одному слѣдователю или становился ему не по силамъ, или же полиція вмѣсто дознанія производила слѣдствіе, нарушала предѣлы, ей принадлежащіе“... Н. О б и н и с к і й: (Спорныя границы полицейскаго дознанія и предв. слѣдствія Юрид. Вѣсти. 1884, стр. 512) „Все, что можетъ быть съ успѣхомъ въ настоящее время предпринято—это точное и ясное разграниченіе тѣхъ функцій, которыя могутъ быть по указаннымъ выше основаніямъ возложены на существующее полицейское дознаніе, отъ тѣхъ, отправленіе коихъ въ силу присущаго имъ характера должно подлежать лишь судебнымъ слѣдователямъ, какъ единственно компетентнымъ въ дѣлѣ лицамъ“. *Коммисія 1894—99 г.* хотя и съ большею точностью намѣтила границы розыска, дознанія и предварительнаго слѣдствія, однако сохранила въ рукахъ полиціи большую слѣдственную власть (Объяснит. Записка 1900 г. т. II, стр. 200). Какъ показываютъ *ревизіонные отчеты* (т. II стр. 7 сл.), практика не проводитъ различія между дѣйствіями по ст. 258 (т. е. слѣдственными, въ отсутствіе слѣдователя) и дѣйствіями внѣ этой статьи. Самая же дѣятельность полиціи характеризуется ими слѣдующимъ образомъ: „Малоопытные и необладающіе необходимыми познаніями низшіе чины осложняютъ дознаніе выясненіемъ ненужныхъ для дѣла свѣдѣній, а существенныя обстоятельства очень часто упускаютъ изъ вида. При такихъ условіяхъ въ связи съ часто встрѣчающейся неправильной квалификаціей преступленій и не всегда основательнымъ привлеченіемъ подозрѣваемыхъ лицъ къ отвѣтственности, полицейское дознаніе отражается неблагопріятно и на предварительномъ слѣдствіи“. (Тамъ-же). *Въ совѣщаніи предсѣдателей и прокуроровъ 1895 г.* было признано невозможнымъ нормальное веденіе дознанія безъ полной реорганизаціи полиціи и созданія особой судебной полиціи (см. Труды Выс. учр. коммисіи 1897, т. I).

отношенію къ дѣйствіямъ суда. Полицейскій арестъ всецѣло былъ поглощенъ дѣятельностью полиціи, какъ слѣдственнаго органа, могущаго назначать подслѣдственное заключеніе. Не приходится доказывать, что такая анормальность можетъ существовать только въ томъ государственномъ строѣ, въ которомъ правосознаніе еще всецѣло подавлено полицейскимъ режимомъ, но совершенно не совмѣстима съ элементарными гарантіями личной свободы.

VIII.

Основанія примѣненія предварительнаго ареста.

Другимъ признакомъ, характеризующимъ объемъ правъ полиціи по задержанію, является указаніе случаевъ, въ которыхъ она является къ тому уполномоченной. Сторона эта особенно выдвигается германскимъ типомъ законодательствъ, перечисляющимъ подробно тѣ основанія, по которымъ можетъ быть производимъ арестъ. Русское законодательство во многомъ примыкаетъ къ французской системѣ, покоящейся на нерасчлененіи основаній задержанія, и лишь указывающей формальныя условія его. Изъ шести перечисленныхъ въ ст. 257 случаевъ, допускающихъ принятіе полиціей мѣръ пресѣченія, первые четыре касаются силы уликъ. Законодатель вполнѣ правильно не предоставилъ полиціи права свободной оцѣнки уликъ, какъ органу, внутреннее убѣжденіе котораго недостаточно гарантируетъ гражданъ отъ произвола. П. 1 указанной статьи соотвѣтствуетъ понятію flagrant délit, второй, по предположеніямъ законодателя—clameur publique, п. 3 и 4 случаямъ понятію quasi-flagrant délit (ou crime). Случаи п. 5 и 6 присоединены нѣсколько искусственно: они не могутъ составлять самостоятельнаго основанія для принятія мѣръ пресѣченія, такъ какъ безъ достаточно основательныхъ уликъ ни опасеніе побѣга, ни отсутствіе мѣста жительства не могутъ служить основаніями лишенія свободы. Эти два случая могутъ служить лишь обстоятельствами, которыя принимаются во вниманіе въ томъ случаѣ, когда имѣется

достаточно обоснованное подозрѣніе виновности. Если считать опасеніе побѣга общимъ условіемъ, съ которымъ приходится соображаться въ каждомъ случаѣ, а отсутствію мѣста жительства придать то значеніе, какое этотъ признакъ имѣетъ въ ст. 421, то съ точки зрѣнія основаній можно наблюсти полную аналогію съ французскимъ правомъ. Совершенно произвольнымъ и крайне опаснымъ поэтому должно быть признано расширеніе, вводимое проектомъ 1900 г., предлагающимъ замѣнить случаи п. 1—4 общимъ выраженіемъ „если обвиняемый навлекаетъ на себя достаточное подозрѣніе". Исходя изъ взглядовъ практики, вышедшей совершенно за предѣлы flagrant délit, составители проекта не думали, что они вносятъ серьозное измѣненіе; это можно заключить хотя бы изъ того, что они оправдывали свое измѣненіе чисто техническою цѣлью, между тѣмъ изъ рѣдкаго исключенія, обусловленнаго необходимостью въ непосредственно-быстромъ принятіи мѣры обезпеченія, они сдѣлали полицейскій арестъ общимъ правиломъ, не поставленнымъ даже въ зависимость отъ отсутствія слѣдователя. Дѣйствительно, практика показываетъ, что полиція не придерживается указаннаго нами, единственно правильнаго пониманія ст. 257, производя вслѣдствіе этого неосновательные аресты. Очень умѣренные по критикѣ дѣйствій полиціи ревизіонные отчеты [1]) указываютъ, что „хотя и бываютъ случаи злоупотребленія задержаніями по ст. 257 п. 2 и 4, но рѣдко". И тутъ же въ оправданіе этихъ случаевъ приводится такое объясненіе: „Лица потерпѣвшія неосновательно заявляютъ подозрѣніе, а полиція, основываясь на законѣ, заключаетъ подозрѣваемыхъ подъ стражу. Такіе заключенные обыкновенно освобождаются слѣдователемъ" [2]).

---

[1]) Труды Выс. учр. коммисіи, т. II, стр. 117.

[2]) Нельзя въ такой практикѣ не видѣть извращенія предположеній законодателя. Законъ разумѣетъ въ п. 2 непосредственное преслѣдованіе потерпѣвшими и очевидцами преступника (clameur publique). Это подтверждается поставленіемъ рядомъ этихъ двухъ категорій, а также выраженіемъ „прямо укажутъ". Полиція не входитъ въ оцѣнку уликъ только тогда, когда потерпѣвшіе и очевидцы безусловно подтверждаютъ виновность какого-либо лица, какъ имъ непосредственно, прямо извѣстную, и только въ такихъ случаяхъ она обязана принять мѣ-

Особенно легко, по словамъ отчетовъ, даже безъ законныхъ основаній, полиція подвергаетъ заключенію по подозрѣнію профессіональныхъ воровъ.—По дѣламъ мировой юстиціи законъ ограничивается указаніемъ: „если застигнутый при совершеніи проступка...“, т. е. вмѣсто перечисленія отдѣльныхъ случаевъ ставитъ понятіе flagrant délit (ст. 51 п. 1).

Другимъ основаніемъ для ареста по ст. 257 является покушеніе на побѣгъ или поимка во время побѣга (п. 5). Одного только подозрѣнія въ побѣгѣ недостаточно, необходимо покушеніе и даже покушеніе оконченное. Конечно, побѣгъ въ данномъ случаѣ не долженъ пониматься, какъ стремленіе увильнуть отъ протокола, а лишь какъ убѣганіе отъ полицейской власти съ цѣлью сдѣлать для нея невозможнымъ представленіе виновнаго къ правосудію. Необходимой предпосылкой для этого основанія является достаточность уликъ, такъ какъ самое дѣйствіе обвиняемаго (убѣганіе) не можетъ быть разсматриваемо какъ побѣгъ, если не существуетъ противъ него подозрѣнія. Арестъ при совершеніи преступленія также производится изъ опасенія побѣга, но въ этомъ случаѣ достовѣрность уликъ оправдываетъ опасеніе вѣроятности его. Значительно меньше гарантій представляетъ постановленіе п. 2 ст. 51, по которому арестъ можетъ быть производимъ въ случаяхъ, когда грозитъ тюрьма или наказаніе болѣе строгое, если есть *поводъ* опасаться, что обвиняемый скроется... Здѣсь уже не требуется покушенія, считается излишнимъ даже обоснованное фактами предположеніе, какъ то принято въ Германіи, а достаточенъ одинъ только поводъ, т. е. основаніе крайне неопредѣленное. Не указана также сила уликъ, какъ основное условіе,

Отсутствіе мѣста жительства, какъ для мировой, такъ и

ру пресѣченія. При иномъ пониманіи каждый гражданинъ могъ бы стать жертвой всякой интриги, такъ какъ простое заявленіе кого либо съ указаніемъ подозрѣнія служило бы достаточнымъ основаніемъ для продолжительнаго лишенія свободы. Англичане говорятъ: „Gold rule of the liberty, that shall be written, that no one can be arrested on mere suspicion of the crime (Paterson). Отъ этого золотого правила давно уже отступила наша практика; проектъ 1900 г. предполагаетъ окончательно отъ него отказаться.

для общей юстиціи служитъ основаніемъ для ареста. Ст. 51 говоритъ еще о невозможности удостовѣрить свою личность, (это въ ст. 257 пропущено, можетъ быть, потому, что первое понятіе включаетъ въ себя и второе). Отсутствіе мѣста жительства не само по себѣ, а какъ косвенный признакъ возможности побѣга, вполнѣ можетъ служить причиной взятія подъ стражу, но оно не должно быть выставляемо какъ самостоятельное основаніе (какъ то мы видимъ въ ст. 257), а лишь какъ одно изъ основаній для мотивировки. Германскій уставъ гласитъ; „подозрѣніе побѣга не требуетъ дальнѣйшей мотивировки, когда подозрѣваемый... не имѣетъ постояннаго мѣста жительства“. Подобная редакція и является, по нашему мнѣнію, болѣе правильной.

Опасеніе уничтоженія слѣдовъ преступнаго дѣянія (безъ ближайшаго опредѣленія, въ чемъ оно можетъ состоять) можетъ служить основаніемъ привода—ареста по ст. 51; въ ст. 257 о немъ не упоминается. Правда, въ ст. 256 указано, что полиція въ отсутствіе слѣдователя принимаетъ всѣ мѣры, чтобы предупредить уничтоженіе слѣдовъ преступленія; но неизвѣстно, входитъ ли въ это понятіе „всѣхъ мѣръ“ арестъ; сомнѣніе это поддерживается тѣмъ, что право на принятіе мѣръ пресѣченія поставлено рядомъ съ указанной обязанностью, чѣмъ одно какъ бы противополагается другому. При томъ, еслибы допустить возможность такого основанія, то остался бы ничѣмъ необъяснимый пробѣлъ въ регулировкѣ его примѣненія. Изъ буквы закона мы должны заключить, слѣдовательно, что для предупрежденія уничтоженія слѣдовъ по дѣламъ, подсуднымъ общимъ судебнымъ установленіямъ, принятіе мѣръ пресѣченія не допускается, а полиція должна достигать этой цѣли другими мѣрами: удаленіемъ свидѣтеля, охраной вещей, охраной мѣста преступленія, вещественныхъ доказательствъ, быстрымъ констатированіемъ скоро уничтожающихся слѣдовъ и пр. Въ странахъ, признавшихъ германскій типъ законодательства, это основаніе для ареста признается. Для мировой юстиціи законодатель здѣсь, такъ же, какъ и при опасеніи побѣга, довольствуется однимъ только „поводомъ“, а не серьезными предположеніями.

Мы разсмотрѣли всѣ основанія допущенія у насъ полицейскаго ареста и можемъ замѣтить, что они тѣ же, какъ и на Западѣ, но лишь значеніе каждаго изъ нихъ невыяснено, а порою прямо извращено практикой. Необходима большая опредѣленность, въ созданіи которой могутъ оказаться полезными постановленія германскаго права [1]).

Въ заключеніе этой главы укажемъ на отношеніе нашего законодательства къ правилу, по которому право полиціи на арестъ ограничено только случаями непосредственной опасности промедленія или случаями невозможности предварительнаго полученія приказа судьи.

Хотя полиція не обязана по нашему праву прибѣгать сначала къ слѣдователю съ просьбой объ изданіи повѣстки о приводѣ, но все же право ея обусловлено отсутствіемъ слѣдователя [2]). Тамъ, гдѣ возможно, она должна прибѣгать къ судебной власти. Полиція сама не можетъ издавать приказовъ объ арестѣ, какъ то предоставлено во Франціи префектамъ по ст. 10 (ст. 21 полож. объ усил. охранѣ стоитъ отдѣльно). Проектъ 1900 г., основываясь на правильной практикѣ, выбросилъ указаніе объ отсутствіи слѣдователя, предоставилъ полиціи право на принятіе мѣръ обезпеченія (т. е. ареста) во всѣхъ случаяхъ. Это измѣненіе, имѣющее принципіально весьма существенное значеніе, лишній разъ подчеркиваетъ ту мысль, что, удѣливъ практикѣ черезчуръ большое вліяніе, почти игнорируя законодательство составители проекта принесли въ жертву тѣ начала, которыя представляли изъ себя нѣчто

---

[1]) Никакого права на личную свободу не признано за ссыльными, подозрѣваемыми въ учиненіи какого либо преступнаго дѣянія. Ст. 855 уст. о ссыльныхъ указываетъ „что начальство по отношенію къ арестованію ссыльныхъ *не стѣсняется* общими правилами, въ уголовныхъ законахъ изложенными, и что ссыльный можетъ быть арестованъ при всякомъ подозрѣніи". На Сахалинѣ ссыльные мѣсяцами содержатся въ предварительномъ заключеніи безъ всякаго постановленія. *А. Панов*ъ Сахалинъ какъ колонія. 1905, стр. 48.

[2]) Это нужно понимать такъ, что полиція можетъ сама производить слѣдственныя дѣйствія въ тѣхъ случаяхъ, когда приходится признать, что отсрочка принятія какой либо мѣры до времени прибытія или полученія приказа слѣдователя могла бы помѣшать успѣшному выполненію этой необходимой мѣры. Опасность эта должна быть мотивирована.

въ родѣ печальныхъ тѣней правовыхъ гарантій прошлаго, упраздненныхъ на дѣлѣ произволомъ практики, выросшей на почвѣ неопредѣленности и противорѣчивости законодательства.

IX.

Краткосрочность предварительнаго ареста.

Весьма существеннымъ признакомъ, характеризующимъ предварительный арестъ, является его краткосрочность. Только подъ условіемъ немедленнаго представленія въ судьѣ, органамъ, постороннимъ правосудію, предоставлено право ареста гражданъ, и только вслѣдствіе краткосрочности въ немъ отсутствуютъ многія гарантіи, присущія подслѣдственному заключенію. Основной догматъ, по которому требованія порядка и даже правосудія не могутъ осуществляться безъ вниманія къ правамъ личности, дѣлаетъ необходимымъ разсмотрѣніе этого вопроса судомъ, оцѣнивающимъ мотивы различныхъ видовъ поведенія. Оставшееся же у полиціи право ареста, при ограниченіи его краткимъ срокомъ и состояніемъ дѣйствительной необходимости, является не наказаніемъ, не произвольнымъ стѣсненіемъ личности, а обращеніемъ къ судьѣ, сопровождаемымъ приводомъ въ тѣхъ случаяхъ, когда одно только задержаніе можетъ обезпечить фактическое привлеченіе къ суду. Ограниченіе дѣйствительности полицейскаго задержанія извѣстнымъ срокомъ ставитъ его въ одинъ рядъ съ мѣрами представленія въ судъ, а не съ мѣрами, обезпечивающими неуклоненіе. Допустимость его ограничивается временемъ, необходимымъ для передачи задержаннаго въ руки судьи, но не періодомъ предварительнаго разслѣдованія дѣла. Это правило, однако, у насъ совершенно еще не осуществлено, и, какъ мы видѣли, полицейскій арестъ подъ прикрытіемъ „мѣръ пресѣченія“ фигурируетъ среди второй категоріи указанныхъ мѣръ.

О срокахъ допроса, предписанныхъ для слѣдователя при приводѣ, мы уже говорили. Теперь спеціально мы разсмотримъ вопросъ о примѣнимости ихъ къ полицейскому аресту.

Ст. 398 говоритъ только о допросѣ въ случаяхъ привода по приказу судьи. На полиціи вовсе не лежитъ обязанности представить задержаннаго къ судьѣ въ 24 часа; только слѣдователь (относительно мирового судьи законъ не говоритъ ни слова) обязанъ не затягивать допроса лица, къ нему приведеннаго. Ст. 400—402, возлагающія на полицію обязанность объясненія основаній задержанія, насколько то ей извѣстно, и удостовѣреніе въ тожествѣ личности задержаннаго, конечно, не могутъ имѣть никакого примѣненія къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ задержаніе произведено самою полиціей. Послѣдняя, очевидно, сама себя провѣрять не можетъ. Къ тому же терминъ „приводъ“ примѣняется для обозначенія ареста лишь въ дѣлахъ мѣстной юстиціи, между тѣмъ какъ ст. 398 говоритъ о слѣдователѣ, къ которому такой приводъ совершаемъ быть не можетъ. Слѣдовательно, изъ разсмотрѣнія закона мы приходимъ къ тому выводу, что право задержанія полиціей не ограничено срокомъ. Однако этому совершенно противорѣчитъ ст. 45 основныхъ положеній 1862 г., по которой „обвиняемый, подвергнутый задержанію, долженъ быть допрошенъ въ теченіе сутокъ“. Что составители при этомъ имѣли въ виду именно ст. 398, доказывается ссылкой на нее, стоящей подъ этимъ положеніемъ (суд. уст. изд. Гос. Канц. т. II, стр. X). Единственный исходъ—это признать, что законодатель, не считая полицейскій арестъ мѣрой представленія, въ противоположность общимъ положеніямъ, упустилъ изъ виду распространить правила допроса и на задержанныхъ безъ приказа судьи, вслѣдствіе чего образовался незаполнимый толкованіемъ пробѣлъ. Но, даже совершенно искусственно толкуя ст. 398 распространительно, мы должны будемъ признать полную призрачность установленной гарантіи. По этой статьѣ теченіе суточнаго срока начинается не съ момента задержанія, а съ момента привода къ слѣдователю. Ст. 250 лишь предписываетъ полиціи немедленно и никакъ не позже сутокъ по полученіи о томъ свѣдѣнія доносить судебному слѣдователю и прокурору о всякомъ происшествіи, заключающемъ въ себѣ признаки преступленія или проступка, а ст. 255 предпи-

сываетъ передачу слѣдователю дознанія, произведеннаго полиціей, не указывая срока. Практика выработала такой порядокъ, что въ концѣ полицейскаго протокола, представляемаго слѣдователю, полиція присоединяетъ сообщеніе объ арестованіи, замѣняющее ей постановленіе о взятіи подъ стражу. Пока слѣдователь получитъ протоколъ и издастъ приказъ о приводѣ [1]), пройдетъ не мало времени. Иногда полиція, надѣясь разслѣдовать дѣло „своими мѣрами“ и разыскать отсутствующія улики противъ „подозрѣваемаго“, можетъ попросить слѣдователя нѣсколько „повременить съ приказомъ о приводѣ“, и слѣдователь, не преступая закона, можетъ предоставить ей эту возможность, такъ какъ время изданія такого приказа для него не опредѣлено. И задержанный содержится нѣсколько долгихъ дней, а иногда и недѣль, безъ допроса судьей, при полиціи, гдѣ у него часто вымогается сознаніе или производится своеобразное возмездіе за учиненное имъ дѣяніе [2]). Существующія постановленія позволяютъ полиціи временемъ нисколько не стѣсняться. Пред-

---

[1]) Если слово „задержаніе“ въ ст. 395 понимать въ смыслѣ полицейскаго задержанія, а не въ смыслѣ спеціальнаго взятія подъ стражу по постановленію судьи, то должно признать за нормальный порядокъ, что получивъ акты дознанія и сообщеніе объ арестѣ заподозрѣннаго, слѣдователь особой повѣсткой вызываетъ его черезъ начальника мѣста заключенія.

[2]) Случаи задержанія въ участкѣ больше сутокъ нужно считать общимъ правиломъ. Насколько же тамъ обезпечена личность задержаннаго отъ расправы и допроса „съ пристрастіемъ“, можно судить даже по скуднымъ свѣдѣніямъ, проникавшимъ въ печать. Просмотрѣвъ хронику и судебные отчеты газ. „Право“ за 1903 и 1904 г.г., за полною невозможностью представить безбрежное море полицейскаго произвола въ этой области, укажемъ только страницы, на которыхъ говорится о побояхъ, увѣчьяхъ и пыткахъ, производимыхъ полиціей при задержаніи и содержаніи въ участкѣ подслѣдственныхъ. За каждою цифрою будетъ скрываться картина жестокаго насилія, творимаго буквально по всѣмъ уголкамъ Россіи (это доказываетъ перечисленіе мѣстъ, въ которыхъ они совершались). За 1903 годъ.—стр. 41, 173, 258, 319, 320, 408, 408, 587, 724, 805, 806, 806, 1325, 1326, 1606, 1648, 1844, 1876, 2142, 2182, 2183, 2183, 2184, 2230, 2230, 2286, 2434, 2606, 2607, 2672, 2852, 2285, 2286. За 1904 г.—202, 204, 261, 261, 262, 346, 347, 585, 586, 882, 938, 985, 984, 1250, 1328, 1411, 1460, 1486, 1722, 1983, 2030, 2095, 2207, 3138, 3139, 3139, 3206, 3275, 3274, 3644, 3480, и др. Итого 64 случая за два года, проникшихъ въ печать сквозь щели въ желѣзныхъ ставняхъ цензуры и пелену бюрократическаго мрака.

варительный арестъ превращается въ подслѣдственное заключеніе, лишенное почти всякихъ гарантій [1]). Необходимость допроса въ теченіе сутокъ, хотя и не выраженная въ законѣ, но смутно сознаваемая подъ вліяніемъ ст. 45 общихъ положеній, понимается въ томъ смыслѣ, что допросъ долженъ быть произведенъ въ теченіе сутокъ, но безразлично кѣмъ, судьей или полиціей (см. Мордухай-Болтовской. Цит. соч.). Отсутствіе суточнаго срока, признаваемаго въ настоящее время наиважнѣйшей гарантіей, точное соблюденіе которой въ настоящее время, послѣ закона 1897 г. во Франціи, обезпечивается самыми рѣшительными мѣрами, является столь существеннымъ пробѣломъ, что при наличности его дѣятельность полиціи вытѣсняетъ дѣятельность юстиціи и, при отсутствіи контроля со стороны послѣдней, становится грознымъ орудіемъ угнетенія личной свободы.

Проектъ 1900 г. вводитъ спеціальное постановленіе о необходимости немедленнаго извѣщенія полиціей слѣдственнаго судьи и прокурора о взятіи ею кого-либо подъ стражу. Наибольшимъ срокомъ для этого сообщенія могутъ быть сутки (ст. 118). Самый предварительный арестъ отнесенъ проектомъ къ главѣ о дознаніи, такъ какъ предѣлы послѣдняго по проекту значительно шире тѣхъ, которые ему присущи по дѣйствующему праву. Но этимъ не создается выхода изъ отмѣченнаго нами положенія. Только установленіемъ немедленнаго привода арестованнаго къ судьѣ или слѣдователю

---

[1]) Тарасовъ (Цит. соч. II. вып. 2 стр. 269) пытается установить ограниченіе полицейскаго ареста семидневнымъ срокомъ. Вотъ ходъ его мыслей. Въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на положеніи охраны, полиціи и жандармамъ предоставлено право задержанія на срокъ не болѣе двухъ недѣль лицъ, подозрѣваемыхъ въ государственныхъ преступленіяхъ. По ст. 29 того же положенія, въ мѣстностяхъ, не объявленныхъ въ исключительномъ положеніи, тѣмъ же лицамъ и въ тѣхъ же случаяхъ предоставлено право задержанія на срокъ въ 7 дней. Отсюда Тарасовъ пытается сдѣлать заключенія о распространеніи этого правила на всѣ преступленія. Основаній къ тому онъ не приводитъ никакихъ. Кромѣ того, законъ, появившійся въ 1871 г., имѣющій исключительный характеръ и не стоящій въ связи съ уставомъ уголовнаго судопроизводства, не можетъ служить основаніемъ для истолкованія послѣдняго. Впрочемъ и самъ Тарасовъ не слишкомъ вѣритъ въ основательность своего „толкованія“.

или за отсутствіемъ ихъ къ какому либо лицу изъ судебнаго персонала, по назначенію предсѣдателя суда или прокурора, съ предупрежденіемъ о необходимости освобожденія задержаннаго въ случаѣ, если суточный срокъ не можетъ быть соблюденъ, можно достигнуть правовой постановки полицейскаго ареста. Отъ административной власти, завѣдующей юстиціей, будетъ зависѣть уже практически организовать дѣло такъ, чтобы къ такой крайней мѣрѣ на практикѣ не приходилось прибѣгать, дѣло законодателя—указать, что права личной свободы въ этой области не допускаютъ большаго ограниченія. Значительность разстояній, на которую такъ любятъ ссылаться, указывая отличительныя качества Россіи, можетъ служить основаніемъ для начисленія соотвѣтственнаго промежутка времени (хотя бы вычисляемаго по количеству верстъ) къ суточному сроку, но отнюдь не для отмѣны его. Ничего уставъ не говоритъ относительно помѣщенія, въ которомъ должны находиться задержанные, ни о регистраціи ихъ въ участкѣ, ни, наконецъ, о примѣненіи къ нимъ физическаго принужденія при задержаніи [1]).

Въ теченіе всего изложенія мы старательно пытались извлекать изъ разныхъ частей нашего законодательства отдѣльныя части, изъ соединенія которыхъ мы должны были получить нѣкоторое подобіе полицейскаго ареста. Напомнимъ положеніе, уже высказанное, и, надѣюсь, теперь уже доказанное, что въ русскомъ законодательствѣ нѣтъ еще полицейскаго ареста, какъ самостоятельнаго института: его предстоитъ создать, очистивъ общія положенія 1862 г. отъ того дореформеннаго мха, сѣмена котораго были посажены составителями устава, перенявшими ихъ изъ наказа 8 іюля 1860 г., и который обильно разросся въ хмурую эпоху восьмидесятыхъ и девяностыхъ годовъ.

---

[1]) Ст. 391, 392, 393, 396, 397 могли бы имѣть соотвѣтственное примѣненіе къ случаямъ полицейскаго ареста, но за неправильностью и узкостью редакціи закона такого примѣненія въ дѣйствующемъ правѣ сдѣлать нельзя.

X.

Надзоръ за предварительнымъ полицейскимъ арестомъ.

Къ числу существенныхъ мѣръ противъ произвола полиціи при арестованіи принадлежитъ *надзоръ за дѣйствіями ея*, принимаемыми въ цѣляхъ правосудія, *со стороны органовъ судебной власти*. Сущность надзора и состоитъ въ томъ, что какой-либо органъ, обладающій правомъ взысканія и наказанія, провѣряетъ законность, цѣлесообразность и необходимость принятыхъ мѣръ. Установленіе такого надзора способствуетъ съ одной стороны скорому прекращенію неудовлетворяющей одному изъ трехъ вышеприведенныхъ основаній ареста мѣры, съ другой стороны—преданію законной отвѣтственности лицъ, злоупотребившихъ своею властью. Основными принципами организаціи надзора являются: 1) зависимость лица, дѣятельность котораго контролируется, отъ органа надзирающаго; 2) близкое знакомство надзирающаго съ дѣломъ, что представляетъ гарантію дѣйствительности надзора, и 3) безпристрастіе органа надзирающаго. Въ Англіи право надзора надъ дѣйствіями полиціи по арестованію принадлежитъ сначала полицейскому инспектору, провѣряющему при приводѣ въ участокъ правильность ареста, а затѣмъ самому мировому судьѣ, который можетъ дѣлать замѣчанія и судить констэблей. Во Франціи и заимствовавшей французское законодательство Россіи это право принадлежитъ прокурору. Согласно 47 ст. основныхъ положеній устава уголовнаго судопроизводства постоянный надзоръ за производствомъ слѣдствій принадлежитъ исключительно прокурору (см. также ст. 278). Полицейскіе чины, производящіе слѣдственныя дѣйствія, стоятъ въ непосредственной зависимости отъ прокуроровъ и ихъ товарищей (ст. 279). Какъ разъяснено Сенатомъ, прокуроры, а не служебное начальство, даютъ имъ инструкціи для производства дознаній и порученій слѣдственной власти (ст. 71 и 143). Прокурору приносятся и жалобы на дѣйствія полиціи (ст. 493), несмотря даже на то, что дѣло еще не поступило въ судъ (ст. 494). Жалоба

о лишеніи свободы должна быть направлена полиціей по принадлежности въ теченіе сутокъ (ст. 499). Для дѣйствительности надзора, полиція обязана во всякомъ случаѣ не позже сутокъ сообщать прокурору о всякомъ преступленіи или проступкѣ (ст. 250). Произведенное дознаніе препровождается полиціей прокурору, который или прекращаетъ его или передаетъ слѣдователю (ст. 253). Передавая дознаніе слѣдователю, полиція доноситъ о томъ прокурору (ст. 255). Вообще прокуроръ слѣдитъ, чтобы полиція не допускала ни медленности, ни превышенія или бездѣйствія власти (ст. 483) [1]).

Прокуроръ, такимъ образомъ, имѣетъ право провѣрять и отмѣнять мѣры, принятыя полиціей, а въ томъ числѣ „мѣры пресѣченія“ (т. е. задержаніе). Имѣя постоянный надзоръ за дѣломъ благодаря сообщеніямъ полиціи и слѣдователя, онъ

---

[1]) По германскому уставу прокуратура является центральнымъ активнымъ органомъ въ производствѣ дознаній, и потому надзоръ является значительно болѣе дѣйствительнымъ. Прокуратура по полученіи объявленій о преступленіи изслѣдуетъ обстоятельства дѣла, прокуратура приводитъ въ извѣстность какъ обвиняющія, такъ и оправдывающія обстоятельства, прокуратура предпринимаетъ мѣры дознанія, кромѣ допросовъ подъ присягою (ст. 158, 159 ст. герм. уст. угол. суд.). Дѣятельность низшихъ органовъ (полиціи и стражи) разсматривается какъ подчиненная. Эти органы производятъ то, что имъ поручаетъ прокуратура, а также производятъ разслѣдованіе дѣла и предпринимаютъ распоряженія, чтобы предупредить сокрытіе слѣдовъ въ исключительныхъ случаяхъ, не терпящихъ отлагательства. О каждомъ такомъ дѣйствіи они даютъ непосредственный отчетъ прокуратурѣ (ст. 159—161 герм. уст.). Какъ можно замѣтить, органомъ дознанія является прокуратура, замѣняемая полиціей въ исключительныхъ случаяхъ.

Иной характеръ получило отношеніе прокуратуры къ полиціи на стадіи дознанія въ проектѣ 1900 г. Органомъ дознанія является полиція, прокуратурѣ же принадлежитъ пассивная роль органа контроля и надзора, а не руководства. Стоитъ, напр., указать на ст. 114 проекта: „*полиція* приступаетъ къ производству дознанія по жалобамъ и т. д.“, ст. 115: „При производствѣ розысковъ и дознанія *полиція*“ .... ст. 121, 122, 123 и проч. Пассивная роль прокуратуры при производствѣ дознаній видна изъ ст. 135 и 136 проекта, въ которыхъ ясно указано на то, что въ исключительныхъ случаяхъ по распоряженію прокурора судебной палаты прокуроры окружныхъ судовъ и ихъ товарищи производятъ дознанія непосредственно при содѣйствіи полиціи, и что прокуроры могутъ контролировать полицію, отмѣняя ея дѣйствія и распоряженія (т. е. являются какъ бы апелляціонной инстанціей) и поручать полиціи производство розысковъ и дознанія. Ясно указывается, что заключенія о прекращеніи и направленіи дѣлъ будутъ представляться прокуратурѣ полиціей. Такимъ образомъ прокуратура по прежнему сохраняетъ свою пассивную роль по отношенію къ дознанію.

можетъ судить о правильности дѣйствій полиціи по принятію мѣръ пресѣченія [1]).

На ряду съ прокуроромъ контроль полицейскихъ дѣйствій, а въ томъ числѣ полицейскаго арестованія, принадлежитъ и *судебному слѣдователю*. Судебный слѣдователь имѣетъ право провѣрять, дополнять и отмѣнять дѣйствія полиціи по произведенному ею первоначальному изслѣдованію (ст. 269). Этимъ ему предоставлена бо́льшая власть, нежели прокурору, потому что слѣдователь, отмѣнивъ принятую полиціей мѣру обезпеченія, можетъ самъ назначить новую, въ то время какъ прокуроръ не имѣетъ на то права, а ограничивается только наблюденіемъ. Однако, по дѣйствующему законодательству, такая провѣрка, производимая слѣдователемъ, составляетъ его право, а не обязанность (72/1326).

Наконецъ, органомъ надзора можетъ служить *судъ*, если принесена въ него жалоба на прокурора или слѣдователя за ихъ дѣйствія по отношенію къ полиціи, а также при отвѣтственности чиновъ полиціи (485, 493 ст.). Надзоръ состоитъ и въ томъ, что въ случаѣ недоумѣній по исполненію порученій, разрѣшеніе ихъ дается прокуроромъ или слѣдователемъ, смотря по тому, кто далъ порученіе (484 ст.).

Дѣйствующая система надзора надъ слѣдственными дѣйствіями полиціи далеко не удовлетворительна. Условія, крою·щіяся въ общей постановкѣ полицейской дѣятельности у насъ, дѣлали надзоръ часто невозможнымъ или недѣйствительнымъ и мало стѣснительнымъ для полиціи. Въ проектѣ, расширившемъ дѣятельность полиціи при дознаніи, явилась потребность расширить и предѣлы этого надзора. Въ немъ сохранены существующія постановленія объ обязательности извѣ-

---

[1]) Еще бо́льшая власть надзора предоставлена закономъ 7 іюня 1904 г. Ст. 1035[16] обязываетъ органы дознанія по государственнымъ преступленіямъ представлять о возникшихъ затрудненіяхъ по вопросу объ избраніи мѣры обезпеченія на рѣшеніе прокурора судебной палаты, а если дознаніе производится Высочайше назначеннымъ лицомъ, то на рѣшеніе министра юстиціи по соглашенію съ министромъ внутр. дѣлъ. Въ обоихъ случаяхъ сдѣланное распоряженіе о личномъ задержаніи или о взятіи съ него залога сохраняетъ силу до разрѣшенія возникшаго затрудненія. Здѣсь прокуратурѣ явно предоставлена функція судебнаго характера.

щенія прокурора (ст. 110, 134 и 163 проекта). Вмѣстѣ съ тѣмъ чинамъ полиціи, не уполномоченнымъ на производство розысковъ и дознаній, предписано немедленное извѣщеніе ближайшаго полицейскаго начальства о всякомъ преступномъ дѣяніи (ст. 111 проекта). Предписаніе ст. 269 устава сохранено, но для большаго огражденія правильности слѣдователю предписано составлять особое постановленіе, если онъ признаетъ произведенные полиціей допросы, освидѣтельствованія, осмотры *или иныя дѣйствія* не требующими провѣрки (ст. 155 пр.) Н. С. Таганцевъ предлагалъ при этомъ требовать составленія особаго мотивированнаго постановленія въ случаѣ отказа частному лицу провѣрить какое либо дѣйствіе полиціи (см. прил. IV). Существеннымъ расширеніемъ правъ прокуратуры явилось предоставленное ей право отмѣнять каждое дѣйствіе и распоряженіе полиціи или чиновъ отдѣльнаго корпуса жандармовъ, относящееся къ дознанію, а также „отмѣнять или замѣнять принятыя полиціей мѣры пресѣченія заподозрѣнному способовъ уклоняться отъ слѣдствія и суда“, равно какъ и поручать полиціи производство розысковъ и дознанія (ст. 135 пр.) [1]). Система обжалованія дѣйствій

[1]) Попытаемся выяснить предѣлы надзора за арестомъ по ст. 135 проекта. Допустимъ, что мѣра пресѣченія принята полиціей по дѣлу, не требующему производства предварительнаго слѣдствія. Полиція о принятой ею мѣрѣ доноситъ только прокурору, который можетъ, когда ему вздумается (срока не установлено никакого), отмѣнить ее или замѣнить другою. Долженъ ли прокуроръ въ данномъ случаѣ обращаться къ слѣдственному судьѣ? Въ проектѣ мы не находимъ установленія подобной обязанности. По нѣкоторымъ основаніямъ мы можемъ даже вывести обратное заключеніе. Въ ст. 334 и 335 указывается, что судья, производящій слѣдствіе, можетъ принимать мѣры пресѣченія противъ привлеченныхъ къ слѣдствію обвиняемыхъ и нигдѣ не указывается на то, что онъ можетъ назначать ихъ противъ заподозрѣнныхъ, не начиная противъ нихъ слѣдствія (въ постановленіяхъ объ участковыхъ судьяхъ мы находимъ только ссылку на правила о предварительномъ слѣдствіи). Непонятно также, на основаніи какихъ соображеній, кромѣ требованія прокурора, судья, не обладающій актами дознанія и незнакомый съ заподозрѣннымъ, могъ предпринимать противъ него мѣру обезпеченія. Законъ такимъ образомъ не имѣлъ въ виду того, что прокуроръ будетъ обращаться къ слѣдственному судьѣ за подтвержденіемъ назначенной имъ мѣры, какъ то существуетъ на Западѣ. Проектъ 1900 г. предусматриваетъ, правда, возможность обращенія прокуратуры къ подлежащему судьѣ для производства имъ нѣкоторыхъ слѣдственныхъ дѣйствій (ст. 163), но лишь такихъ, „*которыя необходимы для разъясненія обстоятельствъ дѣла*“. Мѣры обезпеченія,

полиціи сохранена существующая—именно жалоба направляется прокурору; однако, сдѣлано важное исключеніе, по

слѣдовательно, сюда не подходятъ (этотъ взглядъ подтверждается ст. 200, 201 и 202 пр.). Да и странно было бы это потому, что прокурору была бы предоставлена власть и контроль надъ дѣйствіями слѣдственнаго судьи по этому предмету (ст. 167, 168 проекта). Составители придерживались взгляда, по которому прокуратура явится пассивнымъ органомъ, исключительно надзирающимъ, между тѣмъ какъ въ данномъ вопросѣ имъ пришлось допустить участіе прокуратуры, какъ органа рѣшающаго. Отсюда крайняя запутанность положенія прокуратуры. Полицейскія и судебныя функціи по принятію мѣръ обезпеченія здѣсь смѣшаны въ одну кучу, въ которой трудно разобраться на основаніи однихъ только имѣющихся въ проектѣ постановленій.

Прежде всего наше вниманіе останавливаетъ указаніе ст. 135 на право прокуратуры только отмѣнять или замѣнять, но не назначать мѣры пресѣченія. Трудно сказать, чѣмъ обусловливается такое ограниченіе. Вѣроятно, оно принято по аналогіи съ властью прокурора по отношенію къ слѣдователю, когда прокуроръ можетъ требовать только замѣны заключенія подъ стражу. Но безусловное право замѣны и отмѣны почти равносильно праву самостоятельнаго назначенія. Въ объяснительной запискѣ по этому поводу мы не находимъ никакихъ указаній. Вѣроятнѣе всего, это объясняется происхожденіемъ статьи 135: ею имѣлось въ виду не опредѣлять правъ прокуратуры, а установить *гарантію* для обвиняемаго, для чего нужно было указать только на право отмѣны и замѣны.

Но затѣмъ появляется другой, не менѣе важный вопросъ: какими мѣрами можетъ прокуратура замѣнять мѣры пресѣченія, принятыя полиціей? По ст. 117 полиція уполномочена только на 2 мѣры: подписку о неотлучкѣ и заключеніе подъ стражу. Ограничивается ли право прокуратуры только этими двумя мѣрами, указанными для полиціи, или же всѣми мѣрами, указанными для судьи въ ст. 335? И на этотъ вопросъ нѣтъ никакого рѣшенія въ законѣ. Въ объяснительной запискѣ (т. II стр. 233) мы находимъ лишь указаніе, что „при замѣнѣ означенныхъ мѣръ пресѣченія прокурорскій надзоръ долженъ, само собою разумѣется, сообразовываться съ правилами, опредѣленными по этому предмету для чиновъ полиціи". Слѣдовательно, выходитъ какъ будто, что прокуроръ можетъ принимать только двѣ вышеуказанныя мѣры пресѣченія. Такое рѣшеніе крайне нецѣлесообразно. Прежде всего, если прокуратура будетъ замѣнять подписку о неотлучкѣ заключеніемъ подъ стражею, то такая замѣна будетъ гораздо затруднительнѣе вслѣдствіе отсутствія цѣлаго ряда промежуточныхъ мѣръ (залога поручительства, отобранія вида на жительство, домашняго ареста и пр.) и часто поэтому не будетъ происходить. И наконецъ, почему, предоставивъ прокурору право заключенія подъ стражу, лишать его права назначенія залога и поручительства и вообще отказывать въ возможности примѣненія этихъ мѣръ на стадіи дознанія,—намъ совершенно непонятно. Это—вторая крупная несообразность закона. Прокуратура здѣсь поставлена внѣ закона: право ея повидимому ничѣмъ не ограничено. Предполагается, что здѣсь она не устанавливаетъ ничего новаго, а только исправляетъ предпринятое полиціей, приноровляясь къ требованіямъ закона. Но этотъ взглядъ ошибоченъ: въ вопросѣ о назначеніи мѣръ пресѣченія господствуетъ усмотрѣніе, и прокуратура лишь замѣняетъ усмотрѣніе полицей-

которому жалобы на принятіе полиціей мѣръ пресѣченія приносятся окружному суду (ст. 420) [1]). Въ совѣщаніи старшихъ прокуроровъ и предсѣдателей судебныхъ палатъ въ 1895 г. это

скихъ органовъ своимъ усмотрѣніемъ, для котораго однако не установлено никакихъ гарантій. Отсутствіе гарантій также порождено старымъ взглядомъ на прокуратуру, какъ на исключительную блюстительницу закона, лишенную права самостоятельнаго принятія различныхъ мѣръ по отношенію къ обвиняемымъ. Очень ярко этотъ взглядъ отразился на постановленіяхъ объ обжалованіи. Право обжалованія—право, предоставленное заинтересованному лицу противъ дѣйствій всякой власти. Между тѣмъ мы въ уставѣ не находимъ указаній на возможность обжалованія дѣйствій прокуратуры по замѣнѣ мѣръ пресѣченія. Въ ст. 420 проекта указывается, что жалобы на распоряженія полиціи по принятію мѣръ пресѣченія приносятся окружному суду. Объ обжалованіи таковыхъ дѣйствій прокуратуры ни слова. Это явный недосмотръ, порожденный признаніемъ полной пассивности прокуратуры въ этомъ отношеніи. Здѣсь не принято во вниманіе измѣненіе положенія прокуратуры по сравненію съ тѣмъ, которое она занимала по судебнымъ уставамъ 1864 г. Сознательно составители проекта никогда не рѣшились бы на освобожденіе дѣйствій прокуратуры отъ возможности обжалованія; они, вѣроятно просто смотрѣли на дѣятельность прокуратуры, какъ на дѣятельность провѣряющую. Между тѣмъ могутъ произойти такіе случаи, когда заподозрѣнный подаетъ жалобу въ судъ на принятіе противъ него подписки о неотлучкѣ со стороны полиціи, прокуратура же, пока жалоба разсматривается, замѣняетъ эту мѣру заключеніемъ подъ стражу. Судъ постановляетъ освободить заподозрѣннаго. Здѣсь возникаетъ конфликтъ между прокуроромъ и судомъ, рѣшенія котораго законъ не даетъ.

Кромѣ указанныхъ несообразностей при такомъ догматическомъ толкованіи закона, получаются и другія: напр., продолжительное задержаніе при отсутствіи постановленія судьи, освобожденіе прокуратуры отъ правилъ, обязательныхъ для производства предварительнаго слѣдствія, и пр. Все это указываетъ на то, что законодатель упустилъ изъ виду необходимость регулировать власть прокуратуры въ этомъ отношеніи. Право прокурора должно быть приравнено къ праву полиціи въ отношеніи срока, возможности обжалованія въ судъ и исключительности обстоятельствъ, при которыхъ оно допускается. Такъ какъ въ русскомъ правѣ имѣется рядъ мѣръ, не сопряженныхъ съ лишеніемъ свободы, то можно предоставить прокуратурѣ право замѣнять полицейское задержаніе одною изъ такихъ мѣръ. Въ случаѣ же необходимости заключить подъ стражу слѣдуетъ требовать внесенія предложенія участковому судьѣ. Въ первомъ случаѣ дѣло поступаетъ въ судъ лишь посредствомъ обжалованія.

[1]) Въ этомъ измѣненіи можно замѣтить принципіальную перемѣну взгляда на полицію, вмѣсто „жалобъ на неправильныя дѣйствія“, теперь имѣется „обжалованіе мѣръ, принятыхъ полиціей, въ судъ“. Этимъ какъ бы указывается, что по принятію мѣръ обезпеченія полиція разсматривается какъ самостоятельная инстанція, а не какъ предварительный органъ, по отношенію къ которому существуетъ безусловное право замѣны мѣры предварительной мѣрою судебной, а не „обжалованіе“.

предложеніе также было полезнымъ. Таковы измѣненія проекта. При разсмотрѣніи всей системы надзора и контроля слѣдуетъ обратить вниманіе на скупость законодательства при установленіи сроковъ для дѣйствій по контролю. Быстрота является однимъ изъ существенныхъ условій контроля, между тѣмъ въ законѣ установленъ только суточный срокъ передачи жалобы на назначеніе мѣры пресѣченія, а сроковъ непосредственной провѣрки правильности назначенія этихъ мѣръ не установлено.

XI.

Отвѣтственность полиціи за неправильныя дѣйствія при арестѣ.

Другимъ, еще болѣе существеннымъ коррективомъ правильности дѣйствій полиціи является цѣлесообразно установленная *система отвѣтственности полицейскихъ и жандармскихъ чиновъ*. Вліяніе отвѣтственности на правильность дѣйствій можетъ быть двоякое. Прежде всего она возстановляетъ справедливость, нарушенную кѣмъ либо, удовлетворяя чувство возмездія, затѣмъ она является предупредительнымъ средствомъ, заставляющимъ лицъ, могущихъ подвергнуться ей, дѣйствовать осторожно, строго придерживаясь основаній закона, не позволяя себѣ произвольныхъ нарушеній чужихъ правъ. Вторая функція еще важнѣе первой. Кромѣ этихъ основныхъ послѣдствій установленія цѣлесообразной отвѣтственности, существуютъ и другія, болѣе отдаленныя. Такъ, при существованіи ея происходитъ естественный подборъ надлежащихъ органовъ власти. Лица, подвергавшіеся нѣсколько разъ отвѣтственности, естественно отпадаютъ, будучи увольняемы какъ неприспособленныя; въ каждомъ гражданинѣ развивается сильнѣе чувство законности и сознанія своихъ правъ.

Принципами организаціи отвѣтственности служатъ: 1) предоставленіе потерпѣвшему активнаго права преслѣдованія. Это требованіе основывается на томъ соображеніи, что потерпѣвшій, какъ наиболѣе заинтересованное лицо, зорче наблюдаетъ за за-

конностью по отношенію къ своимъ правамъ. Такимъ потерпѣвшимъ въ дѣлахъ, касающихся государственнаго интереса, является государство, замѣняемое прокуроромъ; 2) назначеніе наказанія судомъ, способнымъ оцѣнивать законность и правильность дѣйствій, и 3) соотвѣтствіе величины отвѣтственности личной винѣ обвиняемаго. Процессуальная постановка отвѣтственности имѣетъ еще больше значенія, чѣмъ карательная. Назначеніе какой угодно сильной кары, безъ опредѣленія способовъ, какими возможно добиться ея примѣненія, остается пустымъ звукомъ. Способъ осуществленія правъ гражданина, выражающійся въ порядкѣ судопроизводства, является самымъ важнымъ условіемъ дѣйствительности предоставленныхъ ему правъ. Насъ и интересуетъ теперь главнымъ образомъ эта сторона.

Отстраняясь отъ общаго вопроса о постановкѣ правъ полиціи у насъ вообще, мы укажемъ на существующую и на желательную постановку отвѣтственности за неправильное назначеніе мѣръ пресѣченія.

Типичныхъ системъ отвѣтственности полиціи считаютъ двѣ: англійскую и французскую. Первая, возникнувъ главнымъ образомъ изъ предписаній Великой Хартіи 1216 г., устанавливаетъ одинаковую отвѣтственность полицейскихъ чиновъ съ отвѣтственностью всѣхъ гражданъ. Каждый, считая права свои нарушенными должностнымъ лицомъ, имѣетъ право, безъ предварительнаго разрѣшенія начальства полицейскаго чиновника, привлечь послѣдняго къ отвѣтственности въ гражданскомъ или уголовномъ порядкѣ. При отвѣтственности полиціи за неосновательный арестъ въ Англіи лишь нѣсколько сужены предѣлы по сравненію съ отвѣтственностью гражданъ. Такъ, полиція можетъ арестовывать по *основательному подозрѣнію, независимо даже отъ того, было ли совершено преступленіе*, за которое произведенъ арестъ, частное лицо— лишь тогда, когда преступленіе было дѣйствительно совершено, въ противномъ случаѣ оно отвѣтственно за незаконный арестъ. Жалоба на констебля подается мировому судьѣ, который строго относится къ нарушеніямъ закона. Система французская основана на ошибочномъ положеніи о строгомъ

обособленіи между судомъ и администраціей. Въ основѣ ея лежитъ мысль, что судъ, разрѣшающій частные споры, неспособенъ правильно оцѣнивать случаи полицейской опасности, подъ вліяніемъ которыхъ полиція, можетъ быть, и совершила отступленія отъ закона. Правильно оцѣнить такую необходимость можетъ только административный органъ, въ частности начальство должностнаго лица, которое одно только должно рѣшать вопросъ о преданіи суду. Вмѣшательство суда въ административныя дѣйствія влечетъ задержку и неудобное стѣсненіе дѣятельности полиціи. Даже постановленія революцій санкціонировали такую систему отвѣтственности. Нельзя не признать, что французская система смотритъ неправильно на судъ, какъ на проводникъ какихъ то стремленій, вредныхъ для администраціи. Судъ есть только органъ законности, которой прежде всѣхъ другихъ должна быть подчинена и полиція; усмотрѣніе послѣдней не можетъ выйти за предѣлы закона и, несмотря ни на какія „спеціальныя основанія“, административный органъ, нарушившій законъ, долженъ быть преданъ суду, отъ котораго зависитъ признать или не признать „крайнюю необходимость“ нарушенія закона.

По отношенію къ нашему вопросу дѣло упрощается тѣмъ обстоятельствомъ, что въ данномъ случаѣ полиція дѣйствуетъ по уполномочію, въ цѣляхъ судебной власти и въ порядкѣ, предписанномъ ею. Оцѣнка опасности здѣсь можетъ быть произведена, слѣдовательно, исключительно судебною властью. Полиція дѣйствуетъ въ качествѣ органа судебной власти и подлежитъ отвѣтственности по суду. Такую постановку, вполнѣ послѣдовательно вытекающую изъ положенія полиціи на предварительномъ слѣдствіи, и предполагали придать отвѣтственности полиціи составители устава уголовнаго судопроизводства. Въ объяснительной запискѣ 1863 г. [1]) предоставлялось прокурору, смотря по важности преступленій, упущеній или безпорядковъ, или самому предостерегать неисправныхъ или предлагать суду о наложеніи на нихъ дисциплинарныхъ взысканій и преданіи ихъ суду. Относительно чиновниковъ полиціи,

[1]) Объясн. зап. 1863 г., стр. 221—223.

обвиняемыхъ въ противозаконныхъ дѣйствіяхъ, прокуроръ долженъ былъ предлагать на усмотрѣніе прокурора мѣстной судебной палаты.

Однако министръ внутреннихъ дѣлъ Валуевъ представилъ на это предположеніе коммисіи замѣчанія [1]), сущность которыхъ сводилась къ тому, что съ подчиненіемъ чиновъ полиціи двумъ вѣдомствамъ могутъ получиться столкновенія. Напр., администрація прикажетъ совершить что-либо своему чиновнику и въ то же время ему дастъ приказаніе судебный органъ. Кого ему слушаться? Оставивъ безъ вниманія чье либо предписаніе, онъ можетъ подвергнуться отвѣтственности.—Однако на такое заявленіе можно возразить прежде всего, что нѣкоторое промедленіе въ исполненіи порученія одного изъ вѣдомствъ еще не служитъ поводомъ къ отвѣтственности. Затѣмъ почему слѣдуетъ отдавать предпочтеніе предписаніямъ административнаго характера въ данномъ случаѣ? Наоборотъ, законъ въ ст. 270 указываетъ, что законныя требованія судебнаго слѣдователя исполняются какъ полиціею, такъ и присутственными мѣстами, должностными и частными лицами безъ замедленія. Цѣлымъ рядомъ другихъ предписаній полиціи предписывается немедленно исполнять предписанія слѣдователя и предпринимать различныя слѣдственныя дѣйствія. Здѣсь ясно, посредствомъ подчеркиванія немедленности, отдается предпочтеніе требованію судебной власти. Административная власть обладаетъ достаточнымъ количествомъ чиновниковъ, чтобы въ случаѣ, если одинъ занятъ судебнымъ порученіемъ, предписать исполненіе своего порученія другому.

Такое предпочтеніе административнымъ порученіямъ, какое предложилъ министръ внутреннихъ дѣлъ и какое внесено въ уставъ, является поэтому неправильнымъ. Затѣмъ ограниченіе отвѣтственности по данному мотиву могло бы имѣть мѣсто лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда полиція дѣйствуетъ по порученію судебной власти, но непримѣнимо къ случаямъ, когда она приступаетъ самостоятельно къ различнымъ слѣдственнымъ дѣйствіямъ, безъ прямого порученія, напр. къ случаямъ при-

[1]) Суд. Уст. изд. Госуд. Канцел. примѣч. къ ст. 480, т. II, стр. 177.

нятія мѣръ пресѣченія. Коллизія въ отвѣтственности могла бы произойти только тогда, когда требованія судебной и административной власти были бы по существу противоположны и полиція не знала бы, кого слушаться; но по закону требованія суда, какъ органа законности, стоятъ всегда выше требованій администраціи; послѣднія только тогда и законны, когда согласны съ тѣми положеніями, которыя проводятся судомъ; слѣдовательно, при законности дѣйствій полиціи такого столкновенія произойти не могло бы. Оппозиція министерства внутреннихъ дѣлъ объясняется трусливостью внесенія контроля законности въ сферу административной дѣятельности или, правильнѣе, въ ту же сферу судебной дѣятельности, но по отношенію къ административнымъ органамъ. Такое основаніе едва-ли можетъ быть признано уважительнымъ съ правовой точки зрѣнія. Полиція, вмѣсто немедленнаго представленія задержаннаго слѣдователю, по распоряженію полицейскаго чиновника можетъ передать его въ руки сыскной полиціи, гдѣ часто въ теченіе нѣсколькихъ дней отъ него вымогается сознаніе. Прокуроръ желаетъ привлечь полицейскаго къ отвѣтственности, администрація же отказываетъ въ преданіи суду. Здѣсь отказъ основывается на отступленіи отъ законности полицейскаго органа, оправдываемаго въ этомъ его начальствомъ, хотя и осуждаемаго судомъ.

По всѣмъ этимъ соображеніямъ порядокъ отвѣтственности, окончательно принятый въ уставѣ и сохраненный въ проектѣ, страдаетъ существеннымъ недостаткомъ—сохраненіемъ права преданія суду за начальствомъ полиціи. Въ общихъ чертахъ этотъ порядокъ сводится къ слѣдующему.

Полицейскіе чины, волостные и сельскіе начальники за упущенія и безпорядки по слѣдственной части привлекаются къ отвѣтственности прокуроромъ, подъ наблюденіемъ котораго слѣдствіе производилось. Прокуроръ только предостерегаетъ, неисправныя лица или предлагаетъ дѣйствія ихъ на разсмотрѣніе суда, при коемъ онъ состоитъ. (ст. 485). Это право сохраняется за прокуроромъ до поступленія дѣла въ судъ (общ. собр. 1883 г. № 10). Судъ, разсмотрѣвъ объясненія указанныхъ административныхъ лицъ, можетъ назна-

чить имъ *выговоръ* болѣе или менѣе строгій за неумышленныя упущенія или безпорядки, не имѣвшіе важныхъ послѣдствій [1]). О постановленномъ выговорѣ извѣщается непосредственное начальство виновнаго (ст. 486). Такимъ образомъ суду предоставлена власть назначать только выговоры—легчайшее наказаніе, почти не имѣющее значенія. По проекту 1900 г. компетенція прокурора ограничена такими упущеніями, которыя не влекутъ взысканія свыше замѣчанія или выговора безъ внесенія въ послужной списокъ. Въ остальныхъ случаяхъ онъ долженъ предоставлять на распоряженіе начальства привлекаемаго полицейскаго органа (ст. 412 пр.), т. е. въ сущности не введено почти ничего новаго.

Въ случаяхъ важныхъ безпорядковъ и злоупотребленій полиціи, судъ предоставляетъ прокурору войти въ сношеніе съ начальствомъ, отъ коего зависитъ назначеніе даннаго органа на должность, о преданіи законной отвѣтственности согласно заключенію суда (ст. 487). Такимъ органомъ обыкновенно бываетъ губернское правленіе. Въ случаѣ разногласія прокурора и начальства дѣло переходитъ на разрѣшеніе Перваго Департамента Правительствующаго Сената (488—5). Само губернское правленіе, какъ разъяснено Сенатомъ (общ. собр. пр. 1875 г. № 9101), вправѣ производить предварительное разслѣдованіе по сообщенію о преданіи полицейскаго чиновника суду за упущенія по слѣдственной части. Обыкновенно практика Сената принимаетъ во вниманіе только новыя обстоятельства, представляемыя начальствомъ, а въ остальныхъ случаяхъ признаетъ квалификацію суда [2]). Прокуроръ, стѣсненный въ сферѣ надзора, часто избѣгаетъ подачи жалобъ. Въ противность закону губернскія правленія часто принимаютъ жалобы прокурора и постановляютъ по нимъ свои рѣшенія. „Намъ неизвѣстно случая—говоритъ Лозина-Лозинскій—чтобы Правительствующій Сенатъ, куда на осн. ст. 586 общ. губ. уст. приносятся жалобы на постановленія губернскаго

---

[1]) Нельзя не обратить вниманія на крайнюю неопредѣленность этого правила, допускающаго полное усмотрѣніе судьи.

[2]) Лозина-Лозинскій. Надзоръ за слѣдственными дѣйствіями полиц. чиновъ. Журн. мин. юст. 1899 г. кн. 6 стр. 172.

правленія, отмѣнилъ постановленіе губернскаго правленія, состоявшееся по жалобѣ на слѣдственныя дѣйствія, какъ незаконное". Между тѣмъ незаконность постановленія губернскаго правленія, замѣняющаго здѣсь судъ, очевидна. Такой судъ, творимый административнымъ органомъ, почти совершенно лишаетъ потерпѣвшаго возможности добиться отвѣтственности, развѣ только данный случай представляетъ возмутительное нарушеніе самихъ полицейскихъ предписаній.

Относительно отвѣтственности жандармскихъ чиновъ положеніемъ отъ 19 мая 1871 года установлены особыя правила. Право прокурора здѣсь ограничивается сообщеніемъ непосредственному начальству виновнаго, которое обязано увѣдомить прокурора о послѣдствіяхъ его сообщенія. Если прокуроръ признаетъ недостаточнымъ наложенное взысканіе или неправильнымъ освобожденіе отъ взысканія, онъ можетъ увѣдомить прокурора палаты, который входитъ въ сношеніе съ высшимъ жандармскимъ начальствомъ. При нарушеніяхъ чинами жандармскихъ полицейскихъ управленій жел. дор. правилъ закона, не умышленныхъ и не имѣвшихъ важныхъ послѣдствій, прокуроръ представляетъ непосредственно на усмотрѣніе начальства, а о важныхъ входитъ въ сношенія съ послѣднимъ о преданіи суду (ст. 9, 10, 16, 17 полож. 1871 г.) [1]).

Крайне рѣдкіе случаи отвѣтственности полиціи, при весьма частомъ нарушеніи законныхъ правилъ на практикѣ, даютъ наглядное доказательство несостоятельности существующей системы отвѣтственности полиціи за неправильныя слѣдственныя дѣйствія. Въ связи съ неопредѣленностью законодательства эта сравнительная свобода отъ отвѣтственности дѣлаетъ изъ полиціи носительницу ограниченій свободы личности, еще болѣе страшныхъ, чѣмъ принимаемыя судомъ. Вслѣдствіе этого вокругъ имени полиція образовалась атмосфера недоброжелательности, которая заставляетъ часто избѣгать порою необходимаго ея содѣйствія.

---

[1]) См. Мордухай Болтовскій. Руководство. 1875 г.

XII.

Особыя права административныхъ органовъ по назначенію ареста.

Право полицейскаго ареста лицъ, подозрѣваемыхъ въ совершеніи преступнаго дѣянія (а свобода только такихъ лицъ и можетъ быть стѣсняема), во всѣхъ культурныхъ странахъ исчерпывается тѣми случаями, которые указаны въ уставѣ уголовнаго судопроизводства каждой страны. Внѣ предписаній этого устава никто не можетъ быть арестованъ. На такую точку зрѣнія стали и составители устава, создавъ правило, „что никто не можетъ быть задержанъ иначе, какъ въ случаяхъ, указанныхъ въ семъ уставѣ и въ установленномъ имъ порядкѣ". (Объясн. зап. 1863 г. стр. 200). Но Государственный Совѣтъ, вслѣдствіе неопредѣленности въ то время правъ полиціи, внесъ значительное расширеніе, сведя установленный принципъ, по которому каждое арестованіе имѣло въ виду возбужденіе обвиненія—т. е. имѣло правовое основаніе, къ простому требованію законности (ст. 8 уст. угол. суд.). Каждое судебное дѣйствіе должно производиться только въ случаяхъ, закономъ опредѣленныхъ, и подчеркивать это элементарное правило для ареста не представлялось бы необходимымъ. Указанное расширеніе права ареста было мотивировано слѣдующимъ образомъ (журн. 23 и 25 сентября 1864 г.). „Такъ какъ кромѣ преступленій и проступковъ, преслѣдуемыхъ опредѣленнымъ въ настоящемъ уставѣ судебнымъ порядкомъ, могутъ быть случаи, въ которыхъ административная власть вынуждена будетъ прибѣгать къ задержанію неповинующихся ея распоряженіямъ и вообще такихъ лицъ, которыхъ невозможно оставить на свободѣ въ видахъ предупрежденія и пресѣченія нарушеній установленнаго порядка и общаго спокойствія, то осторожность требуетъ, не ограничивать задержаніе подъ стражей случаями, въ семъ уставѣ указанными, но выразить ту мысль, что никто не можетъ быть задержанъ подъ стражею иначе какъ въ случаяхъ законами опредѣленныхъ". Приведенная мотивировка не выдерживаетъ критики: первое приведенное ею основаніе составляетъ преступленіе сопро-

тивленія законнымъ распоряженіямъ власти и можетъ служить основаніемъ задержанія, по общему правилу; что касается предупрежденія и пресѣченія, то, какъ мы видѣли въ англійскомъ, австрійскомъ и венгерскомъ правѣ, дѣятельность эта точно опредѣляется также въ уставѣ уголовнаго судопроизводства и подчинена контролю суда на общихъ основаніяхъ. Предоставлять ее всецѣло усмотрѣнію администраціи—значитъ подчинять полиціи дѣятельность гражданъ во многихъ областяхъ общественной жизни или же отдѣльныя категоріи лицъ (проститутокъ, нищихъ, и др.) [1]).

Дѣйствительность сильно расширила рамки административнаго ареста. Многочисленные случаи, разсѣянные въ архаическомъ уставѣ о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій, предоставляютъ полиціи безконтрольное, формулированное въ самыхъ общихъ выраженіяхъ право ареста лицъ, уличенныхъ въ бродяжествѣ, прошеніи милостыни, безпаспортныхъ, бѣглыхъ и пр. Мы не станемъ разсматривать этихъ случаевъ, такъ какъ они относятся болѣе къ праву административному, но отмѣтимъ все-же, что арестованіе такихъ лицъ допустимо лишь постольку, поскольку оно необходимо для указанныхъ въ уставѣ уголовнаго судопроизводства цѣлей правосудія [2]).

Съ другой стороны, право административной власти на арестованіе гражданъ получило въ 1871 г. еще большее расширеніе, такъ какъ администраціи было предоставлено арестовывать въ предположеніи виновности кого либо въ государственномъ преступленіи, т. е. ей отведена была широкая власть въ области, гдѣ распорядительницей должна являться всецѣло судебная власть. Право это возникло вмѣстѣ съ возможностью административной высылки въ отдаленныя мѣстности.

---

[1]) Относительно правой постановки задержанія этихъ послѣднихъ см. Berthelemy. Cours de droit administratif 1902. p. 341.

[2]) Существуютъ также правила о предварительномъ задержаніи преступниковъ при выдачѣ иностраннымъ государствамъ: Въ русскомъ законодательствѣ эти правила находятся въ хаотическомъ состояніи, они опредѣляются лишь конвенціями, содержащими по этому вопросу часто противорѣчивыя начала. Въ общемъ у насъ принятъ порядокъ административный. Подробное разсмотрѣніе этихъ конвенцій см. А. К. фонъ-Резонъ. Выдача по русскому праву. Ж. М. Ю. 1903. № 9 стр. 187—191, 193—197.

Получивъ судебныя функціи, администрація простерла свою власть и на подслѣдственное заключеніе, необходимое въ качествѣ предварительной мѣры. Положеніе объ охранѣ въ ст. 21 и 29 предоставляетъ въ мѣстахъ, объявленныхъ въ положеніи охраны, начальникамъ полиціи, начальникамъ жандармовъ и ихъ помощникамъ право дѣлать распоряженія о предварительномъ задержаніи, не долѣе однако двухъ недѣль всѣхъ лицъ, внушающихъ основательное подозрѣніе въ совершеніи государственныхъ преступленій или въ прикосновенности къ нимъ, а равно и въ принадлежности къ противозаконнымъ обществамъ. Ст. 29 устанавливаетъ этотъ срокъ въ 7 дней для мѣстностей, не объявленныхъ въ исключительномъ положеніи. Однако тутъ же добавлено, что двухнедѣльный срокъ можетъ быть продолженъ до 1 мѣсяца по распоряженію градоначальника или губернатора, послѣ чего онъ опять можетъ быть возстановленъ. Но если и этого оказывается недостаточно, то на основаніи прим. къ ст. 33 зак. 1881 г. предварительный арестъ лицъ, предназначенныхъ къ высылкѣ въ опредѣленную мѣстность, можетъ быть, по распоряженію Министра Внутреннихъ Дѣлъ, продолженъ до разрѣшенія вопроса о высылкѣ ихъ. Вслѣдствіе этого двухнедѣльный срокъ становится пустымъ звукомъ, а „предварительное задержаніе“ продолжается долгіе мѣсяцы и годы. Уже самъ по себѣ, даже независимо отъ грозящей административной кары, этотъ арестъ является серьознымъ наказаніемъ, отбываемымъ въ одиночномъ заключеніи (ст. 1043 уст. угол. суд.) и сопровождаемымъ особыми мѣрами для прегражденія всякихъ сношеній съ внѣшнимъ міромъ (ст. 1035[7] прим.). „Основательное подозрѣніе въ совершеніи государственнаго преступленія“ на практикѣ давно замѣнилось широкимъ полицейскимъ терминомъ „неблагонадежности“ или даже „неудобности“. Вмѣсто какихъ либо гарантій установленъ полный произволъ. Ст. 21 полож. 1881 г. никакъ нельзя сравнивать со ст. 10 франц. устава: послѣдняя предоставляетъ префектамъ лишь право кратковременнаго задержанія для разслѣдованія дѣла и создана для случаевъ крайней необходимости, независимо отъ опредѣленной категоріи преступныхъ дѣяній. Такъ какъ

права заключеннаго поставлены въ полную зависимость отъ власти, заключившей его подъ стражу, то тѣмъ самымъ онъ лишенъ свободы приносить на это жалобу. Притомъ жалоба, подаваемая начальству, тенденціи котораго вполнѣ однородны съ тенденціями лица арестовавшаго, равносильна обращенію къ глухому и слѣпому [1]). Надзоръ судебныхъ органовъ и прокуратуры не можетъ простираться дальше формальной провѣрки наличности постановленія (ст. 10 у. у. с.). Срока допроса не установлено никакого, да едва ли можно назвать допросомъ то вымогательство показаній, чинимое полицейской властью, которое происходитъ въ такихъ случаяхъ. Единственной „гарантіей“ должно являться постановленіе о взятіи подъ стражу. Необходимость его вытекаетъ изъ ст. 9 у. у. с., по которой требованіе о взятіи подъ стражу подлежитъ исполненію только въ томъ случаѣ если оно послѣдовало въ порядкѣ, опредѣленномъ правилами уст. уг. суд. т. е. по ст. 430 и 431 [2]). Первой изъ этихъ статей требуется указаніе „основаній задержанія и преступленія, въ которомъ задержанный подозрѣвается“. Это требованіе, въ которомъ собственно и заключается сущность всей гарантіи, стало мертвою буквой на практикѣ въ примѣненіи ареста по ст. 21 полож. охр. Вмѣсто этихъ данныхъ фигурируетъ или простая ссылка на ст. 21, какъ на „основаніе“, или же мотивъ: „впредь до выясненія причинъ задержанія“. Указаніе преступленія отсутствуетъ совершенно. Несмотря на полную незаконность такой практики, задерживаемые лишены всякой возможности обжалованія этихъ постановленій. Сообщаемыя въ видѣ печатнаго бланка, на которомъ проставлены лишь имя и фамилія [3]),

---

[1]) Ст. 1035[2a] закона 7 іюня 1904 года при дознаніи обязываетъ предъявлять обвиняемому, заключенному подъ стражу, всѣ добытыя дознаніемъ данныя, относящіяся къ предъявленному къ нему обвиненію; при этомъ указанія обвиняемаго на новыя обстоятельства подлежатъ дальнѣйшему разслѣдованію. Это право даетъ возможность оказать нѣкоторое вліяніе на процессъ, но не служитъ средствомъ для большаго огражденія законности такого задержанія.

[2]) Какъ разъяснено цирк. М. Ю. 1870 г. (Сборникъ цирк. стр. 169) составленіе постановленія обязательно и при арестѣ, производимомъ на основаніи уст. пред. и пресѣч. преступл.

[3]) См. Вѣстн. Права 1904. X. стр. 265.

эти постановленія вполнѣ аналогичны французскимъ lettres de cachet, отмѣненнымъ конституціей 3 сентября 1791 г. [1]), съ тою лишь разницей, что они принимаются по приказу административныхъ органовъ, а не по повелѣнію верховной власти. По количеству случаевъ за послѣдніе годы административные аресты вполнѣ могутъ конкурировать съ числомъ случаевъ подслѣдственнаго заключенія, если только не превосходятъ ихъ [2]). И создавая непроглядную атмосферу произвола и грубаго насилія надъ личностью, этотъ видъ ареста больше всего способствовалъ разложенію того строя, въ защиту котораго онъ примѣнялся. Будущее оцѣнить достойнымъ образомъ и съ большей свободой эту дѣятельность; наша задача—задача юриста—ограничивается указаніемъ того произвола, который допущенъ законодателемъ. Сохранить право административнаго заключенія подъ стражу въ будущемъ строѣ значитъ въ корнѣ подорвать всякую свободную дѣятельность партій и ошибочно предполагать, что находящійся въ положеніи раба можетъ представительствовать въ государственныхъ учрежденіяхъ.

Если бы мы хотѣли подвести итоги добытому нами, то мы могли бы ограничиться слѣдующимъ замѣчаніемъ: фундаментъ полицейской власти, на которомъ покоится русское законодательство о мѣрахъ предварительнаго задержанія, совершенно подгнилъ, онъ не соотвѣтствуетъ прочнымъ устоямъ су-

---

[1]) Эта практика отчасти была возстановлена при первой имперіи: по ст. 46 конституціи VIII г. правительство получило право подвергать заключенію лицъ, подозрѣваемыхъ въ виновности или прикосновенности къ государственнымъ заговорамъ. Актъ 3 марта 1800 г. регламентировалъ это право, поручивъ осуществленіе его Conseil privé, состоявшему изъ великаго судьи, 2-хъ министровъ и 2-хъ членовъ кассаціоннаго суда. Задержаніе это не было совершенно ограничено срокомъ. Хартія 1814 г. навсегда отмѣнила это ненавистное правило. Подробную исторію этой мѣры см. Mirabeau Lettres de cachet et prison d'Etat 1781.

[2]) Заимствуемъ нѣкоторыя статистическія данныя (Набоковъ, Уголовная хроника. Вѣсти. Пр. 1904. № 7 стр. 186). Въ 1894, было 158 формальныхъ дознаній, по которымъ было привлечено 919 лицъ; въ 1903 г. было дознаній—1988, по которымъ было привлечено 5590 лицъ. Всѣ эти лица содержались подъ стражей, но это число еще не выражаетъ полностью количества административно задержанныхъ по ст. 21, такъ какъ противъ многихъ полиція не находила даже возможнымъ начинать дознаніе.

дебнаго зданія, посредствомъ которыхъ реформа шестидесятыхъ годовъ хотѣла укрѣпить правосудіе на правовой почвѣ. Пока не будутъ положены и здѣсь въ основу начала законности и возможности лишенія свободы не иначе, какъ по суду, если противное не вызывается только крайней необходимостью, до тѣхъ поръ будетъ грозить опасность всему зданію, до тѣхъ поръ произволъ въ этой стадіи будетъ отражаться на ходѣ всего правосудія. Независимая отъ суда власть полиціи несовмѣстима съ свободой. Желанія и стремленія составителей общихъ положеній 1862 г. были значительно выше и либеральнѣе тѣхъ, которыя осуществлены въ уставѣ. Составители, привыкнувъ къ дореформенному строю, не сумѣли сбросить тѣсно сжившіяся съ ихъ привычками и взглядами начала. Но этого вполнѣ можно было ожидать отъ Коммисіи, пересматривавшей судебные уставы 35 лѣтъ спустя. Однако Коммисія еще болѣе расширила власть полиціи, а рядъ указанныхъ нами противорѣчій она постаралась устранить безцеремоннымъ сглаживаніемъ правовыхъ началъ судебныхъ уставовъ. Наше законодательство въ основныхъ своихъ чертахъ заимствовано изъ французскаго, въ томъ его видѣ, въ какомъ оно было до законовъ 1865 и 1897 гг. А это послѣднее такъ было охарактеризовано К. Миттермайеромъ [1]). „Исторія намъ показываетъ, какъ развивалась полицейская власть, какъ особенно во Франціи она получила большую власть и какъ она дѣлалась въ одно и то же время благодѣтельнымъ орудіемъ открытія преступленій и грознымъ орудіемъ угнетенія свободы и стѣсненія индивидуальной безопасности. Подобное развитіе власти явилось слѣдствіемъ того, что полиціи были предоставлены весьма обширныя права, въ пользованіи которыми она не должна была давать никакого отчета суду, и вслѣдствіе безопасности полицейскихъ чиновъ отъ всякаго преслѣдованія за злоупотребленія властью. Вообще благодаря этимъ французскимъ взглядамъ одна отрасль администраціи, именно полиція, сдѣлалась какъ бы сама юстиціею, тогда какъ сама администрація получила до нельзя обширныя

[1]) Участіе полиціи на предварительномъ слѣдствіи. Ж. М. Ю. 1865 стр. 519.

права, мало была ограничена законами и освобождена была отъ отвѣтственности предъ судомъ за дѣйствія, учиненныя по долгу службы. Французскій порядокъ не правосудный, а скорѣе полицейскій". Для современной эпохи эта характеристика является еще очень скромной. Слѣпая боязнь общественныхъ силъ тормозитъ развитіе всѣхъ необходимыхъ правовыхъ гарантій. Существеннѣйшей изъ нихъ для обезпеченія свободы личности является „золотое правило" англійской и французской революцій: „никто не можетъ быть арестованъ иначе, чѣмъ по приказу компетентнаго судьи". Необходимо возможно полнѣе осуществить его, ограничивъ предѣлы полицейскаго предварительнаго ареста случаями крайней необходимости.

Глава вторая.

Виды мѣръ обезпеченія.

Ни въ одной странѣ нѣтъ такого богатства мѣръ обезпеченія, какъ въ Россіи, и, повидимому, это есть ея преимущество. Чѣмъ больше мѣръ обезпеченія, тѣмъ индивидуальнѣе можетъ быть каждая и тѣмъ лучше она можетъ быть приспособлена къ личнымъ свойствамъ обвиняемаго. Вмѣстѣ съ тѣмъ при существованіи разнообразія мѣръ обезпеченія есть больше возможности къ тому, чтобы заключеніе подъ стражу примѣнялось рѣже. Каждый индивидуальный случай съ большей вѣроятностью можетъ себѣ найти мѣсто въ ряду другихъ мѣръ. Поэтому принципъ разнообразія мѣръ обезпеченія по существу вполнѣ правиленъ. Однако необходимо, чтобы каждая изъ существующихъ мѣръ обладала условіями доброкачественности: 1) чтобы она дѣйствительно обезпечивала отъ неуклоненія и 2) чтобы возможно меньше стѣсняла свободу, честь и другія правовыя блага гражданина. При этомъ нужно имѣть въ виду невозможность для государства затратить значительныя средства и личныя силы на выполненіе этой функціи. Это обстоятельство очень часто стѣсняетъ слишкомъ широкіе проекты общей реформы.

Мѣры обезпеченія рѣдко создаются искусственно. Сама жизнь, укладываясь въ формальныя рамки судебной организаціи по принципу наименьшаго сопротивленія и наименьшей затраты опредѣленныхъ для выполненія этой функ-

ціи общественныхъ силъ, вырабатываетъ рядъ мѣръ обезпеченія, которыми и пользуется законодательство. За послѣднимъ слѣдуетъ признать регулирующее значеніе, но не исключительно творческое. Поэтому при построеніи и оцѣнкѣ этихъ мѣръ необходимо прежде всего принимать въ соображеніе различныя условія общественной жизни, которыя дѣлаютъ возможнымъ или невозможнымъ осуществленіе установленной въ законѣ мѣры на практикѣ. Съ другой стороны, возможно сохраненіе уже отжившихъ мѣръ, осуществленіе которыхъ сопряжено съ принудительностью, не пропорціональною той степени обезпеченія, которая достигается этими мѣрами. Среди имѣющихся въ уставѣ мѣръ, мѣры полицейско-принудительнаго характера (полицейскій надзоръ и отобраніе вида на жительство) являются отжившими и сохранились благодаря широкой власти полиціи и многочисленности имѣющихся у нея правъ по надзору за обывателями.

Послѣ т. XV ч. 2 Св. зак. съ его мѣрами пресѣченія, имѣвшими цѣлью содержаніе обвиняемаго, составители устава уголовнаго судопроизводства рѣшили ввести нѣкоторыя новыя мѣры, которыя были необходимы для ограниченія случаевъ примѣненія лишенія свободы. Такими мѣрами явились отобраніе вида на жительство, примѣнявшееся раньше, какъ полицейская мѣра, не регулированная закономъ, и подписка о явкѣ къ слѣдствію и неотлучкѣ отъ мѣста жительства.

По уставу уголовнаго судопроизводства 1864 г. были допущены слѣдующія мѣры обезпеченія. Общая мѣра по отношенію ко всѣмъ обвиняемымъ—запрещеніе отлучаться безъ разрѣшенія слѣдователя изъ того города или участка, гдѣ производится слѣдствіе (ст. 415), и собственно мѣры обезпеченія, перечисленныя въ слѣдующемъ порядкѣ: 1) отобраніе вида на жительство или обязаніе подпискою о явкѣ къ слѣдствію и неотлучкѣ съ мѣста жительства; 2) отдача подъ особый надзоръ полиціи; 3) отдача на поруки; 4) взятіе залога; 5) домашній арестъ и 6) взятіе подъ стражу.

Разсмотримъ отдѣльно каждую изъ перечисленныхъ мѣръ.

1. **Запрещеніе отлучки.** Примѣненіе наказанія къ личности обвиняемаго представляетъ собою опредѣленный госу-

дарственный интересъ. Необходимость отвѣтственности передъ судомъ и интересы разслѣдованія дѣла заставляютъ принимать по отношенію къ каждому обвиняемому, даже такому, относительно котораго не существуетъ опасенія побѣга, мѣры, которыя обезпечиваютъ быструю явку обвиняемаго на вызовъ. Къ такимъ мѣрамъ можно отнести запрещеніе отлучки изъ города и участка, гдѣ производится слѣдствіе, безъ разрѣшенія слѣдственнаго судьи и болѣе легкое постановленіе объ обязательномъ извѣщеніи судьи, производящаго слѣдствіе, о перемѣнѣ мѣста жительства.

Въ уставѣ уголовнаго судопроизводства принята первая мѣра—запрещеніе отлучки. Соблюденіе этого постановленія обязательно для всѣхъ обвиняемыхъ, даже отпущенныхъ на поруки или подъ залогъ (ст. 415, 429). На ряду съ этою общею мѣрою существуетъ особая мѣра обезпеченія, состоящая въ обязаніи подпискою о явкѣ къ слѣдствію и неотлучкѣ съ мѣста жительства, которая, повидимому, тождественна съ общею мѣрою о неотлучкѣ [1]).

Различіе до нѣкоторой степени можно провести въ томъ отношеніи, что во второмъ случаѣ подписка о неотлучкѣ съ мѣста жительства имѣетъ лишь вспомогательное значеніе по сравненію съ обязательствомъ явки. Это обязательство явки, имѣющее нравственный характеръ и стѣсняющее уклоненіе обвиняемаго, кромѣ угрозы законной отвѣтственностью еще и даннымъ имъ словомъ, вполнѣ можетъ служить мѣрою обезпеченія, даже не сопровождаясь клятвою, какъ то было принято въ римскомъ и средневѣковомъ правѣ; упоминаніе же о неотлучкѣ введено для указанія дѣйствительности здѣсь общаго по-

---

[1]) Миклашевскій (О средствахъ представленія въ судъ т. I, 1872, стр. 162) проводитъ различіе между этими мѣрами, обращая вниманіе на указаніе въ первомъ случаѣ города и участка, а во второмъ болѣе узкой сферы—мѣста жительства. Изъ такого различія вытекаетъ и отвѣтственность по 63 ст. уст. во второмъ случаѣ. Макалинскій не считаетъ возможнымъ принять такое искусственное толкованіе и не проводитъ различія между обѣими мѣрами. См. также замѣтку П. А. Ифланда, въ «Журналѣ Министерства Юстиціи» 1904 г. № 8, въ отдѣлѣ хроники, стр. 146—149. Авторъ высказывается за нежелательность примѣненія подписки о неотлучкѣ въ качествѣ общей мѣры.

ложенія ст. 415, такъ же, какъ это сдѣлано при разсмотрѣніи поручительства и залога (ст. 429).

Обязанность неотлучки изъ города и участка не лишаетъ однако возможности перемѣнить квартиру въ предѣлахъ этихъ послѣднихъ, съ извѣщеніемъ при этомъ слѣдователя о такой перемѣнѣ, какъ то и принято на практикѣ. Отлучка и перемѣна мѣста жительства въ одномъ участкѣ на мѣсто жительства въ другомъ можетъ производиться съ разрѣшенія слѣдователя [1]). За нарушеніе этого постановленія въ законѣ не установлено никакого взысканія.

Относительно дѣйствій прокурора и полиціи слѣдуетъ замѣтить, что начало дознанія не влечетъ подобнаго ограниченія правъ. Какъ разъяснилъ Сенатъ (Общ. Собр. 1872 г. 11 декабря), ст. 415 можетъ быть примѣняема только относительно лицъ, привлеченныхъ установленнымъ порядкомъ къ слѣдствію въ качествѣ обвиняемыхъ, и то не иначе, какъ по снятіи съ обвиняемаго допроса (ст. 398).

Нельзя не признать, что постановленія дѣйствующаго законодательства въ этомъ отношеніи стѣсняютъ свободу обвиняемыхъ сильнѣе, чѣмъ то требуется нуждами правосудія. Слѣдователю главнымъ образомъ необходимо знать мѣстопребываніе обвиняемаго для того, чтобы быстро и правильно направлять къ нему вызовы въ судъ. Это достигается постояннымъ указаніемъ своего мѣста жительства и извѣщеніемъ о перемѣнѣ его. Поставить же перемѣну мѣста жительства въ зависимость отъ слѣдователя значитъ подвергнуть обвиняемаго весьма тяжкой прикрѣпленности къ мѣсту и, во всякомъ случаѣ, весьма многочисленнымъ и порою очень затруднительнымъ хлопотамъ [2]). Въ коммисіи, составлявшей проектъ устава

---

[1]) Обязанность неотлучки по буквальному смыслу закона распространяется только на стадію предварительнаго слѣдствія, пока дѣло не закончено разслѣдованіемъ (только слѣдователь можетъ налагать эту обязанность). Съ окончаніемъ слѣдствія смыслъ существованія этой мѣры отпадаетъ.

[2]) Сводъ ревизіонныхъ отчетовъ (Труды Высочайше учрежденной коммисіи, 1897 г.) т. III, указываетъ, что для исполненія ст. 415 въ случаѣ отсутствія слѣдователя приходится иногда дѣлать разъѣзды на значительныя разстоянія (стр. 245). П. Ифляндъ, ук. ст., также указываетъ на разорительность для многихъ обвиняемыхъ подобной мѣры, принимаемой по общему правилу.

уголовнаго судопроизводства 1900 г., возникло по поводу ст. 415 разногласіе. Значительное большинство указывало на отсутствіе необходимости въ этой мѣрѣ и на достаточность обязанія немедленнымъ извѣщеніемъ слѣдственной власти о каждой перемѣнѣ мѣста жительства; меньшинство же опасалось, что съ отмѣною ст. 415 подписка о неотлучкѣ, вслѣдствіе своей необходимости, сдѣлается изъ исключительной мѣры общимъ правиломъ для лицъ, оставленныхъ на свободѣ, а болѣе слабое правило объ извѣщеніи останется мертвою буквою.

Новая 334 ст. проекта предписываетъ въ видѣ общаго правила, что лица, состоящія подъ слѣдствіемъ, при перемѣнѣ своего мѣста жительства обязаны увѣдомлять о томъ судью, производящаго слѣдствіе. Отъ этой обязанности не увольняются обвиняемые, относительно коихъ приняты мѣры пресѣченія, не соединенныя съ лишеніемъ свободы. Аналогичное постановленіе сдѣлано и для участковыхъ судей (ст. 1086 проекта).

Такое измѣненіе проекта вполнѣ цѣлесообразно. Даже если допустить, что нѣкоторые воспользуются этой сравнительно большей свободой для затрудненія хода правосудія, все-таки нельзя подвергать ради этихъ лицъ (дѣятельность которыхъ, притомъ, можетъ быть во всякое время прекращена назначеніемъ противъ нихъ мѣры обезпеченія, состоящей въ неотлучкѣ) значительнымъ ограниченіямъ весьма важную въ настоящее время свободу передвиженія и перемѣны мѣста жительства, порою тѣсно связанную съ насущными экономическими интересами.

Общими чертами перечисленныхъ въ ст. 416 мѣръ обезпеченія являются: 1) ихъ *общность*: эти мѣры могутъ быть примѣнены къ каждому обвиняемому, съ ограниченіями, впрочемъ, указанными въ законѣ; 2) ихъ *цѣль*: всѣ онѣ имѣютъ цѣлью только воспрепятствованіе обвиняемому уклоняться отъ слѣдствія и суда; кромѣ того, заключеніе подъ стражу можетъ имѣть еще особыя цѣли. Въ остальныхъ отношеніяхъ эти мѣры весьма различны и должны быть разсмотрѣны обособленно.

2. Обязаніе подпискою о явкѣ къ слѣдствію и неотлучкѣ съ мѣста жительства.

Относительно подписки о явкѣ и неотлучкѣ мы отчасти уже говорили. Здѣсь мы дадимъ только теоретическую оцѣнку этой мѣры. Въ коммисіи два голоса почтенныхъ процессуалистовъ, А. Ѳ. Кони и И. Г. Щегловитова, высказались за отмѣну этой мѣры, не устанавливающей какой-либо новой обязанности и неспособной удержать отъ побѣга. Это возраженіе заставляетъ насъ указать на компромиссъ, возможный между двумя противоположными мнѣніями.

Еще въ Римѣ была извѣстна подписка о явкѣ (cautio verbalis seu nude promissoria). Въ австрійскихъ уставахъ (ст. 155 и 162 уст. угол. суд. 1853 г.), существовало въ качествѣ особой мѣры обязательство явки, опирающееся на угрозу взысканіемъ и замѣной арестомъ. Во Франціи закономъ 1865 г. ст. 113 введено освобожденіе „à charge de prendre engagement de se présenter à tous les actes de procedure et d'execution de jugement aussitôt qu'il en sera requis". Это постановленіе принято и странами, заимствовавшими французскую систему,—Бельгіей, Италіей.

Въ чемъ сущность этой мѣры? Съ точки зрѣнія нашей классификаціи, эта мѣра—психологическаго характера, основанная на соціальномъ, непосредственномъ мотивѣ. Разсматриваемая даже только какъ подписка о явкѣ, эта мѣра не тождественна съ общимъ постановленіемъ объ обязательности явки для обвиняемыхъ. Какъ мѣра, общая для всѣхъ обвиняемыхъ, это обязательство покоится на юридическомъ предписаніи, создающемъ правовую обязанность, и на мотивѣ опасенія назначенія болѣе суровой мѣры. Какъ мѣра спеціальная, оно покоится кромѣ того и на нравственномъ обязательствѣ, закрѣпленномъ письменно, или на словѣ обвиняемаго, данномъ слѣдственной власти. Конечно, для человѣка съ полнымъ отсутствіемъ нравственнаго чувства нравственное обязательство не будетъ имѣть значенія, но для многихъ гражданъ это обязательство явится сильнымъ мотивомъ. Судъ не является теперь органомъ насилія, по отношенію къ которому нравственное обязательство не имѣетъ силы,

какъ вынужденное. Поэтому отстраненіе отъ пользованія до извѣстной степени нравственными мотивами не находитъ себѣ оправданія. Но кромѣ нравственнаго мотива въ этой мѣрѣ можетъ заключаться еще и мотивъ эгоистическій, вытекающій: 1) изъ наличности взысканія за нарушеніе этого обязательства, 2) изъ возможности назначенія болѣе стѣснительной мѣры обезпеченія.

Относительно наличности санкціи обязательства явки слѣдуетъ сказать, что таковая должна быть установлена, помимо угрозы болѣе стѣснительною мѣрою. Какъ намъ уже пришлось говорить, нельзя разсматривать ни одну принудительную мѣру въ процессѣ, какъ наказаніе; это противорѣчитъ духу всего уголовнаго процесса, правовой его постановкѣ. Примѣненіе такой мѣры можетъ явиться естественнымъ результатомъ нарушенія процессуальной нормы, но оно не можетъ искупать слѣдуемаго взысканія, если государство признало нужнымъ обложить такое нарушеніе наказаніемъ. Наличность правовыхъ нормъ по отношенію къ лицамъ обвиняемымъ налагаетъ на нихъ извѣстныя гражданскія обязанности, и здѣсь имѣетъ мѣсто та же совокупность мотивовъ, которая удерживаетъ каждаго гражданина отъ совершенія нарушеній закона, и потому представляется возможность опредѣлить спеціальныя взысканія.

Въ уставѣ уголовнаго судопроизводства къ обязательству подпискою о явкѣ присоединено обязательство неотлучки съ мѣста жительства. Въ проектѣ откинуто обязательство явки, и оставлено одно только предписаніе о неотлучкѣ. Очевидно, что сущность этой мѣры видѣли во второй ея части, между тѣмъ какъ она неразрывно связана съ первой, составляя лишь повтореніе общей обязанности ст. 415. Подписка о неотлучкѣ есть нѣкоторое стѣсненіе свободы, основанное на тѣхъ же нравственныхъ и юридическихъ мотивахъ, какъ и обязательство явки. Обезпечивается ли соблюденіе такой подписки угрозою какого-либо наказанія? Микляшевскій (стр. 163) находитъ возможнымъ примѣнить здѣсь ст. 63 уст. о нак., угрожающую арестомъ не свыше трехъ мѣсяцевъ или денежнымъ взысканіемъ не свыше трехсотъ рублей за самоволь-

ное оставленіе назначеннаго для жительства мѣста. Но большинство авторовъ (Кистяковскій, Макалинскій и Случевскій) считаетъ эту подписку имѣющею чисто нравственное значеніе. Такого же мнѣнія придерживается и Сенатъ, разъяснившій, что нарушеніе подписки о неотлучкѣ, имѣющей лишь процессуальное значеніе, законъ не облагаетъ никакимъ наказаніемъ, потому что оно влечетъ за собою невыгодныя послѣдствія для обвиняемаго (1870 г. № 247, 1874 г. № 125). Въ проектѣ не дано никакого разрѣшенія этому важному вопросу. При отсутствіи санкціи это ограниченіе свободы будетъ постоянно нарушаться, какъ это можно видѣть при настоящемъ положеніи дѣлъ. Эта мѣра не будетъ приносить бо̀льшаго обезпеченія, чѣмъ простое обязательство явки нравственнаго характера, и будетъ введенъ лишь новый элементъ нецѣлесообразнаго ограниченія свободы. При наличности же санкціи эта мѣра становится довольно стѣснительной по отношенію, напр., къ людямъ, по характеру своихъ занятій принужденнымъ дѣлать частые разъѣзды, и въ то же время мало обезпечиваетъ отъ неуклоненія. Обладая такою же силою обезпеченія, какъ и санкціонированная отвѣтственностью подписка о явкѣ, подписка о неотлучкѣ въ значительно большей степени стѣсняетъ свободу обвиняемаго. Цѣлесообразной она явится лишь при кратковременности слѣдствія и по отношенію къ лицамъ, прикрѣпленнымъ къ мѣсту какимъ-либо постояннымъ занятіемъ. Поэтому намъ кажется, что болѣе правильною постановкой этой мѣры явится нижеслѣдующая. По общему правилу существуетъ предложеніе (а не обязаніе, ибо въ основѣ лежитъ мотивъ нравственный) подписки о явкѣ. Въ случаѣ же наличности особыхъ обстоятельствъ, дѣлающихъ необходимой въ непродолжительномъ времени быструю явку или порождающихъ возможность частаго вызова къ судебно-слѣдственной власти, судебный слѣдователь можетъ обязать подпискою о неотлучкѣ съ мѣста постояннаго жительства безъ разрѣшенія слѣдователя подъ угрозою взысканія, *на срокъ однако не больше недѣли*, возобновленіе котораго производится мотивированнымъ постановленіемъ слѣдователя.

Такая форма примѣненія этой мѣры, ограждая права

обвиняемаго, вмѣстѣ съ тѣмъ въ значительно большей степени обезпечиваетъ интересы судебно-слѣдственной власти.

3. **Отобраніе вида на жительство** можетъ являться мѣрою обезпеченія лишь при существованіи паспортной системы. Обязательность приписки по особому паспорту или виду на жительство, установленная въ цѣляхъ полицейскаго надзора за населеніемъ, даетъ полицейской власти хорошее средство наблюденія надъ передвиженіемъ населенія и представляетъ возможность задержанія извѣстнаго лица, въ случаѣ надобности. Необходимость имѣть видъ на жительство, служащій и удостовѣреніемъ личности, не позволяетъ лицу, лишенному этого вида, отлучаться отъ извѣстнаго мѣста, изъ опасенія быть задержаннымъ и подвергнуться въ дальнѣйшемъ аресту за попытку побѣга. Отлучка и проживаніе безъ вида на жительство подвергаютъ непріятностямъ безпріютнаго скитальчества и приводятъ въ концѣ концовъ къ поимкѣ. Изъ этого слѣдуетъ, что отобраніе вида на жительство въ теоріи является вполнѣ надежной мѣрой, препятствующей отлучкѣ и побѣгу. Это мѣра административно-принудительнаго характера, такъ какъ она ставитъ обвиняемаго въ зависимость отъ полиціи, имѣющей спеціальную надъ нимъ власть, предоставленную ей уставомъ о паспортахъ. Обвиняемому, у котораго отняли видъ на жительство, дается срочный реверсъ—удостовѣреніе объ отнятіи. О таковомъ отнятіи паспорта извѣщается полиція [1]). Но несмотря на его пригодность для обезпеченія отъ неуклоненія, примѣненія отобранія вида на жительство часто избѣгаютъ въ виду тяжести этой мѣры. Реверсъ иногда является какъ бы каиновымъ пятномъ, заставляющимъ избѣгать человѣка, имѣющаго такой документъ. Часто такой обвиняемый не имѣетъ возможности найти ни работы, ни даже помѣщенія для жилья. Въ трудахъ коммисіи (см. Труды т. III стр. 246), въ отчетѣ Одесскаго окружнаго суда говорится: „Отобраніе вида на жительство вовсе не практикуется потому, что мѣра эта на самомъ дѣлѣ по условіямъ жизни представляется мѣрою чуть-ли

---

[1]) Порядокъ выдачи реверсовъ и храненія отобранныхъ видовъ на жительство, см. Макалинскій, Руководство т. II стр. 444—447.

не болѣе строгою, чѣмъ безусловное личное задержаніе. Будучи заключенъ подъ стражу, обвиняемый оказывается обезпеченнымъ въ отношеніи крова, пищи и тепла, по крайней мѣрѣ, а лишенный вида на жительство принужденъ остаться и безъ этого. Реверсъ—это волчій паспортъ". Эта тяжесть отобранія вида на жительство послужила основаніемъ для предложенія отмѣны этой мѣры со стороны С.-Петербурскаго юридическаго общества. Такое же предложеніе было внесено и въ коммисію, составлявшую проектъ 1900 г. Однако большинство, принимая въ соображеніе тягостность этой мѣры, полагало, что примѣненіе ея во многихъ случаяхъ устраняетъ необходимость заключенія обвиняемаго подъ стражу, въ особенности когда онъ не въ состояніи представить залогъ или поручительство (Объясн. зап. 1900 г. т. II стр. 349). Въ виду непримѣнимости этой мѣры къ мѣстнымъ жителямъ, не имѣющимъ видовъ на жительство, въ проектѣ на ряду съ отобраніемъ вида на жительство установлено правило о невыдачѣ вида на отлучку съ мѣста постояннаго жительства безъ разрѣшенія слѣдственной власти (п. 2 ст. 335 проекта) [1]). Мѣра эта, вполнѣ аналогичная отобранію вида на жительство, лишена однако характера позорности, присущаго первому.

Изъ западныхъ государствъ, насколько намъ извѣстно, только въ Норвегіи по уставу 1886 г. существуетъ отобраніе паспорта, и въ Болгаріи, заимствовавшей въ 1897 г. нашъ уставъ,—отобраніе вида на жительство. Однако отсутствіе этой мѣры въ западно-европейскихъ уставахъ еще не служитъ показателемъ ея непригодности. Оно обусловливается отсутствіемъ паспортной системы. Съ исчезновеніемъ ея неизбѣжно должна была исчезнуть и основанная на ней полицейско-принудительная мѣра. Въ уставахъ германскихъ государствъ середины прошлаго столѣтія мы часто находимъ эту мѣру въ числѣ мѣръ обезпеченія [2]).

---

[1]) По закону 1889 г. отобраніе вида для мѣстныхъ жителей замѣнено также невыдачей вида на отлучку, мѣрой менѣе стѣснительной.

[2]) См. указанія на это у Sonntag. Entlassung gegen Caution 1865 г. Deutsche Gesetzgebung.

Далѣе, признавая нецѣлесообразной и стѣснительной паспортную систему съ точки зрѣнія общей свободы гражданъ, мы не можемъ, однако, ей отказать въ томъ, для чего она существуетъ, именно въ извѣстномъ облегченіи надзора за подозрительными лицами. Нецѣлесообразно было бы пока пренебрегать этой системой и притомъ именно по отношенію къ тѣмъ лицамъ, ради которыхъ эта система установлена. Однако существеннымъ условіемъ оставленія этой мѣры является необходимость лишить ее позорнаго характера, являющагося результатомъ современной ея постановки. Для этого пригоднымъ является минимальное отличіе реверса отъ обыкновеннаго паспорта; возможно и цѣлесообразно также существовавшее въ австрійскомъ уставѣ 1854 г. правило о томъ, чтобы лица, обязанныя судебною властью проживать въ опредѣленномъ городѣ, гдѣ они не могутъ достать средствъ къ жизни, могли въ случаѣ бѣдности получить отъ суда деньги на пропитаніе и на помѣщеніе. Такое обязательство не ляжетъ тяжелымъ бременемъ на государственный бюджетъ, если принять во вниманіе, что отобраніе вида на жительство является тягостнымъ лишь для самыхъ низшихъ классовъ, живущихъ поденнымъ трудомъ. Да и притомъ, если такое лицо, работающее у хозяина, которому оно извѣстно, и будетъ привлечено къ суду, хозяинъ можетъ не отпускать его, видя въ немъ хорошаго работника. Лица, не имѣющія опредѣленныхъ занятій и бродяги обыкновенно не подвергаются отобранію вида на жительство, а заключаются подъ стражу. Опасаться злоупотребленій не слѣдуетъ, потому что назначеніе денежнаго воспомоществованія будетъ зависѣть отъ усмотрѣнія судебной власти, и притомъ полиція, наблюдающая за обвиняемымъ, всегда будетъ въ состояніи сообщить, имѣетъ ли тотъ регулярныя средства къ существованію. Должно имѣть въ виду также, что съ отмѣной полицейскаго надзора большая часть лицъ, подвергавшихся этой мѣрѣ, станетъ подвергаться отобранію вида на жительство. Лишеніе мѣста, сопряженное съ обязательствомъ невыѣзда, влечетъ лишеніе всякихъ средствъ къ существованію. Поручительство весьма трудно при отсутствіи организаціи рабочихъ различныхъ промысловъ и спеціальныхъ кассъ, какъ

то существуетъ на Западѣ. Недостаточно сильная экономическая самостоятельность дѣлаетъ затруднительнымъ, даже невозможнымъ примѣненіе мѣръ экономическаго характера; остаются, слѣдовательно, мѣры полицейскаго характера, хотя и стѣснительныя, но все-же менѣе тягостныя и развращающія, чѣмъ лишеніе свободы въ тюрьмѣ, отбываемое часто вмѣстѣ съ профессіональными преступниками.

Обращаясь къ указаніямъ практики относительно примѣненія двухъ разобранныхъ нами мѣръ, мы, къ сожалѣнію, должны указать, что статистическія данныя, касающіяся примѣненія ихъ, соединены въ одну графу, такъ что не представляется возможнымъ выяснить, какое число случаевъ примѣненія относится къ подпискѣ о явкѣ и неотлучкѣ и какое къ отобранію вида на жительство. Слѣдуетъ также указать, что приводимыя ниже цифры, какъ и вообще всѣ данныя нашей статистики по мѣрамъ обезпеченія, кромѣ заключенія подъ стражу, приведены только по отношенію къ осужденнымъ, а не вообще обвиняемымъ. Нужно имѣть въ виду, что по дѣламъ, окончившимся оправданіемъ обвиняемыхъ, значительно большій процентъ находился на свободѣ, чѣмъ процентъ по отношенію къ осужденнымъ; процентъ числа оправданныхъ въ общемъ приблизительно равенъ 30—35%. Такой же процентъ слѣдуетъ принять и относительно тѣхъ, дѣла которыхъ были прекращены на предварительномъ слѣдствіи. Поэтому, чтобы опредѣлить общее употребленіе какой-либо мѣры, нужно по крайней мѣрѣ утроить соотвѣтственныя цифры. Однако, не забывая этого, мы будемъ приводить только извѣстныя намъ цифры примѣненія мѣръ обезпеченія относительно осужденныхъ. По пятилѣтіямъ число случаевъ примѣненія отобранія вида на жительство и подписки о явкѣ было: 1879—1883 г.г.—18054; 1884—1888 г.—32010; 1889—1893 г.—41393. Въ 1894 г.—7480, въ 1899 г.—12,442. У мировыхъ судей за 18 лѣтъ съ 1879 по 1894 г. было только 42 случая примѣненія этихъ мѣръ. Въ „Сводѣ статистическихъ свѣдѣній“ мы находимъ данныя, касающіяся примѣненія отдѣльныхъ мѣръ по отношенію къ различнымъ категоріямъ преступленій. Изъ нихъ можно видѣть, что (въ 1899 г.) отобраніе

вида на жительство или подписка употребляются преимущественно при религіозныхъ преступленіяхъ (на 648 осужденныхъ 311 случаевъ), при оскорбленіи власти (изъ 3345 осужденныхъ—1892), при различныхъ преступленіяхъ противъ нравственности (изъ 3577 осужденныхъ—3206), при желѣзнодорожныхъ преступленіяхъ (изъ 158 осужденныхъ—113) и при лжеприсягѣ (изъ 638 осужденныхъ 142). При кражѣ, наоборотъ, изъ 18354 осужденныхъ только 270 случаевъ отобранія вида на жительство. При общемъ количествѣ 58666 осужденныхъ отобраніе вида было примѣнено къ 20%.

Изъ каталога преступныхъ дѣяній, при которыхъ примѣняется эта мѣра, можно заключить, что примѣняется она по отношенію къ лицамъ, совершившимъ преступленія не изъ экономической нужды. Такое частое примѣненіе этихъ мѣръ указываетъ на ихъ жизнеспособность. Съ отмѣной полицейскаго надзора многочисленность случаевъ назначенія этой мѣры должна еще возрасти. Въ проектѣ 1900 г. эта мѣра сохранена, какъ мы думаемъ, по правильнымъ соображеніямъ. Только отмѣна паспортной системы—необходимая реформа, вызываемая развитіемъ государственныхъ формъ—упразднитъ примѣненіе этой мѣры.

4. **Полицейскій надзоръ**. Эта мѣра заимствована составителями устава уголовнаго судопроизводства изъ Свода законовъ, гдѣ она была поставлена, какъ замѣна отдачи за пристава, этой наиболѣе часто примѣнявшейся въ нашемъ древнемъ правѣ мѣры обезпеченія. Однако при существованіи особой мѣры—содержанія при полиціи, болѣе подходившей по своей формѣ къ „отдачѣ за пристава“, полицейскій надзоръ потерялъ характеръ принудительнаго заключенія, а былъ сведенъ исключительно къ наблюденію за обвиняемымъ, находящимся на свободѣ. Въ уставѣ 1864 г. было прибавлено только словечко „особый“, безъ опредѣленія порядка его примѣненія. Характеръ этой прибавки такъ и остался неизвѣстнымъ. Собственно на полиціи, какъ на органѣ безопасности, лежитъ обязанность наблюденія за всѣми подозрительными личностями и за тѣмъ, чтобы обвиняемые не уклонялись отъ суда. Установленіе особаго полицейскаго надзора не даетъ

полиціи никакихъ особыхъ правъ по надзору. Правда, полиція по своему усмотрѣнію толкуетъ характеръ полицейскаго надзора и самымъ разнообразнымъ образомъ примѣняетъ его на практикѣ. Какъ показываетъ отчетъ Калужскаго окружнаго суда (см. Труды т. III, стр. 249), надзоръ примѣняется въ шести различныхъ видахъ: одни ограничиваются отмѣткою въ книгахъ, что такое-то лицо состоитъ подъ надзоромъ; другіе берутъ подписку о неотлучкѣ безъ ихъ разрѣшенія, т. е. приравниваютъ надзоръ къ 1 п. ст. 416, третьи поручаютъ мѣстному полицейскому чиновнику навѣдываться въ извѣстный срокъ къ лицу, состоящему подъ надзоромъ, и слѣдовательно имѣть за нимъ фактическое наблюденіе; четвертые вмѣняютъ въ обязанность самому поднадзорному являться въ назначенные дни и часы въ полицейское управленіе, пятые заставляютъ поднадзорнаго ежедневно приходить на ночевку въ полицію. Но ни одна изъ этихъ формъ не достигаетъ цѣли. Орловскій окружный судъ въ отчетѣ (т. III, стр. 250) указываетъ: „Одно можно сказать,—что эта мѣра ни одному обвиняемому никогда не помѣшала скрыться, если онъ того желалъ, и о томъ, что онъ скрылся, полиція узнавала лишь, когда требовалось вручить ему повѣстку“ [1]). Организація надзора, предложенная однимъ членомъ въ коммисіи 1894—1899 г.г.—ежедневная явка въ участокъ,—стѣсняя обвиняемаго, не ограждаетъ нисколько отъ побѣга. Въ законѣ содержится общее предписаніе, что полицейскій

[1]) Въ отношеніи недѣйствительности полицейскаго надзора всѣ отчеты согласны между собою. Новочеркасскій судъ: „Явка въ участокъ поднадзорнаго исполняется до тѣхъ поръ, пока у поднадзорнаго имѣются какія-либо средства и интересъ остаться на мѣстѣ, пока онъ самъ не пожелаетъ отлучиться куда-либо или пока не совершитъ новаго преступленія, послѣ чего онъ покидаетъ назначенное ему мѣсто жительства, не будучи стѣсняемъ полицейскимъ наблюденіемъ“. Полиція часто замѣняетъ его отобраніемъ паспорта. Виленскій окружный судъ (Труды т. V, стр. 139): „Въ сущности полицейскій надзоръ никогда не былъ и не можетъ быть дѣйствительной мѣрой, и его слѣдовало бы совершенно исключить изъ Судебныхъ Уставовъ“. Варшавскій окружный судъ (тамъ же): „Для дѣйствительнаго воспрепятствованія обвиняемому уклоняться отъ суда полицейскій надзоръ является мѣрою сомнительною и въ то же время крайне отяготительною для чиновъ полиціи, въ виду значительнаго числа состоящихъ подъ ея надзоромъ“.

надзоръ не долженъ быть стѣснительнымъ. Однако, очень часто для лицъ, имѣющихъ постоянную осѣдлость, профессію или состоящихъ на службѣ, поднадзорное состояніе въ видѣ ежедневной явки является весьма тягостнымъ. Въ деревняхъ, какъ указываетъ отчетъ Кіевскаго суда, сотскіе и десятскіе, дѣлая ночной обходъ, каждую ночь заходятъ въ избу поднадзорнаго для провѣрки того, ночуетъ ли онъ дома. Слѣдователи вполнѣ сознаютъ малую надежность полицейскаго надзора и прибѣгаютъ къ нему лишь при направленіи дѣлъ къ прекращенію или въ случаяхъ, когда желаютъ взвалить всю отвѣтственность за могущее произойти уклоненіе на полицію.

Такимъ образомъ надзоръ полиціи—или пустая формальность, или весьма стѣснительная мѣра, обладающая слабою способностью обезпечивать неуклоненіе. Она была дѣйствительна при значительной власти полиціи надъ гражданами и въ началѣ прошлаго столѣтія примѣнялась почти на всемъ континентѣ, но, съ упраздненіемъ полицейскаго государства, она по необходимости должна была уничтожиться; она—пережитокъ, не имѣющій теперь цѣлесообразнаго значенія. Можно признавать вообще пользу надзора полиціи надъ обвиняемыми, но не дѣлать изъ этого спеціальной мѣры обезпеченія [1]). Притомъ, какъ справедливо указываетъ Микляшевскій [2]), у насъ полиція не пользуется особымъ уваженіемъ и довѣріемъ, а организація ея заставляетъ желать весьма многаго, и поэтому можно сомнѣваться, даже при точномъ установленіи характера надзора, въ возможности правильнаго его исполненія.

---

[1]) Тарасовъ. Личное задержаніе, т. I, стр. 63: „Полицейскій надзоръ несомнѣнно стѣсняетъ свободу подсудимаго, ограничиваетъ кругъ его дѣятельности (?), и слѣдовательно ограничиваетъ до извѣстной степени возможность скрыть слѣды преступленія, что уже составляетъ одну изъ задачъ полиціи; кромѣ того, какъ часто бываетъ на практикѣ, полиція, неувѣренная въ совершеніи кѣмъ-либо такого-то преступленія, учреждаетъ за подозрѣваемымъ лицомъ тайный надзоръ и этимъ путемъ не только оказываетъ помощь юстиціи, но часто избѣгаетъ несправедливой мѣры въ отношеніи къ невинному, который въ противномъ случаѣ могъ бы быть легкомысленно подвергнутъ заключенію". Такой надзоръ относится къ мѣрамъ полиціи по дознанію скорѣе, чѣмъ къ мѣрамъ обезпеченія.

[2]) О средствахъ представленія въ судъ, 1872 г., стр. 184.

Въ виду указанныхъ неудобствъ полицейскаго надзора три коммисіи, просматривавшія уставъ уголовнаго судопроизводства, послѣдовательно высказались за отмѣну этой мѣры: коммисія сенатора Петерса, коммисія С.-Петербургскаго юридическаго общества и коммисія по пересмотру законоположеній по судебной части въ проектѣ 1900 г. (см. объясн. зап. 1900 г. т. II, стр. 349—351). Отобраніе вида на жительство или запрещеніе выдавать разрѣшеніе на отлучку вполнѣ сумѣютъ замѣнить тѣ случаи, когда явится нужда въ мѣрѣ полицейскаго характера. Съ установленіемъ же факультативности принятія мѣръ обезпеченія исчезнетъ надобность прибѣгать къ этой мѣрѣ, какъ къ пустой формальности для лицъ, дѣло о которыхъ направлено къ прекращенію.

Статистическія данныя показываютъ, что по дѣламъ мировой юстиціи за 18 лѣтъ (1879—1894 г.) было только 280 случаевъ полицейскаго надзора. Въ 1899 г. на 67.786 осужденныхъ у мировыхъ судей было 12 случаевъ полицейскаго надзора. Такое ничтожное количество равносильно полному непримѣненію этой мѣры. Въ общихъ судахъ количество лицъ, къ которымъ примѣняется надзоръ, довольно значительно. По пятилѣтіямъ оно равнялось: 1879-1883 гг.—45.766, 1884-1888 гг.—52.674, 1889-1893 гг.—62.191; въ 1899 г. было 13.378 случаевъ примѣненія этой мѣры къ осужденнымъ. Изъ отдѣльныхъ преступленій, при которыхъ примѣнялся полицейскій надзоръ, можно указать на кражу (изъ 18.353 осужденныхъ—4.217), религіозныя преступленія (изъ 554—208), тѣлесныя поврежденія (изъ 6.140—1.350), сопротивленіе властямъ (изъ 1.311—820). Преступленія эти въ большинствѣ случаевъ не указываютъ на нравственную испорченность обвиняемаго или на невозможность ограничиться въ данномъ случаѣ мѣрой психологическаго характера. По всѣмъ этимъ основаніямъ слѣдуетъ признать намѣченную въ проектѣ отмѣну полицейскаго надзора вполнѣ цѣлесообразной и правильной.

Мы разсмотрѣли двѣ полицейско-принудительныхъ мѣры, принятыхъ въ уставѣ уголовнаго судопроизводства. Только одна изъ нихъ признана цѣлесообразной при извѣстныхъ

условіяхъ и при ограниченіяхъ. Постепенное исчезновеніе такой категоріи мѣръ и замѣна ихъ мѣрами нравственнаго и юридическаго характера—результатъ упраздненія компетенціи полиціи по принятію мѣръ обезпеченія, упраздненія полицейскаго строя. Эта категорія мѣръ является болѣе тягостной для обвиняемаго, нежели мѣры психологическія съ экономической мотиваціей. Поэтому, если возможно, безъ стѣсненія для обвиняемаго, примѣненіе залога или поручительства, то имъ должно оказывать предпочтеніе. Обладая способностью большаго обезпеченія, эти мѣры болѣе гарантируютъ и свободу. Желательно, поэтому, создать постановленіе о томъ, что отобраніе вида на жительство примѣняется лишь при невозможности и затруднительности представить денежное обезпеченіе. Такое общее положеніе можетъ быть принято къ руководству или осуществлено въ видѣ законодательнаго правила.

5. **Залогъ и поручительство.** Несмотря на обособленіе этихъ двухъ мѣръ въ уставѣ, ихъ при разсмотрѣніи вслѣдствіе однородности удобно соединить вмѣстѣ. Обѣ мѣры являются мѣрами психологическаго характера, основанными на эгоистическомъ (экономическомъ) мотивѣ, при чемъ только при залогѣ мотивація эта является въ большинствѣ случаевъ непосредственной, а при поручительствѣ—посредственной.

Мѣры, основанныя на денежномъ обезпеченіи, особенную разработку получили въ теченіе прошлаго столѣтія. Послѣ долгаго кошмара пытки и почти равносильнаго ей по тѣмъ цѣлямъ, которыя онъ преслѣдовалъ, поголовнаго ареста наступила эпоха болѣе благопріятная для свободы и справедливости. Явилась потребность въ иныхъ надежныхъ средствахъ обезпеченія. И естественнѣе всего было возстановить институтъ, существовавшій съ древнихъ временъ,—денежное обезпеченіе явки. Эта мѣра, повторяю, стала воскресать лишь съ выясненіемъ и ограниченіемъ цѣлей ареста. Принудительность, съ которою послѣдній былъ сопряженъ, служила не только цѣли явки, и потому замѣна не могла быть полной. Лишь при ослабленіи принудительнаго начала въ процессѣ стало возможнымъ освободить отъ особыхъ видовъ принужденія хотя бы нѣкоторыя дѣла, въ которыхъ и стала примѣняться мѣра, основанная

на денежномъ обезпеченіи. Превосходно разработанное законодательство Дигестъ послужило основой для законодательной формулировки этой мѣры. Постепенно расширяясь въ своемъ примѣненіи, эта мѣра мало по малу вытѣсняла арестъ, и въ настоящее время она допускается на ряду съ нимъ по всѣмъ обвиненіямъ, во всѣхъ стадіяхъ процесса (по крайней мѣрѣ въ наиболѣе цивилизованныхъ государствахъ), и, если въ западныхъ законодательствахъ она занимаетъ подчиненное положеніе по отношенію къ аресту, то это отчасти слѣдъ ея происхожденія, какъ исключительной мѣры, отчасти вина теоретиковъ. Въ Россіи, собственно говоря, поручительство существовало безпрерывно съ самаго древняго времени. Первоначально будучи связано съ денежною отвѣтственностью, оно затѣмъ, съ появленіемъ и усиленіемъ мѣръ административно-принудительныхъ, ассимилировалось съ ними, превратившись въ поручительство съ характеромъ личной зависимости отъ поручителя, оставшагося однако безотвѣтственнымъ, пока, наконецъ, уставъ уголовнаго судопроизводства не возстановилъ его экономическаго характера, установивъ вмѣстѣ съ этимъ и новую мѣру, неизвѣстную до тѣхъ поръ нашему праву— залогъ. Основныя начала организаціи поручительства и залога по уставу уголовнаго судопроизводства были заимствованы изъ французскаго законодательства въ томъ видѣ, въ какомъ оно находилось до 1865 г. Съ тѣхъ поръ правовыя постановленія объ этой мѣрѣ значительно развились, получили прекрасную разработку въ германскихъ уставахъ и во французскомъ Code d'instruction criminelle по закону 1865 г., въ нашемъ же уставѣ не было произведено никакихъ перемѣнъ. Проектъ 1900 г. также не вводитъ значительныхъ улучшеній.

Вопросъ о мѣрахъ денежнаго обезпеченія тѣсно связанъ съ вопросомъ о подслѣдственной свободѣ. Отсутствіе мѣръ полицейско-принудительнаго характера и слабость иныхъ мѣръ психологическаго характера допускаютъ примѣненіе въ случаяхъ болѣе важныхъ только денежнаго обезпеченія или ареста, и поле, завоеванное первыми мѣрами, считается отнятымъ отъ ареста. Въ настоящее время экономическій интересъ— одинъ изъ самыхъ жизненныхъ интересовъ для человѣка

Этотъ интересъ состоитъ въ совокупности благъ и потребностей, создающихъ опредѣленное положеніе въ обществѣ и опредѣляющихъ кругъ дѣятельности. Экономическая гарантія явки къ суду основана не столько на страсти человѣка къ деньгамъ, сколько на томъ предположеніи, что деньги олицетворяютъ цѣлый рядъ жизненныхъ связей. Конечно, сила обезпеченія отъ неуклоненія, устанавливаемая денежнымъ обезпеченіемъ, зависитъ отъ величины капитала обвиняемаго, отъ его положенія въ обществѣ, потребностей и пр. И въ тѣхъ случаяхъ, когда денежное обезпеченіе представлено другимъ лицомъ, оно можетъ связывать обвиняемаго не только опасеніемъ возможности взысканія представленной суммы съ его имущества, но и нравственной обязанностью оправдать оказанное довѣріе. Представленное обезпеченіе, связанное такимъ обязательствомъ по отношенію къ третьему лицу, является не на много слабѣе личнаго интереса обвиняемаго въ этихъ деньгахъ.

Передъ тѣмъ, какъ перейти къ разработкѣ условій примѣненія залога и поручительства, отвѣтимъ на вопросъ, существуетъ ли какое-либо различіе между ними.

На Западѣ эти мѣры въ законодательствѣ не различаются, и примѣненіе той или другой зависитъ отъ усмотрѣнія судьи или самого обвиняемаго. Въ уставѣ уголовнаго судопроизводства онѣ разграничены и даже строго обособлены другъ отъ друга, при чемъ залогу дано предпочтеніе въ способности обезпеченія. Залогъ является болѣе дѣйствительной мѣрой, потому что, если при поручительствѣ и возможна надежда на уклоненіе отъ денежной отвѣтственности или за несостоятельностью или за переводомъ имущества на чужое имя или, наконецъ, путемъ продажи имущества и побѣга самого поручителя, то при залогѣ таковое уклоненіе менѣе вѣроятно, такъ какъ государство становится распорядителемъ взятаго въ залогъ имущества или денегъ, а сознаніе необходимой денежной отвѣтственности способно создавать болѣе сильный мотивъ къ неуклоненію [1]). Съ другой стороны, при залогѣ въ

[1]) Квачевскій, Объ уголовномъ преслѣдованіи, 1865 г. стр. 430, и Ки-

большинствѣ случаевъ играетъ роль личный интересъ потери, а при поручительствѣ лишь интересъ нравственнаго характера—нравственная обязанность по отношенію къ поручителю. Затруднительно рѣшить по общему правилу, какой интересъ существеннѣе. Возможно, что обвиняемый скорѣе готовъ пожертвовать любымъ личнымъ интересомъ, чѣмъ нарушить нравственную обязанность по отношенію къ поручителю, возможно и обратное предположеніе. Рѣшеніе вопроса заключается въ характерѣ обвиняемаго.

При такомъ сравнительно незначительномъ различіи между залогомъ и поручительствомъ, представленіе перваго порою бываетъ гораздо болѣе затруднительнымъ, чѣмъ второго. Въ первомъ случаѣ извѣстная сумма денегъ изъемлется изъ оборотнаго капитала какого-либо лица, и такимъ образомъ это лицо терпитъ нѣкоторый экономическій ущербъ. Если обвиняемый не имѣетъ самъ денегъ, то достать ихъ отъ другого затруднительнѣе, чѣмъ заручиться поручительствомъ третьяго лица. Обвиняемый легче сможетъ розыскать лицъ, которыя его знаютъ, вѣрятъ ему и готовы за него поручиться, но сами не могутъ въ данное время внести извѣстную сумму для залога. Обѣщаніе уплаты гораздо легче, чѣмъ сама уплата. Цѣлесообразно поэтому сохраненіе обоихъ видовъ, но нецѣлесообразно строгое законодательное разграниченіе ихъ. Такое разграниченіе имѣло бы полное право на существованіе, если бы было установлено, что поручительство должно быть исключительно нравственнаго, а залогъ—экономическаго характера; но при однородности мотивовъ, на которыхъ покоятся обѣ мѣры, нѣтъ основаній къ такому разграниченію.

Неоднократно раздавались голоса противъ допущенія въ законодательство мѣръ съ денежнымъ обезпеченіемъ, какъ привилегій богатыхъ, вносящихъ неравенство въ положеніе обвиняемыхъ, вытекающее изъ экономической состоятельности однихъ и экономической слабости другихъ. Въ прежнее время такого мнѣнія придерживались Nye, Gneist, Dufor (см.

стяковскій, О мѣрахъ пресѣченія, 1869, стр. 162, не признаютъ различія въ способности обезпеченія въ этомъ отношеніи.

Sonntag, S. 127). Да и теперь иногда встрѣчаются противники [1]) этой мѣры, возражающіе противъ нея съ точки зрѣнія теоретическихъ основаній равенства. Въ австрійскомъ кодексѣ 1803 г. денежное обезпеченіе не было принято, какъ устанавливающее неравенство обвиняемыхъ предъ судомъ. Все это заставляетъ освободить эту мѣру обезпеченія отъ незаслуженныхъ упрековъ.

Нельзя не признать, что богатый вообще можетъ представить больше гарантій явки въ судъ; одною изъ такихъ гарантій является денежное обезпеченіе. Это обезпеченіе однако не имѣло бы никакого значенія, если бы не было увѣренности, что въ такомъ случаѣ обвиняемый не уклонится отъ суда. Обезпеченіе не есть средство откупиться отъ ареста, какъ хотятъ смотрѣть на него сторонники мнѣнія о неравенствѣ, но гарантія, представляемая обвиняемымъ. Конечно, положеніе бѣдняковъ печальнѣе, потому что они имѣютъ меньше возможности представить такую гарантію. Но причина этого печальнаго положенія кроется не въ несправедливости денежнаго обезпеченія, а въ несовершенствѣ оцѣнки судьи. Арестъ примѣняется по справедливости только къ тѣмъ, относительно которыхъ существуютъ весьма важныя основанія опасенія побѣга или даже факты, указывающіе на попытку совершенія его. Если арестъ примѣняется къ лицамъ, бѣжать не собиравшимся, то это ненормальность и несправедливость, зависищая отъ плохой постановки мѣръ обезпеченія, можетъ быть, неизбѣжная пока, при данныхъ соціальныхъ условіяхъ, но въ будущемъ исправимая. Бѣднякъ, бѣжать не собираю-

---

[1]) Ларнодъ, Les garanties de la liberté individuelle. Rev. Pen. 1901, № 2 „Нужно сказать, что въ настоящее время требованіе обезпеченія находится въ разногласіи со столь распространенной и живой идеей о равенствѣ. Очевидно, если разсматривать обезпеченіе съ этой точки зрѣнія, то очень трудно, если не невозможно, оправдать его (p. 294)“. Въ нашей литературѣ г. Лучинскій (Основы тюремнаго дѣла. Спб. 1904, стр. 61—62), исходя изъ тѣхъ соображеній, что большинство обвиняемыхъ не можетъ внести даже незначительнаго залога, предлагаетъ упразднить „не выдерживающее критики, ни съ процессуальной, ни съ практической точки зрѣнія (?) введеніе въ лѣстницу мѣръ обезпеченія поручительства и залога“. Ясно, что авторъ ищетъ исцѣленія отъ недостатковъ не тамъ, гдѣ дѣйствительно можетъ найти его.

щійся, по справедливости долженъ быть оставленъ на свободѣ безъ всякой мѣры обезпеченія, и въ такомъ случаѣ разсужденія о неравенствѣ залога и поручительства неприменимы. Бѣднякъ же, намѣревающійся или пытавшійся бѣжать, если онъ заключается подъ стражу, не можетъ ссылаться на несправедливость. Все дѣло, слѣдовательно, въ томъ, чтобы правильно выяснить мотивы уклоненія. Руководясь часто формальными условіями, а не увѣренностью въ побѣгѣ, судья порою неправильно оцѣниваетъ предпосылки той или иной мѣры обезпеченія. И при такихъ условіяхъ, обвиняемый въ важномъ преступленіи бѣднякъ, хотя и не имѣющій желанія бѣжать, однако можетъ быть заключенъ подъ арестъ и остаться тамъ, не будучи въ состояніи внести требуемаго судьей обезпеченія. Противъ такого печальнаго положенія возможно бороться съ одной стороны улучшеніемъ способовъ и характера судебной оцѣнки, съ другой—образованіемъ обществъ, способствующихъ освобожденію на поруки арестованныхъ неимущихъ обвиняемыхъ. Изъ того, что бѣдные терпятъ несправедливость, еще не вытекаетъ, что ей слѣдуетъ подвергать и богатыхъ, необходимо лишь найти способы огражденія бѣдныхъ отъ такой несправедливости. Установленіе небольшихъ размѣровъ обезпеченія, облегченіе способовъ его доставленія, пріемъ движимаго и недвижимаго имущества, организація спеціальныхъ кассъ при профессіональномъ объединеніи и пр.—вотъ мѣры, облегчающія для менѣе состоятельныхъ лицъ пользованіе обезпеченіемъ, и при такихъ облегченныхъ способахъ только развѣ голышу или совершенно несостоятельному и неизвѣстному въ мѣстности человѣку не удастся найти соотвѣтственнаго залога и поручительства.

При существованіи залога и поручительства, для суда, въ который внесено денежное обезпеченіе, является возможность достигать нѣкоторыхъ иныхъ цѣлей, кромѣ обезпеченія явки. Главною изъ такихъ побочныхъ цѣлей является обезпеченіе гражданскаго иска (cautio judicatum solvi). Еще въ серединѣ прошлаго столѣтія нѣмецкіе процессуалисты были сторонниками такой цѣли обезпеченія (Клейншротъ, Титманъ и др.). Такое же мнѣніе господствовало во Франціи и было

даже осуществлено въ законодательствѣ до 1865 г. Только въ работахъ Эли[1]), Пико[2]) и Зонтага[3]) послѣдовательно и энергично проводилось положеніе о томъ, что единственною цѣлью денежнаго обезпеченія является явка обвиняемаго къ суду. Основанія, приводившіяся въ подтвержденіе этого мнѣнія, возымѣли свое дѣйствіе, и постановленія объ обезпеченіи гражданскаго иска были повсюду отмѣнены. Однако нормы нашего устава, составленныя до закона 1865 г. во Франціи, сохранили и сохраняютъ въ 425 ст. уст. угол. суд. предписаніе, что сумма поручительства или залога ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть менѣе количества вознагражденія, отыскиваемаго потерпѣвшимъ отъ преступленія, если искъ его подкрѣпляется достовѣрными доказательствами. Въ проектѣ 1900 г., вмѣсто ст. 425, ст. 344 предписываетъ при назначеніи суммы поручительства или залога *принимать въ соображеніе* и размѣръ вознагражденія, отыскиваемаго потерпѣвшимъ, не дѣлая обязательнымъ минимальнаго размѣра обезпеченія въ суммѣ иска. Конечно, при обсужденіи вопроса о степени обезпеченія данной суммы отъ неуклоненія размѣръ иска, подкрѣпляемаго достовѣрными доказательствами, можетъ давать существенныя указанія, но нельзя думать, что для обезпеченія необходима сумма, по крайней мѣрѣ равная величинѣ иска. Возьмемъ случай когда обезпеченіе принадлежитъ не обвиняемому, и послѣдній считаетъ себя нравственно обязаннымъ поступать такъ, чтобы поручитель не потерялъ своего обезпеченія. По этимъ соображеніямъ онъ не будетъ дѣлать попытокъ къ уклоненію, хотя бы размѣръ представленнаго обезпеченія былъ меньшимъ, чѣмъ предъявленный и покоящійся на основательныхъ доказательствахъ гражданскій искъ. Обязательность обезпеченія, по крайней мѣрѣ равнаго гражданскому иску, объясняется разобраннымъ нами взглядомъ на обезпеченіе, какъ на средство откупиться отъ ареста. Предполагается, что, внеся обезпеченіе, обвиняемый

---

[1]) F. Hélie, De la mise en liberté sous caution (Revue de legislation t. 19, p. 105—122).

[2]) Picot, Recherches sur la mise en liberté sous caution. Paris, 1863.

[3]) Karl Sonntag. Die Entlassung gegen Caution. Heidelberg. 1865.

можетъ бѣжать, правосудіе же обезпечено, получивъ отъ него за это денежную плату, распредѣляемую между заинтересованными лицами. По современному и болѣе правильному съ точки зрѣнія общаго характера мѣръ обезпеченія взгляду, роль залога или поручительства—психологическо-предупредительная, а не компенсаціонная. И поэтому должно принимать въ соображеніе то, что̀ можетъ предупредить побѣгъ, а не то, чтобы гражданскій истецъ остался доволенъ въ случаѣ побѣга. Такая чрезмѣрность обезпеченія гражданскаго иска, допускаемая только при этой мѣрѣ, признана и въ проектѣ излишней и стѣснительной для менѣе состоятельныхъ обвиняемыхъ, и потому обязательность ея отмѣнена [1]).

Кромѣ гражданскаго иска залоговой суммѣ приписывались цѣли обезпеченія полученія: 1) штрафовъ, 2) издержекъ казны, 3) издержекъ частнаго обвинителя (см. ст. 114 франц. уст.). Едва-ли можно признать правильными эти постановленія. Прежде всего почти невозможно заранѣе опредѣлить издержки казны и частнаго обвинителя. Здѣсь также необходимо предоставить широкую сферу оцѣнкѣ судьи. Что касается штрафовъ, то помимо того, что величина ихъ также неопредѣлима заранѣе, нѣтъ никакихъ особыхъ основаній давать имъ при этой мѣрѣ обезпеченія исключительное огражденіе. Указанныя цѣли стоятъ совершенно особо, и привлекать денежное обезпеченіе для служенія имъ значитъ стѣснять его примѣненіе тогда, когда расширеніе, наоборотъ, представляется весьма желательнымъ. Поэтому нужно признать однимъ изъ достоинствъ нашего законодательства отсутствіе въ немъ этихъ цѣлей.

Правда, ст. 1164 уст. угол. суд. по дѣламъ казеннаго управленія предписывалось назначеніе поручительства или залога въ суммѣ равной денежному взысканію, къ которому можетъ быть приговоренъ обвиняемый. Слѣдствіемъ такого

---

[1]) Вообще же коммисія признала обезпеченіе гражданскаго иска правильнымъ. „Находя нежелательнымъ отступать отъ этого положенія нашего законодательства (ст. 425), коммисія . . . признала справедливымъ указать, что размѣръ гражданскаго иска принимается въ соображеніе (Объясн. записка т. II стр. 386).

постановленія были весьма многочисленные случаи ареста за самыя ничтожныя нарушенія. Практика единогласно указывала на полную нецѣлесообразность такого предписанія. Приведу, напр., изъ весьма многихъ замѣчаній судовъ отзывъ Одесскаго суда: „Постановленіе ст. 1164 является не только обременительнымъ, но и безцѣльнымъ въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда обвиняемый имѣетъ постоянную осѣдлость, недвижимую собственность (которая въ качествѣ обезпеченія не принимается) и обремененъ многочисленною семьей“ (Сводъ ревиз. отч. т. V). На указаніе вредности такого постановленія не приходится тратить много мѣста: она уже сознана составителями проекта, отмѣнившими ст. 1164.

Ограниченіе величины денежнаго обезпеченія, какъ въ максимумѣ, такъ и въ минимумѣ, представляется нецѣлесообразнымъ. Всякій максимумъ будетъ недостаточно великимъ для однихъ, и всякій минимумъ—слишкомъ великимъ для другихъ. Граница между максимумомъ и минимумомъ, даже если бы она была бы установлена, была бы настолько широка, что совсѣмъ не стѣсняла бы произвола судьи. Относительность размѣра обезпеченія составляетъ его равенство и силу [1]). Французское законодательство временъ революціи видѣло въ опредѣленіи размѣровъ денежнаго обезпеченія—охрану гражданской свободы, огражденіе отъ произвола судьи, но, не принявъ во вниманіе самой природы обезпеченія, привело къ противоположнымъ результатамъ—крайнему стѣсненію свободы вслѣдствіе увеличенія случаевъ подслѣдственнаго ареста. До 1865 г. во французскомъ законодательствѣ сохранялись слѣды максимума. Англійское право ограничивалось всегда лишь запрещеніемъ требовать чрезмѣрнаго обезпеченія [2]). Въ Шотлан-

---

[1]) F. Hélie (Sur la mise en liberté. Revue de legisl. 1859. p. 473), а за нимъ и Garraud (Precis du droit criminel. 1892 p. 604) говорятъ: „C'est sa mobilité qui fait son égalité et sa puissance. Son égalité, parcequ'elle permet aux pauvres et aux riches d'invoquer le benefice de la liberté provisoire sous caution, sa puissance car en proportionnant son chiffre aux ressources du prévenu on peut arriver à faire du cautionnement une garantie presque certaine de la représentation en justice“.

[2]) Excessif bail not be required.

діи до сихъ поръ существуетъ опредѣленный размѣръ денежнаго обезпеченія, различный для лицъ разныхъ сословій и занятій. Опредѣленіе размѣра обезпеченія въ законѣ можно счесть крайнимъ средствомъ, къ которому прибѣгаетъ законъ для борьбы съ злоупотребленіями судей. Въ цѣляхъ защиты отъ произвола интересы многихъ приносятся въ жертву формѣ. Гораздо лучше вмѣсто этой призрачной гарантіи установить хорошую систему обжалованія и заслуживающіе уваженія органы назначенія мѣръ обезпеченія. Особенно вреднымъ является ограниченіе размѣра въ странахъ, гдѣ кромѣ денежнаго обезпеченія не существуетъ другихъ мѣръ обезпеченія психологическаго или полицейскаго характера. Коммисія 1863 г., признавая неудобнымъ установленіе размѣра, не внесла соотвѣтствующихъ постановленій въ уставъ (см. Объясн. зап., 1863 г. стр. 198).

Виды залога или поручительства играютъ также важную роль въ его примѣненіи. Существованіемъ ихъ обусловливается возможность для человѣка, не располагающаго наличными деньгами, пользоваться благами подслѣдственной свободы, если онъ можетъ представить обязательство. Обыкновенно къ видамъ обезпеченія относятъ, кромѣ формъ экономическаго обезпеченія, также и формы чисто нравственнаго характера (клятву, личное поручительство, обязательство явки). Мы ограничимся по соображеніямъ, изложеннымъ выше, разсмотрѣніемъ только видовъ обезпеченія экономическаго характера. Основнымъ раздѣленіемъ, соотвѣтствующимъ поручительству и залогу является: 1) представленіе обязательства уплаты извѣстной суммы въ случаѣ уклоненія и 2) непосредственное представленіе извѣстной цѣнности въ судъ. Въ первомъ случаѣ имѣются въ виду преимущественно деньги, и главная задача судебнаго органа, принимающаго поручительство, — опредѣленіе надежности и состоятельности лица. Во второмъ случаѣ возможны: деньги, цѣнныя бумаги, движимое и недвижимое имущество. Обыкновенно въ законодательствахъ существуетъ какъ залогъ, такъ и поручительство [1]). Повсюду въ качествѣ залога принима-

[1]) Относительно Англіи принято думать (см. Picot указ. соч. р. 79 и

ются деньги и цѣнныя бумаги по ихъ курсу, а также движимое имущество (ст. 113 франц., 118 герм., 193 австр. уст.). По дѣйствующему законодательству (ст. 423) залогъ можетъ состоять въ деньгахъ или въ движимомъ имуществѣ и можетъ быть представленъ какъ самимъ обвиняемымъ, такъ и стороннимъ лицомъ. Проектъ (ст. 343) добавилъ допускавшееся на практикѣ принятіе цѣнныхъ бумагъ. Принятіе недвижимаго имущества было предложено въ 1863 г., но отвергнуто вслѣдствіе сложности порядка залога. Въ проектѣ допущено принятіе въ залогъ недвижимыхъ имѣній, въ мѣстностяхъ, гдѣ введена ипотека. Однако, какъ справедливо замѣчаетъ Случевскій [1]), соображенія составителей уставовъ о неудобности недвижимаго имущества въ качествѣ залога потеряли значительную часть своей силы съ изданіемъ за послѣднее время закона, замѣнившаго общія запрещенія частными и прекратившаго печатаніе объявленій о запрещеніяхъ въ Сенатскихъ вѣдомостяхъ (606 и 616 ст. уст. угол. суд.). Между тѣмъ недвижимая собственность представляетъ наиболѣе удобную и менѣе тягостную форму залога. Здѣсь не происходитъ изъятія изъ общаго оборота какой-либо экономической или потребительной цѣнности.

Поручительство порождаетъ привлеченіе поручителя къ денежной отвѣтственности въ случаѣ уклоненія обвиняемаго. Поручителемъ можетъ быть всякое состоятельное (проектъ добавляетъ *благонадежное*) лицо, общество или управленіе (ст. 422 уст. угол. суд. и 342 проекта). Указаніе на благонадежность введено для того, чтобы указать, что судъ возлагаетъ на это лицо задачу исполненія извѣстной обязанности, причемъ принимаетъ во вниманіе не только способность уплаты денежнаго обезпеченія въ случаѣ уклоненія, но и нравственныя его качества, гарантирующія дѣйствительное представленіе обвиняемаго въ судъ.

Установленіе величины суммы залога или поручительства

Sonntag. указ. соч. S. 101), что тамъ принято только поручительство. Это мнѣніе ошибочно. Хотя рѣдко, но тамъ примѣняется и залогъ, и даже обѣ формы вмѣстѣ (Bertrand—De la détention préventive. 1862, p. 82).

[1]) Случевскій. Учебникъ уголовнаго судопроизводства. 1895 г., стр. 464.

предоставлено усмотрѣнію слѣдователя. При назначеніи ея онъ сообразуется лишь со строгостью наказанія, угрожающаго обвиняемому, и съ состояніемъ поручителя или залогодателя. Вполнѣ ясно, что размѣръ обезпеченія возрастаетъ съ богатствомъ обвиняемаго и съ тяжестью угрожающаго наказанія. Поручительство въ 10 рублей не составляетъ рѣдкости [1]). Однако и при такомъ небольшомъ размѣрѣ очень часто не находится поручителей. Это порою является характернымъ указаніемъ на репутацію, которою пользуется обвиняемый. Бываютъ однако злоупотребленія поручительствомъ со стороны слѣдователей. При желаніи заключить подъ стражу и не имѣя на то права по закону, они назначаютъ слишкомъ высокую сумму поручительства или залога и, вслѣдствіе невозможности для обвиняемаго представить таковые, заключаютъ его подъ стражу. Такія злоупотребленія однако не могутъ быть устранены установленіемъ размѣра поручительства или залога въ законодательномъ порядкѣ.

На практикѣ употребляются обыкновенно слѣдующіе способы удостовѣренія въ состоятельности. Полиція представляетъ особыя письменныя удостовѣренія о состоятельности [2]). Подобныя свидѣтельства выдаются и изъ городскихъ и земскихъ управъ, изъ волостныхъ правленій. Иногда достаточна личная извѣстность слѣдователю состоятельности поручителя. Въ рѣдкихъ случаяхъ требуется представленіе формальныхъ доказательствъ состоятельности. Наиболѣе надежными поручителями являются крестьяне (см. Сводъ ревиз. отчетовъ т. VII, стр. 314 сл.).

Постановленія нашего законодательства относительно освобожденія и потери поручительства и залога крайне неразвиты, туманны и отрывочны. Придавъ денежный характеръ поручительству и установивъ залогъ, составители Судебныхъ Уставовъ не регулировали этой весьма существенной и тре-

---

[1]) Сводъ ревиз. отч. т. III стр. 316.

[2]) Порядокъ этотъ иногда ведетъ къ злоупотребленіямъ. Полиція, не желая освобожденія подозрительнаго лица, за которымъ ей потомъ придется имѣть надзоръ, не выдаетъ такого свидѣтельства о состоятельности, заставляя обвиняемаго понапрасну находиться подъ стражей.

бующей особенной точности, вслѣдствіе соприкосновенія съ имущественными правами, стороны поручительства. Полную противоположность этому представляетъ германское законодательство, гдѣ эта сторона прекрасно разработана. Проектъ 1900 г. не внесъ никакихъ улучшеній въ эту область. Этому вопросу посвящена только одна 427 ст., гласящая, что, въ случаѣ побѣга обвиняемаго или уклоненія его отъ слѣдствія или суда, взысканная съ поручителя или представленная въ залогъ сумма, за отчисленіемъ изъ нея того количества денегъ, которое можетъ быть присуждено въ вознагражденіе потерпѣвшему отъ преступленія, обращается въ капиталъ на устройство мѣстъ заключенія. Такое же предписаніе содержится въ ст. 83 уст. угол. судопр. для мировой юстиціи и въ ст. 186 положенія 1889 г. для земскихъ начальниковъ.

Отвѣтственность поручителей можетъ быть только денежная и состоитъ въ потерѣ представленнаго ими обезпеченія. Въ объяснительной запискѣ 1863 г. (стр. 198) мы читаемъ: „Принимая во вниманіе, что отвѣтственность поручителя согласно общепринятому въ иностранныхъ законодательствахъ правилу можетъ быть только денежная, коммисія признала необходимымъ принять за правило, что при отдачѣ на поруки составляется постановленіе, въ которомъ опредѣляется сумма денежной отвѣтственности поручителя, и что постановленіе это подписывается поручителемъ и слѣдователемъ“ (ст. 426). Такимъ образомъ цѣль постановленія объ освобожденіи на поруки или подъ залогъ совершенно иная, чѣмъ цѣль составленія постановленія о взятіи подъ стражу. Въ первомъ случаѣ играетъ роль не мотивировка принятой мѣры, но необходимость закрѣпленія гражданской сдѣлки, состоявшейся между слѣдователемъ и поручителемъ [1]).

Категорическое указаніе на исключительно денежную отвѣтственность поручителей содержитъ въ себѣ и разъясненіе

---

[1]) Проектъ смѣшалъ постановленіе о залогѣ съ постановленіемъ о взятіи подъ стражу и сдѣлалъ добавленіе, равносильное уже имѣющемуся, о томъ, что „отъ поручителя отбирается подписка о принятіи имъ на себя денежной отвѣтственности въ случаѣ уклоненія“. Въ этомъ и состоитъ вѣдь сущность постановленія.

Сената (1899/29), указывающее, что „ни въ одной изъ статей устава уголовнаго судопроизводства, которыми опредѣляется сущность поручительства за обвиняемыхъ, порядокъ принятія онаго и отвѣтственность поручителя, не содержится указанія на возможность заключенія поручителя въ тюрьму или отдачи его въ работу въ случаѣ несостоятельности; исключенія въ семъ отношеніи не составляютъ и поручители по дѣламъ казеннаго управленія".

Въ какомъ же случаѣ появляется денежная отвѣтственность поручителя? Законъ отвѣчаетъ: „Въ случаѣ побѣга обвиняемаго или уклоненія его отъ слѣдствія или суда". Какіе же случаи слѣдуетъ подводить подъ эти почти тавтологическія понятія побѣга и уклоненія? На этотъ вопросъ кассаціонная практика по общему правилу отвѣтила: „неявку къ слѣдствію или суду безъ уважительныхъ къ тому основаній". Установлено лишь нѣсколько исключеній, гдѣ неявка не считается уклоненіемъ: „отлучка обвиняемаго изъ мѣста жительства безъ надлежащаго разрѣшенія въ то время, когда въ немъ не предстояло для суда никакой надобности, не признается за уклоненіе (1876/333)", „явка къ мировому судьѣ позже назначеннаго часа, но до закрытія засѣданія въ тотъ же день, не считается также за уклоненіе (1879/5)". Проектъ, слѣдуя кассаціонной практикѣ, замѣнилъ понятіе уклоненія *„неявкою безъ уважительныхъ причинъ по закону къ слѣдствію и суду"*.

Едва-ли можно согласиться съ такою практикою Сената, какъ съ точки зрѣнія догматической, такъ и съ точки зрѣнія правно-политической. Законъ вполнѣ ясно обозначаетъ неявку и не смѣшиваетъ ея съ уклоненіемъ. Неприбытіе по вызову судебной власти или суда ясно называется *неявкою* (см. ст. 388, 389). Относительно стадіи предварительнаго слѣдствія въ главѣ о представленіи обвиняемаго къ слѣдствію указано, что неявка безъ уважительныхъ причинъ влечетъ приводъ обвиняемаго (ст. 389 п. 1). Относительно судебнаго засѣданія въ ст. 592 содержится точное постановленіе о томъ, что неявка *состоящаго на свободѣ* обвиняемаго безъ законныхъ на то причинъ подвергаетъ его приводу въ судъ и платежу всѣхъ судебныхъ издержекъ, причиненныхъ от-

срочкою засѣданія. Въ число лицъ, оставленныхъ на свободѣ, которыя противополагаются лицамъ, заключеннымъ подъ стражу, входятъ и лица, отпущенныя на поруки или подъ залогъ. Въ случаѣ неявки законъ облагаетъ ихъ штрафомъ въ размѣрѣ издержекъ по отсрочкѣ и приводу. Толкованіе, придаваемое уклоненію въ ст. 427 Сенатомъ и составителями проекта, является поэтому неправильнымъ. Разнорѣчіе проступаетъ наглядно въ проектѣ, если сопоставить ст. 347 и 544 проекта, гдѣ диспозиціи одинаковы, а санкціи различны.

Съ точки зрѣнія политическихъ соображеній является также неправильнымъ установленіе потери залога или поручительства при простой неявкѣ. Едва-ли можно согласиться съ объясненіемъ проекта (т. V Объясн. зап. стр. 52), что уклоненіе можетъ быть замѣнено неявкой только по соображеніямъ „большей опредѣлительности“. Уклоненіе равносильно побѣгу, неявка—неисполненію процессуальной обязанности. Денежное обезпеченіе гарантируетъ только отъ побѣга, въ цѣляхъ же исполненія процессуальныхъ обязанностей установлены принудительныя мѣры и взысканія. Въ германскомъ законодательствѣ, напр., строго опредѣлено различіе между уклоненіемъ и явкою. Въ случаѣ неявки, противъ неявившагося назначается приказъ объ арестѣ, но не конфискація обезпеченія (ст. 229 герм. кодекса). Для понятія неуклоненія требуется лишь воздержаніе отъ активныхъ дѣйствій по уклоненію, а не принятіе дѣйствій по явкѣ. Явка въ судъ есть извѣстный плюсъ, прибавляемый къ неуклоненію. Возможны случаи, когда, напр., обвиняемый, не желая тратить деньги на проѣздъ до мѣста суда, находящагося на далекомъ разстояніи, или не имѣя на то средствъ, остается дома. Онъ не уклоняется отъ суда; наоборотъ, будучи увѣренъ въ своемъ оправданіи, онъ желаетъ его. Однако судъ караетъ его за неявку конфискаціей денежнаго обезпеченія, представленнаго часто даже другимъ лицомъ. Обезпеченіе, обыкновенно весьма значительно превышающее размѣръ судебныхъ издержекъ, является здѣсь штрафомъ, назначаемымъ безъ всякой справедливости, потому что при установленіи

величины обезпеченія принимаются во вниманіе состоятельность обвиняемаго и степень грозящаго наказанія (ст. 424), а слѣдовательно эти обстоятельства будутъ опредѣлять и величину штрафа, взимаемаго за неявку съ обвиняемаго, состоящаго на свободѣ подъ поручительствомъ или залогомъ. При такомъ толкованіи мы должны будемъ признать, что со всѣхъ обвиняемыхъ штрафъ взимается въ размѣрѣ судебныхъ издержекъ, а съ представившихъ залогъ — въ размѣрѣ представленнаго обезпеченія. Внеся такое неправильное пониманіе дѣйствующаго закона, допущенное на практикѣ вслѣдствіе неразработанности законодательства, составители проекта рѣшили также предоставить поручителю или лицу, представившему залогъ, право на полученіе повѣстки о вызовѣ къ слѣдствію или суду, независимо отъ повѣстки, посылаемой обвиняемому, дабы они могли принять мѣры къ своевременной явкѣ вызываемаго (ст. 346 проекта). Разъ поручитель долженъ потерять обезпеченіе въ случаѣ неявки обвиняемаго въ срокъ, то вполнѣ понятно, что онъ долженъ быть извѣщенъ объ этомъ срокѣ. Но какія мѣры можетъ принять поручитель къ тому, чтобы обвиняемый явился своевременно въ судъ? Подвергнуть его принудительному приводу?—На это онъ не имѣетъ права (хотя въ норвежскомъ уставѣ, гдѣ опредѣлены права поручителя, ему даже предоставлена въ иныхъ случаяхъ принудительная власть). Воздѣйствовать на него нравственнымъ путемъ?—Это часто является недѣйствительнымъ средствомъ. Сообщить о томъ суду?—Этого онъ сдѣлать не въ состояніи, потому что самъ не знаетъ, намѣренъ ли обвиняемый явиться или нѣтъ. Словомъ, онъ лишенъ возможности принимать какія-либо дѣйствительныя мѣры. Это постановленіе явится излишнимъ при правильной постановкѣ отвѣтственности поручителей. Ихъ интересы будутъ затронуты только, когда обвиняемый бѣжалъ, и тогда только можно будетъ обратиться къ нимъ за содѣйствіемъ или лишить ихъ представленнаго обезпеченія. Устанавливаніе же контроля надъ явкою обвиняемаго къ каждому слѣдственному дѣйствію не соотвѣтствуетъ экономическому характеру современнаго поручительства.

Такое неправильное толкованіе закона было принято какъ естественный выходъ изъ отсутствія всякихъ дальнѣйшихъ постановленій объ отвѣтственности поручителей [1]). Дѣйствительно, если денежное обезпеченіе не пропадаетъ при неявкѣ, то въ законодательствѣ должны были бы быть установлены правила, указывающія, при какихъ условіяхъ обвиняемый считается бѣжавшимъ или уклонившимся. Непригоднымъ критеріемъ для опредѣленія этого является невозможность врученія повѣстки о приводѣ. Неврученіе возможно вслѣдствіе условій, независящихъ отъ самого обвиняемаго. Болѣе цѣлесообразно считать уклоненіемъ неявку въ теченіе извѣстнаго срока, напр., недѣли на мѣсто своего постояннаго жительства, указаннаго слѣдователю (ст. 415 или 334 проекта). При этомъ, если въ это время была какая-либо временная отлучка по уважительной причинѣ (вѣдь по проекту возможны отлучки безъ разрѣшенія слѣдователя или суда), то разрѣшается ходатайствовать о возстановленіи залога или поручительства. Недѣльный срокъ можетъ быть не принятъ во вниманіе, если имѣются достовѣрныя свѣдѣнія о томъ, что обвиняемый бѣжалъ.

При такомъ характерѣ отвѣтственности поручителей должны были бы существовать и особые сроки, въ теченіе которыхъ предоставляется поручителю возможность представить бѣжавшаго обвиняемаго къ суду. Подобные сроки существуютъ во многихъ западныхъ законодательствахъ и ничего, кромѣ пользы для правосудія и большей справедливости по отношенію къ поручителю, не приносятъ. Задача суда—не взыскать немедленно сумму залога, но обезпечить явку обвиняемаго, руководясь принципомъ въ этой области—„лучше поздно, чѣмъ никогда“; даже въ случаѣ побѣга законъ можетъ назначить новые сроки представленія. Поручитель, знакомый съ условіями жизни, кругомъ знакомыхъ и средствами существованія убѣжавшаго лучше, чѣмъ полиція, всегда сумѣетъ вѣрнѣе направить розыски бѣжавшаго. Дѣйствуя энергично въ своихъ

---

[1]) Въ практикѣ былъ даже случай, гдѣ требованіе объ уплатѣ денежнаго обезпеченія за несостоятельностью поручителя, было предъявлено къ слѣдователю, назначившему эту мѣру.

интересахъ, онъ представляетъ для правосудія даровую силу для розысковъ, которою не должно пренебрегать. Въ цѣляхъ воспитательно-правовыхъ для государства гораздо важнѣе поймать бѣжавшаго преступника, чѣмъ взыскать денежное обезпеченіе. Сознаніе безуспѣшности побѣга дѣйствуетъ болѣе надежнымъ образомъ, чѣмъ нежеланіе потерять обезпеченіе. Поэтому отъ дѣятельности поручителя по розыску интересы правосудія только выигрываютъ. Не слѣдуетъ отъ поручителя требовать непремѣнно представленія въ судъ обвиняемаго. Достаточно, если онъ укажетъ мѣсто, гдѣ тотъ находится, или дастъ возможность полиціи найти его. Исполнительная сторона предоставляется уже самому суду, черезъ полицію. Слѣдуетъ постоянно имѣть въ виду, при вопросѣ объ отвѣтственности поручителей, что эта отвѣтственность не есть наказаніе ихъ за то, что они не доглядѣли за обвиняемымъ, но, какъ всякое ручательство, есть мѣра, имѣющая предупредительный характеръ. Поэтому условія необходимости и немедленности ея примѣненія здѣсь не имѣютъ такого значенія, какъ при наказаніи. Если предупредительный характеръ этой мѣры окажется несостоятельнымъ, то слѣдуетъ съ сожалѣніемъ принимать обезпеченіе и по возможности стараться предоставить всѣ способы, чтобы къ этому не пришлось прибѣгать.

Законодательство ни слова не говоритъ также о томъ, какимъ органомъ дѣлается постановленіе о потерѣ денежнаго обезпеченія. Общимъ Собраніемъ Сената (1890/36) и циркулярнымъ сообщеніемъ отъ 16 октября 1888 г. разъяснено, что о наложеніи взысканія съ поручителей въ случаѣ уклоненія отъ суда лицъ, отданныхъ имъ на поруки, должны быть постановляемы судомъ первой степени частныя опредѣленія въ распорядительныхъ засѣданіяхъ; опредѣленія эти подлежатъ обжалованію во вторую судебную инстанцію въ порядкѣ ст. 895 уст. угол. суд., а на окончательныя постановленія второй инстанціи могутъ быть приносимы жалобы въ Уголовный Кассаціонный Департаментъ Сената въ силу ст. 250 уст. угол. суд. При этомъ поручителямъ предоставляется право въ двухнедѣльный срокъ представлять объясненія наложившему на нихъ денежное взысканіе суду, который, въ случаѣ признанія

этихъ объясненій заслуживающими уваженія, можетъ освободить ихъ отъ этого взысканія. Едва-ли цѣлесообразенъ порядокъ такого двойного разсмотрѣнія дѣла. Правильнѣе было бы пригласить на судебное засѣданіе поручителя и разсматривать дѣло въ состязательномъ порядкѣ. Сначала прокуроръ представилъ бы свои заключенія, а затѣмъ и поручитель привелъ объясненія со своей стороны. Исполненіе постановленія о взысканіи могло бы быть отложено на 6 мѣсяцевъ для предоставленія поручителю возможности въ теченіе этого времени представить обвиняемаго.

По полученіи залога или поручительства, представленнаго за уклонившагося подсудимаго, государство можетъ распоряжаться имъ по собственному усмотрѣнію, въ случаѣ, если поручительство было представлено только въ обезпеченіе явки. По дѣйствующему законодательству, кромѣ явки обезпечивается еще и гражданскій искъ. Въ случаѣ уклоненія обвиняемаго, этому иску дается предпочтеніе, и отъ денежнаго обезпеченія отчисляется соотвѣтственная сумма на уплату гражданскому истцу. Проектъ, отмѣнивъ обязательность обезпеченія гражданскаго иска, тѣмъ не менѣе сохранилъ постановленіе о преимущественномъ удовлетвореніи истца (ст. 347). Здѣсь однако необходимо было бы сдѣлать оговорку. Если у уклонившагося обвиняемаго осталось имущество, то поручитель имѣетъ право взыскать съ этого имущества представленную имъ сумму обезпеченія. Во всякомъ случаѣ, сумма изъ обезпеченія, соотвѣтствующая гражданскому иску, первоначально обращается ко взысканію изъ имущества уклонившагося обвиняемаго, если таковое окажется [1]). Справедливость требуетъ, чтобы отвѣтствовалъ сначала самъ уклонившійся, а не лицо, положившееся на его нравственность. Еще болѣе это соображеніе примѣнимо къ гражданскому иску, гдѣ отвѣтственность поручителя по гражданскимъ законамъ наступаетъ при несостоятельности должника. Быть можетъ, такое постановленіе ясно само по себѣ, но указаніе на него въ законѣ необхо-

[1]) Такое постановленіе было сдѣлано Одесскимъ окружнымъ судомъ по дѣлу Верзне. См. „Судебное Обозрѣніе“ 1903 г., № 37.

димо въ виду возможности споровъ, столь частыхъ въ дѣлахъ гражданскихъ, требующихъ наибольшей точности и опирающихся на букву закона, а не на предположенія законодателя.

Неудобство постановленія объ отчисленіи суммы въ размѣрѣ гражданскаго иска проявляется въ случаѣ *возстановленія* денежнаго обезпеченія. Во французскомъ правѣ эта часть не возстановляется. Въ нашемъ законодательствѣ такое постановленіе отсутствуетъ, вслѣдствіе неизвѣстности для него вообще возстановленія обезпеченія при явкѣ уклонившагося отъ суда. Но съ признаніемъ такой явки въ теченіе извѣстнаго срока возникаетъ иногда потребность возстановленія обезпеченія. Острочка уплаты также отразится на интересахъ гражданской стороны. Вслѣдствіе этого цѣлесообразно внести постановленіе, что часть, предназначенная гражданскому истцу, переходитъ къ нему по истеченіи шести мѣсяцевъ со времени уклоненія, и черезъ этотъ срокъ соотвѣтственная часть обезпеченія не можетъ быть возстановлена.

Часть денежнаго обезпеченія, оставшаяся за покрытіемъ гражданскаго иска, обращается въ капиталъ на устройство мѣстъ заключенія.

Ни въ законѣ, ни на практикѣ не указаны случаи *освобожденія* поручительства или залога, между тѣмъ это указаніе имѣетъ существенное значеніе для правильной постановки отвѣтственности поручителей. Освобожденіе должно наступать: 1) По принципу возможности примѣненія только одной мѣры обезпеченія, даже если лицо обвиняется въ нѣсколькихъ преступленіяхъ (ст. 340 проекта), въ случаѣ назначенія какой-либо иной мѣры (ареста, отобранія вида на жительство); 2) По произнесеніи приговора въ присутствіи обвиняемаго [1]). Это слѣдуетъ изъ того, что обезпеченіе гарантируетъ только неуклоненіе отъ слѣдствія и суда, но не отъ исполненія приговора. Впрочемъ, до вступленія приговора въ законную силу или на срокъ разрѣшенія жалобы на приговоръ судъ, при согласіи поручителя,

---

[1]) Кассаціонными рѣшеніями 1876/58 и 1870/720 разъяснено, что отвѣтственность залогодателя и поручителя оканчивается съ постановленіемъ судомъ приговора по существу. Впрочемъ, основаній въ законѣ эти рѣшенія не имѣютъ.

можетъ сохранить прежнюю мѣру обезпеченія, гарантирующую теперь уже и неуклоненіе до исполненія приговора [1]). При оправдательномъ приговорѣ освобожденіе наступаетъ немедленно, вмѣстѣ съ освобожденіемъ отъ суда. 3) При отказѣ поручителя или лица, внесшаго залогъ. Если внесеніе залога зависитъ отъ желанія поручителя или вообще третьяго лица, то обезпеченіе прекращается при прекращеніи желанія ручаться на дальнѣйшее время за обвиняемаго. 4) Наконецъ, денежное обезпеченіе освобождается съ представленіемъ обвиняемаго послѣ суда въ теченіе назначеннаго срока, если поручителю была дана отсрочка. Всѣ эти условія освобожденія денежнаго обезпеченія должны получить значеніе при правильной постановкѣ отвѣтственности поручителей.

Только весьма рѣдкимъ количествомъ случаевъ потери обезпеченія объясняется такая неразработанность или даже, правильнѣе сказать, такое отсутствіе законодательныхъ опредѣленій по этому предмету. Съ упраздненіемъ полицейскаго надзора въ качествѣ мѣры обезпеченія, число случаевъ примѣненія залога или поручительства должно возрасти, а вмѣстѣ съ тѣмъ усилятся неудобства отъ неполноты законодательства.

Отличительною чертою постановки поручительства и залога по сравненію съ другими мѣрами обезпеченія является зависимость ихъ осуществленія отъ согласія обвиняемаго и какого-либо третьяго лица. Главнымъ условіемъ въ этихъ мѣрахъ является добровольное принятіе на себя обязательства уплаты извѣстной суммы, въ случаѣ уклоненія. Это обязательство, имѣющее имущественный характеръ, можетъ покоиться только на договорномъ основаніи; здѣсь принужденіе непримѣнимо, и принятія обвиняемымъ назначеннаго судебнымъ

---

[1]) А. Эйленбогенъ въ замѣткѣ, помѣщенной въ Жур. Мин. Юст. 1905 г. № 2, стр. 187—189, предлагаетъ продлить отвѣтственность залогодателя и поручителя до фактическаго обращенія приговора суда къ исполненію, такъ какъ принятіе иного момента прекращенія отвѣтственности поручителя представляется совершенно произвольнымъ и не основано на законѣ; важно, чтобы обвиняемый не только явился въ засѣданіе, но и не уклонился отъ примѣненія къ нему наказанія. Такое продленіе отвѣтственности, по нашему мнѣнію, возможно лишь съ согласія поручителя. Что касается упрека въ произвольности, то при отсутствіи законодательнаго постановленія всякое толкованіе будетъ произвольно.

органомъ поручительства или залога можетъ и не произойти (не говоря уже объ экономической невозможности). Законодательство, имѣя въ виду это, указываетъ, какою мѣрою должны быть замѣнены тогда эти мѣры. Въ дѣйствующемъ законодательствѣ ст. 428 (348 проекта) предписываетъ, что до представленія поручительства или залога обвиняемый подвергается домашнему аресту или содержанію подъ стражей.

На внесеніе такого положенія въ уставъ повліяло западное законодательство. Какъ мы уже говорили, въ кодексахъ французской и германской системъ денежное обезпеченіе разсматривается, какъ замѣна ареста. Арестъ въ такихъ-то случаяхъ можетъ быть замѣненъ взятіемъ залога или поручительства [1]). Такъ какъ арестъ по иностранному законодательству можетъ имѣть нѣсколько цѣлей, то опредѣлены цѣли, при которыхъ допускается такая замѣна (подозрѣніе бѣгства и повторенія или довершенія преступленій). Поэтому положеніе о томъ, что при отсутствіи денежнаго обезпеченія обвиняемый заключается подъ стражу, вполнѣ естественно. Но и историческія основы русскаго процесса придали денежному обезпеченію иную форму. Въ случаѣ непредставленія поручительства по древнему русскому праву примѣнялась отдача за пристава, соотвѣтствующая по Своду законовъ полицейскому надзору. Содержаніе же въ тюрьмѣ являлось самостоятельной мѣрой. При самостоятельной постановкѣ мѣръ денежнаго обезпеченія не представляется необходимости въ непремѣнномъ заключеніи подъ стражу; въ иныхъ дѣлахъ цѣлесообразнѣе было бы назначеніе мѣры полицейско-принудительнаго характера, напр., отобраніе вида на жительство. Поручительство и залогъ, являясь мѣрами, менѣе ограничивающими личную свободу, чѣмъ полицейско-принудительныя мѣры, могутъ примѣняться и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ достаточными оказывались бы и эти послѣднія. Если на западѣ примѣненіе ихъ допускается только въ случаяхъ, гдѣ возможно по закону заключеніе подъ стражу, то въ Россіи они допускаются и при менѣе тяжкихъ преступныхъ дѣяніяхъ. Ограничивать ихъ примѣненіе сферой

[1]) Въ Германіи это выражено ясно. Во Франціи см. у Garraud. Précis du droit criminel, p. 604: „Cautionnement doit remplacer l'emprisonnement".

наиболѣе тяжкихъ преступныхъ дѣяній нецѣлесообразно. Существующія въ уставѣ уголовнаго судопроизводства въ ст. 418 и 419 ограниченія объясняются лишь угрозою заключенія подъ стражу, въ случаѣ отсутствія залога или поручительства, а не строгостью самыхъ мѣръ экономическаго характера.

Если допустить, что до представленія залога или поручительства обвиняемые могутъ подвергаться отобранію вида на жительство или содержанію подъ стражей, то значительно расширится примѣненіе мѣръ экономическаго характера, ко благу личной свободы. Назначаемыя въ небольшой суммѣ, эти мѣры лишены суроваго характера и вмѣстѣ съ тѣмъ достаточно надежны. Но при такихъ условіяхъ слишкомъ несправедливымъ было бы назначеніе ареста въ случаѣ невозможности внести денежное обезпеченіе. По дѣламъ казеннаго управленія (ст. 1164) иногда за небольшое нарушеніе, караемое въ конечномъ результатѣ ничтожнымъ штрафомъ, вслѣдствіе постановленія ст. 428 приходится содержать обвиняемыхъ подъ стражей цѣлые мѣсяцы. Статистическія данныя показываютъ, что въ 1899 г. въ мировыхъ установленіяхъ на 321 осужденнаго, находившагося на свободѣ за внесеніемъ залога, и на 654 осужденныхъ, отпущенныхъ на поруки, приходилось 157 человѣкъ, содержавшихся подъ стражей до внесенія денежнаго обезпеченія; а на 737 осужденныхъ въ общихъ установленіяхъ, внесшихъ залогъ, и на 2619 осужденныхъ, находившихся на порукахъ, приходилось 1273 человѣкъ, содержавшихся подъ стражей до внесенія денежнаго обезпеченія, т. е. въ общемъ болѣе $^1/_3$ всего числа. Съ большимъ вѣроятіемъ можно сказать, что для половины изъ нихъ оказались бы достаточными мѣры полицейскаго характера [1]). Нельзя не обратить вниманія на сравнительную немногочисленность случаевъ примѣненія мѣръ экономическаго характера. По отношенію къ отдѣльнымъ преступленіямъ трудно установить какія-либо общія данныя о примѣненіи этихъ мѣръ. Изъ таблицы, указывающей на занятія осужденныхъ, видно, что около 10.000 человѣкъ явля-

[1]) Данныя за прошлые года: 1879—1883 г.г.—2377, 1884—1888 г.г.—3368, 1889—1893 гг.—4331 челов. содержалось подъ стражей до представленія залога или поручительства. Такимъ образомъ замѣтно постоянное возрастаніе количества содержащихся подъ стражею до взноса денежнаго обезпеченія.

лись лицами вполнѣ состоятельными (хозяевами, лицами, состоящими на государственной или общественной службѣ, управляющими и т. д.), остальные же 48.000 были рабочіе или лица, не имѣющія опредѣленныхъ занятій.

Въ заключеніе остановлюсь на нѣкоторыхъ усовершенствованіяхъ, которыя, какъ мнѣ кажется, способны были бы придать съ одной стороны бо̀льшую силу денежному обезпеченію, съ другой же стороны увеличить число случаевъ его примѣненія. Однимъ изъ такихъ средствъ могло бы быть предоставленіе судебному органу права самому назначать лицъ, поручительство которыхъ онъ сочтетъ для себя достаточнымъ. Здѣсь на первый планъ будетъ поставлено довѣріе судьи къ поручителю. Теперь судья, сдѣлавъ постановленіе о поручительствѣ, долженъ принять его отъ всякаго состоятельнаго лица, безотносительно къ нравственнымъ гарантіямъ послѣдняго. Указаніе надежности не избавляетъ судью отъ неизвѣстности, насколько это лицо способно оказать нравственное воздѣйствіе на обвиняемаго для предупрежденія уклоненія. Часто судья по отношенію къ лицу, поручительство котораго онъ считаетъ особенно надежнымъ, могъ бы ограничиться меньшимъ размѣромъ обезпеченія, чѣмъ по отношенію къ первому встрѣчному. Такія поруки не могли бы стѣснять поручителей. Тогда было бы возможно и образованіе спеціальныхъ обществъ для освобожденія на поруки, которымъ могъ бы быть предоставленъ надзоръ за освобождаемыми. Поручительство товарищей по работѣ, знающихъ обвиняемаго, является болѣе надежнымъ съ нравственной точки зрѣнія, чѣмъ гарантія какого-либо наемнаго поручителя. Отъ послѣдняго обвиняемый могъ бы освободиться уплатой ему суммы поручительства, первые же сдерживались бы и нравственнымъ обязательствомъ.

Цѣлесообразно могло бы быть и соединеніе залога съ поручительствомъ надежнаго лица въ тѣхъ болѣе серьезныхъ случаяхъ, гдѣ теперь примѣняется заключеніе подъ стражу. Здѣсь мѣры соціальнаго характера соединялись бы съ основанными на эгоистическомъ мотивѣ, вслѣдствіе чего психологическое воздѣйствіе усиливалось бы.

Затѣмъ вполнѣ возможно объединить залогъ и поручительство въ законѣ, какъ мѣры однородныя, опредѣленіе же вида, размѣра и характера денежнаго обезпеченія съ участіемъ третьяго лица или безъ такового можно было бы предоставить усмотрѣнію судьи.

Намъ осталось разсмотрѣть еще двѣ мѣры, сопряженныя съ лишеніемъ свободы: домашній арестъ и содержаніе подъ стражей.

6. **Домашній арестъ** по существу есть видъ содержанія подъ стражей, отличающійся отъ обыкновеннаго лишенія свободы тѣмъ, что здѣсь мѣстомъ заключенія является квартира обвиняемаго. Обыкновенная форма его примѣненія—помѣщеніе жандарма или полицейскаго служителя въ домѣ обвиняемаго. Эта мѣра примѣнялась раньше по отношенію къ лицамъ высшихъ классовъ общества въ случаяхъ, гдѣ заключеніе подъ стражу было обязательно (см. ст. 424 австрійскаго устава о Bewachung in Wohnung). Какъ можно было предполагать, примѣненіе этой мѣры на практикѣ явилось неудобнымъ вслѣдствіе потребности въ большомъ количествѣ стражи и въ недостаточной степени обезпеченія. Какъ показываютъ ревизіонные отчеты, эта мѣра является краткосрочной, обыкновенно примѣняемой до представленія поручительства или залога къ лицамъ, занимающимъ выдающееся общественное положеніе, или больнымъ (т. III, стр. 246). Въ коммисіи 1900 г. рѣшено было сохранить примѣненіе этой мѣры въ исключительныхъ случаяхъ тяжкой болѣзни, недостатка помѣщенія въ тюрьмѣ, особо исключительнаго положенія обвиняемаго и пр. (Объясн. зап. т. II, стр. 352). Слѣдуетъ замѣтить, что на практикѣ эта мѣра совершенно упразднена. Въ 1898 г. въ общихъ и мировыхъ установленіяхъ случаевъ примѣненія этой мѣры было только 2, въ 1899 г.—ни одного. Въ виду такой рѣдкости и исключительности условій примѣненія, явилось бы цѣлесообразнымъ выпустить эту мѣру изъ общаго перечня ст. 416 и помѣстить ее отдѣльно съ особою оговоркою о случаяхъ, когда примѣненіе ея разрѣшается.

Въ венгерскомъ уставѣ 1896 г. допускается также

домашній арестъ, но тамъ на лицо, подвергнутое домашнему аресту, возлагается обязанность уплаты издержекъ по содержанію у него на дому особой стражи. Такое уравнительное постановленіе въ случаѣ, если арестъ назначенъ какъ привилегія какого-либо лица, было бы цѣлесообразно ввести и въ наше законодательство.

Примѣненіе ареста въ случаѣ болѣзни вполнѣ цѣлесообразно. Здѣсь онъ, превратившись скорѣе въ надзоръ, не является отяготительнымъ для полиціи, а между тѣмъ пребываніе въ домѣ и свободное леченіе являются порою необходимымъ условіемъ выздоровленія.

7. Наконецъ, послѣднею и самой важной мѣрой обезпеченія является **содержаніе подъ стражей**. Надлежащая постановка этой мѣры составляетъ главную задачу всего вопроса о мѣрахъ обезпеченія. Обыкновенно эта мѣра строго отдѣляется и даже противопоставляется другимъ мѣрамъ обезпеченія. Такое обособленіе является слѣдствіемъ значительно большей ея тягостности для обвиняемыхъ: въ случаѣ заключенія подъ стражу обвиняемый лишается вообще благъ свободы, въ то время какъ при другихъ мѣрахъ его свобода ограничивается въ одномъ какомъ-либо отношеніи. Другимъ обстоятельствомъ, вліяющимъ на такое обособленіе, является то, что заключеніе подъ стражей, кромѣ обезпеченія явки, служитъ и другимъ процессуальнымъ цѣлямъ, которыя, при неразграниченности, покрываются одною мѣрою, обладающею однѣми и тѣми же формами. Результатомъ такого обособленія явилось установленіе особыхъ нормъ о правахъ заключенныхъ, особаго порядка изданія постановленій о заключеніи ихъ подъ стражу, преимущественная скорость слѣдствія, предоставленіе большихъ правъ обжалованія, гарантій и пр.

Если при разсмотрѣніи другихъ мѣръ приходилось принимать въ соображеніе ихъ психологическій характеръ, то здѣсь придется скорѣе имѣть въ виду способы установленія физической невозможности побѣга, выдвинуть на первый планъ вопросъ о режимѣ содержанія. Вслѣдствіе этого получаетъ большое значеніе вопросъ о продолжительности дѣйствія этой мѣры.

Наконецъ, примѣненіе содержанія подъ стражей влечетъ за собою особыя послѣдствія въ видѣ зачета проведеннаго

подъ арестомъ времени въ наказаніе лишеніемъ свободы и въ видѣ вознагражденія лицъ, невинно понесшихъ подслѣдственный арестъ.

Отлагая подробное разсмотрѣніе законодательныхъ постановленій, регулирующихъ примѣненіе этой мѣры, мы укажемъ лишь на частоту примѣненія ея въ мировыхъ и общихъ судебныхъ установленіяхъ, сопоставивъ при этомъ цифровыя данныя Россіи съ данными другихъ государствъ.

Въ 1898 г. мировыми судьями было заключено подъ стражу:

въ *Россіи*	31.469	чел. обвиняемыхъ
„ *Италіи*.	45.813	„ „
„ *Австріи* (1899 г.) .	75.646	„ „

Во Франціи и Бельгіи, вслѣдствіе крайне небольшой компетенціи мировыхъ судей, подслѣдственное заключеніе не можетъ примѣняться ими. Въ Англіи же мировые судьи по дѣламъ, подсуднымъ имъ, правомъ этимъ обладаютъ, но ограничены срокомъ заключенія не болѣе, какъ въ 8 дней. Къ сожалѣнію, число случаевъ пользованія этой мѣрой не указано. По отношенію къ аресту въ мировой юстиціи мы не привели общаго числа лицъ судимыхъ, вслѣдствіе крайне разнородной подсудности и систематизаціи статистическихъ данныхъ. Сравнительно небольшое число лицъ, подвергшихся предварительному заключенію въ Россіи у мировыхъ судей, объясняется тѣмъ, что здѣсь не приняты во вниманіе гораздо болѣе многочисленные случаи назначенія ихъ земскими начальниками и уѣздными членами, о чемъ статистическіе отчеты молчатъ. Крайняя неполнота свѣдѣній однако все-же не мѣшаетъ признать относительную многочисленность этихъ случаевъ.

Въ общихъ судебныхъ установленіяхъ за 1898 г. было [1]):

	обвин.	сод. подъ стражей.
въ *Англіи*.	11.451	9.49— 79 %
„ *Австріи* (1896 г.).	57.754	44.984— 77,9%
„ *Франціи*	185.022	106.841— 58 %
„ *Италіи*.	126.205	45.352— 36 %
„ *Россіи* (1899 г.) .	146.753	23.727— 16,2%
„ *Бельгіи*.	40.181	2.648— 6,5%

[1]) Въ Германіи общей по имперіи статистики заключенныхъ подъ стражу не ведется.

Сравнительная малочисленность примѣненія заключенія подъ стражу въ Россіи объясняется отчасти наличностью многихъ административно-полицейскихъ мѣръ, отсутствующихъ на западѣ, отчасти же относительно небольшой тяжкой преступностью. Многочисленность случаевъ заключенія подъ стражу въ Англіи объясняется тщательнымъ подборомъ обвиняемыхъ, дѣла о которыхъ направляются въ высшія инстанціи. Въ число заключенныхъ во Франціи входятъ и лица, заключенныя прокуратурой на срокъ не болѣе трехъ дней (citation directe).

Всѣ эти спеціально характеризующія подслѣдственный арестъ отличія и заставляютъ придать ему нѣсколько иную постановку, противополагая его такимъ образомъ инымъ мѣрамъ обезпеченія.

Прослѣдивъ допускаемыя нашимъ законодательствомъ мѣры обезпеченія общаго характера, интересно задаться вопросомъ, въ какомъ порядкѣ онѣ расположены. Этотъ порядокъ имѣетъ значеніе для руководства судьи. Служитъ ли здѣсь основнымъ признакомъ степень обезпеченія каждой мѣры и перечень идетъ отъ самой слабой—подписки о невыѣздѣ, къ самой надежной—заключенію подъ стражей, или здѣсь основнымъ признакомъ является тяжесть каждой изъ мѣръ? Обращая вниманіе на то, что отобраніе вида на жительство и полицейскій надзоръ—мѣры болѣе стѣснительныя—стоятъ раньше поручительства и залога, мы можемъ заключить, что не тяжесть этихъ мѣръ служила основой для установленія опредѣленнаго порядка, а степень обезпеченія ихъ. Слѣдователь можетъ назначить поручительство, тамъ, гдѣ достаточно было бы и отобраніе вида на жительство, если обвиняемый можетъ это поручительство достать легко. Тяжесть мѣръ денежнаго обезпеченія и отобранія вида на жительство крайне относительна къ экономическому и соціальному положенію обвиняемаго. Изъ этого слѣдуетъ, что судья всегда можетъ замѣнять по просьбѣ обвиняемаго мѣру, стоящую выше, т. е. болѣе слабую, мѣрою, стоящей ниже. При назначеніи мѣры обезпеченія онъ долженъ высчитать степень потребнаго обезпеченія и въ соотвѣтствіи съ нимъ избрать мѣру.

На ряду съ мѣрами общаго характера, примѣняющимися независимо отъ спеціальныхъ условій, относящихся къ личности обвиняемаго, существуютъ въ уставѣ уголовнаго судопроизводства *особыя мѣры*, примѣненіе которыхъ допускается лишь къ особымъ категоріямъ обвиняемыхъ.

Къ числу такихъ мѣръ слѣдуетъ прежде всего отнести надзоръ въ различныхъ его видахъ.

1. **Надзоръ** есть мѣра, основанная на соціальномъ мотивѣ съ посредственной мотивацією. Въ случаяхъ, когда имѣется возможность нравственнаго вліянія на обвиняемаго, съ цѣлью воспрепятствованія его уклоненію, со стороны какого-либо лица или учрежденія, которому судъ можетъ довѣрять, является область примѣненія надзора. Съ соціально-политической точки зрѣнія мѣра эта, доступная независимо отъ состоятельности обвиняемаго, весьма цѣлесообразна. Поэтому значительное развитіе ея въ нашемъ уставѣ уголовнаго судопроизводства слѣдуетъ разсматривать, какъ преимущество его передъ западными уставами. Этотъ надзоръ примѣнимъ въ болѣе легкихъ случаяхъ, гдѣ ограниченіе правъ было бы нецѣлесообразно и вполнѣ могло бы быть замѣнено мѣрой болѣе надежной и менѣе стѣснительной—надзоромъ начальства.

Въ военномъ судѣ въ числѣ мѣръ обезпеченія нѣтъ ни залога, ни отдачи подъ надзоръ полиціи, ни отобранія вида на жительство, а примѣняется кромѣ ареста отдача подъ ближайшій надзоръ начальства. Ст. 471 уст. воен. суд. гласитъ, что при отдачѣ обвиняемаго подъ надзоръ военнаго начальства, опредѣленіе самаго способа надзора предоставляется усмотрѣнію сего послѣдняго. Тѣ же предписанія имѣются и въ морскомъ судебномъ уставѣ (ст. 539—544).

Проектъ устава уголовнаго судопроизводства 1900 года расширяетъ примѣненіе надзора, допуская его и въ гражданскомъ быту.

При обвиненіи священнослужителей и монашествующихъ ст. 1206 проекта предписываетъ примѣнять къ нимъ вмѣсто подписки о невыѣздѣ, отобранія вида на жительство, поручительства и залога одну только отдачу подъ надзоръ духовного начальства, буде оно изъявитъ на то свое согласіе. Кромѣ

того въ ст. 341 проектъ предлагаетъ примѣнять надзоръ начальства къ лицамъ, состоящимъ на государственной службѣ гражданскаго вѣдомства, въ случаѣ если начальство изъявитъ согласіе. „Отдача подъ ближайшій надзоръ непосредственному начальству должностного лица, привлеченнаго въ качествѣ обвиняемаго въ преступномъ дѣяніи, является мѣрою пресѣченія, которая могла бы быть съ удобствомъ примѣняема къ означеннымъ лицамъ взамѣнъ всѣхъ мѣръ пресѣченія, кромѣ лишенія свободы. На практикѣ, однако, осуществленіе подобнаго надзора въ отдѣльныхъ случаяхъ можетъ оказаться стѣснительнымъ для начальства, въ виду сего и предположено обусловить принятіе этой мѣры изъявленіемъ начальствомъ на то своего согласія“ (Объясн. зап. т. V стр. 51). Государственная служба или служба по духовному вѣдомству тѣсно связываетъ подчиненнаго съ начальствомъ, и если преступленіе не влечетъ немедленнаго увольненія или извержения изъ сана, то весьма цѣлесообразно воспользоваться такой зависимостью въ цѣляхъ предупрежденія уклоненія.

2. Другой исключительной мѣрой является **присмотръ**. Главнымъ отличіемъ этой мѣры отъ надзора является имѣющаяся здѣсь несамостоятельность лица обвиняемаго. Присмотръ заключается въ *личномъ* наблюденіи надъ общимъ поведеніемъ обвиняемаго, путемъ помѣщенія его вмѣстѣ съ лицомъ, которому оно отдано подъ присмотръ. При этой мѣрѣ принимается во вниманіе общая способность нравственнаго воздѣйствія и присмотра надъ обвиняемымъ. Закономъ 2 іюня 1897 года, сохраненнымъ и въ проектѣ, введено примѣненіе присмотра для лицъ несовершеннолѣтнихъ отъ 10 до 17 лѣтъ [1]). Сущность новаго закона сводится къ слѣдующему. Несовершеннолѣтніе обвиняемые раздѣлены на двѣ группы: до 14 лѣтъ и отъ 14 до 17 лѣтъ. Первые, если возникнетъ необходимость примѣненія къ нимъ взятія подъ стражу, помѣщаются во время слѣдствія и суда въ исправительные пріюты или колоніи для несовершеннолѣтнихъ преступниковъ или въ иныя заведенія

[1]) Объ этомъ законѣ см. статью N.N. Журн. Мин. Юст. 1898 г. кн. 5, стр. 140—176.

для призрѣнія дѣтей, гдѣ сіи пріюты, колоніи или заведенія устроены, или отдаются подъ отвѣтственный присмотръ съ обязательствомъ представить ихъ къ слѣдствію или суду, по усмотрѣнію судебнаго слѣдователя, или ихъ родителямъ, или лицамъ, на попеченіи коихъ обвиняемые состоятъ, или, наконецъ, другимъ благонадежнымъ лицамъ, изъявившимъ на то согласіе. Что же касается несовершеннолѣтнихъ отъ четырнадцати до семнадцати лѣтъ, то они, если за преступленіе, совершенное ими грозитъ уголовное наказаніе, *по преимуществу* помѣщаются въ исправительные пріюты либо колоніи для малолѣтнихъ; при невозможности этого они содержатся въ особыхъ помѣщеніяхъ, устроенныхъ для нихъ при тюрьмахъ или домахъ для арестуемыхъ по приговорамъ мировыхъ судей. Отдача въ колоніи, пріюты и заведенія для призрѣнія можетъ произойти лишь съ взаимнаго соглашенія слѣдователя съ управленіемъ сихъ послѣднихъ (ст. 416 б. Выс. утв. мн. Гос. Сов. ст. 915). При невозможности примѣненія какой-либо изъ вышеприведенныхъ мѣръ, законодатель предоставляетъ возможность помѣщать несовершеннолѣтнихъ въ монастыри ихъ вѣроисповѣданія, если таковые имѣются въ мѣстѣ производства слѣдствія и если по монастырскимъ правиламъ жительство въ нихъ постороннимъ лицамъ не воспрещено. При помѣщеніи въ православный монастырь слѣдователь первоначально сносится съ мѣстнымъ архіереемъ (ст. 416 тамъ же).

Различіе между несовершеннолѣтними до 14-ти и послѣ 14-ти лѣтъ состоитъ, слѣдовательно, въ томъ, что первые не могутъ быть подвергаемы предварительному заключенію, вторые же могутъ помѣщаться въ особыя помѣщенія при тюрьмахъ и арестныхъ домахъ, при невозможности отдачи въ исправительные пріюты или колоніи. Въ представленіи Министерства Юстиціи въ Государственный Совѣтъ (см. мотивы къ ст. 77) указывается на совершеніе несовершеннолѣтними до 17-лѣтняго возраста иногда весьма тяжкихъ преступленій, при чемъ вслѣдствіе безпризорности, бродяжества, признается опаснымъ для общественнаго спокойствія и въ цѣляхъ предупрежденія сокрытія слѣдовъ преступленія, оставлять такихъ обвиняемыхъ на свободѣ. „По сему въ отношеніи къ несовершеннолѣт-

нимъ въ возрастѣ отъ четырнадцати до семнадцати лѣтъ, подлежащихъ къ сужденію въ общихъ судебныхъ мѣстахъ, слѣдуетъ допустить возможность отступленія отъ предположеннаго правила о непримѣнимости заключенія, постановивъ, что въ крайнихъ случаяхъ, при полной невозможности ограничиться одною изъ мѣръ пресѣченія несовершеннолѣтнему обвиняемому способовъ уклоняться отъ суда, проектированныхъ для мировыхъ (общихъ?) судебныхъ установленій, они могутъ быть подвергаемы предварительному задержанію. При такихъ условіяхъ предварительный арестъ несовершеннолѣтнихъ несомнѣнно будетъ примѣняться въ случаяхъ дѣйствительной необходимости и серьезной опасности оставленія ихъ на свободѣ". Проектъ, имѣя въ виду невозможность иногда примѣнить одну изъ установленныхъ въ законѣ мѣръ помѣщенія или присмотра къ малолѣтнимъ до 14 лѣтъ предположилъ допустить также и помѣщеніе ихъ, „при совершенной невозможности принять одну изъ этихъ мѣръ", подъ стражу въ особыя помѣщенія при тюрьмахъ и арестныхъ домахъ (ст. 336 проекта).

Въ законѣ указаны собственно два вида мѣръ: *помѣщеніе* и *присмотръ*. Различіе между ними состоитъ въ томъ, что въ первомъ случаѣ обвиняемый отдается подъ наблюденіе учрежденію, во второмъ—лицу. Помѣщеніе, какъ мѣра болѣе надежная, поставлено раньше присмотра и должно примѣняться ко всѣмъ обвиняемымъ до 17 лѣтъ, а присмотръ допустимъ только къ несовершеннолѣтнимъ до четырнадцати лѣтъ.

Отвѣтственный присмотръ имѣетъ цѣлью предохранить общество отъ совершенія малолѣтнимъ дальнѣйшихъ преступленій и обезпечить представленіе его въ судъ. Лицами, которымъ предоставляется брать подъ присмотръ, являются, по перечисленію закона, родители, лица, на попеченіи коихъ обвиняемые состоятъ, и вообще всѣ надежныя лица, изъявившія согласіе [1]).

---

[1]) Проф. Таганцевъ (см. особое мнѣніе къ проекту) предлагаетъ слѣдующее перечисленіе: „родителямъ, опекунамъ, начальникамъ заведеній, въ коихъ они воспитываются, и вообще благонадежнымъ лицамъ, изъявившимъ согласіе, съ возложеніемъ на этихъ лицъ обязанности принять мѣры къ неуклоненію".

Слѣдователямъ предписывается (циркуляръ Мин. Юст. 3 іюля 1897 г. № 15625) „руководствоваться при этомъ не только родственными отношеніями между обвиняемымъ и лицомъ, принимающимъ его подъ свой надзоръ, но главнымъ образомъ благонадежностью такого лица въ нравственномъ отношеніи и способностью его съ пользою для малолѣтняго выполнять принимаемыя на себя обязанности". Однако едва ли можно требовать отъ слѣдователя знанія нравственныхъ качествъ лица, которое онъ впервые видитъ. Трудно также возлагать и на исполнительную власть отысканіе благонадежнаго лица, которому было бы возможно отдать малолѣтняго подъ присмотръ. Затруднительность отысканія такихъ лицъ влечетъ за собою почти исключительную отдачу подъ присмотръ родителямъ. Какъ разъяснилъ сенатъ (98/25), судъ назначаетъ отвѣтственный надзоръ посторонникъ лицъ лишь въ томъ случаѣ, когда имѣетъ въ виду лицо, на которое, согласно выраженной имъ волѣ, можетъ быть возложенъ надзоръ за малолѣтними и несовершеннолѣтними, при чемъ ни на судѣ, ни на исполнителяхъ приговора не лежитъ обязанность разыскивать таковыхъ; родители же отказаться отъ принятія надзора *не въ правѣ*. Обязательность надзора для родителей—крайняя мѣра, не соотвѣтствующая существу надзора. Въ большинствѣ случаевъ малолѣтніе преступники—дѣти, совершенно отбившіяся отъ рукъ родителей, если даже родители честные люди; отдавать ихъ подъ надзоръ родителей—это помѣщать въ ту же обстановку, которая привела ихъ къ преступленію. Человѣкъ рабочій, изъ дѣтей котораго, фабричныхъ подростковъ, преимущественно вербуется классъ несовершеннолѣтнихъ преступниковъ, занятый цѣлый день на работѣ, по необходимости долженъ будетъ предоставлять той же „улицѣ", которая привела къ преступленію, и присмотръ за нравственностью своего ребенка. Родительская любовь обыкновенно на столько сильна во всякомъ нравственномъ человѣкѣ, что превышаетъ юридическую обязанность, а, если сами родители заявляютъ о невозможности принять надзоръ, то обязывать ихъ необходимостью нецѣлесообразно [1]).

[1]) Въ Америкѣ признана невозможность принуждать родителей къ присмотру.

Надзоръ носитъ названіе отвѣтственнаго, потому что за неисполненіе его на лицо, взявшее малолѣтняго подъ присмотръ, налагается взысканіе. Такъ, установлена спеціальная ст. 144¹ уст. о наказ., которая гласитъ: „Обязанный имѣть отвѣтственный надзоръ за малолѣтнимъ или несовершеннолѣтнимъ лицомъ, отданнымъ ему по постановленію подлежащей судебной или слѣдственной власти, за оставленіе такого лица безъ надлежащаго надзора подвергается, буде вслѣдствіе сего состоящее подъ надзоромъ лицо учинитъ: преступное дѣяніе, за которое закономъ опредѣлено уголовное наказаніе,—аресту не свыше одного мѣсяца; преступное дѣяніе менѣе тяжкое—денежному взысканію не свыше ста рублей". Карается такимъ образомъ только неудержаніе отъ новыхъ преступленій, но не несоблюденіе обязанности представленія въ судъ. Едва ли цѣлесообразно примѣненіе такой строгой отвѣтственности, особенно въ тѣхъ случаяхъ, когда обвиняемые были поручены подъ присмотръ родителямъ по принужденію. Это условіе можетъ стѣснять и тѣхъ изъ добровольцевъ, которые поставили бы себѣ цѣлью наблюденіе надъ преступными дѣтьми; неудача ихъ гуманнаго поступка сопровождалась бы позорнымъ для нихъ наказаніемъ—арестомъ.

3. Другимъ особымъ видомъ мѣръ обезпеченія, примѣняемыхъ къ несовершеннолѣтнимъ, является **помѣщеніе** въ исправительныя пріюты, колоніи, заведенія для призрѣнія дѣтей и, наконецъ, въ монастыри. Однако, вслѣдствіе крайней малочисленности пріютовъ и колоній, и при переполненіи ихъ уже осужденными преступниками, управленіе этихъ заведеній, отъ согласія котораго зависитъ принятіе обвиняемыхъ туда, въ большинствѣ случаевъ уклоняется отъ пріема, тѣмъ болѣе что режимъ этихъ заведеній не приспособленъ къ кратковременному содержанію послѣдственныхъ преступниковъ, имѣющихъ право, какъ и всѣ послѣдственные, на свободу отъ труда и на послабленія въ режимѣ.

Для дѣтей, обвиняемыхъ въ особомъ судѣ, въ Нью-Іоркѣ устроенъ особый домъ предварительнаго заключенія, гдѣ дѣти пріучаются дисциплинѣ и находятся нѣсколько дней до суда. Онъ состоитъ въ исключительномъ завѣдованіи женщинъ.

Помѣщеніе въ монастыри намѣренно поставлено отдѣльно отъ прочихъ мѣръ въ особой статьѣ. Этимъ имѣлось въ виду придать исключительный характеръ этой мѣрѣ, къ которой „надлежало бы прибѣгать лишь въ случаѣ невозможности примѣненія другихъ опредѣленныхъ закономъ способовъ воздѣйствія на малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ преступниковъ". Заключеніе въ монастыри также не всегда возможно вслѣдствіе отсутствія въ данной мѣстности монастыря соотвѣтствующаго вѣроисповѣданія. Несмотря на кратковременность дѣйствія закона о несовершеннолѣтнихъ бывали уже случаи содержанія ихъ при полиціи и подъ стражей, по невозможности принять другія мѣры.

Статья 416[1] и 416[2] для общихъ судебныхъ установленій соотвѣтствуетъ ст. 77[1] и 77[2] для мировыхъ и ст. 184[1] и 184[2] для полож. о земск. начальн.

Статистическія данныя за 1899 годъ показываютъ, что всего было осуждено въ общихъ судебныхъ установленіяхъ, въ этомъ году 1649 преступниковъ, недостигшихъ 18 лѣтъ. Изъ этого числа вышеперечисленныя мѣры были примѣнены: помѣщеніе въ исправительные пріюты и колоніи—въ 4 случаяхъ, помѣщеніе въ особыя при тюрьмахъ отдѣленія—въ 2 случаяхъ, помѣщеніе въ монастырь—въ 4 случахъ и, наконецъ, отдача подъ отвѣтственный присмотръ—въ 163 случаяхъ. Къ этому числу слѣдуетъ отнести 31 случай отдачи подъ присмотръ, имѣвшій примѣненіе по дѣламъ мировой юстиціи. Такимъ образомъ случаевъ помѣщенія въ особыя заведенія было всего ничтожное число—восемь [1]).

Въ общемъ вполнѣ должно признать гуманный характеръ этихъ мѣръ. Гуманное отношеніе къ обвиняемому несовершеннолѣтнему является необходимымъ, чтобы окончательно не ожесточить и не извратить его природы. Здѣсь государство стремится, даже въ нѣкоторый ущербъ силѣ обезпеченія, достиг-

---

[1]) Помѣщеніе примѣняется иногда и къ взрослымъ; такъ, помѣщеніе въ больницу лица, впавшаго въ болѣзненное состояніе послѣ совершенія преступленія, до суда также является мѣрой обезпеченія (356 ст.).

нуть нравственнаго воздѣйствія на обвиняемаго. Можно надѣяться, что съ лучшей организаціей общественныхъ силъ для гуманной борьбы съ преступностью такая мѣра въ будущемъ сумѣетъ получить примѣненіе и по отношенію къ взрослымъ преступникамъ, въ виновности которыхъ не остается сомнѣнія, до разбирательства ихъ дѣла судомъ.

Главная задача государства въ настоящее время—обезпечить реальное примѣненіе выработанныхъ мѣръ, къ сожалѣнію, столь немногочисленное у насъ.

Обозрѣвъ всѣ мѣры обезпеченія, примѣняемыя въ русскомъ законодательствѣ съ цѣлью воспрепятствованія обвиняемому уклоняться отъ слѣдствія и суда, нельзя не сдѣлать заключенія о сравнительномъ богатствѣ у насъ этихъ мѣръ. Только въ норвежскомъ уставѣ имѣются нѣкоторыя изъ нихъ (отобраніе паспорта, полицейскій надзоръ, въ видѣ періодической явки въ участокъ). Изъ мѣръ, не употребляющихся въ Россіи, можно встрѣтить только въ Финляндіи примѣненіе честнаго слова и безденежнаго поручительства уважаемыхъ лицъ, имѣющаго нравственный характеръ. При такомъ богатствѣ видовъ одни отживаютъ свое примѣненіе (полицейскій надзоръ), другіе, наоборотъ, предвѣщаютъ значительное развитіе (надзоръ, помѣщеніе, присмотръ). Разсматривая нѣкоторыя мѣры, мы указывали на необходимыя ограниченія въ постановкѣ ихъ, но въ общемъ признавали каждую мѣру цѣлесообразной (кромѣ полицейскаго надзора). При существованіи обилія мѣръ гораздо легче найти удобный случай замѣнить содержаніе подъ стражей другою, менѣе стѣснительною мѣрою. Это видно изъ сопоставленія процентнаго отношенія числа заключенныхъ къ числу обвиняемыхъ въ Россіи и въ иностранныхъ государствахъ. Вслѣдствіе многочисленности видовъ получается гибкость системы, возможность большаго приспособленія ея къ личнымъ свойствамъ обвиняемаго.

Вмѣстѣ съ тѣмъ русская система вполнѣ обладаетъ силою обезпеченія. За отсутствіемъ соотвѣтственныхъ рубрикъ въ

западныхъ статистическихъ отчетахъ, нельзя сопоставить данныхъ русской статистики съ иностранной. Въ таблицѣ о производствѣ дѣлъ въ окружныхъ судахъ въ графѣ подъ заголовкомъ: „во время производства дѣла обвиняемыхъ скрылось“ за 10 лѣтъ (съ 1884—1894 г.) мы находимъ поразительно малую цифру—110, т. е. въ среднемъ по 11 человѣкъ въ годъ. Число же подсудимыхъ за эти десять лѣтъ было 696.891. Эти данныя по своей незначительности даютъ основаніе сомнѣваться въ ихъ правильности и полнотѣ. Это сомнѣніе подтверждается тѣмъ, что за одинъ 1899 г. въ той же графѣ мы находимъ цифру 1325 обвиняемыхъ. Быть можетъ, эти данныя относятся только ко времени, протекшему со времени заключенія слѣдствія и до судебнаго засѣданія, и такимъ образомъ не имѣютъ въ виду скрывшихся во время производства предварительнаго слѣдствія. Если принять цифру за 1899 г., какъ болѣе вѣроятную, то число скрывшихся по сравненію къ числу подсудимыхъ въ томъ же году выразится въ отношеніи 1325 къ 148.722, т. е. менѣе 1%. Изъ 2285 обвиняемыхъ, о которыхъ производились дѣла въ судебной палатѣ въ качествѣ первой инстанціи, не скрылось ни одного. Если имѣть въ виду, что большинство изъ уклонившихся будетъ арестовано полиціей, что оно падаетъ и на тѣхъ, противъ которыхъ еще не успѣли принять мѣръ обезпеченія, и что наконецъ сюда относятся лица, пропавшія по различнымъ причинамъ, а не только скрывшіяся вслѣдствія уклоненія, то это число нельзя назвать значительнымъ. Большой процентъ уклонившихся, какъ свидѣтельствуютъ ревизіонные отчеты, нужно отнести на лицъ, состоявшихъ подъ полицейскимъ надзоромъ. Съ отмѣною этого послѣдняго количество уклонившихся вѣроятно значительно уменьшится. Еще болѣе, чѣмъ на прочность мѣръ обезпеченія, эта цифра указываетъ на силу сознанія обязанности стать предъ судомъ—что является залогомъ возможности смягченія тяжести мѣръ обезпеченія и усиленія нравственнаго характера ихъ.

Глава третья.

Органы, вѣдающіе назначеніе и измѣненіе мѣръ обезпеченія.

Назначеніе мѣръ обезпеченія составляетъ одну изъ функцій судебной власти. Оно основано необходимымъ образомъ на оцѣнкѣ доказательствъ, личныхъ свойствъ обвиняемаго, нуждъ правосудія—оцѣнкѣ столь важной, что она не можетъ быть предоставлена власти, могущей вносить сюда чуждыя справедливости тенденціи или односторонне преслѣдовать чьи либо интересы. А безпристрастной властью является только судья.

Вслѣдствіе историческихъ причинъ функція назначенія мѣръ обезпеченія тѣсно срослась съ производствомъ слѣдственныхъ дѣйствій. Въ нашемъ законодательствѣ мѣры обезпеченія также помѣщены въ раздѣлъ о предварительномъ слѣдствіи, хотя сохраняютъ свою силу на все судебное производство. Такое сращеніе объясняется тѣмъ, что въ прежнее время слѣдственная цѣль ареста—спокойствіе разслѣдованія, предупрежденіе уничтоженія слѣдовъ, вынужденіе сознанія, очныя ставки и проч. играла преобладающую роль; арестъ, совершенно заслонявшій собою остальныя мѣры обезпеченія, при такихъ условіяхъ вполнѣ могъ быть относимъ къ „слѣдственнымъ дѣйствіямъ“ и потому долженъ былъ находиться въ вѣдѣніи розыскного органа. Но въ настоящее время, при значительномъ ограниченіи этой цѣли, стало возможнымъ обособленіе ареста отъ остальныхъ слѣдственныхъ дѣйствій и установленіе его въ качествѣ особаго судопроизводственнаго института, преслѣдующаго въ процессѣ особую цѣль—обезпеченіе отъ уклоненія. Вопросъ объ общей постановкѣ мѣръ обезпеченія рѣшается посредствомъ рѣшенія вопроса о соотношеніи органовъ, вѣдающихъ розыскныя и судебныя функціи, между собою. Однако вопросъ этотъ можетъ быть поставленъ лишь въ связи съ общей постановкой предварительнаго слѣдствія, и поэтому намъ придется на время оставить рѣшеніе его.

Вопросъ объ органахъ, вѣдающихъ назначеніе и измѣненіе мѣръ обезпеченія, тѣсно, почти неразрывно, связанъ съ положеніемъ этихъ мѣръ на различныхъ стадіяхъ процесса. Сфера правъ, предоставленная каждой власти, опредѣляетъ ея дѣятельность. А такъ какъ примѣненіе и измѣненіе мѣръ обезпеченія обыкновенно поставлены въ зависимость отъ усмотрѣнія различныхъ органовъ, то условія и характеръ дѣятельности этихъ послѣднихъ имѣютъ существенное вліяніе на положеніе обвиняемаго.

Основнымъ принципомъ, обусловливаемымъ техническими соображеніями, является соединеніе въ однѣхъ рукахъ назначенія мѣръ обезпеченія или измѣненія ихъ и разсмотрѣнія дѣла по существу—направленія его. Органъ, на обязанности котораго лежитъ оцѣнка силы уликъ, гораздо болѣе ознакомленъ съ обстоятельствами дѣла и качествами личности, отъ которыхъ зависитъ назначеніе той или иной мѣры обезпеченія. Вмѣстѣ съ тѣмъ рѣшеніе или направленіе дѣла является по существу судебною функціею и обладаетъ характеромъ, однороднымъ съ назначеніемъ или измѣненіемъ мѣръ обезпеченія. Органы, годные для одной цѣли, явятся, по условіямъ своей дѣятельности, пригодными и для второй. Наконецъ третье соображеніе, оправдывающее этотъ принципъ,—это то обстоятельство, что сила уликъ и подозрѣніе въ виновности обладаютъ значительною измѣнчивостью въ теченіе процесса. Оцѣнка уликъ, производимая нѣсколько разъ въ теченіе слѣдствія, очень часто мѣняетъ взглядъ на силу ихъ, а измѣненіе этого основного условія влечетъ за собою необходимость измѣненія мѣры обезпеченія. Если эти двѣ функціи соединены въ рукахъ одного органа, то такое измѣненіе можетъ быть произведено съ наименьшей затратой труда и времени.

Правило о соединеніи этихъ двухъ функцій въ однѣхъ рукахъ, вообще говоря, выдерживается строго. Однако, отъ этого принципа могутъ существовать иногда отклоненія. Такъ, если приходится назначать мѣру обезпеченія въ чрезвычайныхъ случаяхъ, по предложенію несудебной власти, то все дѣло переходитъ къ какой либо судебной власти, непричастной къ его производству, но имѣющей спеціальную обя-

занность постановить о мѣрѣ обезпеченія. Таково, напр., обращеніе прокуратуры къ участковымъ судьямъ въ Германіи. Обыкновенно такая мѣра имѣетъ кратковременный предварительный характеръ.

Принципъ раздѣленія властей административной и судебной основывается на различіи положенія этихъ властей и на различіи тѣхъ требованій, которыя предъявляются къ нимъ правительственною властью и обществомъ. Назначеніе мѣръ обезпеченія является по существу судебной функціей. Мѣра обезпеченія назначается не посредствомъ „заключенія", а посредствомъ приговора [1]). Разнообразныя условія могутъ обезпечивать такой ея характеръ, и изъ нихъ главными являются условія, касающіяся положенія извѣстнаго органа въ общей системѣ судебнаго организма. Безпристрастность, обдуманность, правильная оцѣнка обстоятельствъ достигаются не какими-либо законодательными предписаніями, но качествами органовъ. Довѣріе къ органу, назначающему мѣры обезпеченія, необходимое какъ со стороны власти, такъ и въ особенности со стороны гражданъ, составляетъ краеугольный камень всякой правильной постановки какой-либо судебной функціи. А такое довѣріе главнымъ образомъ зависитъ отъ того положенія, которое присвоено такому органу законодателемъ.

Такимъ образомъ самыя разнообразныя причины дѣлаютъ вопросъ объ органахъ назначенія мѣръ обезпеченія особенно важнымъ для правильной постановки этихъ мѣръ. Только разсмотрѣвъ его, можно приступить къ дальнѣйшимъ вопросамъ о границахъ усмотрѣнія судьи, объ обжалованіи, о коррективахъ и проч., потому что то или иное рѣшеніе этихъ вопросовъ обусловливается степенью той гарантіи, которую представляетъ для индивидуальной свободы личность самого органа, назначающаго мѣры обезпеченія. Лучшій примѣръ тому— наше дореформенное законодательство по этому предмету,

[1]) Niemals Haftbefehl, sondern Haftурtheil. Особенно послѣдовательно это начало проведено въ Англіи, въ которой приговоръ о заключеніи подъ стражу или освобожденіи постановляется послѣ состязательнаго разбирательства.

когда всѣ усовершенствованія и гарантіи оставались безрезультатными, потому что свобода личности была передана въ руки полиціи, которая, если не сдерживается сильною судебною и общественно-законодательною властью, способна жертвовать этой свободой ради самыхъ незначительныхъ удобствъ власти и даже изъ постороннихъ соображеній. Учрежденіе судебныхъ слѣдователей въ 1860 году вызвало рѣшительный поворотъ во всемъ этомъ судебномъ институтѣ. Точно также основной реформой составленнаго въ 1900 году проекта устава уголовнаго судопроизводства является измѣненіе въ дѣятельности и постановкѣ нѣкоторыхъ органовъ на предварительной стадіи судебнаго производства, что, безъ сомнѣнія, больше какихъ-либо другихъ нововведеній этого проекта, отразится на характерѣ и правильности назначенія мѣръ обезпеченія. Объемъ и характеръ дѣятельности различныхъ органовъ на предварительномъ слѣдствіи обусловливаетъ и различіе системъ англійской, французской и германской. Русское законодательство примыкаетъ ближе всего къ системѣ французской въ томъ ея видѣ, въ которомъ она существовала по Code d'Instr. Crim., при чемъ измѣненія законовъ 1865 и 1897 г.г. соотвѣтственно не повліяли на наше законодательство. Начала кодекса 1808 года сочетались въ уставѣ уголовнаго судопроизводства съ началами, находившимися въ Сводѣ, вслѣдствіе чего можно наблюдать порою неполное осуществленіе новой системы и наличность многихъ пережитковъ стараго, несоотвѣтствующаго современному строю порядка.

По дѣйствующему русскому праву назначать, измѣнять и отмѣнять мѣры обезпеченія могутъ въ различной степени:

1. Административные и полицейскіе органы: общая полиція, жандармскіе чины, сельскія и волостныя начальства, таможенная стража, военное начальство.
2. Судебные слѣдователи вмѣстѣ съ прокуратурою.
3. Обвинительная камера.
4. Судъ первой инстанціи.
5. Судъ апелляціонный.
6. Судъ кассаціонный.

7. Мировые судьи, земскіе начальники, городскіе судьи, уѣздные члены.

Проектъ замѣняетъ слѣдователей слѣдственными судьями и вводитъ институтъ участковыхъ судей, приблизительно соотвѣтствующихъ теперешнимъ мировымъ судьямъ и во многомъ схожихъ съ германскими амтсрихтерами.

Разсмотримъ дѣятельность каждаго изъ этихъ органовъ особо, примѣнительно къ интересующему насъ вопросу.

1. *Полиція.*—Роль этого органа при предварительномъ производствѣ двоякая: 1) полиція, сталкиваясь раньше кого-либо другого съ преступленіемъ и со слѣдами преступной дѣятельности, поставлена въ наиболѣе благопріятныя условія по принятію мѣръ, не допускающихъ замедленія,—это дѣятельность полиціи, имѣющая значеніе *предварительныхъ* дѣйствій; 2) полиція, обладая значительнымъ составомъ, стоя близко къ населенію, сосредоточивая въ своихъ рукахъ значительную силу принужденія, успѣшно можетъ исполнять отдѣльныя порученія судебной власти—это дѣятельность полиціи, носящая *исполнительный* характеръ. Эти два вида дѣятельности полиціи должны быть строго отличаемы по слѣдующимъ основаніямъ. Предварительная дѣятельность, какъ вызываемая необходимостью, въ случаяхъ, гдѣ собственно долженъ дѣйствовать судья, часто бываетъ заключена въ сравнительно широкія рамки, допускающія въ довольно значительной степени усмотрѣніе, коррективомъ противъ котораго является главнымъ образомъ краткосрочность принимаемыхъ полиціею мѣръ. Дѣятельность исполнительная, наоборотъ, ограничена предѣлами, указанными полиціи судебною властью, и въ такихъ случаяхъ дѣйствія полиціи имѣютъ силу, одинаковую съ дѣйствіями судебной власти. Здѣсь усмотрѣніе полиціи стѣснено предписаніемъ судьи.

При выработкѣ судебной системы прежде всего слѣдуетъ опасаться предоставить слишкомъ широкіе предѣлы усмотрѣнію полицейскихъ органовъ, особенно если не существуетъ достаточно широкой отвѣтственности ихъ за неправильныя дѣйствія. „Назначеніе полиціи“—говоритъ Кистяковскій—„охранять установленный порядокъ въ обществѣ. Поэтому она

вездѣ и всегда склонна въ малѣйшемъ противозаконномъ дѣйствіи видѣть опасность для этого порядка и прибѣгать къ крутымъ мѣрамъ тамъ, гдѣ это не требуется". Полиція только тогда правильно будетъ выполнять свои общественныя функціи, когда она будетъ проникнута строгимъ чувствомъ законности, а не выдвигать свою свободную оцѣнку, какъ то свойственно органамъ судебнымъ, при широкомъ же усмотрѣніи полиціи принципъ законности терпитъ значительный ущербъ. Усмотрѣніе возможно только тамъ, гдѣ имѣется независимость, при іерархическомъ подчиненіи оно замѣняется волей начальства. Въ судебныхъ дѣйствіяхъ, если принятіе ихъ предоставить полиціи, преобладающее значеніе получитъ воля высшихъ полицейскихъ чиновъ, въ глазахъ которыхъ соображенія справедливости часто имѣютъ гораздо меньше значенія, чѣмъ соображенія политическія, и вслѣдствіе этого между судомъ и полиціей будетъ существовать противорѣчіе въ самыхъ основныхъ принципахъ. Едва-ли такое положеніе дѣлъ будетъ способствовать развитію законности, являющейся основною цѣлью всякаго суда, и охраненію правъ личности гражданина [1]).

Предварительная дѣятельность полиціи была слѣдующимъ образомъ охарактеризована въ ст. 9 учр. суд. слѣд. 1860 г., легшаго въ основаніе устава уголовнаго судопроизводства. „Къ обязанности полицейскихъ и другихъ, не принадлежащихъ къ судебному вѣдомству, лицъ относится только первоначальное изысканіе и раскрытіе тѣхъ существенныхъ обстоятельствъ, которыя могутъ вести къ заключенію, что въ изслѣдуемомъ происшествіи заключается преступленіе или проступокъ". Уставъ уголовнаго судопроизводства расширилъ въ значительной степени предварительную

---

[1]) Миттермайеръ Слѣдственныя дѣйствія полиціи. Журн. Мин. Юст. 1860 г. стр. 520, замѣчаетъ: „Главное правило, что полиціи не слѣдуетъ давать права предпринимать такія дѣйствія, которыя могутъ быть совершаемы только въ судебномъ порядкѣ. Если же полицейскіе чины становятся какъ бы въ положеніе слѣдователей, то такое расширеніе круга полицейской дѣятельности не согласно съ сущностью этой дѣятельности. Оно вредно для общества во многихъ отношеніяхъ, оно угрожаетъ индивидуальной свободѣ частныхъ лицъ".

дѣятельность полиціи. Полиція обязана извѣщать слѣдователя не позже сутокъ о всякомъ преступленіи или проступкѣ (ст. 250). Она должна производить дознаніе въ отсутствіе слѣдователя (ст. 253). Но, впрочемъ, какъ показываетъ практика (Ревиз. отчеты т. III стр. 113), полиція не обращаетъ вниманія на оговорку: „въ отсутствіи слѣдователя или прокурора", а считаетъ производство дознанія своею всегдашнею обязанностью. Ст. 257 и 258 предоставляютъ полиціи до прибытія судебнаго слѣдователя принятіе мѣръ обезпеченія, производство всѣхъ слѣдственныхъ дѣйствій, не терпящихъ отлагательства, какъ-то: осмотровъ, освидѣтельствованій, обысковъ и выемокъ. Принятіе „мѣръ пресѣченія" полиціи предоставлено въ случаяхъ полной доказанности уликъ (4 п. ст. 257). По существу эту компетенцію ея слѣдуетъ отнести къ предварительному аресту, но изъ буквальныхъ текстовъ закона можно заключить, что полиція по принятію мѣръ обезпеченія стоитъ наравнѣ съ судебными органами. При отсутствіи строгаго срока и предварительности полицейскихъ мѣръ, очень часты случаи, когда слѣдователь, не разслѣдовавъ самъ дѣла, сохраняетъ мѣру обезпеченія, принятую полиціей на основаніи одного полицейскаго дознанія. (отч. Житомирск. суда. Ревиз. отч. III стр. 113). Случаи заключенія обвиняемаго подъ стражу до выясненія обстоятельствъ дѣла—говорятъ ревизіонные отчеты (т. III стр. 261)—встрѣчаются довольно часто преимущественно по дѣламъ, по которымъ обвиняемые задержаны полиціей и привлекаются къ отвѣтственности на основаніи полицейскаго дознанія. Къ сожалѣнію, въ статистическихъ отчетахъ совершенно не указывается числа полицейскихъ задержаній и продолжительности ихъ. Изъ практики отдѣльныхъ случаевъ можно заключить, что суточный срокъ является въ большинствѣ случаевъ пустымъ звукомъ. Ст. 259, предписывая соблюденіе во всей точности правилъ, постановленныхъ для производства предварительнаго слѣдствія для ст. 257, ясно указываетъ на то, что мѣры обезпеченія, принимаемыя полиціей, ставятся наравнѣ съ мѣрами, принимаемыми судебной властью. Однако, при болѣе близкомъ сопоставленіи, мы должны будемъ прійти

къ заключенію, что нѣкоторыя статьи, касающіяся примѣненія этихъ мѣръ на предварительномъ слѣдствіи, здѣсь непримѣнимы. Такъ, ст. 415, 416[1], 416[2], 421, 422 и др. сюда не подходятъ. Имѣлись въ виду только, собственно говоря, ст. 430, 419, 416. Въ проектѣ же имѣются въ виду соотвѣтственныя ст. 339 и 349. Гораздо цѣлесообразнѣе поэтому было уничтожить ст. 259 и прямо оговорить о необходимости постановленія о взятіи подъ стражу (430 ст.) и о предѣлѣ, при которомъ можетъ быть принято въ качествѣ мѣры обезпеченія взятіе подъ стражу полиціей (419 ст.). Такимъ образомъ полиція является органомъ, принимающимъ мѣры обезпеченія въ исключительныхъ случаяхъ, при отсутствіи слѣдователя, дѣйствіе которыхъ однако можетъ продолжаться иногда нѣсколько дней.

Сохраненіе такого постановленія, какой бы исключительный характеръ ему ни былъ бы приданъ, будетъ рѣзко противорѣчить правовымъ началамъ процесса. Судебная власть полиціи давно уже осуждена наукой, обществомъ и всѣми европейскими законодательствами. Цѣли государства, съ гораздо меньшими жертвами интересовъ индивидуальной свободы, могутъ быть достигнуты однимъ предварительнымъ арестомъ. Законъ ошибочно ставитъ полицію въ рядъ судебныхъ органовъ, и пора понять, что пьедесталъ, на которомъ она стоитъ, предназначенъ не для нея. Дѣло полиціи строго соблюдать предписанія закона и ревностно исполнять порученія, возложенныя на нее, но не быть носительницею правосудія для гражданъ.

Къ сожалѣнію, соображенія эти остались чужды проекту 1900 г. Права полиціи по принятію мѣръ обезпеченія расширены, какъ въ объемѣ—установленіемъ одной лишь достаточности подозрѣнія, вмѣсто 4-хъ категорій случаевъ, указанныхъ въ ст. 257, такъ и въ сферѣ примѣненія—расширеніемъ области дознанія, производимаго одною полиціей. Вмѣстѣ съ тѣмъ не сдѣлано какихъ-либо попытокъ, чтобы яснѣе очертить предварительный характеръ этихъ мѣръ. Опасенія ослабить силу репрессіи здѣсь не имѣютъ мѣста: лишеніе полиціи судебной власти, имѣющейся у пей, можетъ отразиться на достаточности средствъ къ охраненію порядка и

поддержанію законности лишь положительнымъ образомъ [1]). Правами полиціи пользуются: чины жандармскіе (ст. 261[1]—261[13]), волостные и сельскіе начальники и другія лица, исполняющія въ кругу вѣдомства судебныхъ слѣдователей, полицейскія обязанности (ст. 261), таможенные чины (1148 ст.), имѣющіе лишь право задержанія, военное начальство (ст. 1237), лица, производящія дознанія по государственнымъ преступленіямъ (ст. 1035) [2]).

2. *Судебные слѣдователи. Прокуратура.* Единоличный судебный органъ обыкновенно вѣдаетъ назначеніе мѣры обезпеченія послѣ допроса обвиняемаго. Такъ установлено въ большинствѣ европейскихъ государствъ. Только въ Норвегіи и нѣкоторыхъ кантонахъ Швейцаріи эта обязанность лежитъ на коллегіи суда, обязаннаго разсмотрѣніемъ дѣла по существу. Стадія, наступающая послѣ допроса и продолжающаяся до заключенія слѣдствія, является особенно важной въ отношеніи интересующаго насъ вопроса. Прежде всего здѣсь сильнѣе всего выдвигаются вспомогательныя цѣли мѣръ обезпеченія, въ частности ареста, напр., слѣдственная цѣль; затѣмъ продолжительность этой стадіи процесса обыкновенно больше, чѣмъ слѣдующихъ, и, наконецъ, въ виду еще слабаго выясненія уликъ, здѣсь особенно часто возможны ошибки и несправедливости. Лишь на допросѣ, судебной власти впервые приходится столкнуться съ преступникомъ, и здѣсь еще весьма затруднительно, на основаніи только нѣкоторыхъ косвенныхъ соображеній, опредѣлить будущее отношеніе обвиняемаго къ

---

[1]) И. Я. Фойницкій. Угол. суд. т. II стр. 389: „Общая характеристика мѣръ судебнаго принужденія состоитъ въ томъ, что они примѣняются судомъ. Только суду можетъ быть предоставлено право лишенія благъ, хотя временнаго. Несудебные органы не могутъ прибѣгать къ нимъ. Изъятія допускаются лишь въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, когда несудебные органы замѣняютъ органы судебные". Заключительная фраза приведеннаго отрывка отнюдь не вытекаетъ и предшествующихъ ему положеній.

[2]) По закону, 7 іюня 1904 г. эти права расширены, они почти сравнены съ правами слѣдователей, причемъ органомъ наблюденія здѣсь служитъ не судъ, а прокуроръ судебной палаты, которому приносится и жалоба (см. ст. 1035[11,14,16,22]).

суду, какъ напр., намѣреніе его бѣжать или возможность сокрытія слѣдовъ. Въ дальнѣйшихъ стадіяхъ эти стороны выясняются значительно больше, и судъ можетъ съ большимъ основаніемъ назначать мѣру обезпеченія. Всѣ эти соображенія заставили придать особое значеніе назначенію мѣры обезпеченія на стадіи предварительнаго слѣдствія. Большое значеніе правильности назначенія мѣръ обезпеченія на этой стадіи вызываетъ необходимость въ образованіи для этой цѣли особаго, обладающаго выдающимися личными качествами органа. Такимъ органомъ, собственно говоря, долженъ былъ быть судъ. Однако вслѣдствіе многочисленности возникающихъ дѣлъ могли бы возникнуть чрезмѣрное обремененіе работой и увеличеніе штатовъ, поэтому эти функціи поручаются одному члену суда. Институтъ судебныхъ слѣдователей—или вѣрнѣе, и. д. судебныхъ слѣдователей, существующій въ настоящее время въ Россіи, долженъ быть признанъ совершенно неудовлетворительнымъ, потому что личныя свойства и положеніе этихъ лицъ не соотвѣтствуютъ важности задачи, возлагаемой на нихъ. Не затрагивая пока сложнаго вопроса о личныхъ свойствахъ и положеніи этого органа, мы остановимся лишь на разсмотрѣніи предоставленныхъ ему правъ по назначенію, измѣненію и отмѣнѣ мѣръ обезпеченія.

Стѣсненный обязанностью назначить какую-либо одну мѣру обезпеченія, слѣдователь однако свободенъ въ назначеніи мѣръ обезпеченія, за исключеніемъ содержанія подъ стражей, залога и поручительства. Ему предоставленъ свободный выборъ при назначеніи или при замѣнѣ мѣръ обезпеченія. Отмѣнить совсѣмъ мѣру обезпеченія судебный слѣдователь не можетъ. Это слѣдуетъ изъ обязательности для слѣдователя съ началомъ слѣдствія принять какую-нибудь одну мѣру. Даже убѣдившись въ совершенной невиновности обвиняемаго и направляя его дѣло къ прекращенію въ судъ, слѣдователь не можетъ освободить его отъ мѣры обезпеченія. Однако на практикѣ это правило нарушается, и въ 1899 г. по отношенію къ 9097 осужденнымъ общими судебными установленіями не было принято мѣры обезпеченія.

По отношенію къ болѣе строгимъ мѣрамъ свобода усмо-

трѣнія слѣдователя стѣснена. Кромѣ законодательнаго запрещенія примѣнять эти мѣры при обвиненіи съ преступленіяхъ, не достигающихъ извѣстной тяжести, усмотрѣніе слѣдователя здѣсь ограничено вмѣшательствомъ прокуратуры.

Основанія для такого вмѣшательства—двоякаго рода. Съ одной стороны, прокуратура, являясь представительницей интересовъ власти, можетъ заявлять о чрезмѣрной тяжести какой либо принятой слѣдователемъ мѣры. Вѣдая обвиненіе, прокуратура бываетъ освѣдомлена въ дѣлѣ иногда не менѣе самого слѣдователя. Основное условіе—сила уликъ—иногда прокурору представляется болѣе яснымъ, чѣмъ слѣдователю. Притомъ, такъ какъ цѣлью предварительнаго слѣдствія является, за устраненіемъ неосновательныхъ жалобъ и заявленій, составленіе обвиненія противъ опредѣленнаго лица, то прокуратура, заинтересованная въ такомъ обвиненіи, постоянно наблюдаетъ за производствомъ предварительныхъ слѣдствій (ст. 278). Заявленіе прокуратуры о томъ, что данная мѣра является слишкомъ строгой, излишне обезпечивающей интересы государства, должно быть принято съ полнымъ вниманіемъ, ибо, если объ этомъ заявляетъ заинтересованная сторона, то и подавно долженъ согласиться съ этимъ судья. Вмѣстѣ съ тѣмъ такое право органа обвиненія въ большей степени покровительствуетъ индивидуальной свободѣ.

Съ другой стороны при непринятіи какой-либо строгой мѣры или при замѣнѣ ея болѣе слабою, прокуратура можетъ высказывать свое мнѣніе, которое однако не должно быть сдѣлано обязательнымъ, но должно лишь приниматься въ разсчетъ. Соображенія, по которымъ предоставляется это право, тѣ же, какъ и приведеныя выше.

Въ иностранныхъ кодексахъ сфера предоставленныхъ прокуратурѣ правъ по вмѣшательству различна. Ст. 94 франц. кодекса требуетъ предварительнаго мнѣнія прокурора лишь для приказа объ арестѣ (mandat d'arret), для отмѣны же заключенія подъ стражей или замѣны его денежнымъ обезпеченіемъ требуется согласіе прокуратуры, независимо отъ того, будетъ ли это заключеніе назначено приказомъ объ арестѣ или приказомъ

о заключеніи (mandat de depôt). Ст. 187 итал. кодекса требуетъ согласія прокуратуры, какъ для назначенія, такъ и для отмѣны ареста. По германскому уставу при заключеніи подъ стражу согласія прокурора не требуется, оно нужно лишь при освобожденіи изъ подъ стражи (ст. 161 герм. уст.). Венгерскій кодексъ для назначенія ареста согласія прокурора не требуетъ, такъ какъ арестъ назначается обвинительной камерой (ст. 148 венгер. уст.), при отмѣнѣ же ареста согласіе прокурора требуется лишь тогда, когда не истекъ еще срокъ, на который назначенъ обвинительной камерой арестъ (ст. 160 венг. уст.).

По дѣйствующему русскому праву роль прокурора ограничивается вмѣшательствомъ въ случаи назначенія или неназначенія заключенія подъ стражу.

Получивъ сообщеніе объ основаніяхъ взятія подъ стражу, ближайшее лицо прокурорскаго надзора можетъ требовать, чтобы слѣдователь ограничился мѣрою менѣе строгою, если обвиняемый не навлекаетъ на себя достаточного подозрѣнія въ преступленіи, влекущемъ за собою лишеніе всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ (283 ст.).

Такое требованіе для слѣдователя обязательно. Редакція этой статьи значительно ограничиваетъ власть прокурора по требованію смягченія содержанія подъ стражей. Понятіе *„склонность уклоняться отъ суда“* далеко не совпадаетъ съ однимъ изъ его условій—*„достаточностью подозрѣнія въ преступленіи*, при обвиненіи въ которомъ возможно содержаніе подъ стражей“. Конечно, это условіе коренное, но возможны случаи, когда прокуроръ найдетъ мѣру обезпеченія слишкомъ строгой по инымъ основаніямъ. Имѣетъ ли онъ тогда право предъявлять требованіе объ освобожденіи или же ему, какъ органу обвиненія, только предоставлена оцѣнка уликъ? Какъ показываетъ практика, прокуроръ примѣняетъ ст. 283 не только въ случаѣ отсутствія достаточныхъ уликъ въ преступленіи, влекущемъ лишеніе правъ, но и по другимъ основаніямъ, указаннымъ въ ст. 421. Иногда, напр., требованіе прокурора объ освобожденіи изъ подъ стражи вытекаетъ изъ

желанія, чтобы это не повліяло на вердиктъ присяжныхъ (отч. Уманск. окр. суда, Труды т. II, стр. 139). Едва ли такая практика согласна съ буквой закона. Съ практической точки зрѣнія дѣйствительно представляется большая склонность къ обобщенію этого права прокурора на всѣ случаи ст. 421—такое обобщеніе имѣетъ въ виду одну только пользу обвиняемаго. Провѣрка основаній заключенія подъ стражу еще однимъ лицомъ, которое можетъ только ослабить тяжесть мѣры, ничего кромѣ пользы принести не можетъ. Однако вопросъ о расширеніи компетенціи прокурора имѣетъ принципіальное значеніе. Онъ вытекаетъ изъ присущаго настоящему времени недовѣрія къ слѣдователю. Придать прокурору власть такой провѣрки значитъ поставить его выше слѣдователя. При этомъ слѣдуетъ указать, что прокуроръ не можетъ оцѣнивать тѣхъ соображеній, кромѣ силы уликъ, которыми руководился слѣдователь. Можно вывести такое общее заключеніе, что, пока слѣдователь не пользуется довѣріемъ, такая провѣрка прокуроромъ основаній задержанія цѣлесообразна, когда же такое довѣріе будетъ возстановлено, существованіе провѣрки можетъ быть допущено лишь въ узкомъ объемѣ оцѣнки силы уликъ. Дѣйствующее законодательство указываетъ лишь на силу уликъ, какъ основаніе къ требованію замѣны содержанія подъ стражей болѣе легкою мѣрой, но практика предписываетъ расширять его [1]).

Другимъ вопросомъ, который, въ противоположность разобранному, часто обсуждался въ литературѣ, является вопросъ о томъ, ограничивается ли право прокурора только случаями назначенія содержанія подъ стражей или оно примѣнимо также

---

[1]) Постановленіемъ отъ 29 октября 1873 г. признается требованіе прокурора объ освобожденіи непремѣнно подлежащимъ удовлетворенію, независимо отъ основаній. „Это право прокурора требовать освобожденія обвиняемаго и по самому существу его и по отсутствію въ уставѣ уголовнаго судопроизводства какихъ-либо указаній на возможность возраженія со стороны судебнаго слѣдов., должно быть признано безусловнымъ, и слѣдователь отказаться отъ исполненія подобнаго требованія не имѣетъ права, хотя бы онъ и не раздѣлялъ взгляда прокурора на возможность освобожденія обвиняемаго (Сборникъ цирк. и инструкцій 1874 г. № 3).

и въ случаямъ, когда обвиняемые содержатся подъ стражей до представленія залога или поручительства. Макалинскій (Руководство для судебныхъ слѣдователей, т. II., стр. 138 изд. 1890 г.) выражаетъ господствующее мнѣніе, указывая, что постановленіе ст. 283 распространяется и на случаи содержанія подъ стражей до представленія денежнаго обезпеченія. Основанія, приводимыя этимъ авторомъ, заключаются въ слѣдующемъ: 1. Побужденіе, вызвавшее ст. 283, остается въ силѣ и въ этомъ случаѣ, и поэтому безразлично, безусловно или условно человѣкъ содержится подъ стражей. 2. Это дало бы возможность сдѣлать предписаніе ст. 283 мертвою буквою, потому что слѣдователь могъ бы назначать поручительство или залогъ въ такомъ размѣрѣ, который очевидно невыполнимъ для обвиняемаго. 3. Трудно допустить неравенство въ худшую сторону для того обвиняемаго, который можетъ быть отпущенъ подъ обезпеченіе и долженъ находиться подъ условнымъ арестомъ, по сравненію съ заключеннымъ подъ стражу. Однако, всѣ эти соображенія имѣютъ правно-политическій характеръ, а не являются выводомъ изъ закона. Какъ таковыя, они по достоинству оцѣнены коммисіей 1900 г., выразившей въ ст. 167 проекта ту мысль, что прокуроръ можетъ требовать, чтобы судья ограничился мѣрою, не сопряженною съ лишеніемъ свободы, подъ понятіе которой подойдетъ и условный арестъ, замѣняющій денежное обезпеченіе. Однако, въ дѣйствующемъ законодательствѣ мы должны признать примѣняемость ст. 283 только къ случаямъ назначенія безусловнаго содержанія подъ стражею: 1). Въ этой статьѣ взятіе подъ стражу разсматривается какъ самостоятельная мѣра, которой противополагается мѣра менѣе строгая. 2). Для избѣжанія назначенія слѣдователями слишкомъ большой суммы поручительства или залога существуетъ способъ обжалованія, прокуроръ же не можетъ являться органомъ, рѣшающимъ о справедливости такого назначенія. 3). Если даже допустить у слѣдователя злую волю оставить обвиняемаго подъ стражей подъ покровомъ слишкомъ большого обезпеченія, то врядъ ли прокуроръ, а не судъ, долженъ исправлять это злоупотребленіе. Притомъ такая власть предоставила бы прокурору широкую возмож-

ность воздѣйствовать на слѣдователей. Однако можно допустить, какъ и въ предыдущемъ случаѣ, все-таки цѣлесообразность такой власти прокуроровъ при недовѣріи къ слѣдователямъ. При установленіи этой статьи на составителей оказалъ вліяніе французскій кодексъ, въ которомъ денежное обезпеченіе не является самостоятельной мѣрой, а лишь замѣной ареста. Поэтому вопросъ объ арестѣ уже самъ собою включаетъ и вопросъ объ обезпеченіи, между тѣмъ какъ по уставу уголовнаго судопроизводства денежное обезпеченіе имѣетъ самостоятельную постановку и, наоборотъ, взятіе подъ стражу служитъ замѣной его. Вслѣдствіе такой самостоятельности мѣръ денежнаго обезпеченія слѣдовало бы въ уставѣ оговорить особо это право прокурора, чего законодатель, однако, не сдѣлалъ.

Въ случаѣ освобожденія изъ подъ стражи или невзятія подъ стражу обвиняемаго въ преступленіи, подвергающемъ лишенію всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ празъ и преимуществъ, судебный слѣдователь увѣдомляетъ прокурора о причинахъ сего (ст. 284), при чемъ прокуратурѣ предоставляется право (ст. 285) предлагать слѣдователю о задержаніи оставленнаго на свободѣ или освобожденнаго изъ подъ стражи обвиняемаго. Слѣдователь, однако, если встрѣтитъ препятствіе въ исполненіи этого предложенія, по той причинѣ, что обвиняемый не навлекаетъ на себя достаточнаго подозрѣнія въ преступленіи, подвергающемъ лишенію правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, можетъ, не исполняя такого требованія, представить о томъ суду. Исключеніе сдѣлано лишь для Варшавскаго округа, гдѣ слѣдователь можетъ представлять суду, но предварительно долженъ исполнить требованіе прокурора (ст. 1315 уст. уг. суд.). Какъ показала практика (рев. отч. т. II стр. 139), ст. 284 соблюдается вполнѣ лишь въ очень немногихъ судахъ. Въ остальныхъ слѣдователи увѣдомляютъ прокуроровъ только объ освобожденіи изъ подъ стражи. Большинство теоретиковъ считаетъ эту обязанноста безполезной. По этимъ соображеніямъ она и выпущена въ проектѣ. Дѣйствительно сущность предписанія этой статьи состояла какъ бы въ томъ, что слѣдователь

оправдывался предъ прокуроромъ въ непринятіи самой суровой мѣры, въ то время какъ это было его полное право.

Вполнѣ можно оправдать предоставленіе прокурору права предлагать о взятіи подъ стражу, сдѣлавъ такое предложеніе необязательнымъ для слѣдователя. Однако ограниченія усмотрѣнія слѣдователя, установленныя при этомъ, не могутъ быть признаны справедливыми. Во-первыхъ, право неисполненія слѣдователемъ такого предложенія обусловливается *только недостаточностью уликъ*. Какъ мы уже говорили, сила уликъ лишь одно изъ многихъ условій для назначенія ареста, и слѣдователь могъ назначить мѣру болѣе слабую противъ обвиняемаго на основаніи соображеній совершенно иныхъ. Законодатель въ этихъ постановленіихъ стоитъ какъ бы на точкѣ зрѣнія того взгляда, что при условіяхъ, указанныхъ въ ст. 419, заключеніе подъ стражу является нормальной, а не крайней мѣрой, и что при достаточности уликъ эта мѣра *должна быть примѣнена*. Такое постановленіе противорѣчитъ существу законодательной постановки взятія подъ стражу, и поэтому представляется необходимость уничтоженія такого ограниченія. Вторымъ ограниченіемъ, заключающимся въ ст. 285, является возложеніе на судебнаго слѣдователя обязанности представлять въ судъ о своемъ несогласіи. Наличность этой обязанности часто можетъ служить побужденіемъ къ исполненію предложенія прокурора, съ которымъ слѣдователь внутренне не согласенъ, ради избавленія себя отъ излишней работы. Дѣйствительно число пререканій между слѣдователями и прокурорами, рѣшаемыхъ судомъ, весьма ничтожно [1]). Правильнѣе возложить обязанность представленія въ судъ на прокуратуру, если она встрѣтитъ отказъ въ исполненіи ея предложенія со стороны судебнаго слѣдователя. Представленіе жалобы въ высшую инстанцію лежитъ обыкновенно на недовольномъ. Имѣя возможность требовать дополненій предварительнаго слѣдствія, прокуроръ всегда можетъ достичь того, что слѣдователь признаетъ въ заключеніи достаточную

[1]) Въ 1894 году слѣдователи освободили по предложенію прокуратуры 2052 обвиняемыхъ, заключили подъ стражу по предложенію прокурора 146 обвиняемыхъ, при чемъ несогласіе съ прокуратурой послѣдовало лишь въ 9 случаяхъ. (См. труды т. VI стр. 212).

силу уликъ, и, слѣдовательно, исполненіе предложенія прокуратуры будетъ для него обязательно. Ст. 285 является сильнымъ оружіемъ въ рукахъ прокуратуры, скорѣе склонной къ усиленію мѣръ обезпеченія, чѣмъ къ ихъ ослабленію. Слѣдуетъ признать чрезмѣрнымъ такое право прокурора и уничтожить два вышеприведенныхъ ограниченія усмотрѣнія слѣдователя.

Вопросъ о томъ, имѣетъ ли прокуроръ право предлагать слѣдователю принять какую-либо мѣру обезпеченія, кромѣ взятія подъ стражу, по закону рѣшается отрицательно, но на практикѣ нерѣдки случаи, когда прокуроръ указываетъ такую мѣру. Порою прокуроръ, если ему представлено ходатайство о поручительствѣ, въ обращеніи къ слѣдователю указываетъ даже сумму такого поручительства. По болѣе важнымъ дѣламъ прокуроры, присутствуя при слѣдственныхъ дѣйствіяхъ (ст. 278), даютъ совѣты слѣдователямъ и совѣщаются съ ними о мѣрѣ обезпеченія (Труды т. II, стр. 139). Такое отношеніе является прямымъ слѣдствіемъ того, что слѣдователи поставлены какъ бы подъ опеку прокуратуры въ примѣненіи болѣе важныхъ мѣръ обезпеченія. Положеніе это во всякомъ случаѣ ненормально.

Однимъ изъ отличій участія прокуратуры при назначеніи мѣръ обезпеченія по русскому праву отъ иностранныхъ кодексовъ является послѣдующая провѣрка прокуроромъ постановленій слѣдователя, между тѣмъ какъ во французскомъ, германскомъ и др. требуется предварительное истребованіе заключеній. Такая постановка обезпечиваетъ большую скорость распоряженій, но уменьшаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ авторитетъ слѣдовательской власти.

Права слѣдователя по мѣрамъ обезпеченія прекращаются съ заключеніемъ слѣдствія, послѣ чего это право переходитъ въ обвинительную камеру. Прокурору же по дѣйствующему закону предоставлены еще слѣдующія права.

Вмѣстѣ съ обвинительнымъ актомъ или заключеніемъ о прекращеніи или пріостановленіи дѣла, прокуроръ излагаетъ свое мнѣніе относительно мѣръ обезпеченія; если признаетъ нужнымъ измѣнить или отмѣнить какую-нибудь изъ принятыхъ

уже противъ обвиняемаго мѣръ (ст. 524). Въ проектѣ въ ст. 451 добавлено еще: „или принять", какъ можетъ случиться при введеніи факультативности назначенія мѣръ обезпеченія.

Судебная палата по письменному предложенію состоящаго при ней прокурора приступаетъ къ разсмотрѣнію обвинительнаго акта или заключенія о прекращеніи дѣла и измѣненіи мѣры обезпеченія. Опредѣленіе палаты передается *прокурору* окружнаго суда, на котораго возлагаются и распоряженія по постановленію палаты о взятіи обвиняемаго подъ стражу или объ иной мѣрѣ, не принятой слѣдователемъ, но признанной ею необходимою (ст. 541). Такимъ образомъ здѣсь прокуроръ является исполнительнымъ органомъ. Подобныя же функціи возложены на него во время суда. Такъ, прокуроръ принимаетъ мѣры къ тому, чтобы подсудимый не отлучался изъ зданія суда до объявленія резолюціи (цирк. М. Ю. 23 апр. 1871 г. № 256). Германскимъ уставомъ эта обязанность возложена на предсѣдателя.

Прокуроръ можетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, согласно ст. 545, не обращаясь къ содѣйствію судебнаго слѣдователя, непосредственно вноситъ въ судъ обвинительный актъ. Въ такихъ случаяхъ, какъ показываетъ практика, вовсе не принимается мѣръ обезпеченія. Въ нѣкоторыхъ же округахъ практикуется слѣдующій порядокъ. Прокуроръ составляетъ особое по этому поводу заключеніе, вносимое въ судъ вмѣстѣ съ обвинительнымъ актомъ; иногда прокуроръ самъ принимаетъ мѣры обезпеченія, а иногда и самъ судъ безъ прокурорскаго заключенія (Труды т. III, стр. 33). Согласно ст. 545 такому сокращенному способу производства могутъ подлежать дѣла о проступкахъ и преступленіяхъ, за которые въ качествѣ мѣры обезпеченія не можетъ быть назначено взятіе подъ стражу, такъ что мѣры обезпеченія, принимаемыя въ данномъ случаѣ не сопряжены съ лишеніемъ свободы. Во французскомъ правѣ принятіе прокуроромъ мѣръ обезпеченія допускается, подъ условіемъ немедленнаго представленія обвиняемаго въ судъ [1]).

---

[1]) Dutruc. Code de la det. prev. 1865. „Il faut bien que le procureur imperial

3. *Обвинительная камера.* Моментъ разсмотрѣнія дѣла безпристрастной судебной коллегіей, рѣшающей по заключеніи слѣдствія объ основательности обвиненія и достаточности его для преданія суду, имѣетъ существенное значеніе для мѣры обезпеченія. Здѣсь улики получаютъ уже болѣе компетентную оцѣнку, надежда обвиняемаго на возможность избѣжать суда, существующая еще на стадіи предварительнаго слѣдствія рушится, и у него создается больше мотивовъ къ бѣгству. Затѣмъ отпадаетъ уже слѣдственная цѣль ареста, и, наоборотъ, представляется необходимость облегчить сношенія лица заключеннаго съ защитой. Словомъ, новая переоцѣнка уликъ вызываетъ необходимость въ измѣненіи мѣръ обезпеченія. Изъ статистическихъ свѣдѣній, собранныхъ за 1894 г., видно, что обвинительная камера въ С.-Петербургскомъ округѣ изъ числа 4010 разсмотрѣнныхъ дѣлъ измѣнила мѣру обезпеченія въ 55 случаяхъ. Московская изъ 5948 дѣлъ—тоже въ 55 случаяхъ, а Харьковская изъ 2452 дѣлъ—въ 85 случаяхъ. Обыкновенно эти постановленія отмѣняютъ заключеніе подъ стражей. Такъ, изъ 55 случаевъ, имѣвшихъ мѣсто въ московской палатѣ, 52 были о замѣнѣ содержанія подъ стражей другими мѣрами. Эти данныя указываютъ на чрезмѣрную строгость принимаемыхъ на слѣдствіи мѣръ.

4. *Окружный судъ.* 1) По общимъ преступленіямъ во время производства слѣдствія суду принадлежитъ безспорное право рѣшать несогласія между слѣдователемъ и прокуроромъ по предмету избранія мѣры обезпеченія неуклоненія обвиняемаго отъ правосудія (ст. 285).

2) При внесеніи обвинительнаго акта прокуроромъ въ судъ по дѣламъ, не влекущимъ за собою лишеніе всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ лично по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ (ст. 723), измѣненіе мѣры обезпеченія зависитъ отъ суда.

---

ne peut mettre l'inculpé sous mandat de depôt, qu'à condition de le traduire sur le champ à l'audience du tribunal, si audiance est encore tenu. C'est là une obligation absolue et comme l'a dit avec raison toute detention faite en violation de la prescripton que contient à cet égard notre article, serait une sequestration arbitraire et entrainerait les peines, prononcés par la loi (cod. pen. art. 114).

3) Въ правилахъ о подготовительныхъ къ суду распоряженіяхъ заключается также постановленіе о томъ, что, по полученіи каждаго дѣла, судъ прежде всего обязанъ удостовѣриться, не нужно ли измѣнить принятыхъ слѣдователемъ мѣръ къ воспрепятствованію подсудимымъ уклоняться отъ суда. Постановленіе это въ самомъ законѣ не выражено, но имѣется въ мотивахъ (Объясн. зап. 1863 г. стр. 209). Между преданіемъ суду и постановленіемъ приговора часто протекаетъ весьма значительный срокъ. Необходимо, чтобы какой-либо органъ вѣдалъ въ это время измѣненіе мѣръ обезпеченія. Всегда возможны обстоятельства, неожиданно заставляющія усилить или отмѣнить вовсе мѣру обезпеченія, за обнаружившейся невиновностью. Такимъ органомъ естественно является судъ, занятый дѣломъ, который внушаетъ довѣріе какъ своею безпристрастностью, такъ и компетентностью. Указаніе на такое право суда должно быть ясно выражено въ законѣ. Поэтому проектъ 1900 г. вноситъ слѣдующія дополненія (см. Объясн. зап. 1900 г., т. II, стр. 78—79). Въ ст. 484 п. 7 въ главѣ о подготовительныхъ къ суду распоряженіяхъ указывается, что судъ, давая дѣлу дальнѣйшій ходъ, обязанъ обсудить въ распорядительномъ засѣданіи, слѣдуетъ ли сохранить или измѣнить мѣру пресѣченія, принятую относительно обвиняемаго по дѣламъ, по коимъ не имѣется опредѣленія судебной палаты о преданіи его суду. Это предписаніе соотвѣтствуетъ указанному въ п. 2. Указанное постановленіе дополняется ст. 577 тѣмъ, что при разсмотрѣніи дѣла судъ, если признаетъ нужнымъ, можетъ измѣнить принятыя противъ подсудимыхъ мѣры пресѣченія способовъ уклоняться отъ слѣдствія и суда, а также сдѣлать распоряженія объ оставленіи подсудимаго, находящагося на свободѣ, въ зданіи суда подъ надлежащимъ надзоромъ до окончанія судебнаго засѣданія. Присяжные въ рѣшеніи этихъ вопросовъ участія не принимаютъ. Указаніе на органъ, назначающій мѣры обезпеченія на время судебнаго слѣдствія, важно потому, что весьма часто приходится откладывать дѣло, а прокуроръ, на обязанности котораго по дѣйствующей практикѣ лежитъ забота о неуклоненіи подсудимаго, является не достаточно компетентнымъ для того органомъ.

Послѣ постановленія приговора власть распоряженія относительно мѣръ обезпеченія лежитъ на предсѣдательствующемъ. Ст. 819 предписываетъ предсѣдательствующему немедленно послѣ рѣшенія присяжныхъ засѣдателей, оправдывающаго подсудимаго, объявить послѣднему о томъ, что онъ свободенъ отъ суда и содержанія подъ стражей, если онъ состоитъ подъ арестомъ. Понятно, что такое прекращеніе мѣры обезпеченія послѣ оправдательнаго приговора, и кромѣ содержанія подъ стражей, дѣйствительно и для каждой мѣры обезпеченія, о чемъ слѣдовало бы упомянуть также.

Въ случаѣ обвинительнаго приговора, судебныя дѣйствія, требуемыя для его исполненія (въ томъ числѣ и приказъ о взятіи обратно подъ стражу), производятся въ судебномъ засѣданіи предсѣдательствующимъ (960 ст.). При этомъ, вслѣдствіе измѣнившихся условій, послѣ обвинительнаго приговора, если исполненіе его отсрочивается принесенной жалобой, сдѣланы особыя постановленія. Такъ какъ принятыя слѣдователемъ мѣры обезпеченія недѣйствительны уже послѣ обвинительнаго приговора, то судъ, постановившій обвинительный приговоръ, обязанъ обсудить ихъ. Ст. 875 указываетъ, что подсудимый, подавшій отзывъ противъ приговора, присуждающаго его къ соджеранію подъ стражей, можетъ остаться на свободѣ по представленіи суду залога или поручительства. Сенатъ указываетъ (71/1573), что хотя ст. 875 буквально относится лишь къ случаямъ подачи отзыва на приговоръ, присуждающій къ содержанію подъ стражей, но само собою разумѣется, что судъ долженъ во всякомъ случаѣ обезпечить возможность исполненія постановленнаго имъ приговора и посему не можетъ оставить на свободѣ присужденнаго въ арестантскія отдѣленія безъ принятія противъ него надлежащихъ мѣръ, т. е. залога или поручительства. При этомъ судъ обязанъ въ данномъ случаѣ руководиться правилами ст. 416 и слѣд. Для мировой юстиціи имѣется соотвѣтственная ст. 125. Въ проектѣ обѣ вышеприведенныя статьи замѣнены одною ст. 793 проекта, которая распространила обязанность освобожденія не иначе, какъ по представленіи залога или поручительства на случаи присужденіи къ тюрьмѣ или наказанію

болѣе строгому. Такимъ образомъ послѣ обвинительнаго приговора органомъ назначенія мѣръ обезпеченія является судъ, постановившій приговоръ. Однако судъ стѣсненъ въ двухъ отношеніяхъ: а) въ выборѣ мѣръ обезпеченія (онъ ограниченъ только тремя мѣрами, наиболѣе тяжкими) и б) величиной наказанія. Такое ограниченіе основано на слѣдующихъ соображеніяхъ: 1) послѣ приговора, хотя и не окончательнаго, признается полная увѣренность въ виновности, ибо всякое рѣшеніе суда считается правильнымъ, доколѣ оно не отмѣнено высшей инстанціей, 2) создается больше мотивовъ для бѣгства, 3) принимается во вниманіе нравственное вліяніе на общество: когда осужденный долгое время находится на свободѣ подрывается увѣренность въ немедленности кары, и 4) обвиняемому засчитывается время, проведенное послѣ обвинительнаго приговора до исполненія его въ наказаніе, правда, при нѣкоторыхъ ограничительныхъ условіяхъ.

Часты случаи, когда на приговоръ оправдательный приносятся жалобы прокуроромъ. Для такихъ случаевъ ст. 876 постановляетъ, что отзывъ или протестъ противъ приговора, освобождающаго подсудимаго изъ подъ стражи, не останавливаетъ исполненія по этому предмету. Исключеніе сдѣлано для Закавказья, гдѣ ст. 1276 даетъ прокурору право останавливать исполненіе оправдательнаго приговора по дѣламъ, влекущимъ за собою лишеніе или ограниченіе правъ состоянія.

Въ проектѣ въ ст. 822 (см. также объясн. зап. т. III, стр. 124) для устраненія всякихъ сомнѣній признано полезнымъ включить постановленіе, разъясняющее, что ни кассаціонный протестъ ни жалоба на приговоръ объ оправданіи или освобожденіи подсудимаго отъ наказанія не останавливаетъ исполненія приговора въ отношеніи отмѣны мѣръ пресѣченія.

5. *Судъ апелляціонный*—является апелляціонной инстанціей для частныхъ жалобъ и протестовъ по принятію мѣръ для воспрепятствованія подсудимому уклоняться отъ слѣдствія и суда (ст. 893). Затѣмъ, въ случаѣ подачи апелляціоннаго отзыва по дѣлу противъ обвинительнаго приговора вмѣстѣ со всѣмъ дѣломъ (ст. 877), палатѣ предоставляется и право

измѣненія мѣръ обезпеченія, какъ суду, разсматривающему дѣло по существу. Палата вѣдаетъ мѣры пресѣченія на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и окружный судъ, если она рѣшаетъ дѣло съ первой инстанціи.

6. *Судъ кассаціонный*, разсматривая дѣло только со стороны формальной правильности, не можетъ измѣнять или назначать самъ какую-либо мѣру обезпеченія, и поэтому во время кассаціоннаго разбирательства сохраняетъ силу мѣра, принятая послѣднимъ судомъ, вѣдавшимъ дѣло по существу. Однако, Сенатъ является апелляціонной инстанціей по нѣкоторымъ дѣламъ, подсуднымъ судебнымъ палатамъ, и въ этихъ случаяхъ имѣетъ право на измѣненіе мѣръ обезпеченія. Затѣмъ преданіе нѣкоторыхъ должностныхъ лицъ суду (а по закону 7 іюня 1904 г. и обвиняемыхъ въ государственныхъ преступленіяхъ, подлежащихъ суду особаго присутствія) зависитъ отъ Правительствующаго Сената и, какъ разъяснено (С. П. 6 апр. 1878, стр. 735), Сенатъ можетъ при преданіи суду признавать принятую противъ обвиняемаго мѣру недостаточною и предписывать о принятіи другой мѣры сообразно требованіямъ ст. 417—419. Иногда даже Сенатъ принимаетъ кассаціонныя жалобы, протесты или жалобы въ порядкѣ надзора по неправильному примѣненію мѣръ обезпеченія (ц. о. с. 88 № 186).

7. *Органы мировой и участковой юстиціи.* Въ настоящее время мировая юстиція въ Россіи крайне пестра. Здѣсь имѣются и мировые судьи, и земскіе начальники, и городскіе судьи и т. д., компетенція которыхъ приблизительно одинакова по интересующему насъ вопросу. Въ уставѣ уг. суд. правила о назначеніи мировыми судьями мѣръ обезпеченія выдѣлены и являются въ большинствѣ случаевъ повтореніемъ правилъ, предписанныхъ для судебныхъ слѣдователей. Такой порядокъ крайне неудобенъ вслѣдствіе получающейся двойственности и излишней громоздкости.

Власть органовъ мѣстной юстиціи прежде всего ограничена видами мѣръ обезпеченія. Такъ, мировые судьи не могутъ примѣнять полицейскаго надзора и домашняго ареста (ст. 77); земскіе же начальники и городскіе судьи—подписки

о явкѣ, полицейскаго надзора и домашняго ареста (полож. 1889 г. ст. 184).

Вмѣстѣ съ тѣмъ усмотрѣніе мирового судьи и земскаго начальника ограничено слѣдующимъ образомъ: судья можетъ взять подписку о явкѣ или потребовать видъ на жительство или поручительство (земскій начальникъ и городской судья—только потребовать видъ на жительство), когда обвиняемый подозрѣвается въ проступкѣ, за который въ законѣ положено денежное взысканіе или арестъ, или когда съ него отыскивается вознагражденіе; и потребовать поручительства или залога или же подвергнуть личному задержанію, если обвиняемый подозрѣвается въ преступномъ дѣйствіи, за которое въ законѣ положено заключеніе въ тюрьмѣ или наказаніе болѣе строгое. Назначать или не назначать мѣру обезпеченія предоставлено свободному усмотрѣнію судьи, но въ вопросѣ о томъ, какая мѣра можетъ быть назначена, судья стѣсненъ. Редакція ст. 77 (ст. 184 полож. 1889 г.) внушаетъ сомнѣнія относительно того, имѣетъ ли право судья назначить, напр., отобраніе вида на жительство въ случаяхъ, когда грозитъ заключеніе въ тюрьмѣ. Неклюдовъ (Руководство для мировыхъ судей, 1867 г., стр. 127 т. I) говоритъ: „Принятіе той или другой *низшей* мѣры предоставляется очевидно усмотрѣнію судьи. Это положеніе не подлежитъ никакому сомнѣнію уже потому, что отъ усмотрѣнія судьи зависитъ принять или непринять противъ обвиняемаго мѣры къ обезпеченію его явки вообще. Такимъ образомъ вмѣсто личнаго задержанія судья можетъ принять самую низшую мѣру—отобрать подписку о явкѣ". Однако такой выводъ можно сдѣлать только косвеннымъ путемъ; правильнѣе поэтому выразить въ отрицательной редакціи, что судья не можетъ примѣнять трехъ наиболѣе сильныхъ мѣръ къ проступкамъ, не влекущимъ заключенія въ тюрьмѣ.

Условія, которыми обставлено примѣненіе этихъ мѣръ, и ихъ формы одинаковы съ тѣми, которыя установлены для судебныхъ слѣдователей. Главнымъ различіемъ является лишь измѣненіе ст. 417—419 въ отношеніи предѣла тяжести наказанія, при которомъ могутъ быть назначены три высшія мѣры.

Составители проекта внесли въ постановленія о мѣрахъ пресѣченія, принимаемыхъ единоличнымъ судьею, ту же степень усмотрѣнія, которая принята въ постановленіяхъ о предварительномъ слѣдствіи (Объясн. зап. т. I стр. 176). Участковому судьѣ предоставлено принимать всѣ мѣры обезпеченія, указанныя въ ст. 333 проекта (за отмѣной полицейскаго надзора и за крайней исключительностью случаевъ домашняго ареста здѣсь не сдѣлано расширенія), при чемъ судья долженъ соблюдать всѣ правила, указанныя въ ст. 336—352 проекта. Такимъ образомъ проектъ не внесъ ряда статей, повторяющихся въ раздѣлѣ о предварительномъ слѣдствіи (ст. 77^1, 77^2, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84).

Статистическія свѣдѣнія показываютъ крайне неблагопріятное положеніе дѣлъ у мировыхъ судей. Имѣющіяся свѣдѣнія относятся только къ дѣламъ у мировыхъ судей и только лишь къ тѣмъ обвиняемымъ, которые были осуждены. Для общаго же представленія недостаетъ данныхъ. Въ 1899 году у мировыхъ судей на 67.788 осужденныхъ:

находилось подъ стражей . .	31.469
освобождены подъ залогъ . .	321
„ на поруки . . .	664
полицейскій надзоръ	12
отобраніе вида на жительство .	36
мѣры по отношенію къ малолѣтн.	31
не принято никакихъ мѣръ . .	33.953
неизвѣстно	1.211
Итого .	67.788

По отдѣльнымъ проступкамъ отношеніе мѣняется. Такъ, одна только кража дала 25.456 содержащихся подъ стражей на 51.856 осужденныхъ. Всѣ двадцать девять человѣкъ обвиняемыхъ въ бродяжествѣ содержались подъ стражей. Точно такъ же изъ 51 осужденныхъ за нищенство 49 находилось подъ стражей. Изъ другихъ преступленій, за которыя назначалось содержаніе подъ стражей, можно указать на мошенничество, торговые обманы, покупку краденаго, нарушеніе уставовъ казенныхъ управленій и проч.

Таковы органы, которымъ предоставлено право принимать принудительныя мѣры въ интересахъ правосудія. Отъ нихъ слѣдуетъ отличать органы административные, принимающіе мѣры обезпеченія въ интересахъ административно-уголовнаго производства.

Въ иностранныхъ законодательствахъ, кромѣ указанныхъ органовъ, имѣется еще одинъ, предназначенный спеціально для контроля дѣятельности слѣдователя по принятіи принудительныхъ мѣръ. Этотъ органъ—совѣщательная камера, которая существуетъ въ Бельгіи, Голландіи, Италіи, Австріи и нѣкоторыхъ кантонахъ Швейцаріи. Во Франціи, закономъ 1865 г. совѣщательная камера была упразднена, какъ замедляющая ходъ слѣдствія, но въ настоящее время раздаются многочисленные голоса за ея возстановленіе и предлагаются проекты такого возстановленія. Совѣщательная камера состоитъ обыкновенно изъ трехъ слѣдственныхъ судей, рѣшающихъ по истеченіи опредѣленнаго срока, вопросъ о продленіи срока подслѣдственнаго заключенія или объ освобожденіи подъ денежное обезпеченіе. Такая дѣятельность камеры служитъ хорошимъ средствомъ контроля правильности и сокращенія продолжительности подслѣдственнаго заключенія.

Въ заключеніе слѣдуетъ сказать, что судейское усмотрѣніе органовъ, назначающихъ мѣры обезпеченія, покоится исключительно на ихъ инквизиціонной функціи; оно не опирается на состязательность заинтересованныхъ сторонъ, а само опредѣляетъ важность доказательствъ. Ни слѣдователь, ни судъ первой инстанціи, ни обвинительная и совѣщательная камеры не допускаютъ состязательности при рѣшеніи вопроса о мѣрахъ обезпеченія. Участіе прокуратуры, если таковое требуется, обладаетъ характеромъ контроля или заключенія (напр., при контролѣ слѣдователей или при дачѣ заключенія въ судебной палатѣ), участіе же обвиняемаго выражается не болѣе, какъ въ объясненіяхъ, которыя онъ можетъ представлять соотвѣтственному судебному органу. Допущеніе защитника на предварительное слѣдствіе, а въ иныхъ странахъ (Венгріи) и на дознаніе, расширеніе состязательности въ области разслѣдованія состава преступнаго дѣянія, постепенно

влечетъ за собою и внесеніе состязательности въ сферу выработки сужденія о мѣрѣ обезпеченія. И мы видимъ, что изъ „постановленія“ какого-либо судебнаго органа оно дѣлается „приговоромъ“, выносимымъ при полномъ разслѣдованіи обстоятельствъ обвиненія въ состязательномъ порядкѣ [1]).

Глава четвертая.

Границы усмотрѣнія судьи при назначеніи мѣръ обезпеченія.

I.

Общія начала усмотрѣнія.

Какъ мы уже говорили, безусловнымъ правовымъ принципомъ современнаго процесса является правило, по которому никакой другой органъ, кромѣ суда, не можетъ принимать противъ обвиняемаго принудительныхъ мѣръ обезпеченія. Только такая гарантія можетъ обезпечить личныя права гражданъ отъ произвола, хотя бы даже и санкціонированнаго закономъ. Примѣненіе той или иной мѣры, обезпечивающей неуклоненіе, поставлено жизнью въ зависимость отъ столь многочисленныхъ и разнообразныхъ условій и, въ частности, отъ безконечно и ндивидуальныхъ психологическихъ свойствъ обвиняемаго, что произвести всѣмъ этимъ условіямъ оцѣнку заранѣе, помѣстивъ ее въ законъ, представляется почти совершенно невозможнымъ. Можно съ увѣренностью сказать, что отъ примѣненія одной только предустановленной оцѣнки въ этой области правосудіе пострадало бы не въ меньшей степени, чѣмъ отъ расширенія чисто произвольнаго начала. Грубое втискиваніе въ рамки судейской дѣятельности слишкомъ абстрактной законодательной оцѣнки можетъ совершенно исказить содержаніе ея. Ни въ одномъ изъ существующихъ законодательствъ мы не находимъ установленія

---

[1]) См. о допущеніи состязательности при разбирательствѣ въ обвинительной камерѣ (Anklagesenat) въ Венгріи ст. 147 и 151; въ Норвегіи—ст. 278 при разбирательствѣ передъ судомъ, исполняющимъ функціи слѣдственнаго судьи.

одной только законодательной оцѣнки условій примѣненія мѣръ обезпеченія, наоборотъ, повсюду широкая область отводится оцѣнкѣ судейской. Судейская оцѣнка, поскольку она независима отъ законодательной, выражается въ усмотрѣніи судьи, которое обладаетъ большею пластичностью и способностью глубже вникать въ разсмотрѣніе конкретныхъ случаевъ [1]).

Задача настоящей главы—установить границы законодательной регулировки вопроса о назначеніи принудительныхъ мѣръ обезпеченія, спеціально отмѣтивъ область примѣненія самостоятельной судейской дѣятельности, и указать гарантіи правильной ея постановки.

При назначеніи принудительныхъ мѣръ усмотрѣніе судьи сталкивается съ личной свободой гражданъ съ одной стороны и потребностями правосудія—съ другой. Установить равновѣсіе между этими важнѣйшими соціальными интересами составляетъ столь трудную и сложную задачу, что она не можетъ быть поручена всецѣло судьѣ, но должна въ основныхъ своихъ положеніяхъ составлять законодательную проблемму. Рѣшеніе ея законодателемъ можетъ быть двоякое: въ однихъ случаяхъ онъ можетъ установить *безусловное правило* разграниченія этихъ интересовъ, въ другихъ же онъ можетъ дать лишь общія указанія, могущія служить достаточнымъ руководствомъ *усмотрѣнію судьи*. Высокое уваженіе къ личной свободѣ заставляетъ признать то положеніе, что свобода можетъ быть ограничиваема только въ случаяхъ необходимости. Но такъ какъ здѣсь имѣется въ виду не необходимость явленій природы, а необходимость телеологическая, потребность для опредѣленныхъ цѣлей, то для правильнаго пониманія ея судьей, законодатель долженъ прежде всего указать тѣ *цѣли* или *основанія*, которыя требуютъ примѣненія принудительныхъ мѣръ. Затѣмъ уже, въ интересахъ большей опредѣленности принимаемыхъ мѣръ, требуется опредѣленіе общихъ условій ихъ примѣненія, силы и продолжительности дѣйствія каждой изъ нихъ.

---

[1]) См. мою статью „Основанія судейскаго усмотрѣнія въ уголовныхъ дѣлахъ". Ж. М. Ю. 1904. № 9.

Такъ какъ качества судейскаго усмотрѣнія въ весьма многомъ зависятъ отъ положенія въ судебномъ строѣ органа, назначающаго мѣры обезпеченія, такъ какъ отъ безпристрастности, всесторонности, опытности и самостоятельности этого органа зависитъ внесеніе справедливыхъ началъ усмотрѣнія въ эту область, то намъ для полноты придется остановиться и на вопросѣ о гарантіяхъ, вытекающихъ изъ его процессуальнаго положенія. Именно, мы разсмотримъ положеніе судебнаго слѣдователя, какъ судьи, и постараемся показать, что качества этого органа далеко недостаточны для правильнаго огражденія личной свободы. Такимъ образомъ нашему разсмотрѣнію будутъ подлежать вопросы:

1) О функціяхъ слѣдователя, какъ судьи.

2) О подслѣдственной свободѣ и началѣ обязательности примѣненія мѣръ обезпеченія.

3) Объ условіяхъ примѣненія этихъ мѣръ.

4) Объ ограниченіи власти слѣдователя въ примѣненіи этихъ мѣръ и особо 5) объ основаніяхъ примѣненія подслѣдственнаго заключенія.

II.

Функціи слѣдователя, какъ судьи.

Характеръ судейскаго усмотрѣнія опредѣляется прежде всего положеніемъ судящаго, и потому для того, чтобы характеризовать качества судейскаго усмотрѣнія, допускаемаго въ настоящее время для опредѣленія вопроса о необходимости принятія мѣръ обезпеченія въ центральной стадіи современнаго судебнаго производства—на предварительномъ слѣдствіи, мы попытаемся выяснить психологически положеніе одного изъ такихъ органовъ—судебнаго слѣдователя, соединяющаго въ себѣ судью, защитника, обвинителя и даже члена судебной полиціи. Мы вглядимся въ психологическія и процессуальныя условія дѣятельности этого органа и посмотримъ, насколько они обезпечиваютъ правильность и безпристрастность его усмотрѣнія, въ столь большомъ объемѣ ему предоставленнаго.

Усмотрѣніе судейское, въ отличіе отъ усмотрѣнія административнаго, покоится на двухъ основаніяхъ: на обособленіи заинтересованныхъ сторонъ отъ суда, съ установленіемъ состязательности, и на невозможности предписаній со стороны высшихъ органовъ при рѣшеніи отдѣльныхъ дѣлъ. Эти два устоя судебной дѣятельности не могутъ быть устранены безъ того, чтобы въ сферу суда широкой волной не проникли односторонніе, неправосудныя стремленія, и чтобы судъ не превратился въ административный органъ вершенія дѣлъ. Посмотримъ, насколько осуществлены эти условія въ дѣятельности слѣдователя.

Прежде всего слѣдователь долженъ исполнять въ одномъ лицѣ двѣ несовмѣстимыя роли, отъ соединенія которыхъ одна изъ двухъ непремѣнно должна пострадать. Эта двойственность выражена въ самомъ названіи „судебный слѣдователь“ или „слѣдственный судья“. Ему приходится съ одной стороны производить слѣдствія, а съ другой—постановлять рѣшенія о различныхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, стѣсняющихъ права участвующихъ въ дѣлѣ лицъ. Ему приходится быть собственнымъ судьею. Онъ, напр., рѣшаетъ вопросъ о силѣ уликъ, которыя собралъ онъ самъ; онъ рѣшаетъ вопросъ о производствѣ обыска, будучи самъ заинтересованъ больше всего въ собраніи наибольшаго количества уличающихъ обстоятельствъ. Словомъ, онъ рѣшаетъ, не какъ судья относительно чужихъ дѣйствій и чужихъ интересовъ, а какъ административный органъ относительно предстоящихъ ему дѣйствій, относительно ввѣренныхъ ему для охраненія интересовъ.

Далѣе, слѣдователь является одновременно и защитникомъ и обвинителемъ лица, привлеченнаго къ слѣдствію. Какъ обвинитель, онъ обнаруживаетъ слѣды преступнаго дѣянія, оцѣниваетъ ихъ значеніе для обвиненія, принимаетъ всѣ мѣры для охраненія ихъ отъ изчезновенія. Въ этой своей роли онъ—помощникъ прокурора, чиновникъ судебной полиціи, какъ именуетъ его французское законодательство. Задачей его дѣятельности является собраніе такихъ уликъ противъ обвиняемаго, которыя дѣлали бы весьма вѣроятной виновность

его во вмѣняемомъ ему преступленіи или, наоборотъ, собраніе доказательствъ его невинности. Дѣятельность слѣдователя, какъ защитника, по существу только ограничивается констатированіемъ обстоятельствъ невинности. При этомъ активное участіе въ иниціативѣ разслѣдованія такихъ обстоятельствъ обвиняемый, въ противоположность прокурору, можетъ получить лишь при заключеніи слѣдствія, когда, слѣдовательно, у судебнаго слѣдователя создалось опредѣленное убѣжденіе въ его виновности. При предъявленіи слѣдствія онъ можетъ указывать слѣдователю обстоятельства оправдывающія его, съ просьбой о разслѣдованіи, которая обязательна для слѣдователя лишь тогда, когда эти обстоятельства имѣютъ для дѣла существенное значеніе (ст. 449).

По дѣйствующему праву на слѣдователѣ лежитъ обязанность съ полнымъ безпристрастіемъ приводить въ извѣстность какъ обстоятельства, уличающія обвиняемаго, такъ и обстоятельства, его оправдывающія (ст. 265) [1]). Какъ помощникъ прокурора, слѣдователь долженъ по всѣмъ предметамъ, относящимся къ разслѣдованію преступленія и собранію доказательствъ исполнять законныя требованія прокуратуры (ст. 281). При этомъ и самъ онъ долженъ, какъ активный органъ собранія уликъ, „принимать своевременно мѣры, необходимыя для собранія доказательствъ и въ особенности не допускать никакого промедленія въ обнаруженіи такихъ слѣдовъ, которые могли бы изгладиться“ (266 ст.). Во всей своей розыскной дѣятельности слѣдователь является органомъ, подчиненнымъ прокуратурѣ, отъ которой зависитъ требовать совершенія опредѣленныхъ слѣдственныхъ дѣйствій, дополненія слѣдствія и, наконецъ, на обязанности которой лежитъ наблюденіе за ходомъ всего предварительнаго слѣдствія (ст. 249).

Прокуратура не только руководитъ дѣятельностью слѣдо-

---

[1]) Эта обязанность вовсе не характеризуетъ его положенія, какъ судьи; это— общая обязанность всякаго добросовѣстнаго розыскного органа. Такъ, напр., почти въ тѣхъ же словахъ эта обязанность по германскому уставу возложена на прокуратуру, производящую дознаніе.

вателя, обращенной къ розыску, но и оказываетъ сильное давленіе на судейскія его функціи, относящіяся къ различнымъ слѣдственнымъ актамъ. Помимо необходимости требовать заключенія прокурора при постановленіи многихъ изъ такихъ рѣшеній, слѣдователь находится въ зависимости отъ послѣдняго, какъ стоящій ниже его на іерархической лѣстницѣ. Современный исправляющій должность судебнаго слѣдователя, назначаемый министромъ юстиціи—непосредственный подчиненный прокуратуры, которая, донося высшимъ властямъ о дѣйствіяхъ различныхъ судебныхъ органовъ, имѣетъ возможность вліять на стоящаго ниже ея на служебной лѣстницѣ исправляющаго должность судебнаго слѣдователя. И даже назначеніе нѣсколькихъ исправляющихъ должность судебныхъ слѣдователей на должность судебныхъ слѣдователей, имѣвшее мѣсто недавно, было обусловлено полученіемъ отъ прокуратуры хорошихъ отзывовъ о ихъ благонадежности. Рѣшая единолично, а слѣдовательно съ большей отвѣтственностью, безъ участія сторонъ, на выводы которыхъ онъ могъ бы ссылаться, слѣдователь не чувствуетъ въ себѣ той спокойной увѣренности, которая характеризуетъ рѣшенія дѣйствительнаго судьи: онъ—рабъ обстоятельствъ, рабъ требованій, къ нему предъявляемыхъ обвинительной властью. Между тѣмъ власть судейскаго усмотрѣнія ему предоставлена громадная: онъ рѣшаетъ объ ограниченіяхъ свободы гражданъ, онъ оцѣниваетъ силу уликъ, чтобы составить заключеніе о направленіи слѣдствія, полагаемое въ основу постановленія о преданіи суду; его судейская безпристрастность требуется для удостовѣренія доказательствъ и уликъ, которыя не могутъ быть приведены на судебномъ слѣдствіи. Онъ, наконецъ, можетъ привлекать къ слѣдствію въ качествѣ обвиняемаго и ограничивать привлеченнаго въ его гражданскихъ правахъ. Словомъ, въ его рѣшеніи находятъ себѣ выраженіе высокіе интересы правосудія и гражданской свободы [1]).

---

[1]) Всѣ выдающіеся французскіе авторы высказываются за чрезмѣрность слѣдовательской власти. Flamand (Détention prev. p. 256): „Le grand vice de la loi de 1865 (законъ этотъ создалъ власть все-таки меньшую, чѣмъ та, которая имѣется у насъ) est d'avoir laissé au juge d'instruction une omnipotence absolue

И эта могущественная власть вложена въ слабыя руки современнаго слѣдователя, большею частью неопытнаго и зависимаго! При такихъ условіяхъ слѣдователь является какъ бы механической фигурой, приводимой въ движеніе волей прокуратуры, а его квази-судейскій характеръ—ширмами для прикрытія актовъ чисто административнаго характера.

Полная неорганизованность у насъ полицейскаго розыска превратила слѣдователя въ органъ судебной полиціи, у котораго розыскная сторона стоитъ впереди судейской [1]). Воз-

---

Le législateur aurait du sans entraver l'action de ce magistrat le circonscrire dans un cercle assez large pour qu'il puisse se mouvoir avec utilité assez restreint qu'elle puisse exercer sans danger... Pour les délits dont la pénalité est superieure à deux années d'emprisonement le législateur a laissé au juge d'instruction un pouvoir discretionnaire. Qu'en est il résulté? C'est que le soit des inculpés est aujourd'hui sensiblement le même, qu'avant 1865 et que modifications de la loi nouvelle sont restées sans effet". Faustin Hélie. Traité. t. V. p. 50. „Il a suffi à la loi que ce magistrat (juge d'instruction) fût armé d'un pouvoir assez grand pour atteindre tous les coupables, pour surmonter tous les resistances, pour vaincre tous les obstacles elle ne s'est point inquiétée de l'excès de ses actes; elle s'est fiée à sa sagesse et à sa moderation; elle a préféré cette prudence pratique à sa propre prudence; elle a eu quelque sorte abdiqué entre ses mains peu soucieuse peut-etre des droits qu'il pourrait fouler en passant et plus disposée à proteger l'ordre matériel que la liberté civile". Quels pouvoirs immenses entre les mains de ce juge; quelle reunion des fonctions distinctes et importantes; quels droits presque illimités sur les personnes et sur les choses (Ibid. p. 68)". Того же мнѣнія придерживается Garraud. Morizot-Tibot. (De la détention preventive. Revue du droit public 1904. XXI p. 115). „Dans la silence de la loi les magistrats ont tenté d'edicter les principes qui peuvent regler l'exercice de leur pouvoir formidable, mais le danger a augementé avec les interpretations diverses qu'ils tirent de la pensée du législateur".

[1]) Квачевскій (Объ уголовн. преслѣдованіи, т. II стр. 127) „Хотя наказомъ полиціи и учрежденіемъ судебныхъ слѣдователей дознаніе и слѣдствіе отданы въ различныя руки, но между ними не сдѣлано точныхъ разграниченій, отчего и весь трудъ изслѣдованія преступленій переходилъ къ одному слѣдователю и становился ему не по силамъ, или же полиція вмѣсто дознанія производила слѣдствіе, нарушала предѣлы ей принадлежащіе". Другой авторъ Н. Обнинскій. (Спорныя границы полиц. дознанія и предварительнаго слѣдствія. Юр. Вѣстн. 1884), указывая на неясность границъ, говоритъ: „Все, что можетъ быть съ успѣхомъ въ настоящее время предпринято—это точное и ясное разграниченіе тѣхъ функцій, которыя могутъ быть по указаннымъ выше основаніямъ возложены на существующее полицейское дознаніе отъ тѣхъ, отправленіе коихъ въ силу присущаго имъ характера должно подлежать лишь судебнымъ слѣдователямъ какъ единственно компетентному въ дѣлѣ лицу (стр. 512)". Чебышевъ-Дми-

ложенная на него активная роль въ уголовномъ преслѣдованіи, естественно, ослабляетъ ту безпристрастность и непредвзятость, которыхъ требуетъ отъ него законъ. Напрягать одновременно вниманіе на двѣ противоположныя стороны дѣла, съ одинаковой силой и безъ всякихъ субъективныхъ предположеній созидать зданіе доказательствъ и тутъ же разрушать его психологически почти невозможно: активная дѣятельность, чтобы быть успѣшной, должна происходить по опредѣленному плану, создаваемому заранѣе [1]). Понятно, по-

---

тріевъ въ своемъ Курсѣ русск. угол. судопр. 1875, стр. 304 дѣлаетъ попытку, вслѣдъ за Квачевскимъ, разграничить эти обѣ стадіи" В. Даневскій. (Наше предварительное слѣдствіе. 1895. стр. 10—12) указываетъ на то, что слѣдователь становится органомъ розыска, а не предварительнаго слѣдствія въ строгомъ смыслѣ, вслѣдствіе положенія, даннаго ему уст. уг. суд. Сеньковъ. (Судебно-полицейскій розыскъ у насъ и во Франціи Юр. Вѣст. 1884. № 2. стр 292) „Въ уставахъ 20 ноября 1864 года есть крупный недосмотръ, совершенно извращающій всю постановку вопроса о предварительномъ слѣдствіи. Недосмотръ этотъ заключается въ отсутствіи правильной организаціи розыска и въ смѣшеніи полицейскихъ и судейскихъ функцій въ лицѣ слѣдователя (стр. 293)".

Еще въ коммиссіи 1863 года 14 членовъ (въ томъ числѣ Утинъ, Спасовичъ Зарудный, Макалинскій и др.) стояли за отдѣленіе власти обвинительной отъ судебной. На совѣщаніи старшихъ предсѣдателей и прокуроровъ палатъ (см. Труды т. I стр. 146) по вопросу объ отдѣленіи розыскной дѣятельности отъ судебной и расширеніи области дознанія 9 голосовъ изъ 10 высказались за желательность этой реформы, но признавали таковую возможною только при условіи полной реорганизаціи полиціи. И 6 голосовъ категорически удостовѣрили необходимость усиленія фактическаго наблюденія прокуратуры за производствомъ дознаній. Коммисія 1900 г. задалась цѣлью обсудить 1) опредѣленіе розысковъ и дознанія, 2) кругъ слѣдственныхъ дѣйствій, которыя слѣдуетъ предоставить полиціи, 3) порядокъ извѣщенія полиціею судебной власти о преступныхъ дѣяніяхъ, 4) направленіе полиціею оконченныхъ дознаній, 5) порядокъ прекращенія дознаній, 6) право судебной власти провѣрять и отмѣнять дѣйствія полиціи, 7) право слѣдственной власти и прокурорскаго надзора поручать полиціи производство дознанія (см. объяс. зап. т. II стр. 200). Коммисія пришла къ единственно возможному исходу—проекту организованія судебной полиціи, принятому почти во всѣхъ западно-европейскихъ государствахъ.

[1]) „Созданное закономъ положеніе слѣдователя психологически фальшиво; очень трудно въ дѣлѣ, изслѣдуемомъ по отношенію къ опредѣленному лицу одновременно сосредоточить вниманіе, равномѣрно напряженное на двухъ различныхъ сторонахъ дѣла; не легко составить себѣ двѣ противоположныя точки зрѣнія, которыя находились бы въ состояніи равновѣсія и провѣрялись бы слѣдователемъ съ одинаковой ревностью, убѣжденностью и силой логическаго мышленія" (Даневскій. Предварит. слѣдствіе, стр. 10).

этому, почему современнаго слѣдователя иронически различные авторы именуютъ Пенелопой, Сизифомъ, Двуликимъ Янусомъ и иными названіями, преимущественно заимствованными изъ классической древности. За этой ироніей скрывается сознаніе безплодности слѣдовательской работы, не руководимой опредѣленнымъ планомъ обвиненія, а изслѣдующей обстоятельства дѣла вообще. Печальныя послѣдствія такого способа разслѣдованія въ видѣ чрезмѣрной продолжительности, малоуспѣшности и необычайной сложности слѣдствій на практикѣ извѣстны въ достаточной мѣрѣ.

Перерожденіе слѣдователя изъ судьи въ обвинителя на Западѣ признано уже давно [1]). Келлеръ [2]) съ большой ироніей выражалъ недоумѣніе, какимъ образомъ „прежде столь порицаемый инквирентъ, теперь сталъ вдругъ херувимомъ божественной справедливости и по своей безпристрастности можетъ сразу обвинять защищать и судить?“ Алоизъ Цуккеръ, тридцатилѣтней весьма энергичной проповѣди котораго, направленной къ упраздненію предварительнаго слѣдствія, вопросъ о реформѣ его обязанъ весьма многимъ, называетъ даже институтъ слѣдовательской власти нечестнымъ. Слѣдователю приписывается положеніе судьи, въ то время какъ на дѣлѣ онъ является обвинителемъ, вслѣдствіе чего обвиняемый умышленно вводится въ заблужденіе. „Не лучше ли будетъ избавить обвиняемыхъ отъ такого обмана и поставить ихъ непосредственно предъ прокуратурой?“—спрашиваетъ Цуккеръ. Судья, на обязанности котораго лежитъ принятіе мѣръ обезпеченія, долженъ быть

---

[1]) Ihn (Untersuchungsrichter) hindert zwar Character und Stellung wie fach daran in der Untersuchung Bedeutendes, manchmal auch Nötiges zu leisten, aber darum ist er noch lange nicht Richter genug, um in dem von ihm verfügten Haftbefehle jenes Mass von Garantien erblicken zu lassen, welches um des geänderten Names willen in dem Act des Staatsanwaltschaft und der ihr organisch unterzustellenden Behörde um jeden Preis vermisst werden will (Zucker. Untersuhungshaft. III. S. 162). См. Balogh. L'iustruction contradictoire. Bulletin U. I. D. P. VIII livr. I 1899. Garçon L'instruction contradictoire Ibid. t. X h. I. 1902. На Петербургскомъ конгрессѣ на это неоднократно указывали различные ораторы (см. Ibid. t. XI livr. 1 и 2). Особенно Zucker. Ueber einige Reformen des Vorterfahrens. 1902.

[2]) См. у Zucker. Ueber einige Reformen. 1902. гл. I.

nicht untersuchende, sondern ersuchte Richter. Я не стану говорить о французской литературѣ, особенно публицистической, въ которой судебные слѣдователи открыто назывались сыщиками и тиранами. Впрочемъ, въ западной литературѣ, хотя и рѣдко, но встрѣчаются защитники института судебныхъ слѣдователей; среди нихъ особенную роль играетъ проф. Гансъ Гроссъ, но и онъ не рѣшается защищать ихъ какъ безпристрастныхъ судей, а лишь указываетъ на большую опытность ихъ при изслѣдованіи доказательствъ [1]).

Фактическое превращеніе слѣдователя въ помощника прокурора наблюдается и у насъ. Я не буду останавливаться на разборѣ общеизвѣстныхъ отношеній зависимости (см. выше), укажу только для примѣра, какъ на характерный признакъ обвинительной тенденціи, на стремленіе слѣдователей заключать подъ стражу. По собраннымъ въ 1894 г. свѣдѣніямъ, предложеній прокуратуры объ освобожденіи изъ подъ стражи было 2052 (10%), а предложеній о взятіи подъ стражу всего 146. Обвинительная камера очень часто отмѣняетъ неосновательно принятое слѣдователемъ взятіе подъ стражу: такъ, въ томъ же 1894 г., напр., въ московской судебной палатѣ изъ 55 случаевъ отмѣны мѣръ обезпеченія, въ 52 было отмѣнено назначенное слѣдователемъ подслѣдственное заключеніе. Ясно, что слѣдователи усердствуютъ не въ мѣру [2]).

Судебный слѣдователь сохранился еще отъ эпохи полицейскаго государства, когда онъ былъ необходимъ при инквизиціонной формѣ процесса, но онъ оказывается пережиткомъ при переходѣ судебной системы къ состязательному началу, характеризующему правовой строй государства. Слѣдователь—

---

[1]) См. Hans Gross, Zur Frage der gerichtlichen Voruntersuchung (Archiv für Kriminal-Antropologie X B. 3 Heft. 1909. Ibid. XII B. 1908 H. 2. S. 191 ff.) также Polzin (Ibid. VIII B. H. 1. S. 95 ff.).

[2]) Квачевскій (Объ уголовномъ преслѣдованіи III, стр. 384) выражается мягко: „Для судебныхъ слѣдователей нужно больше разъясненій, чѣмъ даетъ ихъ уставъ... Къ сожалѣнію общество и отдѣльныя лица привыкли смотрѣть на дѣятельность слѣдователя слишкомъ односторонними образомъ, причемъ въ этомъ взглядѣ право обвиняемаго и охрана законности *приносятся обыкновенно въ жертву успѣху слѣдствія*. Оттого распоряженія слѣдователя нерѣдко толкуются въ ущербъ законности, и самъ онъ поддается вліянію среды и увлекается".

органъ опеки государства надъ гражданами. Сами граждане еще слабы, чтобы самостоятельно защищать свои права и интересы; поставленные лицомъ къ лицу съ сильной обвинительной властью и съ полицейскимъ всемогуществомъ, они не могутъ съ достаточнымъ умѣньемъ собирать оправдательныя доказательства—такова постоянная оговорка защитниковъ слѣдовательскаго института. Но казалось бы, что изъ нея можно сдѣлать одинъ только выводъ, именно—лучшее обезпеченіе защиты обвиняемыхъ; между тѣмъ защитниками дѣлается выводъ совершенно иной: обвиняемый ставится въ положеніе безсильнаго и выносливаго „объекта изслѣдованія", не имѣющаго процессуальныхъ правъ, и вся охрана его интересовъ поручается у м ѣ р е н н о с т и органа, производящаго слѣдствіе, который для его успокоенія названъ судьей. Если въ попечительной власти слѣдователя видѣть гарантію, то нужно признаться, что эта гарантія очень призрачна. Тамъ, гдѣ обвиняемому даны права и средства защиты, тамъ не нуженъ слѣдователь, а дарованіе этихъ правъ зависитъ отъ оставленія излишней опасливости ослабленія силы репрессіи. На Западѣ категорически заявляютъ: „изъ двухъ обвинителей—слѣдователя и прокурора, достаточно имѣть одного только прокурора и въ противовѣсъ ему защитника". У насъ нѣкоторые утверждаютъ, что слѣдователь „въ духѣ русскаго народа" [1]). Но это утвержденіе равносильно заявленію, что въ духѣ русскаго народа постоянно находиться подъ опекой. Еслибы слѣдователь являлся мощнымъ оплотомъ противъ обвинительныхъ тенденцій прокуратуры, онъ могъ бы притязать на власть по отношенію къ обвиняемому, но для этого онъ долженъ быть освобожденъ отъ всѣхъ функцій розыска (въ правѣ руководства этими функціями прокуратурѣ отказать нельзя) и занять чисто судебное положеніе, какъ то существуетъ въ Англіи. Но усмотрѣніе современнаго слѣдователя, снабженное громадной властью надъ личностью обвиняемаго, не опирающееся на состязательность и независимость, не можетъ быть при-

[1]) С. Х р у л е в ъ (Юрид. Вѣстн. 1891. № 9, стр. 132), Судьи и судебные порядки.

знано безпристрастнымъ судейскимъ усмотрѣніемъ. Въ процессуальныхъ институтахъ гражданинъ находитъ мало огражденія отъ превращенія этого усмотрѣнія въ произволъ, а одно только „благоразуміе и добрыя чувства“—гарантіи, нужно сознаться, для правового строя мало пригодныя.

Возможенъ двоякій способъ устраненія чрезмѣрной власти слѣдователя. Первый изъ нихъ, къ которому приходитъ Франція и страны, принявшія ея систему судебнаго строя, состоитъ въ ограниченіи этой власти посредствомъ приданія ей предварительнаго характера и посредствомъ поставленія надъ нею ряда судебныхъ органовъ, обладающихъ правомъ и даже обязанностью пересмотра и контроля. Такими органами являются совѣщательная камера изъ 3-хъ судей, обвинительная камера, предсѣдатель апелляціоннаго суда и даже адвокатъ обвиняемаго, присутствующій въ камерѣ слѣдственнаго судьи при допросѣ съ единственной цѣлью контроля. Такая система гарантій является лишь палліативомъ. Гарантія есть хорошее средство частичнаго исправленія, она способна исправить индивидуальныя уклоненія, но она безсильна въ борьбѣ съ общимъ строемъ, гдѣ нужна не гарантія, а реформа. Результатомъ чрезмѣрнаго развитія системы гарантій является нагроможденіе письменности, формальностей, установленіе искусственныхъ сроковъ и чрезмѣрное развитіе стадіи предварительнаго слѣдствія, уродливое по своей громоздкости и продолжительности.

Другой выходъ, по нашему мнѣнію, единственно цѣлесообразный—это расширеніе состязательности на предварительномъ слѣдствіи посредствомъ введенія защиты, увеличенія процессуальныхъ правъ обвиняемаго, отдѣленія полицейскихъ и судебныхъ функцій. Энергичными проповѣдниками этихъ началъ являются въ настоящее время германскіе юристы. Въ дальнѣйшемъ мы постараемся подробнѣе остановиться на этомъ вопросѣ, здѣсь же ограничимся указаніемъ наиболѣе пригодныхъ мѣръ изъ числа тѣхъ, которыя, не производя общей реформы, пытаются ограничить власть слѣдователя приданіемъ ей предварительнаго характера.

Наиболѣе рѣшительною изъ такихъ мѣръ, относящихся

къ обезпеченію неуклоненія обвиняемаго, является учрежденіе особой коллегіи, провѣряющей постановленія слѣдственнаго судьи о взятіи подъ стражу. Порядокъ такой повѣрки, въ отличіе отъ системы обжалованія, принять ревизіонный. Въ нѣкоторыхъ государствахъ вся роль слѣдователя сводится къ созванію такой судебной коллегіи, когда онъ признаетъ нужнымъ назначить заключеніе подъ стражу. Такъ, въ Норвегіи по уставу 1887 г. мѣры обезпеченія могутъ быть назначены только кородевскимъ судомъ. Въ кантонѣ Вэлэ предсѣдатель въ теченіе 48 часовъ со времени привода арестованнаго долженъ созвать особую слѣдственную коммисію, которая постановляетъ о заключеніи арестованнаго подъ стражу или объ освобожденіи его. Въ кантонѣ Во этимъ завѣдуетъ коллегія изъ судей кантональнаго суда. Въ Венгріи слѣдователь о принятой мѣрѣ немедленно доводитъ до свѣдѣнія обвинительной камеры, которая провѣряетъ его постановленіе. Но почти общепринятымъ органомъ для подобнаго рода опредѣленій является освѣщательная камера, существующая въ Бельгіи, Голландіи, Австріи, Италіи, нѣкоторыхъ Швейцарскихъ кантонахъ, Люксембургѣ; въ самой Франціи, гдѣ она была отмѣнена въ 1856 г. подъ тѣмъ предлогомъ, что она способствуетъ медленности слѣдствія, въ настоящее время не мало голосовъ за ея возстановленіе. На обязанности этой камеры, состоящей изъ 3-хъ слѣдственныхъ судей, лежитъ между прочимъ провѣрка постановленія слѣдственнаго судьи о заключеніи подъ стражу. Она судитъ по докладу слѣдственнаго судьи, занятаго дѣломъ; судъ камеры оцѣниваетъ лишь данныя, представляемыя судьей, самъ же слѣдственныхъ дѣйствій не предпринимаетъ [1]). Недостаткомъ этого учрежденія именно и является такой чисто распорядительный, а не состязательный порядокъ разсмотрѣнія. При отсутствіи состязательности обыкновенно получаетъ преобладаніе взглядъ члена докладчика, занятаго дѣломъ. Улучшеніемъ является допущеніе защитника въ совѣщательную камеру и устраненіе судьи, вносящаго предложеніе о заключеніи подъ стражу, отъ по-

[1]) Гарро. Precis du droit criminel, 1904. стр. 618.

становленія рѣшенія. Срокъ для обязательнаго пересмотра совѣщательной камерой предварительно принятыхъ мѣръ слѣдственнаго судьи принятъ въ отдѣльныхъ странахъ различный. Въ Бельгіи постановленіе судьи о заключеніи подъ стражу дѣйствительно лишь въ теченіе 5-ти дней, въ Голландіи, Люксембургѣ и Женевѣ—8 дней, въ Венгріи—15-ти дней. Въ Австріи и Италіи срокъ этотъ не опредѣленъ. Во Французскомъ проектѣ онъ намѣченъ въ 2 дня. Учрежденіе совѣщательной камеры, улучшая до нѣкоторой степени качества судейскаго усмотрѣнія въ этой области, не является вмѣстѣ съ тѣмъ излишней задержкой для слѣдствія, потому что разрѣшеніе вопроса о мѣрѣ обезпеченія не задерживаетъ общаго хода предварительнаго слѣдствія.

Другой мѣрой является установленіе предѣльныхъ сроковъ продолжительности подслѣдственнаго заключенія, объ этомъ мы будемъ имѣть случай говорить въ главѣ о продолжительности подслѣдственнаго заключенія.

Улучшеніе усмотрѣнія слѣдователя можетъ идти путемъ все болѣе и болѣе полнаго освобожденія его отъ вліянія прокуратуры, но параллельно съ этимъ онъ долженъ быть устраняемъ отъ непосредственнаго производства розыскныхъ дѣйствій, въ настоящее время поглощающихъ громадную часть всего его времени. Эта дѣятельность должна перейти къ прокуратурѣ, которой помогаетъ полиція. Вмѣстѣ съ тѣмъ освобожденіе слѣдователя отъ этихъ функцій позволитъ допустить къ участію при слѣдственныхъ дѣйствіяхъ защитника обвиняемаго, вопросъ о чемъ уже давно назрѣлъ въ нашемъ законодательствѣ. Не посредствомъ крайняго стѣсненія судейскаго усмотрѣнія, что можетъ повлечь опасныя послѣдствія въ видѣ полнаго индифферентизма и сознанія нравственной безотвѣтственности у слѣдователя, принимающаго по предписанію закона ту или иную мѣру; не посредствомъ крайняго развитія частичныхъ гарантій, крайне затрудняющихъ свободную судейскую дѣятельность и вносящихъ формализмъ, а посредствомъ увеличенія состязательности и расширенія правъ обвиняемаго должно произойти улучшеніе правового положенія обвиняемаго на слѣдствіи. Что же иное представ-

ляетъ изъ себя состязательность, какъ не перенесеніе ряда гарантій изъ области іерархическаго контроля прокуратуры и стоящихъ за нею органовъ въ область контроля сторонъ и стоящаго за ними общества? Правовой строй, состоящій въ томъ, что за гражданами признаются права по отношенію къ публичной власти, долженъ быть признанъ и въ судебной сферѣ, гдѣ онъ выражается въ разложеніи инквизиціоннаго начала и замѣнѣ его началомъ процессуально—правовымъ. Закончимъ же свои замѣчанія резолюціей, которую принялъ Петербургскій конгрессъ международнаго союза криминалистовъ. Для того, чтобы достигнуть большей защиты правъ свободы и гарантіи невинности, необходимо „произвести отдѣленіе функцій полицейскихъ отъ судебныхъ съ организаціей состязательнаго порядка и съ передачей первыхъ прокуратурѣ подъ контролемъ судьи“.

III.

Подслѣдственная свобода и начало обязательности принятія мѣръ обезпеченія.

Говоря объ ограниченіи закономъ судейскаго усмотрѣнія при назначеніи мѣръ обезпеченія, мы можемъ понимать это ограниченіе въ двоякомъ смыслѣ: благопріятномъ для свободы обвиняемаго и неблагопріятномъ. Если грубо противоположить интересы правосудія, требующіе ограниченія личной свободы, интересамъ обвиняемаго, требующимъ, наоборотъ, наибольшаго признанія ея, то можно сказать, что судейское усмотрѣніе можетъ быть ограничено въ отношеніи такъ сказать защитительнаго минимума тѣхъ или другихъ интересовъ. Законодательство можетъ установить конечный предѣлъ, за который судья уже не можетъ перейти при защитѣ свободы или при обезпеченіи правосудія. Этотъ предѣлъ по отношенію къ правамъ свободы будетъ выражаться въ созданіи правила, устанавливающаго полную подслѣдственную свободу или запрещающаго примѣнять наиболѣе стѣснительныя мѣры обезпеченія при обвиненіи въ преступныхъ дѣяніяхъ, не до-

стигающихъ извѣстной тяжести; по отношенію же къ интересамъ правосудія—въ созданіи правила, обязывающаго судью принимать какую либо вообще или опредѣленную по своей силѣ мѣру обезпеченія при извѣстныхъ условіяхъ обвиненія.

Установленіе подобныхъ предѣловъ въ законѣ должно быть оправдано правно-политическими соображеніями. Должно доказать, что законодатель не можетъ поручить огражденіе соотвѣтственныхъ интересовъ свободному усмотрѣнію судьи или изъ боязни недостаточнаго ихъ огражденія судьею или изъ соображеній о необходимости подобной законодательной регулировки для цѣлей общественно-педагогическихъ (напр., ради воспитанія сознанія свободы). Доказательство это можетъ быть произведено посредствомъ сопоставленія качествъ законодательной и судебной оцѣнки [1]) и уясненія наибольшей пригодности той или иной для достиженія общественно-важныхъ задачъ.

Не останавливаясь подробно на такомъ сопоставленіи, укажемъ только на крайнюю пластичность оцѣнки судейской и опредѣленность оцѣнки законодательной, вслѣдствіе чего для регулированія тѣхъ случаевъ, выдѣленіе которыхъ не можетъ быть произведено съ извѣстной яркостью, вслѣдствіе неуловимости пограничныхъ линій, пригоднѣе оцѣнка судебная. Конечно, если за такимъ разграниченіемъ признается большая правовая сила, вслѣдствіе чего особенно важной является его точность, законодательство можетъ произвести операцію, проведя искусственныя границы, болѣе точныя, хотя и не совпадающія иногда съ границами естественными.

Основнымъ критеріемъ для законодательнаго установленія границъ судейскаго усмотрѣнія при назначеніи мѣръ обезпеченія принята *тяжесть грозящаго наказанія*. Законъ можетъ запрещать, напр., принятіе мѣры обезпеченія, если за дѣяніе грозитъ арестъ или денежная пеня, или, наоборотъ, предписывать иногда заключеніе подъ стражу при преступныхъ дѣя-

[1]) Подъ оцѣнкой мы понимаемъ совокупность основаній, на которыхъ покоится сужденіе, выражаемое въ нормѣ закона (законодательная оцѣнка) или въ судебномъ рѣшеніи (судебная оцѣнка). Подробнѣе см. мою статью о судейскомъ усмотрѣніи.

ніяхъ, угрожающихъ лишеніемъ свободы на продолжительный срокъ съ лишеніемъ правъ и тяжкими работами и т. д. Нѣтъ сомнѣнія, что этотъ критерій является искусственнымъ, но все-таки онъ съ большимъ удобствомъ и большей правильностью, чѣмъ какой-либо другой, устанавливаетъ главные случаи желательнаго для законодателя огражденія. Это доказывается хотя бы тѣмъ, что онъ принятъ всѣми европейскими законодательствами; только англійское право отчасти придерживается системы легальнаго перечня и искусственнаго группированія отдѣльныхъ преступленій по признаку возможности или невозможности примѣненія при обвиненіи въ нихъ заключенія подъ стражу [1]). Критерій тяжести грозящаго наказанія въ отдѣльныхъ государствахъ дополненъ нѣкоторыми вспомогательными критеріями, на которыхъ мы подробнѣе остановимся при разсмотрѣніи условій назначенія мѣръ обезпеченія. Вмѣстѣ съ ними онъ приблизительно соотвѣтствуетъ той естественной сферѣ регулировки, которая должна быть произведена законодателемъ для достиженія извѣстныхъ общественно-важныхъ задачъ. Остановимся же нѣсколько на выясненіи основаній пригодности этого суррогатнаго критерія.

Задача, которую предстояло рѣшить законодателю, сводится къ слѣдующему. „Какъ на основаніи объективно-констатируемыхъ признаковъ является возможнымъ опредѣлить случаи, при которыхъ не существуетъ вѣроятности побѣга обвиняемаго или, наоборотъ, при которыхъ постоянно существуетъ такая вѣроятность“? Въ соотвѣтствіи съ полученнымъ результатомъ законодатель можетъ регулировать примѣненіе мѣръ обезпеченія. Стремленіе къ уклоненію, скрываясь въ психикѣ обвиняемаго, будучи затаеннымъ среди сокровенныхъ его стремленій, не можетъ быть констатировано непосредственно. Для опредѣленія его приходится прибѣгать къ опредѣленію мотивовъ, имѣвшихъ возможность повліять на среднюю психику человѣка, при извѣстныхъ условіяхъ, къ принятію опредѣленнаго рѣшенія относительно уклоненія. Зная дѣйствіе отдѣльныхъ мотивовъ, судья принимающій мѣру

[1]) См. выше стр. 81, 92.

обезпеченія, или законодатель, опредѣляющій обязательность ея, могутъ выяснить себѣ и силу слагающей этихъ мотивовъ, а, слѣдовательно, и будущее поведеніе обвиняемаго относительно правосудія. Конечно, этотъ выводъ будетъ приблизительнымъ вслѣдствіе незнанія или непринятія въ соображеніе (особенно, если оцѣнивающимъ является законодатель) многихъ специфическихъ мотивовъ, которыми могъ бы руководиться данный обвиняемый, а также его характера, опредѣляющаго субъективныя отклоненія въ оцѣнкѣ мотивовъ, но все-таки нѣкоторый свѣтъ на вопросъ пролить онъ можетъ.

Изъ числа мотивовъ, по которымъ опредѣляется вѣроятность уклоненія, наиболѣе существеннымъ является тяжесть грозящаго наказанія. Чѣмъ значительнѣе ожидающее обвиняемаго наказаніе, тѣмъ сильнѣе мотивъ къ бѣгству, и поэтому при достиженіи извѣстной тяжести грозящаго наказанія законодатель можетъ признать опасность уклоненія столь общею, что обязательно предписать принятіе извѣстной мѣры обезпеченія; и, наоборотъ, при пониженіи тяжести грозящаго наказанія, законодатель можетъ признать извѣстный предѣлъ, при которомъ мотивъ уклоненія, при сопоставленіи его съ другими мотивами, удерживающими обвиняемаго отъ уклоненія, является настолько слабымъ, что не возникаетъ потребности создать какой-либо прибавочный мотивъ въ видѣ мѣры обезпеченія или преградить обвиняемому физическую возможность уклоненія.

Но кромѣ цѣли распознаванія вѣроятности уклоненія, критерій тяжести грозящаго наказанія можетъ служить и другимъ политическимъ цѣлямъ, вліяніе которыхъ на постановку мѣръ обезпеченія не должно быть игнорируемо. Чѣмъ тяжелѣе, чѣмъ возмутительнѣе совершенное преступленіе, тѣмъ настоятельнѣе оно требуетъ возмездія и тѣмъ сильнѣе интересъ общества въ дѣйствительномъ обезпеченіи правосудія. Зараза безнаказанности при такихъ преступленіяхъ гораздо опаснѣе, нежели при болѣе легкихъ. Поэтому законодатель въ нѣкоторыхъ случаяхъ принимаетъ въ соображеніе повышенную опасность безнаказанности, и для избѣжанія ея категорически предписываетъ принимать надежную мѣру обезпече-

нія.—Съ другой стороны, при совершеніи менѣе значительныхъ преступленій, интересъ государства въ примѣненіи наказанія не настолько интенсивенъ, чтобы оно рѣшалось приносить ему въ жертву на продолжительный срокъ свободу личности. Наиболѣе строгія мѣры, сопряженныя съ лишеніемъ свободы, были бы непропорціонально тяжелыми для гражданъ по сравненію съ тѣми интересами, ради которыхъ онѣ примѣняются. Государство, исходя изъ соображеній разумной политики, можетъ пожертвовать извѣстнымъ процентомъ уклоненій въ такихъ дѣлахъ, но за то оградить свободу гражданъ, какъ безусловное право, независимое отъ усмотрѣнія судьи. Сознаніе свободы является залогомъ успѣшнаго общественнаго прогресса, и то, что, можетъ быть, будетъ проиграно отъ непримѣненія наказанія вслѣдствіе уклоненія отдѣльныхъ обвиняемыхъ, то съ избыткомъ государство вернетъ съ помощью лучшаго огражденія общей свободы.

Такимъ образомъ мы видимъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ существуютъ основанія, по которымъ законодательство можетъ признавать цѣлесообразнымъ изъятіе изъ области усмотрѣнія судьи нѣкоторыхъ случаевъ примѣненія мѣръ обезпеченія на основаніи признака тяжести грозящаго наказанія. Такія изъятія могутъ производиться или для лучшаго огражденія государственныхъ интересовъ правосудія или для защиты личной свободы.

Однако, для окончательнаго рѣшенія вопроса о томъ, слѣдуетъ ли въ этихъ случаяхъ устанавливать категорическую норму или норму усмотрѣнія, нужно принять во вниманіе еще одно обстоятельство, а именно государственное положеніе судьи. Судья—органъ, ближайшимъ образомъ заинтересованный въ правильномъ ходѣ и въ дѣйствительности правосудія. Интересы послѣдняго ему ближе всего, такъ какъ онъ не случайно отправляетъ ихъ, а посвящаетъ этому всю свою жизненную энергію и преслѣдуетъ этой дѣятельностью высокія, ему особенно замѣтныя, соціальныя цѣли. Цѣль обезпеченія приговора въ глазахъ судьи стоитъ значительно выше по сравненію съ другими соціальными цѣлями, нежели въ глазахъ законодателя, который болѣе склоненъ на ком-

промиссы въ случаѣ коллизіи ея съ другими общественно-важными цѣлями. Поэтому законодатель не долженъ опасаться слишкомъ низкой оцѣнки интересовъ правосудія судьей, не долженъ заботиться объ установленіи гарантій для этихъ интересовъ, для защиты отъ усмотрѣнія судьи, ибо это усмотрѣніе проникнуто тенденціями, еще болѣе благопріятными огражденію правосудія, нежели тѣ, которыя имѣетъ въ виду установить законодатель. Только крайнее недовѣріе къ судьямъ и опасеніе злоупотребленій могутъ склонить его къ установленію безусловно обязательныхъ для судьи нормъ въ этой области. По указаніямъ законодателя организуется судебный строй, главнымъ принципомъ построенія котораго является огражденіе правосудія; законодатель поэтому не имѣетъ основаній не довѣрять судьямъ именно эти интересы. Правило Канта — fiat justitia, pereat mundus — составлено въ руководство судьи, для котораго интересы правосудія имѣютъ безусловное значеніе, но не законодателя, оцѣнивающаго ихъ съ точки зрѣнія общеполитическаго критерія, и потому придающаго имъ относительное значеніе.

Но изъ сферы усмотрѣнія судьи вполнѣ правильно могутъ быть изъятыми тѣ интересы, къ оцѣнкѣ которыхъ они менѣе приспособлены. Свобода личности въ ея широкомъ государственномъ значеніи лучше можетъ быть ограждена законодателемъ, нежели судьею, занимающимъ еще положеніе судьи коронnаго, зависимаго отъ правительственной власти болѣе, нежели отъ общества, и потому *вполнѣ цѣлесообразно установить для защиты ея безусловно обязательную для судьи норму* [1]).

---

[1]) „Die persönliche Freiheit des Staatsbürgers bedarf eines stärkeren Schutzes, als ihn das gerichtliche Ermessen zu gewären vermag“ говоритъ Зонтагъ (цит. соч. стр. 2). „Мы можемъ впрочемъ только повторить, что дискреціонная власть, которая присвоена слѣдственному судьѣ намъ не кажется послѣднею цѣлью, къ которой должно придти законодательство. Если работа юристовъ привела въ конечномъ результатѣ къ образованію такой власти, она была бы совершенно безполезной. Тамъ, гдѣ царитъ верховная воля судьи, не существуетъ правилъ; тамъ, гдѣ единственной гарантіей является его умѣренность и познанія, не существуетъ совсѣмъ гарантій. Безъ сомнѣнія гораздо легче передавать другому право, чѣмъ регулировать его, давать чистый бланкъ съ подписью, чѣмъ строго указывать условія приказовъ объ арестѣ. Но первой основой законодательства является

Свобода по праву и свобода по усмотрѣнію судьи—два различныхъ по своей соціальной силѣ принципа, и по скольку безъ серьезнаго ущерба для интересовъ исполненія правосудія можетъ быть достигнута первая, по столько она должна быть достигнута.

Нашъ общій выводъ по вопросу объ установленіи границъ усмотрѣнія судьи съ точки зрѣнія тяжести грозящаго наказанія сводится къ тому, что законодатель никогда не долженъ ограничивать этого усмотрѣнія, при современномъ положеніи судьи, въ цѣляхъ большаго огражденія интересовъ правосудія, и, наоборотъ, долженъ стремиться ясно установить границы его по отношенію къ личнымъ правамъ свободы.

Теперь мы перейдемъ къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ способовъ ограниченія судейскаго усмотрѣнія.

Принципъ обязательности примѣненія мѣръ обезпеченія по всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ давно уже потерялъ всякую силу. Онъ имѣлъ еще нѣкоторое значеніе, когда мѣры обезпеченія тѣсно соприкасались съ мѣрами полицейскими и когда состояніе подъ слѣдствіемъ приравнивалось къ состоянію подозрительному. Въ настоящее же время на западѣ въ громадномъ большинствѣ случаевъ обвиняемый совершенно свободенъ отъ всякихъ мѣръ обезпеченія. Но наше право въ этомъ отношеніи осталось позади западнаго. Еще въ т. XV ч. 2 ст. 1007 (изд. 1842 г.) была установлена для полиціи обязанность принятія мѣръ обезпеченія. „По приводѣ обвиняемаго полиція о б я з а н а немедленно допросить его... и постановить мѣру содержанія его для пресѣченія ему способовъ уклоняться отъ слѣдствія и суда“. Въ дѣйствующемъ законодательствѣ, судя по редакціи ст. 416, начало обязательности сохранено для судебныхъ слѣдователей, (но не для мировыхъ судей и не для другихъ судебныхъ органовъ). Статья эта гласитъ: „для вопрепятствованія обвиняемымъ уклоняться отъ слѣдствія и суда, п р и н и м а ю т с я слѣдующія

мудрая недовѣрчивость къ познаніямъ судьи. Истинное правосудіе не строится на произволѣ“. (F. Hélie т. V цит. соч. стр. 70).

мѣры . . . . " Макалинскій [1]), къ мнѣнію котораго примыкаетъ большинство, рѣшаетъ вопросъ объ обязательности въ утвердительномъ смыслѣ, основываясь на томъ, что слабѣйшая мѣра—подписка о неотлучкѣ—равносильна общей мѣрѣ, принимаемой противъ каждаго обвиняемаго. Такого же мнѣнія придерживается и Квачевскій [2]). Викляшевскій является представителемъ противоположнаго мнѣнія [3]), и не видитъ обязательности въ предписаніи ст. 416; однако соображенія его основаны не на толкованіи дѣйствующаго закона, а на требованіяхъ политики, такъ какъ доказательство онъ выводитъ изъ необходимости большаго огражденія индивидуальной свободы и расширенія усмотрѣнія слѣдователя.

Появленіе неясности по вопросу объ обязанности принятія мѣръ обезпеченія разъяснено въ объяснительной запискѣ къ уставу 1900 г. Какъ гласитъ эта записка, въ первоначальномъ проектѣ уст. уг. суд. (см. 369 ст. проекта 1863 г.) имѣлось постановленіе о томъ, что судебный слѣдователь послѣ допроса или освобождаетъ обвиняемаго или принимаетъ мѣры къ пресѣченію уклоненія. Это начало необязательности было исключено Государственнымъ Совѣтомъ, включившимъ также постановленіе ст. 415 о неотлучкѣ съ сохраненіемъ перваго пункта ст. 416, имѣвшаго въ виду почти ту-же мѣру. При такихъ условіяхъ принятіе одной изъ указанныхъ въ ст. 416 мѣръ обезпеченія стало обязательнымъ.

Практика принципіально придерживается указанной точки зрѣнія. Такъ ревизіонные отчеты указываютъ (т. III стр. 33), что слѣдователь всегда считаетъ для себя обязательнымъ принятіе мѣры обезпеченія, и только прокуроръ, въ исключительныхъ случаяхъ направляя дѣло по ст. 545, не принимаетъ ихъ. Но все же подъ вліяніемъ необходимости и по сознанію безполезности ихъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, эти мѣры не принимаются. Такъ, статистическія данныя за

---

[1]) Руководство для суд. слѣдователей, т. II стр. 453.
[2]) Объ уголовномъ преслѣдованіи т. III стр. 388—89.
[3]) О средствахъ представленія въ судъ, т. I стр. 290.

1899 г. показываютъ, что мѣръ обезпеченія не было принято по отношеніи къ 9197 осужденныхъ. Въ большинствѣ случаевъ такіе обвиняемые были осуждены за преступленія, не обнаруживающія преступныхъ склонностей. Такъ, по дѣламъ о тѣлесныхъ поврежденіяхъ изъ 6140 осужденныхъ къ 3362 не было примѣнено никакихъ мѣръ; по тѣмъ же дѣламъ въ округѣ Варшавской судебной палатѣ изъ 1487 осужденныхъ, оставались совершенно свободными до суда 1174. Кромѣ того непримѣненіе мѣръ обезпеченія чаще другихъ происходитъ по дѣламъ объ оскорбленіи чести, нарушеніи уставовъ казенныхъ управленій, оскорбленіи властей. По дѣламъ мировой юстиціи, гдѣ ст. 77 установлена факультативность примѣненія мѣръ обезпеченія, случаевъ полнаго непримѣненія такихъ мѣръ было 33953 изъ общаго числа 67763, т. е. 50%.

Пережитокъ обязательности является слѣдствіемъ господства полицейской цѣли удобства предварительнаго слѣдствія, а отнюдь не руководства правиломъ, что reorum est fugere. Но удобство, покупаемое дорогою цѣной свободы гражданъ, не можетъ считаться справедливымъ; Только necessitas est justum fundamentum limitationis [1]) При современныхъ условіяхъ слѣдователь, даже вполнѣ сознавая безполезность и несправедливость мѣры обезпеченія, юридически невправѣ освободить отъ нея обвиняемаго. Такъ напр., направляя дѣло по 277 ст. къ прекращенію, слѣдователь не вправѣ освободить обвиняемаго, потому что окончательное прекращеніе рѣшается судомъ, а до этого момента обвиняемый еще находится подъ слѣдствіемъ и, слѣдовательно, долженъ быть подвергнутъ стѣсненію свободы. Такая несправедливость вполнѣ сознана составителями проекта 1900 г., которые установили общимъ образомъ факультативность принятія или непринятія мѣры обезпеченія.

Началомъ, противоположнымъ общей обязательности при-

---

[1]) F. Hélie. Traite. t. IV. p. 610 „ Il est donc certain que cette mesure n'est légitime que parce qu'elle est necessaire. C'est l'unique raison de son institution, le seul titre de son existence".

нятія мѣръ обезпеченія, является *полная послѣдственная свобода* при обвиненіи въ преступленіяхъ, недостигающихъ извѣстной тяжести. Нашему праву такая свобода неизвѣстна. Мѣры обезпеченія могутъ быть приняты по всякимъ дѣламъ, подсуднымъ общимъ и мировымъ судебнымъ установленіямъ. Непримѣненіе ихъ поставлено единственно въ зависимость отъ усмотрѣнія судьи. Иначе дѣло поставлено на Западѣ. Такъ какъ въ большинствѣ западныхъ государствъ единственной мѣрой обезпеченія является послѣдственный арестъ, а залогъ и поручительство разсматриваются, какъ его суррогаты, то границы примѣненія этой мѣры соприкасаются съ границами полной подслѣдственной свободы. Всякій, кто не можетъ быть заключенъ подъ стражу по закону, пользуется полной подслѣдственной свободой. Въ виду такой постановки западнаго права могутъ быть сравниваемы лишь съ постановленіями, касающимися примѣненія у насъ наиболѣе тяжкихъ отдѣльныхъ подслѣдственныхъ мѣръ, къ разсмотрѣнію чего мы сейчасъ и перейдемъ. Пока же укажемъ, что кромѣ имѣющихся въ законѣ границъ примѣненія отдѣльныхъ мѣръ, существенно важно создать и границу полной послѣдственной свободы. Такая граница легче всего можетъ быть проведена посредствомъ запрещенія примѣненія какихъ-бы то нибыло мѣръ обезпеченія при поступкахъ, за которыя грозитъ наказаніе не выше денежной пени или ареста, при наличности постояннаго мѣстожительства.

Въ большинствѣ европейскихъ государствъ признано *право на послѣдственную свободу* въ извѣстныхъ предѣлахъ. Въ Австріи, Венгріи, Италіи, Испаніи и Румыніи подслѣдственная свобода только при обвиненіи въ тяжкихъ преступленіяхъ и преступленіяхъ предоставляется какъ милость. Во Франціи ст. 113 для лицъ, имѣющихъ осѣдлость, и нерецидивистовъ установлено право на свободу при обвиненіи въ преступномъ дѣяніи, влекущемъ тюремное заключеніе не свыше двухъ лѣтъ. Такое право, однако, наступаетъ только черезъ пять дней послѣ допроса, въ теченіе которыхъ судья выясняетъ тяжесть могущаго быть предъявленнымъ обвиненія. Въ Бельгіи (ст. I закона 1874 года) полная

подслѣдственная свобода признана при обвиненіи въ преступныхъ дѣяніяхъ, влекущихъ наказаніе до 3-хъ мѣсяцевъ тюремнаго заключенія; для преступныхъ же дѣяній, караемыхъ до 15-ти лѣтнихъ каторжныхъ работъ, подслѣдственная свобода является общимъ правиломъ. Въ Голландіи установленъ самый высокій предѣлъ подслѣдственной свободы, именно: грозящее наказаніе должно быть не менѣе четырехлѣтняго тюремнаго заключенія (впрочемъ, такой максимумъ объясняется скорѣе вообще широкими санкціями голландскаго уложенія 1881 г.) для того, чтобы судъ имѣлъ право примѣнить подслѣдственное заключеніе. Въ Германіи предѣлъ установленъ низкій: только если преступное дѣяніе влечетъ за собою денежную пеню или арестъ, примѣненіе подслѣдственнаго заключенія не допускается. Въ Англіи подслѣдственное заключеніе по common law не примѣняется при мисдиминорахъ. Наконецъ, норвежскій уставъ предоставляетъ право на свободу при обвиненіи въ преступныхъ дѣяніяхъ, влекущихъ наказаніе ниже тюрьмы. Но кромѣ того примѣненіе подслѣдственнаго заключенія ограничено относительно нѣкоторыхъ категорій лицъ (чиновниковъ, нерецидивистовъ) и при обвиненіи ихъ въ болѣе тяжкихъ дѣяніяхъ. Послѣднее объясняется тѣмъ, что въ Норвегіи содержаніе подъ стражей въ большинствѣ случаевъ замѣняется отобраніемъ паспорта или полицейскимъ надзоромъ, которые однако являются ненужными, если существуетъ довѣріе по отношенію къ опредѣленнымъ категоріямъ лицъ.

Въ дѣйствующемъ русскомъ правѣ установлены границы лишь для примѣненія трехъ наиболѣе тяжкихъ, сопряженныхъ съ лишеніемъ свободы мѣръ, именно: поручительства, залога и содержанія подъ стражей. Болѣе тяжкія преступныя дѣянія раздѣлены на три группы: 1-ую, къ которой отнесены дѣянія, влекущія заключеніе въ тюрьмѣ или крѣпости, не соединенное съ лишеніемъ правъ и преимуществъ (улож. о наказ. ст. 35 и 38), высшей мѣрой обезпеченія здѣсь служитъ отдача на поруки (ст. 417); 2-ую, къ которой отнесены преступленія или проступки, подвергающіе заключенію въ тюрьмѣ или крѣпости, соединенному съ лишеніемъ нѣкоторыхъ особенныхъ правъ

и преимуществъ (улож. о нак. ст. 34 и 36)—при которой высшей мѣрой обезпеченія можетъ быть требованіе залога (ст. 418) и 3-ью, къ которой отнесены преступленія или проступки, подвергающіе содержанію въ тюрьмѣ съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ (улож. о нак. ст. 30) или заключенію въ исправительныхъ арестантскихъ отдѣленіяхъ или ссылкѣ на житье въ Сибирскія или другія отдаленныя губерніи, съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ (улож. о нак. ст. 31 и 33) или же наказаніямъ уголовнымъ, какъ-то: ссылкѣ на поселеніе или въ каторжныя работы, съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія—здѣсь высшею мѣрою можетъ быть содержаніе подъ стражею (ст. 420).

Въ дѣйствующемъ правѣ такимъ образомъ для каждаго разряда опредѣлена высшая мѣра, принятіе же низшей зависитъ отъ усмотрѣнія слѣдователя.

Редакція этихъ статей нѣсколько неудачна и создалась, очевидно, подъ вліяніемъ редакціи соотвѣтственныхъ статей Свода. Напр., въ ст. 420 говорится, что „высшей мѣрой можетъ быть содержаніе подъ стражей", какъ будто существуютъ еще другія болѣе высшія мѣры. Яснѣе было бы принять отрицательную редакцію. Обособленіе залога и поручительства не находитъ себѣ достаточнаго основанія. Тяжесть той и другой мѣры не настолько различна, чтобы требовать раздѣленія этихъ по существу сродныхъ мѣръ. Цѣлесообразно было бы поэтому установить общій для обѣихъ этихъ мѣръ предѣлъ, хотя бы равный существующему для залога, или же, если будетъ введено постановленіе о томъ, что обѣ эти мѣры могутъ быть замѣняемы отобраніемъ вида на жительство, разрѣшить примѣненіе ихъ и при преступныхъ дѣяніяхъ, влекущихъ и низшія наказанія съ оговоркой, что до представленія поручительства или залога обвиняемые въ преступленіяхъ, за которыя не можетъ быть назначаемо заключеніе подъ стражу, подвергаются отобранію вида на жительство.

Постановленія ст. 417—419 однако, не согласованы съ постановленіями ст. 77, касающимися мировыхъ судей, по которымъ мировымъ судьямъ разрѣшается примѣнять *поручитель-*

ство и при обвиненіяхъ въ проступкахъ, за которыя положены денежное взысканіе или арестъ, *а содержаніе подъ стражей*—при обвиненіяхъ въ преступныхъ дѣяніяхъ, за которыя въ законѣ положено заключеніе въ тюрьмѣ или наказаніе болѣе строгое. Различные авторы справедливо указывали на необоснованность такого расширенія правъ мировой юстиціи. Изъ преступленій, влекущихъ тюремное заключеніе, мировымъ судьямъ подсудны главнымъ образомъ кража и мошенничество. Предоставленіе мировому судьѣ права назначать содержаніе подъ стражей въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ окружный судъ можетъ примѣнить лишь поручительство, является тѣмъ болѣе несправедливымъ, что здѣсь нѣтъ надзора со стороны прокуратуры при заключеніи подъ стражу (ст. 283), нѣтъ тѣхъ гарантій, которыя установлены для окружного суда. Дѣйствительно процентъ случаевъ содержанія подъ стражей у мировыхъ судей значительно выше, чѣмъ въ окружныхъ судахъ. На эту ненормальность было обращено вниманіе составителями проекта 1900 г., которые установили и для мировыхъ судей тѣ же предѣлы въ примѣненіи ареста, что и для окружныхъ судовъ (ст. 1087 проекта). „Едва ли говорится въ объяснительной запискѣ 1900 г. (т. IV стр. 176) взятіе подъ стражу, которое по ст. 419 и 420 уст. угол. суд. относительно дѣлъ, не влекущихъ правопораженія, допускается лишь при неимѣніи обвиняемымъ осѣдлости, соотвѣтствуетъ сравнительной маловажности дѣлъ, подвѣдомственныхъ единоличнымъ судьямъ и должно быть принимаемо внѣ упомянутаго въ ст. 420 условія“ [1]).

---

[1]) Что касается спеціальныхъ постановленій устава военно-судебнаго и военно-морскаго судебнаго устава, то ст. 473 перваго и 541 второго установлено, что противъ офицеровъ и служащихъ въ вѣдомствѣ войскъ и флота гражданскихъ чиновниковъ, обвиняемыхъ въ преступленіяхъ и проступкахъ, влекущихъ за собою лишеніе всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, высшею мѣрою обезпеченія можетъ быть содержаніе подъ арестомъ или стражей, въ остальныхъ случаяхъ они передаются подъ надзоръ начальства. Нижніе чины морского вѣдомства, въ случаѣ обвиненія въ побѣгѣ, содержатся во все время производства дѣла подъ арестомъ или стражею. Когда военно-морской слѣдователь найдетъ, что по дѣлу не представляется достаточныхъ основаній къ подозрѣнію, то сообщаетъ назначившему слѣдствіе морскому на-

Кромѣ этого нововведенія проектъ намѣтилъ отмѣну ст. 417 и 418 уст. угол. суд. „Содержащіяся въ ст. 417 и 418 уст. угол. суд. ограниченія относительно примѣненія залога въ зависимости отъ важности преступнаго посягательства предположено въ проектѣ отмѣнить вслѣдствіе того, что залогъ по свойству своему, какъ видъ имущественнаго обезпеченія близко приближается къ поручительству, допускаемому дѣйствующимъ закономъ по отношенію ко всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, а съ точки зрѣнія стѣснительности для обвиняемаго каждая изъ этихъ двухъ мѣръ пресѣченія зависитъ отъ особенностей даннаго отдѣльнаго случая. Такъ, напримѣръ, требованіе поручительства можетъ оказаться для обвиняемаго болѣе затруднительнымъ, чѣмъ представленіе залога, и наоборотъ (Объясн. зап. т. II стр. 353)".

Нельзя не видѣть въ отмѣнѣ указанныхъ статей, поскольку такая отмѣна не восполнена соотвѣтственнымъ измѣненіемъ другихъ статей, рѣшительнаго шага, не оправдываемаго приведенными мотивами. Если въ проектѣ будетъ сохранено только постановленіе о предѣлѣ примѣненія подслѣдственнаго заключенія, безъ указанія на то, что этотъ предѣлъ дѣйствителенъ и для тѣхъ случаевъ, когда заключеніе назначено вслѣдствіе непредставленія залога или поручительства, то устраненіе существовавшихъ предѣловъ приведетъ къ тому, что за прикрытіемъ слишкомъ большой суммы обезпеченія будетъ практиковаться заключеніе подъ стражу. Мелкій воришка, не будучи въ состояніи представить большого залога, конечно, будетъ заключаться подъ стражу, хотя непосредственно судья заключить его подъ стражу права не имѣетъ. Можно предположить, что отмѣна ст. 417 и 418 была произведена подъ вліяніемъ смутнаго подражанія западно-европейскимъ уставамъ, въ которыхъ предѣла примѣненія залога и поручительства, какъ можетъ показаться на

чальнику объ освобожденіи обвиняемаго изъ подъ стражи съ объясненіемъ причинъ. При разногласіи дѣло передается прокурору, который вноситъ его въ военно-морской судъ (ст. 544 военно-морск. уст.). Какъ видно, постановленія военно-судебныхъ уставовъ суровѣе, чѣмъ постановленія общаго устава уголовнаго судопроизводства.

первый взглядъ, не установлено. Однако, такое отсутствіе тамъ вполнѣ естественно, такъ какъ денежное обезпеченіе примѣняется не иначе, какъ замѣна содержанія подъ стражей, а слѣдовательно оно не можетъ быть допущено тамъ, гдѣ не допускается и взятіе подъ стражу. Намъ представляется также желательной отмѣна ст. 417 и 418, но при этомъ должна быть сдѣлана необходимая оговорка о томъ, что взятіе подъ стражу не можетъ быть признано замѣняющей мѣрой въ тѣхъ случаяхъ, когда примѣненіе его запрещено закономъ.

22 марта 1903 г. утверждено новое уголовное уложеніе. Измѣненія, осуществившіяся въ уголовномъ кодексѣ, не могутъ не отразиться на опредѣленіи предѣловъ примѣненія высшихъ мѣръ обезпеченія. Измѣненія размѣровъ санкцій, уничтоженіе степеней въ отдѣльныхъ видахъ наказанія, реформа лишенія правъ—все это должно вызвать необходимость въ установленіи новыхъ границъ. Въ видѣ предположенія позволю себѣ намѣтить границы, кажущіяся мнѣ наиболѣе подходящими.

Какъ я уже указывалъ, при проступкахъ, влекущихъ наказаніе не выше денежной пени и ареста, за обвиняемыми должна быть признана полная подслѣдственная свобода отъ всякихъ мѣръ обезпеченія. Другая грань должна быть установлена для примѣненія подслѣдственнаго заключенія. Такою гранью можетъ быть наказаніе, угрожающее тюремнымъ заключеніемъ *до одного года*; при этомъ могутъ быть сдѣланы оговорки относительно изъятія лицъ, не имѣющихъ осѣдлости и рецидивистовъ (см. ниже). Если, напр., въ законѣ установленъ предѣлъ тюремнаго заключенія въ 6 мѣсяцевъ, то подслѣдственное заключеніе не должно примѣняться. Число статей, санкціей которыхъ является тюремное заключеніе, съ годовымъ срокомъ въ максимумѣ, весьма велико; преступленія, предусматриваемыя ими, не настолько тяжки, чтобы они требовали примѣненія высшей мѣры. На ряду съ тюремнымъ заключеніемъ до одного года [1]) гранью можетъ

[1]) Мы сочли болѣе удобнымъ не распространять право на свободу на слу-

быть поставлено заключеніе въ крѣпости до 6-ти лѣтъ, хотя болѣе продолжительное по сроку, но зато лишенное характера позорности и не сопряженное съ лишеніемъ правъ. Не должно, намъ кажется, вводить ограниченія для лицъ привилегированнаго званія (дворянъ, монашествующихъ, священнослужителей и почетныхъ гражданъ), которыя при присужденіи къ тюрьмѣ лишаются всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ (по ст. 27 угол. улож.—правъ состоянія) и потому по дѣйствующему праву могутъ быть заключаемы подъ стражу во время слѣдствія. По своему положенію и развитію эти лица болѣе всего способны сознавать блага свободы. Выдѣленіе ихъ составило бы прибавочную кару, совершенно не имѣющую себѣ оправданій.

Указываемый нами предѣлъ, хотя и нѣсколько ниже принятаго во Франціи, Голландіи и др., но представляетъ удобства легкой констатируемости, вслѣдствіе чего будетъ затруднено искусственное подведеніе подъ болѣе строгія наказанія, съ цѣлью полученія возможности примѣнять подслѣдственное заключеніе. Только съ большимъ укрѣпленіемъ сознанія обязанностей по отношенію къ правосудію возможно будетъ повышеніе этого предѣла. Пока же необходимо прилагать усилія къ правильной постановкѣ судейскаго усмотрѣнія, которому предстоитъ регулировать ограниченія свободы обвиняемыхъ въ остальныхъ случаяхъ.

Намъ остается разсмотрѣть еще одинъ видъ ограниченія судейскаго усмотрѣнія при примѣненіи мѣръ обезпеченія по признаку тяжести грозящаго наказанія. Мы имѣемъ въ виду *установленіе обязательности для судьи назначенія подслѣдственнаго заключенія* при обвиненіи въ преступленіяхъ извѣстной тяжести. Такая обязательность принята въ Австріи, Италіи, Швеціи, Румыніи и на практикѣ, при преступленіяхъ, за которыя грозитъ смертная казнь, въ Англіи. Законода-

---

чаи возвышенія нормальной продолжительности тюремнаго заключенія до 2-хъ лѣтъ и крѣпости до 9-ти по тѣмъ соображеніямъ, что они или указываютъ на совокупность преступленій или на спеціально квалифицируемые виды ихъ. Въ обоихъ случаяхъ особенно нежелательно предоставлять возможность безнаказанности.

тельства этихъ государствъ не разрѣшаютъ судьѣ освобождать обвиняемаго подъ денежное обезпеченіе, если ему грозитъ наказаніе извѣстной тяжести (обыкновенно каторжныя работы на срокъ не ниже 10-ти лѣтъ). Но въ большинствѣ государствъ такого крайняго стѣсненія судьи не установлено, и принята другая, могущая быть названной германской, система. Эта система заключается въ томъ, что при преступленіяхъ извѣстной тяжести (въ Германіи—если вмѣняемое дѣяніе является тяжкимъ преступленіемъ, въ Бельгіи—если за преступное дѣяніе грозитъ каторга на срокъ болѣе 15 лѣтъ и т. д.) заключеніе подъ стражу для судьи является общимъ правиломъ и отступленіе отъ этого правила онъ долженъ каждый разъ мотивировать; между тѣмъ какъ до этого предѣла онъ долженъ мотивировать назначеніе подслѣдственнаго заключенія. Законодатель здѣсь больше довѣряетъ судьѣ, и лишь требуетъ отъ него отчета въ мотивахъ, руководившихъ имъ. У насъ принята система полнаго усмотрѣнія судьи, хотя рядомъ мелкихъ, почти незамѣтныхъ ограниченій (о нихъ ниже) она сведена къ очень недоброкачественному виду системы германской, т. е. мотивировочной.

О непригодности первой системы, системы обязательности назначенія подслѣдственнаго заключенія говорить много не приходится: она покоится на томъ недовѣріи къ судьѣ, неосновательность котораго со стороны законодателя мы постарались выяснить. Система мотивировочная отчасти проникнута также этимъ недовѣріемъ, но она смягчаетъ его (германское законодательство не требуетъ въ этомъ случаѣ лишь особой мотивировки, обязательной вообще въ постановленіи о взятіи подъ стражу). Она можетъ быть признана системой посредствующей. Наиболѣе же благопріятной для свободы обвиняемыхъ явилась бы система, которую имѣли въ виду составители судебныхъ уставовъ, но безъ внесенныхъ въ нее искаженій [1]). Она кажется намъ и наилучшей, такъ какъ всегда

[1]) На практикѣ у насъ принята вообще система мотивировочная для всѣхъ случаевъ, а не только для болѣе тяжкихъ. Постановленіе о взятіи подъ стражу указываетъ лишь улики, создающія подозрѣніе въ совершеніи дѣянія извѣстной тяжести; мотивировка въ собственномъ смыслѣ отсутствуетъ, т. е. примѣняется

побуждаетъ судью не ограничиваться разслѣдованіемъ чисто внѣшнихъ обстоятельствъ, относящихся къ преступному дѣянію, а заставляетъ внимательно разбирать всѣ условія примѣненія подслѣдственнаго заключенія и потому обезпечиваетъ большую глубину судейскаго усмотрѣнія.

Такимъ образомъ усмотрѣніе судьи должно быть ограничено лишь признаніемъ права на свободу при преступленіяхъ, влекущихъ наказаніе извѣстной тяжести, запрещеніемъ принятія наиболѣе стѣснительныхъ мѣръ обезпеченія, если преступное дѣяніе, въ которомъ данное лицо обвиняется, не влечетъ тяжкаго наказанія и, наконецъ, обязательностью мотивировки во всѣхъ остальныхъ случаяхъ принятія мѣръ обезпеченія. Эти три вида ограниченій всѣ установлены въ интересахъ личной свободы. Обезпеченіе же интересовъ правосудія должно быть безбоязненно ввѣрено самому судьѣ; законодатель долженъ лишь выставить тѣ основанія и условія, на которыхъ должна покоиться дѣятельность судьи въ этихъ случаяхъ. Къ изслѣдованію этихъ условій и основаній мы сейчасъ и переходимъ.

IV.

Условія примѣненія мѣръ обезпеченія къ личности обвиняемаго.

Отличительной чертой хорошо выработаннаго законодательства является опредѣленность тѣхъ юридическихъ фактовъ, въ зависимость отъ существованія которыхъ поставлено примѣненіе какой-либо стѣсняющей права гражданъ мѣры. Не слѣдуетъ, конечно, полагать, что подъ опредѣленностью разумѣется точное перечисленіе всевозможныхъ конкретныхъ фактовъ; вполнѣ допустима и даже желательна абстрактная формулировка, извлеченная изъ ряда конкретныхъ случаевъ и обнимающая всѣ юридически-релевантные виды ихъ. Законъ, въ такой абстрактной редакціи, создается путемъ про-

---

система, принятая въ Германіи для наиболѣе тяжкихъ преступныхъ дѣяній. Комиссія пересмотра въ Германіи предполагаетъ принять систему Судебныхъ Уставовъ, т. е. полнаго усмотрѣнія (I, 88).

должительнаго юридическаго толкованія, ассимилирующаго постепенно появляющіеся въ жизни казусы и включающаго ихъ въ точныя формулы, содержащія въ небольшой фразѣ всю ихъ пестроту [1]).

Если опредѣленность установленныхъ юридическихъ фактовъ даже при широкой области усмотрѣнія въ примѣненіи дозволенныхъ закономъ мѣръ служитъ, вообще, отраженіемъ совершенства законодательства, то въ области правъ, относящихся къ личной свободѣ гражданина, она является, кромѣ того, существенной гарантіей противъ произвольныхъ посягательствъ на нихъ съ чьей либо стороны, указывая такимъ образомъ на уваженіе, которымъ пользуется свобода въ данномъ государствѣ.

Нашъ уставъ уголовнаго судопроизводства, несмотря на многія правовыя начала, сохранилъ все же еще не мало воззрѣній полицейскаго государства и, въ частности, въ той области, въ которой онъ соприкасается со свободой гражданъ—въ области принудительныхъ мѣръ, обезпечивающихъ неуклоненіе обвиняемаго. Въ настоящей главѣ мы разсмотримъ одинъ изъ относящихся къ этому вопросовъ объ условіяхъ примѣненія этихъ мѣръ, въ разрѣшеніи котораго наше законодательство стоитъ еще на почвѣ инструкціи, отличающейся замѣчательною неясностью и невыработанностью.

I. Условія принятія той или иной мѣры обезпеченія опредѣлены въ уставѣ уголовнаго судопроизводства въ ст. 421: „При избраніи мѣры къ пресѣченію обвиняемому способовъ уклоняться отъ слѣдствія принимаются въ соображеніе не только строгость угрожающаго ему наказанія, но также сила представляющихся противъ него уликъ, возможность скрывать слѣды преступленія, состояніе здоровья, полъ, возрастъ и положеніе обвиняемаго въ обществѣ“. Проектъ новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства 1900 г., воспроизводя въ точности эту статью (338 проекта), дополнилъ ее лишь еще однимъ условіемъ—возможностью вліять на пока-

[1]) О теоріи формулировки диспозиціи и, такъ назыв., „теоріи суррогатовъ“ см. Л. І. Петражицкій: Дополненія, сдѣланныя въ 2-мъ изд. „Права добросовѣстнаго владѣльца 1902“.

занія свидѣтелей. Для ясности онъ также сдѣлалъ указаніе, что при измѣнившихся обстоятельствахъ принятыя мѣры могутъ быть вовсе отмѣнены или замѣнены другими. Ст. 421 стоитъ въ зависимости отъ ст. 417—419, гдѣ опредѣляется возможность примѣненія наиболѣе стѣснительныхъ мѣръ въ зависимости отъ тяжести грозящаго наказанія.

Остановимся на анализѣ этой статьи. Прежде всего, она является результатомъ смѣшенія условій, общихъ для принятія, вообще, какой либо мѣры обезпеченія, и условій, спеціально обусловливающихъ взятіе подъ стражу. Такъ, нѣкоторыя изъ нихъ, какъ возможность скрыть слѣды преступленія (въ проектѣ также и вліять на свидѣтелей), возрастъ, полъ, состояніе здоровья, могутъ относиться, какъ мы увидимъ послѣ, только къ одному заключенію подъ стражу, другія, какъ сила уликъ, строгость наказанія и положеніе въ обществѣ, относятся, вообще, къ мѣрамъ обезпеченія. Скрывая спеціальныя условія за фономъ общихъ, законъ вноситъ крайнюю неопредѣленность.

Съ другой стороны, совсѣмъ не указаны степень обязательности и сравнительная важность каждаго условія. Законъ говоритъ только, что они „принимаются въ соображеніе". Но если смотрѣть съ такой точки зрѣнія, то ст. 421 является совершенно ненужной. Слѣдователь принимаетъ въ соображеніе, кромѣ указанныхъ условій, еще и массу другихъ. Слѣдователю не дано никакого указанія, въ какомъ отношеніи эти условія имѣютъ значеніе. Если допустить, что законъ хотѣлъ поставить усмотрѣніе добросовѣстнаго судьи, вмѣсто строгой формы, то онъ придалъ ему неправильный характеръ. Усмотрѣніе—актъ оцѣнки, критерій которой необходимо долженъ быть указанъ въ законѣ. Однако, здѣсь мы такого критерія не находимъ. Законъ не указываетъ, для принятія какой мѣры эти условія являются достаточными, и даже то правило, что заключеніе подъ стражу слѣдуетъ примѣнять лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда остальныя мѣры окажутся недостаточными, приходилось создавать сенатскими разъясненіями и министерскими циркулярами [1]).

[1]) См., напр., послѣдній циркуляръ министра юстиціи отъ 15 декабря 1900 г.

Благодаря своей неопредѣленности и необязательности, статья эта имѣетъ характеръ добраго совѣта, инструкціи, но отнюдь не законодательнаго постановленія. Это не твердыя правила руководства, а лишь обстоятельства „для соображенія“. Приведемъ отрывокъ циркуляра министра юстиціи отъ 15 декабря 1900 г., гдѣ указывается на необходимость понимать ст. 421 именно въ такомъ смыслѣ. „Личное задержаніе, дорого обходящееся казнѣ и частнымъ интересамъ, должно быть примѣняемо сравнительно рѣдко и каждый разъ лишь по установленіи прямого, законнаго къ тому основанія, главнымъ образомъ въ видахъ пресѣченія обвиняемому уклоненія, *если есть какое либо вѣроятіе такого уклоненія.* Всѣ же другія относящіяся сюда условія—тяжесть угрожаемаго наказанія, сила уликъ, возможность скрыть слѣды и личныя свойства обвиняемаго—являются второстепенными и *служатъ болѣе для соображенія, чѣмъ для самостоятельнаго рѣшенія вопроса объ избраніи мѣры пресѣченія*“.

Даже принимая пока такое толкованіе, мы не избѣгаемъ спорныхъ вопросовъ. Необходимо отвѣтить на то, принимаются ли въ соображеніе обстоятельства, указанныя въ ст. 421, лишь постольку, поскольку они создаютъ вѣроятность побѣга, или же поскольку они создаютъ какое-либо особенное основаніе наряду съ возможностью побѣга, заставляющее усиливать или ослаблять мѣру обезпеченія. Если придерживаться только перваго пониманія, то возникаетъ рядъ недоразумѣній: какимъ образомъ возможность вліять на показаніе свидѣтелей или скрывать слѣды можетъ отражаться на вѣроятіи побѣга? Почему указаны именно такія свойства, а не десятки другихъ, какъ, напр., состоятельность, характеръ, прежняя преступность обвиняемаго и пр., еще въ большей степени могущія опредѣлять вѣроятіе побѣга? Если же стать

за № 669 („Право“, 1900 г. № 52) „Еще опаснѣе и вреднѣе всякое излишество или натяжка въ лишеніи обвиняемаго свободы, къ этой мѣрѣ можно прибѣгать, какъ неоднократно было указываемо министерствомъ юстиціи, единственно въ крайней и неизбѣжной въ томъ надобности, когда исчерпана или устранена возможность примѣнять какую либо иную, болѣе легкую предупредительную мѣру“.

на вторую точку зрѣнія, то мы встрѣтимъ рядъ условій, не могущихъ никакъ быть признанными за особыя основанія принятія мѣръ обезпеченія: таковы, напр., положеніе обвиняемаго въ обществѣ, сила уликъ, тяжесть наказанія. Невозможность примѣнить то или другое толкованіе въ отдѣльности заставляетъ насъ придти къ заключенію, что въ ст. 421 оба взгляда смѣшаны, и что въ ней не различаются условія примѣненія и цѣли (или основанія) назначенія мѣръ обезпеченія. Такой выводъ еще болѣе укрѣпится, если мы сравнимъ наше законодательство съ германскимъ, австрійскимъ и венгерскимъ, гдѣ ясно выдѣлены и поставлены въ качествѣ основаній—опасность побѣга, возможность скрыть слѣды и вліять на свидѣтелей, экспертовъ и соучастниковъ и, наконецъ, опасность довершенія и повторенія преступленій (въ венгерскомъ и австрійскомъ). Такое смѣшеніе объяснить одною случайностью или недосмотромъ нельзя, и пусть не посѣтуетъ читатель, если мы на нѣсколько времени займемъ его вниманіе историческимъ объясненіемъ появленія его.

II. Въ т. XV ч. 2, дѣйствовавшемъ до созданія судебныхъ уставовъ 1864 г., строго устанавливалась обязательность примѣненія каждой изъ существовавшихъ тогда „мѣръ содержанія обвиняемаго“, т. е. содержанія при тюрьмѣ и полиціи, домашняго ареста, полицейскаго надзора и поручительства. „Въ тюрьмѣ содержатся всѣ обвиняемые, кои обвиняются въ преступленіяхъ, влекущихъ... и пр. и пр. (ст. 877 суд. 1832 г.)“. „Оговоренные, ссылающіеся при очной ставкѣ на повальный обыскъ, должны были содержаться подъ надзоромъ полиціи (1011 ст. изд. 42 г.)“. Въ домашнемъ арестѣ и полицейскомъ надзорѣ содержались обвиняемые, подлежащіе только временному тюремному заключенію (ст. 877 изд. 32 г., 1010 изд. 42 г.) и т. д. Словомъ, примѣненіе каждой „мѣры пресѣченія“ было строго ограничено и опредѣлено закономъ, главнымъ образомъ, сообразно съ тяжестью наказанія. Но, обязывая полицію принимать соотвѣтственныя мѣры, законъ постарался опредѣлить, при какихъ условіяхъ нужно примѣнять ихъ: 1) если обвиненіе является важнымъ (т. е. государственная власть заинтересована въ немъ), 2) если улики

сильны, 3) если званіе обвиняемаго позволяетъ примѣнить къ нему соотвѣтственную мѣру. Ст. 875 (изд. 32 г.), или 1007 ст. (изд. 42 г.), или 132 ст. (изд. 57 г.), предписывала полиціи „сообразоваться съ важностью обвиненія, съ силою уликъ и со званіемъ обвиняемаго и постановить мѣру содержанія его для пресѣченія ему способовъ уклоняться отъ слѣдствія и суда, соразмѣряя строгость ея съ дѣйствительной необходимостью". Послѣднее замѣчаніе прибавлено въ качествѣ общаго правила для руководства. Эта статья примѣнительно къ тогдашнему законодательству имѣла свое значеніе и служила дѣйствительно нѣкоторымъ ограниченіемъ произвола.

Составители устава угол. суд. 1864 г. рѣшились отступить отъ установленія обязательности примѣненія каждой мѣры и лишь создали въ ст. 417—419 крайнія границы примѣненія наиболѣе тяжкихъ мѣръ. Какъ гласитъ объяснительная записка 1863 года (глава VI), составители проекта оставили все же въ качествѣ основного критерія свойство преступленія, въ коемъ данное лицо обвиняется, и родъ наказанія, которому оно можетъ подвергнуться. Сохранивъ старый критерій, хотя и лишивъ его исключительно-обязательной силы, составители незамѣтно склонились къ старому пути и стали разсматривать примѣненіе мѣръ наиболѣе стѣснительныхъ къ преступленіямъ извѣстной тяжести, какъ нормальный порядокъ. Поэтому и отжившія правила условій примѣненія ихъ незамѣтно проскользнули въ новый уставъ. По духу закона у насъ (подобно французскому законодательству) общимъ правиломъ является примѣненіе максимальныхъ мѣръ къ случаямъ, указаннымъ въ ст. 417—419.

Придерживаясь такого взгляда, безсознательно сохранившагося еще отъ старой практики, составители проекта 1863 г. вовсе не задавались цѣлью опредѣлить въ ст. 421 всѣ условія и критеріи оцѣнки, а лишь хотѣли отмѣтить нѣсколько обстоятельствъ, являющихся какъ бы льготами, при наличности которыхъ не слѣдовало бы примѣнять максимальныхъ мѣръ. Такими льготами явились указанія на полъ, возрастъ, здоровье, силу уликъ, положеніе въ обществѣ. Что касается возможности вліять на сокрытіе слѣдовъ, то это обстоятель-

ство добавлено внѣ всякой связи съ остальными и именно потому, что и оно, по мнѣнію законодателя, можетъ вліять на принятіе мѣры обезпеченія. Законодатель не обратилъ вниманія на то, что оно въ противоположность остальнымъ служитъ отягчающимъ обстоятельствомъ, а не льготою, что оно является особымъ основаніемъ для примѣненія подслѣдственнаго заключенія, а отнюдь не условіемъ оцѣнки. За выключеніемъ этого обстоятельства, можно было бы смотрѣть на обстоятельства ст. 421 какъ на условія, которыя явились бы уважительными причинами для отступленія отъ общаго правила. Къ такому пониманію приводитъ насъ и анализъ этихъ условій который будетъ произведенъ въ дальнѣйшемъ. А между тѣмъ, несправедливость такой постановки ясна уже изъ того, что законъ общимъ образомъ ограничиваетъ свободу обвиняемыхъ, независимо отъ необходимости этого ограниченія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Къ счастью, какъ мы указывали, практика не придерживается такого пониманія закона и свободно отступаетъ отъ такого общаго правила. Скажемъ еще больше, что и самъ законодатель не имѣлъ въ виду создавать его, а оно появилось незамѣтно, перейдя въ уставъ 1864 г. изъ свода вслѣдствіе недостаточно внимательнаго отношенія къ законодательной техникѣ и систематикѣ. Въ дальнѣйшемъ изложеніи, поэтому, нашей задачей явится—показать, въ какомъ отношеніи должна быть измѣнена эта статья, чтобы, дѣйствительно, соотвѣтствовать идеѣ законодателя и правовымъ началамъ современнаго процесса.

III. Разберемъ сначала личныя свойства, указанныя въ законѣ,—полъ, возрастъ и состояніе здоровья. Они, конечно, имѣютъ значеніе для опредѣленія возможности уклоненія отъ правосудія. Но не это ихъ значеніе имѣлъ въ виду законодатель.

Указывая на полъ, какъ на одно изъ условій, законъ, вѣроятно, хотѣлъ повторить существовавшее въ Сводѣ (ст. 105 т. XV ч. 2 изд. 57 г.) постановленіе о томъ, что женщины, кормящія дѣтей и находящіяся въ періодѣ беременности, не должны быть заключаемы подъ стражу.

Возрастъ несовершеннолѣтія имѣлъ особое значеніе до

закона 2 іюня 1897 г., установившаго для дѣтей до 17 лѣтъ особую систему мѣръ обезпеченія. До этого закона указаніе на возрастъ было необходимо для огражденія дѣтей отъ излишняго тюремнаго заключенія. Теперь же это условіе сохраняетъ свой смыслъ лишь для старческаго возраста, требующаго большого уваженія.

Болѣзненное состояніе здоровья часто служитъ препятствіемъ къ заключенію подъ стражу. Необходимость тщательнаго ухода, которому больной долженъ подвергаться, часто обусловливаетъ невозможность примѣненія къ нему мѣръ, сопряженныхъ съ лишеніемъ свободы. Заключеніе больного подъ стражу было бы жестокостью, не оправдываемою притомъ необходимостью.

Указанныя личныя свойства, какъ мы видѣли, имѣютъ значеніе лишь для взятія подъ стражу и созданы не столько въ видахъ указанія случаевъ меньшей вѣроятности побѣга, сколько изъ за чувства гуманности, запрещающаго подвергать человѣка, находящагося въ исключительно слабомъ состояніи, тяжелому лишенію свободы. Поэтому при желаніи сохранить въ уставѣ эти гуманныя постановленія, гораздо цѣлесообразнѣе было бы вмѣсто смутныхъ указаній на полъ, возрастъ и здоровье, предоставленныхъ толкованію слѣдователя, создать ясное постановленіе приблизительно слѣдующаго содержанія: „Лица старыя, дряхлыя или страдающія болѣзнью, требующей тщательнаго домашняго ухода, а также женщины, беременныя или кормящія грудью дѣтей, по возможности не должны быть заключаемы подъ стражу“.

Но даже за выдѣленіемъ этихъ правилъ въ особую статью, въ законѣ слѣдуетъ указать на личныя свойства обвиняемаго какъ на условіе, очень сильно вліяющее на выборъ мѣры обезпеченія. Они въ весьма многомъ опредѣляютъ склонность обвиняемаго къ побѣгу. Характеръ обвиняемаго, его нравственная физіономія, наклонность къ пьянству и разврату, нѣкоторыя физіологическія качества (напр., способность къ работѣ)—все это вліяетъ на общее рѣшеніе судьи. Въ Англіи предъ назначеніемъ мѣры обезпеченія констэбль участка, гдѣ проживалъ или проживаетъ обвиняемый, сообщаетъ судьѣ

всѣ имѣющіяся у него свѣдѣнія о личности обвиняемаго, и судья, сообразуясь съ ними, назначаетъ денежное обезпеченіе въ извѣстномъ размѣрѣ или заключаетъ подъ стражу [1]). Къ сожалѣнію, на континентѣ полиція въ большинствѣ случаевъ плохо и крайне односторонне знаетъ живущихъ въ ея участкѣ, и на ея сужденія, часто пристрастныя, бываетъ трудно положиться. Поэтому судья лишенъ возможности точнаго опредѣленія личныхъ свойствъ обвиняемаго и принужденъ формальнѣе относиться къ назначенію принудительной обезпечивающей мѣры. Но вслѣдствіе такой затруднительности еще не слѣдуетъ игнорировать личныя свойства, являющіяся хорошимъ показателемъ вѣроятности побѣга.

Не менѣе важную роль въ этомъ отношеніи играютъ и свойства общественныя. Законъ указываетъ на нихъ въ ст. 421, предписывая сообразоваться „съ положеніемъ обвиняемаго въ обществѣ“, и въ ст. 420, допуская взятіе подъ стражу обвиняемыхъ, не имѣющихъ осѣдлости, и въ тѣхъ случаяхъ, когда мѣра, указанная въ ст. 419, не можетъ быть примѣнена. Другими словами онъ представляетъ здѣсь полное усмотрѣніе слѣдователю.

Оба эти постановленія безъ особой критики были заимствованы изъ Свода. „Положеніе въ обществѣ“ замѣнило „званіе“, а правило ст. 420 было поставлено вмѣсто прежде существовавшей безусловно неопредѣленной нормы т. XIV о томъ, что по отношенію къ бродягамъ „начальство не стѣсняется правилами, въ общихъ законахъ уголовныхъ изложенными“.

Указаніе на положеніе обвиняемаго въ обществѣ имѣетъ довольно смутный характеръ. Безспорно, общественное положеніе вліяетъ на склонность къ побѣгу. Но хотѣлъ ли законодатель выставить это условіе какъ общее или же разумѣлъ, подобно другимъ условіямъ, разсмотрѣннымъ нами выше, какіе либо частные случаи? Большинство комментато-

---

[1]) Это свѣдѣніе было намъ любезно передано англійскимъ корреспондентомъ Журн. Мин. Юст., Сесилемъ Мидъ Алленомъ.

ровъ [1]), безсознательно слѣдуя взгляду на ст. 421, какъ на перечисленіе льготъ, понимаютъ подъ этимъ постановленіемъ указаніе на частные случаи: на ст. 420 о лицахъ, не имѣющихъ осѣдлости, и на ст. 1021, предписывающую „задерживать священнослужителей и монашествующихъ только по обвиненіямъ въ важныхъ преступленіяхъ и лишь въ случаяхъ крайней въ томъ необходимости (сдѣланное лишній разъ законодателемъ подчеркиваніе взгляда на взятіе подъ стражу, какъ на нормальную мѣру въ преступленіяхъ, указанную въ ст. 419; иначе зачѣмъ особо упоминать критеріи, долженствующіе быть общими?). Но противъ такого узкаго пониманія можно возразить, что случаи эти, предусмотрѣнные особыми статьями, излишне было бы снова повторять. Правильнѣе придавать этому условію болѣе общій характеръ. „Званіе обвиняемаго“ въ старомъ законодательствѣ было весьма существеннымъ условіемъ при избраніи мѣры обезпеченія. Если его должно было замѣнить „положеніе въ обществѣ“, то почему такъ ограничивать его значеніе?

Подъ общественнымъ положеніемъ слѣдуетъ разумѣть совокупность связей, прикрѣпляющихъ обвиняемаго къ извѣстному общественному кругу и такимъ образомъ опредѣляющихъ степень вѣроятности побѣга. Сюда подойдутъ занятіе обвиняемаго, принадлежность его къ извѣстному классу, общественная репутація, общественная или государственная служба, семейное положеніе и пр. Въ этомъ отношеніи проектъ 1900 года расширяетъ значеніе общественнаго положенія, предписывая (ст. 341 пр.) лицъ, состоящихъ на государственной службѣ, отдавать подъ надзоръ начальства, монашествующихъ же—въ вѣдѣніе духовнаго начальства (ст. 1206 пр.). Общественное положеніе, безъ всякаго ущерба для содержанія, можетъ быть замѣнено „общественными свойствами“. Сюда, кромѣ указанныхъ соціальныхъ связей, подойдутъ еще два существенно важныхъ для опредѣленія вѣроятности побѣга свойства—осѣдлость и прежняя преступность.

[1]) Квачевскій. Объ уголовномъ преслѣдованіи, стр. 407. Макалинскій. Руководство судебн. слѣд., т. I, стр. 466.

Осѣдлость (понятіе „постояннаго мѣстожительства“, приводимое въ качествѣ синонима,—значительно уже) при развитомъ соціальномъ строѣ является важнымъ общественнымъ симптомомъ. Она указываетъ, что человѣкъ связанъ съ извѣстнымъ соціальнымъ кругомъ, выполняетъ извѣстную соціальную функцію, дающую ему возможность жить, имѣть ремесло, промыселъ, занятіе. Наоборотъ, отсутствіе осѣдлости, не носящее временнаго и случайнаго характера, служитъ признакомъ того, что данное лицо добываетъ себѣ средства нищенствомъ или даже преступленіемъ. Такимъ образомъ, отсутствіе осѣдлости есть только внѣшній признакъ, за которымъ скрывается классъ подозрительныхъ лицъ. Законъ, конечно, имѣетъ въ виду по отношенію къ такимъ лицамъ легкость побѣга и трудность поимки ихъ, въ случаѣ совершенія побѣга, но все же главнымъ мотивомъ строгаго отношенія къ неимѣющимъ осѣдлости являются полицейскія цѣли. потому что оставленіе на свободѣ такихъ лицъ представляется не безопаснымъ для правопорядка.

Въ прежнее время (прусскій законъ 1850 года, французское законодательство до 1865 г., русскій т. XV, ч. 2) и въ нѣкоторыхъ современныхъ кодексахъ (итальянскомъ) для слѣдственной власти устанавливалась обязательность заключенія подъ стражу лицъ, не имѣющихъ осѣдлости. Государство не хотѣло подвергать себя ни малѣйшему риску и приносило въ жертву свободу такихъ лицъ, не внушавшую къ себѣ уваженія, такъ какъ, пользуясь ею, эти лица не исполняли никакой полезной для государства функціи. Однако, такое безусловно обязательное правило крайне стѣснительно. Слѣдователь будетъ обязанъ заключать подъ стражу и при слабыхъ уликахъ, или даже тогда, когда есть полное основаніе расчитывать на явку обвиняемаго (напр., при повинной). Возможно также нахожденіе въ числѣ лицъ, не имѣющихъ осѣдлости, и такихъ, которыя не обладаютъ общественно вредными свойствами, но ведутъ такой образъ или вслѣдствіе болѣзненной склонности, или удовольствія или даже необходимости. Во всѣхъ этихъ случаяхъ обязательное заключеніе подъ стражу было несправедливымъ. Вполнѣ достаточнымъ оказалось бы предложеніе слѣдователя избрать опре-

дѣленное мѣстожительство съ отобраніемъ подписки о невыѣздѣ или съ принятіемъ другой, не лишающей свободы мѣры опезпеченія.

Поэтому, большинство современныхъ уставовъ принимаетъ факультативность, расширяя лишь предѣлы примѣненія ареста: именно при неимѣніи осѣдлости теряется право не быть заключаемымъ подъ стражу въ случаѣ совершенія преступнаго дѣянія, не достигающаго извѣстной тяжести. Такъ, ст. 113 Code d'Inst. crim., измѣненная закономъ 1865 года, лишаетъ права подслѣдственной свободы лицъ, не имѣющихъ осѣдлости. Такое же постановленіе имѣется въ Голландіи и Норвегіи. Въ Бельгіи лица, не имѣющія осѣдлости, при совершеніи преступнаго дѣянія, за которое въ законѣ положено наказаніе отъ 3-хъ мѣсяцевъ тюрьмы до 15 лѣтъ каторжныхъ работъ, по общему правилу заключаются подъ стражу (т. е. оставленіе ихъ на свободѣ должно быть мотивировано). Въ Германіи (ст. 112, п. 2) подозрѣніе въ побѣгѣ, при наличности котораго обвиняемый можетъ быть заключенъ подъ стражу, не требуетъ дальнѣйшей мотивировки, если онъ не имѣетъ мѣстожительства и осѣдлости или если онъ бродяга и не можетъ удостовѣрить своей личности. Въ австрійскомъ уставѣ (ст. 175) перечисляются тѣ же свойства, но общаго правила не устанавливается, а лишь указывается на возможность заключенія подъ стражу при этихъ условіяхъ. На такой же точкѣ зрѣнія стоитъ и нашъ уст. уг. суд. въ ст. 420, которому принадлежитъ заслуга наиболѣе ранняго введенія такой факультативности въ законъ.

Конечно, хотя законъ и устанавливаетъ факультативность, практика очень часто (но не всегда) примѣняетъ лишеніе свободы къ неосѣдлымъ. Такъ, русская статистика показываетъ, что почти всѣ лица. судившіяся за бродяжество, и болѣе половины судившихся за нищенство содержались до суда подъ стражей.

Другимъ важнымъ общественнымъ свойствомъ является *прежняя преступность*. Она указываетъ, что оставленіе даннаго лица на свободѣ можетъ явиться опаснымъ для общества вслѣдствіе склонности этого лица къ преступленію. Неодно-

кратный рецидивъ, кромѣ того, указываетъ на антисоціальные импульсы обвиняемаго и, слѣдовательно, на стремленіе къ уклоненію отъ суда. Прежнія законодательства, слѣдуя такому взгляду, предписывали безусловное заключеніе подъ стражу. И теперь итальянскій уставъ отказываетъ въ подслѣдственной свободѣ рецидивистамъ въ кражѣ, грабежѣ, шантажѣ и нѣкоторыхъ другихъ преступныхъ дѣяніяхъ. Противъ обязательности такой мѣры можно привести всѣ соображенія, указанныя выше: замѣтимъ также, что полиція очень часто высказываетъ неосновательныя подозрѣнія на лицъ, считаемыхъ профессіональными преступниками, и слѣдователи не стѣсняются заключать ихъ подъ стражу при полной невыясненности обстоятельствъ дѣла. Объ ихъ свободѣ и такъ заботятся очень мало, принося ее въ жертву безопасности. Устанавливать же еще обязательность вполнѣ излишне. Правильнѣе, поэтому, принять французскую теорію ст. 113, лишающую права на свободу (но не возможности быть отпущенными) лицъ, уже бывшихъ ранѣе осужденными за преступленіе на срокъ болѣе одного года, если имъ грозитъ вновь тюрьма. Предоставленіе же и рецидивистамъ свободы по праву сильно зедержало бы увеличеніе границъ предоставленія такой свободы, вообще, всѣмъ гражданамъ (несмотря даже на сравнительно бо̀льшую тяжесть наказанія при рецидивѣ).

Лишеніе рецидивистовъ свободы по праву, въ случаѣ если имъ вновь грозитъ преступленіе не ниже тюрьмы, было бы наиболѣе удобной формой выраженія необходимости сильнѣе обезпечить неуклоненіе такого обвиняемаго отъ правосудія. Дѣленіе обвиняемыхъ на категоріи профессіональныхъ, привычныхъ, случайныхъ преступниковъ было бы весьма нецѣлесообразно, да и невозможно. Оно обусловливается цѣлями репрессіи, а не цѣлями обезпеченія неуклоненія. Единственно возможнымъ признакомъ останется рецидивъ.

IV. Мы указали условія, опредѣленіе важности которыхъ предоставлено усмотрѣнію слѣдователя, въ настоящее же время намъ предстоитъ разсмотрѣть такія предпосылки для принятія какой либо мѣры обезпеченія, которыя безусловно обязатель-

ны для слѣдователя или для иного судьи, обладающаго правомъ примѣнять эти мѣры. Эти предпосылки являются *правовыми условіями*, гарантирующими гражданъ отъ произвола.

Основнымъ правовымъ условіемъ принятія противъ обвиняемаго мѣры обезпеченія является вчиненіе противъ него обвиненія въ судѣ. Безъ этого условія могутъ примѣняться лишь предварительныя мѣры, являющіяся средствомъ представленія въ судъ. Предварительныя мѣры (арестъ, приводъ) примѣняются другими органами—полиціей общей и спеціальной, частными лицами и, наконецъ, судомъ. Онѣ строго ограничены правовыми предѣлами и срокомъ. Естественной гранью, отдѣляющей мѣры предварительныя отъ мѣръ обезпеченія, является допросъ, гарантирующій правильность привлеченія къ слѣдствію.

Изъ современныхъ западныхъ государствъ только во Франціи и Италіи не различаются принципіально приказы предварительные и приказы слѣдственные. Оба называются mandats de depôt, m. d'arrêt mandato di cattura (хотя, какъ особые институты, arrestation préventive и détention préventive строго отдѣлены). Остальныя государства признаютъ необходимость формальнаго привлеченія къ обвиненію за предпосылку для принятія мѣръ обезпеченія. Въ нашемъ уставѣ уг. суд. это условіе прямо не выражено, и, если слѣдовать терминологіи устава, то придется даже отрицать необходимость этого правила (ст. 257). Однако, отъ такого вывода удерживаютъ косвенныя соображенія.

Мѣры обезпеченія примѣняются только къ лицамъ, состоящимъ подъ слѣдствіемъ и судомъ (ст. 416), и называются также мѣрами пресѣченія способовъ уклоненія отъ слѣдствія и суда. Подслѣдственное состояніе наступаетъ послѣ допроса и привлеченія къ суду. Отсюда съ несомнѣнностью слѣдуетъ, что начало обвиненія есть необходимая предпосылка принятія этихъ мѣръ. Несмотря на возможность такого косвеннаго толкованія, представляется все же желательнымъ спеціальное указаніе на возможность принятія мѣръ обезпеченія лишь послѣ допроса.

Другимъ правовымъ (а не факультативнымъ, какъ ука-

зано въ ст. 421) условіемъ для принятія мѣръ обезпеченія является наличность сильныхъ уликъ виновности опредѣленнаго лица во вмѣняемомъ ему преступленіи. Сила уликъ— это краеугольный камень, на которомъ построена вся система принудительныхъ мѣръ въ процессѣ. Она проводитъ грань между гражданиномъ, свободнымъ отъ суда, и гражданиномъ, привлеченнымъ къ суду; она вызываетъ ограниченія въ правахъ, налагаетъ пятно позора на честное имя.

Такое значеніе уликъ заставляетъ особенно внимательно относиться къ обвиненіямъ. Судъ не обладаетъ непосредственнымъ знаніемъ факта преступленія, онъ можетъ опредѣлять виновность лишь посредствомъ полученія свѣдѣній изъ вторыхъ рукъ. Поэтому въ вопросѣ объ оцѣнкѣ силы доказательствъ нужно быть весьма осторожнымъ. Здѣсь не мѣсто останавливаться на сравнительномъ значеніи доказательствъ, слѣдуетъ только сказать, что простое подозрѣніе, безъ прочныхъ уликъ, недостаточно для принятія мѣры обезпеченія [1]).

Больше всего слѣдуетъ остерегаться мстить обвиняемому, котораго нельзя привлечь къ суду за недостаточностью уликъ, заключеніемъ его подъ стражу до прекращенія дѣла судомъ [2]). Вносить личное пристрастіе въ общественное дѣло и самому становиться карающимъ судьей недостойно честнаго слѣдователя. Не должно слѣдователю также добиваться во что бы то ни стало сознанія обвиняемаго, изъ предположенія, что сознаніе—лучшее доказательство всего свѣта.

Еще въ сводѣ т. XV, ст. 1007 (изд. 1842 г.) сила уликъ была поставлена въ качествѣ основного условія примѣненія мѣръ обезпеченія. Но въ уставѣ уг. суд. въ ст. 421 ука-

[1]) Патерсонъ Commentary of the liberty of subjects (т. II, p. 137 1877) говоритъ: An cardinal rule, which ought to be written in letter of gold, that no one can be arrested on mere suspicion of crime. Припомнимъ также слова Беккаріи по этому предмету (выше стр. 41).

[2]) Такое печальное злоупотребленіе, однако, наблюдалось у насъ. Такъ, въ 1880 году прокуроръ Казанской палаты послѣ ревизіи указывалъ въ отчетѣ, что „суд. слѣдователи и лица прокурорскаго надзора иногда примѣняютъ заключеніе подъ стражу съ исключительною цѣлью наказать такого обвиняемаго, который за недостаточностью и слабостью уликъ, по сознанію судебнаго слѣдователя и лица прокурорскаго надзора, не можетъ быть преданъ суду", см. Юрид. Вѣсти. 1881, кн. I, А. Т. Т. О предварительномъ заключеніи.

зывается на силу представляющихся противъ обвиняемаго уликъ, лишь какъ на условіе, принимаемое въ соображеніе при назначеніи мѣръ обезпеченія. Правда, ст. 262 указываетъ, что предварительное слѣдствіе не можетъ быть начато судебнымъ слѣдователемъ безъ законнаго къ тому повода и достаточнаго основанія. Но подъ достаточнымъ основаніемъ подразумѣвается только формальная законность, а не основательность его. Законъ не установилъ никакихъ правилъ для оцѣнки уликъ судебными слѣдователями, но для полиціи, въ ст. 257 такая оцѣнка произведена. Довѣряя судьѣ и считая особенно важнымъ при подозрѣніи внутреннее убѣжденіе судьи, основанное на предположеніяхъ, косвенныхъ указаніяхъ и пр., не поддающихся еще объективному разсмотрѣнію, но ясныхъ уже для разслѣдующаго, законъ поставилъ въ этой области свободную судебную оцѣнку, а существованіе такой оцѣнки требуетъ, чтобы органъ, назначающій мѣры обезпеченія, былъ судьей, а не одностороннимъ представителемъ правительства или государственной власти. При настоящемъ положеніи, когда установлена обязательность принятія мѣръ обезпеченія по отношенію къ каждому обвиняемому, условіе силы уликъ не имѣетъ существеннаго значенія для вопроса о томъ, принимать или не принимать мѣры обезпеченія, но оно важно лишь для опредѣленія того, насколько вѣроятнѣе будетъ предполагаемая склонность обвиняемаго къ побѣгу при большей силѣ уликъ. При большей силѣ уликъ и большемъ, слѣдовательно, вѣроятіи осужденія, существуетъ и у обвиняемаго больше мотивовъ къ бѣгству. Такимъ образомъ, сила уликъ здѣсь получаетъ характеръ одного изъ условій, опредѣляющихъ необходимость заключенія подъ стражу. Значеніе этого условія въ этомъ отношеніи, однако, гораздо меньше, чѣмъ въ первомъ—основномъ для примѣненія мѣръ обезпеченія. Съ установленіемъ въ проектѣ необязательности примѣненія мѣръ обезпеченія сила уликъ должна лишь сохранить общее правовое свое значеніе.

Въ западныхъ государствахъ, гдѣ въ широкихъ размѣрахъ допускается полная подслѣдственная свобода и гдѣ содержаніе подъ стражей является основной мѣрою обезпече-

нія, требованіе силы уликъ выдѣляется особо и ему придается большое значеніе. Такъ, въ германскомъ уставѣ уголовнаго судопроизводства въ ст. 112 требуются dringende (въ проектѣ германскаго устава было—hinreichende Verdachtsgründe); французскій кодексъ (ст. 40, 91, 94) упоминаетъ о силѣ уликъ, какъ о необходимомъ условіи примѣненія принудительныхъ мѣръ (indices graves, см. F. Hélie. Code d'Instr. Cr. t. IV, p. 616); англійскій законъ требуетъ „strong or probable presumption of the guilt" (Jervis act. XXV sect); ст. 180, п. 1 австрійскаго устава 1873 г. позволяетъ заключать подъ стражу обвиняемаго лишь послѣ допроса судебнымъ слѣдователемъ, если остается подозрѣніе въ виновности. Въ новѣйшихъ кодексахъ, венгерскомъ и норвежскомъ, требуется наличность „важныхъ уликъ" (gewichtige Verdachtsgründe въ ст. 148 венг. уст. и triftige Gründe въ ст. 220 норв. уст.).

Возбужденіе предварительнаго слѣдствія не должно еще влечь за собою стѣсненій обвиняемаго. Начинаясь, предположимъ, по жалобѣ, неосновательность которой ясна внутреннему убѣжденію слѣдователя, но по которой онъ обязанъ произвести разслѣдованіе (303 ст.), слѣдствіе можетъ ограничиваться одними только розыскными дѣйствіями, не влекущими примѣненія мѣръ обезпеченія. Здѣсь слабость уликъ влечетъ за собою свободу обвиняемаго. То же самое происходитъ и при направленіи дѣла къ прекращенію. Между тѣмъ, дѣйствующимъ законодательствомъ при слѣдствіи не предоставлено такого выхода [1]).

Съ введеніемъ факультативности примѣненія мѣръ обезпеченія сила уликъ должна стать правовымъ основаніемъ для принятія всякой мѣры обезпеченія и въ особенности для заключенія подъ стражу. Указаніе на то, что сила уликъ „принимается въ соображеніе"—слишкомъ недостаточно, нужно ясно указать на необходимость этого условія. Только дѣй-

---

[1]) Позволю себѣ привести слова Coffinières противъ такой обязательности изъ его „Traité de la liberté individuelle", t. II p. 237 „Pourquoi supposer que la plainte est fondée à l'instant même où le magistrat en est saisi? ou plutôt pourquoi punir dans certains cas celui là même qu'on sait d'avance ne pas être coupable par cela qu'une accusation a été porté contre lui?".

ствительная увѣренность въ виновности, а не простое, часто неосновательное, подозрѣніе можетъ оправдать примѣненіе всякой стѣснительной мѣры [1]).

Съ каждымъ дальнѣйшимъ моментомъ процесса основательность уликъ въ глазахъ судейскихъ органовъ возрастаетъ, а въ послѣдней стадіи переходитъ въ приговоръ суда—высшій способъ признанія достаточности уликъ виновности. Въ соотвѣтствіи съ такимъ усиленіемъ силы уликъ въ различныхъ законодательствахъ установлены и усиленія въ характерѣ принимаемыхъ мѣръ. Такъ, во французскомъ законодательствѣ по дѣламъ, подлежащимъ суду присяжныхъ, обязательно назначается заключеніе подъ стражу послѣ преданія суду. То же самое на практикѣ примѣняется въ Бельгіи. Въ русскомъ уставѣ уголовнаго судопроизводства существуютъ спеціальныя ограниченія усмотрѣнія судебныхъ органовъ лишь для періода, который наступаетъ послѣ провозглашенія обвинительнаго приговора, если подана жалоба (ст. 190 п. 3. 175[a]). Такъ, подсудимый, подавшій отзывъ противъ приговора, присуждающаго его къ лишенію свободы, можетъ оставаться на свободѣ только по представленіи суду залога или поручительства. То же самое для присужденныхъ неокончательными приговорами мировыхъ судей къ тюрьмѣ. При кассаціонной жалобѣ дѣйствуетъ еще болѣе строгое предписаніе. Такъ, подсудимый, подавшій жалобу на окончательный приговоръ окружнаго суда или судебной палаты, присуждающій его къ содержанію подъ стражей, можетъ быть оставленъ на свободѣ только по представленіи залога (мѣры болѣе строгой, чѣмъ поручительство). Такое же постановленіе имѣется и для мировой юстиціи (ст. 125, 875, 175, 910).

Оцѣнка силы уликъ есть судебное дѣйствіе слѣдователя. Законъ, однако, установилъ провѣрку правильности такой оцѣнки судомъ, въ случаѣ жалобы обвиняемаго, а также, если на основаніи силы уликъ принято заключеніе подъ стра-

---

[1]) Но было бы весьма нецѣлесообразно обязывать при наличности достаточныхъ уликъ заключать подъ стражу, какъ то сдѣлано въ итальянскомъ уставѣ, запрещающемъ оставлять на свободѣ лицъ, застигнутыхъ при совершеніи преступленія, караемаго тюремнымъ заключеніемъ на срокъ болѣе 3-хъ лѣтъ.

жей, то и провѣрку со стороны прокуратуры (ст. 288—285). Постановленіе общаго собранія Сената (11 декабря 1872 г.) указываетъ, что „окончательная оцѣнка уликъ во многомъ зависитъ отъ убѣжденія слѣдователя, отъ достовѣрности того или другого показанія свидѣтеля и проч. Вотъ почему законъ и счелъ необходимымъ допустить для огражденія обвиняемыхъ отъ произвольныхъ дѣйствій слѣдователей не только обжалованіе, но и предоставилъ обширную власть лицамъ прокурорскаго надзора".

Однако, насколько можно судить по статистическимъ даннымъ, требованіе объ основательности уликъ не всегда соблюдается. Не говоря уже о другихъ мѣрахъ, которыя приходится принимать вслѣдствіе обязательности примѣненія ихъ, укажемъ на случаи содержанія подъ стражей при прекращеніи дѣлъ. Въ ревизіонныхъ отчетахъ за 1894 г. указывается, что въ иныхъ судахъ до 11% прекращаемыхъ дѣлъ—арестантскія, которыя обыкновенно прекращаются за недостаточностью уликъ. Въ статистическомъ отчетѣ за 1899 годъ мы находимъ, что изъ обвиняемыхъ, дѣла о коихъ были прекращены по 277 ст. (главнымъ образомъ за недостаткомъ уликъ), 1505 человѣкъ находилось подъ стражей, т. е. слишкомъ 2%, и 68.806 на свободѣ. Изъ дѣлъ же, прекращенныхъ обвинительной камерой, 433 обвиняемыхъ находились подъ стражей и 5421 на свободѣ. Измѣнена подсудность относительно 385 обвиняемыхъ, находившихся подъ стражей. Въ категорію неосновательно лишенныхъ свободы войдутъ и лица, оправданныя на судебномъ разбирательствѣ. Такъ, изъ оправданныхъ судомъ при участіи присяжныхъ засѣдателей 2270 содержалось подъ стражей и 7603 на свободѣ. По дѣламъ же, разбиравшимся безъ участія присяжныхъ засѣдателей, изъ 12.878 оправданныхъ подъ стражей находилось 1129. Кромѣ того, въ судебной палатѣ по первой инстанціи оправдано было 14 человѣкъ, содержавшихся подъ стражей.

V. Мы разобрали, такимъ образомъ, факультативныя и правовыя условія примѣненія къ обвиняемому мѣръ обезпеченія. Сообразно съ вышеизложеннымъ анализомъ, намъ кажется

цѣлесообразнымъ, вмѣсто совершенно неопредѣленной ст. 421, изложить въ законѣ слѣдующія постановленія.

1) „Послѣ допроса обвиняемаго судья можетъ принять мѣру, обезпечивающую правосудіе отъ уклоненія обвиняемаго, въ случаѣ, если противъ него имѣются сильныя улики и если онъ, вслѣдствіе тяжести преступленія, личныхъ и общественныхъ свойствъ, внушаетъ опасеніе побѣга, сообразуясь притомъ съ дѣйствительною въ томъ необходимостью и избѣгая лишенія свободы".

2) Затѣмъ должно быть изложено правило объ условіяхъ примѣненія подслѣдственнаго заключенія при подозрѣніи въ намѣреніи скрыть слѣды.

3) „Лица старыя, дряхлыя или страдающія болѣзнью, требующею тщательнаго домашняго ухода, а также женщины, беременныя или кормящія дѣтей, по возможности вообще не должны быть заключаемы подъ стражу".

4) Ст. 420 должна быть дополнена: „мѣра, означенная въ 419 ст., можетъ быть принята противъ обвиняемыхъ, не имѣющихъ осѣдлости и бывшихъ уже осужденными къ лишенію свободы на срокъ не менѣе 1 года, хотя бы они обвинялись въ преступленіяхъ (а не преступныхъ дѣяніяхъ, вообще) менѣе важныхъ".

Эти постановленія, исчерпывая всѣ имѣвшіяся въ виду ст. 421 правила, внесли бы значительно болѣе ясности и правового характера въ эту важную область. Единственное возраженіе противъ нихъ—это нѣсколько большая подробность изложенія. На это слѣдуетъ замѣтить, что въ русскомъ уставѣ уголовнаго судопроизводства, по сравненію съ западными, поразительно мало отведено мѣста вопросу о подслѣдственной свободѣ. Желаніе конспектировать свои положенія привело законодателя ко многимъ роковымъ ошибкамъ. А между тѣмъ, именно въ области личной свободы, какъ мы говорили выше, прежде всего требуется ясность и опредѣленность, являющіяся симптомами дѣйствительнаго уваженія къ правамъ свободы.

Глава пятая.

Основанія подслѣдственнаго заключенія подъ стражу.

I. Подслѣдственное заключеніе, какъ и всякая принудительная мѣра въ процессѣ, можетъ быть назначаемо лишь въ видахъ достиженія опредѣленной, необходимой для правосудія, цѣли. Современные западные уставы уже отказались отъ взгляда на него, какъ на „нормальный способъ содержанія обвиняемаго во время слѣдствія“, и стремятся выяснить тѣ цѣли, которымъ только и можетъ быть принесена въ жертву личная свобода обвиняемаго. Дѣйствительная необходимость принятія этой мѣры доказывается подробной мотивировкой и наличностью условій, признаваемыхъ закономъ за достаточныя. Только опредѣливъ задачи, которымъ можетъ служить подслѣдственное заключеніе, можно поставить въ надлежащія рамки усмотрѣнію судьи и опредѣлить границы справедливаго его примѣненія.

По русскому праву, цѣли подслѣдственнаго заключенія очень мало выяснены. Какъ явствуетъ изъ многихъ мѣстъ устава уголовнаго судопроизводства, законодатель смотритъ на него какъ на нормальную мѣру, обезпечивающую неуклоненіе обвиняемаго отъ правосудія, при обвиненіи въ преступленіяхъ опредѣленной тяжести (419 ст.). Приведемъ для примѣра нѣсколько образчиковъ такого взгляда. Ст. 284 обязываетъ слѣдователя увѣдомлять прокуратуру о причинахъ, по которымъ *не заключенъ* подъ стражу обвиняемый въ преступленіяхъ, указанныхъ въ ст. 419. Слѣдователь, такимъ образомъ, долженъ мотивировать *непринятіе* высшей мѣры (ясно, что законъ смотритъ на это, какъ на исключеніе). Ст. 430 предписываетъ слѣдователю (или другому органу) излагать въ постановленіи о взятіи подъ стражу „основанія задержанія“; однако подъ основаніями законъ понимаетъ не указаніе цѣлей, ради которыхъ потребно задержаніе въ данномъ случаѣ, а лишь установленіе „достаточнаго подозрѣнія въ преступленіи, подвергающемъ лишенію всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ“ (см. напр. ст. 285). Такъ это понимаетъ и практика, ограничи-

ваясь лишь перечисленіемъ уликъ виновности, вмѣсто дѣйствительнаго указанія мотивовъ. Мы могли бы продолжить эти примѣры указаніемъ на ст. 257, 421 и т. д., но считаемъ, что и приведенныхъ достаточно для того, чтобы заключить, что на взятіе подъ стражу законъ смотритъ не какъ на крайнюю мѣру, опредѣляемую каждый разъ дѣйствительной необходимостью для извѣстныхъ цѣлей правосудія, а какъ на общее правило въ дѣлахъ извѣстной тяжести. Въ такомъ своемъ взглядѣ русское законодательство является вѣрнымъ ученикомъ французскаго.

Неправильность такой тенденціи закона ясна. Законъ долженъ довѣрять судьѣ въ томъ, что послѣдній всегда сумѣетъ оцѣнить дѣйствительную необходимость взятія подъ стражу и обезпечить интересы правосудія. Самъ законодатель опредѣляетъ положеніе судьи и условія его дѣятельности, и такимъ образомъ можетъ вліять на его тенденціи. Устанавливать же лишеніе свободы въ качествѣ общаго правила представляется вреднымъ стѣсненіемъ.

II. Разсмотримъ въ отдѣльности цѣли, преслѣдуемыя подслѣдственнымъ заключеніемъ подъ стражу.

Взятіе подъ стражу примѣняется вмѣстѣ съ остальными мѣрами обезпеченія, „въ цѣляхъ пресѣченія обвиняемому способовъ уклоненія отъ слѣдствія и суда“. Подъ способомъ уклоненія прежде всего, конечно, разумѣется *побѣгъ*. Опасеніе его является главнымъ основаніемъ, ставящимъ взятіе подъ стражу въ рядъ съ другими мѣрами обезпеченія. Наше законодательство нигдѣ не опредѣляетъ ближе, въ какихъ случаяхъ слѣдуетъ признать имѣющуюся на лицо возможность побѣга. Повидимому, оно (подобно германскому законодательству) считаетъ всегда побѣгъ вѣроятнымъ при преступленіяхъ, указ. въ ст. 419, если имѣются достаточно сильныя улики. Въ этомъ отношеніи желательно выдвинуть на первый планъ эту цѣль и предписать слѣдователю мотивировать опасеніе побѣга.

Очень хорошо теоретически разработанъ вопросъ о опасеніи побѣга въ германскомъ доктринѣ. *Glaser* (Handbuch des Strafprocessrechts, t. II S. 300) опредѣляетъ слѣдующимъ образомъ

понятіе „*побѣга*“:— „Побѣгъ состоитъ въ томъ, что обвиняемый намѣренно дѣлаетъ невозможнымъ для органовъ уголовнаго правосудія пригласить его къ суду и предоставить свою личность для выполненія надъ нею надлежащимъ образомъ актовъ уголовнаго процесса. Въ такомъ смыслѣ побѣгомъ окажется, если обвиняемый станетъ скрываться, если онъ безъ позволенія станетъ уклоняться отъ судебнаго дѣйствія, для котораго онъ призванъ, или если онъ станетъ удаляться съ мѣста своего жительства, что дѣлаетъ невозможнымъ или существенно затруднительнымъ представленіе его къ суду для допроса или исполненія приговора“ [1]). *Zucker* (Untersuchungshaft, III, S. 95) указываетъ на *объективный характеръ сужденія о вѣроятности побѣга*: „Судья долженъ составить объективное сужденіе о томъ, рѣшится-ли обвиняемый при извѣстныхъ ему обстоятельствахъ на бѣгство или уклоненіе и такое объективное сужденіе образуетъ основу для принятія ареста изъ за подозрѣнія побѣга“. Наконецъ, *Holtzendorf* (Handbuch des Gefängnisswesens, 1888. B. I, S. 461) указываетъ *основанія для такого сужденія*: „Отдаленное и отвлеченное обыкновенно примѣняется на практикѣ. Оно состоитъ въ томъ, что боязнь наказанія склоняетъ къ уклоненію большинство тѣхъ, которые видятъ себя уличенными въ важныхъ преступленіяхъ. Однако только немногіе обвиняемые рѣшаются на это. Мотивамъ бѣгства противостоятъ многіе другіе мотивы и прежде всего надежда быть оправданнымъ вслѣдствіе недостаточности уликъ или надежда подвергнуться болѣе слабому наказанію. Кромѣ того нужно принять во вниманіе, что боязнь долгаго, томительнаго подслѣдственнаго ареста можетъ привести къ бѣгству и лицъ невинныхъ. Изъ всѣхъ этихъ соображеній слѣдуетъ, что одно только подозрѣніе въ уголовномъ преступленіи или хотя бы и важныя улики въ легкомъ проступкѣ никогда не должны давать основаніе для подслѣдственнаго ареста. Для этого требуются только конкретныя, непосредственныя осно-

---

[1]) Недавно теоретическіе споры возбудилъ вопросъ, считать ли уклоненіемъ *самоубійство* обвиняемаго. Большинство отвѣчаетъ въ отрицательномъ смыслѣ. См. статью Netter'a въ Deutsche Juristz. 1904, № 21, и Gerichtsaal, t. XII, S. 197.

ванія, наличность которыхъ указывается обстоятельствами каждаго отдѣльнаго случая".

Нѣкоторыя законодательства идутъ еще дальше требуя *фактовъ*, указывающихъ на вѣроятность побѣга (напр., покушенія на него), подобно тому, какъ то указано у насъ въ п. 5 ст. 257 для полиціи и какъ то проектировано общимъ образомъ германской коммисіей пересмотра.

Такимъ образомъ первая задача нашего законодательства заключается въ болѣе точномъ опредѣленіи основаній заключенія при опасеніи побѣга.

III. Изъ другихъ цѣлей для принятія ареста, кромѣ побѣга, Западу извѣстны цѣли слѣдственная и полицейскія. Игнорировать ихъ нельзя, потому что онѣ при современномъ строѣ имѣютъ существенное значеніе, а въ прошломъ имѣли еще большую важность. Нужно только точно опредѣлить условія, при которыхъ онѣ не ограничивали бы несправедливо свободу гражданъ.

Въ русскомъ правѣ, какъ мы уже говорили, эти цѣли совершенно не выяснены. Относительно первой изъ нихъ, *слѣдственной* законъ обмолвился лишь въ ст. 421 указаніемъ, что „принимается въ соображеніе возможность скрыть слѣды преступленія". Проектъ новой редакціи уст. уг. суд. 1900 г. включилъ сюда „по указаніямъ практики" еще возможность вліять на показанія свидѣтелей. На эту же цѣль указываетъ и постановленіе ст. 1035^{14} (по новому закону 7 іюня 1904 г. замѣнившей ст. 1035, включенную по зак. 1870 г.), предоставляющее лицамъ, производящимъ дознаніе заключать подъ стражу обвиняемыхъ и въ такихъ преступныхъ дѣяніяхъ, которыя влекутъ за собою наказаніе ниже исправительнаго дома, *если эта мѣра является необходимою для предупрежденія сношеній обвиняемыхъ между собою или сокрытія слѣдовъ преступнаго дѣянія.*

Цѣль обезпечить безпрепятственное разслѣдованіе дѣла—слѣдственная—у насъ является такимъ образомъ какъ бы побочной. Но такъ какъ условія ея примѣненія совершенно не опредѣлены, то слѣдователи проявляютъ въ широкой степени произволъ, руководясь самыми разнообразными соображе-

ніями. Тифлисскій судъ, напр., въ ревизіонныхъ отчетахъ 1894 г. указываетъ, что часты случаи взятія подъ стражу изъ опасенія сокрытія слѣдовъ и что по окончаніи слѣдствія такіе обвиняемые, когда уже они не могутъ мѣшать правосудію, отпускаются подъ надзоръ полиціи (Труды коммисіи 1900 г. т. III).

Полная неопредѣленность законодательства по этому предмету заставляетъ насъ подробно обсудить надлежащую постановку ареста для предупрежденія сокрытія слѣдовъ и стачекъ.

Слѣдственная цѣль вообще состоитъ въ обезпеченіи спокойствія и успѣшности слѣдствія. Обвиняемый, оставленный на свободѣ, своею дѣятельностью можетъ мѣшать разслѣдованію дѣла посредствомъ сокрытія слѣдовъ, подговора свидѣтелей, стачки съ сообщниками и пр. Слѣдственный арестъ, состоящій въ полномъ изолированіи обвиняемаго, парализуетъ его дѣятельность въ этомъ отношеніи.

Во время расцвѣта инквизиціонной системы роль слѣдственнаго ареста была еще бо́льшая. Арестъ часто носилъ характеръ пытки, имѣвшей цѣлью вынудить сознаніе у подозрѣваемаго. Арестуемые заключались въ мрачные и удушливые застѣнки, морились голодомъ и жаждой, подвергались пыткамъ; всяческимъ воздѣйствіемъ на ихъ психику старались вырвать признаніе. Для того, чтобы добиться сознанія, необходимы были кромѣ того частые допросы обвиняемаго, неожиданные эффекты въ видѣ очныхъ ставокъ, оставленія съ глазу на глазъ съ убитой жертвой для испытанія и проч. Это вызывало необходимость того, чтобы обвиняемый былъ постоянно подъ рукою и чтобы не требовалось вызывать его повѣстками. Для предупрежденія сношеній и жалобъ заключенные подвергались такому режиму, который легко могъ привести къ сумасшествію. Можно смѣло сказать, что положеніе подслѣдственныхъ арестантовъ было гораздо худшимъ, чѣмъ арестантовъ, отбывающихъ наказаніе.

Такая печальная память этой мѣры, утратившей съ ослабленіемъ инквизиціоннаго характера слѣдствія свое преобладающее значеніе, внушила обществу страхъ и отвращеніе къ тѣмъ остаткамъ ея, которые сохраняются въ видѣ спеціаль-

наго ареста для предупрежденія стачекъ и сокрытія слѣдовъ преступнаго дѣянія. Въ безмолвіи одиночной мрачной камеры, отрѣшенной отъ сношеній со всѣмъ окружающимъ міромъ, обществу чудятся призраки прошлыхъ мученій. Тайна, которою окутано предварительное слѣдствіе, еще болѣе способствуетъ возникновенію такихъ мыслей. Французское общество энергично боролось противъ мѣры спеціальнаго режима для лицъ, подозрѣваемыхъ въ намѣреніи уничтожать слѣды или сноситься съ нужными для дѣла лицами въ цѣляхъ сговора съ ними— mise au secret—и въ концѣ концовъ эта мѣра была почти отмѣнена (законъ 1897 г. разрѣшаетъ ея примѣненіе на 10-дневный срокъ, что почти равносильно отмѣнѣ) [1]). Большинство почтенныхъ представителей науки уголовнаго права— Эли, Цуккеръ, Миттермайеръ, Гольцендорфъ, Фойницкій и др. горячо возстаютъ противъ слѣдственной цѣли предварительнаго заключенія. Посмотримъ, какое значеніе для современнаго процесса можетъ имѣть эта цѣль.

Въ западныхъ государствахъ, кромѣ Голландіи, Англіи, она признается. Однако постановка ея весьма разнообразна.

Въ Англіи, гдѣ не существуетъ первоначальнаго слѣдствія, производимаго должностными лицами (кромѣ коронеровъ), слѣдственный арестъ имѣлъ только малое примѣненіе; указаніе нѣмецкихъ писателей Цуккера, Гетцеля и др., что слѣдственный арестъ неизвѣстенъ Англіи, не точно (см. примѣры у Миттермайера въ его судопроизводствѣ Англіи, стр. 119). По 14 и 15 vict c. 100 S. 29 „всякій является виновнымъ въ мисдиминорѣ, кто сговаривается съ другимъ лицомъ для ложнаго обвиненія кого либо въ преступномъ дѣяніи или уговариваетъ совершить что либо для воспрепятствованія, недопущенія, извращенія или незавершенія хода

[1]) У насъ подобная мѣра существуетъ, при чемъ примѣненіе ея совершенно предоставлено произволу слѣдователей. „Судебный слѣдователь въ случаѣ признанія имъ необходимости при взятіи кого либо подъ стражу по производству у него слѣдствія или впослѣдствіи, во время производства такового или по окончаніи его, воспретить арестанту свиданія, сообщаетъ о томъ на распоряженіе подлежащаго лица прокурорскаго надзора, поставляя о томъ въ то же время въ извѣстность смотрителя мѣста заключенія (рѣш. соед. прис. Сената 24 января 1891 г.).

правосудія". Вмѣстѣ съ тѣмъ „всякій совершаетъ мисдиминоръ, кто съ цѣлью помѣшать надлежащему ходу правосудія, разубѣдитъ, воспрепятствуетъ или помѣшаетъ какому нибудь лицу, закономъ обязанному явиться для дачи показаній въ качествѣ свидѣтеля, выполнить свою обязанность". Принимая во вниманіе, что полиція можетъ задерживать за такіе мисдиминоры [1]) и въ предположеніи ихъ совершенія, мы можемъ вывести заключеніе, что арестъ за стачки имѣетъ мѣсто въ Англіи, *какъ предварительный или предупредительный полицейскій арестъ.*

Французская система, основанная на нерасчлененіи цѣлей ареста, предоставляетъ слѣдователю широкій просторъ руководиться самыми различными побужденіями при назначеніи заключенія. Однако спеціальное прекращеніе сношеній въ настоящее время практикуется въ ограниченномъ размѣрѣ. Оно можетъ быть назначено слѣдственнымъ судьею, предсѣдателемъ суда присяжныхъ и членами обвинительной камеры. Исторія принятія этой мѣры восходитъ еще къ ордоннансу 1425 года, гласившему: „Когда какіе либо заключенные будутъ приведены за преступленія, то смотритель тюрьмы обязанъ помѣстить ихъ въ закрытую тюрьму такимъ способомъ, чтобы никто не могъ разговаривать съ ними, и хранить ихъ въ такомъ положеніи, пока не получится другого распоряженія отъ прево (prevôt) или намѣстника (lieutenant)". Это постановленіе затѣмъ повторялось въ ордоннансахъ 1453 и 1670 гг. съ небольшими измѣненіями и отсюда оно было перенесено въ code d'Inst. Crim. 1808 г. Современное ограниченіе права запрещать сношенія не очень безпокоитъ французскихъ слѣдственныхъ судей, потому что съ введеніемъ одиночнаго подслѣдственнаго заключенія въ большинствѣ департаментовъ исчезла необходимость особаго режима. Запрещеніе сношеній допускается въ Бельгіи на срокъ не болѣе 3-хъ дней безъ права возобновленія (ст. 3 зак. 1874 г.), въ Женевѣ на срокъ 8 дней съ правомъ возобновленія слѣдственной камерой, въ кантонѣ Во—на срокъ 15 дней съ правомъ возо-

[1]) Vincent. Police Code. стр. 168.

бновленія, въ Люксембургѣ—10 дней, въ Испаніи—5 дней, при чемъ судья долженъ давать о томъ отчетъ съ мотивировкой генеральному прокурору. Въ Италіи вслѣдствіе господства одиночнаго предварительнаго заключенія нѣтъ этой спеціальной мѣры. Въ кантонахъ Швейцаріи—Тессинѣ и Бернѣ она запрещена.

Наиболѣе цѣлесообразной и правовой является нѣмецкая система. Она основана на различіи цѣлей подслѣдственнаго заключенія. Еще прусскій законъ 1850 года считалъ однимъ изъ основаній примѣненія ареста опасеніе того, что оставленный на свободѣ подсудимый скроетъ слѣды преступленія и вообще затруднитъ ходъ слѣдствія. Австрійскій уставъ 1873 года (ст. 175 п. 3 и 180) гласитъ, что подслѣдственное заключеніе можетъ быть назначено противъ обвиняемаго въ преступленіи или проступкѣ, если онъ сдѣлалъ попытку къ совершенію дѣйствій, препятствующихъ обнаруженію истины, или сдѣлалъ попытку повліять на свидѣтелей, экспертовъ, сообщниковъ или затруднить ходъ слѣдствія уничтоженіемъ слѣдовъ преступленія или проступка или когда имѣется обоснованное опасеніе, что это можетъ произойти. Продолжительность такого ареста не можетъ превышать 2-хъ мѣсяцевъ съ правомъ возобновленія еще на мѣсяцъ, если слѣдствіе требуетъ усиленныхъ розысковъ. Въ германскомъ уставѣ 1877 г. (ст. 112) требуется наличность *такихъ фактовъ*, изъ которыхъ можно заключить, что обвиняемый станетъ уничтожать слѣды преступленія или подговаривать свидѣтелей или соучастниковъ къ ложнымъ показаніямъ или уговоритъ свидѣтелей уклониться отъ обязанности свидѣтельства. Обстоятельства эти должны быть изложены въ актахъ. Въ Венгріи уставомъ 1896 г. принято постановленіе австрійскаго устава съ ограниченіемъ срока въ 1 мѣсяцъ, въ Норвегіи имѣется то же постановленіе, но только безъ ограниченія срокомъ. Правовыя основанія такого постановленія выражаются въ томъ, что: 1) необходимы *факты или обоснованное предположеніе* (обоснованное, конечно, фактами) для принятія этой мѣры; 2) требуется *мотивировка* съ сообщеніемъ этихъ фактовъ; 3) имѣются *ограниченія срокомъ* дѣйствія такого

ареста; 4) эта *цѣль* выдѣлена особо и *поставлена, какъ исключительная* (см. напр. Гольтцендорфъ, Handbuch des Strafprocessrechts, стр. 347). Понятно, что арестъ, назначенный для избѣжанія затемненія слѣдствія (Collusionshaft), не можетъ быть замѣненъ денежнымъ обезпеченіемъ. Недостаткомъ нѣмецкой системы является только слишкомъ низкій предѣлъ свободы по праву (лишь при правонарушеніяхъ не можетъ быть назначенъ арестъ изъ-за слѣдственной цѣли), вслѣдствіе чего усмотрѣніе слѣдователя весьма значительно.

Однако и въ такой узкой постановкѣ эта цѣль ареста заслужила порицанія германскихъ и австрійскихъ юристовъ. „Слѣдуетъ признать недостаткомъ германскаго законодательства,—говоритъ Миттермайеръ въ Сообщеніи (Rev. penit., 1901, № 2)—подвергнутымъ *сильной* критикѣ, такъ назыв. арестъ для предупрежденія стачекъ. Дѣйствительно, для судьи и полиціи—большое удобство арестовывать обвиняемаго и затѣмъ вести спокойно слѣдствіе. Правда, въ такихъ случаяхъ законъ даетъ гарантіи, но, конечно, толкованіе закона зависитъ отъ каждаго отдѣльнаго лица, и легко понять, что преслѣдующая сторона думаетъ непроизвольно и bona fide о своемъ интересѣ, и такимъ образомъ становится возможнымъ арестовывать обвиняемыхъ въ случаѣ ихъ вѣроломства и соучастія". Гольцендорфъ также осуждаетъ эту цѣль и стоитъ за ограниченіе срокомъ продолжительности этого вида ареста (см. его Handbuch). Эрнстъ Бенедиктъ (Die Parteioeffentlicheit in der Voruntersuchung. Wien. 1902, стр. 38) хотя и не высказывается за полную отмѣну этой мѣры, но предлагаетъ ограничить ея примѣненіе самыми исключительными случаями. Но самымъ ревностнымъ противникомъ этой цѣли въ нѣмецкой литературѣ является Алоизъ Цуккеръ, въ цѣломъ рядѣ своихъ произведеній осуждающій ее (Die Untersuhungshaft. III Abt. 1879. Ueber einige Reformen des Vorverfahrens 1902. Zur Frage der gerichtliche Voruntersuhung. 1902).

Какое же значеніе этой мѣры для современнаго процесса?—спрашиваетъ Цуккеръ. „До сихъ поръ еще Collusionshaft служитъ прежде всего мнимо отвергнутому стремленію вынудить у обвиняемаго сознаніе въ своемъ проступкѣ. Онъ—

суррогатъ пытки, которая даже въ этомъ видѣ рѣдко проникаетъ въ современное намъ зданіе правовой жизни (Untersuchungshaft III, стр. 50)... Стремятся сохранить существованіе этого вида ареста и стараются забыть, что подъ однимъ флагомъ провозятъ двойную контрабанду—самый несостоятельный принципъ и злоупотребленіе стараго инквизиціоннаго слѣдствія—стремленіе вырвать сознаніе, которое считалось давно уже выброшеннымъ за бортъ... Уже самый принципъ ареста по подозрѣнію стачекъ ведетъ къ злоупотребленіямъ. Мы не можемъ принять здѣсь какой нибудь иной компромиссъ и требуемъ просто уничтоженія Collusionshaft'a, какъ постулатъ права, который не стоитъ ни въ малѣйшемъ противорѣчіи съ вопросомъ усмотрѣнія (Opportunität)" (Ibid., S. 55).

Въ Россіи энергичнымъ противникомъ этого вида ареста является проф. И. Я. Фойницкій [1]).

По существу удобство слѣдствія не можетъ оправдывать ограниченія личной свободы. Какъ справедливо указывается, своевременнымъ и тщательнымъ производствомъ осмотровъ, освидѣтельствованій, обысковъ, знаніемъ мѣстности, хорошимъ составомъ полиціи и энергичностью разслѣдованія, цѣль предупрежденія исчезновенія слѣдовъ достигается гораздо лучше. Обвиняемый не долженъ платиться своей свободой за несовершенство государственной организаціи суда. Притомъ, дѣятельность по сокрытію слѣдовъ большею частью не требуетъ личнаго участія виновника, она можетъ быть исполняема его товарищами, родными, всякимъ третьимъ лицомъ. Изолированіе обвиняемаго мало помогаетъ потому, что главная часть

---

[1]) Курсъ, II, 352 стр., 1902. „Между тѣмъ это основаніе не выдерживаетъ критики: 1) оно сохранилось, какъ остатокъ прежняго взгляда, когда мѣры пресѣченія должны были обезпечивать исполненіе самого приговора; нынѣ мѣры эти служатъ только для обезпеченія явки къ слѣдствію и суду; 2) если существуетъ опасность сокрытія слѣдовъ преступленія, то изъ нея можетъ вытекать лишь право государства учредить хорошіе органы дознанія и предварительнаго слѣдствія, улучшить самое разбирательство, а отнюдь не право подвергать обвиняемаго какимъ бы ни было лишнимъ стѣсненіямъ; 3) избытокъ силъ въ уголовномъ процессѣ и безъ того находится на сторонѣ обвинительной власти, за обвиняемымъ же наблюдаютъ и общество, и полиція".

работы по уничтоженію слѣдовъ производится до ареста: это первое дѣло преступника. Поэтому слѣдственный арестъ мало дѣйствителенъ. Стремленіе уничтожить слѣды для того, чтобы ускользнуть отъ наказанія, имѣется почти у каждаго дѣйствительно виновнаго лица и для избѣжанія этого нельзя однако прибѣгать къ почти поголовному заключенію подъ стражу. Государство можетъ считать только самую *дѣятельность* по сокрытію слѣдовъ преступной и наказывать установленной въ законѣ карою, а не предположеніе ея. Въ случаѣ опасенія уничтоженія важныхъ слѣдовъ, отъ которыхъ часто зависитъ рѣшеніе дѣла, за преступникомъ можно установить тщательный полицейскій тайный надзоръ. Другое дѣло, если обвиняемаго застаютъ при совершеніи такого преступнаго сокрытія слѣдовъ или уличаютъ въ покушеніи на то. Здѣсь арестъ вызванъ самимъ обвиняемымъ. Вредная дѣятельность обвиняемаго обнаружилась—и отъ усмотрѣнія судьи зависитъ прекратить ее, при наличности опасности, заключеніемъ подъ стражу.

Въ этомъ видѣ ареста слѣдуетъ различать двѣ опасности: опасность уничтоженія слѣдовъ преступленія и опасность стачки со свидѣтелями, соучастниками, экспертами. Разсмотримъ каждую изъ нихъ.

Нельзя отрицать появляющейся иногда настоятельной необходимости при производствѣ дознаній или слѣдствій въ парализованіи на нѣкоторый срокъ дѣятельности обвиняемаго для того, чтобы имѣть возможность помѣшать ему прибыть на мѣсто преступленія, еще, положимъ, неизвѣстное слѣдственной власти, и уничтожить имѣющіеся тамъ слѣды. При первоначальномъ дознаніи силы сторонъ крайне неодинаковы. Быстрота дѣйствій власти, незнающей хорошо обстоятельствъ дѣла, и быстрота дѣйствій преступника, знающаго всѣ ходы и выходы, различна. Поневолѣ иногда бываетъ необходимо при крайней опасности уничтоженія слѣдовъ и при подозрѣніи о возможности такой дѣятельности со стороны обвиняемаго предоставлять органамъ слѣдствія и дознанія заключать на краткій срокъ подъ стражу подозрѣваемаго. Эта опасность по существу кратковременна и ограничивается временемъ,

потребнымъ для констатированія и закрѣпленія слѣдовъ преступнаго дѣянія.

Иной характеръ имѣетъ опасность стачки со свидѣтелями, соучастниками и экспертами. Эта опасность существуетъ на протяженіи всего уголовнаго процесса. Она можетъ быть осуществлена не самимъ обвиняемымъ, а третьимъ лицомъ, дѣйствующимъ въ его интересахъ. Осуществленіе это зависитъ не только отъ самого лица, пытающагося вліять на свидѣтелей и т. д., но и тѣхъ лицъ, на которыхъ производится воздѣйствіе со стороны подговаривающаго. Безъ содѣйствія этихъ лицъ обвиняемый ничего сдѣлать не можетъ. Если обвиняемый заключается подъ стражу, то мотивомъ здѣсь служитъ недобросовѣстность свидѣтелей, экспертовъ и проч. Почему же заключать подъ стражу одного только обвиняемаго, а не ихъ также? Вѣдь ихъ также подозрѣваютъ въ недобросовѣстности.

Возможно, что обвиняемый будетъ стараться угрозами и подкупами повліять на показанія свидѣтелей. Но оградитъ ли правосудіе отъ такого вліянія заключеніе въ тюрьму? Не думаемъ. Сношенія съ родными или знакомыми не могутъ быть устранены на все время заключенія. Всегда найдется щель, черезъ которую заключенный найдетъ возможность снестись съ внѣшнимъ міромъ. Одинокое пребываніе въ тюрьмѣ заставляетъ его думать о своемъ преступленіи и изобрѣтать способы ускользнуть отъ правосудія. Какіе хитроумные планы не изобрѣтались только въ томительномъ одиночествѣ такого заключенія! Совмѣстное же пребываніе съ бывалыми преступниками научитъ, наоборотъ, его спеціальному искусству укрываться отъ правосудія. Затѣмъ нельзя думать, что стороны не сумѣютъ обнаружить подложности или недобросовѣстности показаній свидѣтеля или что адвокатъ, обнаруживъ, воспользуется ими на судѣ. Опытный прокуроръ или предсѣдатель почти всегда сумѣютъ открыть ихъ. Наконецъ, добросовѣстность свидѣтельскихъ показаній обусловлена присягой и законъ караетъ строго лжесвидѣтельство. Въ случаѣ важности показаній свидѣтелей для направленія дѣла на предварительномъ слѣдствіи можно слѣдователю предоставить право допрашивать свидѣ-

телей на предварительномъ слѣдствіи подъ присягой, если имѣется опасеніе сговора. Такой допросъ можетъ быть произведенъ еще раньше, чѣмъ обвиняемый сумѣетъ проявить свою преступную дѣятельность. Въ заключеніе слѣдуетъ еще указать на несправедливость такой мѣры по отношенію къ обвиняемому. Почему, напр., частный обвинитель не заключается подъ стражу, если существуетъ подозрѣніе въ томъ, что онъ будетъ вліять на свидѣтелей, почему presumptio boni viri допускается по отношенію къ нему всегда, въ то время какъ обвиняемый часто заключается подъ стражу? Тѣ же соображенія примѣнимы къ возможности выставленія подставныхъ свидѣтелей. Подслѣдственнымъ заключеніемъ нельзя избѣгнуть недобросовѣстности, если она коренится во всемъ населеніи.

Еще менѣе причинъ выставлять въ качествѣ основанія возможность стачки съ экспертами. Эксперты, какъ безпристрастные знатоки, призываются въ судъ для констатированія истины, и, если судъ имѣетъ основаніе почему либо не вѣрить имъ, онъ можетъ не допускать ихъ къ экспертизѣ, взять другихъ экспертовъ. Почему же тогда наряду съ экспертами не поставить судей и присяжныхъ и почему тогда изъза возможности вліять на нихъ не заключать подъ стражу обвиняемаго?

Наконецъ, относительно стачки между соучастниками слѣдуетъ сказать, что здѣсь для правосудія также не представляется опасности. При современномъ процессѣ показанія обвиняемаго на судѣ играютъ малую роль. Ему предоставляется право не отвѣчать на предлагаемые вопросы. Онъ, въ противоположность свидѣтелямъ, можетъ безнаказанно давать завѣдомо ложныя показанія и никто на судѣ не обязанъ вѣрить имъ. Обвиняемые могутъ пользоваться по закону этими правами и принятіе принудительныхъ мѣръ, чтобы лишить ихъ возможности свободнаго пользованія этимъ правомъ, является противозаконнымъ. Показанія обвиняемыхъ сами по себѣ не служатъ доказательствами и правосудію нечего предупреждать исчезновеніе этихъ квази-доказательствъ. При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что предупредить такое соглашеніе

бываетъ весьма трудно: оно обыкновенно происходитъ до поимки или даже въ тюрьмѣ, режимъ которой не можетъ помѣшать тому.

Опасеніе дурного вліянія на свидѣтелей, экспертовъ и соучастниковъ такимъ образомъ не можетъ считаться достаточнымъ основаніемъ для заключенія подъ стражу. Заключеніе подъ стражу крайне мало обезпечиваетъ безопасность въ этомъ отношеніи; оно несправедливо, потому что падаетъ только на обвиняемаго; оно тяжко, потому что сопряжено съ полнымъ одиночествомъ и притомъ на продолжительный срокъ—на все время производства дѣла и, наконецъ, оно безнравственно, потому что основывается на недовѣріи къ свидѣтелямъ, экспертамъ, адвокатурѣ и проч. Единственнымъ рѣшеніемъ является признаніе особой отвѣтственности за дѣятельность по сокрытію слѣдовъ. Въ случаѣ обнаруженія попытокъ такого вліянія, кромѣ лицъ въ томъ виновныхъ (свидѣтелей и проч.), такой же отвѣтственности долженъ подлежать и обвиняемый (подобно тому, какъ напр., въ Англіи установлена отвѣтственность за противозаконный подговоръ свидѣтелей).

Арестъ по опасенію уничтоженія слѣдовъ и стачки тѣсно связанъ съ инквизиціонной системой. Быть можетъ, съ наблюдаемымъ быстрымъ исчезновеніемъ ея изъ области предварительнаго слѣдствія, къ чему въ настоящее время стремится прогрессъ, въ уголовномъ процессѣ исчезнетъ и надобность въ этомъ видѣ ареста, а въ болѣе далекомъ будущемъ и въ предварительномъ арестѣ вообще, но пока, когда еще сильны инквизиціонныя начала во всѣхъ европейскихъ кодексахъ, трудно думать, что слѣдственная цѣль ареста можетъ быть совершенно откинута законодателемъ и судьей, примѣняющимъ законъ на практикѣ. Для того нужны еще многія реформы въ предварительномъ слѣдствіи. Поэтому даже при принципіальномъ осужденіи ея, все же представляется необходимымъ выяснить ту правовую постановку, при которой, на ряду съ достиженіемъ слѣдственной цѣли, устанавливается достаточная гарантія отъ произвола слѣдователя.

Положеніе арестанта, подвергнутаго слѣдственному аре-

сту для предупрежденія стачекъ и уничтоженія слѣдовъ, гораздо безотраднѣе, чѣмъ положеніе того, который подвергнутъ ему изъ опасенія побѣга. Если второй можетъ надѣяться на освобожденіе посредствомъ представленія достаточнаго обезпеченія, то первый лишенъ такой надежды. Если второй заключается подъ стражу при полной достаточности уликъ, то первый—при слабости ихъ, потому что иначе не было бы основаній опасаться сокрытія слѣдовъ, разъ имѣются надежныя доказательства. Если второму предоставлена возможность посредствомъ свиданія съ родными и знакомыми, а иногда и адвокатомъ, вліять на направленіе дѣла и закрѣплять оправдывающія обстоятельства, то первый, отлученный отъ всего окружающаго, лишенъ этого. Онъ не находитъ даже гарантій въ жалобѣ, потому что находится въ невѣдѣніи относительно всѣхъ обстоятельствъ дѣла и не можетъ воспользоваться для составленія ея чьимъ либо совѣтомъ. Онъ связанъ по рукамъ и ногамъ и томится въ своей одинокой камерѣ. Вмѣстѣ съ тѣмъ здѣсь открывается широкій просторъ для произвола судебнаго слѣдователя. Вскользь брошенное въ ст. 421 уст. угол. суд. указаніе о возможности примѣненія его даетъ въ руки судебнаго слѣдователя почти неограниченную власть надъ свободой гражданина. Противъ усмотрѣнія слѣдователя въ этой области подсудимый совершенно безсиленъ.

При арестѣ для слѣдственной цѣли должна прежде всего быть фактически обоснована опасность уничтоженія слѣдовъ [1]). Она возможна какъ на слѣдствіи, такъ и во время дознанія. Съ большимъ опредѣленіемъ характера

---

[1]) Комментаторы устава Квачевскій и Макалинскій указываютъ, что при назначеніи ареста для предупрежденія сокрытія слѣдовъ и теперь требуется фактическое основаніе: „Уставъ требуетъ правомѣрности въ опредѣленіи мѣры пресѣченія, которая, по крайней мѣрѣ, въ высшихъ своихъ предѣлахъ не можетъ опираться на одномъ предположеніи будущаго зла, не имѣющаго для себя достаточнаго подтвержденія. Только фактъ покусительства является достаточнымъ“ (Квачевскій, Объ уголовномъ преслѣдованіи, стр. 401). „Наличность возможности скрыть слѣды преступленія признается лишь тогда, когда есть фактическое основаніе предполагать, что обвиняемый, оставленный на свободѣ, воспользуется ею для сокрытія извѣстныхъ, опредѣленныхъ слѣдовъ преступленія.

этой стадіи можно будетъ установить и болѣе точныя правила примѣненія ареста.

Полиція можетъ принимать, при наличности опасенія сокрытія слѣдовъ, предварительный арестъ на срокъ 24 часа, при чемъ ея право ограничено преступленіями извѣстной тяжести. Въ случаѣ, если арестъ производится не на мѣстѣ преступленія, необходимо предварительное истребованіе приказа судьи.

Собственно слѣдственный арестъ долженъ быть принимаемъ лишь по предложенію прокурора. Прокуроръ, встрѣтившій необходимость въ назначеніи ареста для предупрежденія сокрытія слѣдовъ, входитъ съ предложеніемъ къ слѣдователю или въ крайнемъ случаѣ участковому судьѣ, который, разсмотрѣвъ дѣло, постановляетъ свое рѣшеніе; недовольный имъ прокуроръ можетъ представить дѣло на разсмотрѣніе суда. Судъ постановляетъ въ теченіе 24-хъ часовъ свой приговоръ. Въ крайнихъ случаяхъ прокурору предоставляется предварительно принимать эту мѣру самому съ обязательствомъ представленія о томъ слѣдователю не позже, чѣмъ въ 24 часа; отъ послѣдняго зависитъ освободить задержаннаго или согласиться съ прокуроромъ.

Въ случаѣ потребности въ такомъ арестѣ во время предварительнаго слѣдствія, самъ слѣдователь можетъ назначить его.

При этомъ необходимы слѣдующія ограниченія:

1) Арестъ для предупрежденія сокрытія слѣдовъ можетъ быть назначенъ лишь въ тѣхъ же случаяхъ, какъ и обыкновенное заключеніе подъ стражу (ст. 419);

2) Продолжительность его не можетъ превышать *семи дней*, послѣ чего, если представляется необходимость въ даль-

---

сохранить которые слѣдователь не имѣетъ возможности" (Макалинскій, Руководство для судебныхъ слѣдователей, т. II стр. 155). Однако такое толкованіе имѣетъ характеръ добраго совѣта, а не законодательнаго постановленія или вывода изъ него. Во всѣхъ кодексахъ нѣмецкаго типа опасность сокрытія слѣдовъ обусловлена наличностью фактическихъ основаній или весьма прочнаго убѣжденія. Конечно, соотвѣтственное постановленіе должно найти мѣсто и у насъ.

нѣйшемъ его продолженіи, онъ можетъ быть продолженъ судомъ, каждый разъ на срокъ не болѣе семи дней;

3) Постановленіе о такомъ арестѣ всегда должно быть *мотивировано*. Основаніями для него могутъ служить особенная важность для правосудія слѣдовъ, относительно сокрытія которыхъ существуетъ опасеніе или сильная увѣренность или же наличность попытки къ такому сокрытію. Опасеніе это должно быть доказано фактами. Опасность стачки со свидѣтелями, экспертами и соучастниками служить основаніемъ ареста не можетъ;

4) Во время такого ареста заключенный не долженъ быть подвергаемъ никакимъ ограниченіямъ, прямо не относящимся къ предупрежденію возможности сокрытія слѣдовъ. Свиданія съ родными, защитникомъ (если таковой будетъ допущенъ на предварительномъ слѣдствіи) происходитъ въ присутствіи лица судебнаго вѣдомства или тюремнаго персонала.

При опасеніи же стачки со свидѣтелями, экспертами и проч. слѣдователю должно предоставить лишь право допроса этихъ лицъ подъ присягой, съ приглашеніемъ для присутствія при допросѣ сторонъ или понятыхъ.

Точно также, если на стадіи *дознанія* возникнетъ опасеніе возможности со стороны обвиняемаго вліять на показанія свидѣтелей, прокурору слѣдуетъ предоставить право предлагать судебному слѣдователю присутствовать при допросѣ такихъ свидѣтелей и допрашивать особенно важныхъ свидѣтелей подъ присягой. Слѣдователь приглашается также для удостовѣренія вещественныхъ доказательствъ, которыя могутъ исчезнуть до суда, а также въ томъ случаѣ, когда обвиняемый находится подъ арестомъ изъ-за опасенія сокрытія слѣдовъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ авторитетъ судьи (можно надѣяться, что розыскныя функціи слѣдователя значительно сократятся) будетъ провѣрять дѣйствія прокуратуры. Протоколы предварительнаго слѣдствія или дознанія, составленные при участіи слѣдователя, могутъ быть оглашаемы на судѣ.

Такимъ образомъ законодателю предоставляется или совершенно оставить въ сторонѣ слѣдственную цѣль ареста, или, въ случаѣ затруднительности этого, подробно регулиро-

вать закономъ ея значеніе и предоставить обвиняемому въ такихъ случаяхъ еще больше гарантій, чѣмъ при опасеніи побѣга.

IV. Въ западно-европейскихъ уставахъ, кромѣ указанныхъ двухъ цѣлей, отводится мѣсто еще одной—цѣли полицейской, состоящей въ охранѣ порядка и спокойствія въ обществѣ. Внесеніе этой цѣли, имѣющей въ виду собственно „предупрежденіе и пресѣченіе преступленій", объясняется тѣмъ, что по западному законодательству арестованіе гражданина допускается лишь въ случаяхъ, указанныхъ въ уставѣ угол. суд., въ которомъ поэтому и перечисляются полицейскія цѣли, по которымъ возможно арестованіе. Русское законодательство дозволяетъ арестованіе вообще „въ случаяхъ, указанныхъ въ законѣ", и потому отводитъ имъ мѣсто въ уставѣ о пресѣченіи и пред. прест. Соблюденіе и обезпеченіе полицейскаго спокойствія, такимъ образомъ, возложено у насъ на административные и полицейскіе органы. Однако практика показываетъ, что иногда слѣдователи незаконно принимаютъ на себя эту функцію. Такъ, отчетъ Тифлисскаго окружнаго суда въ 1894 г. (Труды комм., т. III). сообщаетъ, что „лица, уличенныя въ тяжкихъ преступленіяхъ, обыкновенно заключаются безусловно подъ стражу, между прочимъ и потому, что нахожденіе такихъ лицъ на свободѣ могло бы въ извѣстныхъ случаяхъ *смущать общественное мнѣніе*".

Въ виду важности ограниченія возможности для судей полагать въ основаніе своихъ постановленій о заключеніи подъ стражу эту цѣль, посмотримъ, насколько она представляется необходимой для правосудія.

Полицейская цѣль, вызывающая примѣненіе ареста, можетъ выражаться троякимъ образомъ: 1) какъ цѣль успокоить общественную злобу, предотвратить скандалъ для правосудія, удержать отъ развращенія общественное мнѣніе; 2) какъ цѣль немедленнаго возмездія при поимкѣ на мѣстѣ преступленія; 3) какъ цѣль недопущенія повторенія и довершенія неоконченныхъ преступленій.

Между этими тремя цѣлями много общаго: всѣ онѣ вызваны *чувствомъ безпокойства*, при чемъ при всѣхъ трехъ

обвиняемый разсматривается, *какъ уличенный преступникъ*. Остановимся на каждой изъ нихъ.

Каждое сколько нибудь крупное преступленіе вызываетъ чувство общественнаго безпокойства, состоящее въ томъ, что общество не считаетъ себя въ безопасности, при видѣ гуляющаго на свободѣ завѣдомаго совершителя преступленія. Совершеніе возмутительнаго преступленія, кромѣ того, вызываетъ злобу противъ совершителя, которая иногда выливается даже въ насильственныхъ по отношенію къ преступнику дѣйствіяхъ (напр., при конокрадствѣ). Заключеніемъ подъ стражу это чувство успокаивается и до нѣкоторой степени парализуется; если же преступникъ гуляетъ на свободѣ, то для посторонняго лица не видна рука правосудія, поднятая надъ нимъ, посторонній отождествляетъ подслѣдственную свободу съ безнаказанностью, и это крайне возмущаетъ приверженнаго къ закону гражданина. Съ такой точки зрѣнія нѣкоторые утверждаютъ, что оставленіе на свободѣ уличеннаго въ тяжкомъ преступленіи обвиняемаго является скандаломъ для правосудія. Особенно сильно на этой цѣли настаиваетъ Гарофало, который приводитъ рядъ примѣровъ изъ жизни. Напр., въ Неаполѣ за обвиненіе въ нанесеніи ранъ были допускаемы поруки въ 50 франковъ, и вслѣдствіе этого стали говорить, что за 50 франковъ можно себѣ доставить удовольствіе удара ножемъ. Живое воображеніе итальянца возбуждалось только 50-ю франками, грозящее же наказаніе оставалось въ тѣни. Или—какое чувство долженъ оставлять у человѣка, тяжело раненаго своимъ сосѣдомъ, видъ преступника, свободно покуривающаго свою трубку передъ его окнами, въ то время, какъ онъ самъ лежитъ, изнемогая отъ боли? Чувство негодованія предъ совершеннымъ преступленіемъ—здоровое общественное чувство и законъ долженъ поощрять его, а не развращать оставленіемъ на свободѣ преступника.—Такъ разсуждаютъ сторонники этой цѣли. Одно время этотъ мотивъ фигурировалъ даже въ уставахъ уг. суд. Въ австрійскомъ уставѣ 1850 г. однимъ изъ основаній ареста была „общественная злоба“ (öffentliche Aergerniss). У насъ конокрады должны были быть заключаемы подъ стражу по тому

же основанію (правило это въ уст. о сод. подъ стражей сохранялось до изд. 1902 г.). Въ Англіи до сихъ поръ обвиняемые въ преступленіяхъ, особенно возмущающихъ общество, не допускаются къ поручительству, „какъ недостойные“—такова установившаяся практика. Большую роль это положеніе играетъ въ Италіи, гдѣ аресть обязателенъ за цѣлый рядъ преступленій, совершенныхъ во второй разъ или внушающихъ сознаніе опасности.

Оцѣнивая значеніе этого мотива, слѣдуетъ указать, что болѣе дѣйствительнымъ онъ является для странъ, гдѣ теченіе правосудія крайне медленно. Иногда проходятъ годы между началомъ производства и концомъ его. Такая продолжительность дѣйствительно нѣсколько развращаетъ общественное чувство, такъ какъ вся злоба противъ преступника перекипаетъ, онъ, можетъ быть, успѣлъ уже завязать новыя общественныя связи, порвавшіяся съ совершеніемъ преступленія, и запоздалое наказаніе является уже страннымъ, ненужнымъ и даже безсмысленнымъ. Но единственнымъ выходомъ изъ этого является ускореніе производства, потому что едва ли болѣе цѣлесообразнымъ было бы содержаніе обвиняемаго, еще не осужденнаго, въ теченіе этихъ лѣтъ подъ стражей. Вспышка общественной злобы противъ преступника продолжается краткое время и обыкновенно бываетъ у очевидцевъ преступленія, потрясенныхъ видѣнной картиной. Въ такихъ случаяхъ полиція въ цѣляхъ предупрежденія совершенія толпою насилія, на краткій срокъ арестуетъ виновнаго, однако такой аресть къ суду не имѣетъ никакого отношенія. „Доводъ этотъ, — говоритъ проф. Фойницкій (Курсъ, II, стр. 353),—по своей очевидной несостоятельности не нуждается совсѣмъ въ опроверженіи. Онъ не имѣетъ за собою никакихъ *юридическихъ* основаній, такъ что трудно его и опровергать“. Что же касается возмущенія потерпѣвшаго, то сознаніе того, что обидчикъ не избѣгнетъ кары, всегда будетъ достаточнымъ для того, чтобы на нѣкоторое время успокоить свое взволнованное чувство мести.

Слѣдуетъ указать также, что въ большинствѣ случаевъ такія „shocs“ предотвращаются заключеніемъ подъ стражу по

другимъ мотивамъ. Обыкновенно тяжесть преступленія и степень возмущенія общественнаго чувства преступленіемъ возрастаютъ пропорціонально. Въ наиболѣе тяжкихъ преступленіяхъ возрастаетъ вѣроятность побѣга, такъ что особенно волнующіе общество преступники бываютъ заключаемы по подозрѣнію побѣга. Съ другой стороны, при избраніи мѣры обезпеченія принимается во вниманіе „положеніе обвиняемаго въ обществѣ“ (421 ст.). Если всѣ связи порваны преступленіемъ и, наоборотъ, вмѣсто узъ, прикрѣпляющихъ къ обществу, въ томъ кругу, въ которомъ онъ находился, дѣйствуютъ лишь силы, элиминирующія обвиняемаго (общественная ненависть, злоба, преслѣдованіе, презрѣніе и др. репульсивныя чувства), то точно также увеличивается вѣроятность побѣга. Словомъ, въ большинствѣ случаевъ и безъ особаго законодательнаго постановленія охраняется „цѣломудренность“ общественнаго чувства. Въ тѣхъ же случаяхъ, гдѣ происходитъ въ какомъ нибудь тѣсномъ кругу коллизія, право личной свободы должно получить перевѣсъ.

Другимъ основаніемъ полицейской цѣли ареста является *поимка на мѣстѣ преступленія*. Потребность немедленной репрессіи побуждаетъ подвергнуть обвиняемаго карѣ еще на стадіи предварительнаго слѣдствія. Особенно важное значеніе имѣло это основаніе въ прежнее время, когда правосудіе, разъ захвативъ въ свои руки преступника, боялось его выпустить. Теперь только въ Италіи лица, застигнутыя при совершеніи преступленія караемаго болѣе, чѣмъ 3-хлѣтнимъ заключеніемъ въ тюрьмѣ, должны быть заключены подъ стражу. По русскому законодательству при поимкѣ на мѣстѣ преступленія обыкновенно производится полицейскій арестъ (ст. 257 у. у. с.), и слѣдователь имѣетъ больше побужденій къ продолженію заключенія вслѣдствіе достаточной силы уликъ. Однако слѣдуетъ и здѣсь строго соблюдать предѣлы необходимости, вызываемой лишь вѣроятіемъ побѣга. Поимка на мѣстѣ преступленія можетъ служить лишь однимъ изъ условій, но не единственнымъ.

Наиболѣе важной и серьезной изъ полицейскихъ цѣлей, которыя могутъ быть приписываемы аресту, является *предупрежденіе повторенія и довершенія преступленій*. Въ Англіи

эта цѣль тѣсно связана съ институтомъ храненія мира, сохраняющагося въ рукахъ полицейскаго магистрата (онъ же мировой судья). Въ цѣляхъ предупрежденія преступленій въ Англіи предоставляется полиціи право арестовывать всѣхъ лицъ, которыхъ она имѣетъ достаточныя основанія подозрѣвать въ намѣреніи совершить фелонію, а также лицъ, съ подозрительными цѣлями бродящихъ ночью по улицѣ или выслѣживающихъ кого либо. Мировой судья въ случаѣ заявленной ему жалобы на то, что какое либо лицо грозилось совершить преступленіе, можетъ обязать это лицо представить поручительство или денежное обезпеченіе въ томъ, что оно будетъ хранить миръ. Эта чисто-полицейская дѣятельность англійскаго судьи основана на глубокомъ довѣріи къ нему населенія, которое видитъ въ немъ защитника въ самыхъ разнообразныхъ нуждахъ. При составленіи въ 1873 году австрійскаго устава часть этого института въ искаженномъ видѣ была заимствована изъ Англіи. Именно въ числѣ условій, допускающихъ какъ предварительное задержаніе, такъ и подслѣдственное заключеніе (ст. 175, 180 п. 4), были указаны „особыя обстоятельства, оправдывающія опасеніе, что обвиняемый повторитъ совершенное преступленіе или совершитъ новое“. Эта цѣль затѣмъ была заимствована Норвежскимъ уставомъ (ст. 228) и Венгерскимъ (ст. 114). Даже въ самой Германіи въ 1894 году при пересмотрѣ устава было высказано предположеніе ввести эту цѣль.

Относительно этой цѣли слѣдуетъ сдѣлать слѣдующія замѣчанія. Должно признать, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ бываетъ подобное опасеніе. Правильно и то, что мѣры предупредительныя лучше карательныхъ. Однако предупрежденіе по существу—функція полиціи, и судъ къ тому неспособенъ, если онъ не стоитъ весьма близко къ населенію. Полиція слѣдитъ за подозрѣваемымъ въ намѣреніи довершить или повторить преступленіе подобно тому, какъ она слѣдитъ за всѣми опасными людьми. Почему не заключать по такому же основанію всѣхъ извѣстныхъ полиціи воровъ-профессіоналовъ—они навѣрное совершатъ кражу,—однако полиція слѣдитъ за ними и выслѣживаетъ во время покушенія и тогда

уже арестуетъ. Права частныхъ лицъ должны быть преимущественно защищаемы ими самими, а не заключеніемъ подъ стражу опасныхъ людей. Все же эти соображенія правильны лишь до нѣкоторой степени. Можетъ случиться такъ, что пойманный преступникъ, зная, что ему придется отвѣчать „по совокупности“, станетъ, не намѣреваясь бѣжать, совершать рядъ преступленій, и общество будетъ беззащитно противъ него, пока онъ не будетъ заключенъ подъ стражу. Иногда также личность самого преступника является крайне опасной для общества, а чаще для отдѣльныхъ лицъ, которыя или донесли на него, или обнаружили его преступленіе, или на которыхъ онъ давно покушался и пр. Въ этихъ случаяхъ арестъ представляется необходимостью, противъ которой не поможетъ ни отсутствіе въ законѣ запрещеній его, ни даже прямое запрещенін ареста. Чувство самосохраненія общества побѣждаетъ другія соображенія. Предоставить назначеніе такого ареста полиціи—значитъ сдѣлать ее судьей личной свободы. Гораздо цѣлесообразнѣе предоставить его суду. Въ случаѣ, если полиція имѣетъ обоснованное, вызванное исключительными обстоятельствами, опасеніе повторенія или довершенія кѣмъ нибудь изъ находящихся подъ слѣдствіемъ обвиняемыхъ преступленія или проступка, она обращается съ мотивированнымъ ходатайствомъ къ суду, который въ теченіе 24 часовъ обязанъ постановить о томъ свое рѣшеніе, и, въ случаѣ признанія ходатайства основательнымъ, подозрѣваемое лицо можетъ быть заключено подъ стражу до прекращенія такого вѣроятія. Предоставленіе этого права не суду, а слѣдователю можетъ оказаться опаснымъ вслѣдствіе широкаго усмотрѣнія, которое вводитъ предоставленіе ареста по такому основанію. Условія примѣненія этого вида ареста, должны быть регулированы правомъ административнымъ и область его примѣненія должна быть ограничена только наиболѣе опасными преступленіями, угрожающими жизни и экономическому благосостоянію (а не вообще имуществу). При хорошей постановкѣ полиціи и другихъ предупредительныхъ средствъ, можетъ быть, и упразднится надобность въ этой цѣли, пока же она весьма ощутительна и

въ нашемъ законодательствѣ скрывается за предписаніемъ, требующимъ примѣненія ареста, по общему правилу, въ преступленіяхъ опредѣленной тяжести. Нужно также замѣтить, что несправедливость этого вида ареста меньше, чѣмъ при другихъ видахъ, если только опасеніе вполнѣ обосновано (для этого рѣшающимъ органомъ является судъ). Сумасшедшій не можетъ быть въ претензіи, если его лишаютъ свободы, чтобы помѣшать ему совершать преступленія, точно также человѣкъ, желающій совершать преступленія, долженъ лишь пенять на себя, если его въ цѣляхъ безопасности приходится заключать подъ стражу: ссылка на право свободы здѣсь не имѣетъ мѣста [1]).

---

[1]) Очень интересны взгляды, изложенные въ Criminologie 1895 г. стр. 377 слѣд., итальянскимъ криминалистомъ Гарофало, однимъ изъ весьма и весьма немногихъ защитниковъ широкаго примѣненія подслѣдственнаго ареста. Авторъ впадаетъ въ ошибку, видя во всѣхъ обвиняемыхъ уже осужденныхъ преступниковъ и приписывая подслѣдственному заключенію репрессивныя цѣли. „Что касается вѣроятности побѣга—говоритъ онъ—то ясно, что она существуетъ, кромѣ исключительныхъ случаевъ, всегда, когда дѣло идетъ о преступномъ дѣяніи, влекущемъ наказаніе хотя бы нѣсколько суровое или вызывающее экономическій ущербъ". Онъ считаетъ подслѣдственное задержаніе необходимымъ въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда можно предвидѣть, что обвиняемый будетъ осужденъ къ наказанію достаточно суровому, чтобы онъ могъ принять рѣшеніе добровольно удалиться въ изгнаніе или скрываться отъ полиціи, потому что для него это наказаніе представляетъ болѣе тяжкое страданіе; 2) когда дѣло идетъ о ранахъ и ударахъ, вызвавшихъ болѣзнь до тѣхъ поръ, пока больной отъ нихъ не выздоровѣлъ (это смущаетъ спокойствіе больного, видящаго съ постели преступника, разгуливающимъ на свободѣ); 3) когда можно предвидѣть, что потерпѣвшій употребитъ кровавую месть противъ обвиняемаго (въ этомъ случаѣ слѣдовало бы заключить самого потерпѣвшаго, а не обвиняемаго); 4) когда дѣло идетъ о рецедивистахъ или о привычныхъ преступникахъ, людяхъ безъ опредѣленнаго мѣстожительства, бродягахъ, незанимающихся честнымъ трудомъ; 5) необходимо арестовывать плутовъ и мошенниковъ, пойманныхъ при совершеніи преступленія (случаи 2—5 преслѣдуютъ полицейскую цѣль); 6) наконецъ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда можно предположить, что обвиняемый будетъ дѣйствовать путемъ угрозъ или подкупа на потерпѣвшаго, свидѣтелей или будетъ въ состояніи какимъ нибудь образомъ мѣшать слѣдствію или тормозить его. При такихъ условіяхъ девять десятыхъ обвиняемыхъ навѣрное содержались бы подъ стражей. Гарофало выноситъ слѣдующій приговоръ подслѣдственной свободѣ: „Nous trouvons, que la liberté provisoire est la plus mauvaise entre tous les institutions de notre législation et qu'elle agit dans un sens diametralement opposé à celui de la repression. Elle encourage directement le monde criminel, elle decourage la partie lesée et les temoins, elle demoralise la police. L'absurdité

Таковы возможныя нынѣ особенныя основанія ареста. Они должны быть строго обособлены въ законѣ отъ основной цѣли, такъ какъ соображенія, которыми приходится здѣсь руководиться, совершенно иныя. Если эти цѣли будутъ затемнены въ законодательствѣ и ясно не разграничены, подслѣдственное заключеніе постоянно будетъ общимъ правиломъ для преступныхъ дѣяній извѣстной тяжести, и усмотрѣніе, или даже произволъ органа, примѣняющаго его, всегда будетъ рѣшающимъ, стоящимъ выше закона. Законодателю нужно выяснить, для чего необходимъ арестъ, и ограничить предѣлы усмотрѣнія только такою необходимостью.

Глава шестая.

Формальныя гарантіи личной свободы.

Съ установленіемъ въ законодательствѣ сферы судейскаго усмотрѣнія и сферы правъ обвиняемаго, независимыхъ отъ свободной оцѣнки судебной власти, роль законодателя по огражденію личной свободы далеко не кончена. Ему предстоитъ создать средства, 1) обезпечивающія дѣйствительное соблюденіе признанныхъ имъ правъ свободы и 2) ограждающія отъ произвола со стороны отдѣльныхъ судей въ области, отведенной ихъ усмотрѣнію. Законодатель долженъ под-

---

atteint son comble, lorsque un premier jugement a été prononcé, établissant la culpabilité (p. 386)". Пожеланія Гарофало частью осуществлены въ итальянскомъ законодательствѣ, гдѣ освобожденіе послѣ обвинительнаго приговора не допускается, гдѣ сдѣланы исключенія для многочисленныхъ категорій обвиняемыхъ. Самъ Гарофало, впрочемъ, допускаетъ подслѣдственную свободу, но лишь для тѣхъ, которыхъ слѣдователь сочтетъ .... „*невинными*" (стр. 378); вообще же подслѣдственная свобода—это „новое оружіе, предоставленное злоумышленникамъ цивилизаціей". Самый вопросъ о подслѣдственной свободѣ онъ относитъ къ отдѣлу о „мѣрахъ, покровительствующихъ и допускающихъ преступленіе". „Разъ общество караетъ преступника изъятіемъ изъ общества, то нецѣлесообразно отпускать его на свободу во время слѣдствія, потому что нельзя расчитывать, что въ это время онъ будетъ полезнымъ членомъ". Гарофало признаетъ вознагражденіе со стороны государства невинно понесшимъ арестъ. Можно думать, что при такой системѣ ареста эта статья окажется довольно значительной въ финансовомъ бюджетѣ.

вести подъ созданное имъ зданіе нормальной судебной дѣятельности прочный фундаментъ гарантій, могущій обезпечивать его устойчивость. Гарантія сама по себѣ не создаетъ новыхъ правъ, она поддерживаетъ лишь существующія, оберегаетъ ихъ отъ посягательствъ, направленныхъ откуда-нибудь. Ея значеніе поэтому предупредительное. Безъ гарантій право является призрачнымъ, подверженнымъ всевозможнымъ посягательствамъ со стороны нестѣсненной дѣятельности другихъ заинтересованныхъ лицъ. Правовой строй прежде всего опредѣляется крѣпостью гарантій [1]).

Лишенный гарантій законъ является не безусловнымъ правиломъ, а лишь добрымъ совѣтомъ, инструкціей для судебной власти, и не въ состояніи служить опорой правового строя. Поэтому вопросъ о построеніи надлежащихъ гарантій законности для огражденія личной свободы имѣетъ еще большую важность, нежели вопросъ о точномъ опредѣленіи границъ ея.

Такъ какъ подробное разсмотрѣніе этого вопроса привело бы насъ къ обсужденію многочисленныхъ сторонъ публичнаго строя, то мы поневолѣ должны будемъ ограничиться краткимъ обзоромъ лишь спеціальныхъ гарантій, охраняющихъ личную свободу отъ неправомѣрнаго заключенія подъ стражу.

Гарантія можетъ быть прочной не тогда, когда она стоитъ отдѣльно, а когда она составляетъ часть цѣлой системы гарантій, поддерживающихъ какой либо правовой строй. Безъ связи съ цѣлымъ она случайна, уязвима, и потому ненадежна. Возьмемъ, напр., надзоръ. Онъ является дѣйствительнымъ лишь тогда, когда надзирающій самъ надеженъ въ достаточной степени, ибо система надзора не можетъ про-

---

[1]) Въ этомъ отношеніи любопытный примѣръ представляетъ приравниваніе, сдѣланное Coffinières, Россіи второй половины XVIII в., утопавшей въ произволѣ, къ Англіи, съ точки зрѣнія огражденія въ ней личной свободы. Основываясь на томъ, что въ Россіи Екатериной II указомъ о совѣстныхъ судахъ было создано подобіе Habeas Corpus Act англійскаго права, Coffinières причисляетъ Россію къ странамъ, гдѣ свобода личности наиболѣе обезпечена. Авторъ не принялъ одного во вниманіе: при отсутствіи элементарныхъ гарантій это право было совершенно призрачнымъ.

должаться безконечно. Обжалованіе можетъ быть только тогда опорою законности и правильности рѣшенія, если судъ, разбирающій жалобу, представляетъ изъ себя дѣйствительно безпристрастный и подходящій для этой цѣли органъ. Гарантіи нельзя придавать значенія всемогущаго средства законности и правды. Нагроможденіемъ отдѣльныхъ гарантій не поддержать падающаго или разлагающагося общаго строя. Если система защиты правъ обвиняемаго, построенная на исключительномъ усмотрѣніи судебнаго слѣдователя, оказывается недостаточной и не приводящей къ результатамъ дѣйствительнаго огражденія невинныхъ, то не помогутъ и формальныя гарантіи. Какое употребленіе могъ бы сдѣлать заключенный подъ стражу изъ гарантій, создающихъ ограниченіе произвола слѣдователя, если онъ лишенъ правъ формальной защиты или если всякое активное участіе его въ процессѣ парализовано? Сколько гарантій не находитъ на практикѣ примѣненія вслѣдствіе недостатковъ общаго правового строя, въ борьбѣ противъ котораго онѣ оказываются безсильными? Яркій примѣръ тому—наша дореформенная юстиція, въ которой, несмотря на великое множество іерархическихъ гарантій (составленіе особыхъ вѣдомостей, записей объ арестантскихъ дѣлахъ, составленіе отчетовъ, надзоръ со стороны прокуратуры, губернаторскій контроль, строгія взысканія, сотни строжайшихъ указовъ и т. д.), подслѣдственные арестанты являлись совершенно беззащитными, такъ какъ за ними не признавалось никакихъ правъ. Точно также и въ настоящее время не отдѣльныя гарантіи, а лишь увеличеніе состязательности на предварительномъ слѣдствіи можетъ улучшить положеніе заключеннаго подъ стражу обвиняемаго. Конечно, при чрезвычайномъ расширеніи значенія слова гарантія, подъ ея понятіе можетъ быть подведенъ и весь уставъ угол. судопроизводства, гарантирующій отъ произвола въ области суда, мы же придаемъ этому термину значеніе спеціальной мѣры, направленной къ поддержанію правовой нормы и охраняющей право личности.

Классифицировать отдѣльныя гарантіи представляются довольно затруднительнымъ; удобнѣе всего намъ кажется про-

вести различіе сначала по субъекту, въ которомъ лежитъ сила гарантіи. Съ такой точки зрѣнія публичныя гарантіи могутъ быть раздѣлены на *общественныя* и на *государственныя*. Къ первымъ будутъ отнесены, напр., гласность при назначеніи мѣръ обезпеченія, участіе народныхъ судей въ рѣшеніи вопроса о заключеніи подъ стражу, необходимость опроса лицъ, принадлежащихъ къ тому кругу, въ которомъ находился обвиняемый для изслѣдованія его личныхъ и общественныхъ свойствъ, и т. д. Гарантіи государственныя могутъ быть раздѣлены на: 1) *іерархическія*, 2) *инстанціонныя* и 3) *уголовныя*. Къ первымъ будутъ относиться гарантіи надзора, контроля, ревизіи, право требованія отчетовъ, право предписаній и т. д., словомъ, всѣ гарантіи, вытекающія изъ начала судебной іерархіи. Причемъ такого рода гарантіи могутъ быть устанавливаемы не только со стороны судебныхъ но и со стороны органовъ центральнаго и даже верховнаго управленія (напр. надзоръ прокуратуры, министра юстиціи, Сената и пр.). Къ іерархическимъ же гарантіямъ отчасти можетъ быть отнесена и дисциплинарная отвѣтственность, поскольку она допускается въ данномъ судебномъ строѣ по отношенію къ судьямъ и другимъ органамъ, вѣдающимъ мѣры обезпеченія. Къ гарантіямъ инстанціоннымъ, наиболѣе типичнымъ для судебнаго строя и наиболѣе согласующимся съ самостоятельностью суда, могутъ быть причислены лишь тѣ, которыя состоятъ въ провѣркѣ, дополненіи или укрѣпленіи рѣшенія, постановленнаго однимъ судебнымъ органомъ, со стороны другого, стоящаго надъ нимъ въ лѣстницѣ инстанцій, т. е. обжалованіе, какъ частное, такъ и апелляціонное и кассаціонное. Предметомъ инстанціонныхъ гарантій можетъ быть только судебное рѣшеніе. Обжалованіе устраняетъ изъ судебнаго строя вліяніе индивидуальныхъ качествъ судьи и различныхъ случайностей; оно является средствомъ очищенія усмотрѣнія, но не качественнаго улучшенія его, наоборотъ, качество непосредственности, полноты принятыхъ въ основаніе обстоятельствъ и скорости рѣшенія большею частью ослабляется. Наконецъ, гарантія уголовная состоитъ въ угрозѣ личной отвѣтственностью по отношенію къ судьѣ или другимъ органамъ за до-

пущенныя имъ въ своей дѣятельности злоупотребленія и небрежности. Гарантія уголовной отвѣтственности является общей гарантіей соблюденія права, но спеціальная точка зрѣнія по отношенію къ судьямъ состоитъ въ установленіи наиболѣе гибкихъ и удобныхъ для осуществленія процессуальныхъ правилъ привлеченія къ отвѣтственности. Здѣсь можно указать, что гарантію слѣдуетъ видѣть не въ повышеніи уголовной угрозы, какъ то дѣлало наше дореформенное законодательство, создававшее угрозы всяческими взысканіями и наказаніями за неправильности при рѣшеніи дѣлъ, а въ облегченіи правилъ преданія суду. Мотивъ страха не пригоденъ для поддержанія правильнаго отправленія столь высокой соціальной функціи, какъ дѣятельность судьи, въ современномъ строѣ она можетъ покоиться только на спеціальномъ мотивѣ общественнаго долга, и поэтому уголовная отвѣтственность должна преслѣдовать здѣсь цѣль не предупредительно-устрашающую, а такъ сказать элиминирующую, т. е. состоящую въ устраненіи въ уголовномъ порядкѣ судей, по своимъ внутреннимъ качествамъ не отвѣчающимъ возложенной на нихъ высокой задачѣ.

Можно также всю совокупность гарантій раздѣлить на гарантіи, иниціатива дѣйствія которыхъ зависитъ *отъ воли обвиняемаго (гарантіи правовыя*, тѣсно примыкающія къ процессуальнымъ правамъ обвиняемаго) и на гарантіи, *обязательныя сами по себѣ* (*гарантіи оффиціальныя*, приближающіяся къ нормамъ организаціи и дѣятельности уголовнаго суда).

Такъ какъ содержаніе отдѣльныхъ гарантій является весьма относительнымъ къ формамъ правовыхъ институтовъ, для поддержанія которыхъ онѣ служатъ, то я остановлюсь въ дальнѣйшемъ только на нѣкоторыхъ главнѣйшихъ, именно: составленіи особаго постановленія о принятіи мѣры обезпеченія, спеціальномъ надзорѣ за правильностью подслѣдственнаго заключенія, обжалованіи назначенныхъ мѣръ обезпеченія и, наконецъ, на отвѣтственности судей за неправильности, допущенныя въ этой области [1]).

[1]) Гарантіи правильности полицейской дѣятельности въ области арестованія нами разсмотрѣны къ первой главѣ второй части.

1. Вслѣдствіе того, что принятіе мѣръ обезпеченія есть *судебная* функція, слѣдователь долженъ составить мотивированное **постановленіе**, мотивы котораго должны быть извѣстны какъ сторонамъ, такъ и высшей инстанціи, на которую можетъ быть принесена жалоба на это постановленіе. „Les motives c'est tout le droit" (Laurent) „Les motives c'est une des plus fortes garanties d'une bonne instruction (Hélie)"—таковы мнѣнія юристовъ о мотивировкѣ постановленій. Судья не свободенъ въ своемъ усмотрѣніи: онъ долженъ дать извѣстный отчетъ, который служитъ прочнымъ доказательствомъ того, что противъ обвиняемаго принята извѣстная мѣра извѣстнымъ судебнымъ органомъ, а затѣмъ и указаніемъ на то, какими мотивами руководился судья при назначеніи этой мѣры. Законъ опредѣляетъ, какіе мотивы считаются достаточными для принятія той или иной мѣры обезпеченія и вслѣдствіе мотивировки судья становится связанъ закономъ; согласіе же мотивировки съ фактическими обстоятельствами провѣряется прежде всего самимъ обвиняемымъ, а затѣмъ высшей инстанціей.

По дѣйствующему праву (ст. 426, 430, 431) слѣдователь обязанъ при заключеніи подъ стражу составлять особое постановленіе, въ которомъ должно быть точно означено: 1) „Кѣмъ именно и когда сдѣлано постановленіе". Обозначеніе лица, составившаго опредѣленіе, является необходимымъ условіемъ потому, что на основаніи этого можно судить о компетентности и о законности постановленнаго этимъ лицомъ опредѣленія. Время означается въ виду необходимости установить начальный моментъ заключенія подъ стражу. Оно можетъ служить для провѣрки отчетовъ о продолжительности подслѣдственнаго заключенія. Постановленіе, лишенное этого указанія, не имѣетъ силы, потому что неизвѣстно, составлено ли оно въ настоящее время или давно, такъ что теперь потеряло свою силу. Срокъ этотъ имѣетъ значеніе и для зачета подслѣдственнаго заключенія въ наказаніе. 2) „Званія, имени, отчества и фамиліи или прозвища задержаннаго лица". Въ проектѣ добавлено „по возможности" по тѣмъ соображеніямъ, что на практикѣ въ нѣкоторыхъ дѣлахъ (о бродягахъ) такого указанія сдѣлать было нельзя. Необходимость этого условія

очевидна. Для правосудія особенно важно, чтобы не происходило ошибокъ въ личности задерживаемаго, а это достигается только точнымъ соблюденіемъ этого условія. Неточное означеніе личности могло бы послужить поводомъ къ многочисленнымъ злоупотребленіямъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ законъ говоритъ только объ одномъ лицѣ, изъ чего можно заключить, что постановленіе о взятіи подъ стражу въ случаѣ наличности нѣсколькихъ обвиняемыхъ должно быть составлено о каждомъ изъ нихъ особо, т. е. должно быть индивидуально. 3) „Преступленія, въ которомъ задержанный обвиняется или подозрѣвается“. Хотя взятіе подъ стражу можетъ быть произведено слѣдователемъ лишь послѣ допроса обвиняемаго (за исключеніемъ ст. 257) и, слѣдовательно, послѣ сообщенія ему сущности обвиненія, однако предписаніе это далеко не излишне, такъ какъ принятіе заключенія подъ стражу стоитъ въ тѣсной связи съ величиной преступленія и, слѣдовательно, указаніе и юридическая классификація преступленія составляютъ необходимое условіе законности постановленія. Затѣмъ при допросѣ обвиненіе высказывается въ видѣ предположенія, опроверженіе котораго желательно слышать отъ обвиняемаго, при постановленіи же о взятіи подъ стражу оно выражается какъ подтвержденное сильными уликами (ст. 421 уст. угол. судопр.) убѣжденіе слѣдователя. Обозначеніе преступленія должно быть точнымъ, чтобы обвиняемый могъ заключить о величинѣ грозящаго ему наказанія и обжаловать его въ случаѣ своего несогласія. Это и достигается указаніемъ на соотвѣтственную статью уложенія о наказаніяхъ. 4) „Основаній задержанія“. Мотивы гарантируютъ законность и основательность задержанія. Судебная власть не ставитъ обвиняемаго въ беззащитное положеніе, оставляя его въ невѣдѣніи объ уликахъ и подозрѣніяхъ существующихъ противъ него для того, чтобы затѣмъ быстротой и натискомъ вынудить у него невольное сознаніе. Нѣтъ, мотивы сообщаютъ ему какъ сторонѣ, почему судебная власть признаетъ противъ него наличность сильныхъ уликъ и почему она имѣетъ основанія не довѣрять тому, что онъ не уклонится отъ правосудія. У насъ на практикѣ подъ основаніями

задержанія принято понимать только мотивировку подозрѣнія въ виновности, между тѣмъ какъ главная задача, вслѣдствіе условнаго характера подслѣдственнаго заключенія, состоитъ въ мотивировкѣ подозрѣнія въ уклоненіи. Кромѣ того должны быть указаны условія ст. 421. Право обжалованія было бы недѣйствительнымъ, если бы обвиняемому не были извѣстны мотивы. Если постановленіе о задержаніи составляется полиціей, которая обязана соблюдать постановленія ст. 430, то мотивировкой можетъ служить лишь одно изъ условій ст. 257. Обязательность такого постановленія для мирового судьи установлена ст. 84.

„Точное означеніе основаній задержанія составляетъ лучшую гарантію противъ произвола слѣдователя. Слѣдователь при исполненіи сихъ условій закона не можетъ не дать себѣ яснаго отчета въ своихъ дѣйствіяхъ, при соблюденіи ихъ не можетъ быть опрометчивости, рѣдко могутъ быть и ошибки, которыя, при добросовѣстномъ отношеніи къ дѣлу, будутъ замѣчены самимъ слѣдователемъ. Судебное постановленіе, не мотивированное надлежащимъ образомъ, вовсе не имѣетъ характера судебнаго акта". (О. С. 1869 г. № 4).

Это постановленіе предъявляется обвиняемому при самомъ отправленіи его въ мѣсто заключенія и во всякомъ случаѣ до истеченія сутокъ со времени его задержанія. Копія съ сего постановленія доставляется въ мѣсто заключенія обвиняемаго (ст. 431). Относительно нѣкоторыхъ лицъ установлены особыя предписанія: о сообщеніи духовному начальству (о монахахъ, священнослужителяхъ ст. 1023), военному начальству (о лицахъ военнаго вѣдомства находящихся внѣ казармъ ст. 1240), начальству университета (о студентахъ, чиновникахъ и преподавателяхъ университета ст. 139 общ. универс. устава) [1]).

[1]) По ст. 15 учрежд. Госуд. Думы отъ 6-го августа 1905 г., членъ Государственной Думы можетъ быть подвергнутъ лишенію или ограниченію свободы не иначе, какъ по распоряженію (постановленію?) судебной власти". Правило это далеко не гарантируетъ свободы депутатовъ. Право быть лишеннымъ свободы не иначе, какъ по постановленію судьи есть общее право гражданина. Власть администраціи на производство ареста ограничивается при правильномъ строѣ лишь задержаніемъ на 24 часа въ случаѣ крайней необходимости (при flagrant délit), власть же продолжительнаго лишенія свободы, принадлежащая администраціи въ настоящее время, вообще не можетъ быть терпима въ правовомъ государствѣ.

Обыкновенно составленіе постановленія отнимаетъ нѣсколько минутъ и оно предъявляется обвиняемому сейчасъ же послѣ допроса. Суточный срокъ установленъ, вѣроятно, для тѣхъ случаевъ, когда слѣдователь, передъ тѣмъ, какъ рѣшиться сдѣлать постановленіе, захочетъ получить какія-либо свѣдѣнія объ обвиняемомъ или посовѣтоваться съ лицомъ прокурорскаго надзора о мѣрѣ обезпеченія. Въ такихъ случаяхъ составленіе постановленія задерживается. Однако возникаетъ нѣкоторая неясность. Согласно ст. 9 завѣдующій мѣстомъ заключенія подъ страхомъ отвѣтственности не можетъ принимать обвиняемаго въ мѣсто заключенія безъ копіи постановленія о взятіи подъ стражу. Какимъ же образомъ обвиняемый можетъ быть заключенъ безъ него? Можетъ быть здѣсь разумѣется задержаніе при полиціи? Вѣроятнѣе положеніе, по которому законъ предполагалъ возможность одновременнаго составленія постановленія и заключенія подъ стражу, съ тѣмъ, однако, чтобы обвиняемому это постановленіе было предъявлено послѣ. Иначе закона толковать нельзя. Такой порядокъ нецѣлесообразенъ потому, что если предъявленіе производится слѣдователемъ, то обвиняемый быстрѣе можетъ

Зачѣмъ же создавать спеціальную гарантію изъ той, которая должна быть общею? У насъ, къ сожалѣнію, судебно-слѣдственная власть также недостаточно независима, чтобы постановленіе ея въ этой важной области защиты народнаго представительства считать достаточной гарантіей отъ административнаго произвола. На западѣ повсюду для арестованія требуется согласіе соотвѣтственной палаты. Такъ, мы приводили ст. 31 герм. конституціи и ст. 84 прусской (см. стр. 179), гдѣ эти начала ясно выражены. Ст. 45 бельгійской конституціи идетъ еще далѣе, требуя разрѣшенія на арестованіе, и кромѣ того предоставляя палатѣ требовать, чтобы задержанный до сессіи, на весь срокъ сессіи былъ освобожденъ изъ подъ стражи. Конституція Франціи 1830 г. требовала, чтобы для задержанія за 6 недѣль до открытія сессіи также испрашивалось разрѣшеніе. Единственный случай, когда разрѣшенія не требуется и когда можетъ арестовывать не только судья, но и администрація, это случай flagrant délit. Задержаніе на мѣстѣ преступленія, когда не остается ни тѣни сомнѣнія въ виновности не можетъ давать уже мѣста произволу органовъ публичной власти, и потому служитъ достаточнымъ основаніемъ для лишенія свободы депутата. Итакъ, принятая актомъ 6 августа у насъ система даетъ слабую гарантію противъ одного только административнаго произвола, господствующая же система обезпечиваетъ отъ произвола и административной и судебной власти. Послѣдняя система ведетъ свое начало отъ конституціи 1791 г.

обжаловать и тутъ же судья можетъ исправить какіе нибудь вкравшіеся недостатки. Въ статьяхъ, относящихся къ мировымъ судьямъ, не установлено обязательности сообщенія. Вѣроятно, мотивомъ здѣсь была кратковременность задержанія у мировыхъ судей. Однако такое отсутствіе предъявленія лишаетъ заключеннаго возможности обжалованія и вообще не оправдывается никакими соображеніями. Комментаторы (Квачевскій и Макалинскій), основываясь на ст. 118, считаютъ обязательнымъ предъявленіе въ такихъ случаяхъ.

Слѣдуетъ указать также, что гораздо цѣлесообразнѣе выдавать обвиняемому копію такого постановленія. При предъявленіи часто отъ простой внимательности зависитъ возможность провѣрки. Странныя формы и термины, непонятныя иногда для простого человѣка, не позволяютъ вникнуть въ постановленіе и лишаютъ предъявленіе его всякаго значенія. Снятіе же копіи не потребовало бы долгаго времени. Копія постановленія, пересланная въ мѣсто заключенія, сохраняется тамъ и служитъ доказательствомъ законности ареста и основаніемъ для провѣрки правильности при надзорѣ. Въ мѣстахъ заключенія ведутся реестры, въ которыхъ, при самой сдачѣ арестанта, означается постановленіе о его задержаніи. Въ реестрѣ расписывается сдающій и принимающій арестанта, причемъ первый получаетъ вмѣсто квитанціи выписку изъ статьи реестра для предъявленія слѣдователю (ст. 432) [1]).

Лишь относительно взятія подъ стражу составляется слѣдователемъ кромѣ общаго протокола особое постановленіе. Въ случаѣ принятія какой либо другой мѣры дѣло ограничивается только протоколомъ допроса, въ концѣ котораго слѣдователь упоминаетъ о принятой мѣрѣ. О необходимости мотивировки ничего не говорится. Правда, при поручительствѣ или залогѣ слѣдователемъ составляется также еще особое постановленіе, которое подписывается какъ слѣдователемъ (или мировымъ

[1]) Эта элементарная гарантія составленія особаго постановленія порою не соблюдается; напр., Пановъ (Сахалинъ, какъ колонія 1904, стр. 218, 219) сообщаетъ, что въ тюрьмахъ Сахалина въ 1903 г. помѣщалось безо всякой копіи постановленія о взятіи подъ стражу *280 чел.*, при чемъ сроки заключенія почти постоянно не соблюдаются.

судьей по ст. 81), такъ и поручителемъ или залогодателемъ и выдается имъ въ копіи (ст. 426). Но постановленіе это имѣетъ характеръ не гарантіи, а гражданскаго договора между двумя сторонами—слѣдователемъ и лицомъ, представившимъ денежное обезпеченіе.

Отсутствіе особаго постановленія при принятіи другихъ мѣръ кромѣ заключенія подъ стражу не имѣетъ никакихъ основаній. Робота слѣдователя отъ этого не на много увеличится. Нельзя считать мѣру обезпеченія, не сопряженную съ лишеніемъ свободы, нестоющей особаго постановленія. Она бываетъ иногда (особенно при залогѣ и поручительствѣ) весьма тяжкой. Отсутствіе постановленія освобождаетъ слѣдователя отъ надобности представлять обвиняемому мотивы принятія мѣры обезпеченія. Съ введеніемъ факультативности въ принятіи такихъ мѣръ необходимо будетъ требовать мотивировки и составленія особаго постановленія въ принятіи вообще какой либо мѣры обезпеченія. Обвиняемый имѣетъ право знать, по какимъ основаніямъ наложены ограниченія на его свободу, иначе всегда будетъ широкій просторъ для злоупотребленій слѣдователя.

2. **Обжалованіе** постановленій слѣдователя о принятіи той или иной мѣры обезпеченія есть коррективъ противъ пристрастности или несправедливости отдѣльнаго лица. Единоличная судебная власть, особенно снабженная полицейскими функціями, не всегда можетъ удовлетворить чувство справедливости лица, подвергающагося ограниченіямъ со стороны ея. Государство, сознавая, что главное свойство судебнаго рѣшенія—это уваженіе къ нему, основанное на признаніи его справедливымъ, допускаетъ въ случаяхъ недовольства обжалованіе въ высшую инстанцію. Законъ правильно проводитъ разницу между обжалованіемъ приговоровъ по дѣлу и обжалованіемъ рѣшеній слѣдственной власти, стѣсняющихъ права участвующихъ въ дѣлѣ лицъ. Обжалованіе на предварительной стадіи не затягиваетъ дѣла, а между тѣмъ оно вноситъ часто большую правильность. Въ иныхъ странахъ, напр., въ Англіи, обжалованіе является рѣдкимъ исключеніемъ, однако это происходитъ вслѣдствіе того, что судья пользуется значительнымъ уваженіемъ и

полнымъ довѣріемъ и что вообще общая система настолько хороша, что не сильно стѣсняетъ права участвующихъ лицъ. Обжалованіе однако не искупаетъ совершенно недостатковъ первой инстанціи. Апелляціонное разсмотрѣніе менѣе основательно, вслѣдствіе того, что оно основывается на фактахъ, почерпнутыхъ изъ вторыхъ рукъ. При томъ обжалованіе—исключительное средство, которымъ далеко не всѣ могутъ пользоваться отчасти по незнанію, отчасти по неумѣнію.

По дѣйствующему праву обжалованіе слѣдственныхъ дѣйствій установлено въ слѣдующемъ порядкѣ. Принесеніе жалобъ дозволяется всѣмъ участвующимъ лицамъ, если слѣдственное дѣйствіе нарушаетъ или стѣсняетъ ихъ права (ст. 491). Жалобы на дѣйствія слѣдователя, независимо отъ того, приняты ли они имъ самостоятельно или по требованію прокурора, приносятся окружному суду (ст. 493). Однако, какъ было разъяснено сенатскими постановленіями (см. Макалинскій т. II стр. 569), дѣйствія слѣдователя, произведенныя по дѣламъ, подсуднымъ палатѣ въ силу ст. 534 или рѣшаемымъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, могутъ быть обжалованы въ палату. Жалобы могутъ быть какъ словесныя, такъ и письменныя. Словесныя вносятся въ протоколъ (ст. 495). Жалобы передаются судебному слѣдователю для представленія (ст. 497), при чемъ жалобщикъ можетъ требовать росписки въ принятіи жалобы (ст. 498). Обвиняемому, заключенному подъ стражей, предоставляются всѣ необходимые для подачи жалобы способы, въ случаѣ заявленнаго имъ желанія (ст. 496). Поданная жалоба должна быть отправлена по принадлежности въ теченіе трехъ дней со времени ея подачи; если же жалоба приносится на лишеніе свободы, то—въ теченіе сутокъ (ст. 499). Естественно, что принесеніе жалобы не останавливаетъ ни производства слѣдствій, ни исполненія отдѣльныхъ слѣдственныхъ дѣйствій.

Жалобы на принятіе тѣхъ или иныхъ мѣръ обезпеченія сведены въ общую рубрику жалобъ, и только отчасти выдѣлены жалобы на лишеніе свободы. Подъ ними слѣдуетъ разумѣть не только жалобы на взятіе подъ стражу, но и на слишкомъ высокій размѣръ поручительства, залога, до представленія ко-

торыхъ обвиняемый содержится подъ стражей. Изъ этихъ постановленій явствуетъ, что гражданскій истецъ не имѣетъ права приносить жалобы по поводу принятія мѣръ обезпеченія, потому что онѣ не стѣсняютъ его правъ и онъ по закону (ст. 742) не долженъ касаться уголовной отвѣтственности подсудимаго, въ цѣляхъ которой и назначаются мѣры обезпеченія. Только въ одномъ случаѣ по дѣйствующему праву онъ можетъ приносить жалобу—если размѣръ залога или поручительства меньше подтвержденнаго основательными доказательствами его гражданскаго иска.

Правила принесенія жалобъ у мировыхъ судей нѣсколько иныя. Жалобы приносятся въ мировой съѣздъ (ст. 152). При чемъ почему-то указана только жалоба на взятіе подъ стражу, а не вообще на мѣры обезпеченія. Придерживаясь буквальнаго смысла закона, слѣдовало бы признать, что назначеніе мировымъ судьей поручительства или залога, въ какомъ угодно размѣрѣ, не можетъ быть обжаловано обвиняемымъ. Практика однако отступила отъ этого неосновательнаго ограниченія. Проектъ 1900 г. внесъ въ уставъ ст. 1128, указывающую, что обвиняемый имѣетъ право апелляціоннаго отзыва противъ приговора по всѣмъ предметамъ дѣла, до него относящимся, и по поводу всякой неправильности въ производствѣ дѣла или въ постановленіи приговора. Однако право частной жалобы оставлено только на взятіе обвиняемаго подъ стражу (ст. 1135).

Частная жалоба приносится въ семидневный срокъ со времени исполненія распоряженія о взятіи подъ стражу (ст. 153). Непонятно ограниченіе времени подачи жалобы семидневнымъ срокомъ, какъ ничѣмъ не вызванное (въ проектѣ оно отмѣнено, ст. 1137). По полученіи жалобы мировой судья обязанъ представить ее въ съѣздъ въ теченіе сутокъ со времени ея полученія, вмѣстѣ со своимъ объясненіемъ (ст. 154). Разбирательство въ съѣздѣ производится изустно и публично (ст. 156). Настоятельно необходимо улучшеніе способовъ обжалованія у мировыхъ судей вслѣдствіе многочисленности случаевъ заключенія подъ стражу и большой безпомощности обвиняемыхъ.

Разсмотрѣніе жалобъ на дѣйствія слѣдователей въ окруж-

номъ судѣ производится въ первый присутственный день въ распорядительномъ засѣданіи (ст. 501). Согласно ст. 152 учр. суд. уст. распорядительныя засѣданія происходятъ при закрытыхъ дверяхъ, между тѣмъ при разсмотрѣніи въ судебной палатѣ частныя жалобы на принятіе мѣръ обезпеченія разсматриваются въ публичномъ засѣданіи (ст. 900 уст. угол. суд.). Такое различіе не находитъ себѣ оправданій. Судъ не долженъ бояться публичности. Жалоба докладывается однимъ изъ членовъ суда, передъ постановленіемъ рѣшенія выслушивается заключеніе прокурора (ст. 502, 505); если принесшій жалобу находится на лицо, то онъ допускается къ объясненіямъ (ст. 504). Ему объявляется постановленіе суда, и, если онъ того проситъ, выдается копія въ теченіе трехъ дней (ст. 508, 509). Постановленіе немедленно приводится въ исполненіе. Прокуроръ можетъ также подавать протесты противъ постановленій окружнаго суда о мѣрахъ обезпеченія (ст. 893 п. 3). Подача протеста только тогда останавливаетъ исполненіе частнаго постановленія, когда судъ, постановившій опредѣленіе, или судебная палата, въ которую жалоба или протестъ представлены, признаютъ это необходимымъ (ст. 897). Постановленіе суда можетъ быть обжаловано далѣе палатѣ въ двухнедѣльный срокъ со времени объявленія частнаго опредѣленія или, если оно не было объявлено, то со времени приведенія его въ дѣйствіе. Жалобы же на судъ относительно взятія подъ стражу могутъ быть приносимы во все время производства (ст. 895, 896). Частныя жалобы въ Сенатъ приносимы быть не могутъ, потому что требуютъ рѣшенія по существу. Однако на неправильности производства такія жалобы допустимы (см. 1888 г. № 186 цирк. общ. собр.). Сенатомъ разъяснено (67/404), что „разсмотрѣнію Правительствующаго Сената подлежатъ въ кассаціонномъ порядкѣ приносимыя на окончательныя приговоры жалобы, въ которыхъ подсудимые и участвующія въ дѣлѣ лица имѣютъ право просить объ отмѣнѣ рѣшенія, если въ производствѣ дѣла и въ постановленіи приговора нарушенъ во вредъ ихъ прямой смыслъ закона или въ производствѣ дѣла не соблюдены были установленныя формы и обряды судопроизводства, или же судъ вышелъ изъ

предѣловъ предоставленной ему власти, *чѣмъ открыть для нихъ путь достигать возстановленія законнаго порядка во всемъ, въ чемъ они считаютъ оный по отношенію къ нимъ нарушеннымъ*". Поэтому Сенатъ можетъ при подачѣ ему кассаціонной жалобы указывать на неправильности и нарушенія закона, допущенныя *и на предварительномъ слѣдствіи.* Проектъ въ ст. 868 указываетъ, что опредѣленія высшаго суда, состоявшіяся по частнымъ протестамъ или жалобамъ, дальнѣйшему обжалованію не подлежатъ, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда вслѣдствіе неправильнаго толкованія законнаго состава преступнаго дѣянія, опредѣленіемъ суда участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ преграждается доступъ къ правосудію. Протесты и жалобы въ сихъ случаяхъ подаются въ двухнедѣльный срокъ въ судъ, постановившій опредѣленіе, и представляются въ уголовный судебный департаментъ Правительствующаго Сената. Отсутствіе въ уставѣ уголовнаго судопроизводства указаній о правѣ кассаціоннаго обжалованія, вѣроятно, результатъ того, что и во французскомъ уставѣ, послужившемъ образцомъ, въ ст. 119 говорится только объ апелляціонной жалобѣ. Однако никто изъ практиковъ французскихъ не сомнѣвается, что кассаціонная жалоба на постановленіе о взятіи подъ стражу, въ случаѣ его формальной незаконности, допустима (см. Bougon. Dét. Préventive. Conclusion). Дѣйствительно, разъ въ эту область внесены формальныя ограниченія (ст. 417—419), то нѣтъ основаній лишать возможности обращаться для возстановленія своего права къ высшему органу законности—Сенату, тѣмъ болѣе, что задержки для слѣдствія въ этомъ отношеніи не происходитъ.

Обращаясь къ положенію обжалованія на практикѣ, мы должны признать его неудовлетворительнымъ. При объясненіи причинъ ревизіонные отчеты намъ даютъ много указаній. Повсюду указывается на рѣдкость жалобъ на взятіе подъ стражу. Объясняется это тѣмъ, что иногда слѣдователи, чтобы не числилось за ними арестантскихъ дѣлъ, заключаютъ обвиняемаго подъ стражу одновременно съ отсылкою дѣла по ст. 478, вслѣдствіе чего жалоба обвиняемаго на взятіе подъ стражу поступаетъ въ судъ уже тогда, когда нѣтъ дѣла у

слѣдователя; а зачастую оно поступаетъ въ судъ съ постановленіемъ палаты о преданіи суду и съ утвержденною мѣрою, вслѣдствіе чего жалоба и остается безъ удовлетворенія. Суды не считаютъ себя въ правѣ, основываясь на 524 и 541 ст., измѣнять мѣру обезпеченія въ то время, когда предварительное слѣдствіе направлено къ прокурору, и поэтому также оставляютъ жалобы безъ послѣдствій. Часты случаи, когда слѣдователь, представляя жалобу, указываетъ, что дѣло получило уже дальнѣйшее направленіе. Всегда проходитъ довольно значительный срокъ, пока заключенный подъ стражу рѣшитъ составить жалобу или тому научатъ его товарищи по тюрьмѣ, пока жалоба будетъ составлена, пока получитъ свое направленіе, при чемъ не всегда установленные сроки соблюдаются строго. Судъ не постановляетъ своихъ рѣшеній, опасаясь возможности коллизіи съ постановленіемъ о мѣрѣ обезпеченія, которое можетъ быть произведено обвинительной камерой. Цѣлесообразно было бы поэтому установить, что жалобы на мѣру обезпеченія съ заключеніемъ слѣдствія передаются въ ту инстанцію, которая рѣшаетъ вопросъ о преданіи суду.

Положеніе обвиняемаго, заключеннаго подъ стражу, является крайне печальнымъ. Жалобы на заключеніе обыкновенно основываются не на опроверженіи выставленныхъ слѣдователемъ мотивовъ, а обыкновенно состоятъ изъ ходатайствъ объ освобожденіи ради престарѣлыхъ родителей, бѣдныхъ дѣтей, наступленія поры сельскихъ работъ и пр. Обвиняемые такимъ образомъ не знаютъ и не понимаютъ, за что ихъ наказали, и лишь ходатайствуютъ о милосердіи. Между тѣмъ, какъ указываютъ отчеты (т. II, стр. 261), молодые слѣдователи очень часто заключаютъ подъ стражу за незначительныя преступленія, часто не могутъ правильно опредѣлить природы преступнаго дѣянія и слѣдовательно предположительной величины наказанія, отъ которой во многомъ зависитъ право назначенія той или иной мѣры обезпеченія. Сила уликъ также недостаточна, что слѣдуетъ изъ большого числа прекращаемыхъ судомъ арестантскихъ дѣлъ и большого количества оправдательныхъ приговоровъ. „Въ итогѣ“—говорится въ от-

четѣ—„получается полная и вмѣстѣ съ тѣмъ наглядная картина весьма недостаточнаго огражденія личности обвиняемыхъ и крайне нежелательныхъ послѣдствій предоставленной слѣдователямъ власти въ отношеніи заключенія обвиняемыхъ подъ стражу“. Здѣсь возникаетъ вопросъ о допущеніи защитника къ составленію жалобы и вообще къ дѣятельности на предварительномъ слѣдствіи, которымъ мы займемся ниже.

3. **Надзоръ.** Кромѣ общаго надзора за слѣдствіемъ со стороны прокуратуры (ст. 283—285), существуетъ въ судебныхъ уставахъ спеціальный надзоръ за заключеніемъ подъ стражу, на обязанности котораго лежитъ провѣрка законности и правильности содержанія подъ стражей не только подслѣдственныхъ арестантовъ, но и всѣхъ, кто только будетъ заключенъ въ тюрьму. Постановленія о такомъ надзорѣ находятся въ ст. 8—11 уст. угол. суд. Въ ст. 8 мы находимъ правило о необходимости законности каждаго арестованія. „Никто не можетъ быть задержанъ подъ стражею иначе, какъ въ случаяхъ, законами опредѣленныхъ, ни содержимъ въ помѣщеніяхъ, не установленныхъ на то закономъ (Уст. сод. подъ стр. ст. 2 и 6 прим. 3, улож. нак. ст. 56 и 57)“ (ст. 8). Въ первоначальномъ проектѣ предполагалось ограничить право арестованія только случаями, указанными *въ уст. угол. суд.*, но мотивъ, что „осторожность требуетъ не ограничивать задержанія подъ стражею случаями, въ семъ уставѣ указанными, но выразить такую мысль, что никто не можетъ быть задержанъ иначе, какъ въ случаяхъ, законами опредѣленныхъ, „повлекъ за собою настоящую редакцію, несравненно болѣе сузившую права гражданъ“ [1]). (Мотивы изд. Госуд. канц. 1865 г. т. II стр. 30). Ссылка на статьи устава сод. подъ стражей, въ которыхъ говорится о томъ, что при недостаткѣ мѣстъ въ тюремныхъ помѣщеніяхъ можно заключать и въ другихъ мѣстахъ, сдѣлана для избѣжанія недоразумѣній.

За этимъ постановленіемъ о законности ареста слѣдуютъ постановленія, гарантирующія его соблюденіе. Каждый судья

[1]) См. главу о полицейскомъ арестѣ.

и каждый прокуроръ, который въ предѣлахъ своего участка удостовѣрится въ задержаніи кого-либо подъ стражею безъ постановленія уполномоченныхъ на то лицъ, обязанъ немедленно освободить неправильно лишеннаго свободы (ст. 10) [1]). Самое требованіе о взятіи кого-либо подъ стражу подлежитъ исполненію лишь въ томъ случаѣ, когда оно послѣдовало въ порядкѣ, опредѣленномъ правилами сего устава (не вообще закона, какъ расширено въ ст. 8). Подъ судьей слѣдуетъ разумѣть и судебныхъ слѣдователей и мировыхъ судей. Обозрѣвая мѣста заключенія, судья провѣряетъ постановленія и, если относительно обвиняемаго имѣется постановленіе компетентнаго органа, то заключеніе не можетъ быть признано противозаконнымъ, въ обсужденіе же правильности, основательности и законности задержанія судья, контролирующій соблюденіе формальностей, входить не можетъ. Судья даже не можетъ начинать провѣрку самоличности задержаннаго, а лишь, если задержанный заявитъ ему о томъ, онъ долженъ сообщить объ этомъ обстоятельствѣ подлежащей власти для зависящаго отъ нея разсмотрѣнія и распоряженія (Ц. У. 22 мая 1881 г.). Если заключенный находится подъ стражей безъ постановленія, то освобожденіе его безъ удостовѣренія въ неправильномъ лишеніи его свободы, черезъ сношеніе съ тѣмъ должностнымъ лицомъ, по распоряженію котораго онъ былъ арестованъ и которое еще могло въ теченіе сутокъ, составивъ и предъявивъ арестованному постановленіе объ его задержаніи, доставить копію съ этого постановленія въ мѣсто заключенія, представляется неправильнымъ (Ц. У. 20 мая 1877 г.).

Постановленіе ст. 9 заимствовано изъ англійскаго права, однако право надзора здѣсь значительно сужено. Въ Англіи происходящія нѣсколько разъ въ году quarterly sessions каждый разъ производятъ провѣрку основательности и правильности задержаній и, не сносясь ни съ кѣмъ другимъ, сами освобождаютъ арестантовъ на поруки или продолжаютъ срокъ заключенія (commission of gaol delivery). Это полномочіе является, конечно,

[1]) Цѣлесообразно указать въ законѣ на противозаконное продолженіе ареста, на прекращеніе котораго также уполномоченъ прокуроръ.

возможнымъ потому, что подвергаютъ обвиняемыхъ подслѣдственному заключенію только мировые судьи, а съѣзды, состоящіе изъ нѣсколькихъ такихъ судей, являются органомъ высшимъ, чѣмъ отдѣльный судья. Какъ видно изъ ст. 10, составленіе постановленія обязательно для всякой власти, имѣющей право (хотя бы и внѣ сферы устава угол. суд.) заключенія подъ стражу. „До сей поры"—говорится въ объяснительной запискѣ 1863 г. (стр. 202)—„правомъ задержанія пользовались не только всякая власть и всякое начальство, но и частныя лица, занимавшія выгодное положеніе въ обществѣ". Обязательность формальнаго постановленія служитъ огражденіемъ отъ такихъ злоупотребленій. Органъ контроля обязанъ освободить задержаннаго, содержимаго безъ постановленія. Сроковъ для производства такого контроля не установлено никакихъ, вѣроятно, это предполагалось предоставить административнымъ распоряженіямъ. Законъ (ст. 11) предписываетъ только, чтобы судья или прокуроръ, до свѣдѣнія коего дошло, что въ предѣлахъ его участка или округа кто-либо содержится не въ надлежащемъ мѣстѣ заключенія, принялъ мѣры къ содержанію его въ установленномъ порядкѣ. Такимъ образомъ на первый планъ постановленіями ст. 8—11 уст. угол. суд. ставится не освобожденіе лицъ, содержащихся подъ стражей безъ соблюденія формальныхъ условій, а исправленіе неправильныхъ формальныхъ условій. Нельзя не признать, что этотъ второй видъ надзора слабѣе и менѣе ограждаетъ свободу.

4. **Отвѣтственность.** Отвѣтственность есть сильный рычагъ законности. На ней покоится въ значительной степени система государственнаго принужденія, она служитъ средствомъ, умѣряющимъ безконтрольное проявленіе власти. Однако отвѣтственность сильна не размѣрами установленныхъ каръ, не количествомъ караемыхъ дѣяній, а тѣмъ сознаніемъ зависимости отъ закона, которое она вызываетъ у государственныхъ служащихъ. Самыя страшныя угрозы для развратившагося случаями безнаказанности сознанія не имѣютъ никакого значенія. Отдаленность наказанія или возможность избѣгнуть его дѣйствуютъ равносильно съ безнаказанностью. Нѣтъ ничего опас-

нѣе сознающаго безнаказанность служащаго. Единственной уздой его поведенія являются его нравственныя качества, которыя не всегда бываютъ достаточно сильными. Поэтому для вопроса объ отвѣтственности должностныхъ лицъ правила судопроизводственныя, устанавливающія способъ привлеченія такихъ лицъ къ суду и осуществленія надъ ними правосудія, важнѣе, чѣмъ правила уголовнаго уложенія, опредѣляющія размѣръ кары. Способъ осуществленія права привлеченія къ отвѣтственности долженъ быть доступенъ каждому недовольному и потерпѣвшему, чтобы должностное лицо уважало права обращающагося къ нему лица, по отношенію къ которому ему предоставлена власть, сознавая возможность отвѣтственности передъ нимъ. Нужно, чтобы не начальство, а судъ рѣшалъ основательность обвиненія и возможность преданія суду. Самый вопросъ объ отвѣтственности должностныхъ лицъ за ошибки, недосмотры и злоупотребленія выходитъ изъ границъ нашей темы, но, такъ какъ отвѣтственность есть одна изъ гарантій, то слѣдуетъ указать въ самыхъ краткихъ чертахъ на ея постановку по дѣйствующему праву.

Отвѣтственность слѣдователей и мировыхъ судей двоякая: дисциплинарная (ст. 1067), порядокъ которой опредѣленъ въ учрежденіи судебныхъ установленій и наказанія и взысканія при которой могутъ состоять въ замѣчаніяхъ, выговорахъ безъ внесенія въ послужной списокъ по распоряженію непосредственнаго начальства, въ вычетахъ изъ жалованья, перемѣщеніяхъ съ высшей должности на низшую, удаленіи съ должности и арестѣ до семи дней по распоряженію того начальства, отъ котораго зависитъ назначеніе на должность (ст. 1066), и затѣмъ отвѣтственность по суду—обще-гражданская и уголовная. Слѣдователи, мировые судьи, прокуроры окружныхъ судовъ подлежатъ суду палаты (ст. 1073 п. 1). Донесенія и сообщенія о преступленіяхъ по должности по судебному вѣдомству, а *также просьбы о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные сими преступленіями* [1]), обращаются къ тѣмъ судебнымъ установле-

[1]) У насъ установлена возможность предъявленія къ должностному лицу гра-

ніямъ, отъ коихъ зависитъ преданіе обвиняемаго суду; но жалобы на неправильность слѣдствій и судебныхъ распоряженій или рѣшеній приносятся по правиламъ II и III книгъ уст. уг. суд. (1079 ст.). Преданіе суду упомянутыхъ выше лицъ зависитъ отъ судебной палаты (ст. 1080 п. 1).

По уложенію о наказ. особая глава XI (отдѣленіе первое) посвящена установленію наказаній за преступленія и проступки чиновниковъ при слѣдствіи и судѣ (ст. 426—434). Въ числѣ преступныхъ дѣяній чиновника указаны: *неисполненіе предписанныхъ для производства слѣдствія законами правилъ и формъ* по нерадѣнію или незнанію своихъ обязанностей, когда постановленіями о судопроизводствѣ не положено за сіе особое взысканіе или наказаніе (грозятъ дисциплинарныя взысканія); если же это учинено съ намѣреніемъ или по пристрастію, изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ, то виновный подвергается отрѣшенію отъ должности и гражданской отвѣтственности; *взяточничество* (по 428 ст. грозитъ лишеніе правъ и арестантскія отдѣленія); *неснятіе первоначальнаго допроса* съ обвиняемаго въ теченіе сутокъ послѣ явки или привода его (строгій выговоръ, въ третій разъ—отрѣшеніе отъ должности; тѣ же наказанія установлены и для полиціи, не составившей протокола въ случаѣ неприбытія слѣдователя, по ст. 430); *принужденіе къ сознанію* (дисциплинарныя взысканія, а если оно сопровождалось жестокостью, то грозитъ наказаніе ст. 345, т. е. отъ срочнаго тюремнаго заключенія до исправительнаго дома); *медленность въ производствѣ слѣдствія*, когда въ томъ не встрѣтится особенныхъ важныхъ препятствій или трудностей (дисциплинарное взысканіе по ст. 431); *предоставленіе виновному* при слѣдствіи или судѣ *какихъ либо недозволенныхъ закономъ средствъ къ оправданію или стараніе ослабить силу представляющихся противъ обвиняемаго улик или доказательствъ* (по ст. 433 дисциплинарное взысканіе); наконецъ, *всякое злоупотребленіе или упущеніе при своей должности* (ст. 434).

жданскаго иска лишь по доказаніи преступности его дѣйствія, а не въ общегражданскомъ порядкѣ. Н. Лазаревскій, Объ отвѣтственности за убытки, причиненные должностными лицами. Спб. 1905.

Кромѣ спеціальныхъ статей объ отвѣтственности за преступныя дѣянія по слѣдствію, къ слѣдователямъ примѣняются и общія правила о службѣ государственной, на разсмотрѣніи которыхъ мы не останавливаемся. Кромѣ того ко всѣмъ, въ томъ числѣ и должностнымъ лицамъ, примѣнима ст. 1540 о противозаконномъ лишеніи свободы: „Если кто по какой бы то ни было причинѣ и съ какимъ бы то ни было намѣреніемъ, кромѣ случаевъ, въ коихъ задержаніе и самое предварительное заключеніе по уликамъ или подозрѣніямъ или же въ видѣ наказанія дозволено или предписано закономъ, самовольно и насильственно лишитъ кого либо свободы,—тотъ, буде заключеніе или задержаніе его продолжалось болѣе трехъ мѣсяцевъ, приговаривается за сіе къ лишенію всѣхъ личныхъ и особенныхъ правъ и отдачѣ въ исправительныя арестантскія отдѣленія по 4 или 5 степени ст. 31 и п. 2 и 3".

Уголовное уложеніе значительно измѣнило эти постановленія. Въ главѣ о преступныхъ дѣйствіяхъ по службѣ ст. 649 постановляетъ: „Служащій, виновный въ незаконномъ лишеніи личной свободы задержаніемъ, заключеніемъ, продленіемъ срока лишенія свободы или примѣненіемъ неподлежащаго болѣе тяжкаго лишенія свободы вслѣдствіе незнанія своихъ обязанностей или вслѣдствіе небрежности, наказывается арестомъ". Въ кодексахъ Франціи и Бельгіи этотъ видъ посягательства на свободу разсматривается какъ преступленіе противъ конституціонной хартіи, кодексы германскій, венгерскій, австрійскій проектъ и наше уложеніе (ст. 348 ч. 2) говорятъ о немъ въ главѣ о злоупотребленіяхъ службою, и только нидерландскій и итальянскій кодексы отводятъ ему мѣсто въ главѣ о преступленіяхъ противъ свободы вообще. Коммисія сочла необходимымъ установить для служащихъ наказаніе за лишеніе свободы въ главѣ о злоупотребленіяхъ службою (см. объяснит. зап. къ угол. улож., злоупотребленія службою, стр. 65).

Въ проектѣ уголовнаго уложенія рѣшено было значительно измѣнить статьи улож. о наказ. Разсматривая эти злоупотребленія въ отдѣльности, коммисія пришла къ слѣдующимъ выводамъ: а) неконстатированіе или непрекращеніе противозаконнаго лишенія свободы (франц. 119, бельг. 154, 156,

нидерл. 368, венг. 197, итал. 151): проектъ не сдѣлалъ изъ этого спеціальнаго преступленія; б) принятіе въ мѣсто заключенія безъ постановленія компетентной власти (фр. 120, бельг. 156, нидерл. 464, венгр. 196, итал. 150)—проектъ постановилъ также не включать, какъ особый видъ; в) отказъ представить обвиняемаго компетентному лицу (франц. 120, бельг. 156, нидерл. 369)—это или дисциплинарная провинность, или пособничество длящемуся лишенію свободы, поэтому рѣшено такого постановленія не вносить (статья эта взята изъ англійскаго Habeas Corpus Act); г) недонесеніе по начальству о задержаніи или принятіи въ мѣсто заключенія (венг. 196)—не вносить, какъ дисциплинарное дѣяніе; д) неснятіе допроса въ теченіе сутокъ и несоставленіе протокола полиціей, какъ дисциплинарное дѣяніе, не вносить; е) непредставленіе по начальству бумагъ, подаваемыхъ содержащимся подъ стражей (ст. 449 улож. о наказ.),—не вносить по тому же основанію; ж) насиліе надъ содержащимся подъ стражей (ст. 453 улож.) не включено въ виду достаточности общаго постановленія; з) содержаніе не въ надлежащемъ мѣстѣ (франц. 122, бельг. 159, улож. о нак. 448) не включать по тому же основанію; и) отказъ предъявить органу власти списки заключенныхъ (франц. 120, бельг. улож. 157, нидерл. 369)—не включать, какъ дисциплинарную вину; і) невнесеніе въ реестръ мѣста заключенія постановленія о заключеніи—не включать, какъ дѣяніе, влекущее дисциплинарную отвѣтственность (Объясн. записка 1897 г. 191 стр., слѣд.).

Общія постановленія главы тридцать седьмой уголовнаго уложенія въ большинствѣ случаевъ сумѣютъ обнять существовавшія раньше постановленія. Въ дисциплинарныхъ уставахъ, однако, слѣдуетъ точно означать отдѣльные проступки для того, чтобы частное лицо было въ состояніи сразу находить соотвѣтственныя статьи закона для своей жалобы и могло хорошо знать свои права. Широкая власть, предоставленная суду въ назначеніи наказаній, можетъ способствовать большей индивидуализаціи проступковъ. Можно надѣятся, что съ расширеніемъ возможности предавать суду должностныхъ лицъ и съ устраненіемъ для частныхъ лицъ различныхъ страховъ

административныхъ воздѣйствій за жалобы на неправильныя дѣйствія слѣдственныхъ органовъ, начало законности въ дѣйствіяхъ судебныхъ органовъ найдетъ прочную опору въ сознаніи отвѣтственности ихъ. Пока же это одна изъ самыхъ неудовлетворительныхъ на практикѣ сторонъ дѣйствующей системы. Связь слѣдственныхъ органовъ съ судомъ обезпечиваетъ иногда ихъ безнаказанность. Съ отдѣленіемъ органовъ дознанія и прокуратуры возможно будетъ достигнуть и большей справедливости.

Вообще же можно замѣтить, что частая отвѣтственность судьи за злоупотребленія—наиболѣе опасное для довѣрія къ суду явленіе, но послѣднее достигается не запрещеніемъ и затрудненіемъ такой отвѣтственности, а надлежащимъ выборомъ судей и гарантіями противъ ихъ произвола.

Кромѣ указанныхъ формальныхъ гарантій возможна еще принятая въ Англіи *гласность* предварительнаго слѣдствія и обсужденія вопроса о назначеніи мѣры обезпеченія. Однако эта гарантія, кромѣ немногихъ сторонниковъ (Борнгакъ, Іонъ) [1]), отвергается вслѣдствіе того, что ею значительно ослабляется сила репрессіи. Притомъ гласность—гарантія пригодная лишь для *состязательнаго порядка*, при которомъ публика сама узнаетъ всѣ обстоятельства дѣла и выводитъ свою оцѣнку, а не при инквизиціонномъ слѣдствіи, гдѣ мотивы заключенія судьи остаются неизвѣстными для публики и роль ея сводится къ простому и лишенному всякаго значенія смотрѣнію или слушанію. Поэтому говорить о гласности, какъ о гарантіи, возможно лишь съ установленіемъ большей состязательности, чѣмъ та, которая допускается въ настоящее время.

Что касается гарантій іерархическихъ, какъ представленіе вѣдомостей о заключенныхъ начальству, ревизіи и проч., то примѣненіе ихъ регулируется преимущественно административными распоряженіями и представляетъ меньше интереса для вопроса о способахъ защиты личной свободы.

---

[1]) Эта гарантія была предложена однимъ изъ членовъ германской комиссіи пересмотра 1905 г., но послѣ нѣкотораго обсужденія предложеніе было взято обратно, такъ какъ, по словамъ докладчика онъ убѣдился въ его непримѣнимости къ современному строю.

Глава седьмая.

Процессульныя права заключеннаго и средства осуществленія ихъ.

Современный уголовный процессъ, основанный на раздѣленіи обвиненія и защиты, какъ на лучшемъ средствѣ достиженія истины, по необходимости долженъ признать за дѣятельностью обвиняемаго большое уголовно-процессульное значеніе. Общественный интересъ защиты лучше всего можетъ быть достигнутъ расширеніемъ границъ этой дѣятельности, поставленной въ предѣлы законности. Защита, какъ дѣятельность, представляющая, кромѣ огражденія невинности, государственный интересъ индивидуализаціи наказанія и его наибольшей экономіи, на ряду съ обвиненіемъ, олицетворяющимъ требованія правопорядка и вытекающую изъ нихъ силу репрессіи, сообща содѣйствуютъ выработкѣ справедливой мѣры наказанія. И если считаютъ необходимымъ поручить обвиненіе блюстительницѣ правопорядка—прокуратурѣ, то представителемъ защиты цѣлесообразнѣе всего сдѣлать самаго обвиняемаго или его защитника, стоящаго вмѣстѣ съ тѣмъ близко къ указаннымъ общественнымъ интересамъ.

Дѣятельность каждаго лица въ процессѣ опредѣляется совокупностью присвоенныхъ ему процессуальныхъ правъ. Послѣднія, закрѣпляя за нимъ возможность совершенія дѣйствій, обладающихъ опредѣленнымъ юридическимъ значеніемъ, характеризуютъ его, какъ участника процесса. Современное уголовное законодательство еще не достигло той высоты развитія, при которой оно можетъ поставить сразу, съ самаго начала производства дѣла, обвиняемаго на ряду съ обвинителемъ, вооруживъ ихъ обоихъ одинаково. Нѣтъ, только на судебномъ слѣдствіи обвиняемый является равноправной стороной, на предварительномъ же, сохранившемъ еще инквизиціонный характеръ, дѣятельность его сильно стѣснена, объемъ предоставленныхъ ему правъ крайне невеликъ; обвинитель же, наоборотъ, является полноправнымъ. Тамъ, гдѣ

необходимо было бы участіе обвиняемаго или его защитника, вмѣсто него выступаетъ quasi-попечительная власть судебнаго слѣдователя, который по теоріи закона долженъ быть также защитникомъ обвиняемаго. Обвиняемый является не стороной, а „участвующимъ въ дѣлѣ лицомъ", и права его не на много отличаются отъ правъ гражданскаго истца (отличіе явствуетъ изъ одной только ст. 476 уст. угол. суд.).

Права, могущія принадлежать обвиняемому въ процессѣ (въ частности въ предварительной стадіи), могутъ быть раздѣлены на три группы:

1) права по обезпеченію правильности собираемыхъ или представляемыхъ доказательствъ;

2) права по отношенію къ обжалованію налагаемыхъ ограниченій его правъ;

и 3) права активнаго разслѣдованія и освѣщенія обстоятельствъ дѣла.

Первыя двѣ группы правъ принадлежатъ почти всѣмъ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ (свидѣтелямъ, экспертамъ и проч.), и только третья является характерной для положенія обвиняемаго, какъ стороны.

Въ русскомъ дѣйствующемъ законодательствѣ объемъ правъ обвиняемаго *на предварительномъ слѣдствіи* по отношенію къ каждой изъ указанныхъ группъ выражается слѣдующимъ образомъ:

1) Обвиняемый имѣетъ право присутствовать при выемкахъ, обыскахъ, осмотрахъ и освидѣтельствованіяхъ (ст. 316, 358), при дознаніи черезъ окольныхъ людей (ст. 456) и, наконецъ, при допросахъ свидѣтелей, но лишь въ томъ случаѣ, если слѣдователь не счелъ нужнымъ его удалить (446 ст.). Для обезпеченія безпристрастнаго веденія дѣла ему принадлежитъ также право отвода слѣдователя по законнымъ причинамъ (273 ст.).

2) Обвиняемый имѣетъ право приносить жалобу на всякое дѣйствіе, стѣсняющее его права (ст. 491).

3) Обвиняемый имѣетъ право замѣчаній и возраженій при протоколахъ о слѣдственныхъ дѣйствіяхъ и допросѣ (468, 469 ст.) и право приводить въ опроверженіе прочи-

таннаго ему показанія свидѣтеля обстоятельства, разслѣдовать которыя слѣдователь обязанъ (449 ст.); имѣетъ право безплатнаго полученія копій съ протоколовъ и постановленій судебнаго слѣдователя (475 ст.), право просить, при заключеніи слѣдствія, о предъявленіи слѣдственнаго производства и право указывать на какія-либо новыя обстоятельства, провѣрить которыя слѣдователь обязанъ, впрочемъ, лишь тогда, когда они могутъ имѣть вліяніе на рѣшеніе дѣла (476 и 477 ст.).

Общими характерными чертами всѣхъ указанныхъ правъ являются: 1) зависимость ихъ отъ желанія и домогательства обвиняемаго и 2) возможность исключительно личнаго ихъ осуществленія (а не чрезъ представителя или защитника).

Что касается правъ первой группы, то право обвиняемаго присутствовать при различныхъ дѣйствіяхъ слѣдователя по собранію доказательствъ проведено довольно послѣдовательно, но на практикѣ въ большинствѣ случаевъ остается мертвою буквою отчасти потому, что обвиняемый никакихъ свѣдѣній о производствѣ ихъ не получаетъ (кромѣ исключительно рѣдкаго дознанія чрезъ окольныхъ людей по 455 ст.), отчасти вслѣдствіе господства полнаго усмотрѣнія слѣдователя (какъ, напр., при допросѣ свидѣтелей). Въ послѣднемъ случаѣ для большаго огражденія предоставленныхъ обвиняемому правъ полезно было бы потребовать отъ слѣдователя мотивированнаго постановленія объ отказѣ, при чемъ достаточнымъ основаніемъ для такого отказа могло бы быть признано, между прочимъ, желаніе самого свидѣтеля.

По отношенію ко второй категоріи правъ законъ выражается достаточно обще и точно, и желательна только большая дѣйствительность обжалованій, т. е. вполнѣ безпристрастное и вдумчивое ихъ разсмотрѣніе.

Наибольшее значеніе имѣютъ постановленія, касающіяся третьей группы правъ обвиняемаго. Характернымъ ея признакомъ является то, что всѣ права обвиняемаго здѣсь поставлены въ зависимость отъ усмотрѣнія слѣдователя. Право замѣчаній и возраженій при допросѣ свидѣтелей можетъ быть парализовано удаленіемъ обвиняемаго изъ камеры или признаніемъ замѣчаній несущественными. Право полученія

копій съ протоколовъ и постановленій можетъ стать мертвою буквою, ибо не указанъ срокъ ихъ выдачи, которая обыкновенно задерживается до конца слѣдствія, когда и безъ того обвиняемый получаетъ право обозрѣнія дѣла. Наконецъ, право дополненія слѣдствія требованіемъ разсмотрѣнія новыхъ обстоятельствъ также находится въ зависимости отъ рѣшенія слѣдователя. Слѣдователь, такимъ образомъ, можетъ во всякій моментъ парализовать всякую активную дѣятельность обвиняемаго. Съ другой стороны, если обвиняемый пассивно относится къ привлеченію его къ отвѣтственности, то все дѣло можетъ пройти спокойно безъ того, чтобы кто-либо пригласилъ его принять участіе въ какихъ-нибудь слѣдственныхъ дѣйствіяхъ. Участіе его не нужно, оно является только терпимымъ, но не поощряемымъ.

Мы не имѣемъ въ виду въ настоящей главѣ заняться рѣшеніемъ сложнаго вопроса объ объемѣ правъ обвиняемаго на предварительномъ слѣдствіи и о желательномъ ихъ расширеніи,—вопроса, который составляетъ въ настоящее время центръ вниманія процессуалистовъ. Наша задача гораздо скромнѣе: мы лишь выяснимъ, въ какой степени дѣйствующее право предоставляетъ обвиняемому, заключенному подъ стражу, пользоваться принадлежащими ему, хотя бы и скудными, процессуальными правами.

Вопросъ этотъ не останавливалъ на себѣ вниманія нашихъ процессуалистовъ, а между тѣмъ онъ имѣетъ существенную важность. Заключеніе подъ стражу происходитъ очень часто и притомъ по важнѣйшимъ дѣламъ, когда обвиняемому грозитъ весьма серьезное наказаніе (не ниже тюрьмы съ лишеніемъ правъ, ст. 419) и, слѣдовательно, когда всякая возможность защиты имѣетъ для него особенный интересъ.

Пользованіе правами, какъ мы уже говорили, зависитъ отъ активности самаго обвиняемаго, лишеніе же свободы поневолѣ преграждаетъ ему возможность всякой дѣятельности. Могутъ указать, что, заключая подъ стражу, слѣдователь имѣетъ цѣлью, между прочимъ установленіе полнаго контроля надъ обвиняемымъ, пресѣченіе всякой его дѣятельности, могущей быть направленной на уничтоженіе слѣдовъ и на затемненіе

правильнаго хода слѣдствія, въ виду важности дѣла и потребности правосудія въ собраніи вѣскихъ уликъ. Отсюда, могутъ заключить, подавленіе всякой дѣятельности заключеннаго является вполнѣ законнымъ. Однако, ни въ коемъ случаѣ нельзя признать, что пользованіе тѣми правами, которыя присвоены закономъ обвиняемому, можетъ помѣшать слѣдствію. Слѣдователь по прежнему остается господиномъ слѣдствія и можетъ преграждать пользованіе правами въ отдѣльныхъ случаяхъ, когда будетъ въ томъ необходимость, а не по общему правилу. Притомъ всякая дѣятельность обвиняемаго проходитъ чрезъ самого слѣдователя, не иначе, и часто можетъ оказывать ему помощь въ собраніи обстоятельствъ, оправдывающихъ обвиняемаго. Допросъ не всегда является удобнымъ для того средствомъ, отчасти потому, что слѣдователь прибѣгаетъ къ нему лишь по собственной иниціативѣ и нуждѣ, отчасти же потому, что обвиняемый тогда еще не знаетъ характера собранныхъ противъ него уликъ, ибо сообщать ихъ на допросѣ слѣдователь не обязанъ и въ дѣйствительности не сообщаетъ.

Съ другой стороны, государство должно не только не допускать ограниченій обвиняемаго въ пользованіи общими процессуальными правами, вслѣдствіе лишенія свободы, но и предоставить такому обвиняемому особыя права. Заключая обвиняемаго подъ стражу, оно вмѣстѣ съ тѣмъ, безъ особой для себя необходимости, лишаетъ его возможности пользоваться такими *личными* правами, которыя облегчили бы ему активное участіе въ процессѣ и которыя вполнѣ доступны обвиняемымъ, находящимся на свободѣ. Таково, напр., право совѣщанія съ юридически-опытнымъ лицомъ, право полученія при извѣстныхъ условіяхъ свидѣтельства о бѣдности для освобожденія отъ представленія кассаціоннаго залога и пр. Не установивъ соотвѣтственно возмѣщающихъ правъ, государство совершало бы ничѣмъ не оправдываемую несправедливость.

Затѣмъ, на государствѣ по отношенію къ заключеннымъ подъ стражу лежитъ также особая обязанность—*ознакомленія* ихъ съ принадлежащими имъ процессуальными правами. Осуществленіе этихъ правъ въ настоящее время поставлено въ

зависимость отъ домогательства самого обвиняемаго, которое, конечно, не можетъ имѣть мѣста при незнаніи имъ своихъ правъ. Неправильно было бы приводить противъ этого то возраженіе, что каждый гражданинъ долженъ знать свои права и государство не обязано обучать его имъ: вѣдь при врученіи копіи обвинительнаго акта (557 ст.), на судебномъ слѣдствіи и при объявленіи приговоровъ (832 ст.), обвиняемый предупреждается о каждомъ, имѣющемся у него правѣ. Между тѣмъ эта обязанность по отношенію къ обвиняемымъ, заключеннымъ подъ стражу, игнорируется государствомъ, и они оказываются въ полномъ незнаніи своихъ правъ [1]).

По дѣйствующему законодательству постановленія, преслѣдующія цѣль предоставленія заключенному подъ стражу возможности знать его процессуальныя права и пользоваться ими, рѣзко распадаются на двѣ группы въ зависимости отъ стадіи производства дѣла: постановленія до преданія суду и— послѣ преданія суду. Такое дѣленіе обусловливается различіемъ организаціи этихъ двухъ стадій процесса.

До преданія суду эти права очень немногочисленны. По отношенію къ первой группѣ правъ, т. е. по отношенію къ обезпеченію правильности доказательствъ, заключенному не предоставлено никакихъ средствъ. Уставъ уголовнаго судопроизводства молчитъ объ этомъ. Статьи же 255 и 256 уст. о сод. подъ страж. категорически запрещаютъ отпускать подсудимаго изъ подъ стражи во время производства о немъ дѣла „никуда и ни по какому случаю“, кромѣ какъ по ст. 476, 570 и 571 уст. угол. суд. (на нихъ мы еще остановимся). Ни одна изъ статей, относящихся къ первой группѣ правъ, здѣсь не упомянута.

Что касается, далѣе, права обжалованія (вообще, а не только обжалованія заключенія подъ стражу), то, чтобы предоставить обвиняемому возможность прибѣгать къ нему, заключенному подъ стражу, до истеченія сутокъ со времени заклю-

[1]) Для избѣжанія этого возможно составленіе особой книжки, вручаемой каждому заключенному. Характерно, что, напр., въ С.-Петербургскомъ домѣ предварительнаго заключенія въ библіотекѣ, которою только и могутъ пользоваться заключенные, не имѣется въ числѣ книгъ даже экземпляра устава уголовнаго судопроизводства.

ченія предъявляется особое постановленіе (431 ст.) для того, чтобы онъ могъ знать причины принятія противъ него такой мѣры. Въ случаѣ заявленія имъ желанія подать жалобу, ему предоставляются всѣ необходимые къ тому способы (ст. 496).

И, наконецъ, изъ правъ активнаго участія заключенному обезпечена лишь возможность просить о разсмотрѣніи дѣла для дополненія при заключеніи слѣдствія (476 ст.), при чемъ онъ можетъ быть отпускаемъ изъ тюремнаго замка для разсмотрѣнія подлиннаго производства (ст. 256 уст. о сод. подъ страж.). Пожалуй, также можно видѣть нѣкоторое облегченіе сношеній съ судомъ въ ст. 480, которая предписываетъ по заключеніи слѣдствія переводить обвиняемыхъ, находящихся въ подслѣдственномъ заключеніи, въ уѣздный городъ для содержанія въ тюрьмѣ, если они содержались въ уѣздѣ.

Послѣ преданія суду права заключеннаго значительно шире, что обусловливается усиленіемъ значенія его, какъ стороны въ дѣлѣ, и важностью для правильной постановки судебнаго слѣдствія полной подготовленности защиты. Здѣсь уже первыя двѣ группы правъ теряютъ свое значеніе, отчасти потому, что доказательства всѣ собраны, отчасти потому, что нѣтъ никакихъ поводовъ для принятія противъ обвиняемаго на этой стадіи новыхъ стѣснительныхъ мѣръ. Вся тяжесть сосредоточивается на третьей группѣ, обезпечивающей возможность активнаго участія обвиняемаго.

Прежде всего, для подготовленія защиты и ознакомленія съ дѣломъ „подсудимые, взятые подъ стражу при предварительномъ слѣдствіи, доставляются въ тюрьму того города, гдѣ судебныя засѣданія по дѣламъ о нихъ должны происходить, по крайней мѣрѣ, *за недѣлю* до открытія сихъ засѣданій (584 ст.)“. Здѣсь имъ предоставляется копія съ обвинительнаго акта или жалобы частнаго лица и списокъ лицъ, которыхъ предполагается вызвать къ суду наравнѣ съ остальными подсудимыми (556 ст.). Имъ предоставляется особое право давать объясненія предсѣдателю или члену суда относительно избранія защитника и дополненія списка свидѣтелей, при чемъ при такихъ объясненіяхъ можетъ присутствовать и защитникъ, если онъ явится въ судъ къ назначен-

ному сроку. Въ случаѣ, если въ мѣстѣ содержанія обвиняемаго нѣтъ постоянныхъ засѣданій суда, объясненія принимаются мировымъ судьей (ст. 561, 562, 564). Обвиняемому предоставляется возможность сноситься съ защитникомъ, и отъ предсѣдателя зависитъ дать разрѣшеніе защитнику объясняться наединѣ съ подсудимымъ (569 ст.); защитникъ можетъ, такимъ образомъ, исполнять различныя порученія заключеннаго, имѣющія законный характеръ, и представительствовать за него. Наконецъ, подсудимый долженъ во всякое время быть отпускаемъ изъ мѣста заключенія въ канцелярію суда, если онъ пожелаетъ разсматривать подлинное дѣло и выписывать изъ него нужныя ему свѣдѣнія, что производится подъ наблюденіемъ секретаря и его помощника (ст. 256 уст. сод. страж. и ст. 570 и 571 уст. угол. суд.). Впрочемъ, особеннаго интереса въ пользованіи этимъ правомъ у заключеннаго нѣтъ, такъ какъ оно принадлежитъ также защитнику подсудимаго, который съ бо̀льшимъ успѣхомъ можетъ имъ пользоваться.

Во время судебнаго засѣданія, подсудимый, содержащійся подъ стражей, хотя и оставляется подъ ея охраной, но вполнѣ пользуется всѣми правами свободныхъ обвиняемыхъ (ст. 637, 612). Для выслушанія приговора онъ доставляется въ судъ (828 ст.), чѣмъ сохраняется общее право гласности приговора. Наконецъ, законъ предусматриваетъ случай, когда заключенный подъ стражу судится еще по другому дѣлу, по которому явка его необязательна. Здѣсь законъ обязываетъ тюремное начальство доставить его къ назначенному сроку въ судебное засѣданіе, однако, въ томъ лишь случаѣ, если онъ содержится въ предѣлахъ того округа, гдѣ разбирается о немъ дѣло, и если онъ при врученіи ему повѣстки о вызовѣ (почему не позже?) заявилъ о томъ желаніе (ст. 592). Предоставляя ему это право, законъ избавляетъ его отъ невыгодныхъ послѣдствій заочнаго разбирательства.

Въ апелляціонной и кассаціонной стадіяхъ заключенный подъ стражу сохраняетъ полноту своихъ правъ и получаетъ еще особыя права, обусловленныя невозможностью свободнаго пользованія своими личными правами. Такъ, подсудимому, содержащемуся подъ стражей, объявляется о всякомъ

поданномъ по его дѣлу протестѣ и отзывѣ (870 ст.), копіи которыхъ ему дается безплатно и на которые онъ можетъ доставлять свои объясненія въ палату (871, 872 ст.). Эти статьи гарантируютъ возможность защиты при апелляціи, но, къ сожалѣнію, не распространяютъ своего дѣйствія на стадію кассаціонную. Въ случаѣ же желанія подать кассаціонную жалобу, подсудимые, содержащіеся подъ стражей, освобождаются отъ представленія залога, необходимаго при ея подачѣ (910 ст., п. 2). Лишенные возможности доставить деньги или представить свидѣтельство о бѣдности, они, естественно, ради этого не должны быть лишены пользованія своимъ правомъ протеста противъ неправильностей и нарушеній закона, допущенныхъ на судѣ. Наконецъ, заключенные подъ стражу не лишены общаго права подавшихъ кассаціонную жалобу присутствовать при кассаціонномъ разбирательствѣ (917 ст.). Какъ видно, спеціальныя постановленія закона о средствахъ, предоставленныхъ лишенному свободы подсудимому пользоваться его процессуальными правами, значительно многочисленнѣе на судебномъ слѣдствіи и въ дальнѣйшихъ инстанціяхъ, и, если требуютъ, то, главнымъ образомъ, техническихъ поправокъ [1]). Возможность пользоваться содѣйствіемъ защитника и его представительствомъ имѣетъ цѣлью восполнить тѣ прорѣхи, которыя могутъ оказаться въ постановленіяхъ закона. Значительно болѣе недостатковъ представляетъ первая часть—постановленія до преданія суду, на которыхъ мы теперь и остановимся.

Нечего доказывать, что при томъ объемѣ средствъ, который предоставленъ заключенному подъ стражу, для него невозможно пользованіе большинствомъ правъ. Но посмотримъ, можетъ ли государство предоставить ему самому эти средства въ полной мѣрѣ, можетъ ли оно почти совершенно игнорировать фактъ заключенія подъ стражу? Отвѣтъ на это

---

[1]) Такъ, ст. 255 и 256 уст. сод. стр. совершенно искусственно находятся тамъ и не имѣютъ исчерпывающаго значенія. Отдѣльныя, разбросанныя въ законѣ, постановленія можно было бы объединить въ 2—3 статьяхъ, гдѣ общимъ образомъ признавалась бы за заключенными возможность пользованія процессуальными правами и устанавливались бы для нихъ нѣкоторыя льготы.

долженъ быть отрицательный и главнымъ образомъ по двумъ слѣдующимъ основаніямъ: 1) тюремный персоналъ не въ состояніи безпрерывно отпускать заключенныхъ изъ подъ стражи, для чего требуется весьма сложный и внимательный надзоръ. Обвиняемый, имѣющій возможность освободиться на нѣсколько часовъ изъ тюрьмы, всегда воспользуется этой возможностью (иногда удобною и для побѣга). Затѣмъ, право присутствія обвиняемаго при нѣкоторыхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ въ случаѣ ихъ отдаленности отъ тюрьмы и продолжительности возлагало бы на тюремную администрацію почти непосильныя обязанности. Такимъ образомъ, крайняя затруднительность для тюремнаго персонала, что̀ государство, конечно, игнорировать не можетъ, оказывается первою причиной затруднительности расширенія правъ заключеннаго, относящихся, главнымъ образомъ, къ первой группѣ. 2) Другой причиной является возможность злоупотребленія предоставленными правами съ цѣлью мѣшать правосудію. Значительное большинство заключенныхъ (а при правильной постановкѣ подслѣдственнаго заключенія—почти всѣ) являются дѣйствительно виновными въ приписываемыхъ имъ дѣяніяхъ („тяжесть уликъ“—основное условіе заключенія), и всегда можно разсчитывать на злоупотребленія нѣкоторой ихъ части. Расширеніе правъ ихъ самостоятельнаго участія въ дѣлѣ могло бы породить затрудненія или по крайней мѣрѣ медленность производства.

Такое положеніе, т. е. сознаніе необходимости расширенія правъ заключеннаго, съ одной стороны, и опасеніе предоставить ихъ самому заключенному—съ другой, выдвигаетъ вопросъ о защитѣ на предварительномъ слѣдствіи, какъ единственно цѣлесообразномъ выходѣ изъ такой двойственности. Мы говоримъ „единственно цѣлесообразномъ“, судя не только съ точки зрѣнія общихъ соображеній, но и съ точки зрѣнія опыта западно-европейскихъ государствъ.

Жизнь давно вызывала вопросъ о необходимости защиты на предварительномъ слѣдствіи. Введеніе защитника въ область, отмежеванную полному усмотрѣнію слѣдователя, можетъ служить предметомъ опасенія лишь для того, кто въ старыхъ инквизиціонныхъ принципахъ видитъ спасительное средство.

Но жизнь и наука говорятъ обратное: прогрессъ заключается въ разложеніи розыска и замѣнѣ его состязательностью, болѣе согласующеюся какъ съ положеніемъ личности въ обществѣ, такъ и съ основнымъ требованіемъ правосудія—быстрымъ выясненіемъ истины. Излишняя опасливость не оправдывается обстоятельствами. Нигдѣ введеніе защитника не ввело ненормальностей въ правосудіе, и только въ Россіи, единственной изъ большихъ европейскихъ государствъ, институтъ этотъ не нашелъ осуществленія въ законодательствѣ.

Слѣдуетъ оговориться, что въ дальнѣйшемъ мы разсматриваемъ вопросъ о защитѣ на предварительномъ слѣдствіи не всесторонне, а лишь съ точки зрѣнія нашей, отмежеванной темы.

I. Обезпеченіе правильности собираемыхъ доказательствъ въ большой степени достигается введеніемъ защитника. Лицо, юридически опытное, имѣетъ больше данныхъ къ провѣркѣ, наконецъ, своимъ присутствіемъ оно сильнѣе можетъ побуждать слѣдователя къ тщательному разсмотрѣнію уликъ. Притомъ дѣятельность защитника менѣе стѣснительна для слѣдователя, ибо, какъ доказываетъ опытъ, своимъ правомъ присутствія защитникъ пользуется лишь въ случаѣ дѣйствительной въ томъ необходимости, а не изъ-за простого любопытства или бездѣлья. Дѣйствующія законодательства, допуская право присутствія защитника на предварительномъ слѣдствіи въ различномъ объемѣ, вводятъ, однако, нѣкоторыя ограниченія. Въ Англіи защита, допущенная въ началѣ прошлаго столѣтія на предварительномъ слѣдствіи (нужно помнить, что въ Англіи оно состязательно), получила право присутствовать при всѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ. Изъ европейскихъ странъ раньше другихъ, послѣ тяжелой поры инквизиціоннаго гнета, провозгласила право присутствія защитника при всѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ (однако, безъ активнаго участія) Франція (законъ 8 октября 1789 г.). Но время реакціи отмѣнило его, и оно сохранилось лишь въ мелкихъ германскихъ государствахъ, рецепировавшихъ его изъ Франціи. Австрійскій уставъ допускаетъ присутствіе защитника при тѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, которыя имѣютъ цѣлью

установленіе состава преступленія и не могутъ быть возобновлены впослѣдствіи. Обвинительная камера или слѣдственный судья могутъ разрѣшить ему обозрѣвать всѣ или нѣкоторые акты производства. Однако чисто слѣдственная сторона предварительнаго слѣдствія — допросъ обвиняемаго и свидѣтелей и все дознаніе—безусловно закрыты для защитника. Германскій уставъ 1877 г. допускаетъ участіе защитника въ бо̀льшемъ размѣрѣ. Защитникъ можетъ присутствовать при допросѣ свидѣтелей (но не обвиняемаго) и при всѣхъ остальныхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ; затѣмъ разсмотрѣніе судебно-слѣдственныхъ актовъ предоставлено ему, какъ право̀, при всякомъ положеніи дѣла (137 ст.), „насколько, впрочемъ, это можетъ произойти безъ вреда для разслѣдованія (ст. 147, п. 2)“. Болѣе новые уставы, венгерскій и норвежскій, идутъ еще дальше. Первый допускаетъ присутствіе защитника и при дознаніи, запрещая ему, однако, присутствовать при допросѣ обвиняемаго и свидѣтелей (ст. 62, 125), второй предоставляетъ защитнику и это право присутствія, допуская лишь возможность ограниченія его судомъ.

Въ Швейцарскихъ кантонахъ [1]) постановленія о допущеніи присутствія защитника при слѣдственныхъ дѣйствіяхъ довольно пестры. Объемъ его правъ разнообразится по кантонамъ, начиная съ полнаго недопущенія (напр., Базель-штадтъ, Тургау и др.) и до возложенія на защитника *обязанности* присутствовать при всѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ (Цюрихъ, Женева, Аргау). Изъ отдѣльныхъ постановленій по этому предмету интересны постановленія въ Во, гдѣ защитникъ допускается при допросѣ свидѣтелей тогда, когда тамъ присутствуетъ прокуроръ. Любопытно также, что ни одинъ кантонъ не допускаетъ присутствія защитника при первомъ допросѣ обвиняемаго. Обозрѣніе актовъ предварительнаго слѣдствія защитникомъ вполнѣ допускается большинствомъ кантоновъ.

---

[1]) Meyer. Darstellung der Voruntersuchung nach den Kantonalen Strafprocessordnungen 1897. Ruth. Vertheidiger im Schweizerischen Processe. 1905.

Во Франціи по новому закону 8 декабря 1897 года защитнику предоставлено право присутствовать при допросѣ обвиняемаго (также и первоначальномъ) и при очныхъ ставкахъ его со свидѣтелями. Наконецъ, итальянскій проектъ 1901 года, вводя защиту на предварительномъ слѣдствіи, принимаетъ постановленія австрійскаго устава. Защитникъ назначается послѣ перваго допроса; онъ можетъ присутствовать при всѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, направленныхъ къ установленію объекта преступнаго дѣянія, но не при допросѣ свидѣтелей [1]).

Таковы постановленія современныхъ европейскихъ уставовъ относительно права защитника присутствовать при слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, замѣщая обвиняемаго. Желательность предоставленія этого права признана почти всѣми, и разногласіе замѣчается лишь относительно права присутствія при допросѣ обвиняемаго и свидѣтелей.

Наше законодательство допускаетъ вполнѣ присутствіе обвиняемаго при слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, ограничивая его лишь разрѣшеніемъ слѣдователя при допросахъ свидѣтелей. Если признать защитника представителемъ обвиняемаго, то вполнѣ возможно предоставить ему тѣ же права. Правосудіе отъ этого только выиграетъ, а обвиненіе нисколько не ослабится, такъ какъ защитникъ, дѣйствуя въ предѣлахъ тѣхъ же правъ, какъ обвиняемый, представитъ только больше гарантій законности своихъ дѣйствій. Введеніе представительства въ области этихъ правъ имѣетъ особенно важное значеніе для заключенныхъ подъ стражу, о которыхъ государство должно больше всего заботиться, такъ какъ всякое излишнее ихъ ограниченіе по сравненію съ обвиняемыми, находящимися на свободѣ, является тяжелою несправедливостью.

II. Посмотримъ теперь, какое значеніе можетъ имѣть защитникъ для другой группы правъ заключеннаго подъ стражу обвиняемаго — для правъ обжалованія. Наше законодатель-

---

[1]) См. Goltdammer's Archiv. 1901. S. 138 ff. и статью А. Люблинскаго въ Ж. М. Ю. 1904 г. № 1.

ство наравнѣ съ западно-европейскими предоставляетъ обвиняемому это право въ полномъ объемѣ. Однако врядъ-ли обвиняемый самъ, по общему правилу, съ умѣньемъ можетъ воспользоваться имъ. Незнаніе юридическихъ основаній обжалованія, затруднительность связнаго и убѣдительнаго изложенія обстоятельствъ, а въ значительномъ большинствѣ случаевъ даже безграмотность, сводятъ обжалованіе къ простому изъявленію неудовольствія, служащему, конечно, недостаточнымъ аргументомъ въ глазахъ суда для отмѣны постановленія слѣдователя. Помощь защитника, какъ совѣтчика и помощника, здѣсь особенно необходима для обвиняемаго и желательна для правосудія, такъ какъ обезпечиваетъ въ большей мѣрѣ справедливость и сдерживаетъ произволъ слѣдователя [1]). Допущеніе защитника для содѣйствія въ пользованіи правомъ обжалованія выражается, съ одной стороны, въ правѣ свободныхъ совѣщаній съ заключеннымъ, съ другой стороны — въ правѣ представительства при подачѣ прошеній, заявленій и пр. По австрійскому законодательству 1873 года защитникъ имѣетъ право приносить жалобы отъ имени своего кліента и переговариваться съ нимъ въ присутствіи лица судебнаго вѣдомства (45 ст.). Германскій уставъ идетъ много дальше. Защитникъ можетъ сноситься съ обвиняемымъ какъ устно, такъ и письменно, при чемъ наибольшее ограниченіе этихъ сношеній можетъ состоять въ просмотрѣ писемъ судьею до открытія главнаго производства; если заключеніе подъ стражу послѣдовало не единственно по подозрѣнію побѣга, то ограниченіе устныхъ сношеній заключается въ присутствіи лица судебнаго вѣдомства при переговорахъ съ защитникомъ (148 ст.). Это ограниченіе, однако, теперь почти всѣми процессуалистами [2]) разсматривается какъ ненужное и вредное, и новыя законодательства норвежское и венгерское, принимая почти цѣликомъ постановленія гер-

---

[1]) См. выше, стр. 424 сл.

[2]) См., напр., Holtzendorf. — Handbuch des Strafprocessrechts. S. 413. Mittermaier—Communication въ Revue Penit. 1901. № 2. Его предполагаетъ отмѣнить и коммисія пересмотра.

манскаго устава, разрѣшаютъ, однако, свободное сношеніе, съ защитой. Новый французскій законъ, слѣдуя англійскому праву, постановляетъ, что сношенія защитника съ заключеннымъ совершенно свободны и не могутъ подлежать ограниченіямъ. Въ швейцарскихъ кантонахъ сношенія съ защитникомъ по общему правилу совершенно свободны (и только въ Солотурнѣ ограничиваются присутствіемъ должностного лица судебнаго вѣдомства).

Важность помощи юридически-свѣдущаго лица при обжалованіи настолько велика, что даже законодательства, не допускающія защиты на предварительномъ слѣдствіи, признаютъ здѣсь помощь защитника полезной. Такъ, въ Испаніи [1]) заключенному разрѣшается совѣщаться съ защитникомъ; послѣдній можетъ представлять ходатайства отъ имени заключеннаго. Въ Италіи защитникъ при заключеніи слѣдствія можетъ ходатайствовать объ освобожденіи изъ подъ стражи.

Наше законодательство по этому вопросу молчитъ, но судебная практика порою, пользуясь широкимъ выраженіемъ ст. 496 о предоставленіи „всѣхъ необходимыхъ способовъ обжалованія“, допускаетъ приглашеніе защитника для помощи при обжалованіи мѣръ обезпеченія въ случаѣ изъявленія желанія со стороны обвиняемаго и допускаетъ его даже поддерживать жалобу передъ судомъ [2]). Но это, конечно, рѣдкое исключеніе, зависящее отъ усмотрѣнія предсѣдателя суда, а не право обвиняемаго.

III. Наиболѣе важной частью правъ защиты является представительство въ правахъ на активное разслѣдованіе дѣла. Отъ объема предоставленныхъ здѣсь защитѣ правъ зависитъ степень состязательности на предварительномъ слѣдствіи. До сихъ поръ, собственно говоря, могла идти рѣчь только о представительствѣ, но не защитѣ. Представитель уполномочи-

---

[1]) См. И. Г. Щегловитовъ. Современное положеніе вопроса о защитѣ на предварительномъ слѣдствіи. „Право“, 1901 № 34.

[2]) И. Я. Фойницкій. Курсъ угол. судопр. т. II, 1899, стр. 68. См. также отчетъ Московскаго совѣта прис. пов. за 1902 г.

вается на совершеніе отдѣльныхъ дѣйствій въ интересахъ представляемаго, подъ условіемъ соблюденія законности. Онъ не имѣетъ своею задачей непосредственно воздѣйствовать на рѣшеніе судьи, но только указываетъ, контролируетъ, присутствуетъ при различныхъ дѣйствіяхъ, замѣняя личность обвиняемаго. Защита же является активнымъ проведеніемъ опредѣленнаго воззрѣнія, основаннаго на стремленіи повліять на убѣжденіе судьи, постановляющаго рѣшеніе. Два субъективныхъ взгляда, защиты и обвиненія, основанныхъ на близости различныхъ соціальныхъ интересовъ къ каждому, на различіи точекъ зрѣнія и оцѣнки фактовъ, скрещиваются другъ съ другомъ передъ лицомъ третьяго—безпристрастнаго судьи, въ сужденіи котораго отражается болѣе яркій лучъ истины, какъ въ фокусѣ, собирающемъ разнообразные лучи. Поэтому внѣ состязательности, внѣ активныхъ правъ защита невозможна [1]).

Въ отличіе отъ представителя защитникъ вовсе не ограниченъ объемомъ правъ, имѣющихся у обвиняемаго. Онъ имѣетъ свои собственныя, предоставленныя ему государствомъ, права, часто болѣе обширныя, чѣмъ права обвиняемаго. Исполняя заявленія и ходатайства защитника о разслѣдованіи различныхъ обстоятельствъ, судья вовсе не справляется о томъ, согласенъ-ли на то обвиняемый. Защитникъ въ сферѣ предоставленныхъ ему правъ дѣйствуетъ самостоятельно, въ интересахъ общественныхъ и обвиняемаго. Такое положеніе его станетъ вполнѣ понятно, если мы согласимся, что защитникъ—слуга правосудія, но не слуга обвиняемаго. Обвиняемый можетъ имѣть самые разнообразные интересы. Ихъ можно раздѣлить на двѣ группы: интересы, заслуживающіе государственной поддержки, и интересы, ея не заслуживающіе, и даже, наоборотъ, вредные (напр., интересы избѣжать наказанія при дѣйствительной виновности, обмануть правосудіе, скрыть доказательства и пр.).

---

[1]) См. по этому поводу докладъ Г. Сліозберга. О защитѣ на предварительномъ слѣдствіи, 1902. Къ сожалѣнію, авторъ, не различая категоріи правъ обвиняемаго, неправильно отрицаетъ вообще возможность защиты при современномъ строѣ предварительнаго слѣдствія.

Если государство предоставляетъ обвиняемому помощь защитника, то, естественно, лишь для поддержки первой группы интересовъ, надлежащая охрана которыхъ важна для правосудія. Такимъ образомъ, защитникъ назначается преимущественно въ интересахъ публичныхъ, а дѣятельность его въ этомъ направленіи обезпечивается въ большинствѣ случаевъ самимъ его положеніемъ. Если же смотрѣть на защитника, какъ исключительнаго представителя обвиняемаго, то мы не найдемъ порою основаній отличія его отъ соучастника, помогающаго скрыть слѣды преступленія.

Понятно, что, допуская защитника, правосудіе обезпечиваетъ себѣ большую законность дѣйствій стороны и большую добросовѣстность ея пріемовъ, а это позволяетъ расширить степень состязательности. Судебное слѣдствіе никогда не дошло бы до той степени состязательности, какою оно обладаетъ теперь, если бы не было формальной защиты. Отсюда можно заключить, что допущеніе защитника на предварительное слѣдствіе есть необходимая стадія въ преобразованіи инквизиціоннаго слѣдствія въ состязательное и что отъ такого допущенія правосудіе только выигрываетъ, если обезпеченъ надлежащій составъ защиты [1]). Нѣсколько далѣе мы займемся разсмотрѣніемъ возможности обезпеченія такого состава въ примѣненіи къ Россіи, теперь же посмотримъ, что̀ говоритъ намъ опытъ западныхъ государствъ.

По новому англійскому закону Poor Prisoners act 1903 г. назначеніе заключенному подъ стражу обвиняемому защитника съ самаго начала такого заключенія возведено въ публичную обязанность. Если судья по обстоятельствамъ дѣла признаетъ, что въ интересахъ справедливости обвиняемому необходима при подготовкѣ и веденіи дѣла помощь адвоката, онъ приглашаетъ бэрристера или соллиситора, который получаетъ вознагражденіе изъ казны въ размѣрѣ 20—50 руб.

---

[1]) R. Salusti, въ своей статьѣ о защитѣ на предварительномъ слѣдствіи (Rivista penale 1904. p. 549—582) приходитъ къ тому выводу, что на этой стадіи допущеніе защиты необходимо принципіально, хотя бы фактически оно и приносило мало пользы обвиняемому.

Защитникъ пользуется правомъ полнаго представительства какъ на судебной, такъ и на предварительной стадіи.

Австрійскій уставъ предоставляетъ защитнику, съ разрѣшенія слѣдственнаго судьи или обвинительной камеры, обозрѣвать всѣ или нѣкоторые акты производства, получать копіи съ постановленій слѣдователя. Защитникъ можетъ требовать производства отдѣльныхъ слѣдственныхъ дѣйствій, которыя могутъ послужить къ оправданію обвиняемаго. Германскій, норвежскій, венгерскій уставы предоставляютъ эти права въ томъ же объемѣ (венгерскій уставъ, впрочемъ, допускаетъ защиту еще при дознаніи). Этотъ, такъ называемый германскій типъ организаціи защиты завоевываетъ себѣ все больше и больше сторонниковъ (Италія, Голландія). За послѣднее время раздаются голоса за расширеніе правъ защиты и за предоставленіе ей права самостоятельнаго разслѣдованія при помощи полиціи, какъ то имѣется въ Англіи [1]).

Иной типъ представляетъ французская система, введенная закономъ Констана 8 декабря 1897 г. [2]). Общественное возбужденіе, сопутствовавшее изданію этого закона, было громадное. Сущность его въ той части, которая касается защиты на предварительномъ слѣдствіи, состоитъ въ слѣдующемъ (ст. 3, 7, 9, 10). Послѣ перваго допроса обвиняемаго, носящаго характеръ объясненія предъ судьей, во время котораго обвиняемый предупреждается о своемъ правѣ не отвѣчать на вопросы, судья, если рѣшитъ начать слѣдствіе, предлагаетъ ему избрать себѣ защитника изъ адвокатовъ. По просьбѣ обвиняемаго ему дается старшиной сословія защитникъ по назначенію. Обвиняемый, какъ находящійся на свободѣ, такъ и заключенный подъ стражу, можетъ быть до-

---

[1]) См. Съѣзды Международнаго Союза Криминалистовъ: Будапештскій, С.-Петербургскій. Ср. также рѣчь проф. Миттермайера на Дрезденскомъ съѣздѣ нѣмецкой группы Союза.

[2]) Bregeault et Albanel. Commentaire au loi 1897. I. Curtius. Das französische Gesetz vom 1897. J. Z. 1908. № 1. Zucker. Ueber einige Reformen des Vorverfahren 1902. S. 20—30. Coulon. La liberté indiv. 1901. Germain. Liberté provisoire (Lois. nouv. 1902, № 21). Bulletins der l'Union I. du D. P. t. 8 (1 und 2 Hefte) t. X (1 u. 2 Hefte). А. Вульфертъ, Жур. Мин. Юст. 1898 №. 1. I. Гессенъ, Ibid. № 5.

прошенъ только въ присутствіи или послѣ приглашенія его защитника. Защитникъ долженъ быть извѣщенъ о допросѣ по крайней мѣрѣ за 24 часа. Отъ этого права обвиняемый можетъ отказаться. Интересно, что при допросѣ не можетъ присутствовать прокуроръ (Bregeault. Commentaire p. 70). Защитникъ, присутствуя при допросѣ, не имѣетъ права говорить, не будучи уполномоченъ слѣдственнымъ судьею. Но объ отказѣ въ предоставленіи слова онъ можетъ заносить въ протоколъ. Наканунѣ каждаго изъ допросовъ обвиняемаго защитнику дозволяется обозрѣвать акты производства. Ему сообщается о каждомъ постановленіи слѣдственнаго судьи. Сношенія его съ заключеннымъ совершенно свободны. Эти права защитника могутъ быть нарушены лишь въ крайнихъ случаяхъ, проистекающихъ отъ опасности быстрой смерти свидѣтеля, возможности быстраго исчезновенія уликъ или если разслѣдованіе происходитъ на мѣстѣ совершившагося преступленія, гдѣ былъ пойманъ преступникъ. При такихъ обстоятельствахъ судья можетъ немедленно приступать къ допросу и очнымъ ставкамъ.

Такова сущность новаго закона. При ближайшемъ разсмотрѣніи однако можно замѣтить крайнюю его отрывочность. Вводя защитника на предварительное слѣдствіе, онъ почти не вводитъ защиты, а лишь 1) предоставляетъ обвиняемому возможность пользоваться юридическимъ совѣтомъ защитника, чего лишенъ былъ только заключенный подъ стражу; шагомъ впередъ здѣсь является также введеніе защиты по назначенію; и 2) устанавливаетъ контроль юридически свѣдущаго и отстаивающаго интересы обвиняемаго лица надъ отношеніями слѣдственнаго судьи къ обвиняемому во время допроса. Но защитникъ не получилъ ни правъ присутствованія при допросѣ свидѣтелей и экспертовъ и при другихъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, онъ лишь получаетъ копіи протоколовъ. Законъ далѣе не говоритъ о правѣ представлять ходатайства отъ имени обвиняемаго, просить о дополненіи слѣдствія. Правда, существенно право присутствія при допросѣ обвиняемаго, но это право вовсе не относится къ защитѣ; всѣ комментаторы новаго закона отрицаютъ всякую тѣнь со-

стязательности въ этомъ присутствованіи: защитникъ просто слѣдитъ за правильностью допроса, подобно тому какъ полицейскій слѣдитъ за порядкомъ. Инквизиціонная система слѣдствія остается во всей своей силѣ, и только предотвращена возможность нежелательнаго психическаго воздѣйствія судьи на обвиняемаго [1]). Законъ представляетъ изъ себя полумѣру: оказавъ довѣріе защитнику въ сношеніяхъ съ обвиняемымъ, въ обзорѣ слѣдственныхъ актовъ, онъ лишилъ его, однако, возможности активнаго участія въ дѣлѣ. Поэтому часто все участіе защитника является безплоднымъ, и въ большинствѣ случаевъ обвиняемые или отказываются отъ своихъ правъ, или адвокатъ, въ роли молчаливаго свидѣтеля, замѣняетъ себя письмоводителемъ. Законъ 1897 года технически нецѣлесообразенъ, ибо допускаетъ затрату значительной работы адвокатуры безъ всякаго реальнаго результата. Если проявляется довольство новымъ закономъ, то потому, что старыя формы и привычки прекрасно устроились въ новомъ одѣяніи, и потому, что законъ на дѣлѣ почти ничѣмъ не ограничилъ всемогущаго усмотрѣнія слѣдственнаго судьи. Но велико число недовольныхъ закономъ, вслѣдствіе его половинчатости: на конгрессахъ въ Будапештѣ и Петербургѣ ни одинъ представитель французской юстиціи не выступилъ полнымъ его защитникомъ. И за послѣднее время во Франціи создаются новые проекты для большаго огражденія правъ обвиняемаго [2]). Слѣдуетъ замѣтить, что хотя

[1]) И. П. Закревскій (Ж. М. Ю. 1903. № 8) замѣчаетъ: „Несмотря на неполноту, отрывочность, на техническое несовершенство новаго закона редактированнаго наскоро, изданнаго, какъ многіе французскіе законы, подъ вліяніемъ политическаго возбужденія, которое направлялось въ данную минуту не столько противъ обвиняемыхъ, сколько противъ судебныхъ слѣдователей, выставлявшихся какими-то послагателями на личную свободу гражданъ, какими-то сыщиками, терзающими въ уединенныхъ камерахъ своихъ злополучныхъ подслѣдственныхъ арестантовъ, несмотря на всѣ указанные недостатки, законъ 1897 года знаменуетъ собой настоящій прогрессъ въ уголовномъ судопроизводствѣ: онъ возстановилъ въ обществѣ довѣріе къ слѣдователямъ и утвердилъ въ немъ убѣжденіе, что разъ обвиняемому предоставлены съ самаго начала слѣдствія всѣ средства къ оправданію (?), то, поэтому, менѣе вѣроятны, какъ злоупотребленія властью, такъ и судебныя ошибки".

[2]) См. Revue Penit. 1902 г. № 2 p. 204—214 Coulon. La liberté indiv. 1901 г. p. 74—159.

законъ 1897 г. и вызвалъ во всемъ западѣ пересмотръ основъ предварительнаго слѣдствія, но ни одна страна не оказалась подражательницей Франціи въ подобной постановкѣ защиты на предварительномъ слѣдствіи.

Мы остановились болѣе подробно на новомъ французскомъ законодательствѣ въ виду преувеличенной оцѣнки, которую придавали ему за послѣднее время. Вмѣстѣ съ тѣмъ мы желали показать преимущества системы германской. Истинная гарантія правильности должна быть признана не въ попечительной дѣятельности слѣдователя, хотя и поставленнаго подъ безмолвный надзоръ защитника, а въ активномъ охраненіи собственныхъ, общественно-важныхъ правъ самимъ обвиняемымъ и его защитникомъ. И такая активность явится первымъ шагомъ въ установленіи состязательной системы.

Таково положеніе защиты на западѣ. Считаемъ нелишнимъ передъ тѣмъ, какъ перейти къ разсмотрѣнію спеціальныхъ возраженій противъ введенія защиты у насъ, сдѣлать небольшой очеркъ попытокъ такого введенія, поучительный по мотивамъ, останавливавшимъ законодателя.

Какъ извѣстно, въ нашемъ законодательствѣ, несмотря на многочисленность сторонниковъ допущенія защитника на предварительномъ слѣдствіи, не имѣется еще такой защиты [1]). Впервые при составленіи устава уголовнаго судопроизводства въ коммисіи 1863 г. многіе члены указывали на необходи-

---

[1]) Русская литература этого вопроса значительна. И. Я. Фойницкій. Защита въ процессѣ уголовномъ, какъ служеніе общественное. 1885. Александровъ. Положеніе обвиняемаго на предварительномъ слѣдствіи. Юрид. лѣт. 1892 г. кн. 3 и 4. Макалинскій. Въ какомъ видѣ можно допустить защиту на предварительномъ слѣдствіи. Топачевскій. Защита на предварительномъ слѣдствіи. Ж. М. Ю. 1900. кн. 6. Г. Б. Сліозбергъ. Защита на предварительномъ слѣдствіи. 1902. И. Г. Щегловитовъ. Современное положеніе защиты на предварительномъ слѣдствіи. Право. 1901. № 34. Курсы: Случевскаго, Фойницкаго, Тальберга, Духовскаго. Объяснит. зап. 1900 г. т. II стр. 120—146. Даневскій. Предварительное слѣдствіе и его реформа 1885. Стр. 41. Вульфертъ. Защита на предварительномъ слѣдствіи. 1881. Юрид. Вѣстн. № 2. Томашинскій. О защитѣ на предварительномъ слѣдствіи. Ж. Гр. и У. П. 1881. кн. I. Джаншіевъ. Защита на предварительномъ слѣдствіи. 1880.

мость введенія защиты на предварительномъ слѣдствіи. Комиссія 1862 г. вводила защиту на слѣдующихъ основаніяхъ. Обвиняемому въ началѣ слѣдствія объявлялось о его правѣ имѣть защитника (ст. 255 проекта 1863 г.). Совѣщаться съ защитникомъ обвиняемому предоставлялось лишь послѣ перваго допроса, и то не наединѣ; защитнику предоставлялось присутствовать при всѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, не исключая и допросовъ, при чемъ онъ могъ обращать вниманіе слѣдователя на всѣ обстоятельства, могущія служить къ оправданію обвиняемаго, и просить его о предложеніи вопросовъ свидѣтелямъ. Однако неприбытіе защитника не останавливало хода слѣдствія. Защитниками могли быть всѣ лица, которымъ не воспрещено ходатайство по чужимъ дѣламъ. Но Государственный Совѣтъ, основываясь на томъ, что при „предварительномъ слѣдствіи трудно поставить защитника въ надлежащія границы и нельзя не опасаться, что онъ сочтетъ *своею обязанностью* (?) противодѣйствовать собранію обличительныхъ доказательствъ и способствовать обвиняемому въ сокрытіи слѣдовъ преступленія“ (Объясн. зап. 1900 г. т. II стр. 127), призналъ цѣлесообразнымъ устранить защиту. Единственнымъ мотивомъ недопущенія, такимъ образомъ, послужило недовѣріе къ защитникамъ, которыми могли быть всякія лица. При отсутствіи въ то время организованной адвокатуры такое опасеніе еще могло имѣть основаніе, теперь же оно потеряло почти всякое значеніе. Съ появленія судебныхъ уставовъ не прекращались голоса, указывающіе на необходимость допущенія защиты на предварительномъ слѣдствіи. Хрулевъ [1]), утверждавшій, что слѣдователь—„въ духѣ русскаго народа“, и считавшій невозможнымъ наличность защитника при розыскномъ характерѣ слѣдствія, и Топачевскій [2]), не различавшій задачъ розыска и слѣдствія,— единственные, насколько намъ извѣстно, противники допущенія защиты, выступавшіе въ литературѣ. Вопросъ этотъ подвергся подробному обсужденію и въ коммисіи 1894—1899 г.

---

[1]) Юридическій Вѣстн. 1884 г. кн. 9.

[2]) Журналъ Министерства Юстиціи 1900 г. кн. 8.

Восемь членовъ (главнымъ образомъ представители уголовной науки) предлагали допустить защиту на предварительномъ слѣдствіи, подвергнувъ только ее нѣкоторымъ ограниченіямъ въ виду неблагопріятныхъ условій, которыми обставлено производство нашихъ слѣдствій, главнымъ образомъ, вслѣдствіе неудовлетворительности розыска. При этомъ трое членовъ предполагали предоставить обвиняемому право пригласить защитника для обозрѣнія дѣла только при предъявленіи ему слѣдствія, когда не можетъ возникнуть серьезныхъ опасеній относительно неблагопріятнаго вліянія защиты на обнаруженіе истины, пять же членовъ признавали необходимымъ относить защиту не къ самому концу предварительнаго слѣдствія, а къ моменту привлеченія въ качествѣ обвиняемаго. Вмѣстѣ съ тѣмъ эти пять членовъ признали, что практическое значеніе защита имѣетъ въ такихъ случаяхъ лишь для лицъ, подвергшихся заключенію подъ стражу, когда обвиняемый не можетъ сноситься съ защитникомъ. Правовое участіе защитника предполагалось въ самомъ скромномъ размѣрѣ. Арестованный можетъ сообщаться съ защитникомъ подъ строгимъ контролемъ слѣдователя, переписка ихъ будетъ просматриваться, свиданія будутъ происходить въ присутствіи лица судебнаго вѣдомства, слѣдователь будетъ имѣть дискреціонную власть допускать обвиняемаго и его защитника къ обозрѣнію слѣдственнаго производства въ цѣломъ или въ частяхъ въ такое время, когда уже не существуетъ опасенія, что ихъ дѣйствія могутъ помѣшать открытію истины. Всякое участіе защитника въ допросахъ и очныхъ ставкахъ обвиняемаго и свидѣтелей, хотя бы и безъ предоставленія ему права голоса, признано совсѣмъ нецѣлесообразнымъ. Участіе его допускается лишь при выемкахъ, осмотрахъ, экспертизахъ и отдѣльныхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ, относящихся къ установленію объективнаго состава преступленія. Защитникъ можетъ давать юридическіе совѣты обвиняемому и представительствовать передъ судомъ за него.

Предложенія эти являются настолько скромными и здѣсь до такой степени приняты всевозможныя ограниченія дѣятельности защитника, поставленнаго въ зависимость отъ пол-

наго усмотрѣнія слѣдователя, что представляется сомнительнымъ, будетъ ли въ состояніи защитникъ выполнять свою задачу (которая состоитъ, между прочимъ, въ огражденіи обвиняемаго отъ возможности слѣдовательскаго произвола), если надъ нимъ постоянно будетъ висѣть возможность властнаго запрещенія слѣдователемъ свиданій, переписки, обзора актовъ, дачи юридическихъ совѣтовъ и пр., словомъ, возможность полнаго изгнанія его изъ предварительнаго слѣдствія. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ защитникъ будетъ наиболѣе необходимымъ, онъ легко можетъ быть устраненъ слѣдователемъ, если послѣдній пожелаетъ имѣть дѣло съ безпомощнымъ обвиняемымъ, а не съ юридически опытнымъ лицомъ. Притомъ всемогущее усмотрѣніе единоличнаго слѣдователя можетъ совершенно разрушать всякій цѣлесообразный планъ веденія защиты на предварительномъ слѣдствіи.

При такой узкой постановкѣ едва-ли представляется цѣлесообразной и сама защита на предварительномъ слѣдствіи. Однако, несмотря даже на такія скромныя предложенія, большинство коммисіи не признало цѣлесообразнымъ допустить защиту, основываясь на слабости у насъ розыска, возможности неблагопріятныхъ вліяній защитника на ходъ его и увеличенія медленности производства, и, наконецъ, на неудобствахъ для самой защиты въ видѣ присяжной адвокатуры пользоваться своими правами присутствія при слѣдственныхъ дѣйствіяхъ. Такимъ образомъ, въ первоначальный проектъ не были внесены постановленія о допустимости защиты на предварительномъ слѣдствіи.

Критика, которою былъ встрѣченъ проектъ въ обществѣ, особенно сильно указывала на этотъ недостатокъ. Акты слѣдственные въ болѣе значительной степени, чѣмъ въ настоящее время, по проекту будутъ основываться на данныхъ полицейскаго дознанія, и недопущеніе защитника къ указанію ихъ недостатковъ тогда, когда эти недостатки еще исправимы, представляется несправедливымъ и не обезпечивающимъ торжества истины на судебномъ засѣданіи, гдѣ заявленія защитника о неправильности извѣстныхъ актовъ по необходимости принимаются на вѣру. Поэтому, подъ вліяніемъ этой критики

министромъ юстиціи въ окончательной редакціи проекта было помѣщено правило о томъ, что защитнику предоставляется право обозрѣнія дѣла при предъявленіи слѣдствія обвиняемому и право ходатайствовать о дополненіи слѣдствія. Неявка защитника не останавливаетъ заключенія слѣдствія. При этомъ указано, что къ предъявленію слѣдствія допускаются всѣ тѣ лица, которыя могутъ выступить въ качествѣ защитниковъ на судѣ. Передъ допросомъ обвиняемаго судья, производящій слѣдствіе, разъясняетъ ему права и порядокъ обжалованія слѣдственныхъ дѣйствій, съ занесеніемъ въ особый протоколъ исполненія этого предписанія [1]).

Таковы судьбы этого вопроса въ Россіи. Всѣ многочисленныя начинанія разбиваются объ утвержденія о вредности такого института для силы репрессіи и успѣшности розысковъ. Слѣпая боязнь, предшествующая всякому нововведенію, здѣсь явилась особенно сильной.

О жизнепригодности этого института говорить не приходится. Тридцатилѣтній практическій опытъ Австріи, Германіи и другихъ странъ Европы ясно показываетъ, что защита прекрасно уживается въ рамкахъ предварительнаго слѣдствія и вовсе не создаетъ тѣхъ послѣдствій, которыхъ боятся практики. Не приходится говорить и о важности введенія такой защиты—многочисленная русская литература вполнѣ освѣтила этотъ вопросъ. Мы остановимся поэтому только на разсмотрѣніи особыхъ условій русскаго процесса, которыя могли бы служить (и служатъ въ глазахъ противниковъ) причиной недопущенія защиты на этой стадіи.

Главнымъ возраженіемъ является указаніе на слабость у насъ розыска. Парализованіе активности обвиняемаго имѣетъ поэтому весьма существенное значеніе. Допросъ, какъ хорошее средство доказательства, возможенъ, если обвиняемый находится въ невѣдѣніи объ истинномъ положеніи дѣла,—такъ учитъ практика. Вмѣшательство защитника помѣшаетъ такому характеру допроса и, слѣдовательно, дурно отразится

---

[1]) См. статью И. Г. Щеголовитова.—Окончательная редакція проектовъ суд. уст. Журн. Мин. Юст. 1902 г. кн. 1.

на успѣшности слѣдствія. Когда имѣется еще слабый лучъ свѣта, указывающій дорогу, вмѣшательство защитника можетъ уничтожить и его (см. Топачевскій, Обнинскій, Объясн. зап.).

Это основное возраженіе, однако, не имѣетъ той силы, которую ему хотятъ придать. Оно примѣнимо только къ современной системѣ устава угол. суд., покоящейся на смѣшеніи границъ дознанія и предварительнаго слѣдствія. Современный слѣдователь является скорѣе органомъ дознанія вслѣдствіе почти полнаго отсутствія розыскной, правильно поставленной дѣятельности полиціи. Полиція, получивъ донесеніе, немедленно направляетъ его слѣдователю, и послѣдній производитъ, собственно говоря, дознаніе, собирая улики. Понятно поэтому, что такъ называемому предварительному слѣдствію приходится оперировать съ сырымъ матеріаломъ, слѣдователю самому приходится собирать, а не констатировать и оцѣнивать улики, постоянно разъѣзжать и садиться на свое судейское кресло только въ промежуткахъ между двумя дознаніями, такъ сказать, мимоходомъ. При дознаніи участіе защитника значительно слабѣе. Онъ выступаетъ только тогда, когда затронуты интересы обвиняемаго, когда обвиняемый привлеченъ къ суду, заключенъ подъ стражу, когда противъ него выставляются такія улики, которыя не сумѣютъ быть провѣренными на судебномъ засѣданіи или когда оцѣнивается сила обвиненія. Эти акты и составляютъ сущность предварительнаго слѣдствія. Оно вѣдаетъ не розысканіе уликъ, а ихъ оцѣнку, а также ограждаетъ обвиняемаго отъ несправедливаго примѣненія къ нему стѣсняющихъ его права мѣръ. При такомъ характерѣ предварительнаго слѣдствія, опасенія за успѣшность *розысковъ* совершенно неосновательны, потому что розыскъ уже закончился и результатомъ его явилось привлеченіе обвиняемаго къ слѣдствію. Оно, такимъ образомъ, будетъ происходить въ концѣ всей работы по обнаруженію слѣдовъ преступнаго дѣянія. Къ такой постановкѣ приблизился и проектъ, предложившій организовать судебную полицію и расширить область дознанія, выдѣливъ его изъ слѣдствія. Если эта мѣра будетъ принята, то нѣтъ никакого основанія опасаться, что допущеніе защитника къ предварительному

слѣдствію вызоветъ неудобства при розыскахъ. Боязнь остается за допросъ, этотъ почитаемый еще до сихъ поръ могущественнымъ способъ добытія уликъ, но первый допросъ будетъ происходить при отсутствіи защитника, и, такимъ образомъ, боязнь эта исчезаетъ. Опасаются противозаконной дѣятельности защитника по уничтоженію слѣдовъ. И противъ этого слѣдуетъ возразить, что на стадіи предварительнаго слѣдствія возможность такого опасенія преувеличена; затѣмъ довѣріе къ адвокатурѣ не позволяетъ предполагать, что она пойдетъ на явно преступныя по нашему закону дѣйствія, за которыя положены значительныя наказанія. И, наконецъ, вполнѣ возможно предоставить суду право выбора защитника, если существуетъ опасность сокрытія слѣдовъ.

Другимъ возраженіемъ является указаніе на малочисленность защитниковъ и затруднительность для нихъ добросовѣстнаго исполненія своихъ обязанностей на предварительномъ слѣдствіи. Противъ этого можно возразить слѣдующее. Проектъ расширяетъ число дѣлъ, по которымъ не требуется производство предварительнаго слѣдствія. Слѣдствія будутъ производиться въ болѣе рѣдкихъ случаяхъ, такъ что трудъ защитниковъ не будетъ столь великимъ (подобная система въ Германіи приноситъ прекрасные результаты: въ 1899 г. на 674.856 оконченныхъ дознаній было произведено 21.462 предварительнаго слѣдствія (3,7%), въ Австріи на 149.662 жалобы слѣдствій произведено въ 1896 г. 21.146). Затѣмъ защиту по назначенію можно ввести только въ случаяхъ заключенія обвиняемаго подъ стражу, что потребуетъ еще меньшаго труда. Что же касается затруднительности исполненія обязанностей защитника на предварительномъ слѣдствіи, изображаемыхъ въ видѣ погони за слѣдователемъ [1]), несенія лишеній въ пищѣ, отдыхѣ и здоровьѣ и пр., то они въ значительной степени преувеличены, да и дѣйствительно были бы возможны лишь тогда, если бы слѣдователь былъ органомъ розыска и присутствіе защитника при всѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ было бы обязательно. Но главная за-

[1]) Обнинскій. Законъ и бытъ, стр. 60.

дача защитника не въ томъ, чтобы непремѣнно присутствовать при какомъ-нибудь осмотрѣ, а въ томъ, чтобы имѣть возможность давать обвиняемому юридическіе совѣты, представительствовать въ тѣхъ случаяхъ, когда какой-либо слѣдственный актъ имѣетъ особенно важное значеніе, какъ оправдательное доказательство, для указанія именно оправдательной стороны его и, наконецъ, для противодѣйствія обвинительной тенденціи слѣдователя.

„Участіе защиты вызоветъ медленность производства. Слѣдственной власти придется не мало времени посвящать объясненіямъ съ защитникомъ, отвѣтамъ по представленнымъ жалобамъ, производить по предъявленіи обвиняемому слѣдствія больше отдѣльныхъ дополнительныхъ дѣйствій". Такъ говорятъ противники; однако, эти указанія несущественны. Объясненіе—дѣло настолько простое, не требующее особыхъ сроковъ, что оно нисколько не отниметъ у слѣдователя нужнаго времени; что же касается дополненія слѣдствія защитникомъ, то въ происшедшей медленности виноватымъ явится самъ слѣдователь, и кромѣ того нельзя отнимать могущественнаго средства защиты ради нѣсколькихъ дней производства. Юстиція должна идти быстро, но не торопиться. Если составители судебныхъ уставовъ нашли необходимымъ предоставить право дополненія слѣдствія обвиняемому, то они не хотѣли сдѣлать изъ этого замысловатую игрушку, которою онъ не сумѣетъ пользоваться, а дѣйствительное средство оправданія, и сѣтовать на то, что съ помощью защитника обвиняемый получитъ возможность пользоваться этимъ правомъ, совершенно неумѣстно.

Наконецъ, въ качествѣ возраженія указываютъ, что защитой будутъ пользоваться только богатые, бѣдные же останутся совершенно безпомощными или попадутъ въ руки подпольной адвокатуры. Возраженіе это также несправедливо. Обвиняемый, заключенный подъ стражу, будетъ пользоваться защитой независимо отъ своего имущественнаго положенія, такъ какъ при его несостоятельности защитникъ будетъ ему назначенъ. Обвиняемый, оставленный на свободѣ, сумѣетъ безплатно получить защиту въ тѣхъ учрежденіяхъ, которыя

поставять себѣ подобную цѣль. И теперь уже многочисленны консультаціи молодыхъ юристовъ для оказанія помощи неимущимъ; не откажетъ въ юридическомъ совѣтѣ и каждый адвокатъ, къ которому обратится бѣдный.

Вообще наиболѣе серьезнымъ возраженіемъ противъ введенія защиты слѣдуетъ признать указаніе на малочисленность надежныхъ защитниковъ. Надежность—главное условіе, требуемое отъ защитника на предварительномъ слѣдствіи. Отъ допущенія надежнаго защитника правосудіе, какъ бы ни былъ слабъ розыскъ, пострадать не можетъ. А чтобы обезпечить хорошій составъ защиты, необходимо установить особый подборъ защитниковъ. Обыкновенно государство допускаетъ къ защитѣ на предварительномъ слѣдствіи всѣхъ лицъ, имѣющихъ право защиты на судѣ. Для предварительнаго слѣдствія, гдѣ требуется больше довѣрія къ защитѣ, возможно ограниченіе круга лицъ, изъ которыхъ обвиняемый можетъ выбирать себѣ защитника. Защитникъ можетъ быть вреднымъ для правосудія не упорнымъ домогательствомъ осуществленія своихъ правъ, а возможностью противозаконнаго препятствованія правосудію, сокрытіемъ слѣдовъ и т. д. Но дѣла, по которымъ существуетъ такая опасность, сравнительно рѣдки; затѣмъ такая опасность преимущественно существуетъ на стадіи дознанія и розыска, а не на предварительномъ слѣдствіи, когда доказательства болѣе или менѣе закрѣплены. При этомъ защитникъ имѣетъ не больше средствъ тормозить ходъ дѣла, чѣмъ обвиняемый, находящійся на свободѣ и имѣющій право самостоятельно пользоваться правами защиты. Единственный случай—это заключеніе подъ стражу обвиняемаго изъ-за опасности сокрытія слѣдовъ. Здѣсь защитникъ дѣйствительно могъ бы злоупотреблять своими правами. Но кто мѣшаетъ законодателю, какъ то сдѣлано во Франціи, допускать къ защитѣ лицъ, заключенныхъ подъ стражу, только присяжную адвокатуру, которая, занимая публичное положеніе, не можетъ внушать такихъ подозрѣній? При недостаточности же таковой (хотя это трудно предположить: въ 1899 г. у насъ по дѣламъ общихъ судебныхъ установленій заключенныхъ подъ стражу было 23,726 обвиняемыхъ, а

присяжныхъ повѣренныхъ и ихъ помощниковъ въ 1901 г.— 3631 чел.) можно было бы предоставить предсѣдателю суда поручать защиту особо надежнымъ лицамъ или же предоставить безконтрольное право неутвержденія защитника. По дѣламъ же обвиняемыхъ, находящихся на свободѣ, кругъ защитниковъ можно сохранить тотъ же самый, какъ и для судебнаго слѣдствія, но съ большимъ подчиненіемъ ихъ суду на этой стадіи.

По обезпеченіи надлежащихъ качествъ защиты (трудность чего намъ кажется сильно преувеличенной) возможно и необходимо допустить ее въ той постановкѣ, въ какой она принята въ Германскомъ уставѣ, заимствовавъ изъ французскаго закона защиту по назначенію для лицъ, находящихся подъ стражей.

При этомъ слѣдуетъ отбросить тѣ многочисленныя ограниченія, которыя предложены 5-ю членами коммисіи 1894—1899 г. Введя ихъ, мы рискуемъ лишить защиту всякаго значенія. Защита должна сдерживать произволъ слѣдователя, а это возможно лишь тогда, когда она обладаетъ правами, независимыми отъ его усмотрѣнія. Органомъ ограниченія правъ защиты можетъ быть лишь судебная коллегія, а не заинтересованный слѣдователь. Выгоды установленія формальнаго представительства выразятся въ большемъ довѣріи къ слѣдователямъ и къ суду, въ большей законности и въ большемъ огражденіи свободы и невинности. Вмѣстѣ съ тѣмъ падетъ та несправедливость, по которой заключенные подъ стражу лишаются почти всякихъ средствъ оправданія и участія въ дѣлѣ.

Защитникъ является органомъ, облеченнымъ высокимъ общественнымъ довѣріемъ, государство поручаетъ ему на судѣ защиту невинности. И признавая защитника на судѣ борцомъ за истину, нельзя видѣть въ томъ же защитникѣ, дѣйствующемъ на предварительномъ слѣдствіи, человѣка, изъ корыстныхъ видовъ готоваго на противодѣйствіе истинѣ и нарушеніе закона. Робкая опасливость не создаетъ прогресса: всякая реформа непремѣнно основана на довѣріи. Судебные уставы велики тѣмъ довѣріемъ, которое они оказали обще-

ству, суду и защитѣ. И проявляя большее довѣріе, мы тѣмъ самымъ создаемъ почву для его оправданія. Нѣтъ сомнѣнія, съ проведеніемъ реформы въ средѣ защитниковъ закипитъ энергичная преобразовательная работа по установленію надежныхъ средствъ оправданія такого довѣрія. А слѣдуетъ помнить, что каждый такой шагъ ослабляетъ тягостное принудительное начало въ процессѣ и приближаетъ къ тому времени, когда уголовный процессъ, подобно гражданскому, будетъ покоиться на правовыхъ нормахъ, лишенныхъ принужденія.

Глава восьмая.

Режимъ содержанія подъ стражей.

Говоря о подслѣдственномъ заключеніи, нельзя не остановиться на фактической его обстановкѣ, прежде всего опредѣляющей характеръ и дѣйствіе этой мѣры обезпеченія. Разнообразныя правила устройства и отбыванія ареста обнимаются понятіемъ его режима. Конечно, въ значительной своей части режимъ основанъ на общихъ правилахъ цѣлесообразности, опредѣляемыхъ въ инструкціяхъ тюремнаго начальства или въ предписаніяхъ начальника даннаго тюремнаго учрежденія, однако въ основныхъ своихъ посылкахъ онъ покоится на нормахъ закона, ограждающихъ спеціальныя права подслѣдственныхъ заключенныхъ по сравненію съ отбывающими наказаніе. Мѣсто этимъ юридическимъ постановленіямъ въ снеціальномъ уставѣ о содержащихся подъ стражей, какъ то и принято у насъ. Законодательства германскаго типа, однако, признавая принципіальное значеніе за этими правами лицъ, содержащихся подъ стражей до суда, и желая поставить ихъ независимо отъ тюремной политики, ставящей на первый планъ интересы внутренняго устройства и потому порою склонной игнорировать это принципіальное значеніе, излагаютъ важнѣйшія изъ нихъ въ уставѣ уголовнаго судопроизводства, подчеркивая этимъ значеніе ихъ, какъ личныхъ гарантій обвиняемыхъ. Нельзя отрицать зна-

ченія такого подчеркиванія, въ особенности тамъ, гдѣ тюремная администрація стоитъ недостаточно высоко.

Каковы требованія, предъявляемыя къ нормальному типу режима подслѣдственныхъ заключенныхъ? Лучшій знатокъ тюремнаго дѣла Гольтцендорфъ [1]) указываетъ, что постановленія, касающіяся исполненія подслѣдственнаго ареста, опредѣляются прежде всего по правилу, что слѣдственный арестъ не есть карательный арестъ. Все, что принадлежитъ къ характернымъ признакамъ карательнаго заключенія, какъ, напр., принудительная работа, педагогическое воздѣйствіе въ цѣляхъ воспитанія или устрашенія, должно быть отброшено [2]). Изъ этого также вытекаетъ основное правило отдѣленія содержащихся подъ стражей обвиняемыхъ отъ осужденныхъ. Заключеніе должно быть по возможности одиночнымъ, рецидивисты должно быть отдѣлены отъ остальныхъ обвиняемыхъ, юные отъ старыхъ.

Основное положеніе, что подслѣдственный арестъ не есть наказаніе и что карательный характеръ заключенія здѣсь недопустимъ, уже слѣдуетъ изъ вышесказаннаго само собою. Требованіе о раздѣленіи осужденныхъ и обвиняемыхъ покоится на многочисленныхъ соображеніяхъ, признанныхъ вполнѣ уважительными всѣми законодательствами. Соединеніе этихъ двухъ категорій влечетъ за собою послабленія для отбывающихъ наказанія и излишнюю суровость для обвиняемыхъ. Каждое различіе въ режимѣ, каждая льгота, данная вторымъ, будетъ вызывать въ первыхъ зависть и глухое недовольство. Среди подслѣдственныхъ заключенныхъ есть люди, побывавшіе и раньше въ тюрьмѣ и имѣющіе тамъ своихъ пріятелей. Ихъ товарищи съ недовольствомъ будутъ смотрѣть на своихъ пріятелей, находящихся подъ слѣдствіемъ и пользующихся большими правами и льготами. Затѣмъ серьезнымъ сообра-

---

[1]) Handbuch des Gefängnisswesens B. I. S. 463 ff.

[2]) „Klingt es fast mit Hohn, wenn mann von den Anstrengungen liest, welche einige Schriftsteller machen, ihre Besserungsexperimente auch an die Untersuchungsgefangene anwendet zu wissen (S o n t a g. Enlassung gegen Caution S. 4). Иные (напр. Д а т т е, Gerichtsaal.) предлагаютъ вводить карательной режимъ до приговора къ лицамъ, изъявившимъ на то согласіе, съ производствомъ полнаго зачета.

женіемъ является то, что карательный арестъ по необходимости, кромѣ высидки опредѣленнаго времени, преслѣдуетъ какія-нибудь исправительныя и устрашительныя цѣли, чего лишенъ арестъ подслѣдственный. Режимъ тюремъ для осужденныхъ часто бываетъ неприспособленнымъ и весьма дорогимъ для краткосрочныхъ подслѣдственныхъ арестантовъ. Наконецъ, при смѣшеніи обвиняемыхъ и осужденныхъ, происходитъ нравственное развращеніе невинныхъ заключенныхъ; виновные новички въ тюремномъ сидѣніи научаются усовершенствованнымъ способамъ укрывательства отъ суда, преждевременно получаютъ ту закваску тюремнаго духа, которую въ настоящее время стремятся предотвратить условнымъ осужденіемъ и помилованіемъ. Такимъ образомъ соединеніе осужденныхъ и обвиняемыхъ въ одной тюрьмѣ несправедливо, губительно и крайне нецѣлесообразно. Къ сожалѣнію, экономическія соображенія часто сильнѣе всякихъ нравственныхъ и правовыхъ доводовъ, и рѣдко гдѣ имѣются спеціальныя тюрьмы для подслѣдственныхъ [1]).

Съ осуществленіемъ почти повсемѣстно раздѣленія заключенныхъ по полу въ тюрьмахъ наступила очередь за раздѣленіемъ заключенныхъ по возрасту. Выдвинулся именно вопросъ о подслѣдственномъ задержаніи малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ обвиняемыхъ. Въ русскомъ законодательствѣ этотъ вопросъ рѣшенъ благополучно закономъ 2 іюня 1897 года, о которыхъ уже говорилось. Подобное нашему постановленіе было принято въ Англіи (см. стр. 65). Въ Италіи циркуляромъ министра юстиціи (см. Riv. Penale. 1903. № 1 p. 112) предписывается заключать подъ стражу малолѣтнихъ возможно меньше и на возможно крат-

[1]) Не лишено значенія и слѣдующее соображеніе, приводимое Larnaude. Rev. Penit. 1901 № 2, p. 212, краснорѣчиво характеризующее различіе *духа свободы у заключенныхъ осужденныхъ и обвиняемыхъ, содержащихся подъ стражей*: „Lorsque la liberté individuelle a été atteinte par la condamnation, il y a quelque chose d'irrévocable, de définitif. Le tribunal a appliqué la loi, c'est une liberté morte, interrompue. La liberté individuelle du detenu preventif est une liberté, qui vit encore, qui n'est que suspendue qui est tout entière encore en puissance et peut reparaître à chaque instant". См. также, A. Zucker Untersuchungshaft III S. 29 ff.

кіе сроки. Закономъ 26 іюня 1904 г. объ условномъ осужденіи въ Италіи установлена ст. 7, запрещающая взятіе подъ стражу дѣтей до 14 лѣтъ посредствомъ mandato di cattura, если раньше они не были осуждены за преступленіе. Судья можетъ лишь приказать, чтобы малолѣтній былъ помѣщенъ на время слѣдствія въ воспитательно-исправительное заведеніе. Въ австрійскомъ, германскомъ и др. кодексахъ отдѣленіе юныхъ обвиняемыхъ выставляется какъ желательное условіе. Въ Нью-Іоркѣ устроенъ даже спеціальный домъ подслѣдственнаго заключенія для дѣтей [1]).

Изъ соображеній нравственнаго охраненія подслѣдственныхъ заключенныхъ рекомендуется раздѣленіе рецидивистовъ отъ обвиняемыхъ въ преступленіяхъ въ первый разъ, раздѣленіе по категоріямъ преступленій.

Общимъ является стремленіе ввести одиночное заключеніе въ этой области. Для подслѣдственныхъ арестантовъ оно имѣетъ еще большее значеніе, чѣмъ для осужденныхъ. За него высказываются почти всѣ авторы (Гольцендорфъ, Цуккеръ, Зонтагъ, Лярнодъ, Брежо и мног. др.). Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, напр., французскомъ, это правило осуществлено, но на практикѣ часто не примѣняется [2]). Въ Бельгіи, Голландіи, Швейцаріи принято и вполнѣ осуществлено одиночное заключеніе для обвиняемыхъ. Въ остальныхъ государствахъ въ одиночныя камеры обвиняемые заключаются лишь по особому распоряженію слѣдственной власти, когда, напр., нужно разъединить соучастниковъ преступленія.

Во внутреннемъ обращеніи съ заключенными наибольшую свободу предоставляетъ бельгійское законодательство, предоставляющее неограниченное право переписки и сношеній съ родными. Въ австрійскомъ уставѣ по ст. 187 переписка происходитъ съ вѣдома слѣдственнаго судьи; свиданія же—въ присутствіи лица судебнаго вѣдомства, если есть какое-нибудь

---

[1]) См. мою замѣтку въ „Судебномъ Обозрѣніи“ 1904, № 19, стр. 298.

[2]) Одиночныя тюрьмы введены закономъ 5 іюня 1875 года, но такія тюрьмы имѣются теперь лишь въ Парижѣ и 26 городахъ (см. Bregeault. La réforme de l'instruction préalable 1898, p. 91).

основаніе для подозрѣній. Вообще же свиданія съ родными и знакомыми допускаются подъ условіемъ соблюденія тюремнаго порядка. Къ этой системѣ примыкаетъ и большинство другихъ законодательствъ.

Работа факультативна. Это правило принято всѣми уставами. Если обвиняемый хочетъ работать—ему предоставляются всѣ средства, выдается полная заработная плата; австрійскій, германскій, венгерскій кодексы упоминаютъ, что не допускаются работы несогласныя съ дисциплиной тюрьмы и цѣлью заключенія. Это постановленіе имѣется и въ англійскомъ законодательствѣ [1]).

Особыя мѣры, въ видѣ, напр., оковъ, допускаются въ крайнихъ случаяхъ (такъ германскій уставъ предусматриваетъ случаи опасности самоубійства или необходимости обезпеченія безопасности другихъ арестантовъ) и притомъ не иначе, какъ по назначенію судебной власти, а не по усмотрѣнію тюремнаго начальства.

Удобства и комфортъ для подслѣдственныхъ арестантовъ допускаются въ широкой степени, хотя различно въ отдѣльныхъ государствахъ. Право получать особую пищу на свой счетъ, право носить гражданское платье, имѣть свое бѣлье, иногда постель, обстановку, право курить признаются большинствомъ законодательствъ. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда заключенные по своей бѣдности не могутъ доставлять себѣ удобствъ, имъ выдается казенное платье, лучшее, чѣмъ арестантамъ. Въ Бельгіи, напр., на пищу подслѣдственныхъ заключенныхъ выдается 5 франковъ въ недѣлю, въ то время какъ на пищу осужденныхъ выдается только 1 франкъ. Иногда заключаемые ограничиваются въ правѣ имѣть при себѣ деньги и распоряжаться ими. Но, напр., въ Италіи допускается свобода распоряженія деньгами. Заключенные пользуются услугами врача и священника.

[1]) Въ литературѣ, однако, встрѣчаются сторонники иного мнѣнія (см. Н. Лучинскій Основы тюремнаго дѣла. С.-Петербургъ 1904), требующіе обязательнаго занятія работами подслѣдственныхъ. Однимъ изъ вопросовъ Будапештскаго пенитенціарнаго конгресса 1905 г. является вопросъ о принужденіи къ работѣ тѣхъ подслѣдственныхъ, которые попадаютъ подъ стражу по обвиненію въ рецидивѣ.

Наиболѣе цѣлесообразнымъ является австрійское и усовершенствовавшее его германское законодательство, изложенное нами въ общей системѣ германскаго законодательства. Основы его были заимствованы изъ Англіи, и введены лишь нѣкоторыя ограниченія относительно сношеній. Многое здѣсь оставлено на усмотрѣніе тюремнаго начальства, но общіе принципы и права гражданъ выставлены довольно отчетливо. Конечно, въ вопросѣ о режимѣ трудно указать границы желательнаго. Желательно весьма многое, и если бы государство не жалѣло

На Будапештскомъ конгрессѣ въ засѣданіи 5 сентября 1905 г. вопросъ этотъ возбудилъ живыя пренія. По этой темѣ было представлено 9 докладовъ. На вопросъ, поставленный коммисіей: „Можно ли принуждать къ работѣ обвиняемыхъ или обвиненныхъ, если они раньше были присуждены къ наказанію лишеніемъ свободы? — Если работа не можетъ быть налагаема на этихъ обвиняемыхъ или обвиненныхъ, то нельзя ли будетъ зачетъ подслѣдственнаго заключенія въ срокъ наказанія поставить въ зависимость отъ добровольнаго принятія работы во время заключенія“? авторы дали разнорѣчивые отвѣты. Vincensini полагалъ, что подслѣдственные рецидивисты должны быть принуждаемы къ работѣ въ такой же степени, какъ и осужденные (т. е. могутъ быть подвергнуты и дисциплинарнымъ воздѣйствіямъ), но зачетъ долженъ производиться для всѣхъ. Veillier, также отрицая допустимость поставленія зачета въ зависимость отъ принятія работы, полагалъ, что заключенные не могутъ съ помощью дисциплинарныхъ мѣръ быть принуждаемы къ работѣ, но что каждый заключенный, даже считаемый невиннымъ, долженъ или содержать себя самъ, или вносить въ казну извѣстную часть заработка или продукта, съ него причитающуюся по тюремнымъ правиламъ, такъ какъ никто не можетъ имѣть права на праздность, даже находясь на свободѣ. Въ извѣстныхъ случаяхъ бѣдные заключенные, могущіе привести въ оправданіе отказа отъ работы необходимость посвятить все свое время на подготовку защиты, могутъ быть освобождены отъ этого взноса. Двое директоровъ бельгійскихъ тюремъ Bertrand и Cornez энергично отстаивали существующій порядокъ свободы труда, указывая, что въ большинствѣ случаевъ сами заключенные стремятся къ предлагаемому имъ труду, а для той кучки, которая остается праздной, окажутся непригодными и проектируемыя мѣры. Въ принципѣ трудъ можетъ быть признанъ обязательнымъ, но никакія принудительныя мѣры здѣсь недопустимы. „Pas de bourreau, où le geôlier suffit“ — повторяетъ слова В. Гюго Бертранъ. Авторъ стремится провести возможно рѣзкую грань между подслѣдственнымъ заключеніемъ и наказаніемъ. Gennat, d'Haussonville и Боровитиновъ предлагали поставить зачетъ въ зависимость отъ принятія работы. „Всякій свободный человѣкъ обстоятельствами принуждается къ труду, заключенный также долженъ быть къ нему принужденъ“. „Праздными обыкновенно являются наиболѣе испорченные изъ заключенныхъ“ — говоритъ Gennat. Примѣненіе зачета, какъ мѣру воздѣйствія, авторъ признаетъ допустимой въ виду отсутствія другихъ цѣлесообразныхъ мѣръ. Оссонвиль оправдываетъ свое предложеніе тѣмъ, что лишь при наличности работы получается однородность режима подслѣдственнаго заключенія и режима кара-

средствъ, то можно было бы вводить все новыя и новыя усовершенствованія, но здѣсь приходится только указывать, а осуществленіе зависитъ исключительно отъ экономическихъ соображеній. Нужно вмѣстѣ съ тѣмъ принять во вниманіе, что не слѣдуетъ вводить въ режимъ подслѣдственнаго заключенія какой-либо роскоши и забавъ. Многочисленная армія обычныхъ тюремныхъ сидѣльцевъ-рецидивистовъ легко можетъ стараться провести въ пріятной обстановкѣ нѣсколько мѣсяцевъ

тельнаго, вслѣдствіе чего только въ послѣднемъ случаѣ допустимъ зачетъ. Наконецъ, г. Боровитиновъ предлагалъ слѣдующія положенія: „Обвиняемые и обвиненные не должны оставаться праздными, но должны заниматься какой-либо работой по своему выбору, однако соотвѣтствующей требованіямъ тюремнаго режима и не нарушающей спокойствія и дисциплины тюрьмы. Съ цѣлью побудить заключенныхъ къ работѣ долженъ быть представляемъ суду, занятому дѣломъ, докладъ о работѣ, и судья приметъ это обстоятельство во вниманіе при зачетѣ". Curti также признавалъ желательнымъ, чтоби судъ при зачетѣ принималъ во вниманіе добровольное принятіе работы заключеннымъ. Сенаторъ Canonico, придерживаясь также указанной системы, предлагалъ, въ цѣляхъ ограниченія судейскаго усмотрѣнія, засчитывать подслѣдственное заключеніе при непринятіи работы лишь наполовину.

Послѣдняя теорія являлась какъ бы примиряющей, и потому при обсужденіи вопроса во II-й секціи, послѣ признанія большинствомъ голосовъ невозможности принуждать къ работѣ даже подслѣдственныхъ рецидивистовъ, была принята 2-ая часть формулы М. М. Боровитинова. Еще въ самой секціи эта формула вызвала рядъ сомнѣній, вслѣдствіе того, что системи зачета въ различныхъ странахъ разнообразны, и тамъ, гдѣ зачетъ обязателенъ, тамъ пришлось бы вводить факультативность его ради сравнительно второстепенной цѣли (напр., въ Бельгіи, чѣмъ и объясняются выводы бельгійскихъ докладчиковъ). Сильная оппозиція резолюціи секціи обнаружилась на общемъ собраніи. Послѣ горячей рѣчи сенатора Бруза, указавшаго на то, что подобное правило дастъ въ руки тюремной администраціи сильное орудіе, могущее служить цѣлямъ произвола, такъ какъ докладъ будетъ имѣть существенное значеніе; и что оно также внесетъ произволъ и въ судебную дѣятельность. Наконецъ, оно противорѣчитъ признанному секціей принципу свободы труда. Не лишено правильности было и замѣчаніе проф. Молова о томъ, что добровольнымъ принятіемъ работъ въ цѣляхъ зачета обвиняемые будутъ какъ бы косвенно сознаваться въ своей виновности: если они невинны, то имъ нечего бояться незачета. Послѣ продолжительныхъ преній была принята предложенная небольшой группой членовъ, въ числѣ которыхъ находился и авторъ книги, резолюція: „Зачетъ подслѣдственнаго заключенія не можетъ быть поставленъ въ зависимость отъ добровольнаго принятія работы во время заключенія". Несмотря на нѣкоторыя дѣйствительныя выгоды работы подслѣдственныхъ, нельзя создавать изъ нея обязанность, хотя бы для того, чтобы подчеркнуть принципіальное отличіе между положеніемъ подслѣдственнаго и осужденнаго. Введеніе обязательнаго работнаго режима ведетъ за собою и большее давленіе на свободное распредѣленіе времени и на подготовку защиты заключеннаго. Нечего и думать, что трудъ тюремный вполнѣ соотвѣтствуетъ труду на волѣ. Тюрьма допускаетъ лишь немногіе, простѣйшіе виды труда, принужденіе къ которымъ можетъ отражаться въ видѣ пониженія интеллектуальнаго или профессіональнаго уровня заключеннаго.

и всяческими способами измышлять преступленія или затягивать слѣдствія для этой цѣли. Противъ чрезмѣрныхъ увлеченій въ этой области можно указать на зачетъ ареста въ наказаніе и вознагражденіе невинно потерпѣвшихъ его.

Правила относительно надзора, осмотра, визитовъ начальства, мѣръ для предупрежденія побѣговъ и другихъ спеціальнаго характера постановленій относятся уже по преимуществу къ уставу о содержащихся подъ стражей, и мы оставимъ ихъ безъ разсмотрѣнія.

Спеціально вопросъ о правильномъ режимѣ подслѣдственныхъ разсматривался на Петербургскомъ Международномъ конгрессѣ въ 1890 г., при чемъ резолюція конгресса вполнѣ выражаетъ общепризнанные правовые принципы [1]).

Однако не слѣдуетъ преувеличивать значенія указанныхъ мѣръ спеціальнаго режима для подслѣдственныхъ. Онѣ не вносятъ существеннаго различія въ положеніе ихъ по срав-

---

[1]) На вопросъ, „Чѣмъ должно отличаться подслѣдственное заключеніе отъ общаго тюремнаго режима?“ конгрессъ отвѣтилъ:

1) Желательно учрежденіе для содержанія подъ стражей подслѣдственныхъ арестантовъ, по мѣрѣ возможности, особыхъ мѣстъ заключенія или, по крайней мѣрѣ, особыхъ отдѣленій въ тюрьмахъ.

2) Подслѣдственное содержаніе должно, въ видѣ общаго правила, быть устроено по системѣ одиночнаго заключенія, которое не можетъ быть замѣнено общимъ иначе, какъ по желанію арестанта, съ разрѣшенія административной власти.

3) Одиночное заключеніе должно распространяться и на несовершеннолѣтнихъ, въ случаѣ ихъ взятія подъ стражу. Мѣра эта, однако, должна быть принимаема только при крайней необходимости, такъ какъ вообще желательно, чтобы несовершеннолѣтніе до 17 лѣтъ оставались до постановленія приговора на свободѣ.

4) Отдѣльное заключеніе замѣняется общимъ для лицъ, которыя не могутъ переносить его по состоянію своего здоровья, вслѣдствіе преклоннаго возраста или вслѣдствіе тѣлесныхъ или душевныхъ страданій.

5) Содержаніе подслѣдственныхъ должно опредѣляться на общемъ основаніи. Подслѣдственное заключеніе не должно влечь иныхъ ограниченій, кромѣ тѣхъ, которыя вызываются его цѣлями и необходимы для поддержанія порядка.

6) Управленіе тюрьмы не должно примѣнять къ подслѣдственнымъ заключеннымъ иныхъ мѣръ дисциплины, кромѣ безусловно необходимыхъ для поддержанія порядка и спокойствія.

7) Дѣятельность обществъ попеченія о выпускаемыхъ изъ мѣстъ заключенія должна распространяться также на лицъ, освобождаемыхъ изъ подъ стражи. (Цитирую переводъ Ф. Н. Малинина. Постановленія шести международныхъ тюремныхъ конгрессовъ. С.-Петербургъ, 1904, стр. 59).

ненію съ положеніемъ лицъ, отбывающихъ тюремное заключеніе. Нѣсколько бо́льшее огражденіе правъ личности, ослабленіе исправительнаго режима и льготы въ обстановкѣ и пищѣ вовсе не лишаютъ подслѣдственное заключеніе характера суроваго испытанія, могущаго быть приравненнымъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ къ тюрьмѣ.

По отзывамъ многихъ, подслѣдственное заключеніе значительно тяжелѣе для психики заключеннаго, нежели карательное [1]).

Въ русскомъ правѣ постановленія о режимѣ подслѣд. заключенія разбросаны, какъ въ уставѣ уголовнаго судопроизводства, такъ и въ уставѣ о сод. подъ стражей, причемъ нельзя прослѣдить того принципіальнаго взгляда, который положенъ въ основаніе такого дѣленія. Въ уставѣ нашли себѣ мѣсто нѣкоторыя правила объ обособленіи заключенныхъ, о времени перевода въ уѣздную тюрьму, о надзорѣ со стороны прокуратуры; остальная же масса постановленій находится въ уставѣ о содерж. подъ стражей.

---

[1]) См. Zucker, Die Untersuchungshaft 1879. III Abt. S. 3—5, А. Вульферть, Уголовно-антропологическая школа въ Италіи 1893 г. т. II стр. 37. F. Auer, Zur Psychologie der Gefangenschaft. 1905. passim. Leuss, Aus dem Zuchthause. S. 19, 1904, такъ рисуетъ психологическое состояніе заключеннаго: „Продолжительное подслѣдственное заключеніе должно являться угнетающимъ страданіемъ, чѣмъ то страшнымъ, истощающимъ, пожирающимъ, въ особенности если нѣтъ увѣренности въ исходѣ судебнаго слѣдствія. Къ тяжести продолжительнаго лишенія свободы, заключенія, присоединяются муки невыносимаго ожиданія". Auer въ своей работѣ приводитъ нѣсколько отзывовъ заключенныхъ о подслѣдственномъ заключеніи и о заключеніи тюремномъ: всѣ единогласно указываютъ на большую тяжесть перваго (объ этомъ можно заключить или на основаніи словъ самаго потерпѣвшаго или изъ сопоставленія однихъ его разсказовъ съ другими). Подслѣдственный арестъ часто дѣйствуетъ деморализующе и оставляетъ слѣды на всю жизнь. Каррара (Сообщеніе лондонскому конгрессу, Opuscoli VI Immoralità del carcere preventivo цит. по Вульферту—Уголовно-антр. школа II стр. 36), говоря о безнравственности подслѣдственнаго ареста, указываетъ на „пагубное пріученіе къ тюрьмѣ и на исчезновеніе страха передъ тюрьмой", на „созданіе въ душѣ обвиняемаго нравственнаго упадка и приниженія". Jacobi (Gerichtsaal. 1885, S. 189. Statistische Wünsche betrefend die Untersuchungshaft) говоритъ: „Заключенный выходитъ изъ подслѣдственнаго заключенія человѣкомъ болѣе больнымъ, болѣе плохимъ и болѣе бѣднымъ. Онъ становится худшимъ гражданиномъ, худшимъ плательщикомъ податей, худшимъ патріотомъ, приближается къ пролетаріату, къ преступленію, онъ—болѣе легкая добыча нужды, болѣзни и соблазна".

Какъ справедливо замѣчаетъ Кузьминъ-Караваевъ [1]), „по русскому праву вопросъ о порядкѣ содержанія подслѣдственныхъ арестантовъ не имѣетъ и подобія правильнаго рѣшенія". Причина такого печальнаго положенія кроется въ устарѣлости нашего тюремнаго законодательства, приспособленнаго въ данной области еще къ дореформенному строю процесса съ его игнорированіемъ правъ обвиняемаго и съ преклоненіемъ предъ слѣдственною цѣлью предварительнаго производства.

Не предполагая вдаваться въ подробности вопроса о режимѣ подслѣдственныхъ заключенныхъ, относящагося болѣе къ пенитенціарной наукѣ, я вкратцѣ изложу постановленія дѣйствующаго права, поскольку они затрагиваютъ права заключенныхъ и характеризуютъ тяжесть его положенія, а въ заключеніе попытаюсь обрисовать нормальныя правила режима, принятыя на западѣ.

Мѣстами заключенія подслѣдственныхъ являются тюремный замокъ того уѣзда, гдѣ производится слѣдствіе (ст. 168), арестантскія помѣщенія при полиціи (ст. 130) и исправительные пріюты для малолѣтнихъ [2]). Въ ст. 168 въ числѣ другихъ арестантовъ, содержащихся въ тюрьмѣ, указаны „состоящіе подъ слѣдствіемъ и судомъ обвиняемые въ преступленіяхъ и проступкахъ для пресѣченія имъ способовъ уклоненія отъ слѣдствія и суда". Насколько намъ извѣстно, только въ Петербургѣ имѣется спеціально для подслѣдственныхъ арестантовъ Домъ Предварительнаго Заключенія (ст. 3 уст. о сод. стр.), въ остальныхъ же городахъ они заключаются въ особыя помѣщенія при общей тюрьмѣ. Обычный порядокъ заключается въ томъ, что обвиняемые содержатся при участкахъ и только послѣ переводятся въ тюрьму. Такъ ст. 480 уст. угол. суд. предписываетъ „по заключеніи слѣдствія переводить заключенныхъ обвиняемыхъ въ уѣздный городъ

---

[1]) Кузьминъ-Караваевъ, „Мѣры пресѣченія", 1902 г., стр. 31.

[2]) Ст. 158 уст. сод. подъ стр., прод. 1902 г.: „Обвиняемые и подсудимые содержатся въ исправительныхъ пріютахъ отдѣльно отъ прочихъ воспитанниковъ съ примѣненіемъ къ нимъ общихъ постановленій о наблюденіи прокурорскаго надзора за содержащимися подъ стражею".

для содержанія въ тюрьмѣ", изъ чего видно, что до сего момента обвиняемые могутъ содержаться при полиціи. Какъ показываетъ практика, слѣдователи послѣ допроса обвиняемыхъ, подлежащихъ содержанію подъ стражей, распоряжаются о немедленномъ препровожденіи ихъ въ тюрьму. Отступленія отъ этого правила допускаются тогда, когда камеры слѣдователей находятся внѣ городовъ или когда присутствіе обвиняемаго на мѣстѣ производства слѣдствія представляется по обстоятельствамъ дѣла необходимымъ. Мѣстами временнаго заключенія служатъ тогда становая квартира и уѣздные слѣдственные участки. (Ревизіонные отчеты т. II стр. 352). Относительно лицъ военнаго вѣдомства циркуляромъ Министра Юстиціи 25 сентября 1889 года указано, что судебные слѣдователи въ случаѣ задержанія лица военнаго вѣдомства препровождаютъ его на военную гауптвахту, если къ помѣщенію его въ послѣднее мѣсто не представляется особаго препятствія. Точно также лица гражданскаго вѣдомства (дворяне и чиновники) по требованію ихъ начальства могутъ быть содержимы на гауптвахтѣ, когда имѣется тамъ помѣщеніе и производство изслѣдованія и суда требуетъ разобщенія обвиняемыхъ или когда гражданскихъ помѣщеній недостаточно (4 ст. уст. сод. подъ стр.).

Изъ указаннаго видно, что мѣста подслѣдственнаго заключенія у насъ недостаточно обособлены на практикѣ и въ законѣ отъ мѣстъ полицейскаго ареста, съ одной стороны и отъ мѣстъ наказанія—съ другой. Вмѣстѣ съ тѣмъ допущены льготы для лицъ привилегированнаго званія, что недопустимо при правовомъ строѣ государства. Назначеніе полицейскихъ арестныхъ помѣщеній для подслѣдственныхъ должно признать мѣрой весьма опасной, такъ какъ пребывая тамъ, вдали отъ надзора прокуратуры и судебныхъ властей, заключенные находятся въ полной власти полиціи, часто злоупотребляющей этою властью въ цѣляхъ дознанія. Кромѣ того санитарныя и общія условія содержащихся въ арестныхъ помѣщеніяхъ при полиціи настолько возмутительны, что эти помѣщенія не могутъ быть признаны вообще пригодными и, особенно, для сколько-нибудь продолжительнаго заключенія. Начало обособленія мѣстъ

предварительнаго заключенія и мѣстъ полицейскаго задержанія должно быть признано элементарнымъ правиломъ режима. Только у насъ при нерасчлененности понятій полицейскаго ареста и подслѣдственнаго заключенія процвѣтаетъ столь неправильное соединеніе. О необходимости отдѣленія обще-тюремныхъ помѣщеній отъ помѣщеній для подслѣдственныхъ мы скажемъ ниже.

Правила размѣщенія подслѣдственныхъ заключенныхъ основаны у насъ главнымъ образомъ на сословномъ признакѣ, или на требованіяхъ удобства слѣдствія, а не на задачахъ уменьшенія дурного вліянія уже нравственно испорченныхъ профессіоналовъ на новичковъ преступности и даже на невинныхъ. Существующія правила сводятся къ слѣдующимъ: 1) состоящіе подъ слѣдствіемъ и судомъ содержатся отдѣльно отъ осужденныхъ въ наказаніе за преступленія и проступки (ст. 175 уст. сод. подъ стр.); 2) лица мужскаго пола содержатся отдѣльно отъ лицъ женскаго пола (ст. 172).

Въ интересахъ удобства слѣдствія требуется, чтобы 1) обвиняемые въ соучастіи по одному и тому же дѣлу не были помѣщаемы вмѣстѣ (130 ст. уст. содерж. подъ стр.); 2) люди, слѣдующіе по одному и тому же дѣлу къ допросу или къ очной ставкѣ, не содержались бы въ одномъ мѣстѣ (ст. 179 уст. сод. подъ стр., представляющая почти повтореніе правила ст. 130); 3) обвиненные судомъ, по объявленію имъ приговора немедленно устранялись бы отъ сообщества съ другими арестантами и помѣщались особо (ст. 180 уст. сод. подъ стр.), и 4) подозрѣваемые въ государственныхъ преступленіяхъ, подвергнутые задержанію въ тюрьмѣ, содержались въ особыхъ помѣщеніяхъ (1043 ст. уст. угол. суд.). Мѣра эта принята на томъ любопытномъ основаніи, что „при обвиненіи въ государственныхъ преступленіяхъ *почти невозможно (?)* избѣгнуть неосновательныхъ арестовъ (?!), такъ какъ лицо, принимающее предварительныя мѣры изслѣдованія, всегда, опасаясь отвѣтственности, будетъ склонно принимать слишкомъ строгія мѣры“. Мѣра эта признана необходимой также и потому, что „для своевременнаго разслѣдованія всѣхъ обстоятельствъ дѣла желательно, чтобы дѣй-

ствительно виновные въ совершеніи государственныхъ преступленій не могли, черезъ посредство прочихъ заключенныхъ, изыскивать средства къ уничтоженію имѣющихся противъ нихъ уликъ" (см. изд. Госуд. канц. мотивы къ ст. 1043). Новый законъ 1904 г. о государственныхъ преступленіяхъ далъ болѣе опредѣленныя указанія относительно тѣхъ преступленій, которыя требуютъ обособленія обвиняемаго: „Лица, взятыя подъ стражу по обвиненію въ преступныхъ дѣяніяхъ, указанныхъ въ статьяхъ: 1030 и 1031 уст. угол. суд. (ст. 99—113, 116—119, 121, 128 и др. угол. улож. 1903 г.), содержатся отдѣльно отъ лицъ, заключенныхъ по инымъ основаніямъ". Здѣсь такимъ образомъ уже не проводится требованія одиночнаго заключенія, а лишь указывается на обособленіе этой категоріи обвиняемыхъ отъ остальныхъ.

Наконецъ, по сословному признаку указывается, что 1) дворяне, чиновники, именитые разночинцы и иностранцы содержатся особо отъ людей низшаго состоянія (ст. 174 уст. сод. подъ стр.); 2) священнослужители и монашествующіе содержатся подъ стражей отдѣльно отъ другихъ заключенныхъ (ст. 1022 уст. угол. суд.).

Такимъ образомъ можно заключить, что русское законодательство признаетъ нормальнымъ совмѣстное, а не одиночное содержаніе подслѣдственныхъ [1]) и что въ тѣхъ случаяхъ, когда установлены особыя правила, требуется лишь обособленіе различныхъ категорій заключенныхъ другъ отъ друга, а не одиночное содержаніе отдѣльныхъ заключенныхъ. Тюремная реформа, вызванная новымъ уголовнымъ уложеніемъ, нисколько не затронетъ положенія подслѣдственныхъ. Между тѣмъ соображенія о необходимости одиночнаго режима въ этой области значительно болѣе вѣски, нежели въ сферѣ пенитенціарной. Принятые классификаціонные признаки могутъ являться лишь однимъ изъ практическихъ правилъ для

---

[1]) Только въ Домѣ Предварительнаго Заключенія значительная часть заключенныхъ содержится въ одиночныхъ помѣщеніяхъ; однако такое заключеніе примѣняется почти исключительно къ подозрѣваемымъ въ государственныхъ преступленіяхъ, которые иногда составляютъ большую половину заключенныхъ тамъ.

тюремной администраціи, а отнюдь не основой для закона, не могущаго проводить различія по сословіямъ или не могущаго интересъ слѣдствія предпочитать всякому другому. Правильныя основанія размѣщенія должны быть отыскиваемы въ другой области, въ области предупрежденія порочныхъ вліяній.

Власть тюремной администраціи по принятію мѣръ безопасности и огражденія отъ побѣговъ по уст. о сод. подъ стражей опредѣлена весьма широко. Арестантъ, учинившій побѣгъ, а равно изобличенный въ покушеніи или приготовленіи къ побѣгу можетъ быть заключенъ въ отдѣльную камеру и сверхъ того закованъ въ кандалы [1]). По ст. 238 уст. сод. подъ стражей (ст. 409, 408 уст. о ссыл. прод. 1902 г.) заковаиіе въ кандалы не могло примѣняться къ лицамъ: 1) малолѣтнимъ до 17 лѣтъ; 2) женскаго пола; 3) избавленнымъ до осужденія по закону отъ тѣлесныхъ наказаній. По закону 23 мая 1901 г. не могли быть заковываемы въ кандалы также: 1) задержанные полиціей и 2) состоящіе подъ судомъ и слѣдствіемъ, обвиняемые въ такихъ преступныхъ дѣяніяхъ, за которыя въ законѣ опредѣлены наказанія, не соединенныя съ лишеніемъ правъ состоянія (ст. 409). Если заключенный обвинялся въ тяжкомъ преступленіи, то заковываніе допускалось „по состоянію дѣла“ даже при одномъ только предположеніи о возможности побѣга (ст. 237). Другихъ цѣлей, кромѣ удержанія отъ побѣга, наложеніе кандаловъ у насъ не преслѣдуетъ. Съ общею отмѣной манифестомъ 11 августа 1904 г. тѣлесныхъ наказаній всѣ классы общества явились по закону „изъятыми отъ нихъ“, и потому примѣненіе кандалъ въ настоящее время должно признать недопустимымъ совершенно. Отмѣна этой устарѣлой и жестокой мѣры, примѣнявшейся безъ суда [2]) къ лицамъ, надъ кото-

[1]) Кандалы бываютъ ручные и ножные; вѣсъ ихъ отъ 5-ти до 5½ ф. Подъ обручи ножныхъ кандаловъ одѣваются особые подкандальники (ст. 408). Особыя правила для заковыванія въ кандалы для Закавказья и Закаспійской области содержатся въ прим. къ ст. 407.

[2]) По ст. 411, прод. 1902 г., наложеніе кандаловъ производится по распоряженію начальника мѣста заключенія, который о всякомъ случаѣ наложенія на

рыми еще не произнесенъ приговоръ, должна быть признана необходимымъ требованіемъ правового строя.

Въ наказаніе за побѣгъ изъ подъ стражи до окончанія слѣдствія или суда или исполненія приговора примѣняются болѣе строгія мѣры режима. Составители проекта угол. улож. 1903 г. также признали возможнымъ ограничиться назначеніемъ лишь дисциплинарныхъ мѣръ противъ пойманныхъ вторично бѣглыхъ подслѣдственныхъ арестантовъ въ томъ случаѣ, когда ими не были повреждены приспособленія, препятствовавшія побѣгу, или не были совершены насилія надъ стражей [1]).

Заключенные подъ стражей имѣютъ сношенія съ внѣшнимъ міромъ не иначе, какъ черезъ посредство прокурорскаго надзора. Ст. 18 уст. сод. подъ стражей возлагаетъ на прокуроровъ обязанность слѣдить и просматривать бумаги, написанныя содержащимися подъ стражей. Прокуроръ же принимаетъ и отправляетъ эти бумаги; при чемъ онъ можетъ не допустить передачи или подачи какой либо бумаги, но обязанъ объяснить арестанту основанія этого (хотя въ законѣ говорится объ объясненіяхъ прокурора обвиняемому при неподачѣ одного только прошенія, ст. 234). Запрещеніе свиданій съ родственниками можетъ быть назначено слѣдователемъ чрезъ посредство прокурорскаго надзора (с. п. 24 января 1891 г.).

Отъ работъ подслѣдственные арестанты освобождаются, но если они пожелаютъ, то администраціей доставляются всевозможные къ тому способы (349 и 350 ст.). Они получаютъ плату за работу сполна. Недостигшіе двадцати одного года обязательно занимаются работами или обучаются въ школѣ. Подслѣдственные могутъ имѣть свое бѣлье и обувь (ст. 191), кромѣ обвиняемыхъ въ бродяжествѣ.

Заключенные не должны быть никуда отпускаемы, и если какое либо присутственное лицо или мѣсто будетъ имѣть

арестанта кандаловъ доводитъ до свѣдѣнія надлежащаго лица прокурорскаго надзора. Министерство Юстиціи можетъ опредѣлять подробности принятія этой мѣры въ особой инструкціи ст. 412.

[1]) См. объясненія къ проекту угол. улож. т. II, стр. 577 и 578.

нужду въ нихъ, оно посылаетъ требованіе къ смотрителю или, за отсутствіемъ его, къ караульному офицеру о доставленіи заключеннаго туда, причемъ, если онъ останется въ присутственномъ мѣстѣ, то до возвращенія въ тюрьму остается на отвѣтственности сего послѣдняго (ст. 257, 259, 263).

Изложенными постановленіями ограничивается русское законодательство по вопросу о режимѣ подслѣдственныхъ. Устарѣлость классификаціи заключенныхъ, разбросанность и отрывочность постановленій и слабая защита правъ содержащагося подъ стражей—вотъ главнѣйшіе его недостатки, ждущіе своего искорененія.

Глава девятая.

Продолжительность подслѣдственнаго заключенія.

Среди ряда ненормальностей, которыя отличаютъ у насъ примѣненіе подслѣдственнаго заключенія подъ стражу, особенное вниманіе обращаетъ на себя крайняя, ничѣмъ не оправдываемая его продолжительность. Трехлѣтнее заключеніе, не столь рѣдкое у насъ, англичанину или бельгійцу показалось бы дикостью, невозможною въ благоустроенномъ государствѣ [1]).

Не слѣдуетъ упускать изъ виду, что тяжесть каждой принудительной мѣры зависитъ не только отъ ея субъективной несправедливости, внѣшняго режима, многочисленности ограниченій въ пользованіи правами, но также, и въ очень большой степени, отъ продолжительности ея примѣненія. Продолжительное заключеніе—двойное испытаніе. Кратковременность внушаетъ и поддерживаетъ въ заключенныхъ (среди которыхъ

---

[1]) Такъ, въ 1897 году сэръ Гарри Поландъ возбудилъ вопросъ объ учрежденіи постояннаго уголовнаго суда въ каждомъ большомъ городѣ Англіи, мотивируя свое предложеніе тѣмъ, что обвиняемые долго ждутъ суда. „Недавно одному обвиняемому пришлось провести даже 5 мѣс. подъ стражей“,—восклицалъ онъ (Ж. М. Ю., Письма изъ Англіи). Англійскія газеты ежегодно обращаютъ вниманіе на такую „крайнюю“ продолжительность. По Habeas Corpus Act каждый заключенный имѣетъ *право* на то, чтобы его дѣло разбиралось въ первую же сессію.

есть, къ сожалѣнію, не мало невинныхъ) [1]), надежду на скорую перемѣну и прекращеніе, продолжительность же порождаетъ отчаяніе, значительно усиливающее тяжесть лишенія свободы. При этомъ обвиняемому часто приходится ждать своего приговора въ одиночномъ заключеніи, которое по новому уложенію не можетъ быть назначено даже въ наказаніе на срокъ больше одного года, какъ вредно отражающееся на духовной сторонѣ заключеннаго при большой продолжительности. Чрезмѣрная продолжительность подслѣдственнаго заключенія, являясь особенно тяжелой для обвиняемаго, обременяетъ вмѣстѣ съ тѣмъ государственный бюджетъ, отражается на правильности приговора и создаетъ, вмѣсто быстрой и справедливой расправы съ преступникомъ, медленную и тяжелую волокиту. Общія соображенія о крайнемъ вредѣ медленности правосудія здѣсь примѣнимы въ наивысшей степени.

Однако, если законъ и установилъ границы примѣненія ареста сообразно съ тяжестью преступленія, если и создалъ нѣкоторыя гарантіи противъ произвольнаго его назначенія, то онъ мало позаботился о выработкѣ постановленій, направленныхъ къ сокращенію его продолжительности.

Въ прежнее время, время дореформеннаго судопроизводства, правительство энергично боролось съ медленностью „арестантскихъ“ дѣлъ. Но мѣры борьбы были случайнаго характера. Такъ, оно вдругъ приказывало „вершить“ эти дѣла въ трехмѣсячный срокъ, грозя за промедленіе значительными вычетами изъ жалованья судей, то приказывало совсѣмъ освобождать арестантовъ, долго находившихся подъ стражей, приказывало прокурору каждую недѣлю посѣщать тюрьмы, чтобы ожидающіе суда „не забывались“ въ своемъ заключеніи, устанавливало (указъ 1810 г.) особую очередь колодничьихъ дѣлъ, обязывало доносить высшему правительству обо всѣхъ арестантахъ, содержавшихся болѣе одного года подъ стражей и т. д. Но продолжительность заключенія, зависѣвшая больше отъ плохой организаціи слѣдствій и не-

[1]) Въ 1899 г. изъ 33726 заключенныхъ было освобождено отъ суда 1,505 (6,7%), оправдано 3,399 (14,3%).

имовѣрнаго количества инстанцій, а не отъ добраго желанія судей, не сокращалась. Самъ законъ поощрялъ слѣдственные органы къ производству различныхъ дослѣдованій. Поэтому продолжительность заключенія въ періодъ, непосредственно предшествовавшій судебнымъ уставамъ, была весьма значительной. Бывали случаи десятилѣтняго заключенія. Содержаніе подъ стражей въ теченіе года считалось средней нормой. Свыше четырехъ лѣтъ содержалось иногда болѣе сотни обвиняемыхъ, и изъ числа такихъ заключенныхъ оказывался значительный процентъ невинныхъ. Общее число лицъ, содержавшихся тогда ежегодно подъ стражей въ 50 губ., по изслѣдованіямъ Кистяковскаго [1]), равнялось приблизительно 170,000.

Но уголовный процессъ реформировался; вмѣсто истлѣвшихъ формъ полицейско-чиновничьяго производства, было установлено судейское, доставлявшее обвиняемому больше гарантій и потому упразднившее надобность въ безконечной ревизіи. Но и въ новой системѣ оказались прорѣхи, которыхъ съ теченіемъ времени становилось все больше и больше. Таковой оказалась, напримѣръ, вся предварительная стадія производства, потерявшая свои судейскія гарантіи и основанная на старыхъ началахъ, заимствованныхъ изъ „Наказа слѣдователямъ“ отъ 1860 г. Въ противовѣсъ этому крайне развились апелляція и кассація (какъ ни въ одномъ западноевропейскомъ государствѣ), вызвавшія продолжительность, напоминающую ту, которая существовала при прежнемъ ревизіонномъ порядкѣ.

Постановленія устава угол. судопр., совершенно не расчитывавшія на это, оказались безсильными въ борьбѣ съ такой продолжительностью, и явилась потребность въ особыхъ мѣрахъ, о которыхъ вопіетъ жизнь. „Въ высокой степени важно изыскать способы *ускоренія* предварительныхъ слѣдствій и *установленія контроля* надъ органами его“—такъ высказалась единогласно коммисія С.-Петербургскаго юридическаго общества въ 1902 году, таковъ же гласъ всѣхъ судебныхъ практиковъ и теоретиковъ.

[1]) А. Кистяковскій. Мѣры пресѣченія. 1869 г.

Чтобы ориентировать читателя въ ненормальной продолжительности подслѣдственнаго заключенія въ русскомъ уголовномъ процессѣ, я приведу составленную мною сравнительную таблицу его продолжительности въ главныхъ европейскихъ государствахъ.

I. Изъ общаго числа судимыхъ общими судебными мѣстами находились подъ стражей до суда.

СТРАНА И ГОДЪ.	До 1-го мѣсяца.	До 2-хъ мѣсяцевъ.	До 3-хъ мѣсяцевъ.	До 6-ти мѣсяцевъ.	До 1 года.	До 2 лѣтъ.	До 3 лѣтъ.	Болѣе 3 лѣтъ.	До предст. денеж. обезпеченія.	Общее число.
Россія . . .	189	1586		6678	7898	2248	122	56	1243	20120
1898 г. . .	0,9%	8%		34%	39%	11%	0,9%	0,4%	6,1%	100%
Италія . . .	15354	9898	15859	9800	6384	1512	173	57	—	58766
1898 г. . .	26%	17%	48%	16%	11%	2,6%	0,3%	0,1%		100%
Бельгія . . .	1126	594	215	127	201					2330
1898 г. . .	49%	25%	10%	6%	10%	—	—	—	—	100%
Англія . . .	4811	1806	838	379						7834
1898 г. . .	61%	23%	10%	6%	—	—	—	—	—	100%
Австрія . . .	39520	4988	2584							47099
1898 г. . .	84%	10,7%	5,3%	—	—	—	—	—	—	100%

Франція 1898 г. Вслѣдствіе своеобразной постановки статистики, она не укладывается въ общія рамки (включенъ сюда и арестъ прокуратурой при citation directe).

До 1 дня.	1—3 дней.	4—8 дней.	9—15 дней.	15 дн.—1 м.	Болѣе 1 м.	ВСЕГО.
[1]) 10690 (9%)	36311 (34%)	26322 (25%)	10925 (9%)	17139 (16%)	7925 (7%)	109312 (100%)

[1]) Въ Германіи нѣтъ обще-имперскихъ статистическихъ данныхъ по этому вопросу.

II. Изъ числа осужденныхъ мировыми, участковыми судьями или преторами находились подъ стражею [1]).

СТРАНА и ГОДЪ.	До 7 дней.	7 дн.—1 м.	1—3 мѣс.	3—6 мѣс.	6 м.—1 г.	1—2 лѣтъ.	Болѣе 2 л.	До предст. денеж. обезпеченія.	ВСЕГО.
1898 г. . . .	10901	13923	5513	840	99	2	2	157	31.469
Россія	34%	44%	17%	4%	0,4%			0,6%	100%
1898 г. . . .	42.488		3107	218					45.813
Италія	93%		6,5%	0,5%		—	—	—	100%

Въ 1895 г. Австрія. Средняя продолжительность арестованія осужденныхъ у участковыхъ судей 2,1 дня (75.646 осужд.—162.243 дня).

Вглядимся поближе, что говорятъ намъ эти цыфры:

Въ общихъ судебныхъ установленіяхъ въ 1898 г. *болѣе 1-го мѣсяца* находились въ заключеніи: въ Россіи 99%, Италіи 74%, Бельгіи 51%, Англіи 39%, Австріи 16%; *болѣе 6 мѣс.* находились въ заключеніи: въ Россіи 51%, Италіи 14%, Бельгіи 10%, во Франціи 7%, Англіи 0% и въ Австріи 0%. Наконецъ, *болѣе 1 года* въ Россіи содержалось 2326 заключенныхъ, между тѣмъ какъ ни въ одной странѣ, кромѣ Италіи, случаевъ такой продолжительности не было.

Сравненіе продолжительности заключенія у низшихъ судей даетъ меньше матеріала вслѣдствіе крайней неравномѣрности въ подсудности. Все же продолжительность заключенія и у насъ чрезмѣрна. Въ Россіи она въ среднемъ равна приблизительно 1 мѣс., въ то время какъ въ Австріи—2,3 дня. Нельзя также не признать ненормальностью случаи продолжительности въ 6 м.—2 лѣтъ, такъ какъ само наказаніе, назначаемое мировыми судьями, не можетъ превышать $1^1/^2$ года.

[1]) Во Франціи и Бельгіи при незначительности своей компетенціи мировые судьи лишены этого права. Въ Англіи судья можетъ заключать подъ стражу на краткіе сроки не болѣе 8 дней (свѣдѣній о числѣ случаевъ не имѣется).

Къ сожалѣнію, характеръ русскихъ статистическихъ данныхъ не позволяетъ выразить въ конкретной цифрѣ число безъ пользы затраченныхъ трудовыхъ дней, и, вообще, представить читателю эти отвлеченныя цифры въ болѣе конкретномъ видѣ, но можно заранѣе сказать, что число получилось бы не малое, около $5^1/_2$ милліоновъ дней.

Мы не задаемся здѣсь цѣлью поставить полный діагнозъ такого болѣзненнаго положенія и тѣмъ менѣе дать подробный рецептъ его исцѣленія. Ограничимся лишь указаніемъ нѣкоторыхъ частичныхъ улучшеній, которыя помогли бы дѣлу даже при современныхъ общихъ условіяхъ. Залогомъ дѣйствительности ихъ служитъ практика западно-европейскихъ государствъ.

На причинахъ медленности предварительныхъ слѣдствій останавливались въ нашей литературѣ неоднократно [1]). Какъ на основныя причины медленности указывалось на громадность разстояній Россіи, чрезмѣрную величину слѣдственныхъ участковъ, обремененность работой, плохое состояніе полиціи, неподготовленность молодыхъ слѣдователей и пр. Это причины отчасти неизбѣжныя, отчасти устранимыя при увеличеніи затратъ на улучшеніе слѣдственной системы. Указывалось и на нѣкоторые техническіе недостатки: затруднительность разъѣздовъ (несовершенства земской почты, неудобство совмѣстимости разъѣздовъ, обыкновенно весьма многочисленныхъ, съ судебной функціей слѣдователя), на стремленіе слѣдователя поскорѣе такъ или иначе сплавить дѣло, вслѣдствіе чего развивается искусственная подсудность, неполное разслѣдованіе дѣла, вызывающее необходимость неоднократныхъ дополненій слѣдствія и, конечно, служащее не къ ускоренію, а къ сильному замедленію слѣдствія. Но всѣ эти причины лежатъ внѣ власти законодателя и зависятъ скорѣе отъ талантливости административной власти, могущей отчасти ихъ устранить различными административными мѣрами.

---

[1]) Больше другихъ: Даневскій. Предварительное слѣдствіе 1895 г. (стр. 62), А. Левенстимъ. Предварительное слѣдствіе и его недостатки. Ж. М. Ю. 1895 г. кн. II, стр. 120—152.

Болѣе существеннымъ условіемъ ускоренія, которое уже зависитъ отъ законодателя, является освобожденіе судебнаго слѣдователя отъ массы дѣлъ, которыя могли бы вполнѣ обойтись безъ производства предварительнаго слѣдствія. Для мировой же юстиціи—установленіе разбирательства нѣкоторыхъ дѣлъ въ порядкѣ неотложности для уменьшенія случаевъ и продолжительности подслѣдственнаго заключенія. Остановимся нѣсколько подробнѣе на этихъ вопросахъ.

По русскому дѣйствующему законодательству по дѣламъ о преступленіяхъ и проступкахъ, не влекущихъ за собою лишенія всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, можетъ быть приступлено къ судебному производству и безъ предварительнаго слѣдствія, если прокуроръ, по доставленнымъ ему свѣдѣніямъ и доказательствамъ или по самому свойству дѣла, признаетъ возможнымъ предложить суду обвинительный актъ и если судъ, съ своей стороны, не усмотритъ надобности въ производствѣ предварительнаго слѣдствія (ст. 545). Вмѣстѣ съ тѣмъ по жалобѣ частнаго обвинителя, если дѣло разбирается не съ присяжными засѣдателями, судъ можетъ также не производить предварительнаго слѣдствія. Однако, примѣненіе этихъ статей на практикѣ бываетъ крайне рѣдко. Такъ, въ 1894 г. такое примѣненіе ст. 545 было сдѣлано въ 2869 дѣлахъ. Выгоды, которыя представляетъ ограниченіе подслѣдственности, ясны сами собою. Въ этомъ отношеніи сходятся какъ наука, такъ и практика. Еще въ совѣщаніи старшихъ предсѣдателей и прокуроровъ палатъ 1895 г. большинство предложило значительное расширеніе примѣненія ст. 545. Въ рукахъ прокуратуры должны сосредоточиваться всѣ поводы къ возбужденію предварительнаго слѣдствія, и отъ нея должно зависѣть частое направленіе дѣлъ по ст. 545, причемъ цѣлесообразно разграничить слѣдственныя мѣры, принимаемыя для выясненія событія преступленія, отъ мѣръ, касающихся личности обвиняемаго. Въ совѣщаніи предлагалось расширеніе примѣненія ст. 545 даже по дѣламъ, рѣшаемымъ съ присяжными.

Въ коммисіи 1900 г. было высказано общее желаніе большаго упрощенія судебной процедуры. Такое упрощеніе

достигнуто: 1) расширеніемъ подсудности участковыхъ судей и 2) расширеніемъ числа дѣлъ, направляемыхъ по 545 ст. Только двое членовъ комиссіи стояли за сохраненіе прежнихъ предѣловъ, значительное же большинство высказалось за расширеніе даже на дѣла, рѣшаемыя съ участіемъ присяжныхъ, установивъ здѣсь лишь тѣ гарантіи, что 1) полиція не имѣетъ права производить наиболѣе серьезныя слѣдственныя дѣйствія (107 ст. проекта); 2) судья обязанъ подвергнуть въ такихъ случаяхъ провѣркѣ и дополненію дѣйствія полиціи въ той мѣрѣ, въ какой, по обстоятельствамъ дѣла, признаетъ это необходимымъ (147 ст. пр.); 3) преданію суду въ такихъ случаяхъ предшествуетъ привлеченіе и допросъ обвиняемаго органомъ слѣдственной власти (который, вѣроятно, и назначаетъ противъ него мѣру обезпеченія, дозволяемую только послѣ допроса и привлеченія къ суду) (см. объясн. зап. т. II, стр. 187—192). Согласно съ этимъ, въ ст. 145 проекта установлены случаи обязательности производства предварительнаго слѣдствія (см. также объясн. зап. т. II, 190—192 стр.). Но дѣламъ о преступныхъ дѣяніяхъ, влекущихъ лишеніе всѣхъ особенныхъ правъ, производство предварительныхъ слѣдствій зависитъ отъ усмотрѣнія участковаго слѣдственнаго или судебно-слѣдственнаго судьи, прокурорскаго надзора и обвинительной камеры, по остальнымъ же дѣламъ отъ прокуратуры (ст. 146 пр.).

Въ этомъ отношеніи проектъ вводитъ цѣлесообразныя начала, выработанныя на западѣ. Западная практика показываетъ, какъ облегчаютъ функціонированіе судебной системы подобныя постановленія. Ближе другихъ странъ, по количеству слѣдствій, стоитъ къ Россіи Италія. Въ Россіи, въ 1898 г., изъ 195.952 донесеній, полученныхъ прокурорами,—97,8% были переданы судебнымъ слѣдователямъ. Въ Италіи на 375,396 донесеній и жалобъ, въ 1898 г., присланныхъ прокуратурѣ, слѣдователями было произведено слѣдствій 283.509, т. е. около 76%. Во Франціи изъ 521.008 присланныхъ прокурорамъ донесеній въ томъ же году—40.616 (8%) переданы слѣдственнымъ судьямъ. Въ Бельгіи изъ 151.002 донесеній прокуратурѣ—50.303 (34%) пере-

даны слѣдственнымъ судьямъ. Въ Германіи, въ 1899 г., на 674.856 оконченныхъ дознаній слѣдствія были произведены въ 21.462 случаяхъ (3,7%). Въ Австріи на 149.662 жалобы прокуратурѣ, въ 1896 г., слѣдствій произведено 21.146 (около 15%). Въ Англіи, гдѣ, собственно говоря, предварительнаго слѣдствія въ континентальномъ смыслѣ не существуетъ, на 40.574 обвиняемыхъ въ indictables offences, только 11.454 обвиняемыхъ дѣйствительно судились въ высшихъ судахъ Англіи, остальные же, по собственному согласію,— суммарно, мировымъ судьей (актъ 1879 г. допускаетъ такую факультативную подсудность). Особенно развито, какъ мы видимъ, производство одного дознанія въ Германіи и Австріи, гдѣ по дѣламъ, подсуднымъ суду безъ присяжныхъ, предварительное слѣдствіе производится лишь по требованію прокуратуры или по ходатайству обвиняемаго (91 и 271 ст. австр. уст. и ст. 176 герм. у. у. с.). По германскому же уставу предлагать производство слѣдствій и отдѣльныхъ слѣдственныхъ дѣйствій можетъ и судъ (200 ст.).

Нашъ проектъ 1900 г. въ первоначальномъ видѣ допускалъ примѣненіе одного только дознанія по нѣкоторымъ дѣламъ, подсуднымъ суду присяжныхъ. Однако, такое расширеніе нашло въ литературѣ многочисленныхъ противниковъ. Окончательный проектъ министра юстиціи возстановилъ поэтому предѣлъ обязательности предварительнаго слѣдствія, согласно дѣйствующей 544 ст. Такая опасливость вполнѣ цѣлесообразна, пока система судебной полиціи и вообще правильность постановки дознанія не оправдала себя на дѣлѣ. Въ случаѣ хорошихъ результатовъ такая осторожность явится излишней. Пока же можно создать мѣры, чтобы прокуратура по общему правилу ограничивалась дознаніемъ въ дѣлахъ, указанныхъ въ ст. 544 у. у. с.

Къ сокращенію продолжительности повело бы также предоставленіе слѣдователю права самому (или по соглашенію съ прокуроромъ) прекращать слѣдствіе за недостаткомъ уликъ, съ возможностью для частнаго обвинителя и истца обжаловать это постановленіе въ судъ, вмѣсто современнаго порядка направленія по ст. 277, заставляющаго примѣнять къ обви-

няемому мѣру обезпеченія даже при отсутствіи всякихъ уликъ.

Для устраненія неоднократныхъ предложеній прокуратуры о дослѣдованіи дѣла можно было бы допустить пользованіе этимъ правомъ только въ теченіе одного раза по дѣламъ, въ которыхъ имѣются обвиняемые, заключенные подъ стражу. Полезно здѣсь сократить и семидневный дѣлопроизводственный срокъ прокуратуры до 4 дней, въ случаѣ обращенія къ дослѣдованію, такъ какъ работа прокурора является тогда значительно меньшей.

Что касается *мировой юстиціи*, то для избѣжанія медленности устанавливаются особые порядки разбирательства мелкихъ уголовныхъ дѣлъ. Такихъ порядковъ указывается два: 1) карательный приказъ и 2) немедленный приводъ въ судъ [1]).

Карательные приказы издаются безъ суда (ст. 447—452 герм. у. у. с.) по требованію обвинителя, а судебное разбирательство происходитъ лишь по требованію осужденнаго о пересмотрѣ карательнаго опредѣленія (см. подробное изложеніе иностр. законодательствъ въ объясн. зап. т. II, стр. 192 сл.). Этотъ порядокъ принятъ въ германскомъ, австрійскомъ, норвежскомъ и венгерскомъ кодексахъ. Большинствомъ комиссіи 1894—1899 г. эта система была признана цѣлесообразной и введенъ рядъ соотвѣтственныхъ постановленій (гл. X проекта ст. 1161—1168). Удобство этого порядка для сокращенія примѣненія подслѣдственнаго заключенія болѣе замѣтно по дѣламъ казенныхъ управленій, по которымъ ст. 1164 предписывала или взятіе залога, или заключеніе подъ стражу. Хотя проектъ 1900 г. и отмѣняетъ эту статью, все же тенденція эта сохранилась бы. Карательный приказъ упраздняетъ необходимость въ мѣрахъ обезпеченія.

---

[1]) Объясн. зап., т. IV, стр. 189—213. И. Г. Щегловитовъ. Упрощеніе судопроизводства по маловажнымъ дѣламъ. 1902. И. Я. Фойницкій. Курсъ угол. судопр. 1902, т. II, стр. 508—515. Случевскій. Учебникъ русск. уг. произв., стр. 671. Н. В. Муравьевъ. Сокращенные способы производства маловажныхъ дѣлъ. А. Лазаренко. О судебныхъ приказахъ. Жур. Мин. Юст. 1905 г. № 3. І. Михайловскій. Судебные приказы по уголовнымъ дѣламъ „Право“ 1900 г. № 39.

Болѣе спорнымъ является вопросъ о введеніи у насъ въ дѣлахъ участковой юстиціи порядка неотложности (немедленнаго привода въ судъ). Система неотложности выработана французскимъ закономъ 1863 г. Ст. 182 фр. уст. у. с. (принятая и въ Италіи ст. 371 итал. у. у. с.) предоставляетъ прокурору право непосредственно привлекать къ отвѣтственности обвиняемаго въ проступкѣ, влекущемъ штрафъ свыше пяти франковъ или тюремное заключеніе болѣе пяти дней. Относительно застигнутыхъ при совершеніи преступленія предѣлы этого права расширяются. При этомъ порядкѣ, однако (citation directe), требуется передача дѣла въ судъ въ тотъ же день или, если обвиняемый станетъ просить отсрочки для подготовленія защиты,—то черезъ три дня. Насколько порядокъ этотъ сокращаетъ продолжительность теченія дѣлъ, видно изъ слѣдующихъ статистическихъ данныхъ за 1898 г. Въ судахъ исправительной полиціи, гдѣ онъ примѣняется, 17% всѣхъ дѣлъ были рѣшены въ теченіе менѣе 3-хъ дней и 44.000 обвиняемыхъ (44% всего числа заключенныхъ) содержались подъ стражей менѣе 3-хъ сутокъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ практика показываетъ, что такая скорость не вызываетъ какихъ либо печальныхъ послѣдствій.

Эта система принята Невшательскимъ уставомъ 1893 г. (353—368 ст.) для мелкихъ проступковъ, влекущихъ заключеніе до 8 дней и денежную пеню до 100 фр. Венгерскій уставъ 1866 г. распространяетъ эту мѣру на преступныя дѣянія, влекущія лишеніе свободы не свыше пяти лѣтъ. Въ Германіи подобныя измѣненія существуютъ въ проектѣ [1]).

Въ проектѣ министра юстиціи предположено ввести порядокъ неотложности по дѣламъ участковой подсудности въ случаяхъ привода къ судьѣ обвиняемаго (ст. 51) кромѣ того, при задержаніи буйствующихъ, пьяныхъ и пр. Въ такихъ случаяхъ полиція приглашаетъ задержаннаго обвиняемаго и свидѣтелей явиться немедленно къ судьѣ, выдавая имъ призывныя повѣстки. Судья немедленно послѣ явки

[1]) См. Щегловитовъ ц. с. стр. 61. Объясн. зап. стр. 199; настоящая работа, стр. 180.

вызванныхъ приступаетъ къ разсмотрѣнію дѣла и, если найдетъ необходимымъ, можетъ или направить дѣло въ общемъ порядкѣ, или постановить приговоръ немедленно. При этомъ неявка обвиняемаго безъ законныхъ основаній не служитъ препятствіемъ къ разсмотрѣнію дѣла. Послѣ постановленія приговора, если обвиненный желаетъ подчиниться ему, таковой немедленно входитъ въ законную силу и обращается къ исполненію, а самое его обжалованіе допускается въ теченіе трехъ сутокъ (см. прил. III къ уст. уг. суд.).

Въ самой комиссіи 1900 г. по этому вопросу послѣдовало разногласіе, причемъ большинство высказалось противъ допущенія порядка неотложности (къ русской литературѣ сильнымъ противникомъ упрощеннаго порядка является проф. Н Я. Фойницкій), указывая, что ради достиженія нѣсколько большей быстроты возмездія, въ цѣляхъ главнымъ образомъ административныхъ, упрощеннымъ порядкомъ устанавливается большее ограниченіе личной свободы, какъ обвиняемаго, принуждаемаго ждать подъ стражей иногда около сутокъ по такимъ дѣламъ, гдѣ ему грозитъ, м. б., лишь однодневный арестъ или небольшая денежная пеня и явка на которыя для него необязательна, такъ и свободы свидѣтелей, которые немедленно должны будутъ подчиняться приказамъ полиціи и даже слѣдовать въ сопровожденіи ея въ камеру участковаго судьи. Кромѣ того, противниками приводится рядъ возраженій второстепеннаго значенія. Сила этихъ возраженій, однако, ослабляется тѣмъ, что и въ настоящее время свобода не менѣе стѣсняется процедурой составленія протокола въ участкѣ и если даже разбирательство у судьи, замѣняющее такой протоколъ, внесетъ нѣсколько больше стѣсненій, то, во всякомъ случаѣ, оно избавитъ отъ дальнѣйшей возни и траты цѣлаго дня для свидѣтелей и обвиняемаго. Для избѣжанія излишняго задержанія вмѣстѣ съ тѣмъ цѣлесообразно постановить, что если во время привода къ судьѣ судебнаго засѣданія не происходитъ, то обвиняемый по дѣламъ, по которымъ онъ не можетъ быть подвергнутъ задержанію, освобождается съ обязательствомъ явки на слѣдующій день. Соображенія о неудобствѣ этого для интересовъ публики и сви-

дѣтелей, прибывшихъ по другимъ дѣламъ, не являются также особенно сильными, вслѣдствіе быстроты рѣшенія дѣлъ объ обвиняемыхъ, застигнутыхъ при совершеніи преступленія. Затѣмъ, судья съ введеніемъ такого института при назначеніи дѣлъ къ слушанію можетъ расчитать такъ, чтобы у него оставалось извѣстное свободное время для разсмотрѣнія такихъ дѣлъ [1]).

Кромѣ указанныхъ средствъ ускоренія, слѣдуетъ указать еще на одно—именно на приданіе срочнаго характера постановленію слѣдователя о заключеніи подъ стражу. Безполезно, конечно, устанавливать безусловно предѣльный срокъ, попытки чего встрѣчались у насъ въ дореформенное время. Торопливость и неосновательность отразятся тогда на качествѣ правосудія. Однако, принципъ пересмотра судомъ первой инстанціи или совѣщательной камерой (коллегіей 3-хъ слѣдователей) приказа о заключеніи подъ стражу чрезъ извѣстные періоды времени вполнѣ цѣлесообразенъ. Установленіе срока преслѣдуетъ: 1) цѣль побудить слѣдственные органы къ болѣе энергичной дѣятельности въ дѣлахъ, по которымъ обвиняемые содержатся подъ стражей, и 2) цѣль сокращенія продолжительности заключенія посредствомъ періодическаго пересмотра основаній его. Обвиняемый не будетъ забываться на цѣлые мѣсяцы въ своей камерѣ, но напоминать о своемъ положеніи судьямъ. За этотъ срокъ могутъ измѣниться обстоятельства, отъ которыхъ зависѣло заключеніе подъ стражу, могъ протечь срокъ, превышающій по своей продолжительности грозящее наказаніе и, такимъ образомъ, могло бы отпасть главное побужденіе къ побѣгу (конечно, при наличности зачета). Укажутъ, что въ теченіе всего производства дѣла пересмотръ основаній (хотя и неполный) происходитъ нѣсколько разъ, но современному законодательству, онъ лишенъ регулярности и мало касается срочности предварительнаго слѣдствія.

---

[1]) Въ засѣданіи С.-Петербургскаго юридическаго общества, отъ 29 января 1905 г. (Вѣстникъ Права 1905 г. кн. 5), послѣ преній по докладу А. Н. Лазаренко, большинствомъ 15-ти голосовъ противъ 13-ти было признано, что недостатки этого института выше его достоинствъ. Краснорѣчивую обвинительную рѣчь этому институту произнесъ Г. Б. Сліозбергъ.

Такіе предѣльные сроки дѣйствія постановленія слѣдств. судьи о заключеніи подъ стражу установлены въ нѣкоторыхъ государствахъ. Такъ, въ Бельгіи и въ кантонѣ. Во этотъ срокъ равенъ одному мѣсяцу, причемъ возобновленіе его допускается лишь по единогласному рѣшенію о томъ совѣщательной камеры; мѣсячный же срокъ принятъ и въ Голландіи, но возобновленіе зависитъ отъ суда. Въ Австрійскомъ уставѣ продолжительность ареста, назначеннаго для предупрежденія стачки со свидѣтелями или сокрытія слѣдовъ, не можетъ превышать 2-хъ мѣсяцевъ, и лишь совѣщательная камера по ходатайству прокурора можетъ продлить его еще на 1 мѣсяцъ при особо важныхъ обстоятельствахъ. Въ венгерскомъ уставѣ 1896 г. продолжительность ареста, назначеннаго по опасенію побѣга, не можетъ превышать 3-хъ мѣсяцевъ съ правомъ продолженія въ особыхъ случаяхъ этого срока еще на 1 мѣсяцъ и съ правомъ двоекратнаго возобновленія его судомъ. Продолжительность же ареста по подозрѣнію уничтоженія слѣдовъ не можтъ превышать одного мѣсяца. Женевскій уставъ устанавливаетъ крайнюю продолжительность слѣдствій: въ 6 недѣль для дѣлъ о преступленіяхъ и въ 3 мѣсяца для дѣлъ о тяжкихъ преступленіяхъ. Срокъ продолжительности дѣйствія постановленія объ арестѣ предположено ввести въ Итальянскомъ проектѣ 1903 г. въ одинъ мѣсяцъ [1]) и во французскомъ проектѣ 1902 г.—въ 20 дней, по дѣламъ, подсуднымъ исправительному суду [2]).

[1]) Въ дѣйствующемъ итальянскомъ законодательствѣ для сокращенія продолжительности слѣдствія принята система установленія ряда дѣлопроизводственныхъ сроковъ. Такъ, прокуроръ долженъ представить не позже 3-хъ дней свое заключеніе, слѣдственный судья долженъ сдѣлать докладъ въ теченіе 24 часовъ, и затѣмъ черезъ каждые 2 мѣсяца дѣлать новый докладъ совѣщательной камерѣ. То же принято и въ Испаніи: такъ стороны послѣ заключенія слѣдствія могутъ обозрѣвать дѣло въ теченіе 5-ти дней; по истеченіи 2-хъ мѣс. обвиняемый можетъ просить о производствѣ дѣла съ большей быстротой; иногда (въ кантонѣ Вонапр.), устанавливаются сроки для назначенія судебнаго слѣдствія послѣ окончанія предварительнаго. Неудобство такой системы заключается въ томъ, что обыкновенно максимальные сроки превращаются въ нормальные.

[2]) Нелишне указать по примѣру норвежскаго и испанскаго законодательствъ, что обвиняемый долженъ быть освобожденъ, когда есть основаніе предполагать, что срокъ его заключенія превыситъ положенное за его преступное дѣяніе въ законѣ наказаніе.

Эти ограниченія продолжительности особенно цѣлесообразно ввести въ Россіи, гдѣ надзоръ суда надъ слѣдствіями ограничивается рѣдкими случаями обжалованія. Періодическій контроль суда, создавая сильную власть надзора за слѣдователемъ, нисколько не будетъ препятствовать правильному теченію дѣла и вмѣстѣ съ тѣмъ явится хорошимъ орудіемъ для сокращенія ненужной продолжительности ареста. Такой срокъ у насъ цѣлесообразно было бы установить въ 2 мѣсяца съ правомъ возобновленія его судомъ каждый разъ еще на 1 мѣсяцъ. При такихъ условіяхъ обвиняемый будетъ имѣть больше гарантій правильности, чѣмъ въ настоящее время, и продолжительность ареста, составляющая главное его зло, будетъ сокращена.

Глава десятая.

Коррективы подслѣдственнаго заключенія.

Продолжительное и тяжкое предварительное заключеніе при настоящемъ строѣ уголовнаго процесса составляетъ еще необходимый камень въ общей системѣ. Можно надѣяться, что съ различными реформами примѣненіе его станетъ болѣе рѣдкимъ, но трудно предполагать, что до тѣхъ поръ, пока инквизиціонныя начала будутъ сильными, прекратится надобность въ наиболѣе строгой мѣрѣ обезпеченія неуклоненія личности отъ суда—подслѣдственномъ заключеніи. Поэтому усилія законодателя должны быть направлены, кромѣ изысканія различныхъ гарантій свободы, также и на созданіе такихъ институтовъ, которые могли бы загладить незаслуженное лишеніе свободы посредствомъ различныхъ коррективовъ, имѣющихъ цѣлью вознаградить гражданъ за понесенныя ими страданія.

По принципіальнымъ основаніямъ проводится рѣзкое различіе между лицами, признанными виновными, и лицами, освобожденными отъ суда или оправданными. Коренное различіе между двумя этими категоріями гражданъ заключается въ томъ, что въ первомъ случаѣ предположенія государства

объ основательности виновности *оправдались*, во второмъ—*нѣтъ*, и арестъ, назначенный въ предположеніи обвинительнаго приговора, такимъ образомъ явился явной несправедливостью Другое основное различіе состоитъ въ способѣ вознагражденія за понесенный подслѣдственный арестъ: по отношенію къ лицамъ осужденнымъ цѣлесообразнымъ представляется зачетъ подслѣдственнаго заключенія въ наказаніе, по отношенію къ лицамъ, освобожденнымъ отъ суда—вознагражденіе матеріальнаго или нравственнаго характера. Соотвѣтственно послѣднему основанію производится дѣленіе на два института: зачетъ подслѣдственнаго ареста въ наказаніе и вознагражденіе безъ вины понесшихъ подслѣдственное заключеніе. Первый институтъ, какъ относящійся къ лицамъ, уже осужденнымъ, какъ говорящій о наказаніи, обыкновенно въ законодательствахъ относится къ уголовному уложенію, второй институтъ, устанавливающій извѣстныя права гражданина въ уголовномъ процессѣ, относится скорѣе къ уставу уголовнаго судопроизводства.

1. Зачетъ подслѣдственнаго заключенія въ наказаніе [1]).

Мѣры обезпеченія, примѣняемыя большею частью по одному только подозрѣнію, постигая какъ праваго, такъ и виноватаго, всегда являются несправедливостью, вызываемой необходимостью надежной защиты государственныхъ интересовъ правосудія. Несправедливость эта проявляется какъ при дѣйствительной виновности обвиняемаго—въ видѣ излишняго придатка къ наказанію, обыкновенно весьма чувствительнаго,—такъ и при освобожденіи отъ суда—въ видѣ безъ вины понесеннаго ограниченія свободы. Если основанія несправедливости въ обоихъ случаяхъ одинаковы, то этого нельзя сказать про субъективную тяжесть этой несправедливости для потерпѣвшихъ. Субъективно для лица, совершенно невиновнаго въ

[1]) И. Щегловитовъ. Зачетъ подслѣд. ареста. Ж. М. Ю. 1902 кн. 5. Кузьминъ-Караваевъ. Мѣры пресѣченія. 1902, стр. 31 сл. Н. С. Таганцевъ. Русское уголовное право 1902 т., II, стр. 1377 сл. Bonneville L'amelioration de la loi criminelle. 1865, p. 482 a. Hetzel. Untersuchungshaft. 1899 S. 51 ff. Damme. Beiträge. IV Gerichtsaal. 1892. S. 306.

приписываемомъ ему преступномъ дѣяніи, подслѣдственное заключеніе ощущается съ чувствомъ большей несправедливости, чѣмъ для дѣйствительно виновнаго, сознающаго свою вину передъ государствомъ и готоваго принять за нее возмездіе. Вслѣдствіе потребности въ непосредственности наказанія, подслѣдственное заключеніе разсматривается часто самими виновными, какъ естественное подслѣдственное состояніе, и субъективная несправедливость его значительно слабѣе. Въ законодательствахъ, однако, мы видимъ постановленія о вознагражденіи, осуществляемыя въ обратномъ отношеніи. Въ то время, какъ зачетъ принятъ почти во всѣхъ государствахъ, вознагражденіе лицъ, безъ вины понесшихъ подслѣдственное заключеніе, принято только въ крайне немногихъ, являющихся счастливыми исключеніями. Такое странное обстоятельство объясняется предпочтеніемъ соображеній политическаго характера надъ соображеніями справедливости. Первыя здѣсь, какъ и во всѣхъ соціальныхъ реформахъ, играютъ первенствующую роль и побуждаютъ законодателя жертвовать справедливостью въ видахъ соціальной политики.

Основнымъ соображеніемъ установленія зачета являлось *сознаніе несправедливости* присоединять къ наказанію особый придатокъ въ видѣ предварительнаго заключенія. Пока принудительное лишеніе свободы, не сопровождающееся мѣрами особеннаго карательнаго режима, не являлось наказаніемъ, вопросъ о зачетѣ не могъ возникнуть. Наоборотъ, онъ сталъ особенно животрепещущимъ, когда предварительное заключеніе и наказаніе лишеніемъ свободы стали близко подходить другъ къ другу. Зачетъ сталъ тогда естественнымъ средствомъ устранить несправедливость. Сходство мѣры предупредительной и мѣры карательной однако не является полнымъ. Главнѣйшими различіями являются отсутствіе примѣненія исправительнаго режима и нѣкоторыя послабленія въ дисциплинѣ. Однако, эти различія не могутъ служить препятствіемъ для зачета. Не слѣдуетъ преувеличивать исправительнаго значенія режима; если что либо и оказываетъ дѣйствіе на преступника, такъ это одиночное заключеніе само по себѣ, а не вспомогательныя мѣры (кромѣ развѣ работы); въ предварительномъ

же заключеніи, поставленномъ согласно съ правильными основаніями, одиночное заключеніе также должно имѣть мѣсто. Психическая тяжесть подслѣдственнаго заключенія выше, нежели заключенія карательнаго. Что же касается послабленій въ дисциплинѣ, то выходомъ отсюда служитъ пропорціональность зачета. Время, проведенное подъ стражей, засчитывается не полностью, а въ извѣстной пропорціи въ наказаніе [1]).

Большую роль играютъ соображенія *карательной политики*. Въ уголовной наукѣ существуетъ тенденція по возможности избѣгать заключенія въ тюрьмѣ. Значительная продолжительность, не соотвѣтствуя цѣлямъ исправительнымъ, также является во многихъ отношеніяхъ и вредною [2]). Кара, какъ таковая, есть зло, и увеличенія этого зла слѣдуетъ избѣгать всяческими способами. Удобный случай ограниченія этого зла—кары, при сохраненіи вполнѣ ея характера возмездія, безъ ущерба при этомъ для цѣлей исправительныхъ, представляется въ видѣ зачета, и пренебрегать имъ далеко не слѣдуетъ. Съ другой стороны, сознана также вредность краткосрочныхъ заключеній въ тюрьмѣ. Этого стараются даже избѣгнуть особыми институтами — условнымъ осужденіемъ, условнымъ помилованіемъ. Вполнѣ пригоднымъ является и

---

[1]) Damme предлагаетъ, чтобы заключаемому подъ стражу былъ свободно предоставленъ выборъ, желаетъ ли онъ подчиниться режиму отбывающихъ наказаніе арестантовъ съ условіемъ, чтобы зачетъ этого времени въ наказаніе былъ ему произведенъ сполна. Нельзя согласиться съ этимъ предложеніемъ, такъ какъ признаніе своей вины далеко не всегда совпадаетъ съ признаніемъ ея обществомъ (случаи оправданій сознавшихся); судъ при такихъ условіяхъ являлся бы пустою формальностью. Едва ли цѣлесообразно поставить зачетъ въ зависимость отъ добровольнаго принятія работы во время подслѣдственнаго заключенія, какъ то предлагалось М. М. Боровитиновымъ и др. на конгрессѣ въ 1905 г. въ Будапештѣ. Стремясь къ достиженію сравнительно небольшой цѣли, мы рисковали бы успѣшнымъ выполненіемъ другихъ, болѣе существенныхъ цѣлей. Едва ли вѣроятно, что такое психологическое давленіе, какъ незачетъ, повліяло бы на праздныхъ рецидивистовъ, сравнительно мало обращающихъ вниманія на продолжительность наказанія, къ которому они приговорены; правило о незачетѣ кромѣ того стѣсняло бы судъ односторонними соображеніями тюремной политики при постановленіи имъ наказанія.

[2]) См. Wagner. Strafinseln. 1904.

здѣсь зачетъ, иногда избавляющій отъ краткосрочныхъ заключеній. Часто обвиняемый находится въ общей тюрьмѣ подъ стражей даже дольше того времени, къ которому онъ приговаривается судомъ. Полное освобожденіе его отъ наказанія посредствомъ зачета является здѣсь единственно справедливою и цѣлесообразною мѣрою. Это не можетъ породить сознанія безнаказанности, потому что подслѣдственное заключеніе слишкомъ тяжело, чтобы забывать о немъ, и затѣмъ по закону эта мѣра не можетъ быть назначаема за небольшіе проступки, обложенные небольшимъ наказаніемъ: поэтому нечего опасаться, что часты будутъ случаи полнаго освобожденія отъ наказанія [1]).

Большое значеніе имѣютъ также соображенія *обезпеченія правильности приговоровъ*. Неоднократно уже въ литературѣ замѣчалось ненормальное вліяніе продолжительнаго подслѣдственнаго заключенія на правильность приговоровъ. При отсутствіи зачета, присяжные, считая несправедливымъ облагать въ полной мѣрѣ карой, указанной въ законѣ, обвиняемаго, содержавшагося подъ стражей, часто признаютъ наличность смягчающихъ вину обстоятельствъ тамъ, гдѣ ихъ нѣтъ, даже въ явное противорѣчіе истинѣ, а иногда и совершенно оправдываютъ завѣдомо виновнаго обвиняемаго. Дѣйствительно, неужели вновь осудить человѣка къ тому же наказанію, которое онъ только что отбылъ и даже иногда въ увеличенномъ размѣрѣ? Такъ, проф. Фойницкій [2]) указываетъ, что „у насъ слѣдователи очень часто прибѣгаютъ къ лишенію свободы, какъ бы умышленно подготовляя на скамью подсудимыхъ людей, уже много испытавшихъ и заслуживающихъ полнаго сожалѣнія“. Е. Тарновскій [3]) указываетъ, что

---

[1]) Но нельзя признать правильными соображенія, могущія найти мѣсто при факультативности зачета, объ исправленіи санкціи закона произвольнымъ урѣзываніемъ продолжительности наказанія съ помощью зачета, вслѣдствіе признанія осужденнаго „заслуживающимъ“ уменьшеннаго или неуменьшеннаго наказанія. Здѣсь зачетъ можетъ явиться средствомъ обхода закона или опаснымъ орудіемъ для пристрастнаго судьи.

[2]) На досугѣ, т. II, 1900. Оправдательныя рѣшенія присяжныхъ, 1879 г., стр. 383.

[3]) Оправдательные приговоры за 1889—1893 г.

русскіе присяжные оправдываютъ на 20—30% больше, чѣмъ западные. Авторъ ставитъ въ связь количество оправдывающихъ приговоровъ съ продолжительностью слѣдствія. „Отношеніе числа слѣдствій, продолжавшихся болѣе 6 мѣсяцевъ, замѣтно больше въ судахъ, много оправдывающихъ (6,7%), чѣмъ въ судахъ, мало оправдывающихъ (4,7%)". Эта ненормальность объясняется тѣмъ, что для присяжныхъ, судящихъ по совѣсти, не остается иного выхода. Такой выходъ вполнѣ создается зачетомъ, который устраняетъ это, сильно вліявшее на правильность приговора, обстоятельство [1]).

Зачетъ подслѣдственнаго заключенія важенъ и какъ *коррективъ недостатковъ предварительнаго слѣдствія*. Если бы содержаніе подъ стражей дѣйствительно ограничивалось только предѣлами необходимости, если бы постановленіе о немъ выводилось бы изъ фактическихъ обстоятельствъ, а не однихъ только предположеній, если бы продолжительность его была ограничена небольшимъ срокомъ, то особой надобности въ институтѣ зачета не имѣлось бы, какъ то мы видимъ на примѣрѣ Англіи, гдѣ подобной проблемы и не возникало, такъ какъ въ ней не ощущается необходимости. Но когда само государство сознаетъ недостатки своей системы мѣръ обезпеченія, видитъ безобразную продолжительность подслѣдственнаго заключенія безъ всякой вины въ томъ заключеннаго, единственно по недостаткамъ слѣдственной машины, то право требованія вознагражденія за эти безвинныя страданія должно быть признано имъ и за лицами, признаваемыми виновными. Чувство справедливости и гуманности побуждаетъ въ этихъ случаяхъ дать соотвѣтственное удовлетвореніе потерпѣвшему. Справедливость суда не можетъ покоиться на насиліи, примѣняемомъ на предварительномъ слѣдствіи.

Кромѣ указанныхъ основаній, имѣются и второстепенныя: меньшая экономическая обременительность, вслѣдствіе уменьшенія числа арестантовъ, отбывающихъ наказаніе, и сокра-

---

[1]) См. также Н. В. Муравьевъ. Изъ прошлой дѣятельности, т. I стр. 227. И. Г. Щегловитовъ, Новое уголовное уложеніе. Ж. М. Ю. 1903, № 5, стр. 64—65.

щенія продолжительности наказанія, большее огражденіе отъ произвола судебныхъ слѣдователей, которые уже не сумѣютъ прибавочными карами увеличивать тяжесть правосудія и др.

Отъ соображеній, говорящихъ за зачетъ, перейдемъ къ тѣмъ, которыя приводятся противниками его, въ настоящее время, правда, немногочисленными. Откидывая чисто-теоретическіе доводы, не имѣющіе отношенія къ вопросу объ оцѣнкѣ, мы можемъ найти слѣдующія возраженія: 1) наличность зачета можетъ служить основаніемъ для опытныхъ преступниковъ къ затягиванію слѣдствія, невыгодному во всѣхъ отношеніяхъ. Пріятное отдохновеніе безъ какой бы то ни было работы является имъ болѣе по вкусу, чѣмъ сопряженное съ тяжкимъ трудомъ карательное заключеніе. Сила этого возраженія ослабляется пропорціональностью зачета и затѣмъ преувеличеніемъ дѣйствительной возможности для обвиняемаго, находящагося подъ стражей, вліять на продолжительность слѣдствій. Слѣдователь всегда можетъ оставлять его ходатайства о дослѣдованіи безъ послѣдствій, если найдетъ ихъ неосновательными. Лишить же этого блага всѣхъ изъ-за такой возможности злоупотребленій несправедливо. 2) Зачетомъ ослабляется карательный характеръ наказанія. Однако это не является недостаткомъ, какъ мы видѣли. 3) Зачетъ иногда является несправедливымъ. Заключеніе подъ стражу, напр., было назначено послѣ поимки во время побѣга, оно составляетъ заслуженное наказаніе за процессуальную вину. Это возраженіе, при отрицаніи вообще цѣлесообразности установленія наказаній за процессуальныя нарушенія, теряетъ свою силу. Справедливость же примѣненія зачета зависитъ отъ условій его назначенія, а не касается самого принципа. Какъ видно, возраженія эти не имѣютъ рѣшающаго значенія и совершенно тонутъ въ доводахъ, указывающихъ на необходимость этого института.

Вопросъ о полезности этого института не возбуждаетъ серьезныхъ разногласій. Значительно больше ихъ въ вопросѣ о наиболѣе цѣлесообразной постановкѣ его, объ условіяхъ его примѣненія. Вслѣдствіе того, что различныя теоріи нашли свое воплощеніе въ различныхъ законодательныхъ кодексахъ,

намъ удобнѣе будетъ разобрать ихъ параллельно съ разсмотрѣніемъ европейскаго законодательства по этому вопросу.

Постановленія современныхъ государствъ распадаются на двѣ системы. Одна ставитъ въ зависимость отъ усмотрѣнія суда производство зачета, другая возводитъ зачетъ на степень обязательнаго для суда принципа. Большинство законодательствъ (итальянское, бельгійское, испанское, японское и женевское) придерживаются второй системы.

Наиболѣе слабый видъ зачета—это принятіе во вниманіе продолжительнаго заключенія подъ стражей, *какъ смягчающаго наказаніе обстоятельства*. Въ такомъ видѣ зачетъ существовалъ еще въ римскомъ правѣ. [1]) Въ австрійскомъ кодексѣ 1852 года (ст. 47) продолжительное содержаніе подъ стражей безъ особой вины обвиняемаго служило смягчающимъ обстоятельствомъ. И въ дѣйствующемъ австрійскомъ уложеніи (ст. 46) предписывается судьѣ лишь принимать во вниманіе понесенное осужденнымъ подслѣдственное заключеніе, какъ смягчающее обстоятельство, когда осужденный „находился подъ стражей болѣе долгое время, вслѣдствіе затянувшагося безъ его вины слѣдствія“. Въ Англіи, хотя въ законодательствѣ не имѣется особаго о томъ постановленія, на практикѣ обыкновенно проведенное до суда подъ стражею время разсматривается, какъ смягчающее вину обстоятельство. Дѣйствующимъ нашимъ законодательствомъ принята такая же система (ст. 153 улож. о нак.).

Слѣдующею степенью является зачетъ подслѣдственнаго заключенія подъ стражею только въ случаяхъ его продолжитель-

---

[1]) l. 25 Dig. De poenis. 48. 19. „Si diuturno tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena ejus sublevanda erit, sic enim constitutum est non eo modo puniendos eos, qui longo tempore in reatu agant, quam eos, qui in recenti sententiam recipiunt“. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ наказаніе даже совершенно отмѣнялось вслѣдствіе продолжительнаго подслѣдственнаго заключенія. C. 23. Cod. de poenis. Omnes, quod damnationis conditio diversis exiliis destinatos metas temporis prestituti in carceris implesse custodia deprehenderit, solutos poena vinculisque laxatos custodia liberari precipimus, nec formidare miserias ullas exilii. Sit satis immensorum crutiatuum semel luisse supplicia, ne hi, qui diu privati sunt aurae communis hastu et lucis aspectu intra breve spatium catenarum ponderibus pregravati etiam exilii poenam sustinere iterum compellantur“.

ности. Такъ, венгерское уложеніе (ст. 94) и уложеніе кантона Гларуса допускаютъ зачетъ только при продолжительномъ лишеніи свободы, происшедшемъ не по винѣ подсудимаго. Здѣсь уже время заключенія является не „смягчающимъ наказаніе обстоятельствомъ", а влечетъ за собою обязанность для суда уменьшить наказаніе на соотвѣтствующій срокъ.

Вполнѣ допускаютъ зачетъ, но ставятъ его въ зависимость отъ усмотрѣнія суда, законодательства германское, голландское и французское. Ст. 60 герм. уложенія гласитъ: „понесенный слѣдственный арестъ можетъ быть засчитанъ при назначеніи наказанія полностью или отчасти". Голландское уложеніе, повторяя это постановленіе (ст. 27), прибавляетъ еще, что зачетъ возможенъ и тогда, когда арестъ былъ назначенъ не за то преступное дѣяніе, за которое осужденный былъ приговоренъ по совокупности. Во Франціи зачетъ введенъ закономъ 15 ноября 1892 года, до котораго были попытки и болѣе широкой постановки зачета, не имѣвшія однако успѣха. Ст. 24 франц. угол. улож. въ новой редакціи гласитъ, что „въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣлъ мѣсто предварительный арестъ, онъ сполна засчитывается въ срокъ наказанія, опредѣляемаго судебнымъ приговоромъ, если только судья не постановитъ въ особомъ, мотивированномъ опредѣленіи о томъ, что такой зачетъ не долженъ имѣть мѣста". На практикѣ зачетъ происходитъ часто. Такъ, въ 1898 году постановленій о незачетѣ было всего 1209. Французскіе комментаторы обыкновенно указываютъ на необходимость увеличивать засчитываемое въ наказаніе время на одну четверть, потому что во Франціи подслѣдственное заключеніе одиночно [1]).

Наиболѣе широкая постановка зачета—это признаніе *его правомъ осужденнаго, соблюденіе котораго обязательно для суда.* Такъ, ст. 340 женевскаго уложенія 1891 года опре-

[1]) Переходную форму представляли также постановленія тосканскаго уг. улож., по которому извѣстная часть времени, проведеннаго подъ стражей, признается *заслуженной* и неподлежащей зачету. Такъ, по дѣламъ о преступныхъ дѣяніяхъ, влекущихъ исправительныя наказанія, она была равна 1 мѣс., влекущимъ же уголовныя—3 мѣсяцамъ. Эту систему одобряетъ Каррара (Opuscoli IV) см. *Вульбертъ*, Угол. антроп. школа, II, стр. 38.

дѣляетъ, что во всѣхъ случаяхъ, когда представляется возможность, время пребыванія подъ стражей исключается изъ наказанія [1]). Ст. 30 бельгійскаго уложенія предписываетъ включать въ срокъ назначеннаго наказанія лишеніемъ свободы и время, проведенное подъ стражей до суда. Въ итальянскомъ уложеніи время, проведенное до суда подъ стражей, засчитывается широко. Зачетъ происходитъ въ пропорціи 1 дня наказанія лишеніемъ свободы къ тремъ днямъ предварительнаго задержанія. Въ случаѣ присужденія къ денежному взысканію, десять франковъ засчитываются за день предварительнаго заключенія. Еще сильнѣе установлена пропорціональность зачета въ японскомъ уголовномъ уложеніи 1899 года [2]). Зачетъ обязателенъ для суда, при чемъ 6 дней подслѣдственнаго ареста равняются 1 дню заключенія въ рабочемъ домѣ, 3 дня подслѣдственнаго ареста равны одному дню тюрьмы, и 2 дня подслѣдственнаго ареста равны 1 іенѣ штрафа. Болѣе подробнымъ, чѣмъ остальные, является недавно изданный въ Испаніи (17 янв. 1901 года) законъ о зачетѣ [3]). Основанія этого закона сводятся къ слѣдующему. Осужденнымъ къ наказаніямъ исправительнымъ, находившимся подъ арестомъ, должно засчитывать въ срокъ наказанія все время заключенія до суда; осужденнымъ же къ тяжкимъ наказаніямъ должно засчитывать лишь половину времени предварительнаго заключенія, считая всякую дробь въ пользу осужденнаго. При этомъ все время, проведенное въ подслѣдственномъ арестѣ свыше года, зачисляется сполна (ст. 1). Рецидивистамъ, лицамъ, которыя были уже присуждены къ наказанію, равному или высшему, чѣмъ то, которое снова назначено имъ, если при этомъ первое или второе изъ этихъ наказаній не было назначено вслѣдствіе ихъ безразсудности, неосторожности, небрежности, подслѣдственное заключеніе засчитывается всегда, каковъ бы ни былъ характеръ

---

[1]) Невшательское улож. 1891 г., допуская по общему правилу усмотрѣніе судьи (ст. 20), дѣлаетъ зачетъ однако обязательнымъ для суда при полномъ сознаніи обвиняемаго съ перваго допроса.

[2]) Vorwurf des Japanischen Strafgesetzbuches (Guttentag. Bulletin de U. I. de D. P. t. VIII) недавно ставшій дѣйствующимъ законодательствомъ, ст. 29.

[3]) См. Rev. Penit. 1901, № 2, p. 410.

назначеннаго наказанія, лишь на половину (ст. 3). Когда во время формулировки обвиненія или послѣ нея будетъ установлено, что арестованный содержится подъ стражей время, равное или превышающее продолжительность наказанія, могущаго быть назначеннымъ противъ него въ высшемъ размѣрѣ, то судъ долженъ послѣ особаго обсужденія отпустить его на свободу, если обвиняемый не задержанъ по другому дѣлу и если отъ этого не будетъ ущерба для уголовнаго преслѣдованія. Если въ назначенный для разбора дѣла день подсудимый не явится и не представитъ законныхъ мотивовъ неявки, онъ лишается выгоды этого закона (ст. 5). Осужденнымъ къ вѣчному заключенію также засчитывается время, проведенное подъ стражею до суда, въ половинномъ размѣрѣ съ послѣдствіями, указанными въ ст. 29 исп. угол. улож. (ст. 6). Какъ видно, испанскій законъ вмѣстѣ съ ограниченіемъ усмотрѣнія суда внесъ нѣкоторыя ограниченія обязательности полнаго зачета. Зачетъ въ половинномъ размѣрѣ сдерживаетъ лицъ, относительно которыхъ можетъ существовать опасеніе въ желаніи затянуть исполненіе приговора (таковы рецидивисты, осужденные къ тяжкимъ наказаніямъ). Онъ вноситъ пропорціональность въ область зачета и не исключаетъ отъ этого блага ни одного осужденнаго, кромѣ тѣхъ, которые, будучи отпущенными, бѣжали отъ суда. Льгота предоставленія зачета можетъ служить добавочнымъ мотивомъ къ удержанію ихъ отъ побѣга.

Въ Россіи въ прежнее время зачетъ былъ поставленъ шире, чѣмъ теперь. Въ Сводѣ законовъ изд. 1842 г. т. XV ст. 142 гласила: „Долговременное нахожденіе подъ судомъ и содержаніе подъ стражею, по усмотрѣнію суда, вмѣняются въ наказаніе и пріемлются къ облегченію положеннаго закономъ наказанія или къ замѣнѣ онаго вполнѣ“. Здѣсь зачетъ предоставлялся усмотрѣнію суда, и лишь требовалось долговременное содержаніе. Въ уложеніи 1845 г. ст. 157 предоставляла суду право смягчать наказаніе не только въ степени, но и въ родѣ, когда виновный въ такомъ преступленіи

или проступкѣ, за которые законъ не подвергаетъ лишенію всѣхъ правъ состоянія, весьма долго находился подъ судомъ и подъ стражею. Уложеніе 1884 г. упоминаніе о родѣ наказанія выбросило. Въ этихъ случаяхъ суду дозволяется ходатайствовать въ порядкѣ, указанномъ ст. 775 уст. уг. суд., т. е. передъ Императорскимъ Величествомъ черезъ министра юстиціи, если смягченіе наказанія выходитъ изъ предѣловъ, предоставленныхъ судебной власти (ст. 135). Такимъ образомъ по дѣйствующему праву зачетъ у насъ разсматривается какъ милость, требующая, если она выходитъ изъ извѣстныхъ скромныхъ размѣровъ, воли верховной власти. Вредныя послѣдствія такого ограниченнаго примѣненія зачета вполнѣ обнаружились на практикѣ въ видѣ ряда ненормальностей, и потому уголовное уложеніе 1903 года создало слѣдующее постановленіе, представляющее почти точный сколокъ съ германскаго (ст. 54 угол. улож.): „Предварительное заключеніе можетъ быть засчитано въ наказаніе вполнѣ или частью судомъ, постановляющимъ по дѣлу приговоръ, если виновный приговаривается къ заключенію въ исправительномъ домѣ, крѣпости, тюрьмѣ или аресту". Никакого зачета, слѣдовательно, не установлено при каторгѣ, ссылкѣ на поселеніе и денежной пенѣ. Чѣмъ вызвано это ограниченіе? Несоотвѣтствіемъ тяжести наказанія и предварительнаго заключенія? Этого можно было бы избѣгнуть установленіемъ пропорціональности. Вѣроятнѣе всего, что составители проекта имѣли въ виду взглядъ нашего устава угол. суд., по которому подслѣдственное заключеніе является какъ-бы нормальной мѣрой обезпеченія при уголовныхъ наказаніяхъ, каковыми являются каторга и ссылка на поселеніе, и считали излишнимъ вводить здѣсь коррективъ. Но такой взглядъ совершенно несогласенъ съ правовою постановкою подслѣдственнаго задержанія и не можетъ служить оправданіемъ для ограниченія. Слѣдуетъ указать, что уложеніе сдѣлало здѣсь шагъ назадъ. По уложенію о наказаніяхъ 1884 г. продолжительное заключеніе служило смягчающимъ обстоятельствомъ для всѣхъ наказаній. Новое уложеніе, выкинувъ соотвѣтственное постановленіе о смягченіи, оставило пробѣлъ для наиболѣе тяжкихъ наказа-

ній. Обвиняемому, пробывшему иногда нѣсколько лѣтъ (въ такихъ дѣлахъ заключеніе продолжительно) подъ стражею, не дѣлается на судѣ никакого смягченія. Справедливо-ли это? Почему лишать благодѣянія тѣхъ, которые больше всего въ немъ нуждаются? Разъ законъ допускаетъ зачетъ сполна или частью, то почему не включить и случаи присужденія къ каторгѣ и поселенію? Ст. 54 угол. улож. заимствована изъ германскаго уложенія, которое не знаетъ наказаній каторгою и ссылкою (см. ст. 1 герм. угол. ул.), но это, конечно, не причина для изъятія этихъ видовъ наказаній у насъ. Намъ совершенно непонятно такое исключительно несправедливое отношеніе къ отдѣльнымъ категоріямъ осужденныхъ [1]), и мы думаемъ, что ненормальности, которыхъ составители уложенія хотѣли избѣгнуть, станутъ повторяться еще въ большей мѣрѣ по отношенію къ такимъ осужденнымъ, если практика не найдетъ обхода закона въ видѣ изобрѣтенія особыхъ смягчающихъ обстоятельствъ. Правда, широкіе предѣлы санкціи позволятъ принимать во вниманіе проведенное заключеніе, но будетъ ли это достаточнымъ, напр., для присяжныхъ, всегда справедливо боящихся за судьбу человѣка, права котораго не ограждены закономъ, а предоставлены на усмотрѣніе короннаго суда?

Постановка зачета по уложенію 1903 года не удовле-

---

[1]) Въ объяснит. запискѣ къ угол. улож. т. I стр. 511, 1897, находимъ только слѣдующія соображенія: „При наказаніяхъ болѣе тяжкихъ подобный зачетъ едва-ли представляется правильнымъ, съ одной стороны, потому, что принятіе по дѣламъ этого рода такой мѣры, какъ предварительный арестъ, *вполнѣ оправдывается свойствомъ самого преступленія*, а съ другой, въ виду безсрочности сопровождающаго эти наказанія поселенія". Однако *вполнѣ возможно сокращеніе срока каторги* и *сокращеніе срока необходимаго поселенія* (*ст. 23 п. 1*), *назначеннаго въ десять лѣтъ*. Оба основанія несостоятельны также по отношенію къ денежной пенѣ. Такъ какъ при проступкахъ арестъ не допускается, то здѣсь можетъ идти рѣчь или объ отвѣтственности за противозаконный арестъ, или о вознагражденіи невинно понесшаго арестъ. Впрочемъ цѣлесообразно установить и пропорціональность зачета ареста въ денежную пеню, такъ какъ отвѣтственность у насъ затруднена, а вознагражденіе невинно понесшимъ арестъ еще не нашло примѣненія. Редакціонная коммисія признала здѣсь допустимымъ уменьшеніе размѣра пени, считая подслѣдственный арестъ обстоятельствомъ, уменьшающимъ отвѣтственность.

творяетъ русскихъ процессуалистовъ. И. Г. Щегловитовъ, указывая на недовѣріе присяжныхъ засѣдателей къ суду, предлагаетъ предоставить имъ право вліянія на зачетъ. В. Д. Кузьминъ-Караваевъ, не соглашаясь принципіально съ законодательной постановкой, говоритъ (стр. 38): „Каждый гражданинъ долженъ обладать правомъ пользоваться свободой, пока не вступилъ въ законную силу приговоръ о немъ компетентнаго судьи. Если же вслѣдствіе фактической необходимости, а не по юридическимъ основаніямъ, онъ былъ этого права лишенъ, то ему должно принадлежать право на зачетъ предварительнаго ареста въ наказаніе".

Дѣйствительно, слѣдуетъ признать постановку, принятую русскимъ уголовнымъ уложеніемъ, крайне недостаточною для тѣхъ цѣлей, которыя преслѣдуются зачетомъ. Законъ совершенно не опредѣляетъ, какими соображеніями долженъ руководиться судъ. Долженъ ли онъ въ зачетѣ видѣть общее правовое правило, какъ то предписываетъ французскій кодексъ, или только милость, великодушно оказываемую лицу, истомившемуся долгое время подъ стражей? Какія условія по существу являются уважительными для незачета? Чѣмъ долженъ руководствоваться судъ, назначая зачетъ сполна или частью? Принимается ли при этомъ во вниманіе только виновность осужденнаго въ продолжительности ареста, или принимаются во вниманіе различныя смягчающія обстоятельства, не относящіяся къ этой виновности, какъ, напр., состояніе здоровья, семейное положеніе и пр.? Что дѣлать, когда подслѣдственное заключеніе продолжительнѣе назначеннаго наказанія? Словомъ—полное отсутствіе всякихъ руководящихъ указаній, дающее просторъ совершенному произволу суда. Можно предположить, что при такой неопредѣленности ст. 54 сдѣлается средствомъ для увеличенія или уменьшенія кары по соображеніямъ, можетъ быть, совершенно чуждымъ тѣмъ, которыя имѣются при зачетѣ. Относительно ст. 54 угол. улож. невозможно даже какое-либо постоянство практики, потому что судъ можетъ поступать, какъ онъ захочетъ. Въ этомъ случаѣ ему предоставлена безконтрольная власть. Такая постановка не обезпечитъ справедливости для потерпѣвшихъ, потому что

высшимъ законодателемъ будетъ судъ. Предоставленіе суду такого широкаго права назначенія вознагражденія за примѣненныя мѣры процессуальнаго принужденія несогласно съ существомъ этихъ мѣръ. Здѣсь требуется строгое опредѣленіе вознагражденія, а не неопредѣленная власть, пригодная для назначенія наказанія, преслѣдующаго исправительныя цѣли. Такая постановка не обезпечиваетъ и правильности приговоровъ. Присяжные, оставаясь въ неизвѣстности относительно того, какъ взглянетъ на необходимость зачета коронный судъ, руководящійся здѣсь своими соображеніями, поторопятся произвести зачетъ въ томъ неправильномъ видѣ, въ какомъ онъ производится и въ настоящее время. Такая постановка явится также слабымъ коррективомъ противъ недостатковъ предварительнаго слѣдствія, потому что судъ будетъ своимъ собственнымъ судьей. Единственно чему удовлетворяетъ такая постановка, это—соображеніямъ карательной политики, но и здѣсь можно опасаться, что къ мотивамъ, относящимся только къ зачету, будутъ примѣшиваться и другіе, прямого отношенія къ нему не имѣющіе.

Интересныя данныя о примѣненіи системы зачета въ Германіи, гдѣ постановка тождественна съ принятой нашимъ угол. улож., даетъ проф. Миттермайеръ (Rev. Pen. 1901, p. 280). „Хотя“—говоритъ онъ—„еще не установилась всеобщая практика, но можно сказать, что предварительное задержаніе часто вмѣняется въ наказаніе, въ особенности, когда преступленіе является не слишкомъ тяжкимъ, или если обвиняемый своимъ поведеніемъ не сдѣлалъ заключенія необходимымъ. Только судъ не склоненъ засчитывать наказаніе такимъ образомъ, чтобы оно вполнѣ поглощалось предварительнымъ задержаніемъ, потому что осужденный, не подвергнутый заключенію послѣ приговора, говоритъ очень охотно: «Ну, меня совсѣмъ не осудили»[1]).“ Практика, слѣдовательно, руководится далеко

[1]) Иную оцѣнку даетъ Landrichter Katslaff въ Deutsche Juristenzeitung 1904 г. № 1 S. 62. „§ 60 уг. ул.“—говоритъ онъ—„даетъ судьѣ полномочіе засчитывать полностью или отчасти подслѣдственное заключеніе въ наказаніе. Суды пользуются этимъ полномочіемъ *поразительно рѣдко*. Какъ будто бы существуетъ взглядъ, или самъ судья боится, чтобы не сдѣлать посредствомъ зачета наказаніе

ие соображеніями справедливости, но главнымъ образомъ соображеніями карательной политики.

Справедливѣе и цѣлесообразнѣе поэтому установленіе обязательнаго для суда зачета съ означеніемъ тѣхъ случаевъ, когда зачетъ происходитъ въ пропорціональномъ размѣрѣ и когда этого блага лишаются отдѣльные обвиняемые. Опасеніе того, что при значительной продолжительности предварительнаго заключенія у насъ часты были бы случаи полнаго поглощенія наказанія предварительнымъ задержаніемъ, можетъ быть значительно ослаблено установленіемъ правила, подобнаго имѣющемуся въ испанскомъ законѣ, именно: если подслѣдственное заключеніе продолжалось уже въ теченіе времени, равнаго половинѣ максимума положеннаго за это преступное дѣяніе наказанія лишеніемъ свободы (или можно сказать: продолжалось въ теченіе срока, указаннаго въ минимумѣ положеннаго въ законѣ наказанія), то судъ долженъ освободить заключеннаго, если онъ не содержится подъ стражей за другое преступное дѣяніе. Въ случаѣ побѣга подсудимый лишается права на зачетъ. Такое постановленіе, сокращая продолжительность подслѣдственнаго заключенія, являлось бы вмѣстѣ съ тѣмъ и гарантіей того, что подсудимый, въ случаѣ признанія его виновнымъ, будетъ отбывать еще въ теченіе нѣкотораго времени наказаніе, и служило-бы надежнымъ средствомъ отъ уклоненія. Такимъ образомъ намъ наиболѣе цѣлесообразной кажется испанская система съ нѣкоторыми измѣненіями. Эта система, удовлетворяя всѣмъ цѣлямъ зачета, вноситъ вмѣстѣ съ тѣмъ и больше справедливости [1]). Указаніе на максимумъ

недостаточнымъ". Непродолжительная практика примѣненія ст. 54 по закону 7 іюня 1904 г. въ государственныхъ преступленіяхъ показываетъ, что требованія удобства и карательной политики почти постоянно перевѣшиваютъ требованія справедливости. Зачетъ полностью происходитъ рѣдко.

[1]) Если же приходится сохранить принятую уложеніемъ 1903 г. систему, то желательно уставъ уг. суд. дополнить слѣдующимъ правиломъ: „Судъ, по постановленіи обвинительнаго приговора, обсуждаетъ вопросъ о зачетѣ въ наказаніе времени, проведеннаго подъ стражей до суда, если обвиняемый былъ подвергнутъ подслѣдственному задержанію, а затѣмъ въ *мотивированномъ* постановленіи опредѣляетъ основанія такого зачета". Это правило вносится и въ германское уложеніе комиссіей пересмотра.

или минимумъ вводится вслѣдствіе широкаго допущенія относительно-неопредѣленной санкціи въ уложеніи 1903 г.

Отъ зачета подслѣдственнаго заключенія, проведеннаго до суда, слѣдуетъ отличать зачетъ времени заключенія, проведеннаго послѣ постановленія приговора и до приведенія его въ исполненіе. Политическія основанія, по которымъ въ такихъ случаяхъ производится зачетъ, отличны отъ изложенныхъ выше. Почти во всѣхъ странахъ существуютъ ограниченія относительно освобожденія на время до исполненія приговора лицъ, присужденныхъ къ наказаніямъ лишеніемъ свободы. Заключенный является уже преступникомъ, къ которому государство можетъ примѣнить наказаніе. Все время, которое проходитъ отъ назначенія наказанія до его исполненія, протекло по винѣ власти, приготовляющей наказаніе, а не по винѣ заключеннаго. Поэтому справедливость требуетъ, чтобы это время засчитывалось сполна въ наказаніе. Однако возможенъ случай, когда промедленіе въ исполненіи происходитъ по винѣ осужденнаго—это случай обжалованія приговора. При системѣ нѣсколькихъ инстанцій, принятой на континентѣ, обжалованіе—сильное средство затягивать исполненіе приговора, находящееся въ рукахъ осужденныхъ. Какъ одна изъ мѣръ для борьбы съ нимъ, былъ признанъ зачетъ. Именно, въ случаѣ необжалованія приговора, время, проведенное подъ стражей послѣ суда до исполненія приговора, засчитывается сполна, въ случаѣ же обжалованія такого зачета не происходитъ. Такъ, еще закономъ 28 апр. 1832 г. во Франціи былъ установленъ зачетъ въ наказаніе, при присужденіи къ тюрьмѣ, времени заключенія подъ стражей, протекшаго со дня необжалованнаго судебнаго приговора, а также времени, протекшаго до исполненія, хотя и была подана апелляціонная или кассаціонная жалоба, но по этой жалобѣ наказаніе было уменьшено. Ст. 505 венгерскаго уложенія и 482 ст. германскаго ул. предписываютъ также зачетъ времени послѣ приговора полностью въ случаѣ необжалованія приговора, въ случаѣ же оставленной безъ послѣдствій жалобы—со времени рѣшенія высшей

инстанціи. Германской коммисіей пересмотра проектированы слѣдующія дополненія (Protokolle der Kommission 1905. I, 360 ff, II, 266): „1) Судъ во всѣхъ случаяхъ зачета или незачета подслѣдственнаго заключенія долженъ составить опредѣленіе и мотивировать въ приговорѣ свое рѣшеніе. 2) Подслѣдственный арестъ засчитывается полностью въ наказаніе лишеніемъ свободы, послѣ того времени какъ обвиняемый извѣщенъ о приговорѣ первой инстанціи.—Если обвиняемый своевременно принесъ жалобу противъ приговора, то подслѣдственное заключеніе, независимо отъ предписанія ст. 60 уг. ул., не засчитывается до того момента, до котораго жалоба пріостанавливала исполненіе даже и въ томъ случаѣ, если она была взята обратно до истеченія срока подачи.—Если обвиняемый, осужденный по совокупности преступленій, обжалуетъ приговоръ относительно части установленныхъ преступныхъ дѣяній и посредствомъ его жалобы какое либо отдѣльное наказаніе будетъ отмѣнено, то подслѣдственное заключеніе, вслѣдствіе могущей возникнуть невозможности примѣненія 360 уг. ул., будетъ засчитываться согласно п. 1, однако только до предѣловъ отдѣльныхъ необжалованныхъ наказаній". Нельзя признать проектированныя измѣненія достаточно справедливыми съ точки зрѣнія указанныхъ нами выше началъ. Австрійскій уставъ (ст. 400) допускаетъ зачетъ и тогда, когда приговоръ былъ обжалованъ самимъ подсудимымъ и его просьба была уважена. Зачетъ по всѣмъ уставамъ происходитъ день за день.

Въ уставѣ угол. суд. ст. 968 было постановлено для окружныхъ судовъ правило, что время, проведенное, по вступленіи приговора въ законную силу, въ тюремномъ заключеніи лицами, присужденными къ содержанію въ арестантскихъ ротахъ, въ крѣпости, въ рабочемъ или смирительномъ домѣ, зачисляется въ опредѣленный приговоромъ срокъ содержанія. Потребность въ соотвѣтственномъ постановленіи для мировой юстиціи вызвала законъ 8 дек. 1886 г., указавшій (ст. 191), что время, проведенное обвиняемымъ подъ стражею послѣ провозглашенія приговора, засчитывается въ срокъ заключенія въ тюрьмѣ, если приговоръ не былъ обжалованъ

подсудимымъ. Соотвѣтственно съ измѣненіемъ ст. 191, была измѣнена въ слѣдующемъ году закономъ 10 ноября 1887 г. ст. 968. Зачетъ былъ распространенъ на приговоры къ каторжнымъ работамъ и къ аресту, при чемъ было добавлено: „Если приговоръ не былъ обжалованъ подсудимымъ, то ему засчитывается въ срокъ заключенія и время, проведенное подъ стражей послѣ провозглашенія приговора. Лицамъ, не состоящимъ подъ предварительнымъ арестомъ, срокъ заключенія считается со дня задержанія ихъ для исполненія приговора, а бѣжавшимъ изъ подъ стражи до отбытія опредѣленнаго имъ судомъ наказанія, срокъ заключенія исчисляется со дня новаго задержанія ихъ для исполненія приговора". Кромѣ того Сенатъ разъяснилъ, что время, проведенное въ пути къ мѣсту наказанія, зачисляется также въ наказаніе (проектъ 1900 г. ст. 963 сдѣлалъ изъ этого самостоятельное постановленіе).

Эти постановленія вслѣдствіе своей неполноты оставили широкій просторъ для разногласій, которыхъ не сумѣли примирить ни кассаціонная практика, ни постановленія проекта новой редакціи.

Если самъ обвиняемый не подалъ жалобы, то зачетъ долженъ имѣть мѣсто. Но если такую жалобу подала противная сторона (прокуратура, гражданскій истецъ)? Проф. Таганцевъ [1]) высказываетъ мнѣніе, что это постановленіе сохраняетъ свою силу, лишь когда жалоба противной стороны оставлена безъ послѣдствій. Въ случаѣ признанія жалобы заслуживающей уваженія въ апелляціонной инстанціи, будетъ приводиться въ исполненіе уже второй приговоръ, а потому исчислять срокъ наказанія со времени постановленія перваго не представляется основаній. При кассаціонной же отмѣнѣ первоначальнаго приговора, когда дѣло переносится въ иной судъ, который можетъ иначе опредѣлить признаки преступнаго дѣянія и назначить иное наказаніе, основаній къ сохраненію ст. 968 еще меньше. Авторъ допускаетъ впрочемъ ограниченіе, если отмѣна послѣдовала въ части, не относящейся къ наказанію, напр., отно-

[1]) Русское уголовное право 1902 г. стр. 1378—79.

сительно гражданскаго иска. Однако Сенатъ, основываясь на представленіи министра юстиціи Государственному Совѣту по поводу ст. 968, одобренному послѣднимъ [1]), признаетъ зачетъ во всѣхъ случаяхъ, каковы бы ни были результаты обжалованія. Дѣйствительно, нельзя не признать справедливости такого зачета, потому что здѣсь нѣтъ никакой вины обвиняемаго, а лишь ошибка или неправильность суда, постановившаго приговоръ, подлежащій отмѣнѣ. Такого же мнѣнія придерживается и И. Г. Щегловитовъ въ своей статьѣ. Въ 1901 г. (1 мая) Сенатъ разъяснилъ, что ст. 968 распространяется и на задержаніе исполненія приговора со стороны прокуратуры въ Кавказскомъ краѣ и Сибири.

Если самъ подсудимый обжалуетъ приговоръ, то ст. 968 къ нему не примѣнима. Въ случаѣ оставленія жалобы безъ послѣдствій, срокъ заключенія засчитывается въ наказаніе со времени отказа въ жалобѣ (82/31). Если же жалоба признается уважительной и происходитъ вторичный разборъ дѣла, то при назначеніи наказанія время, проведенное подъ стражей, принимается въ соображеніе, какъ смягчающее обстоятельство, а по новому уголовному уложенію оно можетъ быть засчитано наравнѣ съ подслѣдственнымъ заключеніемъ въ вновь назначенное наказаніе.

Такое ограниченіе, имѣющее цѣлью затруднить подачу жалобъ, является несправедливымъ. Обвиняемому для пользо-

---

[1]) Вотъ отрывокъ изъ этого представленія: „Правило о зачисленіи въ наказаніе времени, проведеннаго обвиняемымъ подъ стражею послѣ объявленія приговора, который онъ не обжаловалъ, не представлялось бы препятствій распространить и на тѣ случаи, когда обвинитель принесъ жалобу, но таковая оставлена безъ послѣдствій, и, наконецъ, допустить это правило даже и тогда, когда жалоба обвинителя уважена и мировой съѣздъ нѣсколько увеличилъ назначенное судьею наказаніе или Правительствующій Сенатъ передалъ дѣло на новое разсмотрѣніе въ другой мировой съѣздъ, такъ какъ и при сихъ послѣднихъ условіяхъ присоединеніе къ отбываемому обвиняемымъ по судебному приговору наказанію значительнаго времени содержанія его подъ предварительнымъ арестомъ послѣ объявленія первоначальнаго приговора, коимъ онъ остался доволенъ, представляется также вполнѣ произвольнымъ увеличеніемъ наказанія, не находящимся ни въ какомъ отношеніи съ виною самого подсудимаго (Представл. № 2363? Отч. по Гос. Сов. 1886 г. стр. 578). Съ распространеніемъ ст. 191 на общія установленія, эти мотивы дѣйствительны и для нихъ.

ванія его законнымъ правомъ ставятся преграды. Даже если его жалоба будетъ признана правильной, ему не вернутъ посредствомъ зачета тѣхъ многихъ дней, которые онъ по винѣ суда провелъ подъ стражей. Нельзя думать, что обжалованіе преслѣдуетъ только одну цѣль—затягивать дѣло, оно прежде всего стремится установить правильность въ правосудіи. Преграждая къ нему доступъ, заставляютъ мириться съ неправосудіемъ. Нельзя ставить зачетъ въ зависимость отъ исхода жалобы, потому что осужденный можетъ считать вполнѣ добросовѣстно, что судьи отнеслись къ нему несправедливо или что они нарушили законъ, хотя высшая инстанція и не признаетъ этого. И. Г. Щегловитовъ предлагаетъ распространить зачетъ на жалобы по формальнымъ нарушеніямъ, при чемъ подать жалобу долженъ самъ осужденный, а не кто либо другой за него. Для избѣжанія затягиванія дѣла слѣдуетъ признать такую жалобу заслуживающею уваженія.

Намъ кажется возможнымъ предоставить суду, разсматривающему жалобу, вмѣстѣ съ резолюціей по ней дѣлать постановленіе о зачетѣ. Независимо отъ того, признана ли жалоба уважительной или нѣтъ, судъ, апелляціонный или кассаціонный, постановляетъ, можетъ ли быть произведенъ зачетъ, полностью или частью, времени, протекшаго со времени объявленія приговора. Постановленіе это, не касающееся разсмотрѣнія дѣла по существу, а лишь основываемое на самой жалобѣ и оцѣнкѣ поводовъ къ ней, можетъ быть представлено суду кассаціонному, на ряду съ апелляціоннымъ. Судъ, разсмотрѣвъ дѣло, можетъ признать, что поводы жалобы хотя и являются недостаточными для пересмотра дѣла, но въ глазахъ обвиненнаго могли быть достаточными для того, чтобы считать свои права нарушенными или видѣть въ приговорѣ чрезмѣрную къ себѣ строгость.

Слѣдуетъ разсмотрѣть еще случай отказа подсудимаго отъ поданной имъ жалобы. Если таковой отказъ произошелъ до разсмотрѣнія жалобы высшей инстанціей, то согласно разъясненію Сената (94/16, 98/13) срокъ наказанія долженъ быть исчисленъ ему со дня объявленіи приговора, а не со дня этого отказа.

Проектъ 1900 г. не сдѣлалъ никакихъ расширеній зачета обжалованнаго подсудимымъ приговора (ст. 962 проекта). Слѣдуетъ отмѣтить пропускъ, произведенный вѣроятно по недосмотру, соотвѣтственнаго ст. 962 проекта постановленія для участковыхъ судей.

Такимъ образомъ зачетъ времени, протекшаго съ момента постановленія приговора, въ общихъ своихъ основаніяхъ поставленъ шире, чѣмъ зачетъ времени, проведеннаго подъ стражей до суда. До поставленія приговора зачетъ производится по усмотрѣнію суда, послѣ—онъ для него обязателенъ. Такая, мало оправдываемая соображеніями политики, двойственность должна исчезнуть и замѣниться установленіемъ *права* осужденнаго на сокращеніе періода наказанія въ случаѣ отбытія имъ предварительнаго заключенія.

II. Вознагражденіе за безъ вины понесенное подслѣдственное заключеніе.

I. Несмотря на то, что вознагражденіе лицъ, безвинно понесшихъ подслѣдственное заключеніе, имѣетъ за собою больше требованій справедливости, чѣмъ зачетъ, лишь немногія законодательства допускаютъ его. Оно принадлежитъ къ числу вопросовъ, вполнѣ назрѣвшихъ въ жизни, осуществленіе которыхъ задерживается почти только экономическими соображеніями. Многочисленная литература [1]) со всѣхъ

---

[1]) Изъ числа болѣе заслуживающихъ вниманія работъ по вопросу о государственномъ вознагражденіи невинно заключенныхъ и невинно осужденныхъ укажемъ: И. Я. Фойницкій, О вознагражденіи невинно къ суду уголовному привлекаемыхъ 1884. С. Хрулевъ, Вознагражденіе лицъ, невинно понесшихъ наказаніе. Юрид. Вѣстн. 1888, кн. 8. Н. Н. Розинъ, О вознагражденіи лицъ, невинно привлеченныхъ къ суду. Жур. Мин. Юст. 1900, кн. 9. Тальбергъ, Русское уголовное судопроизводство, т. II стр. 159 и сл. Г. Фельдштейнъ, Вознагражденіе невинно привлеченныхъ въ проектѣ 1900 г. Жур. Мин. Юст. 1902, кн. 10. В. Н. Ширяевъ, Вознагражденіе невинно осужденныхъ. „Право“ 1904, № 11—13. Н. Лазаревскій, Отвѣтственность за убытки, причиняемые должностными лицами. 1905, стр. 328—336, 364—367. Объяснительная записка къ уставу уголовнаго судопроизводства 1900 г. т. IV стр. 149 и

сторонъ освѣтила этотъ необходимый въ настоящее время коррективъ; вызываемый несовершенствомъ судебнаго строя; на теоретическое обоснованіе его и на опроверженіе различныхъ возраженій, выставлявшихся противниками, затрачено много остроумія, наконецъ, въ нѣкоторыхъ странахъ сдѣланъ успѣшный починъ, и, несмотря на все это, прогрессивная сила этой правовой идеи остается недостаточной, чтобы побѣдить косность привычки и экономіи. Мы позволимъ себѣ, не останавливаясь на вопросѣ объ историческомъ развитіи этой идеи, вполнѣ достаточно разработанномъ въ западной и нашей литературѣ [1]), разсмотрѣть наиболѣе спорный вопросъ о теоретическихъ основаніяхъ этого института, ука-

---

слѣд.—Schwarze, Die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungs-und Strafhaft 1883. Heinze, Das Recht der Untersuchungshaft, 1869. A. Zucker, Die Untersuchungshaft 1879, III, S. 134 ff. Berolzheimer, Die Entschädigung u. s. w. 1891. Ortloff, Entschädigung für eine zu Unrecht erlittene Untersuchungshaft. Zeitschrift Liszt'a 1902, S. 724—798. Schultetus, Die Entschädigung für zu Unrecht u. s. w. Ibid. 1903, S. 687 ff. Изъ весьма значительной литературы по проекту закона 1904 г. укажемъ A. Köhler, Der Entwurf eines Gesetzes betreffend Entschädigung u. s. w. Gerichtsaal 1904, LXIV S. 337—384. Hamm. Entwurf u. s. w. Deutsche Juristenzeitung, 1904, № 4, S. 177 ff. Benedix, Lücken im Entwurfe eines Gesetzes betreffend die Untersuchungshaft. Arch. f. Strafrecht 1904, B. 51, 2 и 3 H. S. 145—152. Ullmann, Beilage zur Allgem. Zeitung 1904, S. 490 ff. A. Romen, De l'indemnité pour détention préventive dans l'empire Allemand. Bull. de l'Union J. d. D. P. XII H. 1, S. 161—180. Otto Kähler, Die Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft. Halle 1904. Brandis, Entschädigung f. unschuldig erlittene Untersuchungshaft System. krit. Darstellung. 1905, Leipzig. Изъ французской литературы отмѣтимъ Bonneville, Sur l'amelioration de la loi criminelle 1855, p. 482—524. Camoin de Vence, Des indemnités à accorder aux victimes des erreurs judiciaires. Rev. Pénit. 1894, p. 328 ss. Poittevin, Sur les indemnités en cas d'erreurs judiciaires. Pev. Pénit. 1895, p. 1252 ss. Larnaude, Discours à la Société generale des prisons Rev. Pén. 1896, p. 13 ss. Haurion, Les actions en indemnité contre l'état. Revue de droit public 1896, II p. 51. ss. Orlando, Saggio di una nuova teorica sul fondamento guiridico della responsabilità civile dello stato (Arch. di diritto publ. 1893, № 15). A. Rocco, La riparazione alle vittime degli errori giudiciari. Riv. Penale 1902 № 7, 8, 9. Hans Tobler, Die Entschädigungspflicht des Staates gegenüber schuldlos Verfolgten, Angeklagten und Verurtheilten mit Berücksichtigung des Schweizerischen Rechts. Zürich 1905. Doleschall, Die Entschädigung unschuldig Verurtheilter und Verhafteter im ungarischen Strafprocessentwurfe. Gerichtsaal t. LII S. 261 ff.

[1]) См. работы Bonneville, Фойницкаго, Н. Розина, В. Ширяева.

зать на разработку его въ современныхъ законодательствахъ и на принципы наиболѣе соотвѣтствующаго цѣлямъ политики права построенія его.

Намъ предстоитъ рѣшить вопросъ объ экономической защитѣ гражданъ, испытавшихъ безъ вины подслѣдственное заключеніе и понесшихъ вслѣдствіе этого матеріальный и нематеріальный, нравственный ущербъ. Такая защита затрагиваетъ вопросъ о распредѣленіи благъ, тѣсно связанный съ институтами гражданскаго права, съ которыми намъ въ этой главѣ поэтому придется имѣть дѣло. Можно указать два пути для покрытія понесеннаго невиннымъ ущерба—взысканіе соотвѣтственной суммы *съ судей и административныхъ органовъ*, вызвавшихъ такой ущербъ назначеніемъ подслѣдственнаго заключенія противъ невиннаго, и взысканіе ее *съ государства*, какъ съ организаціи, призванной нести заботу о правильномъ отправленіи правосудія. Выше (стр. 504—510) мы разсмотрѣли уголовную отвѣтственность судей, какъ гарантію правильности ихъ дѣйствій. Здѣсь мы остановимся на отвѣтственности ихъ въ гражданскомъ порядкѣ за убытки, причиненные неправильными, небрежными и преступными дѣйствіями судей по службѣ (при постановленіи рѣшенія). Гражданскую отвѣтственность мы не причислили къ гарантіямъ, такъ какъ значеніе ея скорѣе возмѣстительное, чѣмъ предупредительное (конечно, до извѣстной степени); размѣръ ея опредѣляется не столько виновностью, сколько характеромъ результата. Въ ней можно видѣть не столько гарантію, сколько нѣкоторый коррективъ, заглаживающій причиненный вредъ. Поэтому намъ казалось наиболѣе правильнымъ, чтобы оттѣнить соціальную функцію этой отвѣтственности, перенести ее въ настоящій отдѣлъ объ экономической защитѣ гражданъ отъ послѣдствій неправильнаго подслѣдственнаго заключенія. Если бы мы имѣли дѣло съ институтомъ частноправнымъ, мы должны были бы указать, какой вредъ наносится частнымъ интересамъ неправильнымъ заключеніемъ подъ стражу. Въ данномъ случаѣ, чтобы надлежащимъ образомъ конструировать отвѣтственность, прежде всего слѣдуетъ указать на тотъ матеріальный и нематеріальный вредъ, который

причиняется *публичнымъ интересамъ* неправильнымъ подслѣдственнымъ заключеніемъ, такъ какъ дѣло идетъ объ институтѣ публичнаго характера, послѣ чего мы уже сумѣемъ установить надлежащаго адресата возмѣщенія такого вреда.

II. Подслѣдственное заключеніе въ значительной степени подрываетъ *экономическое положеніе* подвергшагося ему гражданина. Современная экономическая жизнь прежде всего характеризуется регулярностью: служебная, торговая, промышленная дѣятельность отдѣльныхъ лицъ функціонируетъ съ такою же правильностью, какъ отдѣльныя части сложнаго механизма. Уже одинъ только внезапный перерывъ этой дѣятельности, вызываемый заключеніемъ подъ стражу, вноситъ серьезное разстройство въ экономическую жизнь даннаго лица. Сложные разсчеты, основанные на комбинаціи будущихъ дѣйствій, оказываются подорванными, экономическій планъ гибнетъ, порою окончательно. Болѣе продолжительное подслѣдственное заключеніе влечетъ за собою большею частью разрывъ хозяйственныхъ связей даннаго лица съ обществомъ (удаленіе со службы, закрытіе предпріятія и т. д.), лишеніе его заработка, и потому по выходѣ своемъ изъ тюрьмы оно остается „выброшеннымъ на улицу“. Произвольный арестъ не можетъ быть приравниваемъ къ другимъ случайностямъ, хотя бы, напр., къ болѣзни, также прерывающей хозяйственную дѣятельность. Положеніе арестованнаго и положеніе заболѣвшаго существенно различно. Не говоря уже о наличности страхованія, матеріальной помощи и покровительственныхъ правилъ закона, признающихъ, напр., допустимость продолжительной отсрочки службы въ этихъ случаяхъ, которыя совершенно отсутствуютъ при подслѣдственномъ заключеніи, укажу на то, что на выпущенномъ изъ больницы не остается пятна тюремнаго сидѣнія и что во время нахожденія въ больницѣ ему предоставлена гораздо большая возможность сношеній съ внѣшнимъ міромъ и дачи надлежащихъ распоряженій для того, чтобы его хозяйственная дѣятельность не пришла въ упадокъ. Но не будемъ говорить объ однихъ только теоретическихъ соображеніяхъ,—достаточно дѣйствительности, показывающей, что большинство заключенныхъ,

особенно изъ класса городскихъ обывателей, гдѣ экономическая жизнь сложнѣе, выходятъ изъ подслѣдственной тюрьмы разоренными, и нашимъ присяжнымъ часто приходится собирать скудныя суммы для помощи оправданнымъ ими же подсудимымъ. Такая пролетаризація честныхъ гражданъ, незаслуженно испытавшихъ на себѣ тяжелое бремя заключенія, не можетъ быть терпимой. Даже разсматривая вопросъ только съ точки зрѣнія экономическаго благосостоянія государства, мы должны будемъ признать этотъ искусственно вызываемый ростъ пролетаріата явленіемъ, подрывающимъ правильную экономическую жизнь страны.

Но къ государственно-хозяйственнымъ соображеніямъ должны быть присоедины *соображенія предупрежденія преступленій*, такъ какъ такіе освобожденные, нѣсколько уже затронутые во время заключенія подъ стражей заразой преступныхъ склонностей и озлобленные противъ государственнаго строя, выбросившаго ихъ на улицу [1]), могутъ легко пойти по дорогѣ преступленій подъ вліяніемъ безысходной нужды. Здѣсь, наконецъ, сильны соображенія гуманности къ лицамъ, безъ всякой вины съ своей стороны впавшимъ въ бѣдность. На основаніи всего этого экономическое возмѣщеніе понесеннаго ущерба, хотя бы въ мѣрѣ нормальнаго минимума существованія, является при современномъ строѣ государства весьма серьезнымъ публичнымъ интересомъ.

Но безъ вины понесшій заключеніе испытываетъ и серьезный *нематеріальный вредъ*. Выше (стр. 548, 556), говоря о режимѣ заключенія, мы указывали на тотъ нравственный вредъ, который причиняетъ заключеніе подъ стражу. Оно ослабляетъ жизнеспособность, здоровье, силы человѣка. Оно заставляетъ испытывать его различныя душевныя страданія. Эти страданія у безвинно заключеннаго еще больше, вслѣдствіе томящей его неопредѣленности положенія. Оно подвергаетъ его физическимъ лишеніямъ, отрываетъ отъ семей-

[1]) См. выше стр. 548. Любопытно, что почти всѣ лица, отбывавшія подслѣдственное заключеніе, какъ свидѣтельствуетъ F. Auer въ своей книгѣ, по выходѣ оттуда, если они оправданы, становятся соціалъ-демократами, т. е. вступаютъ въ оппозицію правительству.

ныхъ и дружескихъ связей и т. д. Оставляя невознагражденными эти лишенія, государство совершаетъ большую несправедливость. Справедливымъ основаніемъ примѣненія какой-либо стѣснительной мѣры является лишь нарушеніе закона, совершая которое каждый гражданинъ какъ бы учитываетъ могущія воспослѣдовать стѣсненія. Но подслѣдственное заключеніе при полной невинности лица, подвергнутаго ему, является простымъ насиліемъ. Огражденіе невинности отъ такого насилія является непосредственной задачей государства. Предвозвѣстники правового строя, Руссо и Монтескье, считали огражденіе невинности главнѣйшей опорой государственнаго строя [1]). Коммисія 1863 г., составлявшая проектъ устава уголовнаго судопроизводства, также вполнѣ сознавала это [2]). И если въ уставъ внесены нѣкоторыя гарантіи подслѣдственнаго заключенія, то коррективовъ въ случаѣ недѣйствительности этихъ гарантій не установлено. Интересъ огражденія невинности не есть интересъ отвлеченнаго характера. Правильность и успѣшность уголовнаго преслѣдованія, спокойное отправленіе своей дѣятельности гражданами, уваженіе къ суду и государственному строю зависятъ прежде всего отъ правильной защиты этого интереса. Выполненіе требованій справедливости въ этой области оказываетъ рѣшающее вліяніе на крѣпость правосознанія гражданъ и на уваженіе къ закону. Только близорукій политикъ можетъ заботиться больше о внѣшнихъ требованіяхъ общественнаго хозяйства, проявляющихся непосредственно въ видѣ, напр., плохого состоя-

---

[1]) „La plus sainte des lois sociales, celle sans laquelle il n'y a plus de sureté pour l'innocence parmi les hommes“ (Rousseau). „Quand l'innocence des citoyens n'est pas assurée, la liberté ne l'est pas non plus“ (Montesquieu. Esprit des lois. liv. XII. ch. 2).

[2]) „Никто не сомнѣвается нынѣ“—говорится въ объяснительной запискѣ—„что неприкосновенность невинности есть интересъ столь же общій, принадлежитъ къ тому же порядку понятій, и имѣетъ такую же важность, какъ и примѣрная несомнѣнность уголовной репрессіи, и что спокойствію общества болѣе угрожаютъ незаслуженныя обвиненія, чѣмъ безнаказанность преступника, ибо не только для даннаго обвиняемаго, но и для каждаго гражданина, могущаго подвергнуться лживому доносу, въ высшей степени важно, чтобы ошибка могла быть обнаружена“.

нія дорогъ, недостаточнаго содержанія чиновниковъ или неудобства казенныхъ построекъ, чѣмъ о выработкѣ доброкачественной психики гражданъ, на которую постоянныя нарушенія справедливости оказываютъ развращающее вліяніе. Пора понять, что при современномъ строѣ высшимъ сокровищемъ, которымъ обладаетъ государство, является воспитанный въ началахъ права и преданный закону гражданинъ. Итакъ, удовлетвореніе требованій справедливости въ этой области—возмѣщеніе нематеріальнаго вреда—должно быть признано необходимой основой для правового государственнаго строя [1]).

Остается только рѣшить вопросъ, можетъ ли нематеріальный вредъ быть возмѣщаемъ денежнымъ эквивалентомъ. На это нѣкоторыя законодательства даютъ намъ утвердительный отвѣтъ. Конечно, такое вознагражденіе слѣдуетъ признать суррогатнымъ, примѣняемымъ лишь за невозможностью найти лучшій способъ. Во всякомъ случаѣ въ области подслѣдственнаго заключенія имѣется не менѣе основаній примѣнять его, чѣмъ при возмѣщеніи за обиды, тѣлесныя увѣчья, потерю здоровья, за трудъ. Въ области публичнаго права, особенно, денежное вознагражденіе потеряло значеніе простого средства покупки или продажи, а пріобрѣло болѣе широкое значеніе государственной экономической поддержки. Вознагражденіе свидѣтелямъ есть не возмѣщеніе дѣйствительно понесенныхъ ими потерь и не плата за исполненіе свидѣтельскихъ обязанностей, а извѣстная государственная поддержка, оказываемая для облегченія исполненія гражданами свидѣтельской функціи; государственное жалованіе не есть дѣйствительная оплата труда служащаго, а

---

[1]) Австрійская коммисія по пересмотру уголовнаго уложенія считала нужнымъ установить государственное вознагражденіе невинно заключеннымъ для того, „чтобы укрѣпить преданность государству населенія и уменьшить число противниковъ современнаго государственнаго порядка“. Наша коммисія 1900 г. принципіально признала вредъ, понесенный невинно привлеченными къ суду, подлежащимъ возмѣщенію на томъ основаніи, что „онъ глубоко затрагиваетъ интересы самого государства, для котораго правильное отправленіе правосудія имѣетъ чрезвычайно серьезное значеніе“.

извѣстная выдача, имѣющая цѣлью обезпечить жизненныя средства служащаго и позволить ему съ большимъ вниманіемъ исполнять возложенныя на него обязанности. Такой же характеръ имѣетъ и вознагражденіе за нематеріальный вредъ: это выдача, имѣющая цѣлью загладить вредныя для государства послѣдствія безвинно понесеннаго подслѣдственнаго заключенія.

Такимъ образомъ мы установили, что отъ подслѣдственнаго заключенія возникаетъ извѣстный матеріальный и нематеріальный ущербъ, подлежащій возмѣщенію (въ какомъ объемѣ, объ этомъ будетъ сказано ниже) *въ публичныхъ интересахъ*.

Перейдемъ отсюда къ тѣмъ причинамъ, которыя порождаютъ такой вредъ.

Государственная система властвованія организована такимъ образомъ, что каждый органъ государственной власти дѣйствуетъ подъ вліяніемъ сложной комбинаціи мотивовъ, вытекающихъ изъ существованія различныхъ правовыхъ постановленій и институтовъ, которые направляютъ его дѣятельность въ желательномъ для государства и въ наиболѣе соотвѣтствующемъ интересамъ общества направленіи. Если этому органу предоставляется власть усмотрѣнія, то вспомогательными установленіями создаются гарантіи, регулирующія правильное примѣненіе этого усмотрѣнія. Такимъ образомъ каждый органъ психически связанъ съ общимъ строемъ даннаго государственнаго аппарата, и въ его поведеніи проявляется тотъ или иной характеръ этого строя. Совокупность обязанностей, возложенныхъ на какое-либо лицо по поводу выполненія имъ какой-либо публичной функціи, называется *должностью*. Посредствомъ своего должностного положенія органъ публичной власти становится въ особое положеніе, дѣйствуетъ по особымъ, отличнымъ отъ общегражданскихъ, мотивамъ, пользуется особыми правами.

Организованная подобнымъ образомъ, правительственная машина приспособлена къ удовлетворенію различныхъ потребностей народа. Но вслѣдствіе недостатковъ ея организаціи, проистекающихъ отъ недостаточно внимательнаго и талантли-

ваго ея построенія или, можетъ быть, даже вслѣдствіе недостатковъ, неизбѣжныхъ при современномъ несовершенствѣ человѣческаго знанія и умѣнія, такая правительственная машина можетъ причинять ущербъ какимъ-либо гражданскимъ интересамъ. Такъ, организація судебнаго строя, созданная въ цѣляхъ защиты общества отъ преступленій, порою налагаетъ тяжелыя несправедливыя стѣсненія и на лицъ невинныхъ, подвергая ихъ продолжительному, невызываемому необходимостью подслѣдственному заключенію. Ущербъ этотъ является настолько серьезнымъ, что государство не можетъ его игнорировать, а признаетъ важнымъ для себя возмѣстить его. Этотъ вредъ можно назвать *вредомъ функціональнымъ*. Онъ въ извѣстной степени неизбѣженъ при данной организаціи публичнаго строя и не зависитъ отъ воли отдѣльныхъ органовъ, поскольку они дѣйствовали подъ вліяніемъ установленныхъ для нихъ закономъ мотивовъ, т. е. правильно исполняли свои служебныя обязанности. Вредъ функціональный не слѣдуетъ смѣшивать съ вредомъ случайнымъ въ узкомъ смыслѣ слова. Конечно, вредъ функціональный въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ не можетъ быть предвидѣнъ, но общимъ образомъ всегда имѣется извѣстное вѣроятіе такого вреда. Идея слѣпого рока, естественной необходимости, подставляемая нами на мѣсто тѣхъ случаевъ, причины появленія которыхъ лежатъ внѣ сферы воздѣйствія людей, здѣсь непримѣнима. Мы ясно сознаемъ, что вредъ проистекаетъ, не вслѣдствіе дѣйствія стихійныхъ силъ природы, а отъ учрежденій, волей людей установившихся и существующихъ для опредѣленныхъ интересовъ. Мы знаемъ виновника причиненнаго намъ ущерба: это—существующій строй или тѣ лица, въ интересахъ которыхъ существуетъ данная организація публичнаго строя. Такое возникающее путемъ дѣйствія соціальныхъ причинъ сознаніе происхожденія нашихъ бѣдствій отъ извѣстной соціальной организаціи не позволяетъ причислять подобный функціональный вредъ къ несчастному случаю. Функціональный вредъ не ограничивается сферою публичной власти, онъ возникаетъ и при дѣйствіи значительныхъ хозяйственныхъ предпріятій, при отправленіи извѣстныхъ профессій. Предприниматель,

устроившій фабрику, занятіе на которой представляется опаснымъ, несмотря на принятія мѣры предосторожности, въ извѣстной степени является причинителемъ случающихся съ рабочими несчастій; собственникъ желѣзной дороги причиняетъ устройствомъ этой дороги извѣстный соціальный вредъ въ видѣ могущихъ происходить несчастій и т. д. Такимъ образомъ при функціональномъ вредѣ сознается связь между опредѣленной организаціей и вредными послѣдствіями, явившимися результатомъ ея дѣйствія. Установленіемъ такой связи причиненія вопросъ объ отвѣтственности однако еще не рѣшенъ.

Далѣе возможны такіе случаи, при которыхъ получается серьезный общественный вредъ вслѣдствіе небрежнаго, невнимательнаго исполненія должностнымъ лицомъ какой-либо возложенной на него обязанности. Органъ публичной власти въ этомъ случаѣ прямо не отступаетъ отъ своихъ обязанностей, но не въ достаточной степени проникнутъ сознаніемъ важности ихъ, недостаточно „радѣетъ“ о нихъ; восполненіе недостающихъ мотивовъ происходитъ посредствомъ дисциплинарной отвѣтственности въ интересахъ службы. Вредъ, получающійся при такихъ условіяхъ, можно назвать вредомъ *неосторожнымъ*, *небрежностнымъ*.

Наконецъ, третьимъ способомъ причиненія указаннаго выше незаслуженнаго вреда можетъ явиться преступная дѣятельность органовъ власти. Органъ власти, находящійся подъ вліяніемъ различныхъ публично-правовыхъ воздѣйствій, до тѣхъ поръ дѣйствуетъ какъ должностное лицо, пока онъ соблюдаетъ обязанности своей должности. Отступая отъ нихъ, онъ уже начинаетъ дѣйствовать подъ вліяніемъ своихъ личныхъ мотивовъ или „видовъ“, какъ выражается наше законодательство. Онъ злоупотребляетъ своею властью, такъ какъ всякое отступленіе отъ указанныхъ въ законѣ мотивовъ является соціальнымъ зломъ. Здѣсь вредъ уже причиняется не самимъ функціонированіемъ правительственнаго аппарата, *а преступнымъ нарушеніемъ обязанностей* службы какимъ либо органомъ. Это вредъ не функціональный, *а уголовный*. Здѣсь ясно сознается причинная связь вреда съ незаконными дѣй-

ствіями даннаго органа. Кромѣ того и данный органъ, отступая отъ закона, можетъ предвидѣть возможный вредъ, признавать его потенціально. Въ виду различія характера причиненія вреда въ этихъ трехъ случаяхъ, различны и основанія отвѣтственности.

На кого должно быть въ каждомъ изъ трехъ случаевъ возложено возмѣщеніе вреда?

Вопросъ этотъ, являющійся центральнымъ, долженъ быть рѣшенъ не на основаніи какихъ-либо логическихъ или догматическо-правовыхъ положеній, а на основаніи соображеній правовой политики. Идея справедливости должна явиться однимъ лишь изъ соображеній при рѣшеніи этого вопроса, но не единственнымъ. Соображенія политики должны здѣсь указывать не вообще наиболѣе желательную постановку, ибо всякая постановка будетъ лишь относительно удовлетворительной, а такую, которая согласовалась бы лишь болѣе другихъ съ правильными задачами государственной дѣятельности.

Возьмемъ сначала случай причиненія *функціональнаго вреда*. Вредъ въ этомъ случаѣ можетъ быть возложенъ или 1) на самого потерпѣвшаго—casum sentit dominus или 2) на лицо, непосредственно выполнившее вредное дѣйствіе, или, наконецъ, 3) на государство или иную соотвѣтственную организацію. Въ первомъ случаѣ мы будемъ имѣть почти повсемѣстно существующее и не удовлетворяющее никого положеніе дѣлъ. Но вредъ, нанесенный интересамъ частныхъ лицъ, является и вредомъ публичнымъ: онъ не выражается въ видѣ ветхости казенныхъ построекъ или недостаточнаго содержанія чиновниковъ, но окажетъ сильное вліяніе на соціальныя отношенія, вызвавъ большую пролетаризацію населенія, увеличивъ число преступленій, ослабивъ уваженіе къ закону и т. д. Устраненіе этого послѣдняго вреда съ помощью возмѣщенія потерпѣвшему понесеннаго имъ ущерба въ размѣрѣ, пригодномъ для поддержанія государственно-покровительствуемыхъ интересовъ, является важной задачей государственной политики. Поэтому первый выходъ, если признается желательнымъ устранить весьма серьезный въ данномъ случаѣ публичный вредъ, является непригоднымъ.

Другой возможный способъ—возложеніе обязанности возмѣщенія на должностное лицо (или органъ какого-либо крупнаго предпріятія). Посмотримъ, какихъ правно-политическихъ цѣлей государство можетъ достигнуть такимъ возложеніемъ обязанности вознагражденія на чиновника. Всякая отвѣтственность за убытки даже въ области гражданскаго права возлагается не только ради покрытія вреда другого, но и въ цѣляхъ мотиваціоннаго воздѣйствія на гражданъ, чтобы удержать ихъ отъ причиненія, изъ какихъ-либо личныхъ соображеній, недозволеннаго вреда своимъ согражданамъ. Всякій субъектъ гражданскаго права предполагается сознательно хозяйствующей единицей. При построеніи своего экономическаго плана или отдѣльныхъ экономическихъ предположеній онъ не долженъ руководиться только своими соображеніями о своихъ выгодахъ, безъ всякаго отношенія къ интересамъ другихъ лицъ. Законъ, установленіемъ обязанности возмѣщенія убытковъ въ извѣстныхъ случаяхъ, заставляетъ его принимать въ разсчетъ и то, не окажетъ ли его хозяйственный планъ вреднаго, недозволеннаго закономъ, вліянія на чужія хозяйства. Такимъ образомъ установленіемъ обязанности возмѣщенія убытковъ имѣется въ виду, съ одной стороны, *защитить другія хозяйства отъ эгоистическихъ, зловредныхъ съ соціальной точки зрѣнія, хозяйственныхъ плановъ отдѣльныхъ лицъ*, съ другой же стороны—*создать въ каждомъ хозяйствующемъ лицѣ такую мотивацію, при которой оно изъ соображеній эгоизма-же воздерживалось бы отъ такой зловредной хозяйственной дѣятельности.* Возьмемъ для примѣра такой случай. По соображеніямъ государственной экономической политики какой-либо пріемъ торговой конкурренціи признается недозволеннымъ; чтобы устранить примѣненіе его, государство возлагаетъ на лицо, прибѣгающее къ такимъ пріемамъ, обязанность возмѣщенія убытковъ, причиненныхъ другимъ конкуррентамъ: этого достаточно, чтобы защитить торговую дѣятельность другихъ лицъ отъ вреда, признаннаго въ законѣ нежелательнымъ, вреднымъ для публичныхъ интересовъ, и чтобы побудить отдѣльныхъ торговцевъ не примѣнять такихъ пріемовъ подъ страхомъ су-

щественнаго вреда для ихъ собственнаго хозяйства. То обстоятельство, что сумма вознагражденія опредѣляется въ размѣрѣ понесенныхъ другимъ убытковъ, объясняется 1) тѣмъ предположеніемъ законодателя, что нарушающій норму закона въ области гражданскаго права всегда вполнѣ предвидитъ могущій произойти вредъ (во всякомъ случаѣ рискъ долженъ быть возложенъ на него) и 2) удобствомъ этого критерія для того, чтобы служить противовѣсомъ, тяжесть котораго растетъ параллельно съ ростомъ эгоистическихъ аппетитовъ. Впрочемъ, за послѣднее время размѣръ вознагражденія начинаетъ опредѣляться и другими факторами, особенно въ области такъ наз. нематеріальнаго вреда [1]).

Теперь посмотримъ, имѣются ли правильныя политическія предположенія для наложенія обязанности возмѣщенія убытковъ на чиновника при функціональномъ вредѣ. Припомнивъ здѣсь то, что сказано выше о характерѣ функціональнаго вреда, мы замѣтимъ, что въ государственной дѣятельности роль хозяйственнаго плана выполняетъ публично-правовая организація какого-либо государственнаго аппарата, напр., суда. Организація этого плана образуется постепенно, подъ самыми разнообразными воздѣйствіями, болѣе всего, конечно, подъ вліяніемъ законодательной власти. Чиновникъ, выполняющій отдѣльную, частную функцію, не имѣетъ порою никакой роли въ выработкѣ этого аппарата. Поэтому, поскольку онъ является частью государственной машины, безъ его воли установившейся, постольку безсмысленно возлагать на него какія-либо послѣдствія за неисправности этого грандіознаго государственнаго плана, хотя бы непосредственно имъ причиненныя. Возложить на него возмѣщеніе убытковъ, причиняемыхъ дѣйствіемъ какого-либо государственнаго аппарата, имѣющее въ виду, какъ мы указывали выше, создать мотивъ воздержанія отъ построенія вредныхъ хозяйственныхъ (эвен-

---

[1]) Типичный примѣръ возложенія на обязанность возмѣщенія вреда сильныхъ мотиваціонныхъ задачъ представляютъ actiones poenales римскаго права, угрожавшія отвѣтственностью въ двойномъ, тройномъ и даже учетверенномъ размѣрѣ.

туально—государственныхъ) плановъ, столь же безсмысленно съ правно-политической точки зрѣнія, какъ если бы въ области гражданскаго права было предоставлено пострадавшему грабить перваго встрѣчнаго на улицѣ съ цѣлью возмѣщенія своихъ убытковъ. Если вредъ имѣется и если онъ признается нежелательнымъ не только въ частныхъ, но и въ публичныхъ интересахъ, то законодатель можетъ признать его подлежащимъ возмѣщенію; но если онъ направитъ это возмѣщеніе по адресу чиновника, правильно выполнявшаго свои права и обязанности, то тѣмъ самымъ онъ учинитъ актъ грубаго произвола, разовьетъ въ чиновникѣ чувство страха предъ гражданами, подъ вліяніемъ котораго онъ потеряетъ всякое уваженіе къ закону, будетъ игнорировать свои обязанности во многихъ случаяхъ изъ тѣхъ мотивовъ, какъ бы осуществленіемъ ихъ не причинить какого-либо вреда другимъ; словомъ, подобная отвѣтственность въ корень развратила бы всю публичную организацію власти. Едва-ли подобнаго рода послѣдствія желательны для правопорядка.

Вопросъ получитъ нѣсколько иную постановку при учиненіи должностнымъ лицомъ *небрежностнаго вреда*. Предположимъ, что данный органъ неправильно, не съ достаточной осмотрительностью и даже посредствомъ небрежнаго отступленія отъ предписанныхъ ему обязанностями службы правилъ, причинилъ вредъ частному лицу, напр., неосновательно заключилъ его подъ стражу. Возмѣщеніе причиненнаго вреда государство считаетъ важнымъ въ публичныхъ интересахъ; вмѣстѣ съ тѣмъ государство признаетъ нужнымъ побудить данный публичный органъ къ болѣе правильному и внимательному исполненію своихъ обязанностей. Представляются ли въ данномъ случаѣ достаточныя политическія основанія къ возложенію на него убытковъ?—Нѣтъ. Прежде всего, дѣйствуя на основаніи предоставленнаго ему закономъ права усмотрѣнія и исполняя въ общемъ требованія закона, несмотря на частичныя небрежныя отступленія отъ него, данный органъ исполнялъ должностное, вытекающее изъ обязанностей, возложенныхъ на него, дѣйствіе. Онъ лишь нѣкоторымъ образомъ исказилъ это дѣйствіе, но побужденіе и основ-

ные мотивы совершить это дѣйствіе вытекали изъ закона. Если мы направимъ требованія частнаго лица, понесшаго вредъ отъ этого неправильнаго дѣйствія, по адресу даннаго должностного лица, мы отнюдь не достигнемъ желательнаго для насъ улучшенія службы. Наложеніе убытковъ является цѣлесообразной мѣрой воздѣйствія лишь по отношенію къ хозяйствующимъ лицамъ для борьбы съ ихъ эгоистическими склонностями, вредными для экономическаго строя; примѣненіе этого весьма серьезнаго взысканія для борьбы съ общественно-вредною служебной небрежностью явилось бы мѣрою, не сообразованной съ могущими возникнуть изъ нея государственно вредными послѣдствіями. Такъ, степень небрежности и вины должностного лица явятся отнюдь несообразованными съ грозящимъ ему взысканіемъ. Ничтожное упущеніе при исполненіи важной функціи влекло бы за собою разореніе должностного лица; тотъ или иной размѣръ взысканія зависѣлъ бы отъ случая, рискъ за который неправильно и произвольно былъ бы возложенъ на должностное лицо. Далѣе укажемъ, что должностное лицо разсматривается государствомъ не какъ самостоятельная экономическая единица, а какъ содержимый на счетъ государства членъ общества ради полученія отъ него необходимыхъ для государства услугъ. Жалованье, составляющее экономическій базисъ даннаго органа, предназначенное для покрытія жизненныхъ его потребностей, выдается ему, чтобы онъ правильно могъ выполнять службу. Взваливая экономическую отвѣтственность за убытки на должностное лицо, государство должно сознавать, что въ громадномъ большинствѣ случаевъ взысканіе падетъ именно на это жалованье, а, лишившись его, должностное лицо потеряетъ ту служебноспособность, которой хотѣлъ достичь законодатель установленіемъ жалованья въ опредѣленномъ размѣрѣ. Кромѣ того, съ увеличеніемъ риска каждой должности, чтобы привлечь необходимыя для службы силы, государству пришлось бы увеличить жалованіе и уплачивать въ видѣ прибавки къ жалованью за рискъ ту сумму, которую оно, при устраненіи такой должностной отвѣтственности, уплатило бы само непосредственно потерпѣвшимъ. Такимъ образомъ наложеніе

убытковъ за неправильныя дѣйствія на самихъ должностныхъ лицъ грозило бы также серьезнымъ разстройствомъ публичной службы или же ослабленіемъ законности; вмѣстѣ съ тѣмъ государство не извлекало бы дѣйствительнаго экономическаго сбереженія, такъ какъ извѣстная сумма государственныхъ расходовъ лишь переносилась бы изъ одной рубрики бюджета въ другую. И здѣсь такимъ образомъ должностное лицо не можетъ быть признано годнымъ адресатомъ возмѣщенія убытковъ.

Но какимъ образомъ государство можетъ восполнить пробѣлъ въ мотивации должностного лица, допускающій возможность неправильныхъ дѣйствій? Тутъ уже мы будемъ имѣть дѣло всецѣло съ интересомъ правильнаго отправленія службы, который охраняется спеціальнымъ видомъ отвѣтственности — отвѣтственностью дисциплинарною. Государство, въ зависимости отъ виновности должностного лица и сознанія дѣйствительности тѣхъ или иныхъ средствъ воздѣйствія, можетъ назначать денежное взысканіе въ извѣстномъ размѣрѣ, лишеніе свободы, удаленіе съ должности и т. д. Кромѣ дисциплинарной вины, сюда могутъ быть отнесены (оговариваюсь, впрочемъ,—въ зависимости отъ конструкціи службы и отвѣтственности въ каждомъ государствѣ) и легкія уголовныя правонарушенія служебнаго характера.

Такимъ образомъ при *функціональномъ и неосмотрительно-служебномъ (небрежностномъ)* видахъ вреда должностныя лица не могутъ быть признаны съ точки зрѣнія вѣскихъ политическихъ основаній надлежащими адресатами возмѣщенія убытковъ.

Обратимся, наконецъ, къ третьему виду вреда—*вреду уголовному*, причиняемому преступленіями общаго характера или посредствомъ злоупотребленія ввѣренными служащему полномочіями или вслѣдствіе грубой небрежности, приближающейся къ умыслу. Здѣсь мы должны будемъ стать на иную точку зрѣнія. Учиненіе одного изъ указанныхъ преступныхъ дѣяній почти всегда влечетъ за собою удаленіе со службы, и потому интересы этой послѣдней прекращаются и не принимаются въ разсчетъ. Служащій учиняетъ дѣйствіе здѣсь изъ личныхъ видовъ, не

вытекающее изъ его должностныхъ обязанностей, недолжностное, и поэтому вполнѣ можетъ быть признанъ иниціаторомъ его, учитывающимъ возможныя послѣдствія, и такимъ образомъ угроза возмѣщенія вреда можетъ служить для него контръ-мотивомъ; важность предположеннаго имъ къ выполненію преступнаго дѣянія зависитъ во многомъ отъ величины могущихъ произойти убытковъ, и потому эти дѣйствительные убытки, какъ нѣкоторый суррогатъ, могутъ быть признаны опредѣляющими съ извѣстной вѣроятностью степень виновности. Мотиваціонное давленіе возложенія убытковъ, слѣдовательно, здѣсь умѣстно, и, съ другой стороны, дѣйствіе такого возложенія не повлечетъ вредныхъ для государственной службы и другихъ публичныхъ интересовъ послѣдствій. Судя же съ точки зрѣнія лица потерпѣвшаго, мы должны признать, что степень экономическаго возмѣщенія является здѣсь болѣе слабой, нежели въ тѣхъ случаяхъ, когда требованіе возмѣщенія можетъ быть направлено по адресу государства, такъ какъ часто возможна несостоятельность должностного лица. Быть можетъ, поэтому и здѣсь необходимо установить отвѣтственность государства? Сила этого замѣчанія однако можетъ быть ослаблена тѣмъ, что потерпѣвшему въ этихъ случаяхъ предоставляется больше средствъ сопротивленія и обороны противъ уголовнаго вреда: всѣ другія общественныя власти, по его требованію, предупреждаютъ и пресѣкаютъ преступную дѣятельность должностного лица, посягающаго на его интересы, ему предоставлено широкое право необходимой самообороны; съ другой стороны, его положеніе не можетъ быть лучшимъ, нежели положеніе всякаго другого потерпѣвшаго отъ преступленія. Можно, какъ пожеланіе, въ качествѣ возможнаго въ будущемъ, при большемъ ростѣ силъ государства, института проектировать необходимость возмѣщенія государствомъ вреда, причиненнаго всякимъ преступленіемъ, съ тѣмъ, чтобы само государство послѣ отыскивало считаемую имъ подходящей сумму съ виновнаго, но пока по общему правилу не приходится дѣлать особаго исключенія для лицъ, пострадавшихъ отъ должностныхъ преступленій. По сравненію съ пострадавшими отъ общихъ преступленій положеніе ихъ можетъ отличаться лишь

тѣмъ, что виновный, воспользовавшись служебною властью, предоставленною ему въ другихъ цѣляхъ, явился настолько сильнымъ, что обычныя средства, установленныя для защиты гражданъ отъ подобныхъ общихъ преступленій, оказались недостаточными, и такимъ образомъ интересы потерпѣвшаго отъ должностного преступленія оказались менѣе огражденными отъ посягательствъ. Принять во вниманіе этотъ моментъ различія возможно посредствомъ установленія субсидіарной отвѣтственности государства въ тѣхъ случаяхъ, когда полномочія виновнаго оказались серьезнымъ орудіемъ для учиненія преступленія, противъ котораго средніе гарантіи оказались недостаточными. Такимъ образомъ при причиненіи уголовнаго вреда должностныя лица, виновныя въ его причиненіи, являются надлежащими адресатами, и государство лишь въ особыхъ случаяхъ оказываетъ субсидіарную экономическую поддержку потерпѣвшему.

Намѣтивъ такимъ образомъ невозможность возложенія на должностныхъ лицъ обязанности возмѣщенія функціональнаго и неосмотрительно-служебнаго вреда безъ того, чтобы не поставить въ серьезную опасность рядъ публичныхъ интересовъ, мы отрицательнымъ путемъ, посредствомъ исключенія первыхъ двухъ членовъ ряда—потерпѣвшій, должностное лицо и государство — пришли къ необходимости принятія этой обязанности государствомъ на себя. Но, кромѣ отрицательнаго способа, докажемъ это и способомъ положительнымъ.

Наша конструкція характеризуется тѣмъ, что мы совершенно отрѣшаемся отъ всякихъ догматическихъ цивилистическихъ построеній и всецѣло стоимъ на точкѣ зрѣнія политики права, анализируя публичные интересы, и опредѣляя возможное дѣйствіе тѣхъ или иныхъ правовыхъ конструкцій съ точки зрѣнія интересовъ государственной политики [1]). Но понятіе публичнаго интереса, лежащее въ основѣ политики права, само является относительнымъ. То, что раньше не относилось къ области публичнаго интереса, теперь начи-

[1]) Общее ученіе о дѣйствіи права и мотивапіонномъ его вліяніи содержится въ работахъ проф. Л. І. Петражицкаго.

наетъ относиться къ нему, или наоборотъ. Объемъ этого интереса опредѣляется общимъ характеромъ государственныхъ функцій. Первоначально организація власти была призвана къ охранѣ отъ внѣшнихъ враговъ, постепенно она распространяется на внутреннее управленіе, законодательство, судъ, экономическую политику, нравственное и правовое воспитаніе народа, развитіе альтруизма и т. д. Чѣмъ больше интегрируется дѣятельность народныхъ силъ, тѣмъ болѣе и болѣе сложными становятся функціи государства. Прослѣдимъ въ общихъ чертахъ такую эволюцію на примѣрѣ, интересующемъ насъ—вознагражденія за безвинное подслѣдственное заключеніе. Выше мы указали на матеріальный и нематеріальный вредъ, подлежащій удовлетворенію въ публичныхъ интересахъ. Но экономическій вредъ, вытекающій изъ подслѣдственнаго заключенія, можетъ только тогда стать чувствительнымъ для государства, когда экономическая политика его укрѣпится настолько, что оно будетъ въ состояніи принимать на себя задачи удержанія отъ пролетаризаціи менѣе состоятельныхъ классовъ населенія или задачи поддержанія собственности, какъ самостоятельно заложеннаго частнымъ лицомъ въ хозяйство капитала. Впрочемъ, параллельно росту экономическихъ функцій государства здѣсь происходитъ ростъ самаго вреда: чѣмъ больше усложняется экономическая жизнь, тѣмъ болѣе сильнымъ оказывается и вредъ, причиняемый подслѣдственнымъ заключеніемъ: человѣкъ, насильственно вырванный изъ сложной экономической среды, теряетъ гораздо больше и съ большимъ трудомъ можетъ вернуть себѣ потерянное, нежели при болѣе простомъ экономическомъ строѣ, гдѣ важна непосредственная хозяйственная дѣятельность, а не разсчитанная на сложный хозяйственный планъ. Понятно, что при существованіи идеи государства-„ночного сторожа“ такія сложныя экономическія задачи не могутъ быть ему приписаны. Точно такъ же и при системѣ „laissez faire, laissez passer“ трудно думать, что экономическіе интересы безъ вины понесшаго заключеніе будутъ признаны публично-важными. Только ростъ идеи государства, какъ покровителя народнаго благосостоянія и воспитателя правовой психики, можетъ повлечь за со-

бою такое признаніе. Далѣе, и при возмѣщеніи нематеріальнаго вреда выступаютъ тѣ же соображенія. Главнымъ нематеріальнымъ вредомъ мы въ данномъ случаѣ признаемъ тотъ подрывъ правосознанія, который причиняется оказываемой несправедливостью при невознагражденіи; но подобный нематеріальный ущербъ явится чувствительнымъ для государства лишь тогда, когда правосознаніе будетъ служить опорой строя— при правовомъ порядкѣ; если же власть государства будетъ покоиться на отношеніяхъ эксплоатаціи и принужденія, какъ при строѣ полицейскомъ, или на холопскихъ чувствахъ населенія, тогда этотъ нематеріальный ущербъ не будетъ приниматься во вниманіе. Точно такъ же и интересъ предупрежденія преступленій, могущихъ развиться при отказѣ отъ вознагражденія, станетъ чувствительнымъ лишь тогда, когда государственная жизнь приметъ устойчивыя формы, когда въ большей степени созрѣетъ сознаніе опасности подобныхъ преступныхъ посягательствъ и когда вредъ, произведенный ими, будетъ разсматриваться не столько, какъ нарушеніе частныхъ интересовъ, а какъ ущербъ, наносимый публичнымъ интересамъ. То же можно повторить и объ остальныхъ видахъ нематеріальнаго вреда. Но и приведенныхъ примѣровъ достаточно, чтобы признать относительность публичнаго интереса и то, что онъ становится замѣтенъ для государства лишь на извѣстной стадіи развитія. Поэтому и наше правно-политическое построеніе, при которомъ этотъ вредъ разсматривается какъ публично важный, соотвѣтствуетъ лишь представленію о правовомъ и преслѣдующемъ извѣстную экономическую политику государствѣ, каковымъ въ большинствѣ случаевъ и являются современныя культурныя государства. Наши предложенія всегда могутъ быть парализованы указаніемъ на то, что данный вредъ съ точки зрѣнія существующихъ функцій государства является неважнымъ. Оговоримся, впрочемъ, что важность вреда, подлежащаго возмѣщенію, опредѣляется не сравненіемъ его съ другими главными функціями государства, на которыя производятся затраты, а тѣмъ минимально важнымъ интересомъ, который при настоящемъ строѣ удовлетворяется изъ казенныхъ средствъ, такъ какъ, если дан-

ный интересъ будетъ признанъ болѣе существеннымъ, нежели этотъ минимальный, то государственныя средства должны быть перенесены на удовлетвореніе его.

Теорія не можетъ вдаваться въ крайне сложную подробную оцѣнку государственныхъ интересовъ, это дѣло политики; задача теоріи состоитъ въ томъ, чтобы показать, отъ какихъ условій зависитъ эта оцѣнка, политическія же тенденціи ея заключаются въ подчеркиваніи извѣстныхъ интересовъ, исчезающихъ отъ вниманія при поверхностной оцѣнкѣ. Такимъ образомъ и мы подчеркнули тѣ элементы государственнаго интереса, которые заключаетъ въ себѣ вознагражденіе за неправильное подслѣдственное заключеніе и которые при правовомъ строѣ намъ кажутся столь важными, что государство должно удовлетворить ихъ преимущественно передъ многими другими, нынѣ покровительствуемыми государствомъ интересами. Правно-политическимъ основаніемъ указанной обязанности государства явится такимъ образомъ признаніе государствомъ извѣстныхъ частныхъ интересовъ государственно-покровительствуемыми, цѣнными, не столько самихъ по себѣ, сколько по тѣмъ послѣдствіямъ для публичнаго строя, которыя влечетъ за собою возмѣщеніе этихъ интересовъ. Государственное вознагражденіе есть извѣстная денежная выдача, экономическая поддержка, оказываемая государствомъ частнымъ лицамъ въ публичныхъ интересахъ. Если государство въ такихъ цѣляхъ возложитъ на казну, какъ органъ государственнаго расходованія, обязанность такой выдачи, то это явится юридическимъ фактомъ для появленія соотвѣтственныхъ правъ и обязанностей и повлечетъ за собою отвѣтственность казны по суду въ случаѣ неплатежа. Юридическія послѣдствія и сама конструкція являются такимъ образомъ обычнымъ результатомъ созданія обязанности dare. Все вниманіе обращается нами на правно-политическое обоснованіе этого правоотношенія; съ такой точки зрѣнія изложенная нами теорія можетъ быть названа *теоріей государственнаго экономическаго покровительства публично-важныхъ частныхъ интересовъ.*

Въ этомъ случаѣ государство ради своихъ цѣлей, непосредственно изъ казны оказываетъ поддержку частнымъ интересамъ.

Сюда подойдутъ также многіе публичные институты и, между прочимъ, вознагражденіе за безъ вины понесенное подслѣдственное заключеніе. Неустойчивость современныхъ теорій въ этой области прежде всего можетъ быть объяснена тѣмъ, что съ недостаточною ясностью до сихъ поръ былъ отмѣчаемъ публичный интересъ, заключающійся въ такомъ возмѣщеніи, а между тѣмъ безсознательно чувствовалась его важность. Поэтому, различные ученые, искажая цивилистическія конструкціи, догматически стремились втиснуть въ нихъ и указанныя публично-правовыя отношенія. Указавъ этотъ публичный интересъ, мы можемъ желаемое нами вознагражденіе конструировать, какъ всякое требованіе разумной государственной политики, производящей тѣ или иныя денежныя затраты для достиженія признаваемыхъ важными публичныхъ интересовъ.

III. Выяснивъ положительнымъ образомъ основанія возложенія государствомъ обязанности возмѣщенія убытковъ за подслѣдственное заключеніе на казну, вернемся къ вопросу о постановкѣ отвѣтственности должностныхъ лицъ, основанія которой мы только намѣтили. Признавая себя не въ состояніи возмѣщать функціональный вредъ, государство должно скорѣе отказаться совсѣмъ отъ его возмѣщенія, нежели, какъ то называетъ Н. Лазаревскій, „выдавать чиновника головою потерпѣвшему“. Иногда въ законодательствѣ устанавливается такая отвѣтственность должностныхъ лицъ, но лишь на бумагѣ, а не на дѣлѣ. Признавъ въ принципѣ отвѣтственность служащихъ, государство сковываетъ ее желѣзнымъ кольцомъ процессуальныхъ административныхъ гарантій при преданіи суду, при самомъ производствѣ, при взысканіи присужденныхъ убытковъ и т. д. Случаи такой отвѣтственности настолько рѣдки, что не запоминаются и старожилами (это отнюдь не является послѣдствіемъ строгой осмотрительности и законности дѣйствій должностныхъ лицъ); суды систематически отказываютъ здѣсь въ правосудіи, ограждая даже виновныхъ должностныхъ лицъ китайской стѣной безотвѣтственности. Такимъ образомъ система широкой отвѣтственности должностныхъ лицъ фактически всегда сводится къ тому, что понесенный вредъ остается невозмѣщеннымъ. При

неосмотрительно-служебномъ вредѣ, даже въ Англіи, гдѣ административныхъ гарантій не создано, гражданская отвѣтственность за убытки превращается фактически въ назначаемые судьею штрафы, уплачиваемые въ пользу потерпѣвшаго; судья принимаетъ во вниманіе не столько убытки дѣйствительные, сколько степень виновности служащаго. Такое отсутствіе гарантій объясняется постановкой службы въ Англіи и слабой централизаціей государственной машины, гдѣ отдѣльнымъ органамъ предоставлено много самостоятельной власти и гдѣ содержаніе ихъ достаточно велико, чтобы служить для покрытія такихъ штрафовъ. На континентѣ, пока органы власти были слабо централизованы и обладали широкимъ усмотрѣніемъ, государство не могло рисковать принятіемъ на себя какихъ-либо убытковъ, причиненныхъ ихъ дѣйствіями, ибо не въ состояніи было организовать надлежащимъ образомъ службу, чтобы достигнуть дѣйствительно желательнаго для него поведенія въ этой области. Но съ большей централизаціей и укрѣпленіемъ служебной организаціи государство можетъ приблизительно учесть этотъ вредъ и сообразовать возможность его съ общими своими экономическими предположеніями. Въ нашемъ вопросѣ приходится имѣть дѣло спеціально съ судьями, положеніе которыхъ въ государственномъ строѣ выработано съ особенною тщательностью и гарантіями, которымъ ввѣрена весьма значительная власть, такъ что здѣсь легче, чѣмъ въ другой области, произвести возложеніе отвѣтственности на государство. Что касается уголовнаго вреда, то принятіе его государствомъ на себя пока было бы еще весьма тягостнымъ.

Такимъ образомъ, резюмируя сказанное, можно признать, что государство, требуя отъ гражданъ извѣстной жертвы индивидуальной свободой, въ видѣ корректива должно и вознаграждать за тѣ жертвы, которыя были принесены ими безъ дѣйствительной необходимости, для того, чтобы обезпечить себѣ уваженіе гражданъ и довѣріе къ суду. Прежде, когда свобода гражданъ разсматривалась какъ враждебный, а не какъ подлежащій государственной защитѣ интересъ, такъ сказать, ставилась ни во что, когда невинныхъ тысячами

бросали на алтарь того правосудія, которое одинъ англійскій писатель назвалъ кровавой бойней, тогда законность и судъ являлись не свѣтлыми началами правосудія, а суровою рукою принужденія, которой страшились и которую избѣгали и проклинали. Эту тяжелую руку ненавидѣли или, въ рабскомъ подчиненіи ей, разсматривали какъ естественное зло, для избѣжанія котораго слѣдуетъ принять всѣ мѣры, а если онѣ оказываются недостаточными . . . то самъ виноватъ. При правовомъ строѣ широкое участіе народныхъ элементовъ въ законодательствѣ и судѣ преобразуетъ государственную систему, и правовое отношеніе къ власти начинаетъ пріобрѣтать особенную важность. Здѣсь и обнаруживается пробѣлъ въ коррективахъ, аналогичныхъ разсматриваемому нами.

Однородный характеръ имѣетъ и возложеніе обязанности вознагражденія за несчастные случаи, происходящіе при эксплоатаціи крупныхъ промышленныхъ предпріятій, и вообще отвѣтственности возмѣщенія убытковъ безъ элемента субъективной вины. Такъ какъ вопросъ этотъ не имѣетъ прямаго отношенія къ нашей темѣ, то мы здѣсь ограничимся лишь нѣсколькими замѣчаніями по этому предмету. Эксплоатація какого-либо предпріятія имѣетъ единственною цѣлью извлеченіе возможно большей денежной выгоды; въ этихъ цѣляхъ создаются такія сложныя машины, которыя завѣдомо являются опасными для отдѣльныхъ лицъ. Воспретить устройство такихъ крупныхъ предпріятій государство не можетъ, такъ какъ оно заинтересовано въ усиленіи промышленной дѣятельности. Между тѣмъ вредъ, испытываемый частными лицами, настолько серьезенъ, что государство признаетъ его подлежащимъ удовлетворенію. Адресатомъ такой обязанности удовлетворенія оно дѣлаетъ то предпріятіе, отъ котораго пострадалъ потерпѣвшій. Если данное предпріятіе устанавливаетъ новый видъ опасности, то необходимо, чтобы это происходило на счетъ не третьихъ лицъ, а лицъ, заинтересованныхъ въ этомъ предпріятіи. Такое возложеніе ставитъ нѣкоторый предѣлъ эгоистической, не считающейся съ интересами третьихъ лицъ эксплоатаціи; оно дѣлаетъ характеръ этой эксплоатаціи въ большей мѣрѣ этическимъ,

оно, такъ сказать, постепенно соціализируетъ чисто индивидуалистическій разсчетъ предпринимателей. Такимъ образомъ и здѣсь расширеніе отвѣтственности обусловливается ростомъ соціальныхъ функцій крупныхъ промышленныхъ предпріятій. Пока крупная промышленность будетъ слаба, до тѣхъ поръ и эта соціальная функція будетъ слабой; съ ростомъ ея соціальнаго значенія, на нее могутъ быть возлагаемы и дальнѣйшія соціальныя задачи (страхованіе, обязательный минимумъ платы рабочимъ, соблюденіе санитарныхъ условій и т. д.). Такимъ образомъ и въ экономической области возложеніе обязанности возмѣщенія или вознагражденія при отсутствіи субъективной виновности имѣетъ своею основою задачи государственной и соціальной политики.

IV. A. Это сходство давно было подмѣчено въ литературѣ по данному вопросу, и изъ числа теорій, конструировавшихъ отвѣтственность государства, господствующей должна быть признана *теорія профессіональнаго риска*, называемая также теоріей административнаго или функціональнаго риска [1]). Конструктивный пріемъ этой теоріи является весьма простымъ. Принимая отвѣтственность крупныхъ промышленныхъ предпріятій за общепризнанное юридическое положеніе, эта теорія посредствомъ аналогіи указываетъ, что и государство можетъ приносить подобный вредъ и даже въ большей мѣрѣ, а потому, по мнѣнію этой теоріи, слѣдуетъ распространить отвѣтственность подобнаго рода и на государство [2]). Изло-

---

[1]) Изъ сторонниковъ этой теоріи назовемъ: Larnaude. Rev. pén. 1896. p. 6, 13. Orlando. Arch. di diritto publ. 1893. § 15, p. 370. Schwarze. O c. passim. Poittevin. Rev. pen. 1895, p. 1252. Köhler. Gerichtssaal 1904, S. 337.

[2]) Н. Лазаревскій (стр. 251), указывая на постепенное завоеваніе принципомъ отвѣтственности крупныхъ предпріятій за убытки безъ наличности вины своего признанія въ цивилистической литературѣ, правильно отмѣчаетъ, что господствующія въ области гражданскаго права воззрѣнія имѣли громадное значеніе для практическаго разрѣшенія вопроса объ отвѣтственности казны. „Установленіе ея на основаніи соображеній государственно-правовыхъ было бы страшно затруднено, если бы въ гражданскомъ правѣ и въ вдохновляемой имъ общей теоріи права твердо держались того положенія, что отвѣтственность безъ вины невозможна“. Созданіе цивилистическихъ конструкцій, такимъ образомъ, не было

женіе всѣхъ этихъ теорій страдаетъ крайней бездоказательностью: обыкновенно приводятся нѣсколько традиціонныхъ примѣровъ изъ области гражданскаго права, и выводы, почерпнутые изъ нихъ, непосредственно распространяются на право публичное. Иногда теорія усложняется и дальнѣйшимъ искаженіемъ, именно подведеніемъ обязанности государственнаго вознагражденія подъ обязанность гражданскаго права посредствомъ простого юридическаго толкованія (теоріи юридическія) и, слѣдовательно, посредствомъ утвержденія, что отвѣтственность эта уже существуетъ, но по какимъ-то (незаконнымъ?) причинамъ не осуществляется. Впрочемъ, въ изложеніи этой теоріи встрѣчаются и указанія на значеніе причиняемаго вреда, но принципіальной важности ему не придается [1]).

Излагаемыя въ такомъ видѣ теоріи профессіональнаго риска подверглись сильной и въ извѣстной степени правильной критикѣ [2]). Но критика, опровергая несостоятельно примѣняемый ими методъ обоснованія отвѣтственности, неправильно начала отвергать и всякія юридическія основанія этой отвѣтственности.

Основнымъ недостаткомъ теоріи профессіональнаго риска, по мнѣнію всѣхъ критиковъ, служитъ бездоказательное перенесеніе положеній права гражданскаго въ область права публичнаго. Одна только аналогія не есть доказательство; примѣненіе аналогіи, поскольку оно является точнымъ, есть лишь сваливаніе onus'a probandi правно-политическихъ основаній на тотъ правовой институтъ, который аналогиченъ разсматриваемому. Аналогія можетъ быть проведена не между самыми нормами, а между правно-политическими ихъ основаніями, а этого именно

прямымъ основаніемъ публично-правовыхъ теорій, но имѣло такое же вліяніе на послѣднія, какъ соціальная революція одного государства вліяетъ на пробужденіе политическихъ настроеній въ другомъ.

[1]) См. напр., Köhler. Gerichtsaal 1904. S. 945. Larnaude. Rev. penit. p. 14.

[2]) Критическія замѣчанія противъ теоріи профессіональнаго риска собраны въ статьѣ Arturo Rocco. La riparazione alle vittime degli errori giudiciari. Rivista penale. 1902. II p. 427—434.

и не дѣлаютъ послѣдователи теоріи профессіональнаго риска, ограничиваясь лишь перенесеніемъ выводовъ изъ одной области въ другую. Этимъ они вводятъ множество догматическихъ, недоказанныхъ положеній, часто даже нецѣлесообразныхъ, какъ это мы увидимъ далѣе.

Другимъ серьезнымъ возраженіемъ служитъ то, что нельзя уподоблять рискъ государства риску предпринимателя: государственные интересы отличаются отъ интересовъ корыстныхъ. Государство не можетъ заниматься вопросомъ о томъ, выгодно или невыгодно отправленіе извѣстной функціи публичнаго характера, а обязано выполнять ее. Возраженіе это весьма серьезно и можетъ быть отнесено къ категоріи тѣхъ, которыя указываютъ на различіе правно-политическихъ основаній, вслѣдствіе чего подрывается значеніе вышеприведенной аналогіи: различіе интересовъ влечетъ за собою и различіе правно-политической оцѣнки. Отдѣльные послѣдователи теоріи риска стараются парализовать это возраженіе замѣной понятія профессіональнаго риска рискомъ функціональнымъ или административнымъ. Но, и внеся такую оговорку, они не дѣлаютъ изъ нея соотвѣтственныхъ выводовъ, сохраняя по прежнему основанное лишь на аналогіи указаніе на обязательность возмѣщенія государствомъ всѣхъ убытковъ, и не обращаютъ вниманіе на то, что такое различіе влечетъ за собою необходимость новаго правно-политическаго обоснованія института государственнаго вознагражденія [1]). Въ нашей теоріи различіе этихъ моментовъ

---

[1]) Новѣйшую попытку въ этой области представляетъ теорія Н. Лазаревскаго (Отвѣтственность за убытки. 1905 г.). Авторъ въ значительной степени становится на точку зрѣнія государственной экономіи и указываетъ, что съ такой точки зрѣнія примѣненіе къ отвѣтственности казны теоріи профессіональнаго или административнаго риска является правильнымъ. Но Лазаревскій резонно замѣчаетъ: „конечно, поскольку эта теорія имѣетъ своимъ основаніемъ аналогію съ частно-правовыми явленіями, она принята быть не можетъ. Съ хозяйственной точки различіе существенно. Въ промышленности существуютъ доходы предпріятія, которые между прочимъ должны окупать весь причиняемый даннымъ предпріятіемъ вредъ, иначе съ обще-государственной и экономической точки зрѣнія данное предпріятіе подлежитъ осужденію; государство своею публично-правовою дѣятельностью никому доходовъ не приноситъ“ (303 стр.). И далѣе: „Для того,

вполнѣ принято во вниманіе при обоснованіи обязанности государства. Согласно сдѣланнымъ выше указаніямъ фактическое значеніе этого различія можетъ быть учтено на той или иной конструкціи государственнаго вознагражденія. Замѣтимъ также, что самое названіе теоріи „теоріей риска“ не соотвѣтствуетъ существу дѣла: рискъ есть элементъ хозяйственнаго разсчета, онъ выражаетъ лишь субъективное отношеніе предпринимателя къ будущей коньюнктурѣ, но не характеризуетъ правно-политическаго основанія разсматриваемой нами отвѣтственности. По отношенію къ государственной системѣ едва-ли можетъ быть примѣнимо подобное понятіе. Принятіе этого случайнаго признака въ качествѣ характернаго, объясняется тѣмъ, что соотвѣтственныя теоріи, какъ мы указывали, совершенно упустили изъ вида моментъ политики, въ которомъ именно и лежитъ центръ тяжести юридическаго обоснованія и характеристики самой теоріи, а стали на точку зрѣнія частнаго права.

Въ связи съ этимъ возраженіемъ находится и ссылка противниковъ теоріи профессіональнаго риска на то, что отправленіе государствомъ публичныхъ функцій (въ данномъ

чтобы заставлять каждаго случайно подвернувшагося обывателя нести на себѣ одномъ отрицательныя стороны той организаціи, которая существуетъ въ интересахъ всѣхъ, нѣтъ ни малѣйшаго ни нравственнаго, ни юридическаго основанія. Вредъ, причиненный неправильнымъ функціонированіемъ государства, долженъ падать на государство же“ (тамъ же). Н. Лазаревскій такимъ образомъ 1) отрицаетъ примѣнимость здѣсь по аналогіи цивилистическихъ построеній, 2) сознаетъ необходимость обосновать эту отвѣтственность съ точки зрѣнія интересовъ государственной экономіи и отчасти государственной службы. Но, высказавъ эти цѣнныя мысли, авторъ не идетъ дальше и не даетъ намъ самой теоріи, останавливаясь именно тамъ, гдѣ должна начаться творческая работа. Это объясняется тѣмъ, что авторъ въ своихъ разсужденіяхъ упускаетъ изъ вида *мотиваціонное значеніе* возложенія отвѣтственности за убытки, а говоритъ только о несправедливости такого возложенія. На ряду съ установленіемъ *несправедливости* какого-либо законодательнаго правила необходимо доказать *вредное вліяніе* этой несправедливости *на мотивацію*, поскольку она развращающе дѣйствуетъ на цѣнное для государство правосознаніе. Необходимо было сдѣлать дальнѣйшій шагъ и доказать, что несправедливость въ данномъ случаѣ является *весьма вредною*. Тогда только точка зрѣнія политики права была бы проведена послѣдовательно, и возможно было бы построить адекватную теорію.

случаѣ правосудія) вызывается соображеніями необходимости, между тѣмъ какъ частныя предпріятія—соображеніями личной пользы. Это возраженіе также относится къ различію въ оцѣнкѣ политическихъ основаній той и другой отвѣтственности. Но ему нельзя придавать такого безусловнаго значенія, на которое оно претендуетъ: каждая публичная функція обусловливается тѣми или иными соображеніями государственной пользы, а вовсе не обладаетъ характеромъ естественной необходимости; съ другой стороны, частныя предпріятія служатъ не только интересамъ отдѣльныхъ лицъ, но и интересамъ всего государства.

Противъ теоріи профессіональнаго риска дѣлаютъ также то возраженіе, что признаніе отвѣтственности государства за бѣдствія, причиненныя отправленіемъ различныхъ государственныхъ функцій, вызоветъ въ сознаніи гражданъ нежелательныя представленія объ обязанности государства вознаграждать, подобно частнымъ лицамъ, за всѣ понесенные гражданами убытки и испытанныя бѣдствія отъ различныхъ государственныхъ реформъ и предпріятій. Возраженіе это, направленное противъ политическаго обоснованія государственнаго вознагражденія, имѣетъ нѣкоторое значеніе для теоріи профессіональнаго риска, легкомысленно и безъ достаточно глубокой оцѣнки государственныхъ интересовъ, переносящей положенія цивилистическія въ область публичнаго права, но совершенно лишено значенія для изложенной нами теоріи, которая, оцѣнивая всевозможные государственные интересы, можетъ принимать во вниманіе и данный интересъ. Укажемъ только, что значеніе этого интереса крайне преувеличивается противниками государственнаго вознагражденія. И въ настоящее время имѣются многочисленные случаи подобнаго вознагражденія (вознагражденіе за убой зачумленнаго скота, за экспропріацію, за исполненіе свидѣтельскихъ обязанностей и пр.), а опасенія противниковъ вознагражденія нисколько не оправдываются. Притомъ они забываютъ, что государственное вознагражденіе выдается лишь тогда, когда государство признаетъ какой либо частный интересъ публично-покровительствуемымъ. Такого признанія не можетъ существовать, если государство произво-

дить реформу, т. е. сознательно мѣняетъ свое прежнее покровительственное отношеніе къ тѣмъ или инымъ интересамъ.

Наконецъ, послѣднимъ возраженіемъ служитъ указаніе на различіе юридическихъ отношеній государства и его органовъ, съ одной стороны, и служащихъ и предпринимателя—съ другой. Послѣднія отношенія предполагаются основанными на договорѣ. Если государство налагаетъ обязанность вознагражденія за могущіе произойти несчастные случаи на предпринимателя, то этимъ только оно санкціонируетъ уже признанную въ потенціальномъ договорѣ найма обязанность предпринимателя. Такимъ образомъ для обоснованія частно-правовыхъ отношеній допускается фикція договора. Такъ какъ допустить такую фикцію по отношенію къ государству и его органамъ труднѣе, то отсюда и выводится утвержденіе, что государство не обязано вознаграждать, за отсутствіемъ къ тому юридическихъ основаній. Воззрѣніе это по существу не выдерживаетъ критики. Желѣзная дорога не входила въ договоры съ человѣкомъ, котораго она искалѣчила. Для фабричныхъ рабочихъ относительно вознагражденія за несчастные случаи установлены легальныя правила, и всякое отступленіе отъ этихъ правилъ, въ томъ числѣ и заключеніе договоровъ объ отказѣ отъ вознагражденія на случай несчастія или объ уменьшеніи размѣра его, признается недѣйствительнымъ. Вообще же значеніе договорной воли въ этой области крайне ничтожно, такъ какъ рѣчь идетъ о такихъ функціяхъ, по отношенію къ которымъ не предоставляется свободнаго выбора условій (рабочій долженъ или поступать на фабрику на предложенныхъ условіяхъ, или умирать съ голода, пассажиръ—или сидѣть въ своемъ медвѣжьемъ углу, или воспользоваться желѣзной дорогой и т. д.). Наконецъ, самое изобрѣтеніе фикцій есть довольно безплодное занятіе, такъ какъ признаніемъ своихъ основныхъ понятій фикціями сама теорія констатируетъ свою ложность.

Такимъ образомъ возраженія, приводимыя противъ теоріи профессіональнаго риска, пробиваютъ значительную брешь въ догматическихъ утвержденіяхъ этихъ теорій и, наоборотъ, могутъ быть использованы какъ дальнѣйшіе аргументы для

поддержанія развитой нами теоріи экономической защиты государствомъ покровительствуемыхъ имъ частныхъ интересовъ.

Б. На ряду съ указанными теоріями выставлялись теоріи, приравнивающія отвѣтственность казны къ *отвѣтственности страховщика*, при чемъ предполагалось, что страховая сумма вносится населеніемъ въ видѣ податей [1]). Эта теорія, какъ замѣчаетъ г. Лазаревскій, правильно отмѣчая моментъ нѣкотораго разложенія вреда, понесеннаго пострадавшимъ, между населеніемъ, однако совершенно неправильно формулируетъ его въ видѣ договора страхованія. Но кромѣ того въ данномъ случаѣ и характеръ вреда иной, нежели при страхованіи, и размѣръ выдачи опредѣляется не величиной взносовъ, а значеніемъ признаваемыхъ государствомъ подлежащими возмѣщенію публичныхъ интересовъ. Даже въ области государственнаго страхованія, которое установлено для рабо-

---

[1]) Идею эту очень ясно выставляетъ Hauriou (Les actions en indemnité contre l'état. Revue du droit publ. 1896. II p. 51—55). „Дѣло происходитъ такъ, какъ будто бы государство, въ качествѣ юридическаго лица, организовало по договору взаимное страхованіе между управляемыми противъ риска отъ административныхъ случайностей. Идея подобнаго страхованія логически вытекаетъ изъ равенства передъ закономъ и передъ публичными функціями; равенство передъ публичными функціями должно преслѣдоваться непосредственно тамъ, гдѣ возможно осуществить его, напр., при взиманіи налоговъ, при отбываніи воинской повинности; косвеннымъ же путемъ его должно преслѣдовать посредствомъ установленія возмѣщающаго вознагражденія въ тѣхъ случаяхъ, когда публичная функція сама по себѣ неравномѣрно распредѣляется между управляемыми. Это возмѣщающее вознагражденіе можетъ быть уплачиваемо съ большимъ удобствомъ кассами взаимнаго страхованія, соединенными съ публичной службой и составляющимися изъ взносовъ, уплачиваемыхъ въ составѣ налога". Далѣе указывается, что для такого возмѣщенія необходимъ *спеціальный* вредъ. Ошибочныя или неосторожныя дѣйствія администраціи должны быть признаны причиняющими подобный вредъ. „Вредъ, который причиняется отдѣльными административными ошибками или небрежностями, тѣмъ самымъ становится въ достаточной степени спеціальнымъ, чтобы подлежать вознагражденію, потому что эти ошибки и небрежности должны быть признаны настолько рѣдкими, что лица, явившіяся жертвами ихъ, по сравненію съ другими управляемыми могутъ быть признаны находящимися въ несправедливомъ положеніи, которое требуетъ исправленія". Далѣе авторъ выводитъ, что вознагражденіе это публичнаго характера и что практическое примѣненіе его допускаетъ большую гибкость. Позднѣе, въ пятомъ изданіи своего учебника Hauriou склонился болѣе къ теоріи административнаго риска.

чихъ въ Германіи, соотвѣтственные классы населенія призваны къ болѣе активному участію въ образованіи необходимыхъ для страховыхъ выдачъ суммъ, чѣмъ остальное населеніе. Аналогія съ институтомъ страхованія явится еще менѣе точной, чѣмъ аналогія съ отвѣтственностью крупныхъ предпріятій, не говоря уже о томъ, что она сохраняетъ всѣ недоказанныя догматическія утвержденія, которыя имѣются и въ первой теоріи.

В. Въ области вопроса о вознагражденіи за безъ вины понесенное подслѣдственное заключеніе выставляются двѣ конструкціи: конструкція *юридическая*, разсматривающая вознагражденіе, какъ право потерпѣвшаго, и конструкція вознагражденія, какъ *благотворительности*, оказываемой пострадавшему.

Юридическая теорія [1]) исходитъ изъ того положенія, что государство обладаетъ правомъ преслѣдованія только лицъ виновныхъ; на послѣднихъ же лежитъ обязанность подчиненія актамъ преслѣдованія. При невинности преслѣдуемаго, государство поступитъ неправомѣрно, если примѣнитъ къ нему принудительныя мѣры; а изъ этой неправомѣрности на основаніи общихъ положеній гражданскаго права вытекаетъ обязанность вознагражденія. Эта теорія, страдая, какъ и предыдущія, смѣшеніемъ областей частнаго права съ публичнымъ, страдаетъ еще и тѣмъ специфическимъ порокомъ, что совершенно отказывается отъ правно-политическихъ соображеній и *догматически* конструируетъ отвѣтственность государства. Отвѣтственность по этой теоріи является какъ бы логическимъ послѣдствіемъ неправомѣрности; если же не признавать существованія подобной отвѣтственности по дѣйствующему праву, то вывести ее, какъ мы указали, возможно исключительно изъ соображеній политики. Юридическая конструкція неправильна: понятіе неправомѣрности дѣйствій государства, подвергающаго принудительнымъ мѣрамъ лицъ невинныхъ, не можетъ быть основано на положительномъ

[1]) Представителемъ ея у насъ является Н. Розинъ. О вознагражденіи и т. д. Журн. Мин. Юст. 1900, кн. 9.

правѣ. Государству предоставлено (да иначе и быть не можетъ) подвергать стѣсненіямъ тѣхъ, кого оно *признаетъ* виновными; само собою разумѣется, что при всей осторожности и внимательности въ этой группѣ могутъ оказываться и лица невинныя; и вредъ такимъ лицамъ можетъ быть причиняемъ вполнѣ *правомѣрными* дѣйствіями органовъ государства. Высказываемое юридической теоріей положеніе можетъ имѣть значеніе идеальнаго правно-политическаго принципа. Вмѣсто того, однако, этотъ принципъ положенъ въ догматическія построенія, безъ всякихъ соображеній о томъ, поскольку онъ можетъ быть дѣйствительно проведенъ въ жизнь. Въ настоящее время государство, пользуясь своимъ правомъ заключенія подъ стражу, не преступаетъ закона: вѣдь и при заключеніи невиннаго могутъ быть соблюдены всѣ правила уложенія и устава процессуальнаго [1]). Теоріи юридическія принимаютъ за данное то, что предстоитъ доказать, онѣ также склонны на примѣры цивилистическаго характера [2]) и на примѣры существованія государственнаго вознагражденія въ другихъ областяхъ, но эти примѣры принципіальнаго характера не имѣютъ. Ими доказывается только, что въ извѣстныхъ случаяхъ, изъ соображеній политики, государство признало необходимымъ настолько оградить интересы частныхъ лицъ, что приняло непосредственно на себя обязанность вознагражденія. Путемъ аналогіи эта отвѣтственность никоимъ образомъ не можетъ быть распространяема [3]).

---

[1]) Kamm приводитъ такую юридическую конструкцію. „Durch die Entschädigung der unschuldig in Untersuchungshaft genommenen Person wird nicht ein Fehler der Justiz, ein Unrecht wieder gut gemacht, sondern einem Unschuldigen der Schaden ersetzt, der er durch eine gegen ihn als verdächtig rechtmässig verhängte Untersuchungshaft erlitten hat.“ (S. 179).

[2]) См. Н. Розинъ ц. с. стр. 106.

[3]) Особую разновидность юридическихъ теорій составляетъ теорія, проводящая аналогію между причиненіемъ вреда третьему лицу *при крайней необходимости* и вытекающей отсюда обязанностью вознагражденія, съ одной стороны, и между причиненіемъ государствомъ вреда невиннымъ лицамъ при осуществленіи имъ своихъ болѣе высокихъ задачъ уголовнаго правосудія—съ другой. Эта теорія, на основаніи наличности въ обоихъ случаяхъ аналогичной коллизіи интересовъ, переноситъ обязанность вознагражденія и на государство.

Г. Теоріи, стремящіяся конструировать отвѣтственность государства, *какъ филантропическую обязанность*, страдаютъ

Примѣняя аналогію, теорія сразу вводитъ негодный методъ. Высказанная впервые R. Merkel'емъ (Die Kollision der rechtmässigen Interessen, 1889), она полнѣе развита H. Tobler'омъ (Entschädigungspflicht des Staates 1905). Въ основѣ построенія обоихъ лежитъ выставленный A. Merkel'емъ слѣдующій принципъ гражданскаго права (см. Juristische Encyclopaedie § 692). „Тотъ, кто причинилъ вредъ, можетъ быть обязанъ къ возмѣщенію его, такъ какъ предпріятіе, которое вызвало вредъ, было *его* предпріятіемъ, расходы по которому по справедливости и должны быть на него возложены". Причинившимъ можетъ быть здѣсь не только частное предпріятіе, но и государство. Тоблеръ (стр. 17—25) слѣдующимъ образомъ развиваетъ эту теорію. При равноцѣнности сталкивающихся интересовъ важенъ моментъ противоправности. При неравноцѣнныхъ интересахъ допустимо въ цѣляхъ правопорядка посягательство на интересъ менѣе цѣнный. Интересы сводятся къ денежнымъ цѣнностямъ, и, позволяя болѣе цѣнному интересу нарушить менѣе цѣнный, какъ это мы дѣлаемъ всегда при крайней необходимости, мы должны обязать его къ денежному вознагражденію за такое нарушеніе послѣдняго,— только тогда вторженіе будетъ правомѣрнымъ. „Предприниматель, который не отказывается отъ эксплоатаціи предпріятія, хотя и предвидитъ неизбѣжные случаи несчастій, посягаетъ ради своихъ интересовъ на законные интересы невинныхъ жертвъ такой эксплоатаціи, и поэтому обязанъ возмѣстить причиненный имъ ущербъ". (Tobler S. 21). Съ понятіемъ предпріятія по этой теоріи уже соединена обязанность вознагражденія за причиняемый вредъ третьимъ лицамъ. Носитель болѣе значительнаго интереса получаетъ отъ закона разрѣшеніе осуществить его въ ущербъ менѣе значительному, подъ условіемъ вознагражденія за послѣдній. Эта теорія не ограничивается областью частнаго права, а распространяется и на публичное (экспропріація). Осуществляя правосудіе, государство на основаніи того же принципа должно возмѣстить гражданамъ весь проистекающій отъ этого вредъ. Но и въ области публичнаго права возмѣщеніе вреда сохраняетъ свою цивилистическую конструкцію: „если вознагражденіе, преслѣдующее уравненіе этого вреда, является частно правовымъ, если оно направлено противъ частнаго или должностного лица, то оно останется частно-правовымъ и въ томъ случаѣ, когда будетъ направлено противъ государства; это тѣмъ болѣе правильно, что государство затрагивается здѣсь не при осуществленіи его суверенныхъ правъ, а при нанесеніи вреда въ коллизіи интересовъ для сохраненія болѣе значительнаго интереса по волѣ и выгодѣ наносящаго вредъ" (S. 25). Недостаткомъ указанной теоріи является абсолютность оцѣнки: интересъ можетъ быть болѣе или менѣе значительнымъ лишь съ какой либо точки зрѣнія, а не самъ по себѣ. Въ частномъ правѣ, гдѣ государство не устанавливаетъ принципіальнаго неравенства интересовъ, принципъ возмѣщенія при коллизіи еще можетъ находить примѣненіе, въ правѣ публичномъ онъ далеко не имѣетъ такого послѣдовательнаго примѣненія. Въ публичномъ правѣ какъ большій, такъ и меньшій интересъ суть одинаково публичные интересы, и государство, если признаетъ нужнымъ возмѣстить причиненіе вреда меньшему интересу, то лишь постольку,

тѣми же недостатками [1]). Общимъ образомъ слѣдуетъ замѣтить, что обязанность филантропіи не можетъ быть возложена на кого либо; ей вообще нельзя указать легальныхъ границъ. Она, руководясь чувствомъ состраданія, всюду вноситъ свою свѣтлую поддержку. Филантропія иногда противорѣчитъ даже справедливости, основанной на подведеніи всѣхъ подъ опредѣленную мѣрку; чувство по существу прихотливо и постоянно склонно нарушать установленныя мѣрки. Филантропическая обязанность относится къ нравственности, законъ же въ основу своихъ построеній долженъ класть не чувство, а разумъ—сознательное преслѣдованіе опредѣленныхъ цѣлей, не предоставляя рѣшенія важнаго государственнаго вопроса на произволъ тѣхъ или иныхъ филантропическихъ взглядовъ своихъ чиновниковъ. Авторы, конструирующіе государственное вознагражденіе лицъ, невинно понесшихъ послѣдственное заключеніе, какъ филантропическую обязанность, видятъ въ этомъ вознагражденіи лишь пособіе, выдаваемое несостоятельнымъ и заслуживающимъ состраданія оправданнымъ и освобожденнымъ. Почему, однако, съ такой точки зрѣнія выдѣлять лицъ, признанныхъ невинными? Все дѣло сводится не къ степени виновности, а къ степени бѣдности. И развѣ бѣдняки, отбывшіе наказаніе, не нуждаются въ такой поддержкѣ. Государственная благотворительность вполнѣ допустима, она проявляется въ устройствѣ богадѣленъ, пріютовъ, обществъ патроната и т. д., но почему ограничивать такую благотворительность только лицами невинными? Въ виду того, что легальныхъ границъ для такой благотворительности устано-

---

поскольку оно признаетъ это цѣннымъ съ публичной точки зрѣнія, т. е. оно разсматриваетъ возмѣщеніе вреда въ данномъ случаѣ, какъ самостоятельную задачу государственной политики, а не какъ необходимое послѣдствіе оказаннаго предпочтенія. Допуская общеобязательность этого принципа въ частномъ правѣ (вслѣдствіе его большой правно-политической важности въ этой области), мы отнюдь не рѣшились бы, безъ провѣрки правно-политическихъ основаній въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, утверждать его цѣлесообразность для публичнаго права.

[1]) Наиболѣе полное выраженіе эта теорія нашла въ работѣ И. Я. Фойницкаго. О вознагражденіи невинно къ суду уголовному привлеченныхъ. Спб. 1882 г.

вить нельзя или всякія границы окажутся произвольными, то слѣдуетъ признать, что она скорѣе есть дѣло общества, которому государство можетъ оказывать матеріальную помощь, какъ то мы видимъ въ области патроната [1]). Сама по себѣ мысль воспомоществованія лицамъ бѣднымъ, пострадавшимъ отъ суда, къ которому они были привлечены, глубоко симпатична, и общественная благотворительность будетъ здѣсь вполнѣ у мѣста даже на ряду съ обязанностью государства вознаграждать лицъ невинно-привлеченныхъ. Такіе почины сдѣланы у насъ Буцковскимъ, Яневичемъ-Яневскимъ и находятъ себѣ дальнѣйшую поддержку.

Указаніе теорій на филантропическую обязанность есть уже заранѣе принятое въ качествѣ посылки отрицаніе юридической обязанности государства вознаграждать, т. е. опять таки отрицаніе чисто догматическаго характера [2]). Сторон-

---

[1]) И въ настоящее время въ Россіи многія общества патроната поставили своей задачей оказаніе матеріальной и соціальной поддержки лицамъ, содержавшимся подъ стражей до суда и оправданнымъ, или тѣмъ содержавшимся въ заключеніи, относительно которыхъ преслѣдованіе было прекращено (см. уставъ С.-Петербургскаго общества попеченія о несовершеннолѣтнихъ, подвергаемыхъ личному задержанію § 1, Мужского и дамскаго С.-Петербургскаго и Московскаго благотворительныхъ комитетовъ, ст. 1 т. XIV; Владимірскаго общества покровительства освобожденнымъ изъ мѣстъ заключенія § 3, С.-Петербургскаго общества патроната ст. 1 п. 1 и 3, Пермскаго общества попеченія о лицахъ, освобождаемыхъ изъ мѣстъ заключенія § 1, Ростовскаго на Дону и Таганрогскаго обществъ для пособія освобождаемымъ § 1 п. *б* и *в*, Харьковскаго общества покровительства лицамъ, освобождаемымъ § 3). Но здѣсь вознагражденіе имѣетъ чисто благотворительный характеръ; оно предоставляется не только содержавшимся подъ стражей, но и оставшимся на свободѣ во время суда, отпущеннымъ на поруки и пр. т. е. не пострадавшимъ отъ ошибокъ суда вообще, а бѣднымъ. Помощь оказывается не только самому подвергнувшемуся осужденію, а и его семьѣ. Она выражается большею частью въ снабженіи одеждою, пищею и пріютомъ, а въ отдѣльныхъ случаяхъ, и въ выдачѣ денежныхъ пособій, въ пріисканіи службы или какихъ-либо заработковъ, помѣщеніи въ дома призрѣнія, леченіи, доставленіи средствъ для возвращенія на родину, и т. д. Число такихъ обществъ въ Россіи такимъ образомъ ничтожно и помощь оказывается самая элементарная.

[2]) Въ настоящее время имѣется очень неблагопріятная атмосфера для возникновенія теорій, совершенно отрицающихъ денежную отвѣтственность казны передъ гражданами, такъ какъ такая отвѣтственность уже принята многими законодательствами и приноситъ весьма благіе результаты, отрицать государственное значеніе которыхъ невозможно. Но прежнее время, даже середина

ники этихъ теорій рядомъ цивилистическихъ формулъ стремятся отрицать обязанность государства вознаграждать: casum sentit dominus; qui suo jure utitur neminem laedit—говорятъ они. Но положенія эти, какъ можно было бы доказать, примѣнимы только къ области частно-правовыхъ отношеній, и то въ настоящее

XIX вѣка, изобиловало этими теоріями. Особенно много ихъ было по вопросу объ отвѣтственности государства за неправильныя рѣшенія судей. „При этомъ, какъ это ни можетъ показаться страннымъ съ перваго взгляда, вопросъ этотъ разрѣшался въ отрицательномъ смыслѣ даже и наиболѣе убѣжденными сторонниками того ученія, что государство вообще обязано вознаграждать убытки, причиненные дѣйствіями его органовъ. И отрицали отвѣтственность государства за судей не только тѣ, кто стоялъ на чисто гражданской точкѣ зрѣнія, какъ напр. Буддеусъ, Блюнчли или Цопфль, но и представители государственныхъ теорій отвѣтственности казны, какъ, напр., Геффтеръ, Пфейферъ, изъ болѣе позднихъ Лоранъ или Штенгель. Основаніемъ для отрицанія отвѣтственности казны за убытки, причиненные судебными установленіями, являлась обыкновенно ссылка на независимость судей и на законную силу судебныхъ рѣшеній". (Лазаревскій стр. 329—330). Такому отрицательному взгляду, думается намъ, способствовало и то, что повсюду установленіе отвѣтственности казны за должностныхъ лицъ влекло за собою необходимость лучшей организаціи службы, необходимость болѣе послѣдовательнаго проведенія іерархическаго принципа, чтобы приспособить дѣятельность низшихъ органовъ къ тенденціямъ, идущимъ сверху, въ области же судебной дѣятельности особенно важно было охранить независимость, въ жертву которой поэтому и приносилось послѣдовательное проведеніе отвѣтственности.

Изъ отдѣльныхъ отрицательныхъ теорій отмѣтимъ теорію Mohl'я, сильно повліявшую на составителей судебныхъ уставовъ 1864 г. Mohl сводилъ всякое неосновательное заключеніе и задержаніе къ простому несчастью, за которое никто отвѣчать не можетъ: чиновникъ—потому, что онъ ни въ чемъ не виноватъ, государство—потому, что оно должно предоставить органамъ судебной полиціи извѣстное усмотрѣніе, такъ какъ они по существу своихъ функцій имѣютъ дѣло съ людьми подозрительными, которые еще не совершили преступленія, но лишь могутъ или желаютъ его совершить; если стѣснить эту дѣятельность государства, то ему, вмѣсто предупрежденія преступленій, придется ограничиваться караніемъ уже совершенныхъ (ср. Лазаревскій, ц. с. стр. 208). Далѣе, для реабилитированія, отмѣтимъ и теорію Ленинга, которая неправильно относится Лазаревскимъ къ числу отрицательныхъ. Эта теорія основывается на слѣдующихъ соображеніяхъ, выставленныхъ въ ограниченіе настойчиво проводившагося принципа полной отвѣтственности (Loening. Die Haftung des Staates aus rechtwidrigen Handlungen seiner Beamten 1879, стр. 117—135): 1) граждане не поставлены закономъ въ пассивное положеніе предъ неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, они имѣютъ право самообороны, право неповиновенія, и полученный вредъ часто можетъ быть результатомъ ихъ малодушія, 2) каждый гражданинъ до извѣстной степени долженъ нести рискъ за пользованіе извѣстными благами государственной системы. Спеціально по вопросу объ отвѣтственности государства за рѣшенія судей Loening дѣлаетъ слѣдующіе выводы (р. 124—126). Рѣшеніе,

время съ серьезными исключеніями [1]), и расширеніе ихъ

какъ таковое, являясь только формальнымъ правомъ, не можетъ устанавливать права на вознагражденіе со стороны государства, такъ какъ имъ не причинено еще никакого вреда. Вредъ можетъ возникнуть лишь отъ исполненія рѣшенія. Но, если это рѣшеніе можетъ быть обжаловано, если потерпѣвшій имѣлъ возможность предотвратить его, то государство свободно отъ отвѣтственности. Рѣшеніе же, постановленное судомъ окончательно, является правомѣрнымъ, пока оно не замѣнено противоположнымъ ему правомѣрнымъ рѣшеніемъ (напр., при пересмотрѣ дѣла). Но и при такой замѣнѣ, указывающей на неправомѣрность рѣшенія въ первомъ случаѣ, государство явится отвѣтственнымъ только тогда, если отмѣна перваго приговора произошла вслѣдствіе правонарушенія, учиненнаго на судѣ должностнымъ лицомъ. Обязанность государства къ вознагражденію оправдывается здѣсь только тѣмъ, что государство *принуждаетъ* подчиненныхъ ему лицъ принимать право, установляемое его судами, и что оно объявляетъ незаконнымъ всякое сопротивленіе, направленное противъ выполненія вступившаго въ законную силу приговора суда. Въ этомъ случаѣ вознагражденіе отъ государства требуется справедливостью. Ленингъ вполнѣ допускаетъ въ качествѣ основаній для вознагражденія всѣ условія пересмотра уголовныхъ дѣлъ, указанныя въ ст. 499 сл. герм. SPO. Изложенная теорія Ленинга отнюдь не отрицаетъ отвѣтственности государства, а лишь, подмѣчая два правильныхъ ограничительныхъ момента ея, преувеличиваетъ ихъ политическое значеніе. Самъ авторъ въ заключительныхъ словахъ книги пишетъ лишь о невозможности установить эту отвѣтственность *общимъ образомъ*, требуя изслѣдованія правовыхъ основаній *въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ* (стр. 135). Съ другой стороны, онъ признаетъ субсидіарную отвѣтственность государства въ тѣхъ случаяхъ, когда государство само вручило должностному лицу сильную власть, которою онъ могъ злоупотреблять при совершеніи преступленій (стр. 122). Такой умѣряющій взглядъ Ленинга являлся даже цѣннымъ по сравненію съ крайними теоріями, доходившими въ своихъ теоретическихъ выводахъ до признанія полной отвѣтственности государства за всѣ дѣйствія должностныхъ лицъ. Ни въ коемъ случаѣ поэтому нельзя признать правильнымъ того reductio ad absurdum, которое пытается учинить съ теоріей Ленинга Н. Лазаревскій (стр. 211—215), принимая положенія, имѣющія у Ленинга относительный характеръ, за абсолютныя и приписывая ему взгляды, совершенно отрицающіе отвѣтственность государства, на основаніи этихъ двухъ частичныхъ соображеній.

Что касается множества другихъ теорій отвѣтственности государства за должностныхъ лицъ, которыя почти не задѣвали или задѣвали, но крайне слабо, разсматриваемый нами вопросъ о вознагражденіи за безъ вины понесенное подслѣдственное заключеніе, то мы охотно ссылаемся на весьма обстоятельное изложеніе и критику ихъ у Н. Лазаревскаго (стр. 228—282) и E. Loening'a (стр. 53—117).

[1]) См. по этому вопросу новѣйшую монографію Louis Josserand. De l'abus des droits. Paris 1905. „La théorie classique de la faute combinée avec l'adage „Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur“ craque de toute part: à l'axiome viéilli que nous sommes irresponsables dans l'exercice de nos droits, la sagesse

посредствомъ аналогіи представляется крайне неправильнымъ. Только тогда конструкцію филантропическую можно было бы признать обоснованной, если бы было доказано, что государственный интересъ достигается такой конструкціей въ большей степени, чѣмъ конструкціей правовой. Возможность же доказанія этого тезиса подлежитъ большому сомнѣнію. Вредъ матеріальный, причиняемый неправильнымъ подслѣдственнымъ заключеніемъ, при такой постановкѣ еще кое-какъ, въ случаяхъ особой необходимости, былъ бы удовлетворенъ; однако нематеріальный ущербъ, наносимый этимъ правосознанію народа, остался бы совершенно невозмѣщеннымъ, такъ какъ воздаяніемъ за понесенную несправедливость является не филантропія, а присвоенное пострадавшему, какъ коррективъ этой несправедливости, право на вознагражденіе. Кромѣ того, самая экономическая политика филантропіи болѣе близорука и произвольна, нежели сознательно-продуманная политика законодательства, восполняемая въ нѣкоторой мѣрѣ усмотрѣніемъ судьи. Установленіе филантропической обязанности внесетъ также неопредѣленность въ законодательство, едва-ли допустимую при настоящемъ строѣ. По всѣмъ этимъ основаніямъ должно признать, что правовая постановка будетъ въ значительно большей степени удовлетворять государственнымъ интересамъ справедливости, экономическаго обезпеченія и улучшенія правосудія. Она и принята во всѣхъ законахъ, допускающихъ вознагражденіе за безъ вины понесенное заключеніе. Появленіе теорій благотворительныхъ объясняется слишкомъ крайними требованіями теорій полнаго возмѣщенія убытковъ, перенесшихъ сюда изъ области гражданскаго права мало удовлетворительный для права

---

unanime des nations tend à substituer ce principe de raison que nous risquons d'engager notre responsabilité toutes les fois que nous agissons,—soit que notre action puisse se reclamer d'un droit défini—soit que nous réalisons purement et simplement notre liberté, source et matière première de tous nos droits" (p. 16). Здѣсь слѣдуетъ также напомнить хотя-бы ст. 226 герм. гражд. ул.: „не допускается осуществленіе права, если цѣлью такого осуществленія можетъ быть только причиненіе вреда другому". Многочисленныя ограниченія для англійскаго права см. Pollock. Law of torts. 5 ed. p. 300—303. Salmond. Jurisprudence or theory of the law. 1902. p. 421.

публичнаго моментъ возмѣщенія всѣхъ убытковъ и ускользнувшихъ выгодъ. Въ этомъ отношеніи развитая нами теорія занимаетъ среднее мѣсто. Обязанность государственнаго вознагражденія должна быть конструирована, независимо отъ существующихъ цивилистическихъ институтовъ, какъ публично-правовая обязанность, объемъ и условія примѣненія которой должны быть, какъ и сама обязанность, выведены изъ требованій государственной политики. Только такимъ методомъ, по нашему мнѣнію, можно достичь удовлетворительнаго рѣшенія вопроса.

Въ дальнѣйшемъ мы разсмотримъ предѣлы отвѣтственности должностныхъ лицъ за неправильное заключеніе подъ стражу и обсудимъ, насколько эти границы оправдываются соображеніями политики, а затѣмъ проконструируемъ государственную обязанность вознагражденія, спеціально опредѣливъ: 1) субъектовъ, могущихъ притязать на нее, 2) условія, исключающія такое вознагражденіе, 3) объемъ благъ, подлежащихъ возмѣщенію, и 4) порядокъ осуществленія этого права. Въ заключеніе остановимся на положеніи этого вопроса въ русскомъ законодательствѣ.

V. Достаточно въ общихъ чертахъ просмотрѣть постановленія европейскихъ государствъ объ отвѣтственности судей за неправильное и неосновательное заключеніе подъ стражу, чтобы прійти къ тому заключенію, что интересы невинно пострадавшаго не могутъ быть защищены ею въ достаточной степени. Гражданская отвѣтственность судьей поставлена значительно уже отвѣтственности частныхъ лицъ; судьи отвѣчаютъ лишь за умышленное преступленіе и за грубую небрежность, за которой можетъ скрываться умыселъ. *Въ Германіи* по ст. 839 герм. гражд. ул. неправильно арестованный можетъ отыскивать убытки съ судьи лишь при умышленномъ или неосторожномъ нарушеніи судьею своихъ служебныхъ обязанностей. Если судья нарушилъ свой служебный долгъ при разрѣшеніи какого-либо дѣла, то онъ отвѣчаетъ за причиненный вредъ только тогда, если нарушеніе служебнаго долга подлежитъ публичному наказанію въ порядкѣ уголовнаго суда. Это постановленіе не имѣетъ примѣненія къ противоза-

конной медленности или къ отказу выполнять свои обязанности (т. е. судья отвѣтствуетъ за рѣшеніе, постановленное только съ умышленнымъ пристрастіемъ или по подкупу). Въ прежнее время допускалась въ отдѣльныхъ государствахъ Германіи лишь отвѣтственность за тяжкую вину. *Въ Австріи* въ ст. 8 конституціи 1867 г. мы находимъ установленную общимъ образомъ отвѣтственность государства за незаконный арестъ, на практикѣ, однако, не нашедшую себѣ примѣненія. По закону же 12 іюля 1872 г. безъ вины понесшій предварительное заключеніе можетъ предъявить искъ объ убыткахъ къ судьѣ, если тотъ превысилъ свою законную власть или назначилъ заключеніе умышленно или по небрежности. Предъявленіе подобныхъ исковъ къ прокуратурѣ, имѣющей право ареста на стадіи дознанія, не допускается вовсе. *Въ Италіи* лицо, неправильно арестованное, можетъ привлечь къ отвѣтственности виновнаго судью, который приговаривается къ штрафу или тюрьмѣ до семи лѣтъ (ст. 147, 151 угол. ул.); искъ же о вознагражденіи за убытки можетъ быть вчиненъ лишь при наличности умысла, злой воли и взяточничества. *Португальская* конституція въ ст. 123 и 124 устанавливаетъ отвѣтственность судей за злоупотребленія и правонарушенія при исполненіи ихъ обязанностей. Возбужденіе иска о вознагражденіи за убытки допускается только въ случаяхъ подкупа, лихоимства, взяточничества, растраты.

Во Франціи ст. 505 уст. гражд. суд. установлена гражданская отвѣтственность судей въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) если доказано, что во время слѣдствія или при постановленіи приговора учинены судьею дѣйствія по злому умыслу, обману и мошенничеству; 2) если гражданская отвѣтственность судьи ясно указана въ законѣ; 3) если законъ объявляетъ отвѣтственнымъ судью за убытки и 4) если судьей учиненъ отказъ въ правосудіи. Случаи, обозначенные въ п. 1, распространяются и на взяточничество и на пристрастіе судей. Въ п. 2 указывается на ст. 2063 гр. ул., ст. 77, 112, 164, 271, 370 и 483—503 уст. уг. суд. и 114, 117, 119, 174, 177 и 187 угол. ул., которыми, между прочимъ, предусматриваются произвольное посягательство на свободу, отказъ

въ констатированіи противозаконнаго задержанія, лихоимство и пр. Умыселъ, невѣдѣніе или ошибка судьи, какъ бы грубы они ни были, не даютъ еще права на взысканіе убытковъ. Законъ 8 декабря 1897 г. распространилъ гражданскую отвѣтственность судей и на случаи непроизводства допроса въ теченіе сутокъ, независимо отъ того, было ли это результатомъ умысла или небрежности (ст. 2). Сама гражданская отвѣтственность приближается къ системѣ легальныхъ штрафовъ, такъ какъ ст. 119 установлено, что взысканіе не можетъ быть ниже 25 франковъ за день лишенія свободы [1]).

Что касается *Англіи*, то основнымъ искомъ о возмѣщеніи убытковъ при неправильномъ задержаніи и заключеніи является action of false and illegal imprisonment. При наличности неправильнаго ареста, съ точки зрѣнія какъ формальной, такъ и матеріальной (напр., ареста по неправильно составленному приказу судьи, а также при самовольномъ удержаніи сверхъ законнаго срока или же при неосновательности за-

---

[1]) Относительно Франціи Hauriou (Actions en indemnité contre l'état. Revue du droit public 1896. II, p. 61) замѣчаетъ: „Относительно отвѣтственности за вредъ, вытекающій изъ небрежности или ошибки, юриспруденція и значительное большинство авторовъ вполнѣ основательно различаютъ actes de puissance publique и actes de gestion des services publics; первые суть тѣ, въ которыхъ проявляется могущественная власть государства, вторые относятся къ обыденному функціонированію организованной публичной службы и не требуютъ вмѣшательства публичной власти... При actes de puissance publique по общему правилу убытки не возмѣщаются, по самымъ разнообразнымъ основаніямъ, которыя по существу сводятся къ указанію необходимости обезпечить самостоятельность публичной власти". При судебныхъ ошибкахъ основаніемъ для отказа служитъ непогрѣшимость суда. При actes de gestion des services государство разсматриваетъ ошибки органовъ, какъ свои собственныя и вознаграждаетъ за нихъ. Но дѣленіе этихъ функцій относительно. Н. Лазаревскій (ц. с. стр. 313) признаетъ невозможнымъ расщепленіе должностныхъ дѣйствій на имѣющія частно-правовые и публично-правовые элементы, и считаетъ французскую теорію искусственной. Впрочемъ, и сама юриспруденція не придерживается строго правилъ закона и понемногу склоняется къ болѣе правильной точкѣ зрѣнія: „юриспруденція постепенно расширяетъ правило вознагражденія, но съ тѣмъ существеннымъ ограниченіемъ, что отвѣтственность на государство возлагается лишь въ случаяхъ болѣе легкой вины или ошибки, которыя скорѣе могутъ найти себѣ объясненіе въ плохой организаціи службы или въ недостаткѣ руководящихъ правилъ, нежели въ самомъ дѣйствіи чиновника. Въ случаѣ грубой небрежности оно предоставляетъ отыскивать убытки съ чиновника" (Hauriou. p. 64).

держанія, выяснившейся на судѣ) всякія должностныя лица, виновныя въ такомъ задержаніи, подлежатъ суду присяжныхъ [1]), который имѣетъ въ Англіи компетенцію и въ гражданскихъ дѣлахъ, и этотъ судъ назначаетъ сумму вознагражденія за убытки по своему усмотрѣнію, безъ всякихъ руководственныхъ указаній со стороны судьи-предсѣдателя. Сумма эта вычисляется большею частью скорѣе въ зависимости отъ вины задержавшаго, нежели отъ дѣйствительныхъ убытковъ, понесенныхъ подвергнутымъ задержанію, и достигаетъ порою весьма значительныхъ размѣровъ. На ряду съ искомъ о неправильномъ заключеніи имѣется искъ по поводу злостнаго преслѣдованія (for malice prosecution), по которому обвинитель отвѣчаетъ за привлеченіе къ суду невиннаго, сдѣланное по злобѣ, корысти, ненависти и т. д.; искъ этотъ также подсуденъ суду присяжныхъ. Но кромѣ того установлена въ законѣ система легальныхъ штрафовъ въ пользу потерпѣвшаго: такъ, всякій, не выдавшій копіи постановленія о заключеніи подъ стражу, уплачиваетъ штрафъ въ 100 фунтовъ ст. въ пользу потерпѣвшаго; судья, не выдавшій въ вакаціонное время приказа Habeas Corpus, уплачиваетъ штрафъ въ 500 фунтовъ; судья, лишившій свободы лицо, освобожденное въ силу Habeas Corpus Act, если онъ не является членомъ того суда, въ который освобожденное лицо должно явиться, уплачиваетъ штрафъ въ пользу пострадавшаго въ размѣрѣ 500 фунт. ст. [2]) и т. д. Эти легальные штрафы на дѣлѣ примѣняются крайне рѣдко, такъ какъ предупредительное дѣйствіе ихъ не оставляетъ желать лучшаго. Общимъ образомъ относительно англійской системы можно сказать, что законодатель не опасался установить для должностныхъ лицъ и спеціально для судей тяжкую гражданскую

---

[1]) „Въ Англіи идея равенства предъ закономъ или всеобщее подчиненіе всѣхъ классовъ одному закону, примѣняемому обыкновенными судами, проводится до послѣднихъ предѣловъ. У насъ всякое должностное лицо, начиная съ перваго министра и кончая послѣднимъ констеблемъ или сборщикомъ податей, подлежитъ такой же отвѣтственности за поступки, неоправдываемые закономъ". Дайси, Основы государственнаго права Англіи 1891, стр. 145.

[2]) В. Ф. Дерюжинскій. „Habeas Corpus Act и его пріостановка". 1895, стр. 106 сл., 121, 144.

отвѣтственность, такъ какъ съ одной стороны предоставилъ имъ большую самостоятельность дѣйствій и широкую власть, а съ другой стороны обезпечилъ ихъ экономическое положеніе большимъ жалованіемъ [1]).

Въ тѣхъ странахъ, гдѣ установлено государственное вознагражденіе за безъ вины понесенное подслѣдственное заключеніе, расширена и отвѣтственность судей, но лишь предъ государствомъ, которое можетъ возлагать или не возлагать убытки на судью, по своему усмотрѣнію, въ зависимости отъ дѣйствительной виновности судьи. Такъ, въ нѣкоторыхъ кантонахъ *Швейцаріи* (Во, Тессинъ, Бернъ, Невшатель и Фрибургъ) потерпѣвшій, даже при субъективной виновности судьи, можетъ обращаться къ государству, которое, въ свою очередь, если сочтетъ нужнымъ, само взыскиваетъ убытки съ судьи, обвинителя или доносителя [2]). *Въ Венгріи* потерпѣвшему предоставляется выборъ между обращеніемъ къ государству и обращеніемъ къ самому судьѣ; послѣдній отвѣчаетъ только въ случаѣ субъективной виновности въ дисциплинарномъ или уголовномъ проступкѣ (ст. 576 сл. уст. угол. суд.). *Въ Норвегіи* (уст. угол. суд. 1887 г. ст. 469,

---

[1]) Судьи получаютъ въ Англіи въ среднемъ до 50.000 руб. ежегодно. Для Англіи слѣдуетъ принять во вниманіе и то, что судья крайне рѣдко выступаетъ активнымъ лицомъ при лишеніи кого-либо свободы. Заключеніе подъ стражу требуется частнымъ обвинителемъ или констэблемъ, которые представляютъ доказательства и принимаютъ на себя отвѣтственность за всякія неправильности, судья же разсматриваетъ основательность доказательствъ. Если же обвинителемъ выступаетъ представитель публичнаго преслѣдованія, то онъ (а за него и казна) отвѣтственны въ полномъ размѣрѣ за всякое неосновательное лишеніе свободы, какъ всякій другой частный обвинитель.

[2]) Государство въ Швейцаріи признается общимъ образомъ отвѣтственнымъ за дѣйствія должностныхъ лицъ въ томъ же объемѣ, въ какомъ они отвѣтствуютъ сами (T o b l e r. S. 10). Иногда потерпѣвшему прямо предписывается отыскивать вознагражденіе лишь съ государства; такъ, напр., Бернъ (ст. 367), Цюрихъ (ст. 417), Базельштадтъ (ст. 11 закона о вознагражденіи) не допускаютъ вчиненія иска противъ судей, которые, осуществляя свои служебныя обязанности, причинили кому либо вредъ заключеніемъ подъ стражу; налагать взысканія на нихъ можетъ государство въ случаѣ умысла или грубой неосторожности съ ихъ стороны. Общешвейцарское обязательственное право въ ст. 64 вполнѣ допускаетъ взысканіе съ должностного лица убытковъ, причиненныхъ „по его винѣ", при чемъ по ст. 50 онъ отвѣтствуетъ и за нематеріальный вредъ.

470), *Швеціи* (законъ 12 марта 1886 г.) *и Даніи* (законъ 1887 г.) общимъ образомъ признается отвѣтственность государства, которая можетъ быть переложена правительствомъ на отдѣльныхъ судей, виновныхъ въ неправильномъ арестѣ. Точно такъ же и *въ Германіи* по новому закону 14 іюня 1904 г. государство, уплачивая вознагражденіе, вступаетъ во всѣ права невинно заключеннаго по отысканію имъ вознагражденія съ виновныхъ, въ томъ числѣ, конечно, и съ судей. Такимъ образомъ въ странахъ, гдѣ признана отвѣтственность государства, право послѣдняго на взысканіе уплаченнаго имъ вознагражденія съ судей допускается при всякой виновности послѣднихъ: регулирующимъ столь широкую отвѣтственность началомъ является сознаніе самимъ государствомъ исключительности такой отвѣтственности и необходимости прибѣгать къ ней лишь въ крайнихъ случаяхъ [1]).

Такъ какъ европейскія законодательства большею частью устанавливаютъ гражданскую отвѣтственность судей лишь при наличности учиненія послѣдними уголовнаго преступленія, то иску о взысканіи убытковъ долженъ предшествовать судебный приговоръ о такой виновности. Въ остальныхъ случаяхъ государство принимаетъ отвѣтственность на себя съ правомъ въ дисциплинарномъ порядкѣ перелагать ее въ извѣстномъ размѣрѣ на судью, въ зависимости отъ его вины. Съ этимъ отпадаетъ и необходимость существующаго по русскому праву предварительнаго испрошенія разрѣшенія на возбужденіе иска [2]).

---

[1]) Въ законѣ о введеніи въ дѣйствіе германскаго гражданскаго уложенія указывается, что законы отдѣльныхъ государствъ объ отвѣтственности казны за дѣйствія должностныхъ лицъ сохраняютъ свою силу; отвѣтственность должностныхъ лицъ за убытки, причиненные ими умышленно или небрежно, за которые они должны отвѣтствовать по началамъ общегерманскаго гражданскаго уложенія, можетъ быть ограничена настолько, насколько сама казна или органы самоуправленія перенесутъ ее на себя (ст. 77).

[2]) І. В. Михайловскій (Основные принципы организаціи уголовнаго суда, 1905, стр. 119) замѣчаетъ: „Изъ того, что судья сдѣлалъ ошибку въ примѣненіи закона, отнюдь не слѣдуетъ, что онъ обязанъ возмѣстить убытки заинтересованной сторонѣ. Иначе всякое отмѣненное высшей инстанціей рѣшеніе давало бы основаніе предъявить къ судьѣ искъ объ убыткахъ. Только въ случаѣ явно недобросовѣстныхъ или грубо небрежныхъ дѣйствій судьи можетъ возни-

Что же касается уголовной отвѣтственности, то административная гарантія преданія суду коллегіей изъ лицъ административнаго и судебнаго вѣдомства постепенно исчезаетъ, и судопроизводство организуется на общихъ началахъ [1]).

Само собою разумѣется, что неправильныя задержаніе и заключеніе могутъ вызываться не одними только преступленіями судей; возлагать же отвѣтственность въ такихъ случаяхъ на самого потерпѣвшаго представляется явленіемъ государственно-вреднымъ. Идти далѣе по пути расширенія частной отвѣтственности не представлялось возможнымъ, такъ какъ каждый отдѣльный судья, дѣйствуя въ рамкахъ опре-

---

кать право для заинтересованной стороны требовать возмѣщенія убытковъ. Вотъ почему порядокъ предъявленія исковъ къ судьямъ долженъ быть обставленъ солидными гарантіями. Обыкновенно сначала претензія частнаго лица разсматривается высоко-поставленнымъ судебнымъ мѣстомъ, которое разрѣшаетъ предъявить искъ или устраняетъ ходатайство". Мы не можемъ согласиться съ необходимостью сохраненія этой стадіи.

[1]) Административная гарантія во всей ея силѣ сохраняется чуть-ли не только у насъ. Н. Лазаревскій (стр. 560—567), разсматривая положеніе этого вопроса въ западныхъ государствахъ, указываетъ, что при уголовномъ преслѣдованіи должностныхъ лицъ *въ Германіи* участіе администраціи сводится къ праву требовать пріостановки преслѣдованія и передачи его на разсмотрѣніе высшаго административнаго суда государства или имперіи; onus probandi лежитъ на начальствѣ, потребовавшемъ такой пріостановки, а не на лицѣ, возбудившемъ обвиненіе. Рѣшеніе вопроса о преданіи суду производится въ отдѣленіи Oberverwaltungsgericht'a въ публичномъ засѣданіи при участіи сторонъ. *Во Франціи* существуетъ Tribunal des Conflits, который разсматриваетъ возможность преданія суду должностного лица, противъ котораго возбуждено обвиненіе, лишь если начальство возбудитъ пререканіе; при этомъ право возбуждать пререканія подлежитъ многочисленнымъ ограниченіямъ; по ордоннансу 1828 они допустимы: 1) если прямымъ постановленіемъ закона наложеніе наказаній за данное правонарушеніе предоставлено не судамъ, а административнымъ властямъ (случаи, крайне рѣдкіе въ современномъ правѣ), и 2) если приговоръ, который долженъ постановить судъ, зависитъ отъ разрѣшенія преюдиціальнаго вопроса, предоставленнаго по закону вѣдѣнію администраціи. При предъявленіи иска, если искъ вытекаетъ изъ уголовнаго преступленія, предварительно требуется разрѣшеніе дѣла въ уголовномъ судѣ. Съ лица, вчинившаго искъ, въ случаѣ отказа по нему, взыскивается особый штрафъ не менѣе 300 фр. (ст. 513, 516 уст. гражд. суд.). На предъявленіе иска, независимо отъ преступленія, требуется предварительное разрѣшеніе апелляціоннаго суда; штрафъ налагается и въ случаѣ отказа въ выдачѣ такого разрѣшенія. См. К. Змирловъ, О взысканіи съ судей убытковъ, Журналъ Министерства Юстиціи, 1905, № 1, стр. 20.

дѣленныхъ процессуальныхъ правилъ и въ взаимодѣйствіи съ разнообразными другими судебными органами, не можетъ отвѣтствовать за несовершенства этой системы; печальные для свободы гражданъ результаты могутъ получиться и при полномъ отсутствіи съ его стороны субъективной виновности. Поэтому единственнымъ направленіемъ, въ которомъ можно было двигаться на пути защиты правъ невиннаго, явилось постепенное развитіе принципа государственной отвѣтственности за неправильныя дѣйствія его органовъ [1]).

Къ разсмотрѣнію началъ этой отвѣтственности по иностраннымъ законодательствамъ мы и переходимъ.

VI. Невинно испытавшихъ тяжесть заключенія подъ стражей по стадіи обнаруженія ихъ невиновности можно раздѣлить на три категоріи: 1) освобожденныхъ до суда; 2) оправданныхъ на судѣ и 3) оправданныхъ по возобновленіи дѣла. Различіе между этими тремя категоріями прежде всего заключается въ тяжести испытаннаго ареста и его продолжительности. Тѣ невинно привлеченные, которымъ пришлось сидѣть на скамьѣ подсудимыхъ, испытавъ позорное разглашеніе виновности въ приписывавшейся имъ винѣ, понесли болѣе тяжелыя и продолжительныя испытанія, чѣмъ лица, освобожденныя на предварительной стадіи. Эти соображенія съ еще большей силой примѣнимы къ лицамъ, бывшимъ осужденными судомъ и понесшимъ уже часть наказанія. Жертва судебной ошибки! Что можетъ быть болѣе страшнаго, опаснаго и несправедливаго для каждаго гражданина! Мрачной трагедіей незаслуженныхъ

---

[1]) Отъ вознагражденія за безъ вины понесенное подслѣдственное заключеніе слѣдуетъ отличать государственное вознагражденіе за *незаконный арестъ*, т. е. напр., арестъ, произведенный не въ цѣляхъ правосудія или безъ соблюденія надлежащихъ гарантій; здѣсь отвѣтственность наступаетъ не за *неосновательность*, какъ въ первомъ случаѣ, а за незаконность; органъ государства дѣйствуетъ неправомѣрно въ этомъ случаѣ, онъ самъ подлежитъ отвѣтственности, но интересы потерпѣвшаго здѣсь ограждаются сильнѣе, чѣмъ въ другихъ случаяхъ, субсидіарной отвѣтственностью государства. Подобная отвѣтственность установлена въ различныхъ конституціяхъ. Начиная съ конституціи Франкфуртскаго парламента 1848 г. и многихъ отдѣльныхъ германскихъ государствъ (см. Н. Лазаревскій, ц. с. стр. 332) и до многихъ конституцій швейцарскихъ кантоновъ (Tobler. o. c. S. 12); см. также ст. 8 австрійской конституціи 1867.

страданій, безсильныхъ протестовъ и отчаянія вѣетъ отъ этого рѣзкаго сочетанія словъ. Незаслуженные мученики, да притомъ еще пострадавшіе отъ руки правосудія, этого высшаго изъ общественныхъ органовъ, болѣе всего вызываютъ сочувствіе общества, болѣе всего возмущаютъ чувство справедливости. Эта послѣдняя категорія испытываетъ безспорно наибольшую тяжесть заключенія.

Другимъ основаніемъ дѣленія на три упомянутыя категоріи является правовая постановка мѣръ принужденія, примѣненныхъ къ каждой изъ этихъ категорій обвиняемыхъ. Въ первомъ случаѣ имѣется ошибка, исправляемая на стадіи предварительнаго разслѣдованія самими же органами, вѣдающими его; во второмъ случаѣ—ошибка цѣлаго ряда органовъ, вѣдающихъ предварительное производство, исправляемая судомъ; въ третьемъ—ошибка суда—роковая ошибка, исправляемая въ исключительныхъ обстоятельствахъ новымъ судомъ. Если въ началѣ предварительнаго слѣдствія государство изъ нужды допускаетъ примѣненіе принудительныхъ мѣръ, основанныхъ въ значительной степени на произволѣ и усмотрѣніи, то для второго случая оно должно доставлять больше гарантій и больше ограждать отъ произвола извѣстнымъ устройствомъ слѣдственныхъ и судебныхъ органовъ, и, наконецъ, мѣры наказанія въ третьемъ случаѣ должны покоиться на строгой достовѣрности, органомъ для сужденія о которой является судъ, обладающій всѣми гарантіями; въ примѣненіи этихъ мѣръ должны отсутствовать всякая недостовѣрность и произволъ. Такое постепенное возрастаніе гарантій вызывается сравнительною важностью этихъ инстанцій разсмотрѣнія дѣла какъ для интересовъ частныхъ, такъ и, въ особенности, публичныхъ.

И въ законодательствахъ мы видимъ постепенное осуществленіе вознагражденія въ послѣдовательности тяжести понесеннаго заключенія и значенія незыблемаго поддержанія авторитета судебной дѣятельности въ той или иной стадіи производства дѣла. Наибольшимъ авторитетомъ должны пользоваться судебные приговоры, и мы видимъ, что почти во всѣхъ европейскихъ государствахъ установлено вознагра-

жденіе невинно осужденныхъ; вознагражденіе оправданныхъ и освобожденныхъ отъ суда должно еще пробивать себѣ путь; нѣкоторыя законодательства предоставляютъ право на вознагражденіе только оправданнымъ, не распространяя его на освобожденныхъ отъ суда на слѣдствіи. Такимъ образомъ на примѣрѣ вознагражденія лицъ, пострадавшихъ отъ неправильнаго судебнаго преслѣдованія, можно наблюдать постепенное признаніе государствомъ интересовъ пострадавшихъ лицъ публично-покровительствуемыми, при чемъ покровительство касается сначала болѣе важныхъ, переходя затѣмъ къ менѣе значительнымъ интересамъ [1]). Въ дальнѣйшемъ мы будемъ имѣть въ виду только двѣ первыя категоріи, такъ какъ насъ интересуетъ вопросъ о вознагражденіи за безъ вины понесенное подслѣдственное заключеніе, съ точки зрѣнія котораго невинно осужденные могутъ быть приравнены къ оправданнымъ.

Стоя на строго правовой точкѣ зрѣнія, по которой подслѣдственное заключеніе назначается лишь при основательномъ подозрѣніи въ намѣреніи уклониться отъ правосудія посредствомъ побѣга, уничтоженія слѣдовъ преступленія или стачки съ необходимыми для суда свидѣтелями, мы должны были бы признать неправильнымъ, съ одной стороны, такое заключеніе подъ стражу, которое примѣняется ко всякому лицу, не предполагавшему совершать такихъ дѣйствій, будь

---

[1]) Въ то время какъ государственное вознагражденіе за безъ вины отбытое наказаніе допускается въ большинствѣ европейскихъ государствъ (Швеціи—законъ 12 марта 1886 г., Норвегіи—уст. угол. суд., 1887 г., Даніи—законъ 5 апрѣля 1888 г., Австріи—законъ 16 марта 1892 г., Португаліи—законъ 17 февраля 1895 г., Франціи—законъ 8 іюня 1895 г., Венгріи—уст. уг. суд. 1896 г., Германіи—законъ 20 мая 1898 г.), вознагражденіе за безвинное подслѣдственное заключеніе признано лишь въ скандинавскихъ государствахъ, въ Венгріи и Германіи (по закону 14 іюля 1904 г.). Вознагражденіе государствомъ за одно только привлеченіе къ суду безъ достаточныхъ основаній признается пока только въ нѣкоторыхъ кантонахъ Швейцаріи. Такъ, право на вознагражденіе признается за оправданными и освобожденными отъ суда въ Бернѣ, Тессинѣ, Швицѣ, Базелѣ, Солотурнѣ, С.-Галленѣ. Въ Невшателѣ оно признается только за оправданными, но каждому освобожденному отъ суда предоставляется право требовать производства судебнаго слѣдствія и постановки приговора. См. T o b l e r, o. c. 1905. p. 31—35.

оно невиннымъ или виновнымъ, безразлично; съ другой стороны примѣненіе ареста можетъ быть признано правильнымъ, если невинный основательно презумировался виновнымъ и въ дѣйствительности дѣлалъ попытки уклоняться отъ правосудія. При такихъ условіяхъ вознаграждался бы тотъ, кто былъ заключенъ подъ стражу при отсутствіи дѣйствительныхъ къ тому основаній. Такого критерія, однако, законодательство въ основу положить не можетъ, вслѣдствіе его крайней неуловимости не только для судьи, но порою и для самого обвиняемаго, не всегда отдающаго себѣ отчетъ въ своихъ будущихъ дѣйствіяхъ. Отыскивая признаки болѣе опредѣленные, хотя бы даже и суррогатные, не вполнѣ отвѣчающіе постановленной цѣли, государство остановилось на признакѣ виновности или невинности во вмѣняемомъ обвиняемому преступномъ дѣяніи. И дѣйствительно, этотъ признакъ съ извѣстною точностью характеризуетъ дѣйствительную потребность въ принятіи подслѣдственнаго заключенія. Въ самомъ дѣлѣ, говоря общимъ образомъ, невинные обыкновенно не имѣютъ побужденія къ уклоненію, такъ какъ надѣются на свое оправданіе, виновные же—наоборотъ. Но, взятый одинъ только, безъ дальнѣйшихъ суррогатовъ, этотъ признакъ оказался бы крайне грубымъ, и практика во многихъ случаяхъ расходилась бы съ дѣйствительною справедливостью. Поэтому законодательства устанавливаютъ, съ одной стороны, ограниченія для лицъ невинныхъ, если они навлекли арестъ сами на себя, своимъ личнымъ поведеніемъ, съ другой же стороны, для признанныхъ виновными устанавливается особый видъ вознагражденія—зачетъ заключенія въ наказаніе. На ряду съ этимъ устанавливаются и другіе суррогаты, на которыхъ мы ближе остановимся при разсмотрѣніи условій вознагражденія.

Значеніе оправдательнаго или освобождающаго приговора для примѣненія вознагражденія ограничивается лишь случаями дѣйствительной невинности лица. При расширеніи этого вознагражденія на лицъ, оправданныхъ за недостаткомъ уликъ, мы рискуемъ вознаграждать на государственный счетъ и ловкихъ мошенниковъ, умѣющихъ искусно скрывать концы въ воду.

Опасеніе такихъ послѣдствій болѣе всего озабочиваетъ законодателя, и затруднительность вполнѣ избѣжать ихъ служитъ иногда причиной отказа отъ установленія вознагражденія лицъ, дѣйствительно невинныхъ.

Современный судъ, примѣняя наказаніе, производитъ отборъ между подсудимыми, выдѣляя въ группу осужденныхъ всѣхъ тѣхъ, виновность которыхъ рельефно выступила на судѣ; всѣ остальные переходятъ въ группу оправданныхъ. Сюда относятся, слѣдовательно, 1) вполнѣ невинные, относительно которыхъ доказано: а) что они не совершали даннаго дѣянія, а что это дѣяніе совершено кѣмъ-либо другимъ, в) что хотя они и учинили дѣяніе, но оно не является преступнымъ, и с) что это дѣяніе вовсе не было совершено; 2) невинные, невиновность которыхъ не вполнѣ доказана, т. е. когда при дѣйствительной ихъ невинности будетъ отсутствовать однако какое-либо изъ указанныхъ выше условій; 3) виновные, виновность которыхъ не доказана, оправданные лишь вслѣдствіи недостатка уликъ, и 4) виновные, которымъ, однако, дѣяніе не вмѣняется по различнымъ причинамъ. Смѣшивать всѣ эти категоріи вмѣстѣ весьма опасно. Съ другой стороны, затруднительно предоставить все рѣшеніе вопроса свободному усмотрѣнію судьи, такъ какъ дѣятельность его, не руководимая законодателемъ въ столь важномъ вопросѣ, была бы произвольна; кромѣ того, усмотрѣніе судьи не давало бы гарантій гражданамъ, такъ какъ полнаго безпристрастія его въ этомъ вопросѣ достичь трудно, вслѣдствіе многочисленности различныхъ давленій. Посмотримъ, какъ разработанъ вопросъ этотъ въ дѣйствующихъ законодательствахъ, и это нѣсколько облегчитъ намъ правно-политическое рѣшеніе его.

Только одно законодательство *Бернскаго* кантона, давая вознагражденіе всѣмъ освобожденнымъ отъ суда, оправданнымъ и невинно осужденнымъ, предоставляетъ рѣшеніе вопроса о томъ полному усмотрѣнію судьи [1]). Въ кантонѣ

[1]) См. также рѣшеніе Бернскаго высшаго суда, признающее, что судья по общему правилу обязанъ давать вознагражденіе. Tobler S. 43—44.

Во, наоборотъ, вознагражденіе *по праву дается всѣмъ* содержавшимся подъ стражей и освобожденнымъ отъ суда или оправданнымъ. Но большинство швейцарскихъ законодательствъ признаетъ право на вознагражденіе лишь за тѣми изъ содержавшихся подъ стражей, которые были оправданы по полной невинности [1]).—При незначительности случаевъ такого вознагражденія, вслѣдствіе небольшой преступности и рѣдкости примѣненія подслѣдственнаго заключенія, такая общая фор-

---

[1]) Такъ, § 90 уг. ул. *Гларуса* гласитъ. „Если производство прекращено на томъ основаніи, что возведенное противъ кого-либо подозрѣніе оказалось *совершенно неосновательнымъ*, то удостовѣряется его невинность, и ему сообщается имя доносителя. Равнымъ образомъ въ этомъ случаѣ ему предоставляется право на вознагражденіе за понесенное заключеніе, согласно § 131". Въ *Аппенцелѣ* существуетъ на ряду съ полнымъ оправданіемъ особый видъ приговоровъ—absolutio ab instantia, которое назначается въ тѣхъ случаяхъ, когда отсутствуютъ вполнѣ достовѣрныя доказательства, однако изъ совокупности свидѣтельскихъ показаній и уликъ витекаетъ большая вѣроятность виновности (ст. 72 у. у. с.). Поэтому ст. 52 уг. ул. Аппенцеля опредѣляетъ просто: „Если обвиняемый оправданъ *совершенно*, то онъ имѣетъ право на вознагражденіе въ размѣрѣ, устанавливаемомъ судомъ, если только онъ не дѣлалъ ложныхъ показаній или не вызвалъ самъ преслѣдованія своими обманными дѣйствіями". Это право распространяется, конечно, и на подслѣдственное заключеніе. Absolutio ab instantia извѣстно и кантону *Швицъ* (§ 243). Послѣдній знаетъ оправданіе „отъ всякой вины" и оправданіе „въ взведенномъ обвиненіи". Подъ оправданіемъ отъ всякой вины слѣдуетъ, согласно § 50 уг. ул., разумѣть и признаніе отсутствія процессуальной вины. Вознагражденіе можетъ быть предоставлено лишь въ этомъ послѣднемъ случаѣ. *Въ Цюрихѣ* опредѣленіе случаевъ назначенія вознагражденія предоставлено усмотрѣнію суда, но практика прочно выработала то положеніе, что вознагражденіе предоставляется лишь въ случаѣ установленной невинности, а отнюдь не оправданнымъ за недостаткомъ уликъ. Законъ *Базельштадта* 9 декабря 1889 г. о вознагражденіи за безвинное послѣдственное заключеніе опредѣляетъ: (§ 1). „Кто былъ заключенъ подъ стражу органомъ публичной власти, тотъ имѣетъ право на вознагражденіе со стороны государства за убытки имуществу, заработку и доходу, которые онъ понесъ вслѣдствіе назначенія и продолжительнаго заключенія, поскольку заключеніе это не было вызвано его виной". Ст. 6 предоставляетъ то же вознагражденіе при оправданіи. Къ этому закону вполнѣ примыкаетъ и уставъ угол. суд. *Тессина* 1895 г. въ ст. 273. „Кто былъ заключенъ подъ стражу по приказу власти и затѣмъ былъ освобожденъ за отсутствіемъ достаточныхъ данныхъ для обвиненія, тотъ имѣетъ право на справедливое вознагражденіе со стороны государства за денежный ущербъ, причиненный внезапнымъ заключеніемъ, если только оно не вызвано его виной". Ст. 275 постановляетъ то же для оправданныхъ. Послѣдніе два закона такимъ образомъ, вмѣсто суррогатнаго признака виновности или невинности въ вмѣняемомъ преступленіи, выставляютъ непосредственный критерій процессуальной вины.

мулировка принципа вознагражденія не вызываетъ неудобствъ. Но для большихъ европейскихъ государствъ она была признана совершенно недостаточною, и въ новыхъ законахъ сдѣланъ рядъ попытокъ болѣе опредѣленно намѣтить, нѣсколько сузивъ общія рамки, категорію лицъ, подлежащихъ вознагражденію.

Законодательства *Швеціи и Норвегіи* признаютъ право на вознагражденіе за оправданными или освобожденными отъ суда, содержавшимися подъ стражей, только тогда, если признана ихъ полная невинность, т. е. доказано: 1) что преступленіе совершено другимъ лицомъ; 2) что обвиняемый не принималъ въ немъ прямого участія; 3) что онъ не былъ пособникомъ въ преступномъ дѣяніи (подобное условіе ставилъ и Виртембергскій уставъ 1868 г.). *Датскій* законъ, допуская къ вознагражденію тѣ же категоріи обвиняемыхъ, предоставляетъ имъ это право лишь при выяснившейся ихъ невинности. *Венгерскій* законъ даетъ ограничительное толкованіе понятію невинности, именно: невиннымъ и имѣющимъ право на вознагражденіе за подслѣдственное заключеніе и предварительное задержаніе, назначенное судебнымъ органомъ, является тотъ, кто былъ лишенъ свободы за дѣяніе: 1) котораго онъ не совершилъ, 2) которое вообще не было совершено, и, наконецъ, 3) которое онъ хотя и совершилъ, но которое по смыслу закона не представляется преступнымъ. При такомъ опредѣленіи отъ вознагражденія должны быть устранены лица, совершившія преступное дѣяніе въ состояніи невмѣняемости или признанныя виновными въ преступленіи значительно меньшемъ, чѣмъ то, за которое они были привлечены, наконецъ, оправданныя за недоказанностью улик. Но наиболѣе подробную регулировку вопроса даетъ новый германскій законъ.

Германскій законъ 14 іюля 1904 г. [1]) признаетъ притязаніе на вознагражденіе за оправданными на судѣ и освобожденными отъ преслѣдованія, понесшими подслѣдственное

---

[1]) Переводъ и порядокъ прохожденія этого закона въ рейхстагѣ см. Жур. Мин. Юст. 1905. № 6.

заключеніе, если слѣдствіе выяснило ихъ невинность или доказало, что противъ нихъ не существуетъ обоснованнаго подозрѣнія [1]). Но на ряду съ этимъ правиломъ существуютъ многочисленныя ограниченія, на которыхъ мы остановимся позднѣе [2]).

Въ противоположность венгерскому закону, германскій общимъ образомъ, по формальнымъ причинамъ, лишилъ права на вознагражденіе лицъ, содержавшихся подъ стражей во время дознанія (это задержаніе можетъ продолжаться до одного мѣсяца; оно назначается амтсрихтеромъ по предложенію прокуратуры, см. выше, стр. 171 сл). Между тѣмъ эта категорія особенно нуждается въ вознагражденіи. Предоставляя прокуратурѣ возможность пользоваться такимъ могущественнымъ средствомъ, какъ арестъ, въ то время, когда обвиненіе еще формально не предъявлено, когда еще не собраны улики и когда еще къ слѣдствію не допущенъ защитникъ, законъ долженъ и съ большей тщательностью оградить подозрѣваемаго отъ легко появляющагося здѣсь произвола [3]). А. Цуккеръ

---

[1]) Въ мотивахъ германскаго закона указывается: „Dem Rechtsbewusstsein ist zuwiederlaufend wenn auch solche Personen aus Staatsmitteln entschädigt werden müssen, die aus dem Verfahren hervorgehen ohne von dem auf ihnen lastenden Verdacht befreit zu sein und nicht selten trotz ihrer Freisprechung von der Volksstimme als schuldige bezeichnet werden".

[2]) Новый законъ, между прочимъ, лишаетъ права на вознагражденіе также содержавшихся подъ стражей подданныхъ тѣхъ государствъ, въ которыхъ не обезпечена взаимность вознагражденія. Нельзя не признать этого исключенія результатомъ крайне узкаго національнаго, явно несправедливаго къ иностранцамъ, которые пострадали отъ *германской* юстиціи.

[3]) Для предупрежденія его Hamm предлагалъ ввести слѣдующее дополненіе въ законъ, до общей реформы. „Der Beschuldigte kann in 1 Woche von dem Tage ab, an welchem er von der Einstellung des Verfahrens in Kenntnis gesetzt worden ist, von der Staatsanwaltschaft verlangen dass sie die Eröffnung der Voruntersuchung gegen ihn beantrage, in den zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörigen Sachen, dass sie Anklage gegen ihn erhebe". Benedix предлагалъ сдѣлать дальнѣйшее дополненіе: „Die Untersuchungshaft gilt auch dann als unschuldig erlitten und begründet eine Entschädigungspflicht, wenn eine Strafverfolgung wegen des die Untersuchungshaft begründenden dringenden Verdachts der That in Ermangelung des erforderlichen Antrags und nach Ablauf der Antragsfrist (§ 130. SPO. §§ 61, 62, 65 SGB.) ausgeschlossen ist. Auf Antrag des Verhaftetgewesenen spricht das Gericht, welches über die Rechtmässigkeit der Untersuchungshaft als Beschwer-

въ своихъ многочисленныхъ работахъ [1]) предлагалъ прежде всего предоставить вознагражденіе этой категоріи содержащихся подъ стражей. Не слѣдуетъ также упускать изъ вида, что въ Германіи около 9,6% всѣхъ уголовныхъ дѣлъ ограничиваются однимъ дознаніемъ прокуратуры, такъ что громадное большинство обвиняемыхъ содержится подъ стражей именно на стадіи дознанія. И это число еще за послѣдніе годы все возрастаетъ. Правда, возможна оговорка, что при дознаніи еще не имѣется формальнаго привлеченія къ суду, однако суть дѣла заключается не въ формальномъ элементѣ привлеченія, а въ судебномъ актѣ, которымъ постановляется о заключеніи подъ стражу. Постановленіе участковаго судьи есть судебное рѣшеніе, основательность котораго вполнѣ можетъ быть санкціонирована государствомъ [2]).

Не входя въ критическое разсмотрѣніе законодательствъ посмотримъ, каковы здѣсь требованія политики и какими правовыми постановленіями можно удовлетворить ихъ. Считать невинность доказанною только при пересмотрѣ дѣла, окончившемся оправданіемъ, какъ то дѣлаютъ законодательства Австріи, Франціи и Россіи, значитъ предполагать общимъ образомъ ошибочность перваго окончательнаго приговора—взглядъ, которымъ едва-ли можетъ руководиться государ-

---

degericht zu entscheiden gehabt haben würde, die Verpflichtigung der Staatskasse zur Entschädigung aus".

[1]) См. A. Zucker. Die Untersuchungshaft 1879. III Abth. A. Zucker Ueber einige Reformen des Vorerfahrens. Wien 1902. A. Zucker. Ein Wort zu Aufhebung der gerichtlichen Voruntersuchung. Berlin. Guttentag, 1904. и др.

[2]) Впрочемъ, при третьемъ чтеніи законопроекта, по предложенію коммисіи Рейхстагъ принялъ такую резолюцію: „просить союзныя правительства приложить въ отдѣльныхъ государствахъ заботы къ тому, чтобы изъ особыхъ средствъ предоставлялось по соображеніямъ справедливости однородное вознагражденіе по началамъ этого закона и тѣмъ невинно заключеннымъ на стадіи прокурорскаго дознанія, за которыми закономъ притязанія на вознагражденіе не признано; а также имѣть въ виду при предстоящей реформѣ устава уг. суд. распространеніе указаннаго притязанія и на вышеуказанныхъ заключенныхъ" (Kommissionsbericht. S. 30). Въ соотвѣтствіи съ этимъ обѣщаніемъ коммисія пересмотра уст. уг. суд. 1905 г. внесла въ свои предположенія и требованіе распространенія права на вознагражденіе и на освобождаемыхъ на стадіи дознанія (Protokolle der Kommission 1905. II Band. S. 284).

ство. Безспорно, пересмотръ вызывается столь исключительными и важными доказательствами неправильности перваго обвинительнаго приговора, что существуетъ серьезное основаніе видѣть въ оправданномъ при пересмотрѣ невиннаго. Но основаніемъ вознагражденія здѣсь явится скорѣе тяжесть незаслуженно понесеннаго наказанія, нежели подслѣдственное заключеніе, какъ самостоятельное испытаніе. Мы уже указывали на тотъ спеціальный вредъ, который причиняется подслѣдственнымъ заключеніемъ: отказаться отъ вознагражденія за него оправданныхъ и освобожденныхъ нельзя. Съ другой стороны, нельзя вознаграждать всѣхъ ихъ. Установленіе обязанности вознагражденія во всѣхъ случаяхъ оправданія могло бы, между прочимъ, повлечь за собою увеличеніе числа неосновательныхъ приговоровъ, такъ какъ судьи постановляли бы чаще обвинительные приговоры, при наличности нежеланія предоставить вознагражденіе подозрѣваемому, хотя вина его достовѣрно не установлена; съ другой стороны, вознагражденіе всѣхъ освобождаемыхъ отъ суда повлекло бы за собою созданіе цѣлаго ряда искусственныхъ судебныхъ слѣдствій и бо́льшую продолжительность подслѣдственнаго заключенія, такъ какъ органы преслѣдованія не рѣшались бы принимать на себя при такихъ условіяхъ освобожденіе подозрѣваемыхъ, даже если бы противъ нихъ не было собрано серьезныхъ уликъ. Единственнымъ исходомъ является индивидуализированіе оправдательнаго приговора. Если судъ сомнѣвается въ невинности подсудимаго, то ему должно быть предоставлено право отказать въ вознагражденіи. Въ такихъ случаяхъ судъ какъ бы говоритъ оправданному: „ты оправданъ, и наказаніе къ тебѣ не будетъ примѣнено, но ты не настолько доказалъ свою невинность, чтобы тебѣ можно было бы дать вознагражденіе“. Для вознагражденія нужно не только отрицательное основаніе—отрицаніе достовѣрно установленной вины, но и положительное—утвержденіе невинности [1]),

[1]) Невозможность принуждать судъ къ вознагражденію всякаго оправданнаго явствуетъ изъ рѣшенія Цюрихскаго высшаго суда. „Если утверждается, что одно пріостановленіе дѣла безъ присужденія вознагражденія равносильно приго-

которое является одной изъ предпосылокъ возмѣщенія причиненнаго ущерба. Оправдательный приговоръ, не устанавливающій вознагражденія за причиненное подслѣдственное заключеніе, не можетъ разсматриваться какъ существовавшее въ нашемъ дореформенномъ строѣ оставленіе въ подозрѣніи. Отказъ отъ вознагражденія не влечетъ никакихъ ограниченій въ правахъ, никакихъ презумпцій для будущаго; онъ не есть, наконецъ, приговоръ по существу дѣла, а частное рѣшеніе, не могущее оказывать серьезнаго вліянія на отношеніе общества къ оправданному или освобожденному. Чтобы предупредить огласку отказа въ вознагражденіи, пригоденъ принятый германскимъ закономъ порядокъ, по которому рѣшеніе о вознагражденіи не оглашается въ публичномъ засѣданіи, а вручается оправданному по вступленіи оправдательнаго приговора въ силу. И въ настоящее время оправдательные приговоры мотивируются различно. Общество не слѣпо принимаетъ фактъ оправданія, а выноситъ извѣстное убѣжденіе о степени доказанности невинности. „Странно было бы думать“ — правильно замѣчаетъ Розинъ — „что и нынѣ всѣ оправдательные приговоры одинаково оцѣниваются обществомъ. Оправданъ — еще не значитъ не воръ, а значитъ лишь — не пойманъ, и общество это отлично знаетъ“.

вору объ оставленіи въ подозрѣніи, то этимъ же признается, что одно оправданіе безъ вознагражденія не есть оправданіе, а — приговоръ объ оставленіи въ подозрѣніи, между тѣмъ какъ дѣло обстоитъ не такъ. Оправданіе, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда оно производится за недоказанностью вины и поэтому не влечетъ за собою никакого вознагражденія, является и остается оправданіемъ со всѣми послѣдствіями оправдательнаго приговора. Этотъ взглядъ обосновывается тѣмъ, что при мотивировкѣ подобнаго оправданія тѣ мотивы, по которымъ устанавливается отказъ въ вознагражденіи, играютъ совершенно побочную роль. Обвиняемый долженъ довольствоваться тою мотивировкою суда, по которой признается, что имѣются недостаточныя улики для признанія его вины; если же онъ этимъ не удовлетворится и станетъ требовать вознагражденія, хотя подозрѣніе противъ него сохранится, то тѣмъ самымъ онъ желаетъ превратить отрицаніе виновности въ утвержденіе невинности и тѣмъ самымъ обезпечить себя отъ возобновленія слѣдствія. Этому стремленію однако не слѣдуетъ оказывать поддержки“ (Tobler, S. 42). Hamm (D. Jur. Zeit. 1904. S. 179) замѣчаетъ вполнѣ правильно: „Im Strafverfahren gilt der Grundsatz, dass bei einem non liquet der Angeschuldigte freizusprechen ist. Nach Zivilrecht muss derjenige, der einen Anspruch erhebt, diesen, hier also vor allem seine Unschuld beweisen“.

Потребность въ выдѣленіи изъ оправданныхъ особой группы лицъ, невинность которыхъ вполнѣ доказана, является особенно чувствительной тамъ, гдѣ, вслѣдствіе несовершенствъ судебной системы или вслѣдствіе различія во взглядахъ присяжныхъ и государственнаго законодательства на репрессію, за случаями оправданія лицъ, понесшихъ предварительное заключеніе, будутъ скрываться случаи признанія виновности, однако не провозглашаемой изъ-за того, что подсудимый по соображеніямъ общей справедливости не заслуживаетъ наказанія (или какъ понесшій уже извѣстное испытаніе, или для того, чтобы не испортить его будущности, и т. д.). Процентъ такихъ оправданій часто бываетъ весьма значительнымъ.

Въ общихъ судебныхъ установленіяхъ заключеніе подъ стражу происходитъ почти исключительно по дѣламъ съ участіемъ присяжныхъ, которымъ и могло бы быть предоставлено рѣшеніе вопроса о назначеніи вознагражденія. Списки присяжныхъ составляются изъ наиболѣе сознательныхъ въ правовомъ отношеніи слоевъ населенія, несущихъ вмѣстѣ съ тѣмъ на себѣ бремя налоговъ, такъ что они могли бы съ достаточною основательностью судить о наличности обстоятельствъ, допускающихъ или не допускающихъ вознагражденіе. Присяжные должны рѣшить только принципіальный вопросъ, болѣе же точное опредѣленіе должно послужить предметомъ дальнѣйшаго производства. Кромѣ того, присяжные съ большею правильностью могли бы принимать во вниманіе и нравственныя основанія къ допущенію или недопущенію вознагражденія, которыя обыкновенно чужды холодной оцѣнкѣ коронныхъ судей. Въ случаѣ же освобожденія заключеннаго отъ суда вопросъ долженъ быть рѣшенъ коллегіей, прекращающей производство дѣла [1]).

---

[1]) Кромѣ оправданныхъ и освобожденныхъ вознагражденіе можетъ быть предоставляемо и тѣмъ лицамъ, которыя до суда содержались подъ стражей и присуждены къ денежной пенѣ. Примѣненіе подслѣдственнаго заключенія за ничтожные проступки недопустимо по закону, и лица, подвергшіяся такой несправедливости, должны быть вознаграждены. Большинство законодательствъ, особенно изъ числа тѣхъ, которыя не ограничиваютъ примѣненія подслѣдственнаго заключенія легальными предѣлами тяжести обвиненія, признаетъ примѣнимымъ здѣсь зачетъ,

Такимъ образомъ мы приходимъ къ убѣжденію въ необходимости предоставить суду право отказывать въ вознагражденіи, если у него будутъ имѣться серьезныя сомнѣнія въ невинности оправданнаго или освобожденнаго.

VII. Не довольствуясь выдѣленіемъ категорій лицъ, относительно виновности которыхъ продолжаетъ существовать сомнѣніе, законодательства устанавливаютъ дальнѣйшія ограниченія вознагражденія, чтобы точнѣе установить тѣ случаи, когда понесшій заключеніе его заслуживаетъ.

Во всѣхъ законодательствахъ мы находимъ отказъ въ вознагражденіи лицъ, которыя хотя и признаны невинными, однако, сами навлекли на себя подслѣдственное заключеніе или обвиненіе. Постановленіе это имѣетъ въ виду справедливую цѣль предупрежденія эксплоатаціи казны ловкими хищниками, желающими получить вознагражденіе. Но иногда постановленія эти идутъ дальше, сваливая часть вины на заключеннаго, широко признавая за нимъ такъ называемую процессуальную вину, что должно быть признано нежелательнымъ. Швейцарскіе кантоны почти всѣ принимаютъ это ограниченіе, придавая понятію личной вины довольно широкое толкованіе [1]).

иногда даже указывая пропорцію между днемъ заключенія и размѣромъ денежной пени (напр., итальянское и японское угол. улож.). Другія законодательства или не упоминаютъ объ этомъ особо (Германія и Франція), или же оговариваютъ непримѣнимость здѣсь зачета (новое русское улож.). Въ послѣднемъ случаѣ лица, приговоренныя къ денежной пенѣ, должны быть признаны подлежащими вознагражденію наравнѣ съ невинными. Наиболѣе правильный, по нашему мнѣнію, исходъ это признаніе понесеннаго заключенія подлежащимъ зачету въ денежную пеню въ тѣхъ странахъ, гдѣ государственнаго вознагражденія еще не существуетъ, и предоставленіе усмотрѣнію судьи выбора вознагражденія или зачета въ тѣхъ странахъ, гдѣ законодательство допускаетъ оба коррективa.

[1]) Ст. 313 уг. ул. Люцерна требуетъ, чтобы обвиненіе не было вызвано самимъ обвиняемымъ; практика Люцернскаго суда склонна расширять процессуальную вину, подводя подъ нее чуть-ли не всякую неправильность въ поведеніи обвиняемаго на слѣдствіи и судѣ. При такихъ условіяхъ вознагражденіе можетъ стать наградой за хорошее поведеніе во время процесса, а не дѣйствительнымъ коррективомъ. Ст. 118 уг. ул. Солотурна постановляетъ: „Если обвиняемый своимъ поведеніемъ вызвалъ слѣдствіе или ложными показаніями продлилъ его, то ему можетъ быть отказано въ вознагражденіи". Ст. 904 Цюрихскаго устава уг. суд. отказываетъ въ вознагражденіи, „если обвиняемый вызвалъ производство слѣдствія своими неправильными или по крайней мѣрѣ

Норвежскій, шведскій и датскій законы лишаютъ права на вознагражденіе лицъ, своими дѣйствіями вызвавшихъ назначеніе ареста. Датскій законъ изъ снисхожденія къ нимъ представляетъ имъ возможность ходатайствовать предъ судомъ о назначеніи имъ небольшого вознагражденія, и то лишь въ томъ случаѣ, если они указанныя дѣйствія объяснятъ, какъ вызванныя страхомъ, смущеніемъ или невиннымъ недоразумѣніемъ. Венгерскій уставъ (ст. 576) отказываетъ въ вознагражденіи освобожденному и оправданному, если онъ: 1) сдѣлалъ попытку бѣжать или бѣжалъ, 2) сдѣлалъ ложное самосознаніе или доносъ на себя или 3) стремился изгладить слѣды преступленія, войти въ стачку со свидѣтелями и пр. Этимъ постановленіемъ болѣе точно опредѣляется понятіе „вызвалъ своими дѣйствіями“; здѣсь мы видимъ, что дѣйствія должны быть таковы, чтобы создать въ глазахъ судьи основаніе для назначенія подслѣдственнаго заключенія. Новый германскій законъ 1904 г. значительно расширяетъ указанное понятіе; онъ относитъ сюда не только намѣренный вызовъ, но и грубую неосторожность, съ тѣмъ поясненіемъ, что непользованіе правомъ обжалованія не разсматривается какъ небрежность.

Остановимся прежде всего на опредѣленіи самого понятія личной вины. Слѣдуетъ значительно сузить его, по сравненію съ принятымъ въ большинствѣ законодательствъ, ограничивъ его лишь тѣми случаями, когда заключенный въ своихъ интересахъ желалъ назначенія или продленія подслѣдственнаго

легкомысленными дѣйствіями или затруднилъ производство его ложными свѣдѣніями“. Ст. 3 базельскаго закона и ст. 273 тессинскаго уложенія говорятъ просто о томъ, что вознагражденіе исключается при личной винѣ. Подробнѣе это понятіе опредѣлено въ практикѣ судовъ. Рѣшеніе суда Гларуса указываетъ, „что, о виновно причиненномъ подслѣдственномъ заключеніи можетъ лишь тогда идти рѣчь, если заключенному можетъ быть всецѣло или отчасти приписано то, что онъ былъ заключенъ, т. е. должно быть доказано, что онъ умышленно вызвалъ свое заключеніе или хотѣлъ взвалить на себя вину, старался возбудить или усилить подозрѣніе противъ себя и сознавалъ опасность того, что можетъ подвергнуться аресту. Прежняя жизнь, которая можетъ и казаться подозрительной, не можетъ однако служить моментомъ для установленія такой вины“. Подобныя же положенія имѣются и въ рѣшеніи Бернскаго суда.

заключенія, что можетъ быть доказано на основаніи всего поведенія во время процесса.

Актъ уголовнаго правосудія тѣмъ и отличается отъ акта правосудія гражданскаго, что онъ производится не по требованію отдѣльныхъ частныхъ лицъ, а вслѣдствіе признанія его необходимымъ самимъ судьей. Притворное сознаніе невиннаго (да кто можетъ поручиться, что оно всегда добровольно?), дѣйствія по сокрытію слѣдовъ преступленія (можетъ быть вызванныя состраданіемъ къ преступнику или другими посторонними мотивами), наконецъ, побѣгъ (психологически возможный изъ недовѣрія къ правосудію; взглядъ, что „разъ связался съ судомъ, то наказанія не минуешь", можетъ быть очень сильнымъ и у невиннаго и можетъ побуждать его къ побѣгу), сами по себѣ далеко еще не являются достаточными основаніями для разумнаго судьи, чтобы назначить продолжительное заключеніе. Только очень искусная и послѣдовательная дѣятельность (а отнюдь не грубая неосторожность), можетъ ввести въ заблужденіе судью. Поэтому лишать вознагражденія невиннаго, совершившаго какое-либо дѣйствіе, которое судья легкомысленно принялъ за намѣреніе уклониться отъ заслуженной кары, явно несправедливо.

Съ дальнѣйшимъ же расширеніемъ понятія этой вины, мы стали бы уже признавать ее самостоятельнымъ преступленіемъ, при которомъ виновный наказывался бы за то, что онъ своими дѣйствіями ввелъ въ заблужденіе органы правосудія. А этимъ невольно, быть можетъ, онъ содѣйствовалъ тому, что дѣйствительно виновный, оставленный безъ вниманія, могъ скрыться и т. д. Осуществленіе такой отвѣтственности, однако, въ видѣ процессуальной вины неправильно уже потому, что при современномъ строѣ правосудія не установлено такихъ обязанностей по отношенію къ суду, за неисполненіе которыхъ даже по неосторожности обвиняемый долженъ былъ бы отвѣчать; съ другой стороны, размѣръ падающаго на провинившагося лишенія (сумма невыданнаго ему вознагражденія) не стоитъ ни въ какой зависимости отъ степени его виновности.

Особенно несправедливымъ явилось бы возведеніе начала невознагражденія за подобную процессуальную вину на сте-

пень обязательнаго для суда принципа, какъ то дѣлаютъ законодательства германское и венгерское. Этимъ судъ лишается возможности оцѣнивать мотивы, руководившіе невиннымъ, и степенить вознагражденіе сообразно его дѣйствительной винѣ; здѣсь нечего бояться потворства со стороны суда, такъ какъ судъ будетъ рѣшать о близкихъ къ правосудію интересахъ, посягательство на которые для него болѣе всего чувствительно: эксплоатація правосудія въ личныхъ цѣляхъ всегда найдетъ въ немъ рѣзкій отпоръ. Такимъ образомъ при болѣе широкомъ понятіи процессуальной вины рѣшеніе вопроса о вознагражденіи невиннаго, хотя бы и вызвавшаго заключеніе своими дѣйствіями, должно быть предоставлено усмотрѣнію суда.

VIII. Германскій законъ ввелъ и дальнѣйшія ограниченія. „Притязаніе на вознагражденіе можетъ быть исключено, если подлежавшее слѣдствію дѣяніе лица, понесшаго подслѣдственный арестъ, заключало въ себѣ грубую безчестность или безнравственность или если оно было совершено въ состояніи опьянѣнія, исключающемъ свободное волеопредѣленіе, или если изъ обстоятельствъ дѣла явствуетъ, что содержавшійся подъ стражей подготовлялъ совершеніе тяжкаго преступленія или преступленія“. Къ вознагражденію далѣе могутъ быть недопущены рецидивисты, подвергавшіеся наказанію цухтгаузомъ, со времени отбытія котораго не протекло еще трехъ лѣтъ, лица, лишенныя правъ гражданской чести, состоящія подъ надзоромъ полиціи или порученныя ея присмотру [1]). Посмотримъ, насколько оправдываются соображеніями политики эти ограниченія.

Лишеніе права на вознагражденіе и предоставленіе его лишь въ зависимости отъ усмотрѣнія судьи, принятое по отношенію къ рецидивистамъ, лицамъ, состоящимъ подъ полицейскимъ надзоромъ или присмотромъ, или, наконецъ, по отношенію къ лишеннымъ правъ, основывается на презумп-

---

[1]) Ограниченія относительно рецидивистовъ и пр. внесены лишь передъ третьимъ чтеніемъ проекта, когда правительство сузило первоначально принятый критерій, „противорѣчія добрымъ нравамъ“.

ціи подозрительности этихъ лицъ вообще и на томъ соображеніи, что интересы этихъ лицъ могутъ быть поставлены ниже интересовъ полноправныхъ гражданъ [1]). Эти соображенія, однако, не могутъ быть признаны основательными. Трудно уловить тѣ основанія, по которымъ законъ счелъ здѣсь нужнымъ освободить судей отъ общаго требованія достаточной обоснованности подозрѣнія въ виновности [2]). Объ усиленіи репрессіи по отношенію къ такимъ лицамъ не можетъ быть и рѣчи, ибо дѣло идетъ лишь о мѣрѣ предварительнаго характера. Если даже считать, что подслѣдственное заключеніе въ меньшей степени посягаетъ на ихъ права (ибо свобода ихъ и безъ того нѣсколько стѣснена), чѣмъ на права полноправныхъ гражданъ, то все-же ограниченія этого нельзя признать правильнымъ, такъ какъ по германскому закону вознагражденію подлежитъ лишь имущественный вредъ, существованіе котораго вполнѣ возможно допустить въ такихъ случаяхъ. Наконецъ, освобожденіе или оправданіе лица, принадлежащаго къ одной изъ перечисленныхъ категорій, служитъ лучшимъ доказательствомъ ихъ невинности, чѣмъ освобожденіе другихъ обвиняемыхъ, такъ какъ здѣсь меньше основаній предполагать особую снисходительность со стороны суда. Недостаточность указанныхъ въ началѣ основаній этого ограниченія заставляетъ предполагать, что ограниченіе это было введено германскимъ правительствомъ, какъ добавочное лишеніе къ тѣмъ ограниченіямъ особыхъ общественныхъ правъ, которымъ подлежатъ означенныя категоріи лицъ, и какъ средство предоставить полиціи больше свободы дѣйствій по отношенію къ этимъ лицамъ, и съ такой точки зрѣнія цѣлесообразность этой мѣры слѣдуетъ обсуждать не съ точки зрѣнія процессуальной политики, а съ точки зрѣнія поли-

---

[1]) См. объ этихъ исключеніяхъ O. Kähler, Die Entschädigung. 1905. S. 33—35.

[2]) Hamm (S. 180) оправдываетъ это слѣдующимъ образомъ: „Bei solchen Personen der Verdacht der zu ihrer Verhaftung geführt habe, die unvermeidliche Folge ihres früheren, aus dem Gedächtniss ihrer Umgebung noch nicht geschwundenen verbrecherischen Verhaltens sei es sonach ihre Schuld, sei dass sie durch ihr Vorleben dem Verdacht eine besondere Stütze böten".

тики карательной или полицейской. Такой взглядъ, однако, какъ мы указывали выше, совершенно недопустимъ въ уставѣ уголовнаго судопроизводства, имѣющемъ въ виду гражданъ, а не преступниковъ.

Другимъ, не менѣе спорнымъ исключеніемъ является возможность лишенія вознагражденія лицъ, совершившихъ „грубую безчестность или безнравственность“ или дѣйствовавшихъ въ состояніи полнаго опьянѣнія или, наконецъ, совершавшихъ подготовительныя дѣйствія къ тяжкому или простому преступленію [1]). Въ установленіи этихъ ограниченій можно видѣть двоякую цѣль: 1) законъ самъ постарался уловить нѣкоторые суррогаты, при помощи которыхъ изъ группы оправданныхъ можно было бы выдѣлить лицъ, невинность которыхъ не установлена вполнѣ, а которыя оправданы или вслѣдствіе примѣненія къ нимъ слишкомъ широкаго критерія невмѣняемости, или вслѣдствіе отсутствія полнаго состава преступленія, и въ качествѣ наиболѣе яркихъ привелъ указанные выше примѣры; 2) законъ преслѣдовалъ здѣсь болѣе широкія цѣли соціальной политики и имѣлъ въ виду общую борьбу съ безнравственностью, пьянствомъ и опасной въ полицейскомъ отношеніи дѣятельностью (таковою является дѣятельность ненаказуемаго приготовленія), какъ то имъ допускается иногда въ гражданскомъ уложеніи.

Обсудимъ сначала эти ограниченія съ первой точки зрѣнія. Для того, чтобы видѣть въ безнравственныхъ дѣйствіяхъ суррогатъ невполнѣ доказанной виновности или невполнѣ осуществленнаго состава преступленія, слѣдуетъ исходить изъ представленія о крайне тѣсной связи нравственности и уголовнаго права. Нужно признать, что области эти совпадаютъ, и только отсутствіе какого-либо формальнаго элемента заставляетъ переводить уголовно-наказуемое дѣяніе въ область грубой безнравственности и безчестности. Если, напр., соблазнитель привлекается къ суду за соблазнъ несовершенно-

[1]) Этими признаками было замѣнено понятіе проекта „gegen den guten Sitten“, вызвавшее массу возраженій, см. Benedix 145. Hamm 181. Köhler 365.

лѣтней, и на судѣ обнаруживается, что соблазненная достигла 21 года, то уголовная наказуемость отпадаетъ, а остается безнравственность. Если кто-либо преданъ суду за мошенничество, которое не могло быть признано преступнымъ потому, что потерпѣвшій оказался „слишкомъ легковѣрнымъ“, то виновный считается совершившимъ грубую безнравственность. Однако, если мы вглядимся ближе, такого рода совпаденіе окажется далеко не общимъ правиломъ. Области нравственно-недозволеннаго и уголовно-запрещеннаго постепенно все больше и больше расходятся. Понятіе безнравственности, при крайнемъ усложненіи различныхъ соціальныхъ круговъ, становится весьма относительнымъ, и не можетъ служить общимъ критеріемъ, который можно ставить рядомъ съ уголовной неправдой. И если принять его за нѣкоторый признакъ виновности, то слѣдуетъ признать выборъ неудачнымъ. За одну безнравственность законодатель налагать ограниченій не въ правѣ, онъ не можетъ еще принимать на себя такихъ широкихъ задачъ нравственнаго воспитанія; съ другой стороны бороться такимъ способомъ съ потворствомъ суда, снисходительно оправдавшаго обвиняемаго по какимъ-либо формальнымъ причинамъ, несогласно съ достоинствомъ государства, организовавшаго этотъ судъ и придавшаго рѣшеніямъ его въ другихъ случаяхъ безусловное значеніе истины; къ тому же, суду предоставлено право въ случаѣ обоснованнаго подозрѣнія въ виновности отказывать въ вознагражденіи.

Что касается крайняго опьянѣнія, исключающаго вмѣняемость, то, поскольку разсматривать его съ первой точки зрѣнія, оно можетъ характеризовать тѣ случаи, когда судьи снисходительно отнеслись къ уменьшенно-вмѣняемому алкоголику, вслѣдствіе трудности провести здѣсь грань между полнымъ опьянѣніемъ и его степенями. При такомъ пониманіи и это исключеніе основывается лишь на недовѣріи къ суду.

Приготовительныя дѣйствія также законодателемъ могли бы разсматриваться, какъ образующія составъ преступнаго, хотя и ненаказаннаго по какимъ-либо побочнымъ соображеніямъ, дѣянія. Если обвиняемый оправданъ по внутреннему убѣжденію судьи, основывающемуся на постороннихъ мотивахъ, при

доказанности самаго факта преступленія, нѣтъ ничего легче, какъ указать на то, что имъ были совершаемы входящіе въ этотъ фактъ приготовительные акты.

Говоря общимъ образомъ о всѣхъ этихъ основаніяхъ, мы должны будемъ признать, что служить основаніемъ для обоснованнаго предположенія о виновности, требуемаго закономъ для заключенія подъ стражу отъ слѣдственнаго судьи и другихъ инстанцій, они едва-ли могутъ, такъ какъ характеризуютъ не сами доказательства, а скорѣе внутренній нравственный составъ преступленія, не имѣющій значенія для оцѣнки основательности обвиненія или оправданія. Эти ограниченія могутъ послужить для власти, разсматривающей вопросъ о вознагражденіи, весьма дѣйствительнымъ предлогомъ къ произвольному отказу отъ признанія права на вознагражденіе за освобожденными и оправданными. Усмотрѣніе этого органа будетъ неограничено, ибо почти всякое подлежавшее разсмотрѣнію уголовнаго суда дѣяніе можно признать безнравственнымъ; почти повсюду при нѣкоторой доказанности фактическаго состава можно будетъ признать наличность подготовительныхъ дѣйствій. Между тѣмъ, какъ правильно замѣчаетъ Келеръ, въ случаяхъ, когда нужно рѣшить гражданскій вопросъ о вознагражденіи, суду руководиться однимъ усмотрѣніемъ недостаточно. Дѣятельность его превратится въ дѣятельность предоставленія или отказа милости, каковая свойственна болѣе административнымъ мѣстамъ, а не правосудію. Желая избѣгнуть установленія посредственной между совершенно невинными и между виновными категоріи оправданныхъ, но не заслуживающихъ вознагражденія, германскій законъ зашелъ слишкомъ далеко, перешагнувъ изъ области относящихся къ преступленію фактовъ въ область произвола.

Съ бо́льшимъ успѣхомъ можно отстаивать вторую точку зрѣнія. Законодатель имѣлъ въ виду болѣе широкую задачу: борьбу съ безнравственностью, пьянствомъ и полицейски-зловредною дѣятельностью. Издавая законы для какого-либо частнаго вопроса, законодатель не долженъ упускать изъ вида и общевоспитательной дѣятельности. Создавая новыя права, напр., зачетъ, вознагражденіе, условное помилованіе, условное осво-

божденіе и пр., законодатель можетъ пользоваться ими для того, чтобы и въ другихъ областяхъ вызывать лучшее поведеніе. Напр., онъ можетъ стремиться поднять исполненіе налагаемыхъ судомъ обязанностей явки, лишая неявившихся въ судъ права на условное осужденіе. Однако, распредѣляя такіе мотивы, законодатель не можетъ ставить себѣ слишкомъ широкихъ задачъ: въ противномъ случаѣ онъ рискуетъ тѣмъ, что проектируемая имъ мѣра не будетъ совсѣмъ примѣняться и не достигнетъ тѣхъ полезныхъ результатовъ, которые онъ имѣлъ въ виду. Такое чрезмѣрное обремененіе даннаго правового института политическими задачами слѣдовало бы признать и въ данномъ случаѣ. Точно такъ же борьба съ безнравственностью, пьянствомъ и полицейски-зловредною дѣятельностью съ помощью лишенія вознагражденія за неосновательное заключеніе едва-ли окажется плодотворной. Возьмемъ безнравственность. Совершающій ее вовсе не представляетъ себѣ необходимости предстать предъ уголовнымъ судомъ: онъ знаетъ, что по закону его преслѣдовать нельзя. А если его заключаютъ подъ стражу и затѣмъ хотя оправдываютъ, но лишаютъ вознагражденія, то это является для него такою же несправедливостью, какъ и для всякаго другого. И даже если онъ будетъ имѣть въ виду возможность этого, то все-же не для всякаго безнравственнаго дѣйствія лишеніе вознагражденія окажется подходящимъ противомотивомъ. Келеръ приводитъ такой примѣръ: нѣкто заподозрѣнъ въ государственномъ заговорѣ, такъ какъ въ темномъ углу перешептывался съ другимъ; онъ заключенъ подъ стражу; но черезъ нѣсколько времени обнаруживается, что онъ шептался не о заговорѣ, а разсказывалъ своему пріятелю „анекдоты для некурящихъ“. Неужели возможно его по той причинѣ, что дѣяніе его является безнравственнымъ, лишить права на вознагражденіе? Неудачность подобнаго ограниченія особенно ясно выступитъ наружу, если мы примемъ во вниманіе, что вознагражденію подлежитъ лишь имущественный вредъ. При такихъ ограниченіяхъ возмѣщеніе этого вреда явится наградой за хорошее поведеніе на свободѣ, едва-ли нужное, а не институтомъ, удовлетворяющимъ общественной справедливости. Кромѣ того,

кто является компетентнымъ для рѣшенія вопроса о безнравственности? Допуская понятіе „противности добрымъ нравамъ“, германское гражданское уложеніе установило необходимость объективнаго его признанія и яснаго закрѣпленія въ договорѣ; вопросъ о безнравственности входитъ въ содержаніе судебнаго слѣдствія. Ничего такого нѣтъ въ данномъ случаѣ. Здѣсь соотвѣтственная власть лишь будетъ сама усматривать безнравственность, сама будетъ судить о ея значеніи—порядокъ, нужно сознаться, очень произвольный. Приблизительно то же слѣдуетъ сказать и относительно прочихъ ограниченій. Существованіе ихъ, при наружной опредѣленности вопроса, дастъ весьма широкій просторъ усмотрѣнію въ назначеніи вознагражденія, и при нежеланіи широкаго его примѣненія, германскій законъ можетъ примѣняться къ очень ограниченному кругу случаевъ [1]).

Такимъ образомъ и съ точки зрѣнія выдѣленія суррогатовъ недоказанной виновности, и съ точки зрѣнія задачъ соціальной политики ограниченія германскаго закона являются нецѣлесообразными.

IX. Другимъ существеннымъ вопросомъ, опредѣляющимъ постановку государственнаго вознагражденія за безъ вины понесенное заключеніе, является вопросъ о тѣхъ индивидуальныхъ благахъ, которыя подлежатъ вознагражденію, объ объектѣ его. Въ прошлое время ученые считали главной задачей вознагражденія реабилитированіе чести гражданина, сильно затронутой заключеніемъ подъ стражу вмѣстѣ съ признанными преступниками, и потому выдвигали на первый планъ вознагражденіе идеальное, предлагая устраивать торжественныя шествія съ оправданнымъ, возлагать на него вѣнки и

[1]) Benedix внесъ нѣсколько другихъ любопытныхъ суррогатовъ (147). Такъ, онъ предлагаетъ: „Der Anspruch kann ausgeschlossen werden, wenn die Zubilligung der Entschädigung das Ansehen und die Interessen der Rechtspflege gefährden würde.—Der Anspruch kann ausgeschlossen werden wenn die Handlungen des Verhafteten sind eine so ehrlose und niedrige Gesinnung bekunden, dass das Gericht zu Ueberzeugung gelangt, der Verhaftete könne die ihm zur Last gelegte strafbare Handlung trotz des ihm günstigen Ausgangs des Strafverfahrens begangen haben“ (?).

проч. Въ настоящее время, когда какъ постановка, такъ и отбытіе подслѣдственнаго заключенія значительно меньше вліяютъ на доброе имя подозрѣвавшагося, ибо между арестомъ, какъ наказаніемъ, и арестомъ, какъ мѣрою безопасности, проведена болѣе строгая грань, предметомъ вознагражденія являются, съ одной стороны, нематеріальныя потери—свобода и душевныя страданія заключеннаго, отражающіяся вредно на уваженіи къ публичному строю и суду, а съ другой—тѣ матеріальныя бѣдствія, которыя понесъ безъ вины подвергнутый аресту. Само вознагражденіе становится матеріальнымъ, денежнымъ, иногда восполняемымъ общественнымъ оглашеніемъ полной невинности, напр., въ видѣ напечатанія приговоровъ. Дѣйствующія законодательства въ большинствѣ случаевъ вознаграждаютъ какъ за субъективныя страданія, такъ и за имущественныя потери. Въ Швейцарскихъ кантонахъ обращено преимущественное вниманіе на вознагражденіе имущественныхъ потерь [1]). Скандинавскія государства вмѣстѣ съ Даніей признаютъ основаніемъ для вознагражденія „*страданія*, *не-*

---

[1]) Отдѣльные кантоны регулируютъ различно этотъ вопросъ. Въ *Солотурнѣ* (§ 117, 217), *Базелѣ* (§ 3) и *Тессинѣ* (§ 273) вознагражденію подлежитъ лишь имущественный вредъ наносимый имуществу, промыслу или доходу. Въ *Невшателѣ* (§ 303), *Во* (§ 254) и *Фрибургѣ* (§ 230) опредѣленіе благъ, подлежащихъ вознагражденію въ случаѣ понесеннаго послѣдственнаго заключенія предоставлено усмотрѣнію судьи. Въ большинствѣ случаевъ этотъ вопросъ не выясненъ. Тоблеръ считаетъ примѣнимыми здѣсь постановленія обще-швейцарскаго обязательственнаго права (ст. 50—55). Обязательственное право знаетъ (напр., при убійствѣ, тѣлесномъ поврежденіи при особыхъ обстоятельствахъ), кромѣ возмѣщенія матеріальнаго вреда, и уплату пострадавшему особой соотвѣтственной денежной суммы (ст. 53)—за нематеріальный ущербъ. Ст. 54 распространяетъ эту уплату и на другія недозволенныя дѣйствія, требуя лишь серьезнаго нарушенія интересовъ; здѣсь судья можетъ приговорить къ уплатѣ пострадавшему опредѣленной суммы даже безъ доказательства съ его стороны имущественнаго вреда. Рѣшеніе вопроса о серьезности посягательства и опредѣленіе размѣра вознагражденія за нематеріальный вредъ предоставляется усмотрѣнію судьи. Практика склонна распространять понятіе нематеріальнаго вреда и на случаи безъ вины понесеннаго заключенія (по крайней мѣрѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ направленъ противъ доносителя или обвинителя, ст. 50), хотя отдѣльные кантоны знаютъ одинъ только матеріальный вредъ. По объясненіямъ S t o o s'a, подъ нематеріальнымъ вредомъ должны разумѣться нравственныя страданія, которыя не возмѣщаются денежной суммой, а лишь заглаживаются ею.

справедливость и имущественный ущербъ, который заключенный понесъ благодаря лишенію свободы". Венгерское законодательство становится преимущественно на экономическую точку зрѣнія, указывая въ ст. 580, что вознагражденіе складывается изъ слѣдующихъ частей: 1) соотвѣтственной суммы денегъ въ возмѣщеніе убытковъ, понесенныхъ невиннымъ; 2) изъ той суммы, которую подсудимый уплатилъ въ видѣ штрафа или израсходовалъ на веденіе дѣла; 3) изъ цѣны конфискованныхъ по ст. 16 уст. уг. суд. предметовъ и 4) изъ чистаго дохода съ той работы, которую невинно заключенный исполнилъ бы въ теченіе того времени, пока онъ былъ неправильно лишенъ свободы. Наконецъ, германскій законъ 14 іюля 1904 г. рѣзко становится на исключительно экономическую точку зрѣнія, предоставляя вознагражденіе лишь за „*возникшій вслѣдствіе подслѣдственнаго заключенія имущественный вредъ*". При этомъ право требовать вознагражденія, даже противъ воли оправданнаго или освобожденнаго отъ слѣдствія, предоставлено и лицамъ, имѣющимъ законное право на поддержку со стороны безъ вины содержавшагося подъ стражей, но лишь въ той степени, въ которой они лишились поддержки вслѣдствіе заключенія его подъ стражу. Этимъ постановленіемъ почти совершенно устраняется личный характеръ вознагражденія, а придается ему значеніе хозяйственнаго страхованія отъ убытковъ, при чемъ размѣръ и условія его опредѣляются по общимъ началамъ гражданскаго права [1]).

---

[1]) Въ соотвѣтствіи съ этимъ находятъ свое примѣненіе нормы гражданскаго уложенія. Вознагражденіе „должно возстановить состояніе, которое существовало бы, если бы обстоятельство, обязывающее къ возмѣщенію, не наступило (§ 249 BGB). Возможность возмѣщенія нематеріальнаго вреда исключена совершенно, такъ какъ по ст. 253 оно можетъ быть назначено только въ случаяхъ, закономъ особо предусмотрѣнныхъ. Возмѣщенію подлежитъ не только damnum emergens, но и lucrum cessans, опредѣляемая ст. 252 BGB., какъ „такая прибыль, которую можно было бы ожидать по обычному ходу вещей или сообразно съ особыми обстоятельствами, въ частности сообразно съ принятыми мѣрами и сдѣланными приготовленіями". Но запрещенная прибыль, ускользнувшая вслѣдствіе заключенія, не подлежитъ, конечно, возмѣщенію. Если заключенный зналъ или долженъ былъ знать о возможной для него прибыли, и потери ея можно было бы избѣжать безъ особенно затруднительныхъ дѣйствій, то онъ теряетъ по ст. 254, вслѣдствіе своего упущенія, право на возмѣщеніе ея полностью или от-

Такой цивилистическій взглядъ на государственное вознагражденіе приводитъ къ крайнимъ выводамъ. Строго придерживаясь его, мы должны будемъ отказывать въ вознагражденіи почти всѣмъ лицамъ, не ведущимъ самостоятельной хозяйственной дѣятельности, должны будемъ отказывать всякому рантье, живущему постоянными доходами, или бѣдняку, питающемуся случайнымъ заработкомъ. Съ другой стороны, государство принуждено будетъ иногда платить за громадные убытки и за всю ускользнувшую отъ какого-либо дѣльца прибыль. Органъ государства, заключая кого-либо подъ стражу, не считается съ экономическимъ его положеніемъ, между тѣмъ какъ на него взваливается отвѣтственность за могущіе послѣдовать убытки; такое правило приведетъ къ неравенству въ обезпеченіи свободы бѣдняковъ и богачей. Отъ заключенія богача подъ стражу органъ государства будетъ чаще воздерживаться, рискуя навлечь этимъ серьезную отвѣтственность на государство; заключеніе же подъ стражу бѣдняка будетъ производиться имъ безъ всякихъ колебаній, такъ какъ даже и при неправильномъ заключеніи государство экономически отвѣчать не будетъ или отвѣтитъ въ самомъ минимальномъ размѣрѣ. Далѣе, въ виду трудности уловить при такой

части въ зависимости отъ тяжести и причиннаго значенія своей вины. Изъ вознагражденія могутъ быть вычитаемы расходы на содержаніе въ подслѣдственномъ заключеніи, такъ какъ соотвѣтственная сумма была бы истрачена заключеннымъ, если бы онъ былъ на свободѣ, на пищу, жилище, и т. д., и возложенныя на него судебныя издержки. Съ другой стороны, можетъ подлежать возмѣщенію и вредъ, обнаружившійся послѣ отбытія подслѣдственнаго заключенія (разстройство здоровья, потеря работоспособности); уплата вознагражденія можетъ быть производима въ такихъ случаяхъ въ видѣ ренты (ст. 843 BGB). Третьи лица, имѣющія право на поддержку отъ невинно заключеннаго, могутъ притязать на вознагражденіе лишь постольку, поскольку они лишились поддержки (§ 3 и 2 закона 1904 г.). Поддержка эта можетъ быть соотвѣтственна общественному положенію нуждающагося (ст. 1610) или ограничиваться только предѣлами крайней необходимости. На основаніи нормъ гражданскаго права всецѣло регулируется и вопросъ о конкурренціи притязанія на государственное вознагражденіе съ другими исками. На такой характеръ вознагражденія, повидимому, значительно повліяла постановка государственнаго страхованія рабочихъ въ Германіи. Самое вознагражденіе разсматривается, какъ страховая премія, а не какъ средство нравственнаго удовлетворенія.

постановкѣ объемъ убытковъ, положеніе богатыхъ въ процессуальномъ отношеніи будетъ обставлено лучше, такъ какъ значительный размѣръ предстоящаго имъ вознагражденія позволитъ имъ пригласить адвоката и затратить на веденіе дѣла большія суммы; этого будутъ лишены бѣдняки, могущіе расчитывать лишь на ничтожное вознагражденіе.

Взглядъ германскаго права на необходимость полнаго возмѣщенія убытковъ покоится на принципахъ капиталистическаго строя, при которомъ собственность или приносящій доходъ капиталъ, заложенный въ какое либо предпріятіе, охраняется, какъ таковой, независимо отъ тѣхъ соціальныхъ функцій, для которыхъ предназначается получаемый доходъ. Съ такой точки зрѣнія германскій законъ—типичный продуктъ государственной капиталистической политики: неприкосновенность капитала поддерживается даже за счетъ государственной собственности. На нашъ взглядъ, болѣе справедливой въ этой области явилась бы политика, сильнѣе проникнутая соціалистическими тенденціями, поддерживающая капиталъ именно въ зависимости отъ тѣхъ соціальныхъ функцій, на которыя былъ бы употребленъ потерянный или ускользнувшій доходъ съ капитала. Соціальными функціями дохода съ капитала, покровительствуемыми государствомъ, являются тѣ, которыя направлены на то, чтобы удержать человѣка отъ пролетаризаціи, на то, чтобы не лишить его нормальнаго, средняго его заработка. Въ качествѣ такихъ интересовъ, подлежащихъ возмѣщенію, слѣдуетъ признать и возмѣщеніе убытковъ, тѣсно связанныхъ съ поддержкой существованія самого заключеннаго или его семьи или съ поддержаніемъ того предпріятія или промысла, которые обезпечиваютъ ему средній уровень средствъ къ жизни, возмѣщеніе потерь обычнаго бюджета, какъ заработной платы, жалованья, профессіональнаго заработка, словомъ, трудового дохода [1]).

[1]) Почти всѣ авторы, заимствуя конструкцію отвѣтственности изъ гражданскаго права, признаютъ необходимымъ и цивилистическое мѣрило возмѣщенія всѣхъ убытковъ. Исключеніемъ является Berolzheimer (Die Entschädigung u. s. w. 1891. S. 18), который пишетъ: „Если исходить изъ господствующей нынѣ идеи о государствѣ, по которой въ первую голову долженъ нести отвѣт-

Противъ такого ограниченія объема возмѣщаемыхъ благъ можно возражать лишь съ точки зрѣнія непригодности его для дѣйствительныхъ государственныхъ интересовъ (это едва-ли можетъ быть утверждаемо), а не съ точки зрѣнія строгихъ началъ справедливости. Государство, выполняя необходимую публичную функцію, не входитъ въ соображенія объ убыточности ея для какого-либо лица, и потому не должно отвѣчать по началамъ частнаго права; вознагражденіе, выдаваемое имъ, основывается на соображеніяхъ государственной политики и регулируется нормами права публичнаго. Государственно-экономическое значеніе дѣятельности какого-либо лица или употребленія какого-либо капитала опредѣляется не по внутренней его цѣнности и не по тому, какую прибыль онъ могъ бы принести частному лицу, а съ точки зрѣнія государственно-хозяйственной оцѣнки того экономическаго плана, въ который входитъ эта дѣятельность или капиталъ и который исполняетъ извѣстную соціальную функцію.

Намѣченныя нами выше основанія являются лишь суррогатами, имѣющими цѣлью придать болѣе конкретный характеръ такой оцѣнкѣ. Исправленіе могущихъ возникнуть въ отдѣльныхъ случаяхъ экономическихъ противорѣчій предоставляется усмотрѣнію судьи. Но необходимо, чтобы это усмотрѣніе было руководимо закономъ. При германской системѣ можно предполагать, что усмотрѣніе судьи, могущее съ большею правильностью видѣть въ отдѣльныхъ случаяхъ нецѣлесообразность предоставленія богачамъ вознагражденія за всѣ ихъ убытки, можетъ завести систематическую борьбу съ закономъ, требующимъ такого вознагражденія.

Но кромѣ возмѣщенія *матеріальнаго* вреда вознагражденіе

ственность и заботу самъ индивидъ, а государство вступается своею благопріятствующею или задерживающею дѣятельностью лишь тогда, когда силы индивида и свободныхъ общественныхъ союзовъ оказываются недостаточными, то притязаніе на вознагражденіе можно предоставлять тогда, и только тогда, когда осужденіемъ или заключеніемъ подъ стражу невиннаго причинено ему хозяйственное разореніе или оно грозитъ ему". Такая забота государства, однако, является слишкомъ недостаточной. Необходимо не только предупредить разореніе, но и поддержать средній хозяйственный бюджетъ.

должно преслѣдовать и заглаженіе вреда *нематеріальнаго*. Государство не можетъ игнорировать фактъ напраснаго лишенія свободы и тяжкихъ душевныхъ страданій. Матеріальный вредъ имѣется на лицо далеко не во всѣхъ случаяхъ безвиннаго подслѣдственнаго заключенія. Вмѣсто того, чтобы побуждать судью къ искусственному признанію матеріальнаго вреда въ тѣхъ случаяхъ, когда его не имѣется, слѣдуетъ предоставить судьѣ возможность вознаграждать особой денежной суммой за испытанный нематеріальный вредъ. Само собою разумѣется, что деньги не могутъ возмѣстить субъективныхъ страданій, тяжесть которыхъ не поддается оцѣнкѣ, но онѣ важны какъ моральное удовлетвореніе, какъ выдача, основанная на признаніи государствомъ ошибочнаго назначенія этой мѣры, на возстановленіи попранной справедливости. Назначеніе этой суммы должно быть поставлено въ зависимость отъ усмотрѣнія судьи и обусловлено тѣми случаями, когда судья признаетъ, что одно только вознагражденіе за матеріальный вредъ не въ достаточной степени заглаживало бы понесенныя заключеннымъ страданія и несправедливость. Въ случаѣ отказа отъ вознагражденія лица, которому оно присуждено, вознагражденіе могло бы идти на усиленіе средствъ обществъ патроната. Такое благотворительное предназначеніе его должно быть создано для того, чтобы побудить лицъ, экономически не нуждающихся въ этомъ вознагражденіи, жертвовать его на борьбу со страданіями и нуждой освобожденныхъ изъ тюремъ, которыя для нихъ будутъ до извѣстной степени близкими страданіями. Отсутствіе вознагражденія за нематеріальный вредъ въ германскомъ правѣ составляетъ крупный пробѣлъ [1]).

Такимъ образомъ намъ представляется необходимымъ:

---

[1]) Едва ли можно признать цѣлесообразнымъ, какъ предлагаютъ нѣкоторые (напр., Цуккеръ или Келеръ) установить кромѣ вознагражденія за матеріальный вредъ и легальную стоимость дня свободы. Вознагражденіе получило бы тогда нежелательный характеръ обогащенія, и чрезмѣрною тяжестью легло бы на бюджетъ государства, такъ какъ установлять такую стоимость въ минимальномъ размѣрѣ было бы равносильно подчеркиванію низкой оцѣнки свободы государствомъ. Вслѣдствіе индивидуальнаго характера нематеріальнаго вреда, онъ можетъ быть назначаемъ по усмотрѣнію судьи, при наличности особо возмущающихъ чувство справедливости обстоятельствъ.

1) сузить слишкомъ широкій критерій возмѣщенія убытковъ, заимствованный изъ ст. 252 герм. гражд. улож.; 2) установить отдѣльныя соціальныя основанія такого возмѣщенія и 3) предоставить судьѣ право, въ случаѣ признанія имъ тяжести понесенныхъ нравственныхъ страданій лишенія свободы и несправедливости, назначать кромѣ того особую сумму въ пользу испытавшаго подслѣдственное заключеніе.

Получающаяся при этомъ затрата [1]) (меньшая, чѣмъ та, которая допускается широкимъ принципомъ германскаго закона) послужитъ хорошимъ коррективомъ противъ совершенія судебныхъ ошибокъ, внушитъ больше осторожности и создастъ больше справедливости въ судебной системѣ, и поэтому государство не должно останавливаться передъ ней. Эти блага настолько цѣнны, что разсудительный политикъ не задумается надъ выборомъ. Принципіальныя опасенія „ложныхъ толкованій“ и потворства“, намъ кажется, въ достаточной мѣрѣ разсѣяны существующей литературой. Несправедливость отсутствія денежнаго вознагражденія особенно рѣзко будетъ выражаться съ примѣненіемъ зачета подслѣдственнаго заклю-

---

[1]) Количество лицъ, содержавшихся подъ стражей и освобожденныхъ или оправданныхъ впослѣдствіи, не настолько велико, чтобы оно грозило разореніемъ государству, въ случаѣ признанія за ними права на вознагражденіе. Въ 1898 г.— въ Англіи оно равнялось—1076, во Франціи—9483, въ Италіи—25270, въ Австріи—3263, въ Россіи (въ общихъ судебныхъ установленіяхъ, о которыхъ только и имѣются соотвѣтственныя данныя)—4231. Въ 1899 г. эта цифра для Россіи упала до 3400. Если предположить среднюю продолжительность подслѣдственнаго заключенія такихъ лицъ въ 2 мѣсяца (общая средняя продолжительность подслѣдственнаго заключенія 3—4 мѣс.), то получимъ 204000 дней. При разсчетѣ средняго заработка приблизительно въ $1^1/_2$ руб. мы получимъ около 300.000 руб. Но слѣдуетъ принять во вниманіе, что мы беремъ число оправданныхъ и освобожденныхъ цѣликомъ, не выдѣляя изъ него тѣхъ, которые по закону должны были бы быть лишены этого вознагражденія, и что цифра оправданныхъ, которые понесли подслѣдственное заключеніе, сильно упала бы съ установленіемъ зачета этого заключенія въ наказаніе, нынѣ отсутствующаго. Съ другой стороны, непринятое нами во вниманіе безвинное подслѣдственное заключеніе въ мировой юстиціи не можетъ быть продолжительнымъ при правильной постановкѣ ея и касается обыкновенно низшихъ классовъ населенія (подозрѣваемыхъ въ кражѣ и мелкомъ мошенничествѣ), заработокъ и убытки которыхъ не могутъ быть велики. Оцѣнивъ эти соображенія, мы признаемъ сумму въ 300 тыс. руб. скорѣе преувеличенной, нежели уменьшенной по сравненію съ дѣйствительной.

ченія. Изъ одной и той же тюрьмы выйдутъ двое лицъ, одно изъ которыхъ будетъ признано невиннымъ, другое—признано преступнымъ. И судъ скажетъ второму: „ступай, ты понесъ уже свою кару“, а другому: „ступай... и будь доволенъ, что убрался отъ суда цѣлымъ“. Гдѣ же справедливость?

X. Намъ остается, наконецъ, разсмотрѣть тотъ процессуальный порядокъ, посредствомъ котораго осуществляется право на полученіе вознагражденія отъ государства. Здѣсь мы будемъ кратки, такъ какъ процессуальныя частности стоятъ въ тѣсной связи съ принятымъ въ каждой странѣ судопроизводствомъ и не представляютъ достаточно общаго интереса. Болѣе другихъ вопросовъ здѣсь придется отмѣтить степень участія административной власти въ постановленіи рѣшенія и въ опредѣленіи размѣра вознагражденія и тѣ гарантіи, которыя предоставлены истцу въ этихъ случаяхъ.

Въ Швейцарскихъ кантонахъ на опредѣленіе вознагражденія въ окончательномъ видѣ большею частью уполномоченъ судъ, постановляющій приговоръ [1]). Въ Швеціи и Норвегіи принятъ исключительно административный порядокъ. Прошенія пишутся на имя короля и подаются министру юстиціи. Въ Даніи для опредѣленія размѣровъ вознагражденія, предоставленнаго судомъ, постановившимъ приговоръ, ведется особый гражданскій процессъ съ участіемъ потерпѣвшаго, мѣстнаго представителя государственнаго казначейства и слѣдо-

---

[1]) Если искъ о вознагражденіи превышаетъ 3000 фр., то дѣло подлежитъ рѣшенію союзнаго суда, призваннаго рѣшать споры между частными лицами и кантонами, и представляющаго больше гарантій. Обычный же порядокъ состоитъ въ томъ, что уголовный судъ, постановляя рѣшеніе, одновременно, принципіальнымъ образомъ отвѣчаетъ на вопросъ о допустимости вознагражденія, иногда тутъ же и устанавливается размѣръ вознагражденія (Цюрихъ, Бернъ, Люцернъ, Гларусъ, Цугъ, Ааргау), хотя этимъ оправданный лишается возможности представить надлежащія доказательства своихъ потерь. Кантонъ Базельштадтъ устанавливаетъ для подачи заявленія объ убыткахъ краткій срокъ въ 14 дней; заявленіе разсматривается гражданскимъ судомъ. Бернское законодательство предоставляетъ выборъ уголовнаго или гражданскаго судьи самому потерпѣвшему. Иногда предъ постановленіемъ рѣшенія требуется заключеніе министра или начальника полиціи. Практика Люцерна считаетъ притязаніе на государственное вознагражденіе имѣющимъ частно-правовой характеръ. Большинство другихъ кантоновъ признаетъ за нимъ публичный характеръ (T o b l e r, S. 24—26).

вателя, который велъ дѣло, при чемъ истецъ можетъ выбрать какъ низшую, такъ и высшую инстанцію. Издержки платитъ истецъ въ случаѣ неправильнаго иска о вознагражденіи, въ противномъ случаѣ онѣ принимаются на счетъ государства. Право на искъ сохраняется за потерпѣвшимъ въ теченіе года, считая со времени освобожденія. Въ случаѣ смерти оно переходитъ къ супругу и кровнымъ наслѣдникамъ. По венгерскому уставу дѣло о полученіи вознагражденія начинается особо въ томъ судѣ, который въ качествѣ первой инстанціи постановилъ рѣшеніе. Судъ самъ устанавливаетъ данныя, по которымъ опредѣляется вознагражденіе, стороны же представляютъ мотивированныя заключенія, по которымъ министръ юстиціи опредѣляетъ сумму вознагражденія за убытки. Срокъ обращенія къ суду—6 мѣсяцевъ со дня освобожденія или оправданія. Государство имѣетъ право обратнаго требованія съ соотвѣтственныхъ органовъ въ случаѣ ихъ виновности. Законъ допускаетъ замѣну права на вознагражденіе ходатайствомъ о пособіи, размѣръ котораго опредѣляется судомъ (ст. 489). Кромѣ самого потерпѣвшаго предъявлять ходатайство могутъ и его наслѣдники. По правиламъ германскаго закона, созданнымъ по образцу закона 1898 г., судъ вмѣстѣ съ оправдательнымъ приговоромъ или постановленіемъ о прекращеніи дѣла ex officio постановляетъ въ особомъ заключеніи (одновременно съ главнымъ приговоромъ или особо) относительно наложенія на государственную кассу обязанности вознагражденія [1]). Это правильно, какъ для суда первой инстанціи, такъ и для апелляціоннаго. Въ заключеніи содержится лишь принципіальный отвѣтъ, сумма же опредѣляется министромъ юстиціи каждаго государства. Рѣшеніе суда по вступленіи приговора въ законную силу не оглашается, а сообщается лицамъ, имѣющимъ притязаніе на вознагражденіе. На основаніи этого заключенія содержавшійся безъ вины подъ стражей или лица, имѣющія право на поддержку отъ него, могутъ

[1]) Мотивы устанавливаютъ: „если предварительное заключеніе было примѣнено къ невинному, то первая обязанность государства заключается въ совершеніи перваго шага къ вознагражденію ущерба, даже если по этому предмету не было выслушано заключеній сторонъ“ см. Ramen, p. 173.

предъявить въ теченіе шести мѣсяцевъ со времени врученія заключенія ходатайство прокуратурѣ окружнаго суда того округа, въ которомъ производилось слѣдствіе въ первой инстанціи. По этому ходатайству, на основаніи сообщенныхъ прокуратурою свѣдѣній и документовъ, министръ юстиціи постановляетъ резолюцію, сообщаемую просителю согласно правиламъ гражданскаго судопроизводства. Министръ юстиціи при этомъ обсуждаетъ формальную правильность ходатайства и размѣръ понесенныхъ убытковъ Противъ этого рѣшенія допустимо законное обжалованіе въ теченіе 3-хъ мѣсяцевъ. Притязанія на вознагражденіе исключительно подсудны гражданскимъ отдѣленіямъ окружнаго суда, независимо отъ цѣны иска [1]). Казначейство государства, уплачивающаго вознагражденіе, вступаетъ во всѣ права, которыя принадлежатъ вознаграждаемому по отношенію къ тѣмъ лицамъ, неправильными дѣйствіями которыхъ вызвано было заключеніе подъ стражу. Германскій законъ спеціально предусматриваетъ также обратное требованіе вознагражденія при возобновленіи дѣла. Нѣкоторыя измѣненія этого порядка приняты для военныхъ, военно-морскихъ, консульскихъ судовъ и, наконецъ, для Имперскаго суда.

Какъ видно, административная власть въ настоящее время принимаетъ еще очень существенное участіе въ опредѣленіи вознагражденія или окончательнымъ рѣшеніемъ (Скандинавскія государства), или предварительнымъ рѣшеніемъ о его размѣрѣ, подлежащимъ обжалованію (Венгрія, Германія). Эта широкая роль администраціи, при значительности сферы судейскаго усмотрѣнія, позволяетъ проникать въ эту область соображеніямъ узкой политики и разсчета. Но такой порядокъ допустимъ поневолѣ, такъ какъ первые шаги новаго института еще не могутъ быть вполнѣ увѣренными. Все-же этотъ административно-судебный порядокъ стоитъ значительно выше чисто административнаго, при которомъ вознагражденіе

---

[1]) Для того, чтобы избѣжать вредныхъ сдѣлокъ, и въ интересахъ заключеннаго, ему воспрещено до вступленія въ силу рѣшенія о вознагражденіи отчуждать и закладывать свои права подъ угрозой ничтожности такой сдѣлки.

выдается, какъ актъ верховной милости. Цѣлесообразно было бы предоставить возможность вліять на производство вознагражденія и присяжнымъ, если дѣло разбирается съ ихъ участіемъ. Никто больше ихъ не способенъ принципіально рѣшить вопросъ о доказанности виновности.

XI. Въ русскомъ правѣ наиболѣе широкую постановку вопросъ о вознагражденіи безъ вины понесшихъ подслѣдственное заключеніе имѣлъ въ предположеніяхъ коммисіи 1863 года. Семь членовъ коммисіи, указывая на ущербъ и нравственныя страданія, понесенныя привлеченными неосновательно и легкомыслепно къ отвѣтственности, признавали за ними право на вознагражденіе за всѣ страданія, которыя они безвинно потерпѣли. Они предполагали помѣстить въ законѣ правило: „При постановленіи опредѣленій о прекращеніи дѣла, какъ окружный судъ, такъ и судебная палата назначаютъ вознагражденіе за вредъ и убытки лицу, неправильно привлеченному къ уголовной отвѣтственности, когда имѣется въ виду просьба его о томъ или жалоба [1]). Относительно оправданныхъ подсудимыхъ „суду предоставляется ходатайствовать передъ Императорскимъ Величествомъ о вознагражденіи оправданнаго подсудимаго даже и въ томъ случаѣ, если въ неправильномъ преслѣдованіи его никто не можетъ быть признанъ виновнымъ, если такой подсудимый въ теченіе производства о немъ дѣла содержался продолжительное время подъ стражей“ (тамъ же). Такимъ образомъ семь членовъ хотѣли придать вознагражденію характеръ благотворительнаго воспомоществованія, даруемаго оправданному, какъ актъ милости монарха. Однако большинство не согласилось съ предложеніемъ, видя въ неправильномъ привлеченіи лишь случай, вызванный естественной необходимостью. „На случаи, въ которыхъ подозрѣніе это навлечено на подсудимаго лишь несчастнымъ для него стеченіемъ обстоятельствъ, нельзя смотрѣть иначе, какъ на тѣ несчастья, которымъ человѣкъ нерѣдко подвергается вслѣдствіе несовершенства его природы или вслѣдствіе неисповѣдимыхъ судебъ Верховнаго Промысла.

[1]) Объяснит. зап. 1863 г. стр. 253.

Эти случаи требуютъ уврачеванія неизбѣжнаго въ мірѣ зла мѣрами благотворительности".

Осуществившіяся въ уставѣ уголовнаго судопроизводства постановленія о вознагражденіи въ общихъ чертахъ сводятся къ слѣдующему (ст. 780—784).

Оправданному дозволяется просить вознагражденія за вредъ и убытки, причиненные ему неосновательнымъ привлеченіемъ его къ суду (ст. 32, 121, 780 уст. уг. суд.). Затѣмъ законъ различаетъ случаи привлеченія къ отвѣтственности: 1) частнаго лица, не потерпѣвшаго отъ преступленія или проступка, въ которомъ оно обвиняло подсудимаго—съ него можетъ быть требуемо вознагражденіе во всякомъ случаѣ (ст. 781), 2) лица, возбудившаго судебное преслѣдованіе вслѣдствіе понесеннаго имъ вреда или убытка—оно отвѣтственно лишь въ томъ случаѣ, когда дѣйствовало недобросовѣстно, искажая обстоятельства дѣла, дѣлая ложныя показанія или подговаривая къ тому другихъ или же употребляя иныя незаконныя или предосудительныя средства (ст. 782); и 3) должностныхъ лицъ, въ томъ числѣ слѣдователя и прокурора; здѣсь отвѣтственность ограничивается случаями, когда оправданный подсудимый можетъ доказать, что они дѣйствовали пристрастно, притѣснительно, безъ законнаго повода или основанія, или же вообще недобросовѣстно (783 ст.) [1]. Государственнаго воз-

[1]) Подъ „оправданными" въ ст. 783 уст. угол. суд. слѣдуетъ разумѣть и тѣхъ, которые были *оправданы по возобновленіи дѣла*, т. е. неправильно были осуждены судомъ. По обстоятельному толкованію И. Я. Фойницкаго (О вознагражденіи невинно привлеченныхъ, 1886, стр. 15—16), подъ оправданными, несмотря на букву закона, слѣдуетъ разумѣть также и *освобожденныхъ отъ суда*. Такимъ образомъ объемъ отвѣтственности судей здѣсь установленъ прочно. Для предъявленія иска объ убыткахъ слѣдуетъ доказать, что судьи дѣйствовали *умышленно, притѣснительнымъ или пристрастнымъ образомъ или недобросовѣстно нарушили законъ* („безъ законнаго повода и основанія"). Отвѣтственность осуществляется въ порядкѣ ст. 1331—1336 уст. гражд. суд.

Самый порядокъ предъявленія иска крайне сложенъ. Первоначально требуется испросить разрѣшеніе на такой искъ: въ случаѣ, если онъ предъявляется къ чинамъ окружныхъ судовъ или къ мировымъ судьямъ,—отъ судебной палаты, а если къ чинамъ палаты—отъ соединеннаго присутствія перваго и кассаціонныхъ департаментовъ Сената. На принесеніе такой жалобы повѣренный долженъ имѣть спеціальное уполномоченіе. Признавъ по предварительномъ разсмотрѣніи жалобы, что она можетъ подлежать удовлетворенію, палата или Се-

награжденія уставъ уголовнаго судопроизводства не допускаетъ.

натъ сообщаетъ копію просьбы обвиняемому для доставленія по ней объясненій. Самое рѣшеніе постановляется по истеченіи надлежащихъ сроковъ въ закрытомъ засѣданіи, по выслушаніи доклада одного изъ членовъ и заключеній прокуратуры. Въ случаѣ признанія просьбы подлежащей удовлетворенію, назначается окружный судъ, въ который проситель можетъ обратиться съ искомъ о вознагражденіи. Остальное же производство происходитъ по общимъ правиламъ (ст. 1331—1336 уст. гражд. суд.).

Но возможна ли отвѣтственность судей за убытки, причиненные подслѣдственнымъ заключеніемъ или другими ихъ дѣйствіями судебнаго характера, кромѣ случаевъ ст. 783? Отвѣтъ на это мы находимъ въ книгѣ Н. Лазаревскаго. Ходъ разсужденій автора слѣдующій.—Ст. 1331 уст. гражд. суд. говоритъ о *неправильныхъ* и пристрастныхъ дѣйствіяхъ судей, какъ основаніяхъ для предъявленія просьбъ о разрѣшеніи взыскивать убытки, при чемъ слова „неправильныя дѣйствія“ вполнѣ сознательно употреблены въ законѣ. Далѣе ст. 59 улож. о нак. разрѣшаетъ взыскивать со всѣхъ виновныхъ въ преступленіяхъ понесенные вредъ и убытки, а слѣдовательно распространяется и на ст. 370 улож. о наказ., по которой грозитъ судьѣ дисциплинарное взысканіе (замѣчаніе или выговоръ), „если имъ постановлено неправильное рѣшеніе въ дѣлѣ, вслѣдствіе ошибки его или неправильнаго, лишь по недоразумѣнію, толкованія законовъ“. На основаніи такого толкованія Н. Лазаревскій признаетъ, что „въ то время какъ по ст. 1316 административныя должностныя лица отвѣчаютъ только за нерадѣніе, неосмотрительность и медленность, судьи, отвѣтственность которыхъ, по крайней мѣрѣ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, по самому существу дѣла должна опредѣляться болѣе льготными условіями, отвѣчаютъ по ст. 1331 уст. гр. суд. и ст. 370 улож. о нак. за всякую неправильность“. Допускаемая въ такомъ уродливо-громадномъ объемѣ гражданская отвѣтственность не признается ни въ одномъ государствѣ. Самое существованіе стадіи предварительнаго разрѣшенія на вчиненіе исковъ къ судьямъ Лазаревскій оправдываетъ необходимостью установить коррективъ противъ такихъ широкихъ матеріально-правовыхъ основаній. Съ своей стороны, онъ считаетъ необходимымъ ограничить гражданскую отвѣтственность судей только одними умышленно незаконными дѣйствіями.

Съ такимъ широкимъ толкованіемъ дѣйствующаго законодательства нельзя согласиться. Обращаясь сначала къ уложенію о наказаніяхъ, мы должны будемъ признать ссылку г. Лазаревскаго на ст. 59 неточной. Авторъ выводитъ изъ нея гражданскую отвѣтственность за всякія преступленія, даже обложенныя дисциплинарными взысканіями; между тѣмъ при болѣе внимательномъ толкованіи закона распространить ст. 59 на эти послѣдніе случаи не представляется основаній. Ст. 59 слѣдуетъ непосредственно за перечисленіемъ лишь *общихъ* наказаній и, говоря о наказаніи, имѣетъ въ виду лишь перечисленныя выше наказанія. Дисциплинарныя взысканія поставлены *особо*, позднѣе, въ ст. 65, при чемъ, какъ явствуетъ изъ закона, они противополагаются общимъ наказаніямъ и взысканіямъ (т. е. отвѣтственности за убытки). Въ ст. 65 говорится: „кромѣ общихъ мѣръ наказаній и взысканій, выше сего означенныхъ, за преступленія и проступки

Рамки вознагражденія весьма широки, и внѣ ихъ остается очень небольшое количество случаевъ, въ которыхъ невинный

на службѣ полагаются слѣдующія"... Самостоятельный характеръ этихъ мѣръ подчеркивается въ объясненіяхъ къ ст. 65: „О сихъ наказаніяхъ нужно было упомянуть въ сей главѣ, дабы она заключала въ себѣ полное исчисленіе всѣхъ существующихъ въ нашемъ законодательствѣ наказаній и взысканій". (*Проектъ улож. о наказаніяхъ* 1844 г. Спб. 1871, стр. 21). Непримѣнимость ст. 59 къ указаннымъ въ ст. 65 мѣрамъ явствуетъ и изъ того, что въ числѣ ихъ уже имѣются денежныя взысканія (вычеты изъ жалованія), и трудно предположить, что законодатель хотѣлъ взвалить на судей двойную денежную отвѣтственность, и предъ государствомъ, и предъ частными лицами. По нашему мнѣнію, ст. 59 находитъ свое примѣненіе лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда за преступленіе, учиненное должностнымъ лицомъ, положено въ законѣ общее наказаніе; мы предлагаемъ такимъ образомъ понимать подъ словомъ „наказаніе" ст. 59—„общее наказаніе" или „наказаніе, указанное выше". Такой взглядъ находитъ слѣдующія подкрѣпленія. Въ проектѣ 1844 г. въ тѣхъ случаяхъ, когда, несмотря на серьезную вину должностного лица предъ гражданиномъ, въ законѣ за его дѣяніе положено дисциплинарное наказаніе, указывалось каждый разъ особо, что частное лицо можетъ взыскивать съ него всѣ убытки (напр., ст. 373) или безчестье въ свою пользу (напр., ст. 370 при заключеніи подъ стражу безъ всякихъ достойныхъ уваженія причинъ или безъ законнаго на то права, ст. 371—при производствѣ обыска или выемки при тѣхъ же условіяхъ и т. д.). Такимъ образомъ проектъ считалъ нужнымъ, несмотря на существованіе ст. 59 (ст. 62 проекта) оговаривать каждый разъ при дисциплинарныхъ взысканіяхъ имущественную отвѣтственность должностного лица. Въ самомъ уложеніи 1845 г. эти спеціальные случаи не упоминаются, но это еще не означаетъ, что отвѣтственность распространена и на дисциплинарную вину. Это доказывается хотя бы ст. 426, гдѣ установлена гражданская отвѣтственность чиновника, производящаго слѣдствіе, за причиненные вредъ и убытки при наличности дисциплинарныхъ взысканій. Такимъ образомъ находитъ себѣ подтвержденіе тотъ взглядъ, что отвѣтственность за убытки при дисциплинарной винѣ существуетъ лишь на основаніи особо указанныхъ въ законѣ случаевъ, но не общимъ образомъ по ст. 59. Дальнѣйшимъ доказательствомъ этого служитъ и то, что распространеніе гражданской отвѣтственности судей на всѣ дисциплинарныя провинности, указанныя въ уложеніи о наказаніяхъ, въ томъ числѣ и на ст. 370 улож. о нак., противорѣчило бы болѣе поздней ст. 783 уст. угол. суд. Статья эта имѣетъ тотъ смыслъ, что она распространяетъ гражданскую отвѣтственность и на тѣ случаи служебной пристрастности и недобросовѣстности по отношенію къ невинно привлеченнымъ къ слѣдствію или суду или невинно осужденнымъ, которые въ уложеніи о наказаніяхъ не оговорены. Она, принимая во вниманіе интересъ личной свободы и огражденія невинности, даетъ право пострадавшему отыскивать убытки при всякой пристрастности или недобросовѣстности судьи. Сюда такимъ образомъ подойдутъ умышленное неснятіе допроса въ теченіе сутокъ (ст. 430), медленность въ производствѣ дѣла по пристрастію, ненависти, враждѣ или по другимъ какимъ-либо противозаконнымъ побужденіямъ (ст. 431) и пр. За эти преступныя дѣянія въ законѣ положены дисци-

останется невознагражденнымъ. Если, какъ установлено въ законѣ, должностныя лица отвѣчаютъ за *основательность* при-

---

плинарныя взысканія, но тѣмъ не менѣе ст. 783 уст. угол. суд. даетъ возможность предъявлять по нимъ къ судьямъ искъ объ убыткахъ. Итакъ слѣдуетъ признать, что ст. 59 находитъ свое примѣненіе лишь къ преступленіямъ, учиненнымъ судьями и влекущимъ общее наказаніе. Ст. 370 ул. о нак., которую имѣетъ въ виду г. Лазаревскій, конструируя отвѣтственность судей, устанавливаетъ лишь *дисциплинарныя взысканія* и говоритъ *не о пристрастности, а о недоразумѣніи и легкой неосторожности*, и потому ни на основаніи 783 ст., ни на основаніи ст. 59 не можетъ быть признана влекущей гражданскую отвѣтственность судей.

Другимъ основаніемъ для утвержденія Н. Лазаревскаго объ отвѣтственности судей за всякую неправильность является ст. 1331, гласящая о разрѣшеніи предъявлять иски между прочимъ и за неправильныя дѣйствія. Но статья 1331 устанавливаетъ лишь *порядокъ производства* по претензіямъ, а не матеріально-правовыя основанія иска. Слова „неправильныя дѣйствія", употребленныя въ этой статьѣ, неточно поставлены вмѣсто перечисленія тѣхъ случаевъ, въ которыхъ по закону предоставляется взыскивать убытки съ судей, помимо ихъ пристрастныхъ дѣйствій (ст. 783 уст. уг. суд., ст. 426 ул. о нак. и др.). При обсужденіи этого вопроса въ коммиссіи по составленію судебныхъ уставовъ меньшинство предполагало предоставить возможность отыскиванія убытковъ съ судей лишь: 1) когда судьи обвиняются въ постановленіи такого рѣшенія или въ такомъ распоряженіи, которое явно противорѣчитъ очевидному смыслу закона, и 2) когда судьи обвиняются въ противозаконной медленности по дѣлу". Большинство же ограничивало предъявленіе иска случаями обвиненія въ намѣренно пристрастныхъ дѣйствіяхъ съ цѣлью причинить вредъ (объясн. зап. къ проекту III книги уст. гражд. суд. стр. 475 сл.); въ Государственномъ Совѣтѣ не была принята ни та, ни другая редакція, а допущена отвѣтственность „вслѣдствіе неправильныхъ и пристрастныхъ дѣйствій". Внесеніе такой неопредѣленности, по нашему мнѣнію, и объясняется тѣмъ, что Государственный Совѣтъ призналъ неумѣстнымъ здѣсь опредѣленіе матеріальныхъ основаній отвѣтственности и поставилъ слово „неправильныя", разумѣя подъ нимъ не всякія неправильныя дѣйствія судей, а лишь такія, которыя по закону признаны влекущими гражданскую отвѣтственность, хотя и не могутъ быть подведены подъ понятіе пристрастныхъ. Для того, чтобы привлечь судью къ отвѣтственности за убытки, недостаточно ссылки на одну ст. 1331, а необходимо дополненіе ея другою статьею, устанавливающею матеріальную отвѣтственность. К. П. Зм и р л о въ (О взысканіи съ судей убытковъ. Журн. Мин. Юст. 1905 г. кн. I стр. 15), разсматривая п. 2 ст. 505 франц. уст. гражд. суд., разрѣшающій предъявленіе исковъ судей только тогда, когда это право точно выражено въ законѣ, замѣчаетъ: „въ п. 2 ст. 505 высказано основное положеніе относительно исковъ объ убыткахъ съ судей, которое хотя и не выражено категорически въ ст. 1331—1333 уст. гр. суд., вытекаетъ однако, какъ изъ ст. 1331, такъ и изъ существа самаго права на подобнаго рода иски. Это основное положеніе заключается въ томъ, что право на взысканіе съ судей убытковъ допускается только въ случаяхъ, точно указанныхъ въ законѣ". Такимъ образомъ К. П. Зм и р л о въ

нимаемыхъ мѣръ, а не только за законность, доносители же подлежатъ отвѣтственности *во всякомъ случаѣ*, то за предѣлами частной отвѣтственности оказались бы дѣйствительно лишь случаи совершенно исключительные. Однако такая широкая отвѣтственность частныхъ лицъ признана несправедливой. Проектъ 1900 г. вполнѣ правильно призналъ, что безусловная отвѣтственность доносителей во всякомъ случаѣ несправедлива, да и практика давно отступила отъ этой нормы закона, ограничивъ ея примѣненіе. Проектъ, сравнявъ отвѣтственность доносителей съ отвѣтственностью потерпѣвшихъ отъ преступленія [1]), увеличилъ число лицъ, вознагражденіе которыхъ должно было бы относиться къ государству.

Просьбу о присужденіи съ частнаго лица вознагражденія проектъ предполагаетъ допускать только до постановленія приговора.

Относительно *государственнаго* вознагражденія проектъ пошелъ не на много дальше дѣйствующаго законодательства.

присоединяется къ защищаемому нами взгляду на ст. 1331. Нашъ взглядъ подтверждается также и рѣшеніями Сената (гражд. касс. деп. 85/76 и общ. собр. 1879 № 49), по которымъ признается, что судьи не отвѣчаютъ за неправильное толкованіе закона; этого съ нихъ нельзя и требовать. Итакъ догматически мы не признаемъ возможности столь широко конструировать отвѣтственность судей, какъ то дѣлаетъ Н. Лазаревскій, а ограничиваемъ ее случаями учиненія преступнаго дѣянія, влекущаго общее наказаніе, случаями, особо указанными въ улож. о нак. при дисциплинарныхъ взысканіяхъ, и случаями ст. 783 уст. уг. суд.

Коммисія по составленію проекта гражданскаго уложенія, подъ вліяніемъ германскаго права, установила отвѣтственность судей за умышленную вину и за грубую неосторожность (*Объясненія къ проекту, т. V* стр. 691). Судьи отвѣчаютъ, если они дѣйствовали съ умысломъ или съ явною небрежностью (ст. 1074 второй редакціи). Проектъ новой редакціи уст. гр. суд. въ ст. 1017 сохраняетъ существующую редакцію „неправильныхъ и пристрастныхъ дѣйствій". Н. Лазаревскій отчасти справедливо указываетъ на неопредѣленность выраженія „грубая небрежность" и считаетъ правильнымъ ограничить отвѣтственность судей лишь случаями умысла. Признавая цѣлесообразнымъ суженіе отвѣтственности судей, мы все-таки рѣшительно не высказались бы противъ допущенія въ законѣ грубой неосторожности, такъ какъ умыселъ поддается доказательству съ большимъ трудомъ и признаніе отвѣтственности при грубой неосторожности—culpa dolo proxima было бы ничѣмъ инымъ, какъ нѣкоторымъ ослабленіемъ onus probandi на сторонѣ пострадавшаго.

[1]) Ст. 1035 проекта. Объясн. зап. т. IV, стр. 149.

При обсужденіи этого вопроса коммисіей было принято мнѣніе, „что въ тѣхъ случаяхъ, когда неправильное привлеченіе кого-либо къ отвѣтственности послѣдовало помимо чьей-либо вины, единственно по причинѣ стеченія неблагопріятныхъ для подсудимаго обстоятельствъ, *вознагражденіе его должно быть принято государствомъ на себя* и не можетъ разсматриваться какъ предметъ исключительно одной общественной благотворительности. Положеніе это, усвоенное большинствомъ западно-европейскихъ законодательствъ, вытекаетъ изъ того, повидимому, совершенно безспорнаго начала, что вредъ, причиненный лицу неосновательнымъ привлеченіемъ къ суду, *глубоко затрагиваетъ интересы государства, для котораго правильное отправленіе правосудія имѣетъ чрезвычайно серьезное значеніе*“ [1]). Такимъ образомъ коммисія стала на совершенно правильную точку зрѣнія. Однако, по мотивамъ, совершенно не указаннымъ въ объяснительной запискѣ [2]), коммисія ограничилась лишь признаніемъ вознагражденія невинно-осужденныхъ и оправданныхъ при пересмотрѣ дѣла—„въ совершено исключительныхъ случаяхъ“, и при этомъ вознагражденіе разсматривается ею не какъ обязанность государства, какъ то было признано самой коммисіей, а какъ исключительный актъ верховной милости, требующій особаго ходатайства черезъ всеподданнѣйшій докладъ министра юстиціи по предварительномъ соглашеніи съ министромъ финансовъ (1039 ст. проекта). Подобный способъ вознагражденія не составляетъ никакого особаго права, ибо не воспрещено прибѣгать вообще къ верховной власти съ просьбами о вознагражденіи, и таковое вознагражденіе жертвъ судебныхъ ошибокъ производилось и раньше. Такое категорически отрицательное рѣшеніе

---

[1]) Объясн. зап. Т. IV стр. 157.

[2]) Единственно указанный мотивъ—недоказанность невиновности. Коммисія полагаетъ, что вполнѣ доказанной невинность можетъ быть лишь при пересмотрѣ. Мнѣніе это совершенно неосновательно. Съ одной стороны и при пересмотрѣ могутъ быть оправданія за недостаткомъ уликъ, съ другой, при первичномъ разбирательствѣ дѣла—оправданія вслѣдствіе полной невиновности. Тяжесть понесеннаго ущерба въ случаяхъ неправильнаго подслѣдственнаго заключенія можетъ быть не меньшей, нежели при понесеніи незаслуженнаго наказанія.

вопроса ничѣмъ не обосновано. Только одинъ членъ комиссіи, И. Я. Фойницкій, высказалъ и поддерживалъ мнѣніе относительно желательности предоставленія суду права вознаграждать оправданнаго подсудимаго изъ средствъ казны въ случаѣ признанія его совершенной невиновности и отсутствія въ его поведеніи при слѣдствіи и на судѣ какихъ-либо обстоятельствъ, которыя могли быть истолкованы не въ его пользу. Но даже въ такомъ умѣренномъ видѣ мнѣніе это не нашло себѣ поддержки и не было проведено въ уставъ.

XII. Такимъ образомъ вопросъ о государственномъ вознагражденіи лицъ, безъ вины понесшихъ подслѣдственное заключеніе, въ Россіи остается открытымъ. А между тѣмъ она болѣе, чѣмъ какое-либо иное европейское государство, нуждается въ такомъ коррективѣ. Члены коммисіи 1863 г. видѣли только одну причину такихъ безвинныхъ заключеній—„несчастное стеченіе обстоятельствъ“ или „несовершенство человѣческой природы“ и „неисповѣдимость Промысла“. Но для каждаго ясна другая причина—безправіе населенія и несовершенство судебной системы. Если государство предоставляетъ привлекаемымъ къ суду всѣ средства защиты на предварительномъ слѣдствіи, если оно не ограничиваетъ строгимъ подслѣдственнымъ заключеніемъ ихъ процессуальныхъ правъ, а, наоборотъ, способствуетъ ознакомленію съ правами, если оно вкладываетъ имъ въ руки сильное и легко осуществимое право обжалованія и привлеченія къ отвѣтственности, если, наконецъ, оно предоставляетъ имъ широкое право самозащиты,—оно можетъ поставить свою отвѣтственность въ болѣе узкія рамки. Но странно, если бы, продержавъ обвиняемаго годы подъ стражей и лишивъ его за это время почти всѣхъ средствъ оправданія, государство въ случаѣ ошибки ссылалось бы на несчастное стеченіе обстоятельствъ. И для инженера, положившаго гнилыя шпалы, крушеніе поѣзда является „несчастнымъ стеченіемъ обстоятельствъ“, но кто будетъ отрицать его отвѣтственность! У насъ имѣются поразительные недостатки въ системѣ дознанія и предварительнаго слѣдствія—забота объ устраненіи ихъ лежитъ на обязанности государ-

ства. Пусть государство еще не въ состояніи устранить ихъ, но все-же жертвы современныхъ неустройствъ не должны оставаться невознагражденными за эти суровыя бѣдствія, такъ какъ невознагражденіе ихъ вноситъ разложеніе въ правовую и экономическую жизнь страны [1]). Вознагражденіе такихъ лицъ должно производиться не въ силу какихъ-либо абстрактныхъ принциповъ, а по тому же реальному государственному интересу, который становится особенно важнымъ при правовомъ строѣ. Когда все населеніе терпитъ отъ произвола, царящаго вокругъ, страданія отъ неосновательнаго заключенія теряются въ массѣ государственныхъ несправедливостей, но съ установленіемъ болѣе прочнаго правопорядка страданія безвинно заключенныхъ будутъ оставаться тяжелымъ пятномъ на совѣсти правосудія, и развитіе нравственныхъ началъ въ правосудіи будетъ тормозиться грубымъ нарушеніемъ правъ невинныхъ. Но и съ соціальной точки зрѣнія такое вознагражденіе можетъ имѣть значительный интересъ: обезпечивая соотвѣтственными нормами гражданскаго права спокойствіе хозяйственной дѣятельности, цѣлостность экономическаго плана, извѣстный экономическій минимумъ и проч., государство должно обезпечить эти соціальныя блага и установленіемъ публичныхъ обязанностей вознагражденія. При установленіи такого вознагражденія оно можетъ руководиться какъ размѣромъ дѣйствительнаго вреда или потери, такъ и, независимо отъ того, опредѣляемыми на основаніи политики соображеніями о подлежащихъ возмѣщенію интересахъ. И въ области вознагражденія за неправильное подслѣдственное заключеніе правильнымъ критеріемъ должно явиться не формально толкуемый принципъ равенства предъ закономъ, понимаемый въ видѣ предоставленія вознагражденія за весь вредъ, а болѣе реальное начало равнаго покровительства соотвѣтственно важнымъ съ государственной

[1]) Государственное вознагражденіе за судебныя ошибки должно являться необходимою статьею бюджета въ настоящее время. По поводу высокихъ расходовъ на эту статью, какъ по поводу ненормальности, слѣдуетъ протестовать, но не по адресу лицъ, присуждающихъ и расходующихъ эти суммы, а по адресу тѣхъ, на коихъ лежитъ забота правильной организаціи суда.

точки зрѣнія интересамъ. А такой принципъ заставляетъ отказаться отъ частно-правовыхъ построеній и ввести публично-правовую конструкцію обязанности государственнаго вознагражденія. Мы не думаемъ, что такія экономическія и соціальныя задачи окажутся непосильными для современнаго государства. Невыясненность этихъ задачъ во многомъ тормозила осуществленіе обязанности государственнаго вознагражденія въ этой области; выясненныя же во всей своей соціальной мощи, во всемъ своемъ государственномъ значеніи эти задачи не могутъ игнорироваться, и осуществленіе ихъ должно явиться ближайшимъ этапомъ государственно-правового прогресса.

ЗАКЛЮЧЕНІЕ.

До сихъ поръ при разсмотрѣніи различныхъ сторонъ постановки мѣръ обезпеченія намъ приходилось касаться вопросовъ реформы лишь съ какихъ-либо отдѣльныхъ точекъ зрѣнія. Соображенія, касающіяся болѣе серьозныхъ измѣненій процесса, стушевывались въ массѣ догматическаго и критическаго матеріала и потому въ своей совокупности врядъ ли могли создать картину единой болѣе общей реформы. Поэтому намъ представляется нелишнимъ въ заключеніе окинуть общимъ взглядомъ тѣ выводы, къ которымъ мы пришли въ своемъ изложеніи.

Рядъ отдѣльныхъ, хотя бы и менѣе значительныхъ реформъ въ общественномъ организмѣ, какъ и во всякомъ другомъ живомъ цѣломъ, влечетъ за собою по необходимости нѣкоторыя измѣненія всей структуры этого организма. Структура въ однихъ мѣстахъ становится болѣе устойчивой, въ другихъ, наоборотъ, ея жизненность ослабѣваетъ; такое перераспредѣленіе жизненныхъ силъ должно отозваться и на измѣненіи формъ. Такъ, усиленіе отдѣльныхъ процессуальныхъ правъ обвиняемаго неизбѣжно должно ослабить возможность плодотворной инквизиціонной дѣятельности суда, а это не можетъ не привести къ постепенному паденію инквизиціоннаго строя. Созданіе бо̀льшихъ гарантій полицейскаго ареста обезпечитъ въ большей степени неприкосновенность личности въ общественной жизни и тѣмъ самымъ повлечетъ за собою поднятіе всего правового строя. Такимъ образомъ нельзя создавать однихъ только „голыхъ правъ“, а слѣдуетъ обезпечить и ихъ жизненность реформированіемъ ближайшихъ условій,

отъ которыхъ зависитъ безпрепятственное ихъ осуществленіе, иначе косность подлежащихъ разрушенію старыхъ формъ парализуетъ еще слабыя новыя правовыя отношенія. Въ области нашего вопроса приходится съ такой точки зрѣнія обратить особенное вниманіе на реформу предварительнаго слѣдствія, отъ того или другого построенія котораго преимущественно и зависитъ основательность и продолжительность примѣненія мѣръ обезпеченія.

Остановимся на нѣкоторыхъ улучшеніяхъ, возможныхъ въ области процесса, въ цѣляхъ усиленія гарантій личной свободы.

Изъ средствъ представленія въ судъ наиболѣе неудовлетворительнымъ является въ русскомъ законодательствѣ предварительный полицейскій арестъ, покоящійся въ уставѣ уголовнаго судопроизводства всецѣло на основаніяхъ, заимствованныхъ еще изъ эпохи до 60-хъ годовъ. Непосредственно необходимыми усовершенствованіями въ этой области являются слѣдующія: 1) опредѣленіе правъ частныхъ лицъ по задержанію преступниковъ; право это естественнымъ образомъ ограничивается случаями поимки на мѣстѣ преступленія или непосредственно послѣ учиненія его и необходимостью немедленнаго привода въ полицію или къ судьѣ; за неправильное арестованіе задержавшіе подлежатъ отвѣтственности; 2) опредѣленіе правъ и обязанностей полицейскихъ и административныхъ органовъ въ этой области посредствомъ указанія: а) могущихъ быть принятыми мѣръ—таковыми являются лишь задержаніе на срокъ въ 24 часа или обязаніе явкой къ судьѣ, б) основаній, при которыхъ допустимо задержаніе: наличности серьезныхъ уликъ, при вѣроятности уклоненія отъ суда посредствомъ побѣга или уничтоженія слѣдовъ и подъ условіемъ наличности опасности, могущей послѣдовать отъ промедленія, необходимаго для истребованія судебнаго постановленія о задержаніи, или при необходимости удостовѣрить личность, в) легальной границы тяжести дѣяній, при которыхъ допустимо задержаніе, г) случаевъ допущенія примѣненія физической силы и оружія при задержаніи, д) необходимости немедленнаго привода задержаннаго къ судьѣ или, въ слу-

чаѣ требованія задержаннаго, одного только извѣщенія судьи о задержаніи безъ личнаго привода; срокъ привода не можетъ превышать 24-хъ часовъ съ исчисленіемъ времени пути, е) санкцій для лицъ, виновныхъ въ противозаконномъ продленіи этого срока, и обязанности освобожденія задержаннаго въ случаѣ истеченія этого срока, ж) отвѣтственности полицейскихъ органовъ за неправильное задержаніе, при чемъ судьѣ, производящему первоначальный допросъ, должно быть предоставлено непосредственно подвергать виновныхъ взысканіямъ или направлять дѣло о нихъ къ ближайшимъ органамъ мѣстной юстиціи, независимо отъ заключеній начальства виновнаго, з) окончательной отмѣны всякихъ правъ административныхъ органовъ по задержанію независимо отъ суда [1]).

---

[1]) Впрочемъ, въ узкой области непосредственной опасности мы признаемъ возможнымъ сохраненіе особаго полицейскаго ареста на ряду съ предварительнымъ судебнымъ. И. Тарасовъ (Полицейскій арестъ. Об. Гос. Знаній т. VII стр. 107) говоритъ: „полицейскій арестъ существуетъ, и признаніе его въ государствѣ столь же необходимо, какъ необходимо, напримѣръ, войско; въ противномъ случаѣ нельзя считать обезпеченными условія безопасности въ государствѣ, и полиція вынуждена была бы прибѣгать къ произволу, или обречена была бы на безсиліе. Подведеніе всѣхъ случаевъ ареста подъ понятіе объ арестѣ судебномъ, какъ показала практика, ничуть не ограждаетъ личной свободы и не спасаетъ отъ произвола". Считая нѣсколько преувеличенными указанныя И. Тарасовымъ опасности и питая убѣжденіе въ необходимости стремиться къ возможному сокращенію случаевъ полицейскаго ареста, мы все же въ настоящее время признаемъ его необходимымъ, поскольку административнымъ органамъ предоставлена власть извѣстнаго распоряженія надъ лицами, еще не учинившими преступнаго дѣянія, но представляющими общественную опасность (см. выше, стр. 484). По дѣйствующему закону полиція въ правѣ задерживать безъ представленія къ судьѣ: 1) уличенныхъ въ прошеніи милостыни (ст. 163 уст. пред. прест. изд. 1890 г.); 2) пьяныхъ (ст. 153 того же устава по прод. 1902 г.); 3) безпаспортныхъ (ст. 31 и 32 и 152 того же устава). Всѣ означенныя категоріи лицъ не почитаются преступными, но подлежатъ задержанію или до вытрезвленія, или же до высылки ихъ въ административномъ порядкѣ. Задержаніе пьяныхъ и нищенствующихъ легко можетъ быть конструировано, какъ видъ предварительнаго задержанія для судебныхъ цѣлей, но до тѣхъ поръ, пока эти дѣянія не являются проступками, они должны регулироваться правами административнаго задержанія.

Тарасовъ въ своей статьѣ приводитъ слѣдующія основанія для полицейскаго ареста: 1) если полиція имѣетъ достаточное основаніе опасаться, что можетъ быть совершено преступленіе или проступокъ, и 2) вообще при видѣ опасности, угрожающей единичному лицу или цѣлому обществу, и не могущей быть устраненною инымъ путемъ. Арестъ этотъ можетъ имѣть значеніе увода или

Кромѣ этихъ основныхъ положеній, опредѣляемыхъ въ уставѣ уголовнаго судопроизводства, должны быть созданы спеціальныя предписанія полицейскаго характера относительно правилъ содержанія при полицейскихъ управленіяхъ, относительно внѣшнихъ формъ арестованія, поведенія по отношенію къ задержанному, веденія особыхъ реестровыхъ книгъ о случаяхъ задержанія, наблюденія за случаями полицейскаго задержанія со стороны высшихъ полицейскихъ чиновниковъ и т. д. [1]).

кратковременнаго заключенія, ибо невозможно представить себѣ сколько-нибудь продолжительную опасность, не опирающуюся на преступные факты; тѣмъ не менѣе необходимо установленіе maximum'a продолжительности полицейскаго ареста. Опредѣлять опасность болѣе конкретнымъ образомъ авторъ считаетъ излишнимъ, предлагая вмѣсто того дѣйствительную систему отвѣтственности. Вполнѣ присоединяясь къ этимъ положеніямъ, мы сочли бы все же необходимымъ, кромѣ предлагаемыхъ гарантій, въ этихъ случаяхъ ввести контроль судебной власти надъ административнымъ задержаніемъ: полиція обязана представить задержаннаго по одному изъ двухъ указанныхъ выше основаній ближайшему судьѣ мѣстной юстиціи, который провѣряетъ правильность и основательность дѣйствій полиціи по задержанію и имѣетъ право въ случаѣ нарушенія ихъ налагать немедленно взысканія на виновныхъ. Въ немедленномъ представленіи къ судьѣ не встрѣтится необходимости, если задержанный изъявилъ свое согласіе на болѣе продолжительное задержаніе или находится въ состояніи опьяненія. Въ такіе предѣлы поставленъ административный арестъ въ большинствѣ кантоновъ Швейцаріи, см. C. M e y e r. Darstellung der Strafverfolgung und Voruntersuchung. 1897. S. 139—141).

[1]) Интересно прослѣдить, какъ регулированъ вопросъ о предварительномъ арестѣ въ различныхъ конституціяхъ европейскихъ государствъ, провозглашающихъ, по примѣру французской Декларація Правъ, права личной свободы (не всегда послѣдовательно проведенныя въ процессуальное законодательство). Нѣкоторыя конституціи (Японская § 23, Саксонская § 51 Прусская § 5, Норвежская § 99, Итальянская § 26) ограничиваются требованіемъ *законности* ареста: „никто не можетъ быть арестованъ иначе, какъ на основаніи закона и съ соблюденіемъ формъ, имъ предписанныхъ". Другія, на ряду съ требованіемъ законности, устанавливаютъ еще необходимость *судебнаго приказа* при арестѣ съ указаніемъ случаевъ, въ которыхъ допускаются исключенія изъ этого правила, и гарантій, предоставленныхъ арестуемымъ. Такъ, Австрійскій конституціонный законъ 27 октября 1862 г. постановляетъ: „§ 2. Арестъ можетъ быть произведенъ лишь по судебному мотивированному приказу. Этотъ приказъ долженъ быть тотчасъ или въ теченіе ближайшихъ 24 часовъ послѣ ареста предъявленъ арестованному. § 3. Вызванное какимъ либо преступленіемъ крупное общественное волненіе не можетъ служить къ аресту, ни въ качествѣ мѣры предупредительной, ни ради производства дознанія (это постановленіе было позднѣе ограничено

Задержанный, приведенный къ судьѣ, долженъ быть допрошенъ послѣднимъ по возможности скоро, во всякомъ случаѣ не позже 24-хъ часовъ. Въ Россіи, въ виду частоты разъѣздовъ судебныхъ слѣдователей, можно опасаться, что слѣдователя иногда нельзя будетъ застать въ камерѣ. Вмѣсто того,

---

ст. 181. SPO 1873 г.). § 4. Органы общественной власти, коимъ дано право производить аресты, могутъ въ указанныхъ закономъ случаяхъ задержать всякое лицо, но обязаны въ теченіе ближайшихъ 48 часовъ или отпустить задержаннаго, или передать его въ руки компетентной власти". Согласно п. 6 нарушеніе этихъ постановленій карается при наличности злого умысла, какъ преступное злоупотребленіе властью, а въ остальныхъ случаяхъ, какъ проступокъ, арестомъ до 3 мѣсяцевъ, а при повтореніи—строгимъ арестомъ на тотъ же срокъ. Ст. 7 Бельгійской конституціи и ст. 13 Румынской 1866 г. гласятъ: „кромѣ случаевъ захвата на мѣстѣ преступленія, никто не можетъ быть арестованъ иначе, какъ въ силу мотивированнаго приказа судьи, предъявляемаго ему въ моментъ ареста или не позже, чѣмъ по истеченіи 24 часовъ послѣ него". То же постановляетъ ст. 157 конституціи Нидерландовъ 1887 г. съ тѣмъ лишь различіемъ, что вмѣсто понятія flagrant délit она ссылается на случаи, упомянутые въ законѣ. Къ тому же сводится и ст. 9 Сербской конституціи 1903 г. Ст. 4 Испанской конституціи 8 іюня 1876 г. предписываетъ (ст. 4—5): „Всякое лицо, подвергнувшееся задержанію, должно быть въ теченіе 24 часовъ по арестованіи или освобождено, или представлено въ распоряженіе судебной власти. Всякое задержаніе должно быть прекращено или оформлено въ теченіе 3 сутокъ, слѣдующихъ за представленіемъ арестованнаго надлежащему судьѣ. Ни одинъ испанецъ не можетъ быть подвергнутъ подслѣдственному аресту безъ приказа компетентнаго судьи. Актъ, содержащій этотъ приказъ, долженъ быть, по допросѣ арестованнаго, утвержденъ или отмѣненъ въ теченіе 3 сутокъ со времени задержанія его. Всякое лицо, арестованное внѣ указаннаго порядка или въ случаяхъ, непредусмотрѣнныхъ конституціей или законами, должно быть освобождено по его требованію или по требованію всякаго испанца. Законъ установитъ для такихъ случаевъ упрощенный порядокъ". Конституція Португаліи 1826 г. подробнѣе другихъ останавливается на этомъ вопросѣ (ст. 145 п. 7 и 9), требуя для ареста, кромѣ случаевъ захвата на мѣстѣ преступленія, письменнаго предписанія судебной власти и угрожая судьѣ и исполнителю произвольнаго ареста уголовными карами. Вмѣстѣ правила о суточномъ срокѣ допроса, въ ней содержится предписаніе о сообщеніи въ возможно краткій промежутокъ времени, устанавливаемый для каждой мѣстности закономъ особо, подписаннаго судьей постановленія съ мотивами ареста и именами обвинителей. Конституція Даніи въ ст. 80 указываетъ, что никто не можетъ быть подвергнутъ аресту за преступленіе, караемое штрафомъ или простымъ тюремнымъ заключеніемъ. Какъ въ Датской, такъ и въ Греческой (ст. 5) конституціяхъ, судьѣ предоставляется срокъ въ 3 сутокъ для замѣны задержанія подслѣдственнымъ заключеніемъ; по истеченіи этого срока и при отсутствіи надлежащаго постановленія тюремное начальство подъ угрозой отвѣтственности за произвольное лишеніе свободы должно освободить задержаннаго.

чтобы заставлять приведеннаго ждать по нѣскольку дней при слѣдовательской квартирѣ, слѣдуетъ предоставить всякому другому судебному органу производство первоначальнаго допроса. Такимъ органомъ можетъ быть ближайшій органъ мѣстной юстиціи или даже членъ суда. На обязанности полиціи, приведшей обвиняемаго, лежитъ, въ случаѣ отсутствія слѣдователя, обратиться къ любому другому судьѣ, который не въ правѣ отказаться отъ первоначальнаго допроса. Этотъ судья ведетъ подробный протоколъ допроса, который послѣ отсылаетъ подлежащему слѣдственному органу, и пользуется всѣми правами судебнаго слѣдователя по назначенію мѣръ обезпеченія.

Превращеніе предварительной полицейской мѣры въ мѣру судебно-слѣдственную есть центральный моментъ нашего вопроса, на болѣе правильную организацію котораго должно быть обращено особенное вниманіе. Какъ мы указывали выше, несмотря на рядъ легальныхъ ограниченій, примѣненіе мѣръ обезпеченія покоится въ значительнѣйшей части на судейскомъ усмотрѣніи. Можно принять мѣры противъ вырожденія этого усмотрѣнія въ произволъ, но стѣснять его гибкость почти невозможно, не рискуя ввести чисто механическое начало въ эту требующую крайней индивидуализаціи сферу судебной дѣятельности. Такой выводъ заставляетъ насъ обратить главное вниманіе на гарантіи усмотрѣнія, опредѣляющія правильное его примѣненіе.

Усмотрѣніе какого либо органа является функціей цѣлаго ряда процессуальныхъ институтовъ, подъ давленіемъ которыхъ этому органу приходится дѣйствовать. Поэтому вопросъ объ усовершенствованіи судейскаго усмотрѣнія опредѣляется не только поднятіемъ личныхъ качествъ судьи, но еще въ большей степени преобразованіемъ тѣхъ судебныхъ институтовъ, отъ которыхъ исходятъ нежелательныя въ какомъ либо отношеніи воздѣйствія, или созданіемъ новыхъ факторовъ, которые, дѣйствуя въ направленіи, противоположномъ нежелательнымъ вліяніямъ, парализуютъ ихъ; этимъ путемъ они косвенно содѣйствуютъ частичному омертвѣнію вредныхъ институтовъ.

Въ главѣ о границахъ усмотрѣнія судьи было отмѣчено

фальшивое въ основѣ положеніе слѣдователя въ современной судебной системѣ и тѣ давленія, мѣшающія свободѣ и разносторонности его судейскаго усмотрѣнія, которыя проистекаютъ отъ соединенія въ его лицѣ роли инквизитора съ ролью судьи, роли обвинителя съ ролью защитника. Не возвращаясь снова къ этому вопросу, замѣтимъ лишь, что устраненіе этихъ давленій возможно посредствомъ постепеннаго разложенія инквизиціоннаго предварительнаго слѣдствія и замѣны его состязательнымъ. Но такая реформа, какъ бы мы ее ни считали желательной и необходимой, не можетъ быть здѣсь развита, такъ какъ она охватываетъ гораздо болѣе широкую сферу судебной дѣятельности и должна быть обсуждена съ различныхъ точекъ зрѣнія: степени подготовленности населенія къ активному участію въ уголовномъ преслѣдованіи и защитѣ, крѣпости и выработанности судебнаго слѣдствія, организованности судебной полиціи и пр. Здѣсь мы лишены возможности достичь такой разносторонности обсужденія вопроса, и потому, не занимаясь прямымъ доказательствомъ, сошлемся на новѣйшую германскую литературу и на функціонированіе англійской системы, какъ на доказательства полной пригодности состязательнаго слѣдствія. Постепенный переходъ западнаго судебнаго строя къ нему не оставляетъ сомнѣній [1]).

---

[1]) Вопросъ о реформѣ предварительнаго слѣдствія въ настоящее время подвергается всюду, особенно въ Германіи, столь живому обсужденію, что трудно намѣтить еще общіе выводы. Болѣе другихъ обособились слѣдующія теченія: 1) предоставленіе веденія дѣла на предварительной стадіи исключительно прокуратурѣ съ усиленіемъ ея правъ надъ полиціей и съ правомъ привода къ себѣ для допроса свидѣтелей и обвиняемаго; предварительное закрѣпленіе доказательствъ, могущихъ исчезнуть до суда, и назначеніе подслѣдственнаго заключенія производится участковымъ судьей по предложенію прокурора (Zucker, Rosenfeld, Lilienthal, Rosenberg, W. Mittermaier; изъ болѣе старыхъ—Stemann, Geib, Dalcke, Keller, von-Kries); 2) сохраненіе слѣдователя съ его функціями, но усиленіе его самостоятельности и поднятіе личныхъ качествъ (Gross, Polzin, Felisch, Marquardsen); 3) введеніе въ современное инквизиціонное слѣдствіе гласности и устности (Kulemann), 4) предоставленіе веденія слѣдствія судебной коллегіи (John, Mugdan); 5) допущеніе въ большей степени состязательности слѣдствія посредствомъ расширенія правъ обвиняемаго (французскіе авторы Garçon, Poittevin, Albanel; Balogh, Gneist, Weingart, v. Pannwitz, Schuster, Kronecker). Особо

Но оставленіе въ сторонѣ вопроса о реформѣ предварительнаго слѣдствія на началахъ состязательности еще не лишаетъ насъ возможности выставить на видъ необходимость состязательности при рѣшеніи вопроса о назначеніи мѣръ обезпеченія. Состязательное до извѣстной степени производство по какому либо отдѣльному вопросу даже для судьи, дѣйствующаго подъ давленіемъ инквизиціонной системы, явится источникомъ качественнаго улучшенія судейскаго усмотрѣнія: оно позволитъ обвиняемому воздѣйствовать на усмотрѣніе судьи представленіемъ ряда защитительныхъ положеній, правильнымъ освѣщеніемъ дѣла и т. д. и такимъ образомъ дастъ ему возможность защититься отъ лишенія свободы на продолжительный срокъ, не вызывающейся необходимостью. А благодаря этому до извѣстной степени исчезнетъ односторонность мотивовъ у слѣдователя, обусловленная его положеніемъ.

Въ литературѣ существуетъ рядъ проектовъ, требующихъ установленія состязательнаго производства предъ слѣдственнымъ судьей, при участіи защитника и прокурора и съ допросомъ свидѣтелей [1]). Осуществленіе такихъ предположеній

стоитъ проектъ Bornhack'a, рекомендующій вернуться къ старому инквизиціонному слѣдствію во всей его полнотѣ.

Въ русской литературѣ существуютъ лишь предложенія нѣсколько ослабить инквизиціонный характеръ слѣдствія, не отмѣняя его (комиссія Спб. Юрид. Общества 1902 г.; работы И. Я. Фойницкаго, В. Даневскаго, И. Г. Щегловитова, А. Соколова).

[1]) Большинство писавшихъ по вопросу о реформѣ предварительнаго слѣдствія въ Германіи склоняется въ пользу установленія большей состязательности его, по крайней мѣрѣ въ такъ наз. Haftsachen. Состязательное производство при назначеніи мѣры обезпеченія есть требованіе элементарной справедливости. „Was das Gesetz als Grundlage für eine Geldstrafe von 150 m. verlangt, das muss es zum mindesten gewähren, wo die Freiheit eines Menschen auf dem Spiele steht, dessen Schuld überhaupt noch nicht erwiesen ist,"—пишетъ Bozi въ своей книгѣ Reform der Untersuchungshaft. 1897. S. 21). Почти то же повторяетъ Lilienthal (M. I. K. V. XII. S. 302): „если кто либо подвергнутъ столь тяжкому ограниченію личной свободы, которое часто продолжается дольше, чѣмъ само наказаніе, то ему должна быть предоставлена возможность защиты. Ему должно быть предоставлено доказывать, что не существуетъ выставленныхъ противъ него основаній подозрѣнія, а это онъ можетъ сдѣлать лишь тогда, если ему придется дѣйствовать въ состязательномъ порядкѣ предъ судьей". Съ особенной силой подчеркнулъ необходимость состязательности въ этомъ вопросѣ В. Миттермайеръ

въ настоящее время для Россіи едва ли достижимо, хотя бы вслѣдствіе того, что адвокатура и прокуратура имѣютъ постоянное пребываніе въ мѣстахъ, гдѣ находятся окружные суды, и не могутъ немедленно выѣзжать на значительныя раз-

---

въ своихъ докладахъ (M. I. K. V. XI, S. 284, 825), онъ предлагалъ даже предоставить обвиняемому право на содѣйствіе полиціи въ собраніи оправдательныхъ доказательствъ, значительно расширить случаи обязательной защиты и пр. Во второмъ докладѣ онъ называетъ состязательное производство рѣшительной гарантіей для подслѣдственнаго заключенія. Такое предварительное производство, по его мнѣнію, должно служить преимущественно цѣли ознакомленія сторонъ съ дѣломъ; судья привлекается лишь для предварительнаго закрѣпленія доказательствъ и примѣненія принудительныхъ мѣръ; обѣ эти функціи происходятъ по возможности въ состязательномъ порядкѣ; прокуроръ можетъ самъ не являться на такое засѣданіе, а присылать свое предложеніе; однако если судья сочтетъ нужнымъ, онъ можетъ требовать и личной явки прокурора. Болѣе подробную разработку организаціи подобнаго состязательнаго производства даетъ Heinemann (M. I. K. V. XI S. 680 ff) „При современной постановкѣ предварительнаго слѣдствія"—пишетъ онъ (XI, S. 662)—подслѣдственное заключеніе назначается весьма легкомысленно, и это необходимо должно было быть, такъ какъ, прикрываясь именемъ судьи, о подслѣдственномъ заключеніи рѣшаетъ органъ уголовнаго обвиненія, который, кромѣ того, находится подъ вліяніемъ такихъ недостовѣрныхъ документовъ, какъ полицейскіе протоколы, и дѣлаетъ постановленіе, не допросивъ еще свидѣтелей обвиненія самолично и ничего не зная о свидѣтеляхъ и доказательствахъ оправдательныхъ до самаго конца слѣдствія". Необходимо поэтому отдѣлить судью отъ слѣдствія и усилить имѣющіяся въ его распоряженіи средства разслѣдованія истины. Производство о закрѣпленіи отдѣльныхъ доказательствъ и о заключеніи подъ стражу удобнѣе всего можетъ производиться въ Amtsgericht'ѣ, на рѣшенія котораго возможно обжалованіе въ нормальномъ порядкѣ въ Strafkammer. Какъ въ первой, такъ и во второй инстанціи производство состязательное, но негласное. Протоколы этого производства имѣютъ судебный характеръ. Прокуроръ, имѣющій право на предварительное задержаніе (Vorläufige Festnahme), вноситъ лично или письменно предложеніе о назначеніи подслѣдственнаго заключенія; затѣмъ обвиняемый допрашивается въ присутствіи защитника. Судья можетъ или отпустить задержаннаго, или назначить устное состязательное слѣдствіе съ допросомъ свидѣтелей, или немедленно заключить его подъ стражу. По требованію обвиняемаго производство устнаго слѣдствія можетъ быть отсрочено. Акты, касающіеся подслѣдственнаго заключенія, постоянно находятся у участковаго судьи (стадія передачи суду отмѣняется), такъ что онъ всегда въ состояніи рѣшать по просьбѣ обвиняемаго объ освобожденіи. Предъявленіе этихъ актовъ на судѣ обязательно. Аналогичныя предложенія внесены Rosenberg'омъ (Ibid. S. 809): „до изданія приказа о подслѣдственномъ заключеніи судъ самъ долженъ удостовѣриться, существуютъ ли противъ обвиняемаго серьезныя улики а также опасеніе вѣроятности побѣга или уничтоженія доказательствъ. Приказъ о подслѣдственномъ заключеніи противъ имѣющагося на лицо обвиняемаго можетъ быть изданъ лишь на основаніи устнаго производства; противъ отсутствующаго онъ допустимъ и безъ

стоянія, чтобы присутствовать при первоначальныхъ допросахъ. Кромѣ того прокуратура въ настоящее время не настолько активно руководитъ полицейскими дознаніями, чтобы сосредоточивать у себя всѣ свѣдѣнія по дѣлу и имѣть возможность

этого условія". Необходимость подобнаго слѣдствія Розенбергъ обосновываетъ тѣмъ, что судья недостаточно освѣдомленъ изъ полицейскихъ протоколовъ объ обстоятельствахъ дѣла, соединеніе же судебныхъ и слѣдственныхъ функцій въ его рукахъ ведетъ къ полной беззащитности обвиняемаго. Gautier (M. I. K. V. XI. S. 443), сознавая важность состязательнаго слѣдствія, предлагаетъ не дѣлать его обязательнымъ, а принять систему женевскаго устава, по которой состязательное слѣдствіе производится по требованію одной изъ сторонъ. Дрезденская коммисія Герм. Группы подъ вліяніемъ тѣхъ же соображеній, единогласно приняла слѣдующее постановленіе: „изданію приказа о подслѣдственномъ заключеніи должно предшествовать, въ случаѣ требованія обвиняемаго, устное состязательное производство, въ которомъ всегда должны быть допрошены свидѣтели обвиняемаго" (M. I. K. V. XII. S. 287). Несмотря на благопріятное отношеніе къ нему многихъ ораторовъ съѣзда Герм. Группы въ Штуттгартѣ (1904 года), предложеніе это было забаллотировано. Kulemann, раньше выставлявшій возраженія противъ состязательнаго слѣдствія (XI. S. 730) и указывавшій на возможную невнимательность судей при этомъ („понятно, что тотъ, которому чуждо все дѣло, неохотно даетъ себѣ трудъ вникнуть въ объемистые акты производства") на съѣздѣ склонился въ сторону его и допускалъ право обвиняемаго требовать состязательнаго производства относительно назначенія подслѣдственнаго заключенія и его продолжительности (XII. S. 324). Противъ прежнихъ сомнѣній Кулемана можно привести замѣчаніе A. Zucker'a (XI. S. 360), указавшаго, что судьѣ при состязательномъ слѣдствіи не придется входить въ подробную оцѣнку факта и обстоятельствъ совершенія преступленія, а будетъ возможно ограничиться обстоятельствами, указывающими на вѣроятность побѣга, которыя не стоятъ ни въ какой необходимой связи съ первыми.

Коммисія пересмотра герм. уст. угол. суд. 1905 г. не проектировала никакихъ существенныхъ измѣненій. Въ ней при началѣ обсужденія была принята слѣдующая знаменательная резолюція: „По вопросу о томъ, нуждается ли предварительное слѣдствіе въ преобразованіяхъ, особенно въ интересахъ обвиняемаго, коммисія единогласно приходитъ къ утвердительному отвѣту. Всѣ придерживаются того мнѣнія, что въ настоящемъ видѣ предварительное слѣдствіе не даетъ обвиняемому достаточной возможности своевременно и точно указать объемъ обвиненія и въ соотвѣтствіи съ этимъ устроить свою защиту" (Protokolle, I, 156). Но введеніе состязательности на предварительномъ слѣдствіи было отвергнуто при первомъ чтеніи большинствомъ 17 противъ 4, а при второмъ—единогласно, хотя нѣкоторые и заявили, что въ будущемъ отсутствіе состязательности въ Haftsachen будетъ чувствительнымъ (II, 67). Въ коммисію былъ внесенъ по этому предмету слѣдующій проектъ (I, 144). Заключенный, если онъ не будетъ освобожденъ въ теченіе 3-хъ дней послѣ задержанія, долженъ быть приведенъ къ соотвѣтствующему судьѣ. Одновременно съ приводомъ прокуратура вноситъ предложеніе объ открытіи устнаго предварительнаго слѣдствія, въ которомъ до извѣстной степени допускается

выступать съ мотивированнымъ предложеніемъ передъ слѣдователемъ. Наконецъ, слѣдователь есть по своему положенію скорѣе подчиненное прокурору лицо, нежели стоящій надъ нимъ судья. Давленіе, которое онъ испытывалъ отъ одной изъ сторонъ—прокуратуры, не могло бы быть уравновѣшено давленіемъ защиты. Поэтому намъ представляется невозможнымъ пока, безъ серьезной реформы предварительнаго слѣдствія, установленіе состязательности предъ судебнымъ слѣдователемъ. Необходимо примириться съ тѣмъ, что слѣдователь не есть по существу судья, и, поэтому, постараться ограничить имѣющуюся у него громадную власть. Теоретическія соображенія и опытъ западныхъ государствъ показываютъ намъ, что для этой цѣли пригодно созданіе высшей инстанціи, контролирующей дѣйствія слѣдователя, имѣющія судебный характеръ, и особенно постановленія его о заключеніи подъ стражу. Этой инстанціей является въ боль-

---

состязательность и защита. На этомъ слѣдствіи рѣшается вопросъ о продленіи заключенія. На рѣшенія по этому предмету предоставляется прокуратурѣ (въ случаѣ освобожденія, при чемъ освобожденіе пока пріостанавливается) и обвиняемому (въ случаѣ назначенія подслѣдственнаго заключенія) приносить жалобы. Коммисія отвергла этотъ проектъ по различнымъ соображеніямъ (I, 160), нѣкоторыя изъ коихъ по своей типичности заслуживаютъ упоминанія. Такъ, по мнѣнію коммисіи, письменность является существенной поддержкой для слѣдствія и служитъ къ усиленію довѣрія къ даннымъ его, устность же внушаетъ опасенія того, что отъ судьи ускользнетъ многое и что самое разбирательство будетъ очень бѣглымъ. Но на ряду съ этимъ приводится соображеніе, что устность будетъ затягивать дѣло, вслѣдствіе многочисленности трудныхъ допросовъ, не только въ первой, но и въ апелляціонной инстанціи. Устность вредитъ энергіи слѣдствія: „для уличенія преступника бываетъ пригодно иногда быстрое и внезапное нападеніе на него, что при состязательномъ слѣдствіи невозможно“ (характерный мотивъ, подчеркивающій общіе взгляды коммисіи на задачи слѣдствія). Состязательность далѣе недостижима въ очень сложныхъ дѣлахъ, гдѣ необходимо весьма тщательное изученіе вещественныхъ доказательствъ (?). Предложеніе передать активную роль въ разслѣдованіи прокурору, оставивъ за судьею лишь контроль, было отвергнуто коммисіей, такъ какъ слѣдователь является покровителемъ обвиняемаго и обладаетъ несмѣняемостью. Вся имѣвшаяся въ виду коммисіей реформа свелась: 1) къ возложенію на самого прокурора обязанности лично производить нѣкоторыя слѣдственныя дѣйствія и передавать обвиняемому для обозрѣнія собранный обвинительный матеріалъ (I, 163) и 2) къ предоставленію обвиняемому болѣе широкихъ правъ защиты съ правомъ обжалованія постановленій слѣдователя, относящихся къ ограниченію осуществленія этихъ правъ (I, 166).

шинствѣ странъ *совѣщательная камера*, состоящая при судѣ первой инстанціи и образующаяся изъ 3 слѣдственныхъ судей [1]). Постановленіе слѣдователя о заключеніи подъ стражу имѣетъ силу лишь въ теченіе нѣсколькихъ дней, послѣ чего оно должно быть обязательно просмотрѣно совѣщательной камерой; сюда же направляются жалобы на стѣсненіе въ правахъ участвующихъ въ слѣдствіи лицъ. Камера, стоя вдали отъ непосредственныхъ задачъ слѣдствія, будучи болѣе независимой отъ обвинительной власти и рѣшая вопросъ коллегіально, при болѣе выяснившихся обстоятельствахъ, безусловно представляетъ большую сумму гарантій лучшаго усмотрѣнія. Но все же этого оказывается недостаточнымъ для огражденія правъ обвиняемаго: при обычно существующей на Западѣ организаціи этой камеры она рѣшаетъ на основаніи представляемыхъ туда письменныхъ документовъ, при отсутствіи обвиняемаго или его защитника; свидѣтели не допрашиваются, доказательства не подвергаются состязательному разсмотрѣнію. Этотъ недостатокъ непосредственности сильно вредитъ судейскому характеру усмотрѣнія, проявляемаго въ рѣшеніяхъ этой камеры. Далѣе, по составу она въ значительной степени однородна съ органомъ, рѣшающимъ вопросъ о заключеніи

---

[1]) Объ организаціи ея на западѣ см. выше стр. 423—424. По удостовѣренію prof. Gautier (Bull. d. U. XI. p. 427), женевская камера, гдѣ введено состязательное производство, функціонируетъ прекрасно и рѣдко отказываетъ обвиняемому въ освобожденіи; нѣсколько мѣшаетъ серьезности контроля чрезмѣрное обремененіе ея дѣлами.

Mugdan (Zur Reform der Strafprocessordnung „Das Recht“ 1904. B. I. S. 11) предлагалъ учредить вмѣсто слѣдователя камеру изъ трехъ судей; но онъ возлагалъ на нее всѣ слѣдственныя функціи, какъ закрѣпленіе доказательствъ, постоянное производство допросовъ и т. д., что конечно, сильно противорѣчитъ принципу экономіи силъ и совершенно излишне.

Въ русской литературѣ предложеніе объ учрежденіи для этой цѣли камеры сдѣлано было въ началѣ 90-хъ годовъ практикомъ Н. Спиридоновымъ (Судебная газета 1891. № 23 „Мѣра къ ограниченію произвола судебныхъ слѣдователей“). Авторъ, разсмотрѣвъ рядъ случаевъ, въ которыхъ рѣзко проявилось пристрастіе слѣдователей, рекомендуетъ установить особый совѣтъ изъ уѣзднаго члена, городского судьи и судебнаго слѣдователя, чтобы всякій разъ, когда слѣдователь найдетъ нужнымъ примѣнить къ обвиняемому предварительное заключеніе или такую мѣру, которая можетъ оказаться невыполнимой безъ заключенія, этотъ совѣтъ обсуждалъ, нельзя ли ограничиться мѣрой менѣе строгой.

подъ стражу на первой стадіи. Укоренившіяся привычки слѣдовательской дѣятельности не покидаютъ лицъ, засѣдающихъ въ этихъ камерахъ, и потому усмотрѣніе ихъ въ качественномъ отношеніи не на много разнится отъ усмотрѣнія одного слѣдователя, по крайней мѣрѣ психологія и укоренившіеся мотивы остаются тѣми же, и только пропадаютъ чисто индивидуальныя отличія, вслѣдствіе коллегіальности. Кромѣ того, характеръ слѣдовательской должности, требующей постоянныхъ разъѣздовъ, не всегда позволяетъ въ случаяхъ необходимости собирать подобныя камеры, такъ какъ не всегда отыщется на мѣстѣ три слѣдователя. Поэтому намъ представляется нужнымъ, сохраняя типъ подобной камеры: 1) обезпечить большую глубину разсмотрѣнія вопроса, что можетъ быть достигнуто введеніемъ состязательнаго и непосредственнаго производства на этой стадіи съ бѣглымъ разсмотрѣніемъ доказательствъ, поскольку это будетъ признано нужнымъ, 2) обезпечить качественно отличный характеръ такого усмотрѣнія по сравненію съ слѣдовательскимъ, придавъ ему свойства, болѣе покровительствующія правамъ обвиняемаго; эта цѣль можетъ быть достигнута расширеніемъ общественнаго воздѣйствія въ этой стадіи. Такое воздѣйствіе достигается или посредствомъ того давленія на судъ, которое оказываетъ гласность разбирательства и широкое оглашеніе приговоровъ, или же посредствомъ введенія народнаго элемента въ составъ самого суда. Первый путь представляетъ значительныя опасности, такъ какъ оглашеніе слѣдственнаго матеріала въ настоящее время можетъ быть вреднымъ для слѣдствія: гарантія гласности, несмотря на всѣ ея высокія свойства, мало популярна въ континентальной литературѣ [1]). Остается второй путь,

[1]) См. выше, стр. 509. Энергичнымъ сторонникомъ гласнаго и устнаго инквизіоннаго слѣдствія въ Германской литературѣ одиноко выступаетъ Kulemann (Zur Reform der Voruntersuchung 1903, а также его доклады Дрезденскому и Штуттгартскому съѣздамъ Германской группы), но и онъ, судя по его рѣчамъ въ Штуттгартѣ, поколебался въ своей позиціи. О мнѣніяхъ, господствующихъ относительно гласности предварительнаго слѣдствія въ Англіи, см. John Macdonell (M. I. K. V. XI 854—61).

Въ нашей литературѣ предложеніе установить гласное и публичное слѣд-

который намъ представляется весьма желательнымъ. Камера, по нашему мнѣнію, могла бы состоять изъ двухъ членовъ окружного суда, рѣшающихъ вопросъ совмѣстно въ одной коллегіи съ тремя присяжными особаго состава. Такая пропорція обусловливается необходимостью сравнительной немногочисленности коллегіи и стремленіемъ сдѣлать невозможнымъ для коронныхъ судей рѣшеніе вопроса въ желательномъ для нихъ смыслѣ при единогласномъ противодѣйствіи народнаго элемента. Участіе народнаго элемента уравновѣшивало бы большую силу власти преслѣдованія надъ защитой. Обвинительная тенденція находила бы свое выраженіе въ докладѣ слѣдователя, постановившаго мѣру обезпеченія, и въ предложеніи прокурора по этому вопросу, въ то время какъ защита была бы, несомнѣнно, представлена слабѣе. Кромѣ того довѣріе коронныхъ судей естественно склонялось бы болѣе въ сторону давленія двухъ близко стоящихъ къ нимъ органовъ—слѣдователя и прокурора, а не въ сторону защиты. Это участіе народныхъ судей подходило бы по существу предмета, такъ какъ съ вопросомъ о мѣрѣ обезпеченія связаны не только интересы правосудія, но и интересы общественные; вѣроятность побѣга также во многомъ опредѣляется общественными условіями, знать которыя въ большей степени могутъ мѣстные люди. Подобное участіе выборныхъ людей было извѣстно и нашему древнему праву, которое запрещало правительственнымъ приставамъ ковать у себя или давать на поруки обвиняемыхъ безъ предъявленія о томъ мѣстному старостѣ или цѣловальнику. Образованіе предлагаемой нами коллегіи не представляло бы затрудненія, такъ какъ народный элементъ у насъ, въ противоположность нѣкоторымъ западнымъ государствамъ, принимаетъ участіе при окружномъ судѣ, а не при апелляціонномъ, и сессіи происходятъ значительно чаще. На судебное слѣдствіе подобное раннее участіе народнаго элемента неблагопріятнаго вліянія оказать не можетъ, такъ какъ оно будетъ

ствіе, если оглашеніе обстоятельствъ не оскорбитъ чести прикосновенныхъ къ дѣлу лицъ, высказано А. Соколовымъ (Основные принципы уголовнаго судопроизводства 1897 стр. 174).

имѣть мѣсто почти исключительно по дѣламъ, подсуднымъ суду присяжныхъ, гдѣ независимость суда наибольшая, и, притомъ, постановленія совѣщательной камеры будутъ касаться не существа дѣла, а лишь вопроса о принятіи спеціальной мѣры—подслѣдственнаго заключенія. Съ другой стороны, нельзя не принять во вниманіе, что въ настоящее время присяжные въ своемъ вердиктѣ руководятся соображеніями о несправедливостяхъ и ограниченіяхъ, которыя испыталъ подсудимый на предварительномъ слѣдствіи, и выносятъ оправданія, вызванныя исключительно ненормальною постановкою послѣднаго. Этотъ мотивъ долженъ въ значительной степени отпасть, если присяжные будутъ сознававать, что подслѣдственное заключеніе явилось результатомъ справедливаго обсужденія независимой коллегіи, подкрѣпленной народнымъ элементомъ.

Итакъ, существеннымъ средствомъ улучшенія усмотрѣнія явилось бы требованіе, чтобы постановленіе слѣдователя или иного судьи о взятіи подъ стражу, чрезъ опредѣленный срокъ, напр., семь дней, въ ревизіонномъ порядкѣ восходило на разсмотрѣніе совѣщательной камеры, образуемой при окружномъ судѣ изъ двухъ членовъ суда и трехъ присяжныхъ. Постановленія слѣдственной власти о другихъ мѣрахъ обезпеченія могли бы восходить на обсужденіе этой камеры лишь въ случаѣ жалобы обвиняемаго или протеста обвинительной власти [1]). Въ камерѣ разсмотрѣніе дѣла происходило бы въ такомъ порядкѣ: сначала читается постановленіе слѣдователя о мѣрѣ обезпеченія съ мотивами, выслушиваются устныя или письменныя предложенія прокуратуры о ея продленіи или замѣнѣ, послѣ чего предоставляется обвиняемому или его за-

[1]) Въ мировой юстиціи, гдѣ также весьма часты и продолжительны случаи подслѣдственнаго заключенія, подобная камера могла бы образовываться при съѣздѣ и состоять изъ трехъ мировыхъ судей; участіе народнаго элемента здѣсь было бы излишне вслѣдствіе выборнаго характера должности мирового судьи и характера дѣлъ, по которымъ можетъ быть назначено подслѣдственное заключеніе; кромѣ того на предварительной стадіи нельзя создавать такихъ гарантій, которыя недопускаются на стадіи главнаго производства. По сравненію съ существующимъ положеніемъ эта реформа предлагала бы смѣну апелляціоннаго порядка ревизіоннымъ въ дѣлахъ, гдѣ обвиняемые заключены подъ стражу.

щитнику изложить оправдательныя соображенія и выслушиваются свидѣтели, о вызовѣ которыхъ обвиняемый просилъ не позже, какъ за два дня до разбора, или которыхъ онъ привелъ самъ въ судъ; относительно вещественныхъ доказательствъ читаются акты, составленные при участіи слѣдователя; наконецъ, постановляется рѣшеніе о мѣрѣ обезпеченія. Камера не связана необходимостью участія сторонъ, присутствіе въ камерѣ—ихъ право, отъ котораго онѣ могутъ отказаться.

Для того, чтобы дать возможность обвиняемому участвовать при разсмотрѣніи дѣла въ камерѣ и организовать свою защиту, слѣдователь распоряжается о сообщеніи ему при предъявленіи копіи постановленія о взятіи подъ стражу объ этомъ его правѣ; на тюремномъ начальствѣ лежитъ обязанность представленія его въ судъ, если обвиняемый выскажетъ желаніе присутствовать. Вмѣстѣ съ тѣмъ, пересылая постановленіе въ камеру, слѣдователь сообщаетъ о томъ, избранъ ли обвиняемымъ защитникъ; въ отрицательномъ случаѣ предсѣдатель камеры озабочивается о назначеніи такового.

Постановленіе совѣщательной камеры о заключеніи подъ стражу дѣлается на срокъ въ 2 мѣсяца, по истеченіи котораго по предложенію слѣдователя оно можетъ быть возобновлено каждый разъ на два мѣсяца (см. выше, стр. 567 сл.) [1]). Состязательное производство въ камерѣ по поводу принесенныхъ жалобъ на мѣры обезпеченія до истеченія указанныхъ сроковъ производится въ зависимости отъ усмотрѣнія камеры и въ томъ случаѣ, если въ жалобѣ указываются новыя обстоятельства. На постановленія камеры возможно кассаціонное обжалованіе въ судебную палату.

Существенному сокращенію продолжительности подслѣд-

---

[1]) Назначеніе максимальнаго срока для подслѣдственнаго заключенія, назначеннаго по подозрѣнію побѣга, проектированное Дрезденской коммисіей (M. I. K. V. XII S. 288), нецѣлесообразно. Нельзя не согласиться съ Кулеманномъ, что это было бы грубымъ механическимъ средствомъ. Относительно нецѣлесообразности окончательнаго срока для веденія слѣдствій и для подслѣдственнаго заключенія, который имѣется во многихъ кантонахъ Швейцаріи см. C. Meyer, O. C. S. 151.

ственнаго заключенія содѣйствовало бы упраздненіе стадіи преданія суду, какъ ревизіонной инстанціи, съ замѣной ея состязательнымъ производствомъ въ судѣ первой инстанціи, производящимся по желанію обвиняемаго. Необходимость такой замѣны сознается все болѣе и болѣе на Западѣ [1]).

Улучшеніемъ явилось бы также увеличеніе числа дѣлъ, по которымъ предварительная стадія производства ограничивается однимъ дознаніемъ прокуратуры, что будетъ возможно при улучшеніи судебной полиціи и большемъ подчиненіи ея прокуратурѣ. Слѣдуетъ восполнить пробѣлъ, имѣющійся въ русскомъ законодательствѣ, относительно условій принятія мѣръ обезпеченія на стадіи дознанія. Въ этомъ случаѣ можно было бы предоставить слѣдователю право назначать таковыя по предложенію прокурора и не иначе, какъ по выслушаніи объясненій обвиняемаго. Подслѣдственное заключеніе могло бы быть назначаемо въ такомъ случаѣ на семь дней, съ возобновленіемъ этого срока совѣщательной камерой, каждый разъ не болѣе семи дней, а въ совокупности не болѣе мѣсяца, т. е. цѣлесообразно было бы принять въ общихъ чертахъ германскій порядокъ.

Вообще слѣдуетъ, ослабивъ роль прокурора, какъ органа надзора за слѣдствіемъ, усилить положеніе его какъ стороны на предварительномъ слѣдствіи. Для этого слѣдуетъ устранить необходимость для слѣдователя испрашивать согласія прокуратуры при постановленіи заключенія подъ стражу и отмѣнить право прокуратуры предлагать обязательное для слѣдователя производство отдѣльныхъ слѣдственныхъ дѣйствій. Съ другой стороны слѣдуетъ предоставить прокурору собственною властью прекращать подслѣдственное заключеніе или иную мѣру обезпеченія, назначенную на стадіи дознанія слѣдователемъ или совѣщательною властью, не требуя отъ него

---

[1]) Мы лишены возможности входить въ какое либо обсужденіе этого вопроса и сошлемся лишь на предложенія Rosenberg'a (M. I. K. V. XII S. 290), Weingart (Ib. 306), Felisch (Ib. 355), Heinemann (Ib. XI 667), Mittermaier (Ib. 846) и др. Ограниченія, предположенныя для ослабленія значенія этой стадіи коммисіей пересмотра, см. Protokolle I, 202—3, II, 68.

совершенно излишняго представленія о томъ слѣдователю или камерѣ [1]).

Качественно улучшенное и болѣе свободное отъ воздѣйствія прокуратуры усмотрѣніе при назначеніи мѣры обезпеченія должно получить, кромѣ того, отъ закона больше указаній относительно условій своего примѣненія (см. выше, стр. 461) и покоиться на признанныхъ закономъ основаніяхъ. Основаніями для назначенія подслѣдственнаго заключенія могутъ служить только опасеніе побѣга и, въ очень ограниченной степени, опасность уничтоженія слѣдовъ преступнаго дѣянія. Ни опасеніе стачки со свидѣтелями и экспертами, ни какія либо полицейскія цѣли не могутъ послужить мотивами для назначенія его. Подслѣдственное заключеніе, назначенное изъ опасенія сокрытія слѣдовъ, можетъ быть назначено слѣдователемъ на срокъ не болѣе семи дней, послѣ чего оно можетъ быть возобновлено совѣщательной камерой еще на семь дней. Для назначенія его требуется наличность покушенія или опасности, мотивированной фактами [2]).

---

[1]) Подобное право прокурора проектировано и германской коммисіей 1905 г. (Protokolle I, 101).

[2]) Въ дополненіе къ сказанному уже (см. выше, стр. 369—378) объ арестѣ для предупрежденія стачекъ и затемненія слѣдовъ—Kollusionshaft, отмѣтимъ новѣйшія теченія по этому вопросу въ литературѣ и законодательствѣ. Отрицательное отношеніе къ этому основанію подслѣдственнаго заключенія въ Германіи начало развиваться съ конца 60-хъ годовъ. Мотивомъ къ тому послужило то, что оно является наиболѣе рѣзкимъ пережиткомъ инквизиціоннаго процесса въ современномъ строѣ; исторія его параллельна исторіи пытки, и въ защиту ихъ обоихъ приводились одни и тѣ же аргументы. Практическихъ возраженій противъ Kollusionshaft было выставлено два: 1) этотъ видъ ареста, стѣсняя защитительную дѣятельность одной изъ сторонъ, нарушаетъ равенство ихъ въ процессѣ (Zachariä. Handbuch des deutschen Strafprocesses. B. II 1868); и 2) практически выгодно позволить подозрѣваемому дѣлать попытки къ затемненію слѣдовъ, такъ какъ этой дѣятельностью онъ въ большей степени изобличаетъ свою виновность (Gneist. Vier Fragen zur d. Strafprozessordnung 1874. S. 97). Отдѣльные авторы (Bozi. Reform der Untersuchungshaft. 1897. S. 12, C. Meyer. Darstellungen über die schweizerischen Prozessordnungen 1897. S. 140) указывали въ качествѣ доказательства непригодности этой мѣры, то, что она примѣняется или слишкомъ рано или слишкомъ поздно, что она дѣлаетъ обвиняемаго „vogelfrei“ и предоставляетъ его свободу полному, ничѣмъ нестѣсненному усмотрѣнію судьи.

Постановленія о Kollusionshaft подверглось всестороннему обсужденію въ докла-

Гарантіями соблюденія законныхъ постановленій по этому предмету явятся надлежащая постановка отвѣтственности, наличность мотивированнаго постановленія и широкій надзоръ, который можетъ быть возложенъ также на совѣщательную камеру.

Мы уже указывали на необходимость, являющуюся прямымъ слѣдствіемъ предлагаемыхъ измѣненій, расширить про-

---

дахъ и преніяхъ германской группы международнаго Союза криминалистовъ въ Дрезденѣ (1903) и Штуттгартѣ (1904). Несмотря на признаніе крайней стѣснительности и произвольности этой мѣры, противниковъ примѣненія ея нашлось мало; большинство, признавая ее подъ давленіемъ практики, пыталось ввести лишь кое-какія ограниченія. Совершенно отвергаютъ эту мѣру адвокатъ Heinemann (M. J. K. V. XI. S. 672, XII, 350), называвшій ее остаткомъ варварства и широкимъ источникомъ произвола, и Zucker (M. J. K. V. XI S. 360), считающій ее „partie honteuse" современнаго уголовнаго слѣдствія, но и онъ, впрочемъ, допускаетъ въ качествѣ компромисса возможность предоставить право принимать ее органамъ полиціи на краткій срокъ. W. Mittermaier въ своемъ докладѣ Штуттгартскому съѣзду осторожно замѣчаетъ: „если наша практика и считаетъ Kollusionshaft цѣннымъ, то этимъ еще не сказано послѣдняго слова; конечно, обвинителю очень желательно подвергнуть обвиняемаго задержанію, чтобы онъ „не стиралъ его круговъ", но слѣдуетъ еще серьезно обсудить, приноситъ ли этотъ видъ ареста дѣйствительную пользу, и если она имѣется, то не превышаетъ ли ее причиняемый вредъ" (M. J. K. V. XI. 844); въ тезисахъ же своихъ онъ допускаетъ ее, съ нѣкоторыми лишь ограниченіями. Коммисія Герм. Группы, избранная по вопросу о реформѣ предварительнаго слѣдствія на съѣздѣ въ Дрезденѣ, предложила на обсужденіе съѣзда въ Штуттгартѣ: 1) ограничить назначеніе Kollusionshaft краткимъ срокомъ и 2) допустить примѣненіе его только въ тѣхъ случаяхъ, когда будутъ на лицо попытки обвиняемаго къ уничтоженію слѣдовъ. Предложеніе это было мотивировано Rosenberg'омъ (M. J. K. V. XI, S. 782) и Lilienthal'емъ (M. J. K. V. XII. S. 301). На ряду съ этимъ съѣзду было представлено предложеніе W. Kulemann'a (Ibid. XI. S. 716), значительно расширяющее примѣненіе Kollusionshaft по сравненію съ существующимъ правомъ; именно, въ немъ предлагалось предоставить судьѣ право заключать подъ стражу *свидѣтелей и третьихъ лицъ*, относительно которыхъ существуютъ подобныя предположенія; права обвиняемаго, заключеннаго подъ стражу по этому основанію, сильно ограничивались, ему безусловно запрещалось присутствовать при собраніи доказательствъ и обозрѣвать акты производства. На съѣздѣ въ Штуттгартѣ предложенія коммисіи были отчасти поддержаны лишь проф. Liepmann'омъ (XII S. 335), признавшимъ, что въ интересахъ побужденія слѣдственныхъ органовъ къ большей поспѣшности по собиранію доказательствъ необходимо установить срочность этого вида ареста; что касается требованія „покушенія на уничтоженіе слѣдовъ", то Липпманъ считаетъ его нецѣлесообразнымъ. Kulemann указалъ, что вообще отграничить покушеніе отъ приготовленія почти невозможно, и кромѣ того при такомъ ограниченіи арестъ всегда запаздывалъ бы, такъ какъ

цессуальныя права обвиняемаго и обезпечить возможность осуществленія ихъ. Для этой цѣли служитъ отчасти такая постановка режима подслѣдственнаго заключенія, при которой обвиняемый не отрѣзывается отъ всякаго вліянія на дѣло, а можетъ проявлять активное участіе, несмотря на лишеніе свободы передвиженія, отчасти же созданіе надлежащаго представительства. Представитель или защитникъ обвиняемаго долженъ быть признанъ полезнымъ для правильнаго веденія слѣд-

---

учиненіе дѣянія происходитъ втайнѣ и рѣдко обнаруживается на стадіи покушенія. За устраненіе всякихъ ограниченій, кромѣ требованія „dringende Verdachtgründe", высказались также Felisch, Walser и Harburger. Предложеніямъ коммисіи грозила серьезная опасность, если бы не вмѣшательство проф. Liszt'a, который предложилъ передать вопросъ на новое разсмотрѣніе коммисіи, что и было принято.

Еще болѣе консервативной по данному вопросу оказалась оффиціальная коммисія 1905 г. по пересмотру герм. уст. угол. судопр. Въ ней не поднималось даже вопроса объ уничтоженіи этого основанія для ареста, а были выставлены лишь три предложенія: 1) требовать обоснованія опасенія Kollusion фактами; 2) ограничить примѣненіе ареста по этому основанію какимъ либо срокомъ; 3) устранить изъ понятія Kollusion опасность воздѣйствія на свидѣтелей. Всѣ предложенія были отвергнуты. Первое на томъ основаніи, что „оно не соблюдалось бы на практикѣ" (!) (Protokolle I, 91); второе—въ виду того, что „невозможно установить заранѣе въ законѣ срокъ, подходящій для всѣхъ случаевъ, въ теченіе котораго должно было бы быть закончено констатированіе слѣдовъ преступленія; въ однихъ случаяхъ этотъ срокъ былъ бы слишкомъ великъ, въ другихъ—слишкомъ кратокъ; въ послѣднемъ случаѣ прекращеніе заключенія могло бы повредить цѣли слѣдствія". Болѣе обстоятельно мотивировано отклоненіе послѣдняго предложенія, въ виду послѣдовавшаго разногласія въ коммисіи. Меньшинство указывало на трудность предупрежденія такихъ вліяній посредствомъ данной мѣры, на то, что лучшимъ средствомъ является энергичная репрессія клятвопреступленій, и, наконецъ, на крайній вредъ, причиняемый этимъ защитѣ обвиняемаго. Большинство признавало недостаточнымъ для обезпеченія правильности показаній мотивъ отвѣтственности за клятвопреступленія, ибо соучастники, напр., не присягаютъ; кромѣ того, подговоренные свидѣтели могутъ скрываться отъ суда, избѣгая вторичной необходимости являться предъ судомъ. „Противорѣчило бы также успѣшности правосудія и достоинству государственной власти, если незаконныя и нечестныя продѣлки обвиняемаго не были бы подавляемы соотвѣтственными средствами". Любопытно также соображеніе, что заключенный подъ стражу легче примиряется съ необходимостью правосудія, чѣмъ находящійся на свободѣ, который сознаетъ возможность для него различныхъ воздѣйствій. Такимъ образомъ коммисія, нисколько не стѣсняясь, выставила соображенія, покоящіяся на взглядѣ на обвиняемаго, какъ на объектѣ изслѣдованія, и на признаніи интереса государственнаго стоящимъ выше всего; интересы личной свободы крайне слабо отразились въ соображеніяхъ коммисіи.

ствія лицомъ и получить права свободныхъ письменныхъ и личныхъ сношеній съ заключеннымъ и широкаго участія во всѣхъ слѣдственныхъ дѣйствіяхъ и обзора актовъ. Лишеніе какого либо изъ этихъ процессуальныхъ правъ должно быть предоставлено не дискреціонному усмотрѣнію слѣдователя, а ближе опредѣлено въ законѣ и могло бы подлежать обжалованію въ совѣщательную камеру. Для заключенныхъ подъ стражу желательно было бы ввести защиту по назначенію [1]).

---

[1]) Необходимость болѣе широкаго участія защиты въ дѣлахъ, по которымъ подсудимые заключены подъ стражу, вполнѣ признается въ германской литературѣ. Mittermaier (M. J. K. V. XI, 841), Rosenberg (Ibid. S. 760), Heinemann (Ibid. S. 696), Lilienthal (Ibid. S. 303) Zucker (Ibid. S. 466) единогласно высказываются за предоставленіе самыхъ широкихъ правъ защитѣ въ такихъ дѣлахъ. Коммисія по реформѣ предварительнаго слѣдствія, избранная на дрезденскомъ съѣздѣ, пришла къ тому убѣжденію, что „защита необходима въ дѣлахъ, по которымъ обвиняемые заключены подъ стражу, въ случаѣ ихъ просьбы о томъ; объ этомъ правѣ имъ должно быть сообщено. Защитникъ имѣетъ право неограниченнаго обзора дѣлопроизводства и сношеній съ заключеннымъ, безъ всякаго надзора со стороны суда". Во всѣхъ случаяхъ защита назначается съ момента заключенія подъ стражу. Того же мнѣнія придерживается и швейцарскій криминалистъ Gautier (M. I. K. V. XI, S. 455). По удостовѣренію предсѣдателя суда Schuster'a на штуттгартскомъ съѣздѣ, допущеніе защиты ко всѣмъ актамъ производства можетъ принести существенную пользу правосудію. На томъ же съѣздѣ только одинъ Kulemann высказывался противъ широкаго допущенія защиты, рекомендуя ограниченіе такого рода: „поскольку судъ не приходитъ къ убѣжденію, что къ назначенію защитника не представляется достаточныхъ основаній".

Коммисія пересмотра уст. уг. суд. 1905 г. также признала необходимымъ расширить права защиты, но въ очень скромномъ размѣрѣ. Защитнику предоставляется присутствовать при допросѣ обвиняемаго (II, 679), но право это поставлено въ зависимость отъ усмотрѣнія судьи. Право обзора защитникомъ актовъ производства также обусловлено разрѣшеніемъ судьи, за исключеніемъ обзора протоколовъ допроса обвиняемаго, показаній экспертовъ и протоколовъ тѣхъ судебныхъ дѣйствій, при которыхъ защитникъ присутствовалъ или могъ присутствовать. Въ этомъ право защитника не можетъ быть ограничено (Protokolle I, 127, II, 164).

Мы указывали уже (стр. 527 сл.) на рѣшительныя преимущества постановки защиты въ германскомъ уставѣ надъ тою, которая установлена французскимъ закономъ 1897 г. На практикѣ послѣдній не привелъ почти ни къ чему. Парижскій слѣдственный судья Paul Joly (Revue Penit. 1906. № 1. p. 77) дѣлаетъ ему слѣдующую сцѣнку. „Les nullités sont de moins en moins invoquées; les avocats se sont aperçus que les demandes d'annulation de procedure (право, предоставленное имъ, какъ гарантія противъ нарушенія формальныхъ правъ

Наконецъ, приходится еще разъ подчеркнуть необходимость, при современныхъ недостаткахъ предварительнаго слѣдствія, въ дѣйствительныхъ коррективахъ, какъ зачетъ подслѣдственнаго заключенія, поставленный на степень права осужденнаго, и вознагражденіе невинныхъ за понесенное ими заключеніе. Послѣднее должно быть организовано на публичныхъ началахъ покровительства государственно важнымъ интересамъ.

Несомнѣнное улучшеніе всего судебнаго строя, которое явится результатомъ этихъ реформъ, выразится и въ большей правильности окончательныхъ приговоровъ, съ которыми связана регулировка самыхъ разнообразныхъ жизненныхъ отношеній, и въ поднятіи нравственнаго значенія суда въ обществѣ. Какъ правильно замѣтилъ Гарро, судъ XX вѣка не можетъ руководиться принципами XVII вѣка. Нельзя смотрѣть на уголовный процессъ, какъ на технически наиболѣе удобное средство изловленія и уличенія преступниковъ, нѣтъ,— онъ выполняетъ болѣе высокую общественно-воспитательную миссію. Государство достигаетъ посредствомъ суда не только утилитарныхъ цѣлей очищенія общества отъ преступниковъ, но въ еще большей степени—поднятія уваженія къ праву и

защиты) nuisent aux intérêts de leurs clients plus qu'elles ne les favorisaient, et cela principalement pour les inculpés détenus. Elles avaient souvent, en effet, pour résultat de prolonger la détention préventive, le mandat de depôt ne pouvant jamais être frappé d'annulation; de plus, le pouvoir d'evocation des cours d'appel rendrait fréquement illusoire le droit d'invoquer les nullités. Que restait donc en définitive? Il restait principalement l'obligation pour le juge de remplir dans toutes les affaires, même les plus simples, une série de formalités matérielles, toutes declarées substantielles par la Cour suprême et qui compliquent étrangement la tache du juge et celle de son greffier. Et cependant les avocats viennent de moins assister leurs clients dans les cabinets d'instruction; ils reculent devant une perte de temps considerable et ne s'astreignent à être présents aux interrogatoires et aux confrontations que dans les affaires d'une réele importance .... à tous les points de vue". Законъ 1897 г. кромѣ того допустилъ участіе защитника лишь у слѣдственнаго судьи; въ обвинительную камеру, которая можетъ продолжать разслѣдованіе и которая рѣшаетъ о преданіи суду, защитникъ не допускается. Пробѣлъ этотъ предполагается восполнить; для этой цѣли недавно внесенъ въ Палату проектъ Riper t, распространяющій защиту и на случаи дополненія слѣдствія по предписанію обвинительной камеры (ст. 235 code d'instr. c.).

къ личности гражданина, какъ носительницѣ этого права, а это возможно тогда, когда оно разсматриваетъ гражданина, представшаго на судъ, какъ свободную личность, когда оно уважаетъ его свободу. Рѣшенія и формы дѣятельности суда, этой государственной функціи, стоящей ближе другихъ къ населенію, непосредственно прислушивающемуся къ голосу ея, распространяютъ въ обществѣ этическія оцѣнки. Уваженіе, съ которымъ судъ относится къ правамъ обвиняемаго, оказываетъ безспорное воспитательное вліяніе на общество. Поэтому не можетъ быть уваженія къ гражданину и его правамъ въ томъ обществѣ, гдѣ судъ основанъ на крайнемъ угнетеніи человѣческой личности. Эти нравственныя задачи правосудія заставляютъ законодателя, жертвуя въ отдѣльныхъ случаяхъ утилитарными соображеніями, заботиться о соціальномъ совершенствованіи процесса. „Пытка—пишетъ Фостэнъ Эли—была въ прежнее время весьма дѣйствительнымъ средствомъ къ раскрытію истины; но польза, приносимая ею, могла ли препятствовать отмѣнѣ этого зла? Арестованіе всѣхъ подозрѣваемыхъ лицъ, содержаніе ихъ въ тайнѣ и въ теченіе продолжительнаго времени, вторженія въ жилища частныхъ лицъ, ловкій и хитрый допросъ суть также средства надежныя, но слѣдуетъ ли изъ этого, что они должны быть употребляемы? Должно ли правосудіе для достиженія своей цѣли пользоваться мѣрами, наиболѣе притѣснительными? Нѣтъ, ибо въ такомъ случаѣ оно перестало быть правосудіемъ“ [1]).

И если общество будетъ видѣть и сознавать эти нравственно-воспитательныя задачи суда, то цѣпи принудительныхъ мѣръ, которыя придется временно носить обществу, чтобы дать суду возможность осуществлять правосудіе, будутъ легки и не станутъ считаться лишней обузой, которую сейчасъ же должно сбросить. Но если граждане будутъ лишаться свободы, подвергаться психическимъ истязаніямъ инквизиціоннаго допроса, терпѣть разоренія въ цѣляхъ большихъ *удобствъ* суда, то судъ перестанетъ быть носителемъ

[1]) Hélie. Traité d'instruction criminelle t. I. p. 11.

высокихъ началъ и явится органомъ государственнаго деспотизма.

Эти соображенія должно имѣть въ виду, когда противъ усовершенствованія правосудія выставляютъ возраженія мелкоутилитарнаго характера. Законодатель долженъ смотрѣть шире и глубже въ значеніе реформъ и учитывать не только ближайшія послѣдствія для какой либо отдѣльной функціи, но и общегосударственное значеніе такой реформы. А современная эпоха болѣе, чѣмъ какая либо другая, нуждается въ нравственномъ совершенствованіи государственнаго строя, такъ какъ этическо-соціальныя стремленія общества давно переросли существующія формы и грозятъ сломкой ихъ. Судебные уставы съ судомъ присяжныхъ явились такимъ великимъ шагомъ въ 60-ые годы, но сквозь трещины, которыя они дали, будучи поставлены на шаткій фундаментъ неограниченной власти, и сквозь гнилыя ихъ части, захваченныя при спѣшкѣ строительства изъ дореформеннаго строя, обильно просачивалась въ нихъ мутная жидкость старыхъ идей, подточившая и многія здоровыя ихъ части. Обновить это драгоцѣнное зданіе русскаго законодательнаго строительства, проведя въ немъ съ большею силой единство архитектурнаго плана и приспособивъ его въ большей степени къ потребностямъ настоящаго и его этическимъ стремленіямъ—вотъ благородная и благодарная задача, настоятельно требующая своего выполненія.

ERRATA.

стр.	*строка*	*напечатано:*	*слѣдуетъ:*
4	8 снизу:	переносятся	переносится
5	9 сверху:	и поведенія	поведенія
5	2 снизу:	условной	уголовной
38	24 сверху:	два	двѣ
66	2 снизу:	Englich	Englisch
93	19 сверху:	искѣ	1) искѣ
95	16 сверху:	удаленію	удаленіемъ
101	10 снизу:	судей	судей,
129	2 сверху прим.	Iudiv.	Indiv.
140	2 „ „	вносимый	внесенный
178	1 „ „	[1])	должно отнести къ стр. 174, строка 18 сверху.
182	4 сверху:	объ арестѣ	объ арестѣ за учиненіе проступка
182	6 „	Такимъ образомъ	Такимъ образомъ здѣсь
204	5 „	предварительное	судебное
301	23 „	ареста	ареста, производимаго
307	24 „	вліяніе	вниманіе
319	1 „	полезнымъ	признано полезнымъ
322	22 „	слѣдовала	слѣдователя
324	3 снизу:	усмотрѣніе судьи	усмотрѣніе
330	3 снизу:	содержались:	содержались
423	18 сверху:	освѣщательная	совѣщательная
434	15 снизу:	поступкахъ	проступкахъ
454	9 сверху:	выше:	выше;
465	3 сверху:	дальше	дальше,
478	15 „	происходитъ	происходятъ
491	4 „	на	въ
505	1 снизу:	установлена	на практикѣ установилась
541	2 „	Датте	Damme
545	4 „	Примѣненіе	Непримѣненіе
546	22 „	. Послѣ	послѣ
549	14 сверху:	а въ заключеніе .... на западѣ.	(вычеркнуть)
551	7 „	скажемъ ниже	уже говорили
566	12 „	къ	въ
627	12 „	на	при
633	13 снизу	отвѣтственны	отвѣтствененъ
633	1 „	онъ	оно