

✓ c  
А. И. Елистратовъ.

---

x.  
О ЖИЗНЕСПОСОБНОСТИ ИНСТИТУТОВЪ  
ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ПРОИЗВОДСТВА

ВЪ УГОЛОВНОМЪ ПРОЦЕССѢ СМѢШАННАГО ТИПА.



БАЗАНЬ.  
Типо-литографія Императорскаго Университета.  
1900.

Печатается по опредѣленію Общаго Собранія Юридическаго Общества  
при Императорскомъ Казанскомъ Университетѣ

Предсѣдатель *Г. Шершеневичъ.*

**APR 1 1932**

Отдѣльный оттискъ изъ «Трудовъ» Юридическаго Общества.

## **О ЖИЗНЕСПОСОБНОСТИ ИНСТИТУТОВЪ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ПРОИЗВОДСТВА ВЪ УГОЛОВНОМЪ ПРОЦЕССѢ СМѢШАННАГО ТИПА.**

Рефератъ, прочитанный на засѣданіи 20 ноября.

Не стѣсняясь рамками опредѣленнаго законодательства, связывающими догматика, изслѣдователь, стоящій на почвѣ естественно-научной, имѣетъ возможность сопоставить однородныя наслоенія въ процессуальномъ строѣ различныхъ государствъ; вмѣстѣ съ тѣмъ, избѣгая безразличнаго отношенія юриста, какъ къ аксіомѣ, къ любой нормѣ даннаго кодекса, онъ можетъ отличить разнородныя пласты въ судебной организаціи одного и того же государства. Выполнивъ приемами естественно-историческаго изученія данную задачу, такой изслѣдователь окажется въ состояніи свести все разнообразіе доступныхъ бругозору его наблюденія процессуальныхъ формъ къ немногочисленнымъ типическимъ формамъ, совмѣщающимъ въ себѣ характерныя черты того или иного момента въ развитіи процессуальной организаціи.

Въ современной литературѣ первыя вѣхи соціологическаго изслѣдованія институтовъ уголовно-распознавательной дѣятельности поставлены понятіями двухъ основныхъ типовъ организаціи уголовного процесса, обозначаемыми узкими, устарѣвшими терминами „слѣдственнаго“ (или инвизиціоннаго) и „обвинительнаго“ типа. Отличительными признаками процесса т. наз. слѣдственнаго типа должны быть признаны—преобладаніе бюрократіи (или опредѣленныхъ сословныхъ элементовъ) въ отправленіи задачъ уголовной діагностики, почти полное смѣшеніе всѣхъ функцій послѣдней въ рукахъ однихъ и тѣхъ же органовъ, окутывающая уголовно-распознавательную дѣятельность тайна, письменность и пр. Напротивъ, болѣе или

менѣ широкое участіе въ уголовно-распознавательной дѣятельности общества, дифференціація процессуальныхъ функцій, гласность, непосредственность и пр.,—составляютъ характерныя признаки процесса т. наз. обвинительнаго типа. Соотвѣствуя въ новой европейской исторіи особенностямъ режима полицейскаго государства, уголовный процессъ инквизиціоннаго типа къ концу прошлаго столѣтія повсемѣстно господствовалъ на европейскомъ континентѣ; что же касается уголовно-процессуальныхъ институтовъ обвинительнаго типа, то они въ тому времени функционировали въ Англіи и въ Америкѣ, въ связи съ прочими учрежденіями, характеризовавшими болѣе развитой политической строй т. наз. правового государства.

Канунъ прошлаго вѣка и нынѣшнее столѣтіе были для континентальныхъ государствъ Европы моментомъ, когда уголовный процессъ всецѣло слѣдственнаго типа отошелъ для нихъ въ область пережитаго. Его реформа была въ сущности однимъ изъ проявленій освободительной борьбы, въ которой, подъ знаменемъ либеральныхъ принциповъ XVIII вѣка, общества отдѣльныхъ политическихъ единствъ на европейскомъ континентѣ пытались разрушить устои режима *Polizeistaat'a* и замѣнить его устройствомъ, основаннымъ на принципахъ названнаго правового государства. Въ основу уголовно-процессуальной реформы полагались тѣ же самыя начала, которыя провозглашались, въ качествѣ руководящихъ началъ, въ переустройствѣ всего политическаго строя: на мѣсто бюрократическихъ (или сословныхъ) учрежденій процесса, съ почти полнымъ смѣшеніемъ функцій, тайной производства и пр., обновляющее теченіе пыталось поставить такую организацію, при которой уголовно-распознавательная дѣятельность становилась, въ извѣстной степени, общественнымъ дѣломъ, отдѣльныя ея функціи вручались обособленнымъ органамъ, и притомъ отправлялись гласно, и т. п. Другими словами, на мѣсто уголовно-процессуальныхъ учрежденій слѣдственнаго типа на континентѣ Европы выдвигались институты, характеризовавшіе собою англо-американскій процессъ обвинительнаго типа. Родство формъ, подлежащихъ преобразованію, общность стремленій, вызывавшихъ послѣднее, однородность требованій, началъ, полагаемыхъ въ основу обновленія уголовно-процессуальнаго строя,—все это даетъ намъ основаніе поставить рядомъ слѣдующія реформы, которыми освободительное движеніе,

разрушавшее режимъ *Polizeistaat'a*, пыталось, вмѣстѣ съ тѣмъ, расшатать уголовный процессъ слѣдственнаго типа, а именно: вытѣсненіе, въ области французскаго уголовного производства, стараго ордонавса 1670 г. соотвѣтствующими законами учредительнаго собранія и конвента и, затѣмъ, процессуальнымъ кодексомъ 1808 г.; внесеніе идей и требованій, провозглашенныхъ этимъ кодексомъ, въ Италію, Бельгію, Голландію; преобразование уголовного производства, предпринятое послѣ народныхъ движеній 1848 г. въ Германіи; и наконецъ, минувъ прочія государства, попытку судебной реформы, совершенную въ эпоху скоротечныхъ прогрессивныхъ вѣяній шестидесятихъ годовъ у насъ въ Россіи. Не смотря на различіе вѣдшихъ условій, при которыхъ данныя преобразованія осуществлялись въ отдѣльныхъ странахъ, на нихъ лежитъ печать одного и того же критическаго момента соціальной эволюціи, лишь въ разное время разрѣшившагося въ различныхъ государствахъ.

Подходя ближе къ отмѣченнымъ преобразованіямъ,—первымъ попыткамъ замѣнить процессуальную организацію инквизиціоннаго типа институтами уголовной діагностики обвинительнаго типа, легко усмотрѣть общій признакъ, который отличаетъ закрѣпленные первыми кодексами новой формаціи построенія уголовного процесса. Какъ ни настойчиво пытались прогрессивныя теченія, силой которыхъ совершались на европейскомъ континентѣ интересующія насъ реформы, покончить съ учрежденіями стараго режима,—съ процессуальными институтами инквизиціоннаго типа, они не могли устранить ихъ совсѣмъ изъ соціального зданія. Въ образованіи новыхъ учреждений во всей своей силѣ сказался хорошо извѣстный соціологу фактъ переживанія старыхъ общественныхъ формъ. Это явленіе характеризуется тѣмъ, что формы, относящіяся къ высшимъ этапамъ эволюціоннаго процесса, въ какомъ бы глубокое противорѣчіи не стояли онѣ къ соотвѣтствующимъ соціальнымъ новообразованіямъ, продолжаютъ сохранять свое мѣсто въ общественной организаціи; утративъ свой жизненный смыслъ, онѣ тѣмъ не менѣе продолжаютъ держаться, иногда въ теченіи долгихъ столѣтій, и такимъ образомъ какъ бы переживаютъ среди новыхъ, чуждыхъ имъ формъ, ту жизнь, которую уже отжили. Подобное переживаніе учреждений слѣдственнаго типа, возлѣ вновь созидаемыхъ институтовъ типа

обвинительнаго, настолько широко и рельефно проявилось въ закрѣпленной интересующими насъ реформами организациі уголовно-распознавательной дѣятельности, что литература не безъ основанія не относитъ реформированный континентальный процессъ весь, въ цѣломъ, къ категоріи процессуальныхъ формъ обвинительнаго типа, но ставитъ его особо, какъ процессъ смѣшаннаго типа.

Обратимъ ли мы вниманіе на французскій *code d'instruction criminelle*, всмотримся ли въ нѣмецкія процессуальныя узаконенія середины текущаго вѣка, или заглянемъ въ наши судебныя уставы, мы найдемъ, что логически единая, цѣльная, уголовно-распознавательная дѣятельность, согласно представляемой этими кодексами нормировкѣ, распадается на двѣ части, на два дѣла, тождественныя по задачамъ, но діаметрально противоположныя по основамъ своей организациі. Въ формѣ т. наз. предварительнаго производства (*instruction, Vorverfahren*) въ реформированномъ континентальномъ процессѣ смѣшаннаго типа остается въ силѣ старый иневизионный процессъ, съ именемъ котораго выплываетъ представленіе о бюрократическихъ учрежденіяхъ, о смѣшеніи функцій, о тайнѣ и бумажности производства и пр. Въ видѣ т. наз. окончательнаго производства (*jugement, Hauptverfahren*), рядомъ съ обломками режима полицейскаго государства, выдвигается новая организациа, по типу обвинительнаго процесса, зиждущаяся на противоположныхъ принципахъ общественнаго участія, раздѣленія задачъ діагностики, гласности, непосредственности и пр. Обновленіе уголовного производства въ государствахъ европейскаго континента, и въ частности у насъ въ Россіи, сводилось, такимъ образомъ, въ сущности къ надстройкѣ вновь выработанныхъ формъ процессуальнаго устройства надъ старыми, осужденными на разрушеніе, его институтами, которые были сохранены въ фундаментѣ, въ основаніи. Формы обвинительнаго (англійскаго) процесса, затребованныя движеніемъ, пытавшимся освободить общество отъ режима полицейскаго государства, были присоединены къ процессуальнымъ учрежденіямъ старой формациі названнаго *Polizeistaat'a*, такъ что иневизионный процессъ эпохи послѣдняго изъ цѣлаго сталъ только предварительнымъ, а вновь созданный порядокъ оказался слѣдующимъ за нимъ окончательнымъ производствомъ.

Въ составъ послѣдняго вошли такія учрежденія, какъ адвокатура, какъ институтъ присяжныхъ, и прокуратура, какъ органъ обвиненія; напротивъ, въ предварительномъ производствѣ центральными фигурами остались прежніе органы инквизиціоннаго процесса полицейскаго государства—слѣдственный судья и прокуроръ, въ роли блюстителя, стража законности. Juge d'instruction, Untersuchungsrichter, нашъ судебный слѣдователь, отнюдь не являются зачаткомъ, проблескомъ учреждений какой либо новой социальной формаціи: въ характерныхъ чертахъ стариннаго института уголовныхъ лейтенантовъ, которыхъ мы встрѣчаемъ во Франціи стараго режима, и другихъ соотвѣствующихъ учреждений эпохи полицейскаго государства. Черты той же эпохи проявляются и въ задачахъ дѣятельности прокурора, какъ органа предварительнаго слѣдствія. Выполняя на стадіи окончательнаго производства опредѣленную процессуальную задачу обвиненія, послѣдній въ предварительномъ слѣдствіи остается всецѣло органомъ наблюденія, блюстителемъ, стражемъ законности, поставленнымъ надъ слѣдователемъ,—другими словами, носителемъ задачи, которой исчерпывалась вся его дѣятельность предъ судомъ при режимѣ полицейскаго государства.

Сила наслѣдственно укрѣпившейся привычки къ учрежденіямъ, сохраняющимъ въ теченіи нѣсколькихъ вѣковъ свое существованіе, склонна психологически обусловить совершенно ложный взглядъ на ихъ естественно-историческій смыслъ и социальное значеніе. Чѣмъ глубже тотъ или иной институтъ пустилъ въ общественную жизнь свои корни, тѣмъ болѣе свойственно человѣческой мысли стремиться признать его естественнымъ, почти абсолютнымъ, чуть ли не вѣчнымъ,—и сторониться всякой попытки доказать, что данный институтъ давно уже утратилъ свою жизнеспособность,—пересталъ удовлетворять измѣнившимся потребностямъ общества. Склонность человѣка облекать въ мишурные покровы необходимаго и разумнаго рѣшительно все, съ чѣмъ только онъ свыкся, сказалась, въ извѣстной степени, въ ходячемъ взглядѣ на совмѣстное существованіе предварительнаго и окончательнаго производствъ въ томъ видѣ, въ какомъ они существуютъ въ уголовномъ процессѣ смѣшаннаго типа, какъ на двѣ стадіи, взаимно дополняющія одна другую, какъ на части, изъ которыхъ каждая логически необходима для полноты уголовно-

распознавательной дѣятельности. Стоитъ однако всмотрѣться въ ихъ логическое содержаніе, и станетъ ясно, что и въ предварительномъ, и въ окончательномъ производствѣ осуществляются не какіе либо различные, но одни и тѣже моменты уголовно-распознавательной дѣятельности, притомъ, въ одномъ и томъ же объемѣ.

Задачей предварительнаго слѣдствія, составляющаго важнейшую часть предварительнаго производства, является изслѣдованіе всѣхъ обстоятельствъ, и учающихъ, и оправдывающихъ лицо, подозрѣваемое въ преступленіи. Отсюда явствуетъ, что на долю судебного слѣдствія, —соотвѣтствующей ступени окончательнаго производства, не выпадаетъ никакой логически новой задачи по изслѣдованію доказательствъ: вѣдь всѣ обстоятельства дѣла предполагаются уже изслѣдованными на предварительномъ слѣдствіи. За предварительнымъ слѣдствіемъ въ порядкѣ предварительнаго производства слѣдуетъ ступень преданія суду, причемъ предающее суду учрежденіе оцѣниваетъ добытыя предварительнымъ слѣдствіемъ доказательства: оно рѣшаетъ вопросъ, имѣется ли, по слѣдственному матеріалу, достаточное основаніе обвинять данное лицо въ преступленіи. Окончательное производство завершается совѣщаніемъ судей и постановленіемъ приговора, причемъ происходитъ такой же логическій процессъ оцѣнки доказательствъ, ведущій къ рѣшенію, есть ли достаточное основаніе считать обвиняемаго виновнымъ въ преступленіи. Для логической полноты уголовно-распознавательной дѣятельности не придется ничего прибавить къ предварительному производству, если мысленно исключить изъ обихода уголовного процесса смѣшаннаго типа все производство окончательное, —и только придать иную, болѣе рѣшительную формулировку отвѣту предающаго суду учрежденія. А къ этому логически препятствій не встрѣчается, такъ какъ предполагается, что на предварительномъ слѣдствіи изслѣдованы уже всѣ доказательства въ пользу и противъ подсудимаго. И наоборотъ, изъ процесса смѣшаннаго типа можно выбросить и предварительное слѣдствіе, и преданіе суду, —составныя части предварительнаго производства, въ окончательномъ производствѣ найдутся всѣ нужные элементы, образующіе содержаніе уголовно-распознавательной дѣятельности. Это обстоятельство, несомнѣнно, сознавали и сами редакторы кодексовъ, закрѣпившихъ порядокъ процесса интересующаго насъ



типа. Они признали обязательнымъ обращеніе къ предварительному слѣдствію въ отношеніи лишь ограниченнаго числа уголовныхъ дѣлъ; для ряда другихъ уголовныхъ дѣлъ они только допустили, но не обязали прибѣгать къ этой ступени производства; вмѣстѣ съ тѣмъ, для значительной части уголовныхъ дѣлъ они признали и предварительное слѣдствіе, и преданіе суду, совсѣмъ недопустимыми. Развѣ могли они послѣдовательно такъ поступить, если бы и въ самомъ дѣлѣ считали предварительное производство моментомъ, необходимымъ для полноты уголовной діагностики? За критерій, при разграниченіи случаевъ обязательности, допустимости и запрещенности предварительнаго производства, принимается характеръ средствъ наказанія, примѣненіемъ которыхъ законъ угрожаетъ на случай учиненія, при извѣстныхъ условіяхъ, отмѣчаемыхъ имъ дѣяній. Институты предварительнаго производства должны функционировать или, напротивъ, бездѣйствовать смотря по тому, какая форма лишенія свободы слѣдуетъ за инкриминируемое преступленіе, или сообразно тому, входит ли или не входитъ въ репрессію послѣдняго угроза ограниченіемъ правъ, и т. п. Если бы институты предварительнаго производства образовывали интегральную часть уголовно-распознавательной дѣятельности, то можно ли было бы по такимъ основаніямъ, въ процессуальномъ отношеніи случайнымъ, исключать ихъ дѣйствіе изъ обихода уголовного процесса? Правда, тѣмъ же случайнымъ критеріемъ опредѣляется въ процессѣ смѣшаннаго типа и кругъ случаевъ, въ которыхъ призванъ функционировать институтъ присяжныхъ,—и однако не сомнѣваются въ томъ, что его функція вытекаетъ изъ существа уголовной діагностики. Но вѣдь, при искусственномъ ограниченіи круга дѣятельности присяжныхъ, въ сферѣ случаевъ, гдѣ ихъ институтъ перестаетъ функционировать, соотвѣтствующимъ образомъ расширяется дѣйствіе другого учрежденія окончательнаго производства, коронной магистратуры суда. Между тѣмъ, при отпаденіи, въ виду особенностей карательной санкціи, предварительнаго слѣдствія и преданія суду, соотвѣтствующія ступени предварительнаго производства ничѣмъ не пополняются,—и тѣмъ не менѣе не нарушается цѣльность всего процесса.

Нельзя оправдать обособленнаго существованія инвизиционныхъ институтовъ предварительнаго производства и обыч-

ной ссылкой на ихъ необходимость для соотвѣтствующей „предварительной“ подготовки уголовного дѣла, дающей возможность поставить послѣднее на гласный судъ представитель общества. Въ основаніи такой ссылки, кажется, лежитъ ложная мысль о единствѣ мѣста и времени дѣйствій окончательнаго производства, — невольная подстановка подъ понятіе послѣдняго представленія о судебномъ засѣданіи по дѣлу (Hauptverhandlung), непосредственно ведущемъ къ разрѣшенію основного вопроса о виновности подсудимаго. Но вѣдь окончательное производство, помимо дѣйствій, входящихъ въ это рѣшительное засѣданіе, не исключаетъ принципиально и „приготовительныхъ къ суду распоряженій“, которымъ ничто не препятствуетъ развиться въ дѣятельность, представляющую болѣе или менѣе широкую первоначальную подготовку уголовного дѣла.

Отсюда явствуетъ, что предварительное и окончательное производство въ процессѣ смѣшаннаго типа не составляютъ двухъ взаимно дополняющихъ и, притомъ, логически необходимыхъ элементовъ уголовно-распознавательной дѣятельности: эти двѣ стадіи процесса преслѣдуютъ, въ одинаковомъ объемѣ, одну и ту же задачу; ими осуществляются, въ одинаковой мѣрѣ, однѣ и тѣ же функціи уголовной діагностики. Все ихъ различіе, составляющее *raison d'être* ихъ совмѣстнаго существованія, лежитъ не въ чемъ иномъ, какъ въ коренной противоположности основъ ихъ организаціи. Задача уголовного процесса въ предварительномъ производствѣ осуществляется тайно, письменно, бюрократическими учрежденіями, сторонящимися участія общества, при смѣшеніи, въ рукахъ однихъ и тѣхъ же органовъ власти, всѣхъ функцій уголовно-распознавательной дѣятельности; та же задача въ окончательномъ производствѣ рѣшается при дѣятельномъ участіи общества, при обособленіи процессуальныхъ функцій, въ принципѣ — гласно, непосредственно. Раздробленіе единаго дѣла, состоящаго въ распознаніи истины, на стадіи предварительнаго и окончательнаго производства обусловливается, такимъ образомъ, не логическими основаніями, которыя вытекали бы изъ существа уголовной діагностики, но лишь историческими наслоеніями, — социальнымъ переживаніемъ старыхъ формъ наряду съ новыми образованіями.

Для уясненія значенія организаціи предварительнаго производства въ отправленіи функцій уголовно-распознавательной

дѣтельности умѣстно сперва припомнить основную политическую задачу, которой, въ свое время, обуславливался характеръ этой организаціи. Эта задача опредѣлялась усиленіемъ, укрѣпленіемъ центральной власти, растворявшей въ своемъ могуществѣ господство феодальныхъ владѣльцевъ. Потребностями центральной власти обусловилося происхожденіе и развитіе уголовныхъ лейтенантовъ; въ этихъ же потребностяхъ зародилась и окрѣпла наблюдательная роль прокурора, какъ представителя короля („око короля“), призваннаго блюсти за законностью въ дѣятельности судовъ и иныхъ учреждений. Стремленія центральной власти, опредѣлившія режимъ полицейскаго государства, объясняютъ въ частности и бюрократизмъ учреждений уголовного процесса, продолжающихъ существовать въ предварительномъ производствѣ; они объясняютъ одинаково хорошо и широкій объемъ власти, которой обладался слѣдователь—судья, призванный безраздѣльно отправлять всѣ функціи уголовной діагностики, и неопредѣленныя полномочія прокурора, поставленнаго надъ нимъ въ качествѣ противовѣса его могуществу и, вмѣстѣ съ тѣмъ, звена, связующаго его съ центромъ. Въ области уголовного процесса тенденціи полицейскаго государства съ одинаковой силой проявлялись въ характерѣ подчиненія, съ одной стороны, личности обывателя—чиновничьему усмотрѣнію, и съ другой, самого чиновника—центральной власти. Надѣлая, въ интересахъ центра, чиновниковъ юстиціи безграничными полномочіями въ отношеніи къ обывателямъ, привлекаемымъ къ слѣдствію, полицейское государство, въ то же время, стремилось парализовать власть тѣхъ же чиновниковъ, поскольку эта власть могла преллстать собою орудіе, обоюдоострое для центра. При превращеніи личности обывателя, въ отношеніи къ суду, въ безличный объектъ изслѣдованія, получали опредѣленный смыслъ тайна, секретность производства, и его письменный, канцелярскій характеръ. Недовѣріе къ самому судьѣ-слѣдователю центрального правительства дѣлало послѣдовательнымъ властное наблюденіе за нимъ прокурора, равно какъ и другія особенности процесса инвизиціоннаго типа, какъ лежавшее на судьѣ запрещеніе оцѣнивать по внутреннему убѣжденію доказательства, или какъ пересмотръ его рѣшеній, разраставшійся въ сложную систему безконечныхъ инстанцій.

Но если основы организаціи инквизиціоннаго процесса, опредѣляющія характеръ предварительнаго производства, вполне соотвѣтствовали политической задачѣ полицейскаго государства, то онѣ принципиально должны быть признаны условіями, заграждающими путь къ истинѣ и правосудію въ процессѣ т. наз. правового государства.

Тяжесть и непригодность для дѣла распознаванія истины дослѣховъ, облакавшихъ уголовнаго лейтенанта, чувствительна и понятна современному слѣдователю. Прислушиваясь, какъ человѣкъ, къ новымъ запросамъ общественной жизни и, какъ чиновникъ, оставаясь въ рамкахъ организаціи эпохи полицейскаго государства, послѣдній съ первыхъ же шаговъ своей дѣятельности ставовится въ положеніе неустойчивое, ведущее къ глубокимъ противорѣчіямъ психологически. Положимъ, онъ берется за дѣло со свѣтлыми, гуманными убѣжденіями, но его слѣпнеть тьма: работать приходится безъ свѣта гласности. Въ своемъ тайномъ, секретномъ производствѣ слѣдователь оказывается лишеннымъ такого же основнаго условія, оживляющаго и возбуждающаго въ достойному отправленію лежащихъ на немъ функцій, какимъ для жизнѣдѣтельности организма, вообще, является притокъ свѣжаго воздуха. Положимъ, онъ хочетъ взяться за выступающее передъ нимъ живое дѣло, но отъ живого дѣла его тотчасъ же оттѣсняетъ кипа канцелярской бумаги, которую надо заполнять безъ конца, когда для дѣла живого такъ дорога каждая минута досуга. Онъ хочетъ добиться истины, но скоро убѣждается, какъ непосильна для него эта задача. Вѣдь обнаруженіе и обличеніе преступника — это жизненная функція самого общества, а онъ, слѣдователь, — чиновникъ, заброшенный въ данную общественную среду случайно, человѣкъ, подчасъ даже незнающій этой среды, ни ея жизненныхъ интересовъ, ни ея особенностей. Послѣдовательно, среда сторонится слѣдователя, не идетъ къ нему въ свидѣтели, не оберегаетъ вещественныхъ доказательствъ, — и порой даже терпитъ и скрываетъ преступника, лишь бы избавиться властнаго вмѣшательства чуждаго ей органа, притязающаго отправлять ея жизненную функцію. Если бы однако слѣдователю и удалось втиснуться въ мѣстное общество, то все же, чѣмъ болѣе не формально, но энергично, онъ возмется за дѣло, тѣмъ опаснѣе окажется его дѣятельность для правосудія. Это обстоятельство обусловливается самымъ характеромъ психоло-

гически несомѣстимыхъ функцій, по отправленію уголовной діагностики, которыя сосредоточиваются въ его рукахъ.

Какъ органу изслѣдованія, слѣдователю надлежитъ добыть доказательства и противъ, и въ пользу лица, подозрѣваемаго имъ въ преступленіи: по одному и тому же дѣлу онъ долженъ быть и обвинителемъ, и защитникомъ того человѣка, на котораго падаетъ его подозрѣніе. Выступая въ своей официальной дѣятельности обвинителемъ, слѣдователь заинтересованъ въ томъ, что бы подкрѣпить, обосновать допущенное имъ предположеніе объ учиненіи даннымъ лицомъ преступленія. Въ качествѣ защитника, его задача, напротивъ, состоитъ въ томъ, что бы оспорить правильность такого предположенія, что бы сомнѣніемъ, противорѣчіемъ, возбужденнымъ во имя истины, противоѣйствовать возможнымъ увлеченіямъ и заблужденіямъ обвинителя. Не долженъ ли защитникъ, являющійся въ лицѣ слѣдователя, вмѣстѣ съ тѣмъ, и обвинителемъ, шагъ за шагомъ противоѣйствовать своей собственной дѣятельности, ежечасно оспаривать самого себя, дѣлать безплодными свои собственныя усилія, какъ Пенелопеа, распускать повседневно только что сотканную пряжу? Подрывая психологически устои обвинительной дѣятельности, смѣшеніе задачъ изслѣдованія въ рукахъ слѣдователя является, въ то же время, тормазомъ и для надлежащаго выполненія имъ задачи защиты. Защитникъ нуждается въ довѣрїи къ нему подсудимаго: успѣшность защиты сплошь и рядомъ обуславливается наличностью такого довѣрїя. Но на довѣрїе человѣка, привлекаемаго къ слѣдствію, врядъ ли можетъ рассчитывать слѣдователь, когда онъ, осуществляя задачу защиты, обязанъ выступить и фактически уже выступилъ противъ человѣка, на довѣрїе котораго онъ притязаетъ, въ роли обвинителя. Отъ изслѣдователя по уголовному дѣлу правосудіе требуетъ, что бы въ каждомъ конкретномъ случаѣ онъ одинаково энергично, настойчиво, исчерпалъ и то, что подтверждаетъ обвиненіе, и то, что относится къ защитѣ. Между тѣмъ, чѣмъ съ большей энергіей слѣдователь пытается обосновать родившися у него въ душѣ предположеніе, — подозрѣніе, что именно данное лицо учинило преступленіе, тѣмъ болѣе слабой, призрачной, окажется его защита заподозрѣннаго по данному дѣлу. Напротивъ, стоитъ только слѣдователю въ отношеніи къ подозрѣваемому въ преступленіи лицу убѣжденно встать на благопрїятную точку зрѣнія, — и

вся его энергія по обвиненію этого лица тотчасъ же разсѣт-ся. Только въ томъ случаѣ, если для слѣдователя—одинаково безразличны, безжизненны, его обязанности и по обвиненію, и по защитѣ, онъ будетъ въ состояніи равномѣрно, т. е. одинаково формально, выполнить и тѣ, и другія. Напротивъ, чѣмъ выше его личныя свойства и качества, какъ человѣка, чѣмъ съ большей чуткостью относится онъ къ окружающей жизни, тѣмъ опредѣленнѣе должна въ немъ проявиться эта неустойчивость, этотъ душевный разладъ, это психологическое противорѣчіе. Могутъ замѣтить, что въ томъ же положеніи оказывается и изслѣдователь въ области ученыхъ изысканій, однако онъ въ состояніи одинаково настойчиво и создавать, и критиковать свои гипотезы. Но такое возраженіе врядъ ли правильно. Не говоря уже о томъ, что въ области жгучихъ вопросовъ науки внимательное отношеніе изслѣдователя къ враждующимъ ученіямъ проявляется далеко не всегда,—мыслимо ли, вообще, отождествлять съ ученымъ кабинетомъ слѣдовательскую камеру? Въ кабинетъ изслѣдователя человѣческіе интересы вступаютъ отвлеченными отъ своихъ индивидуальныхъ проявленій; что бы ихъ оцѣнить, у кабинетнаго изслѣдователя въ рукахъ богатый опытъ другихъ работниковъ мысли по тѣмъ же вопросамъ; наконецъ, онъ не обязанъ дать своего рѣшенія къ сроку, безотлагательно. Напротивъ, въ камеру слѣдователя сдѣпляющіеся, стальнойвающіеся интересы людей врываются непосредственно, въ ихъ настоящихъ житейскихъ формахъ; разбираясь среди нихъ, слѣдователю, въ большинствѣ случаевъ, приходится довольствоваться собственнымъ опытомъ; притомъ, ему некогда даже задуматься надъ ними, потому что судь долженъ быть скорымъ,—и его отвѣта напряженно ждетъ общество.

Законъ игнорируетъ, что въ энергичномъ слѣдователѣ всякій разъ *in concreto* преобладаетъ или дѣятельный обвинитель, или убѣжденный защитникъ,—и къ его слѣдственнымъ обязанностямъ присоединяетъ еще роль судейскую. Судьей слѣдователь долженъ оказаться во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда ему приходится оцѣнивать результаты своего изслѣдованія и принимать на основаніи такой оцѣнки то или иное рѣшеніе. Привлекаетъ ли слѣдователь то или другое лицо къ слѣдствію въ качествѣ обвиняемаго, принимаетъ ли онъ т. наз. мѣры пресѣченія, прибѣгаетъ ли онъ къ осмотру или обыску, вы-

зову или приводу, штрафуетъ ли или освобождаетъ отъ вызванія неявившихся, по его вызову, свидѣтелей, экспертовъ, понятыхъ, онъ въ своемъ рѣшеніи принять соотвѣтствующую мѣру,—все равно, выразится ли это рѣшеніе въ письменной формѣ постановленія или останется простымъ актомъ мысли,—осуществляетъ логически задачу судейскую. Разумѣется, будетъ ли онъ, какъ органъ собственно изслѣдованія, энергичнымъ обвинителемъ или дѣятельнымъ защитникомъ,—а тѣмъ и другимъ равномѣрно онъ быть не въ состояніи, онъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, при всемъ своемъ желаніи, не огажеться и безпристрастнымъ судьей. Его собственно слѣдственная дѣятельность уже опредѣлила его взгляды въ сторону обвиненія или защиты,—сдѣлала ихъ предвзятыми. Такая предвзятость взглядовъ, невольное предубѣжденіе, осѣвшее въ душѣ при направленіи дѣла подъ опредѣленнымъ угломъ обвиненія и защиты, будетъ для слѣдователя постояннымъ психологическимъ препятствіемъ въ непредубѣжденномъ рѣшеніи чисто судейскихъ вопросовъ, съ которыми онъ каждодневно сталкивается въ своей дѣятельности.

Прокуроръ, призванный къ наблюденію за предварительнымъ слѣдствіемъ, не въ силахъ, съ успѣхомъ для правосудія, выручить слѣдователя изъ такого неустойчиваго, психологически ложнаго положенія: въ предѣлахъ предварительнаго производства онъ самъ втиснуть въ такія же рамки организаціи эпохи полицейскаго государства, которыя принципиально заграждаютъ слѣдователю путь къ истинѣ и правосудію. Направить своимъ властнымъ наблюденіемъ предварительное слѣдствіе на правильный путь всесторонняго, равномѣрнаго изслѣдованія и данныхъ противъ, и доводовъ за обвиняемаго, прокуроръ не въ состояніи по тому же соображенію, которымъ объясняется психологически неустойчивое положеніе слѣдователя. Принимая въ расчетъ характеръ человѣческой психики, всего вѣроятнѣе ожидать, что вліяніе прокурора-наблюдателя на слѣдствіе проявится склоненіемъ дѣятельности слѣдователя на путь односторонняго обвинительнаго розыска. Въдѣ неопредѣленные полномочія по наблюденію за предварительнымъ слѣдствіемъ для самого прокурора являются лишь прилаткомъ къ его капитальной задачѣ органа обвиненія, которую онъ призванъ выполнять на стадіи окончательнаго производства. Передъ полномочіями по обвиненію, требующими устной рѣчи на гласномъ

судѣ и кладущими непосредственный отпечатокъ на исходъ процесса, наблюдение за производствомъ негласнымъ, письменнымъ, почасъ утрачивающимъ всякую цѣнность для дальнѣйшаго теченія дѣла, психологически въ дѣятельности прокурора отодвигается на задній планъ, опускается на степень второстепенныхъ обязанностей. При постоянномъ напряженіи вниманія на выясненіи обстоятельствъ, уличающихъ подсудимаго, и при рождающейся отсюда привычкѣ разсматривать уголовное дѣло подъ угломъ обвиненія, и то наблюдение за предварительнымъ слѣдствіемъ, которое прокуроръ призванъ осуществлять въ роли безпристрастнаго блюстителя законности, рискуетъ въ его рукахъ невольно окраситься обвинительной тенденціей. Чтобы сохранить при наблюденіи за предварительнымъ слѣдствіемъ безстрастный постъ блюстителя, стража законности, прокурору, при такихъ условіяхъ, пришлось бы, какъ мѣтко выражается по этому поводу г. Щегловитовъ, отвлечься отъ самого себя, что едва ли мыслимо психологически. Рискуя, такимъ образомъ, пошатнуть неустойчивое состояніе равновѣсія, въ которомъ долженъ находиться слѣдователь, на сторону обвинительнаго розыска, прокуроръ врядъ ли будетъ въ состояніи приблизить его къ пути истины и правосудія.

Хотя по закону наблюдение прокурора за предварительнымъ слѣдствіемъ и отличается „постояннымъ“ характеромъ, однако въ дѣйствительности оно неизбѣжно оказывается не болѣе, какъ отрывочнымъ и случайнымъ. Если бы даже капитальное дѣло обвиненія и не отнимало у прокурора значительной части его досуга, то все же, имѣя по нѣскольку слѣдователей въ участіи, изъ которыхъ у каждаго по нѣскольку параллельно производимыхъ слѣдствій на рукахъ, прокуроръ, при всей широтѣ своего наблюденія за предварительнымъ слѣдствіемъ, никогда не могъ бы объять этихъ дѣлъ во всей полнотѣ и разнообразіи ихъ непрерывно обновляющагося содержанія,—охватить ихъ въ такомъ видѣ, въ какомъ они представляются самому слѣдователю, работающему надъ ними непосредственно, въ теченіи болѣе или менѣе продолжительнаго промежутка времени. Отсюда съ необходимостью явствуетъ, что на поприщѣ предварительнаго слѣдствія со слѣдователемъ, въ лицѣ прокурора, сталкивается органъ, обладающій весьма значительной властью для того, чтобы руководить, но слишкомъ недостаточнымъ, поверхностнымъ знаніемъ дѣла для



того, что бы направить послѣднее на болѣе правильную дорогу, чѣмъ какъ оно поставлено. При такомъ столкновеніи не большаго и меньшаго знанія и опытности, но лишь власти болѣе могущественной и менѣе обширной, неизбежно отлагается въ душѣ слѣдователя—недовѣріе, у прокурора—враждебное чувство, и такимъ образомъ укрѣпляется, не ко двору для правосудія, взаимная рознь между органами предварительнаго производства. Антагонизмъ между слѣдователемъ и прокуроромъ-наблюдателемъ представляется намъ не случайнымъ, эпизодичнымъ явленіемъ, прокрадывающимся въ ихъ взаимныя отношенія, но естественнымъ результатомъ той идеи, на которой покоится самый дуализмъ органовъ предварительнаго слѣдствія. Выступая въ качествѣ особаго блюстителя за законностью въ дѣятельности органа, призваннаго въ роли слѣдователя-судьи по преимуществу стоять на стражѣ закона, наблюдатель-прокуроръ уже по сущности своей задачи въ предварительномъ слѣдствіи оказывается выраженіемъ недовѣрія соответствующихъ сферъ къ слѣдователю. Съ недовѣріемъ граничитъ колебаніе авторитета того органа, которому недовѣряютъ, а отъ розни учрежденій, изъ которыхъ одно призвано только къ тому, чтобы наблюдать за дѣятельностью другого,—одинъ лишь шагъ до давленія со стороны болѣе могущественнаго, наблюдающаго органа на чиновника, подлежащаго наблюденію. Опасность такого давленія особенно серьезна въ виду того обстоятельства, что въ лицѣ слѣдователя и прокурора сталкиваются представители двухъ различныхъ вѣдомствъ,—органъ т. наз. судебной власти и представитель администраціи,—и что общій, кажется, опытъ всѣхъ континентальныхъ государствъ Европы краснорѣчиво свидѣтельствуетъ, какъ легко принципиально признанная судебская независимость обходится и игнорируется въ подлежащихъ случаяхъ дѣйствительности.

Отмѣченныя черты, характеризующія дѣятельность слѣдователя и наблюденіе за предварительнымъ слѣдствіемъ прокурора, служатъ нагляднымъ подтвержденіемъ того, что основы институтовъ, въ которыхъ нѣбогда каждая особенность отвѣчала требованіямъ своей эпохи, идутъ въ разрѣзъ съ процессуальными задачами, выдвинутыми потребностями новаго времени. Отрицаніе участія общества и бюрократизмъ, тайна и письменность производства, совмѣщеніе въ одномъ лицѣ всѣхъ

процессуальных функций, властное наблюдение за их отправлением ближайшаго повѣреннаго центра,—все это существенно важные моменты съ точки зрѣнія политическихъ стремленийъ полицейскаго государства. Въ свое время, все это гармонировало съ общимъ строемъ жизни, со всѣми ея официальными проявленіями, до увѣренности короля, что онъ въ своемъ лицѣ совмѣстилъ все государство, включительно! Для правового государства, предъявившаго къ институтамъ процесса требованіе, что бы ихъ организація обеспечивала собою путь къ истинѣ и правосудію, въ основахъ предварительнаго производства сохраняется рядъ обломковъ стараго режима, противостоящихъ его стремленіямъ и задачамъ. Реформами, отдѣляющими современное государство отъ полицейскаго, въ основу организаціи уголовной діагностики было положено начало общественной дѣятельности, обособленія въ рукахъ отдѣльныхъ органовъ задачъ обвиненія, защиты и суда, гласности производства, непосредственности въ знакомствѣ судьи съ доказательствами, наконецъ, независимости судьи отъ какаго либо властнаго наблюденія, исходящаго отъ постороннихъ суду органовъ. Признавъ руководящій характеръ этихъ началъ для правильной постановки уголовно-распознавательной дѣятельности, преобразователи, пытавшіеся поставить на континентъ Европы обвинительный процессъ, уже этимъ самымъ осудили, объявили негодными диаметрально противоположныя начала стараго процесса слѣдственнаго типа. Положимъ, первые кодексы нарождавшагося правового государства подчинились вліянію отмѣненнаго порядка и закрѣпили процессъ смѣшаннаго типа, но вѣдь уже самымъ фактомъ реформъ въ борьбѣ жизненной силы съ силой традицій была отмѣчена сторона, которая должна побѣдить. Теперь уже эта побѣда является, въ извѣстной степени, реальнымъ фактомъ для цѣлага ряда континентальныхъ европейскихъ государствъ. Представленіе о томъ, что иневиизиціонныя основы организаціи предварительнаго производства составляютъ препятствіе въ выполненіи задачъ уголовной діагностики, легло въ основаніе дальнѣйшихъ преобразованій уголовного процесса, предпринятыхъ въ 1873 г. въ Австріи, въ 1876 г. въ Германіи и—мы минуемъ рядъ другихъ государствъ—8 декабря 1897 г. во Франціи.

Нельзя констатировать, къ сожалѣнію, соответствующаго накопленія идейныхъ силъ, которыя устранили бы, въ той или

другой степени, социальные пережитки формации эпохи полицейскаго государства изъ русскаго уголовнаго процесса. Но мы въ состояніи отмѣтить, къ какимъ результатамъ ведетъ у насъ въ Россіи дѣятельность слѣдственныхъ органовъ, облеченныхъ въ блестящіе доспѣхи уголовныхъ лейтенантовъ,— и этимъ самымъ указать на настоятельность реформы. Критеріемъ, опредѣляющимъ состояніе слѣдственной дѣятельности, позволительно принять число случаевъ, въ которыхъ слѣдователь самъ признаетъ себя неспособнымъ выполнить лежащую на немъ задачу уголовнаго изслѣдованія: такимъ числомъ можетъ быть, съ извѣстнымъ вѣроятіемъ, признана цифра уголовныхъ дѣлъ, направляемыхъ слѣдователемъ по ст. 277 уст. уг. судопр. „по причинѣ необнаруженія виновнаго“ или „въ виду совершенной недостаточности собранныхъ уликъ“ къ прекращенію. За четырехлѣтніе періоды съ 1874 г. эта цифра растетъ отъ 36,4% къ 40,4%, къ 40,8%, къ 46,3%, достигая въ 1894 г. 52,9%. Если къ этому числу прибавить еще 8,9% дѣлъ, направленныхъ слѣдователемъ въ томъ же году въ мировыя и судебно административныя учрежденія за неподсудностью, то окажется, что количество дѣлъ, которыя онъ надлежащимъ образомъ „заключаетъ“, выразится, по даннымъ статистики за 1894 г., числомъ какихъ нибудь 38 дѣлъ изъ ста. Такой явный, самимъ слѣдователемъ сознанный, неуспѣхъ дѣятельности болѣе, чѣмъ въ половинѣ начатыхъ ихъ дѣлъ, краснорѣчиво доказываетъ, что институтъ, блестящій для эпохи Людовика XIV, оказывается вырождающимся, непригоднымъ учрежденіемъ для нашего времени. Судебный слѣдователь формально расписывается въ своей неспособности выяснить, кто учинилъ преступленіе, найти противъ подозрѣваемаго улики, сперва въ 36% всѣхъ дѣлъ, затѣмъ, постепенно въ 40, въ 46, наконецъ, почти въ 53% начатыхъ дѣлъ: явственно видно, какъ у него все болѣе и болѣе безнадежно опускаются руки, какъ съ каждымъ годомъ сознаніе психологической фальши своего положенія заставляетъ его глубже замѣнуться въ формализмъ мертваго канцелярскаго исполненія лежащей на немъ работы, отказавшись отъ всякихъ тщетныхъ попытокъ въ свовывающихъ его и калѣчащихъ доспѣхахъ полицейскаго государства гнаться за жизненной правдой.

Настоятельность реформы, которая избавила бы труженниковъ, работающихъ въ роли судебныхъ слѣдователей отъ гне-

тущихъ основъ организациі *Polizeistaat'a*, едва ли можетъ быть ослаблена соображеніемъ, что недостигнутое на стадіи предварительнаго производства слѣдователемъ можетъ быть въ свое время восполнено совершенными средствами производства окончательнаго. Мы не говоримъ уже о десяткахъ тысячъ уголовныхъ дѣлъ, идущихъ безнадежно на прекращеніе: ихъ такъ и не коснется все то, что составляетъ силу и мощь окончательнаго производства—участіе общества, гласность и пр. Умѣстно остановить вниманіе на судьбѣ прочихъ дѣлъ, фактически достигающихъ стадіи окончательнаго производства. Относительно ихъ допустимо сомнѣніе, не уйдетъ ли къ моменту, когда соотвѣтствующее дѣло встанетъ, наконецъ, на ступень окончательнаго производства, въ область невозвратнаго прошлаго лучшее для раскрытія истины время, когда еще такъ свѣжи улики, такъ отчетливы показанія свидѣтелей, такъ рельефно восстанавливаютъ картину преступленія вещественныя доказательства. Вмѣстѣ съ тѣмъ, является опасеніе, какъ бы матеріалъ, добытый предварительнымъ слѣдствіемъ, не прокрался въ производство окончательное и не склонилъ его своею тяжестью на путь, уже проторенный предшествующимъ производствомъ. Хотя законъ и заграждаетъ принципиально матеріалу предварительнаго слѣдствія доступъ въ производство окончательное, однако оное не можетъ воспрепятствовать, что бы предварительное производство не отразилось въ обвинительномъ актѣ, чтобы этимъ производствомъ не опредѣлилось отношеніе къ дѣлу предсѣдателя, и т. п. Эти соображенія говорятъ далеко не въ пользу того, будто окончательное производство всегда въ состояніи направить дѣло на правильный путь, хотя бы оно было поставлено на ложный путь производствомъ предварительнымъ. Напротивъ, отмѣченныя соображенія заставляютъ опасаться, какъ бы окончательное производство, загромождаясь матеріаломъ производства предварительнаго, принимаясь его направленіемъ,—короче говоря, повторяя, воспроизводя его содержаніе, не превратилось, въ извѣстной степени, въ формальность, представляющую разыгрываніе въ публичномъ представленіи пьесы, неудачно срепетованной въ стадіи предварительнаго производства.

Указывая на настоятельность реформы предварительнаго производства въ процессѣ смѣшаннаго типа, мы отнюдь не солидарны съ тѣми профессиональными юристами, которые

полагають, что достаточно двухъ-трехъ частичныхъ мѣропріятій, улучшающихъ положеніе судебного слѣдователя,—и институты предварительнаго производства будутъ дѣйствовать вполнѣ надежнымъ образомъ. Самое разнообразіе и взаимное различіе предлагаемыхъ ими мѣропріятій напоминаетъ намъ такой же неширокій эмпиризмъ, который лежитъ въ основаніи обычныхъ совѣтовъ,—указаній средствъ избавиться отъ болѣзни, основанныхъ, на личномъ наблюденіи или на собственномъ опытѣ. Предложенія подобныхъ мѣропріятій столь же отличны отъ требованій политики, опирающейся на социологическія основы, какъ названныя указанія отличаются отъ леченія, соотвѣтственно правиламъ медицинскаго искусства, основаннаго на естественно-научномъ знаніи.

Въ основу реформы уголовного процесса смѣшаннаго типа долженъ лечь естественно-историческій взглядъ на институты предварительнаго производства, какъ на социальное переживание процессуальныхъ учреждений старой формации эпохи полицейскаго государства. Признаніе основъ организаціи предварительнаго производства процесса смѣшаннаго типа условіями, принципиально заграждающими въ отправленіи задачъ уголовной діагностики путь къ истинѣ и правосудію, опредѣлитъ направленіе и сущность реформы: вытѣсненіе бюрократизма общественной дѣятельностью, дифференціація функций обвиненія, защиты и суда, гласность и непосредственность производства,—последовательно составятъ ея основныя требованія. Осуществленіе этихъ требованій знаменуетъ собою въ сущности дальнѣйшее разрушеніе обломковъ инквизиціоннаго процесса формации *Polizeistaat'a*—упраздненіе должности судебного слѣдователя и связаннаго съ ней прокурорскаго наблюденія за слѣдствіемъ. Это разрушеніе институтовъ предварительнаго производства, въ ихъ характерныхъ устояхъ и обособленности, и превращеніе производства окончательнаго, въ его руководящихъ принципахъ, изъ заключительной стадіи процесса въ его цѣлое составитъ прямое и, при непрерывности развитія жизни, необходимое продолженіе реформъ, надломившихъ инквизиціонный процессъ,—и среди нихъ дорогой для насъ великой судебной реформы шестидесятыхъ годовъ.

