

Цель уголовного процесса.

Цель уголовного процесса.

«Самое основное из знаний и преобладающее над служебным есть то, в котором содержится понимание цели, ради которой все в отдельности должно делаться».

Аристотель.

I.

Если слова, приведенные в качестве эпиграфа, дают ключ к отысканию самого основного из всех вообще знаний, то в них же содержится критерий, выделяющий важнейший из вопросов в составе науки, имеющей своим предметом ту или другую отрасль человеческой деятельности.

В то время, как вопрос о целях наказания всегда стоял в центре проблем, которыми интересовалась наука уголовного права, вопрос о цели уголовного процесса занимал скромное место в процессуальной литературе. Это—потому, что взгляд, рассматривавший уголовный процесс, как форму и средство для осуществления карательной власти государства, долго не вызывал разногласий. Но как только вопрос, в чем заключается цель уголовного процесса, стал возбуждать сомнения, он приобрел первостепенную важность, ибо весь процесс, как показывает самое его название (от *procedere*), есть движение вперед к определенной цели (или целям)¹⁾. Подобно тому, как, по замечанию Спенсера, со словом „прогресс“ связано телеологическое понятие²⁾, так телеологическое же понятие связано со словом „процесс“, поскольку речь идет о процессе, движении человеческою

¹⁾ Graf zu Dohna, *Das Strafverfahren*, Berlin, 1913, S. 2. П. И. Люблинский, *Новая теория уголовного процесса*, Пгг. 1916, стр. 36: «Процесс в своем движении определяется известной целью». Русское слово «производство», быть может, имеет то преимущество перед словом «процесс», что подчеркивает роль в процессе активной инициативы, участие личных, направляющих процесс к определенной цели, факторов (суб'ектов процесса). Е. В. Васильковский определяет «производство», как «дейтельность, совокупность действий, направленных к определенной цели». См. его «Курс гражданского процесса», М. 1913, т. I, стр. 345.

²⁾ Также Г. Риккерт, *Ценности жизни и культурные ценности*, в журнале «Логос», тт. I и II, 1912—1913 г.г., стр. 19.

волею; соответственно этому понятию каждый процессуальный акт, как каждый шаг на пути к намеченному пределу, имеет смысл лишь постольку, поскольку служит общей или общим целям процесса.

Выяснение цели уголовного процесса представляет собою задачу выдающегося теоретического и практического интереса. Глазер не без основания полагал, что „принимаемый юридическим процессом склад зависит от теории процесса, основанной на исследовании его цели и средств к ее достижению“¹⁾. Поэтому вопрос о цели уголовного процесса должен быть рассматриваем, как первый и основной вопрос нарождающейся общей теории уголовного процесса.

В выдающемся в новейшей русской литературе по общей теории права труде „Социальные науки и право“ Б. А. Кистяковского чрезвычайно содержательные страницы посвящены выяснению того большого места, какое в общей теории права должно занимать исследование цели права, и того значения, которое имеет установление цели права для определения самого существа его. Высказанные автором соображения должны быть целиком отнесены и к тем дисциплинам, которые посвящены изучению отдельных отраслей права. В частности, и в области науки уголовного процесса от части догматической, пользующейся методом описательно-классификационным, должна быть отличаема общая теория—часть объяснительно-теоретическая²⁾, ставящая себе на первом месте задачу установления цели уголовного процесса. Только разрешение этой задачи даст ключ к пониманию ряда отдельных институтов, образующих уголовный процесс; так, только установив цель уголовного процесса, можно определить и существо уголовного иска, который дает процессу его содержание.

Решение всякого вопроса предполагает прежде всего точную постановку его; поэтому, прежде, чем приступить к рассмотрению вопроса о цели уголовного процесса, необходимо сделать следующие предварительные замечания.

Во-первых, нельзя спрашивать о цели какого-либо явления вообще, безотносительно к тому или другому субъекту, который пользуется этим явлением, как средством: к цели всегда стремится кто-нибудь. Когда мы спрашиваем о цели уголовного процесса, то нас в первую очередь интересует, какую цель ставит уголовному процессу государство, какую задачу преследует оно, предоставляя свои средства и пользуясь своею властью для обеспечения населению уголовного правосудия?

Во-вторых, ставя вопрос о цели уголовного процесса, мы прежде всего имеем в виду цель, достигаемую непосредственно уго-

¹⁾ Jul. Glaser, Handbuch des Strafprozesses, I Bd., Leipzig (в System. Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, herausg. von Dr. K. Binding, 1886), S. 5; русск. перевод А. Лихачева, Спб. 1884 г., стр. 11.

²⁾ Ср. Б. А. Кистяковский, назв. соч., 1916, стр. 432.

ловным процессом, осуществляемую вместе с последним актом его ¹⁾. Такую цель, не отделимую от уголовного процесса, не выходящую за пределы его, не только им, но и в нем осуществляемую, мы вправе называть не только целью уголовного процесса, но и целью в уголовном процессе.

В-третьих, нас интересует не то, какой цели уголовный процесс служил в тот или иной период его развития; мы хотим выяснить, какая задача не только сделала уголовный процесс исторически необходимой, но и поныне заставляет его считать государственно-необходимой функцией.

Наконец, вопрос о цели уголовного процесса должен быть отличаем от вопроса о цели уголовно-процессуального законодательства. Эти цели могут и не совпадать друг с другом, как не совпадают друг с другом цели наказания и уголовно-правового законодательства ²⁾, как вообще не совпадают или, вернее, не покрывают друг друга цели любой практической деятельности и тех правил—все равно, будут ли это нормы или технические правила,—которыми эта деятельность определяется ³⁾.

Хотя в дальнейшем мы приводим различные взгляды по вопросу о цели уголовного процесса в порядке тех этапов, через которые прошла мысль, ищущая ответа на этот вопрос, тем не менее следует оговориться, что этот порядок только приблизительно соответствует той последовательности, в которой изложенные ниже взгляды высказывались в литературе, и что в действительности уже в старой литературе можно встретиться с взглядом, только теперь получающим широкое признание.

¹⁾ Поэтому, не будет ответом на наш вопрос, напр., замечание Еллинека (Das Recht des modernen Staates, Berlin, 1905, S. 773; русск. пер. В. М. Гесена и Л. В. Шалланда: Право современного государства, 1903, стр. 551), что отправление правосудия есть государственная функция, целью которой служит защита всего права (т.-е. объективного правопорядка), так как, если уголовный процесс и служит этой цели, то он служит ей не непосредственно, а через посредство материальной стороны наказания.

²⁾ Поэтому, при отыскании цели уголовного процесса с нашей стороны будет осторожнее устранить от рассмотрения те определения, в которых говорится о цели уголовно-процессуального законодательства, а не о цели уголовного процесса, хотя, быть может, автор и не делал различия между этими целями. Таково, напр., определение Гарро: «идеал, который стремится осуществить великий процессуальный кодекс, заключается в том, чтобы примирить два интереса, повидимому, противоположные: интерес коллектива (de la collectivité), требующий, чтобы ни один виновный не мог избежать быстрого и почти непосредственного наказания (impunitum non relinqui facinus), и интерес индивидуума, требующий беспристрастного и углубленного исследования виновности (innocentem non condemnari)». (Garraud, Traité théorique et pratique d'instruction criminelle, t. I, p. 4.

³⁾ Как, напр., цели войны (одоление неприятеля) и стратегии (определение приемов ведения войны не только с наибольшими шансами на одоление неприятеля, но и с наименьшей затратой сил и средств), или цели возведения здания и архитектуры.

II.

Как сказано, долгое время цель, или, по крайней мере, одна из целей уголовного процесса усматривалась, а нередко усматривается и теперь в осуществлении карательного права государства, в приведении в действие тех уголовных законов, которыми это право определяется.

Так, отец современной науки уголовного права Павел Ансельм Фейербах определял „уголовное судопроизводство“, как „совокупность законами определенных деяний, которыми Государство преследует права свои из наказательных законов противу преступника“¹⁾ Еще определеннее цель приведения в действие законов материального уголовного права приписывается уголовному процессу в следующем определении: „Судья (Richter) есть главное лицо суда, поскольку он приводит судебные деяния (т.-е. уголовно-процессуальные, действия) к цели употребления наказательных законов“²⁾.

„Handbuch des deutschen Strafprozesses“ (1860) Захария открывает таким строками: „Уголовный процесс есть род судебного производства, имеющий своим предметом правовое надлежание действительное и оное (Geltendmachung) карательного права государства и состоящий из совокупности судебных действий, которые определяются и регулируются общей целью осуществления карающей справедливости“³⁾.

К сторонникам того же взгляда мы вправе отнести и остававшегося долгое время авторитетнейшим среди процессуалистов Ю. Глазера.

По определению Глазера, задача уголовного процесса заключается „в восстановлении в отдельном случае состояния, соответствующего норме уголовного права, посредством постановления и исполнения судебного решения“⁴⁾; дальше Глазер поясняет, что восстановление состояния, соответствующего норме уголовного права, достигается благодаря тому, что нарушение преступником публичного порядка встречает „противодействие, которое, исходя от государственной власти, олицетворяющей публичный правопорядок, направляется против виновника нарушения и доказывает превосходство правового порядка и невозможность для отдельного лица презреть его требования“⁵⁾—другими словами, восстановление состояния, соответствующего норме уголовного права, достигается наказанием, откуда и следует, что цель уголовного

¹⁾ «Уголовное право». Доктора Павла Ансельма Фейербаха. Книга третья, содержащая делопроизводство уголовного права. Спб., 1827 г., перев. П. Полонского, стр. 20.

²⁾ Ibid., стр. 8; впрочем, автор оговаривается: «сии деяния имеют равномерно целью открытие вины и невинности обвиняемого».

³⁾ Dr. Heinr. Alb. Zachariae, op. cit., Göttingen, 1860, S. 1.

⁴⁾ Glaser, Handbuch des Strafprozesses. 1886, S. 11; русск. перев., стр. 16—17.

⁵⁾ Glaser, op. cit., S. 12; русск. пер., стр. 18.

процесса заключается в наказании виновника преступления. В соответствии с этим воззрением на задачу уголовного процесса Глазер не только право уголовного преследования, но и право судебного решения рассматривал, лишь как элементы права наказания ¹⁾.

Среди более поздних германских писателей, ставящих уголовному процессу цель осуществления материального права на наказание, можно назвать напр., Биндинга.

„Всякое процессуальное отношение, — говорит Биндинг, — по своей идее, если не всегда в действительности, имеет целью наделение в надлежащем порядке действительную силу, постановление вне спора и осуществление материальных прав“ ²⁾.

Автор вышедшего в 1856 г. французского руководства по уголовному процессу (2-ая и 3-ья книги *Éléments de droit pénal*) Ортолан следующим образом выяснял назначение уголовного процесса: „Чтобы произвести какое-нибудь действие (*un effet*), нужна сила, мощь, а для того, чтобы привести эту силу, эту мощь в движение, нужен процесс. Действие, которое нужно произвести на основании уголовного права, согласно (содержащемуся в нем) правилу или постановлению о карательных мерах, заключается в применении этих карательных мер; силу, предназначенную для того, чтобы вызвать это действие, составляют уголовно-судебные учреждения со всею совокупностью властей и лиц, которые содействуют осуществлению желательного результата, а процесс, имеющий своим назначением привести эту силу в движение, есть уголовный процесс“ ³⁾.

Того же взгляда придерживается и ряд русских авторов: так, по определению И. Я. Фойницкого, уголовное судопроизводство „представляет собою юридически определенный порядок производства уголовных дел в видах осуществления права наказания“ ⁴⁾; по словам В. К. Случевского, „цель, к достижению которой стремится уголовный процесс, заключается в том, чтобы в каждом отдельном конкретном случае совершившегося преступления дать правовое осуществление наказания“ ⁵⁾.

Цитированные определения русских авторов находятся в соответствии с тем взглядом на цель уголовного процесса, который выражен в мотивах к ст. 18 у. у. с. (изд. Госуд. Канц.): „Формы уголовного

¹⁾ Ibid. S. 14 (§ 4); русск. пер., стр. 20.

²⁾ K. Binding, Grundriss des Deutschen Strafprozessrechts. 1904, S. 4. Так как в соответствии со своим определением цели процесса Биндинг относит к процессу и стадию исполнения приговора (Grundriss, § 127), поскольку в этой стадии есть формальная сторона, отличная от самого существа наказания, то кажется не вполне последовательным, когда он говорит (стр. 4) об уголовном процессе, лишь как о «необходимой переходной стадии для осуществления прав на наказание (zur Ausübung der Strafrechte)».

³⁾ Ortolan, op. cit., Paris, 1856, p. 780

⁴⁾ И. Я. Фойницкий, Курс уголовного судопроизводства, т. I (1896), стр. 2.

⁵⁾ Вл. Случевский, Учебник русского уголовного процесса, Спб., 1913, стр. 4.

судопроизводства, всегда более или менее многосложные и стеснительные для подсудимых, установлены по необходимости для дознания вины и предания виновных заслуженному наказанию“.

Таково первоначальное и по содержанию своему наиболее элементарное, критически непроверенное определение цели уголовного процесса. Между уголовным процессом и наказанием существует связь хронологическая и, как мы увидим далее, не только хронологическая, но точно ли это—связь средства и цели? Как хронологическая последовательность событий еще не означает и не всегда предполагает причинную зависимость между ними (*post hoc* не значит *propter hoc*), так хронологическая последовательность действий целенаправленного субъекта не дает сама по себе права рассматривать одно, как средство для другого. Между тем, не впадали ли именно в эту ошибку, столь естественную для молодой науки, процессуалисты, определяя цель уголовного процесса, как осуществление карательного права государства?

III.

Если бы процесс имел свою целью, а тем более свою единственную целью осуществление материального права государства на наказание, то законодатель и ограничивался бы тем, что наделял бы суд и его вспомогательные органы всеми полномочиями, нужными для энергичного осуществления репрессии. Этого не только не бывает, но этого и не может быть, ибо до тех пор, пока государственная власть, преследуя виновных, не знает никаких сдержек, пока обвиняемый не пользуется никакими формальными гарантиями, до тех пор вообще нет процесса, хотя государство и осуществляет свою карательную власть.

Как не элементарен бывает уголовный процесс в первоначальной стадии его исторического развития, тем не менее именно такой элементарный процесс с особою наглядностью свидетельствует об иной поставленной ему цели, чем цель осуществления карательной власти государства. Для иллюстрации этого положения можно сослаться на исторические наблюдения, сделанные над образованием уголовного процесса в древнем Риме.

Моммзен в своем капитальном труде, посвященном римскому уголовному праву, так изображает возникновение римского уголовного процесса. На самой ранней стадии своего развития уголовное право ограничивалось реакцией против таких действий, которые причиняли ущерб всему обществу. Такое причинение ущерба обществу требовало самопомощи общины (*der Gemeinde*), как против неприятеля (*Landesfeind*), так и против согражданина, уподобившегося неприятелю

своим образом мыслей или своими действиями; необходимость самопомощи уполномачивает на уничтожение врага; смерть постигает, как военнопленного, так и предателя; носителем этой самопомощи является магистрат— в первом случае (т.-е. по отношению к неприятелю), как полководец, во втором,—как обладатель неограниченного права „коэрции“; „по отношению к неприятелю для ее (т.-е. самопомощи) осуществления не требуется никакого особенного доказывания враждебного отношения к стране: факт, что он не принадлежит к римской общине, уполномачивает на применение военного права; напротив, по отношению к гражданину в таком же случае ставится вопрос о виновности, *quaestio*; магистрат приступает к нему (к *quaestio*), и таким образом кладется начало уголовному процессу, все равно, решает ли магистрат собственной властью (самодержавно, *selbstherrlich*), или же он (к чему он в начале был не обязан, а уполномочен) предоставляет гражданам освободить признанного виновным в причинении ущерба обществу от смертной казни, или поступить с ним по своему усмотрению“¹⁾. Таким образом, процесс в самом своем начале возникает не как средство осуществления карательной власти государства, которое в таком средстве и не нуждалось, а как преимущество, которым в однородных случаях пользовались римские граждане перед иностранцами.

С расширением круга действий, в преследовании которых считала себя заинтересованной государственная власть, расширялась и область применения „коэрции“. Имевшая своим единственным основанием *imperium* государства, „коэрция“ применялась магистратом во всех тех случаях, когда он встречался с таким действием, против которого он находил необходимым в интересах государства и от его имени (*e re publica*) принять решительные меры²⁾. С введенным республикой *summius imperium* и связанное с ним право „коэрции“ перешло к консулам, стоявшим во главе всех магистратов³⁾.

Как мы видели, единственный признак, который дает повод уже в „коэрции“ усматривать зародыш процесса, первоначально заключался только в обязанности предварительного рассмотрения доказательств виновности. Следующим шагом в развитии процессуальных начал является изданный почти непосредственно за введением республики

¹⁾ Th. Mommsen. *Römisches Strafrecht*, в *Binding's Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft* (I, 4) Leipz. 1899, SS. 58—59. Магистратами, которые в качестве помощников царя рассматривали дела о государственных преступлениях, по преданию, были *duoviri perduellionis*; «существование этих должностных лиц,—замечает наш авторитетный романист, I. А. Покровский,—может быть спорным, но едва ли может быть спорным то, что этого рода дела в принципе уже подлежат суду царя» (осуществляемому, следовательно, царем непосредственно или, если предание точно, его помощниками—магистратами). См. I. А. Покровский *История римского права*, изд. 2-ое, Петрогр., 1915 г. стр. 49.

²⁾ Фр. Шульц, *Учебник истории римского права*, пер. под ред. В. М. Хвостова, М. 1893 г., стр. 157—158.

³⁾ *Ibid.* стр. 491.

Lex Valeria 509 г. до Р. X, который предоставил подсудимому право „провокации“, т.-е. обращения к народному собранию в случаях постановления консулом смертного приговора ¹⁾ Не ясно ли, что эта гарантия была установлена не в целях обеспечения наиболее успешного осуществления карательной власти государства, а в интересах обвиняемых?

Lex Valeria 509 г. и другие законы о провокации послужили основанием для выработки своеобразной, противопоставлявшейся сое-*scitio*, формы уголовного процесса, которая оставалась нормальным порядком уголовного судопроизводства до середины последнего столетия республики. Устанавливается деление процесса на две стадии: в первой, обставленной рядом формальных условий, магистрат проверяет обвинение и выносит приговор, *judicatio*,—по выслушании защиты обвиняемого; если *judicatio* была оправдательной, или если *judicatus* не пользовался своим правом *provocatio ad populum*, то этим дело исчерпывалось: в случае же обращения осужденного к *provocatio*, если дело шло о смертной казни, созывались *comitia centuriata*, а, если налагался штраф, *comitia tributa*; комиции, после состязания обвинителя и подсудимого, постановляли окончательный приговор ²⁾.

Этот порядок разбирательства и решения уголовных дел, противопоставившийся „коэрции“ под именем *judicatio*, представляет собою уже значительно развитую форму уголовного процесса ³⁾. Есть ли, однако, какое-либо основание видеть в этом постепенном развитии уголовного процесса усовершенствование средств для осуществления карательной власти государства? Утвердительный ответ находился бы в противоречии, во-первых, с тем, что комиции имели право миловать подсудимого, но не имели права вынести обвинительный приговор подсудимому, уже оправданному квестром ⁴⁾, во

¹⁾ Ibid. стр. 56, I. А. Покровский, *op. cit.*, стр. 80. Следует оговорить, что источники приписывают установление провокации нескольким законам Валерия: Lex Valeria Poplicolae 509 г., lex Valeria Horatia 449 г. и lex Valeria 300 г. Последний, повидимому, более точно определил сущность института провокации. См. В. М. Хвостов, История римского права, 7-ое изд., 1919 г., стр. 30, прим. 23

²⁾ Фр. Шулин, *op. cit.* стр. 491, 497—500; I. А. Покровский, *op. cit.*, стр. 169. В. М. Хвостов, История римского права, 7-ое изд., 1919 г., стр. 50.

³⁾ Покойный наш процессуалист Е. Д. Сяницкий, в брошюре «Преподавание права и наша правовая действительность» (М. 1906 г., стр. 14—16) противопоставлял, ссылаясь на Момзена, юдикацию коэрции, как репрессию-процесс репрессии-расправе. Такое противопоставление, во всяком случае, не вполне соответствует изложению Момзена. Последний пишет: «С своей процессуальной стороны (*prozessualisch*) уголовное производство мыслится, как проявление власти магистратов, т.-е. *imperium'a*, то в форме коэрции, то в форме юдикации. Коэрция и развившийся из нее публичный процесс представляет собою чистое инквизиционное производство без сторон» (стр. 62) Таким образом, знаменитый историк уже сое*scitio* определенно приписывает процессуальный момент. Наш романист, I. А. Покровский, говоря о сое*scitio*, трактует ее, как «материально (NB) свободное усмотрение» магистратов в решении вопроса, какие деяния признаются преступными, и какие следуют за них наказания. См. «Историю римского права», стр. 166.

⁴⁾ Фр. Шулин, *op. cit.*, стр. 500.

вторых, с тем, что применение „юдикации“ ограничивалось привилегированным кругом лиц: римскими гражданами и притом только мужчинами ¹⁾. Процесс, следовательно, развивался не под влиянием потребности в наиболее энергичном осуществлении карательной власти государства, а под влиянием, с одной стороны, роста прав гражданского общества, а с другой—постепенного связывания *imperium*'а законом ²⁾, под покровительство которого ставятся прежде всего привилегированные группы лиц.

Таким образом, уже в примитивной форме процесс служит цели, отличной от цели осуществления карательной власти государства.

Мысль об этой последней цели скорее могла бы найти себе подтверждение в наблюдениях над деятельностью судебных учреждений в те эпохи, когда суд изменяет своему назначению, когда судья, выходя из своей роли, становится заинтересованной стороной. Исторические условия, при которых в деятельности суда на первый план начинают выступать стремление произнести обвинительный приговор и применить наказание, нередко чрезвычайно наглядно свидетельствуют о том, что в этих случаях мы имеем дело с таким извращением самой идеи правосудия, по которому отнюдь нельзя судить о его задаче, дающей ему смысл и придающей ему значение самостоятельной государственно-необходимой функции. Так, подобному извращению подверглась наша древне-русская юстиция тогда, когда суд превратился в один из видов земского „корма“, которым вече жаловало князя. Если, пишет один из наших историков русского правосудия, с переходом функции правосудия от народа к князю, суд для народа „продолжал оставаться важнейшей гарантией права и по прежнему сохранял свое публично-правовое значение, то тот же суд для князя имел главную свою ценность, как источник дохода. И поскольку отправление правосудия одновременно обогащало нового судью, последний оказывался вместе с тем материально заинтересованной в нем стороной (курс. в подл.). Погоня за „вирами“ и „продажами“ делали такого судью склонным к обвинению, побуждая его в каждом деле искать „виноватого“, и во всяком случае заставляли его усиленно расширять свою деятельность, так как, чем больше оказывалось преступлений и тяжб, тем прибыльнее было судье“ ³⁾. Первоначально материальная заинтересованность князя и его помощников в расширении карательной деятельности государства не оказывала пагубного влияния на правосудие, пока княжий суд находился под контролем земских властей и населения, но с течением времени, по мере вырождения вочевой власти народа и усиления власти князя и боярства, проникно-

¹⁾ Th. Mommsen, *op. cit.*, S. 57.

²⁾ Th. Mommsen, *op. cit.*, S. 341.

³⁾ Б. Н. Сыромятников, *Очерки истории суда в древней и новой России*, в изд. «Судебная Реформа», под ред. Н. В. Давыдова и Н. Н. Полянского, т. I, стр. 45.

венне материального интереса судьи в сфере правосудия создает систему суда—кормления, при которой судья, „являвшийся одновременно и в роли администратора, был особенно заинтересован в том, чтобы в его „присуде“ было как можно более тяжб, преступлений и всяких правонарушений“, и при которой процесс был действительно средством осуществления права наказания, столь выгодного и князю, и его судье ¹⁾.

Эпоху, когда преступления и суд рассматривались, как источник государственных доходов, знала и Западная Европа. В такую эпоху, по словам Беккариа, „судья был адвокатом казны, а не беспристрастным изыскателем истины, поверенным казначейства, а не покровителем и исполнителем (*il ministro*) законов“, ²⁾ и именно об этой эпохе Беккариа писал: „Судья делается врагом обвиняемого, закованного в цепи, терзаемого предсмертными мучениями, пытками и ожиданиями самого худшего; судья не ищет истинности события, он ищет в узнике преступления, расставляет ему западни“ ³⁾. Другими словами, отданное в распоряжение такого судьи правосудие действительно не имело иной цели, кроме осуществления наказания, на которое заранее обречен обвиняемый.

Не говоря о меркантильном характере репрессивной системы, тенденциозность старого уголовного процесса, на который обрушилась критика Беккариа, уклонение его от цели, собственно правосудию свойственной, еще в большей мере зависели от строя этого процесса. Это был процесс розыскной: судья был в нем одновременно и обвинителем и защитником, и так как от него же зависело возбуждение уголовного преследования, то естественно, что он был более обвинителем, чем судьей и защитником.

Немудрено, что наблюдение над деятельностью такого судьи приводило к заключению, что цель уголовного процесса заключается именно в преследовании и наказании виновного, в осуществлении карательной власти государства.

Для такого заключения были достаточные основания и в тех отдельных институтах, из которых слагался инквизиционный процесс. Кривз считает, что цель уголовного преследования, а не беспристрастного решения вопроса о праве государства на наказание определено проявлялась в следующих трех институтах инквизиционного процесса: в *inquisitio generalis* (первая стадия процесса), *absolutio ab instantia* (оставление в подозрении) и назначение роена *extraordinaria*. *Inquisitio generalis* по своей задаче вполне совпадало с обвинитель-

¹⁾ Ibid, стр. 62, 69—70.

²⁾ Ces. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1827, p. 144; лучший рус. перев. С. Зарудного. «Беккариа о преступлениях и наказаниях и русское законодательство», Спб., 1879, стр. 150.

³⁾ Beccaria, *op. cit.*, p. 146; рус. перев. С. Зарудного, стр. 151.

ным розыском современного германского процесса, органом которого является прокурор. Особенно ясно задача осуждения (а не суждения, — Verurteilen, а не Urteilen) ставилась судье институтом оставления в подозрении: за невозможностью осуждения в данный момент разрешение этой задачи откладывалось до более благоприятного момента. Наконец, в обязанности суда приговаривать к чрезвычайному наказанию тогда, когда были косвенные улики, но не было прямых доказательств преступления, явно выступала цель осуждения в каждом возможном случае ¹⁾.

Однако, если даже не задаваться критическим вопросом, не была ли деятельность суда, как она складывалась в инквизиционном процессе, скорее искажением, чем осуществлением призвания судебной власти, если считать непосредственные наблюдения над этой деятельностью достаточным материалом для суждения о цели уголовного процесса, то все же и в инквизиционном процессе можно подметить черты, необъяснимые с точки зрения цели осуществления карательной власти государства. Столь характерная для позднейшего инквизиционного процесса отрицательная система формальных доказательств, в силу которой при отсутствии доказательств определенного рода и числа не мог быть постановлен обвинительный приговор, конечно, была введена в процесс с иною целью, чем цель осуществления субъективного права государства на наказание. Система эта рассматривалась старыми процессуалистами, как „средство, обезопасивающее справедливость уголовных приговоров“ ²⁾.

Инквизиционный процесс характерен для полицейского государства. Самая природа полицейского государства такова, что должна приводить к затемнению, если можно так выразиться, задачи, свойственной правосудию, как таковому, — и притом к тем большему, чем большее развитие получают типичные черты полицейского государства. Самая выдающаяся из этих черт — отсутствие формальной грани между отдельными функциями государственной власти; в частности, функция полицейско-административная в полицейском государстве тесно соприкасается и часто смешивается воедино с функцией судебной. При этом смешении различных отраслей деятельности государственной власти понятно, что на одну из них распространяются черты, свойственные другой, и, конечно, той, которая преобладает. Из двух функций — судебной и полицейско-административной — в полицейском государстве, естественно, преобладание на стороне последней. Сама же она легко вырождается в полицейско-репрессивную. Это вырождение неизбежно. Полицейское государство в своем стремлении подчинить общество во всех проявлениях его жизни своей оценке встречается с течением времени, по мере

¹⁾ Kries, Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts, Freib., 1892, S. 41.

²⁾ Я. Баршев, Основания уголовного судопроизводства, Спб., 1841, § 55.

роста общества, со стремлением общественных сил к самостоятельности. Отсюда—борьба между обществом и государственной властью, необходимо приводящая к тому, что деятельность государственной власти приобретает почти исключительно полицейско-репрессивный характер, что ее политикой становится политика „полицейского гнета, сыска, пресечения и наказания до последней возможности“¹⁾. Преследование виновных занимает в числе других задач государственной власти выдающееся, непропорционально большое место; полиция безопасности вытесняет и подчиняет себе другие виды полиции.

Так как в полицейском государстве, как сказано, нет отчетливо проводимой грани между функциями полицейской и судебной, так как в нем эти функции постоянно переплетаются друг с другом, то легко создается представление, что задача, ставшая главнейшей из задач полиции,—преследование виновных, дабы они не уклонились от наказаний, угрозы которыми щедро расточаются уголовным законом,—является вместе с тем и задачей правосудия. „В эпохи государственной борьбы за власть, говорит Н. Н. Розин, самый суд вводится в общую сеть оборонительных организаций, приобретает полицейский характер и утрачивает свое положение беспристрастного органа“²⁾. Государственная власть, увлеченная борьбою со своими врагами, все чаще и чаще напоминает суду, что он—ее орудие для применения суровых кар к послушникам ее велений.

Роль такого орудия в особенности бывают призваны играть всякого рода чрезвычайные суды; нередко отправление правосудия в такого рода судах низводится до степени простой формальности, неспособной изменить судьбы обвиняемого, заранее predetermined той властью, которая передает дело в суд. Такою именно роль играли у нас военно-полевые суды, действовавшие с 20 августа 1906 г. по 20 апреля 1907 г.

Подобно тому, как не может служить основанием для суждения о надлежащих целях уголовного правосудия то построение, которое принимает процесс в различных специальных (чрезвычайных) судах и судилищах, организуемых властью в полицейском государстве в борьбе с революционными или даже оппозиционными течениями, так нельзя со-

¹⁾ М. А. Рейснер, Государство, ч. III, стр. 165—166. Автор, конечно, прав когда считает абсолютную монархию лишь наиболее типичной, но отнюдь не единственной формой государственного строя, при которой черты полицейского государства находят благоприятные условия для своего развития под сенью «диктатуры народного блаженства».

²⁾ Н. Н. Розин, Уголовное Судопроизводство, 1916, стр. 357—358. См. А. С. Андреевский, Будущие задачи суда, в «Трудах юридического общества при Императорском С.-Петербургском Университете, Спб., 1913, т. V, стр. 516: «Суды политические—вернее «трибуналы»—имеют свою особую природу. Они создаются временно, в случайных и разнообразных формах, как самозащита правительства от бунта народных масс. Здесь уже идет борьба за власть, т.-е. нечто совсем несхожее с правосудием, призванным регулировать нормальное общество».

ставить правильного суждения о целях уголовного правосудия на основании деятельности тех трибуналов, которые в революционные эпохи учреждаются для борьбы с контр-революцией. Несмотря на свое название, эти трибуналы—не суды в собственном смысле, а учреждения, стоящие в одном ряду со служащими той же цели учреждениями государственной полиции ¹⁾.

IV.

Взгляд, выраженный в приведенных выше определениях, был поколеблен под влиянием новых государственно-правовых воззрений.

Пока государственная власть считалась абсолютной, неограниченной, научная мысль не могла объяснить себе уголовный процесс иначе, как приписывая ему значение средства для осуществления карательной власти, тем более не могла усмотреть в нем ограничения самой власти. Но когда первоначальное представление о неограниченности государственной власти уступило место новому представлению о существовании для нее пределов в субъективных правах граждан, тогда было подмечено, что и уголовный процесс заключает в себе целую систему субъективных прав граждан, в том или ином качестве привлекаемых к суду, и что эта система прав ставит пределы для деятельности органов уголовного преследования. Естественно, был поставлен вопрос, точно ли уголовный процесс служит исключительно для цели осуществления карательной власти государства? К чему, в таком случае, все многочисленные формальности, которые, несомненно, нередко чувствуются органами уголовного правосудия, как путы, связывающие руки, или как препятствия, только мешающие быстрому и энергичному действию карательной власти?

Если цель уголовного процесса—осуществление права государства на наказание, то как с этою целью примирить возможность производства уголовного дела при наличии достаточных оснований предполагать, что у государства нет права на наказание и именно для того, чтобы констатировать отсутствие этого права? А, ведь, производство уголовного дела не для того, чтобы установить право государства на наказание, а для того, чтобы его отвергнуть, действительно бывает; это именно производство в порядке возобновления уголовного дела, когда обнаружены доказательства невинности лица, осужденного

¹⁾ «Мы—писал в газете «Правда» после переворота, произведенного партией коммунистов (большевиков) 25 октября (7 ноября) первый комиссар юстиции П. Стучка—мы, создавая особый Революционный Трибунал, определенно заявляем, что это не есть суд над политическими преступниками, но является особою организацией борьбы против контр-революционных сил в видах принятия мер ограждения от них революции и ее завоеваний». См. «Материалы Народного Комиссариата Юстиции. Народный Суд», вын. II. М., 1918, стр. 11. На революционный трибунал возложена роль «обличительная». Ibid., стр. 14.

приговором, уже вступившим в законную силу (напр., когда человек, за убийство которого лицо было осуждено, оказался живым; см. ст. 935, п. 2 у. у. с.). Если значение уголовного процесса заключается в цели осуществления карательной власти государства, то не пришлось ли бы признать, что всякий раз, когда процесс заканчивается оправдательным приговором, деятельность суда оказывается не достигшею цели работою, на которую была напрасно затрачена энергия?

Взгляд на уголовный процесс, как на средство для осуществления права государства на наказание, встретился с доктриною, рассматривающею уголовный процесс преимущественно, как гарантию прав граждан, привлекаемых к суду и, в особенности, самого драгоценного из них—личной свободы. Эта доктрина нашла весьма сочувственный прием в нашей русской литературе—в книге проф. Михайловского „Основные принципы организации уголовного суда“ (1905 г.) и в специальном исследовании П. И. Люблинского „Свобода личности в уголовном процессе“ (1905 г.). Бесспорная научная и практическая ценность этого исследования заключается именно в той настойчивости, с которой автор выдвигает на первый план значение определенных судопроизводственных порядков, как правовых гарантий личной свободы, и в той выпуклости, с которою ему удалось показать это значение.

Новое течение породило многочисленные определения. Сущность их заключается в утверждении, что уголовный процесс имеет двойную цель: он служит не только для того, чтобы государство могло осуществлять свою карательную власть, но также для того, чтобы оградить невинного от произвольного преследования и несправедливого обвинения. В качестве типичного можно привести определение Алимены: „Уголовный процесс имеет двойную цель—достигнуть наказания виновного и оградить от наказания того, кто почему либо невиновен“¹⁾.

V.

Определения, ставящие уголовному процессу двойную цель, еще не были окончательным решением вопроса о его задаче. Научная мысль не остановилась на сомнении в том, что осуществление карательной власти служит единственною целью уголовного процесса, и поставила новый вопрос: входит ли осуществление карательной власти государства вообще в задачу уголовного процесса? Отрицательный ответ на этот вопрос для нас уже предрешен теми историческими наблюдениями, которые приведены выше, но он может быть выведен и из самого существа уголовного процесса и составляющих его элементов.

¹⁾ Alimena, *Procedura penale*, I, 1914, p. 45.—Из более старых руководств по уголовному процессу, определенно ставивших ему две цели и считавших обе цели одинаково важными, см. Vargha, *Das Strafprozessrecht*, Berlin, 1885, S. 29.

В самом деле, нужен ли уголовный процесс для достижения той цели, которая так долго ставилась ему наукою? Не служит ли процесс помехою для энергичного и непосредственно следующего за преступлением применения репрессии? не свидетельствуют ли такие явления, как административная расправа или карательные экспедиции, что осуществление карательного права государства возможно без процесса и без процессуального законодательства, как оно возможно и без материальных уголовных норм? ¹⁾

На эти вопросы можно только ответить вместе с Н. М. Коркуновым: „наложение наказания судом вовсе не составляет необходимой принадлежности уголовных наказаний“ ²⁾. Государственная власть фактически может осуществлять свои карательные полномочия и помимо суда и без всякого процесса, и, как хорошо известно, именно тогда, когда государственная власть усматривает необходимость в особо широком использовании своих карательных полномочий, она освобождает себя от тормозящих ее карательную деятельность форм процесса.

Еще можно сомневаться, не составляет ли точно уголовный процесс средства для осуществления карательной власти государства, пока мы представляем себе уголовный процесс заканчивающимся исполнением обвинительного приговора, но, во-первых, когда мы спрашиваем о цели уголовного процесса, нас интересует цель уголовного процесса вообще, а не только такого, в котором обвиняемый будет признан виновным, а во-вторых, если бы уголовный процесс, включая в него исполнение обвинительного приговора, был средством для осуществления карательной власти государства, то, ведь, той же цели он должен был бы служить и без этой стадии производства; между тем, в действительности, весь уголовный процесс вплоть до момента постановления приговора (хотя бы и обвинительного) включительно ни в какой мере не служит сам по себе цели осуществления карательной власти. Цель деятельности, это — тот результат, на который она направлена, и которым она завершается; уголовный процесс, если не включать в него стадии исполнения приговора, завершается приговором, признающим виновность или невиновность обвиняемого; этим устраняется сомнение, есть или нет у государства право наказания, но такой результат процесса несколько не способствует осуществлению права государства на наказание, если это право у него в конкретном случае есть. Заканчивающийся приговором уголовный процесс устанавливает налич-

¹⁾ Совершенно справедливо замечает Ф. Ф. Кокошкин, что «государство для своих целей могло бы обойтись и без них (без материальных уголовных норм), карая каждое конкретное деяние, опасное для общества, согласно его индивидуальным особенностям». Ф. Ф. Кокошкин, Гражданская свобода, в Сборнике Правоведения, 1898 г., т. VIII, ст. 234.

²⁾ Н. М. Коркунов, Тридцать пятая глава проекта уголовного уложения, в Журн. Мин. Юст., 1896 г., № 3, стр. 71.

ность или отсутствие условий для применения права наказания; поэтому, и сам процесс представляет собою лишь условие или основачие, а не средство для осуществления этого права¹⁾. Средства для осуществления карательной власти государство получает в свое распоряжение лишь тогда, когда наступает стадия исполнения обвинительного приговора.

Таким образом, уголовный процесс, рассматриваемый, как производство, заканчивающееся приговором, и исполнение обвинительного приговора служат не одинаковым целям.

В виду той роли, которую играет цель, в качестве фактора, спаивающего в правовые единства и нормы об'ективного права и правовые отношения²⁾, в виду того, что в исполнении приговора материальный момент явно преобладает над формальным, нельзя не согласиться с теми процессуалистами, которые выделяют (по различным, впрочем, мотивам) исполнение приговора из уголовного процесса³⁾, и полагают, что нормы, регулирующие исполнение приговоров, должны быть рассматриваемы, как особая ветвь материального уголовного права.

В литературе процесса предложен целый ряд определений уголовного процесса, или прямо рассчитанных на ограничение его моментом постановления приговора, или приложимых к нему лишь при этом условии.

Так, по утверждению Гиппеля, задача уголовного процесса всегда остается одна и та же; она заключается в том, чтобы справедливо

¹⁾ Ср. П. И. Люблинский, Новая теория уголовного процесса, 1916, стр. 36: «Для спорящих процесс является средством прекращения спора, для государства — основанием осуществления карательного права».

²⁾ Хорошо говорит о «конститутивной и формирующей силе» цели Вах. Ад. Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, B. I, S. 36, в Binding's Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft: «Die Vielheit der rechtlichen Beziehungen wird zur Einheit durch den im Gesetz als rechtlich wesentlich anerkannten einheitlichen Zweck. Er ist der das geschlossene Rechtsinstitut wie seine konkreten Erscheinung im Rechtsverhältniss bildende, die in ihm liegenden Rechte und Pflichten mit einander verknüpfende durcheinander beziehende Gedanke».

³⁾ Так уже Фейербах, см. «Уголовное право». Сочинение доктора Павла Ансельма Фейербаха; кн. III, перев. П. Полонского, Спб. 1827, § 497, стр. 3; Planck (Systematische Darstellung des Deutschen Strafverfahrens, 1857, SS. 146—147) находил, что исполнение приговора, проникнутое преимущественно чертами административного характера, не принадлежит к уголовному судопроизводству в собственном смысле; см также Bennecke u. Beling, Lehrbuch d. Deutschen Strafprozessrechts, Breslau, SS. 3—4, 613; R. Garraud. Traité d'instr. crim., Paris, 1907, t. I, pp. 7, 9; Д. А. Червонецкий, — Предмет и задачи науки уголовного процесса, в «Учен. Зап. Юрьевского Университета», 1911 г., № 2, стр. 14; П. И. Люблинский, — Новая теория уголовного процесса, 1916 г., стр. 36. Биндинг (Grundriss d. Deutschen Strafprozessrechts, 1904, s. 296) различает «das materielle Strafvollstreckungsrecht» (совокупность норм, определяющих содержание наказаний) и «das prozessuale Vollstreckungsrecht» (совокупность норм, регулирующих формальную сторону приведения в исполнение приговоров). Однако, из того, что применение наказаний имеет свою формальную сторону, сопровождается известной процедурой, вовсе не следует, чтобы эта процедура непременно должна была быть отнесена к процессу; ведь «процедура» нередко предусматривается законом и для чисто полицейских мер (напр., известный порядок рассеяния скопищ).

рассудить дело о преступнике („gerechte Aburteilung des Verbrechers“) ¹⁾; фон-Герланд определяет цель уголовного процесса, как „констатирование правонарушения“ (Feststellung einer Rechtsverletzung) ²⁾; граф-цу Дона (Graf-zu Dohna),—как „установление материального правоотношения: карательного полномочия государства по отношению к обвиняемому“ (der Strafbefugnis des Staates gegenüber dem Angeklagten) ³⁾.

Проф. Н. Н. Розин в своем учебнике считает целью уголовного процесса „разрешение правового спора“ ⁴⁾. В этом случае, считая спор необходимым элементом процесса ⁵⁾, автор разделяет одно из широко распространенных мнений ⁶⁾. В статье о „новой теории уголовного процесса“ тот же автор определяет задачу последнего, как „постановление справедливого приговора о виновности или невиновности подсудимого“ ⁷⁾.

По мнению проф. Г. С. Фельдштейна, „цель уголовного процесса в том, что он стремится к раскрытию истины в смысле установления факта преступления и вместе с тем к определению вытекающих из него последствий“ ⁸⁾.

Из приведенных определений одни трудно признать правильными, другие страдают неточностью.

Целью уголовного процесса не может быть „gerechte Aburteilung der Verbrechers“ ⁹⁾ уже потому, что не во всяком процессе есть преступник. Далее, суд вовсе не ограничивается только „констатированием правонарушения“, но и делает вывод о наличии

1) Prof. R. V. Hippel, Der Entwurf einer Strafprozessordnung. в изд. «Schwurgerichte und Schöffengerichte», 1909, B. II, S 5.

2) Gerland, Die verschiedenen Formen der Strafverfolgung, в „Gerichtssaal“, 1900, B. 57, S. 105.

3) Graf zu Dohna, Das Strafverfahren. Berlin, 1913, SS. 42—43. Однако, в другом месте, устанавливая различие гражданского и уголовного процессов, граф-цу-Дона видит это различие в том, что задача первого заключается в обеспечении субъективных частных прав, а задача второго «в осуществлении субъективного публичного права: права государства на наказание» (op. cit., S. 4).

4) Н. Н. Розин, Уголовное судопроизводство, 1916, стр. 13.

5) И в другом месте автор пишет: «Самым ценным для ограничения судебной деятельности от деятельности административной является тот момент, что судебные акты направляются на разрешение спора о праве». См. op. cit., стр. 73.

6) Иеринг видит сущность процесса в том, что «спор должен быть разрешен третьим лицом, не имеющим никакого личного интереса в процессе»; см. Ihering, Der Zweck im Recht, 1893, I, B., S. 395; там же выше «Die Gestalt, in der das Recht in Form der Rechtspflege zur Anwendung gelangt, beruht darauf, dass es geschieht: zwischen zwei streitenden Parteien—unter Innehaltung eines dafür vorgezeichneten Verfahrens (Prozess)—durch den Richter» (курс. в подл.). В. М. Гессен в статье «О судебной власти» в сборнике «Судебная Реформа», М., 1915, стр. 4, пишет: «Судебная власть пассивна; где нет спора, нет суда». Число цитат могло бы быть умножено ad libitum.

7) Н. Н. Розин, К вопросу о новой теории уголовного процесса, в Журн. Мин. Юст., 1916 г., № 2, стр. 312.

8) Г. С. Фельдштейн, Лекции по уголовному судопроизводству, М., 1915 г., стр. 1.

9) Определение Гиппеля.

или отсутствию у государства права наказания ¹⁾. Вместе с тем, для того, чтобы сделать этот вывод, суд не может ограничиться „установлением факта преступления“, но должен также, в случае утвердительного решения вопроса о факте преступления, установить, может ли оно быть вменено обвиняемому в вину ²⁾.

Затем, уголовный процесс возможен и при отсутствии спора, когда обвиняемый признает себя виновным и даже просит о наказании ³⁾; из того, что деятельность суда предполагает вызывающую ее инициативу (иск), не следует, что инициатива эта должна быть направлена на возбуждение спора; истец не есть непременно зачинщик спора; совершенно верно Еллинек говорит о судебной функции, как о такой, которая устанавливает, если не оспариваемое, то неясное право ⁴⁾.

Наконец, содержание судебного приговора, в случае признания обвиняемого виновным, не ограничивается этим признанием, но включает в себя также прямое провозглашение права государства на наказание ⁵⁾, а также определение его объема ⁶⁾.

Это может быть замечено и по поводу определения цели уголовного процесса нашим Сенатом, который в одном из своих решений, очевидно, также ограничивая уголовный процесс моментом постановления приговора, говорит: „основною целью уголовного процесса является отыскание истины при помощи сторон“, т.-е. „действительное установление виновности подсудимого, дающей право на применение к нему определенного законом наказания“ ⁷⁾.

Более точными, чем приведенные определения, представляются следующие.

В учебнике Беннеке-Белинга о „конечной цели“ (Endziel) уголовного процесса говорится, что она заключается в том, чтобы вынести решение относительно существования и объема, заявленного в форме иска, права государства на наказание. ⁸⁾

Розенфельд видит цель уголовного процесса, во-первых, в „установлении утверждаемого правового притязания“ (die Feststellung eines behaupteten rechtlichen Anspruches) на наказание и, во-вторых, в установлении содержания (курс. подл.) притязания государства на наказание путем назначения размера наказания ⁹⁾. Розен-

¹⁾ Ср. определение Герланда.

²⁾ Ср. определение Фельдштейна.

³⁾ Duguil, Droit constitutionnel, 1907, p. 240; рус. перев.: «Конституционное право», 1908 г., стр. 327: «Фактически и рационально власть может судить при отсутствии спора». Ср. определение Розина в «Уголовном Судопроизводстве».

⁴⁾ G. Jellinek, Das Recht des modernen Staates, 2 Aufl., 1905, S. 595, рус. перев. В. М. Гессена и Л. В. Шалланда: Общее учение о государстве, Спб.; 1903, стр. 406

⁵⁾ Ср. определение Розина в статье в Ж. М. Ю.

⁶⁾ Ср. определение графа цу-Дона.

⁷⁾ Реш. угол. касс. деп., 1895 г., № 17, по делу Ольги Палем.

⁸⁾ Bennecke u. Beling, Lehrbuch d. Deutschen Reichs—Strafprozessrechts, 1900, S. 3.

⁹⁾ Ernst Rosenfeld, Der Reichs—Strafprozess, Berlin, 1912, S. 33.

фельд прямо заявляет, что реализацию притязания государства на наказание он не считает целью процесса, так как исполнение приговора лежит уже за пределами процесса ¹⁾.

Так как приговор уголовного суда, с постановлением которого достигается в самом процессе его цель, заключает в себе, если это обвинительный приговор, вместе с признанием права государства на наказание, также указывает, что это право подлежит осуществлению в определенных границах (несколько, впрочем, не содействуя этому осуществлению), то цель уголовного процесса могла бы быть наиболее точно, как нам кажется, определена таким образом: она заключается в установлении для конкретного случая существования (т. - е. существует ли) права государства на наказание и éventуально (т. - е. если оно существует) тех пределов, в которых оно подлежит осуществлению.

Конечно, уголовный процесс может служить одновременно и другим второстепенным целям, осуществляемым в нем самом (напр., решение вопроса о реституции похищенного или удовлетворении притязания потерпевшего, предъявившего гражданский иск в уголовном суде), но это все не такие цели, которые оправдывали бы самое существование уголовного процесса и определяли бы самое существование его ²⁾.

Определенная таким образом цель уголовного процесса шире, чем цель ограждения интересов обвиняемого.

Исключив из уголовного процесса все, что направлено к ограждению прав лиц, в той или иной роли захватываемых механизмом правосудия, мы получим еще очень большой остаток процессуальных моментов, который можно объяснить только общою целью правильного, т. - е. соответствующего фактам и нормам объективного права, решения вопроса о субъективном праве государства на наказание. Такое решение также, как и меры, направленные на получение его, может противоречить интересам обвиняемого, но оно нужно для государства: интересы последнего и правосознание общества требуют, чтобы государство, прежде осуществления права наказания, отдавало на предварительное рассмотрение суда вопрос, есть ли у него в данном случае это право ³⁾.

Но если государственная власть не может осуществлять, по крайней мере, в виде общего правила, своих карательных полномочий помимо уголовного процесса, то не вытекает ли отсюда, что уголовный

¹⁾ Как уже сказано, однородный взгляд на цель уголовного процесса встречается, по исключению, и в старой литературе; см. Planck Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens, Göttingen, 1857, S. 146.

²⁾ Ср. E. Rsoenfeld, Der Reichs—Strafprozess, Berl., 1912, S. 33.

³⁾ Подробнее об этом в следующем очерке на ту же тему.

процесс ей все же нужен для осуществления карательных полномочий и, следовательно, является тем, чем так долго его считала старая доктрина, не оставленная еще и теперь многими процессуалистами, т.-е. средством для осуществления права государства на наказание?

Чтобы рассеять это последнее сомнение, если бы оно возникло, воспользуемся так часто встречающимся сравнением наказания с хирургической операцией. Предположим, что врач пришел к заключению о необходимости для больного операции, но прежде, чем решиться на эту меру, он требует созыва консилиума; в таком случае можно сказать, что консилиум нужен для того, чтобы врач мог произвести операцию; но не ясно ли, что консилиум, имея своею целью лишь установить наличность или отсутствие условий, при которых показывается операция, и сам представляет собою лишь условие, но ни в коем случае не является средством для выполнения операции.

VI

Если бы уголовный суд, постановляя обвинительный приговор, руководился, как единственным критерием при определении конкретного наказания, тяжестью вины осужденного, то можно было бы утверждать, что все значение приговора исчерпывается констатированием права государства на наказание, возникающего с вполне определенным содержанием уже с момента совершения преступления. Возражение, что, однако, до приговора суда конкретное содержание права государства на наказание еще неизвестно, и что потому нельзя говорить о существовании конкретного по виду и размерам права государства на наказание до приговора суда, можно было бы парировать соображениями о том, что невыясненность или неустановленность содержания права нельзя смешивать с его отсутствием, что в действительности и до приговора суда государству принадлежит право подвергнуть виновного какому-либо одному вполне конкретному по содержанию и по размерам наказанию, и что, назначая в приговоре наказание, суд в сущности не делает ничего другого, как только вскрывает содержание и размеры права государства на наказание, констатирует то и другое; можно было бы сослаться на аналогичное явление в гражданском процессе: и там суд констатирует конкретно те размеры, в которых за истцом признается его право, и в которых только оно и может быть принудительно осуществлено, и тем не менее не возникает сомнения в том, что это право в тех же размерах существовало уже до решения суда.

Однако, признанию за приговором уголовного суда только констатирующего значения препятствует то обстоятельство, что, по общему правилу, современный суд руководится при определении вида и раз-

мера наказания в рамках, установленных законом, не только степенью виновности преступника, но и соображениями целесообразности, при которых могут приниматься во внимание и обстоятельства, следовавшие по времени за совершением преступления. Ясно, что, поскольку в приговор суда приносятся соображения целесообразности, он получает значение акта не только констатирующего право государства на наказание, но и „конституирующего“ его: суд констатирует право государственной власти на наказание, поскольку приговором устанавливается самое существование этого права в пределах, предписанных законом, и конституирует его, поскольку он конкретно определяет те пределы, в которых право государства на наказание подлежит применению в отношении к данному преступнику.

Такого же взгляда придерживается, напр., Лозинг (Lohsing) в его курсе „Oesterreichisches Strafprozessrecht in systematischer Darstellung (1912, S. 3). Названный автор пишет: „Наказание (которое должно быть назначено на основании установленного карательного притязания), по общему правилу, исключение из которого составляют только случаи так наз. абсолютного наказания, не представляет с собою заранее predeterminedного, в известной мере автоматически наступающего следствия, но требует приговора, который должен быть постановлен по обсуждении отдельного случая. При постановлении этого приговора, однако, не устанавливается уже существующее право, но обосновывается новое право тем, что в карательное притязание судьей вкладывается содержание. Эта часть (курсив наш) судебной деятельности имеет, таким образом, конститутивный характер; здесь налицо правообразующая деятельность в уголовном процессе“¹⁾.

Выше изложенный взгляд, приписывающий двойственное значение приговору уголовного суда, согласован с данным определением цели уголовного процесса. Напротив, этому определению противоречат, с одной стороны, мнение, согласно которому современный уголовный суд констатирует не субъективное право на наказание, которого у государства будто бы вовсе нет, а лишь наличие нормы объективного права, запрещающего известное деяние, и наличие конкретного деяния, нарушающего запрет, а с другой стороны, взгляд, рассматривающий уголовный приговор, как акт вовсе не констатирующий право государства на наказание, а создающий его.

Первое из двух указанных мнений составляет содержание теории

1) Что Лозинг приписывает приговору уголовного суда прежде всего констатирующее и лишь потом конституирующее значение, видно уже из того определения уголовного процесса, которое он дает: «In der Sprache der Rechtspflege ist Prozess oder Verfahren ein schrittweises Vorwärtsgen in Rechtsangelegenheiten, d. h. zu dem Zweck um ein Recht festzustellen» (курс. подл.). Также Розенфельд в определении конкретного наказания, которое подлежит применению к преступнику, усматривает «конститутивное или правообразующее» значение судебного приговора. См. Rosenfeld, Der Reichsstrafprozess, 1912, S. 31; равным образом, Graf zu-Dohna, Das Strafverfahren, 1913, S. 12.

Дюги о репрессивной юрисдикции, как об одном из видов об'ективной юрисдикции, которую он противопоставляет суб'ективной юрисдикции гражданских судов, рассматривающих дела по существу и всегда решающих вопрос, есть ли у истца то суб'ективное право, которое он себе приписывает.

Осуждение, произносимое уголовным судом, утверждает Дюги, „в точности сводится к силлогизму: закон постановляет то-то; в противность закону было совершено то-то, следовательно, и т. д...“; „В таком случае решение не является констатированием предыдущего суб'ективного права и предписанием пассивному суб'екту сделать требуемое этим правом предоставление...; в результате осуждения возникает некоторое состояние (status), некоторое скорее об'ективное, чем суб'ективное в собственном смысле положение“¹⁾.

К иному выводу Дюги и не мог прийти, раз в основание суждений о значении уголовной юрисдикции им положен взгляд, отрицающий самое понятие суб'ективного права государства на наказание. Но почему, не отвергая в своем „Конституционном праве“ вообще понятия суб'ективного права²⁾, Дюги отрицает понятие суб'ективного права государства на наказание? Вот его аргументация, состоящая из двух доводов.

1) Если бы государство обладало суб'ективным правом на репрессию, то преступник являлся бы по отношению к государству должником наказания (*débiteur de la peine*) в тот самый момент, когда он совершил преступление; однако, он несомненно не является таковым, как видно из того, что преступник может избежать угрожающего ему наказания прежде, чем последнее будет об'явлено против него, не посягая на состояние какого-нибудь права.

2) Если бы нарушитель уголовного закона был должником наказания по отношению к обществу, нельзя было бы об'яснить, почему он предполагается невиновным, пока не будет осужден³⁾.

¹⁾ L. Duguit, *Droit constitutionnel*, Paris, 1907, pp. 249—251; русс. перев. А. Яценко, В. Краснокутского и В. Сыромятникова, М., 1908, стр. 338—342; то же в «*Traité de droit constitutionnel*» par L. Duguit, Paris, 1911, t. I, pp. 271—272.

²⁾ Л. Дюги, *Конституционное право*, 1908, § 1; см также L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1911, t. I, § I. Как известно, в своих «*Études de droit public*» (*L'état, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901) Дюги понятию суб'ективного права предпочитает понятие суб'ективного юридического состояния (*situation juridique subjective*); см. стр. 161 и след.

³⁾ L. Duguit, *Droit constitutionnel*, Paris, 1907, стр. 250; рус. перев. в изд. «Библиотеки для самообразования», М., 1908, стр. 340. Дюги приписывает приведенные соображения Биндингу, на авторитет которого он ссылается и мысль которого он в действительности искажает. На стр. 11-ой, 1-го изд. «*Die Normen und ihre Uebertretung*» Биндинга (стр. 13-ая 2-го изд.; Дюги, не называя издания, цитирует стр. 12 и 66, где в обоих изданиях совсем нет ничего похожего на те выражения, которые он приводит) мы действительно читаем: «sind dadurch (т. е. приказом уголовного закона о наказании виновного) diejenigen gebunden, welche verbrochen...? Dann würde der Befehl dem Verbrecher die Rechtspflicht auferlegen die verdiente Strafe auf sich zu nehmen. Der Schuldige, der sich der

Однако, ни один из этих доводов не кажется убедительным. Правда, преступник может избежать угрожающего ему наказания, не совершая тем нового преступления; но отсюда не следует, что он не нарушает тем и вообще никакой обязанности, которая соответствовала бы праву государства на наказание: преступник, как и все вообще граждане, обязан не препятствовать осуществлению этого права; как верно замечает Бирлинг, отсутствие уголовного закона, предусматривающего нарушение этой обязанности, объясняется уголовно-политическими соображениями, но, что тем не менее эта обязанность существует, явствует уже из того, что всякое содействие со стороны других лиц ее нарушению составляет преступление (укрывательство)¹⁾.

Что касается второго довода Дюги, то его несостоятельность бросается в глаза: презумпция, которая гласила бы: „нарушитель уголовного закона (l'infracteur) предполагается невиновным до его осуждения“, не знает ни доктрина, ни положительное право; такая презумпция отличается от общеизвестной тем, что в нем подменен субъект, в интересах которого установлено законное предположение невиновности: она (т.-е. презумпция, измышленная Дюги) говорит о преступнике, вместо обвиняемого, который может и не быть преступником.

Не можем мы согласиться и с тем взглядом, согласно которому уголовный приговор вовсе не констатирует, а целиком производит право государства на наказание. Этот взгляд в нашей русской литературе выдвинут П. И. Люблинским.

Обсуждая вопрос, можно ли уголовно-процессуальное отношение приравнивать к уголовно-правовому материальному отношению, он пишет: „В этом споре истина находится, по нашему мнению, на стороне

Strafe entzöge, hätte dann ein doppeltes Delikt gegangen: das erste, wegen dessen er die Strafe nicht auf sich nehmen sollte, das zweite, dass er die Strafe nicht auf sich genommen hätte». Нет сомнения, что Дюги имел в виду именно эти слова Биндинга; между тем, выраженный в них аргумент приведен Биндингом в доказательство не того, что у государства нет права на наказание, а того, что уголовный закон не есть приказ, обращенный к преступнику. Напротив, Биндинг нисколько не сомневается в том, что у государства есть субъективное право на репрессию, и что конкретно это право возникает всякий раз, как только совершается преступление; уже на стр. 14 1-го изд. «Die Normen» Биндинг пишет: «Der strafberechtigte ist Niemand anders als der Staat». Правда, эта фраза приведена во 2-м изд. «Die Normen» в таком контексте, который мог бы дать повод сомневаться, не выражен ли в ней только взгляд, которого Биндинг раньше придерживался; однако, сомнение это тотчас же рассеивается, так как ниже под заголовком «Wahre Bedeutung des Strafgesetzes» Биндинг пишет в категорической форме: «so ist das bejahende Strafgesetz derjenige Rechtssatz, der Entstehung, Inhalt und Ende des subjektiven Strafrechts... regelt», дальше: «alle Strafrechte sind ausschliesslich des Staates» (стр. 20), и еще далее: «das staatliche Strafrecht zweifellos schon durch das Verbrechen entsteht» (стр. 24). Нельзя, впрочем, не отметить, что с этим последним положением Биндинга не согласовано его же утверждение, что соответствующая этому праву обязанность преступника возникает только после вступления в законную силу обвинительного приговора. См. «Die Normen» 2 изд., стр. 24; ср. Binding, Handbuch des Strafrechts, Leipz., 1885, ss. 191, 196, 484.

¹⁾ Bierling, Strafrechtsverhältniss und Strafprozessverhältniss, в «Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft», 1890, X B., S 277.

Бирлинга. Карательного полномочия государства до судебного приговора еще не существует¹⁾. Судебный приговор, как юридический факт, порождает его... Карательное право по отношению к данному конкретному лицу... возникает лишь тогда, когда виновность данного лица констатирована, т.-е. после судебного приговора" (стр. 41).

Нам кажется такое утверждение противоречащим самому понятию преступления, как наказуемого деяния. Если мы говорим, что NN совершил преступление, то, согласно с указанным понятием преступления, не утверждаем ли мы тем самым, что NN совершил деяние, дающее государству право на наказание? Правда, что только после приговора наказание может быть применено к лицу, впадшему в преступление, но считать лишь в виду этого приговор единственным основанием права наказания, не значит ли это смешивать право с возможностью осуществления его?²⁾ Защищаемый П. И. Люблинским взгляд на значение приговора уголовного суда находится, кроме того, в противоречии с его утверждением, что „процесс есть необходимая форма осуществления государственного карательного права“ (стр. 28). Как же процесс может быть формой осуществления государственного карательного права, или, что все равно, формой, в которой осуществляется государственное карательное право, когда этого права ни до процесса, ни во время процесса еще не существует?³⁾

Не будучи, таким образом, достаточно обоснованным, взгляд на приговор, как на акт, которым не констатируется, а целиком создается определенное субъективное право (именно, право государства на наказание), в то же время затрудняет сведение деятельности уголовного

¹⁾ Бирлинг придерживается иного мнения. Он, очевидно, не мог рассматривать право государства на наказание, как результат приговора и, следовательно, всего уголовного процесса уже потому, что, с его точки зрения, самые уголовно-процессуальные права и обязанности входят в содержание уголовно-правового отношения. Уголовной несправедливости, а не процессу он приписывает значение условия, благодаря которому обязанность, следовательно, и право государства выполнить требование карательной нормы становятся действительными (см. Bierling, Strafrechtsverhältniss u. Strafprozessverhältniss, в «Zeitschrift für die ges. Strafrechtswis., XV., S. 274—276. Как мог Бирлинг считать право наказания результатом процесса, когда он признавал, что его взгляд «по существу (dem Grunde nach) совпадает с тем более старым воззрением, которое уголовный процесс понимал просто, как формальное уголовное право, т.-е. как совокупность правовых норм, определяющих органы и формы осуществления карательного права» (S. 299)? См. также не оставляющие сомнения в подлинном взгляде Бирлинга выражения на стр. 316—317.

²⁾ Можно и из области частно-правовых отношений привести примеры, когда право на лицо, а возможность осуществления его ставится в зависимость от известных условий; так напр., права наследства возникают в момент смерти наследодателя, а, между тем, для осуществления этих прав в целом ряде случаев у нас требовалась (хотя бы только в силу разъяснений сената) процедура утверждения в правах наследства.

³⁾ Мы полагаем, что взгляд, будто карательное право по отношению к определенному лицу возникает лишь после судебного приговора, находится в противоречии и с тем разделяемым П. И. Люблинским (как мы, по крайней мере, поняли) взглядом, согласно которому процесс есть лишь предварительное необходимое условие (у П. И. Люблинского «основание») для осуществления карательного права.

суда, постановляющего приговор, и гражданского суда, выносящего решение, к одному родовому понятию юрисдикционной функции, которая, с точки зрения оспариваемого взгляда, необходимо получает совсем различное значение в гражданском и уголовном судах: только гражданский суд *jus dicit*, в собственном смысле, провозглашает право, уголовный же суд производит, создает право, но вовсе не провозглашает уже существующего права.

Заметим, что вопрос о моменте возникновения права государства на наказание имеет значение для науки уголовного процесса так же, как для науки материального уголовного права, где он чаще всего затрагивается в связи с вопросом о действии уголовных законов в пределах времени ¹⁾.

В начале настоящего очерка мы отметили, что искомая нами цель должна быть не только целью уголовного процесса, но и целью в уголовном процессе, им достигаемую, но и в нем осуществляемую. Такою именно целью является установленная нами цель: она проявляет свое действие с первого же момента процесса, она направляет и подчиняет его себе; с завершением же последнего акта процесса — произнесения приговора — она оказывается уже достигнутою и притом достигнутою не только через посредство этого акта, но и в нем самом. За этой целью, в логической перспективе на втором плане, процессуалист, исследующий свой предмет со стороны его телеологии, находит цели, которым процесс служит, но которые лежат уже за его пределами, вне его. Этим целям мы надеемся посвятить особый очерк.

VII.

В чем значение поставленного нами вопроса о цели в уголовном процессе? Это значение двоякое — теоретическое и практическое.

Первое уже отчасти выяснено в предыдущем изложении.

а) Цель уголовного процесса прежде всего выявляет смысл входящих в состав уголовного процесса институтов. Все институты права телеологичны ²⁾. Как известно, взгляд на цель, как на определяющее начало правовых институтов, положен в основу знаменитого сочинения Иеринга „*Der Zweck im Recht*“, но, как верно замечает А. Л.

¹⁾ См. С. П. Мокринский, Новый закон и старые гарантии, в Ж. М. Ю. 1904, № 3, стр. 4, 10.

²⁾ Ad. Wach, Der Rechtsanspruch: «Allo Rechtsbildung ist teleologisch, ist Zweckerschöpfung» (Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, 1904, B. XXXII, S. 5) и несколько выше: «Ich lasse keinen Zweifel darüber, dass es die Begriffsbestimmung, die Konstruktion des Rechtsinstituts nach Massgabe des ihm innewohnenden Zweckes ist».

Сакетти, высказывался и до Теринга ¹⁾). Согласно этому взгляду, отправляясь от цели, ради которой существует какое-либо правообразование, мы избираем наиболее верный путь для отыскания определения его составных элементов.

б) Мы видели, далее, что цель уголовного процесса устанавливает ту границу, на которой завершается его развитие, и тем самым определяет одну из двух границ (конечную) того предмета, который исследуется наукой уголовного процесса.

Такою границею является постановление оправдательного или обвинительного приговора. Если мы перешагнем через эту границу, если мы включим в процесс и стадию исполнения приговора, то вместе с тем мы должны будем приписать процессу не одну, а две цели, притом отделенные друг от друга по времени и не относящиеся друг к другу, как средство к цели, а именно констатирование права на наказание и осуществление этого права ²⁾). Процесс при этом, вместо того, чтобы быть единым целым, будет представляться состоящим из двух самостоятельных фрагментов, механически соединенных, но „разъятых“ различием их целей (*membra disjecta!*). Если же мы хотим избежать такого результата, если мы представляем себе уголовный процесс, как неразрывную цепь звеньев, замыкающихся единою целью, то концом процесса мы должны будем признать произнесение приговора. Мы должны будем признать вместе с Ансельмом Фейербахом, что „право исполнения (подраз.: решения), хотя с уголовным судом обыкновенно связано, но в существе его не содержится“ ³⁾.

Заслуживает внимания, что и исторически исполнение обвинительного приговора государственною властью не всегда сопутствовало про-

1) А. Л. Сакетти, Право и наука права, в «Юрид. Вестн.», М., 1916 г., кн. XVI, стр. 31—32. Сакетти приводит цитату из «Философии права» Шталя, определяющего правовые институты, как «комплексы фактов и фактических отношений и соответствующих правовых норм, которые в совокупности образуют нерасторжимое единство благодаря внутренне присущему им назначению (*Bestimmung, telos*).

2) Так, напр., делает Е. Lohsing в названном его курсе «*Oesterreichisches Strafprozessrecht in systematischer Darstellung*», Graz u. Wien, 1912, S. 1: «In der Sprache der Rechtspflege ist Prozess oder Verfahren ein schrittweises Vorwärtsgen in Rechtsangelegenheiten d. h. zu dem Zweck, um ein Recht festzustellen und gegebenenfalls zu verwirklichen» и далее: «Strafprozess (noch Kriminalprozess oder Strafverfahren genannt) ist der Inbegriff jener gesetzlichen geregelten Handlungen, welche die urteilsmässige Feststellung und Verwirklichung von staatlichen Strafansprüchen zum Ziele haben». В русской литературе В. Д. Плетнев (Основные принципы военно-уголовного процесса в связи с главными основаниями общего, Спб., 1908, стр. 22) пишет: «Уголовный процесс имеет две цели: 1) исследование прошедшего факта и 2) применение определенного в законе наказания». Здесь не только одновременность целей, но и отсутствие между ними прямой связи бросаются в глаза благодаря тому, что автор упустил из виду существенный процессуальный момент, занимающий место между исследованием факта преступления и применением наказания, а именно: назначение наказания.

3) См. «Уголовное право». Сочинение Павла Ансельма Фейербаха, кн. III, перев. П. Полонского, Спб., 1827 г., §497, стр. 3. При этом, как видно из контекста, автор говорит здесь об «уголовном суде» в смысле «уголовного судопроизводства» (*jurisdictio criminalis*), а не в смысле «соборания лиц, соединенных для отправления уголовной судебной власти (*judicium criminale*)»; ср. §§ 495 и 503.

цессу, заканчивающемуся обвинением. Так, Биндинг констатирует, что „древнейшее германское уголовное производство состояло из одной стадии: производства до постановления решения, назначающего лишение мира; по своей задаче оно не могло знать стадии юридически регулируемого исполнения; создание этой последней заставило ждать себя непонятно долго; даже в позднее средневековье не при всяком суде можно было найти должностной орган для исполнения наказания“¹⁾.

Определяя границу, которою процесс завершается, цель уголовного процесса может служить критерием и для установления его начального момента,—по крайней мере, там, где собрание обвинительных доказательств выделено в самостоятельную стадию. Процесс начинается тогда, когда судебный орган привлекается к проверке предъявленного обвинения для того, чтобы подготовить будущее объективное решение судом вопроса, есть ли у государства в данном случае право наказания обвиняемого.

Но там, где, как у нас, обвинительный розыск не выделен в совершенно самостоятельную стадию, где подготовка уголовного иска, т.-е. собирание данных субъективного утверждения, что государству принадлежит право на наказание данного лица, и объективная проверка оснований уголовного иска не отделены друг от друга отчетливою гранью, там не может быть такой грани и между подготовкой процесса и началом процесса в собственном смысле, там в начало процесса неизбежно вторгаются моменты, ему по природе чуждые (моменты, обусловленные односторонними интересами обвинения, не уравновешенными противоположными интересами защиты). Именно различие в целях судебного производства по уголовному делу (уголовного процесса), с одной стороны, и досудебного и послесудебного, с другой, должно было обусловить ту дифференциацию в регламентировании этих стадий производства современным правом, при которой разсматривать их, как части одного целого, представляется положительно невозможным. „Даже поверхностное рассмотрение, говорит Крис, обнаруживает, что..... в каждой части, согласно ее собственным задачам, господствуют свои специфические правовые начала, и что, поэтому каждая противостоит двум другим, как нечто существенно отличное“²⁾.

Только что названный автор характеризует очень отчетливыми чертами обусловленное различными задачами различие судебного производства с одной стороны, дознания (понимаемого в смысле подготовки уголовного иска) и исполнения приговора—с другой. Судебное производство, по своей природе, требует деятельности двух сторон и

¹⁾ D-r Karl Binding, Entstehung der öffentlichen Strafe in deutsch-germanischen Rechte, Leipzig, 1909, Rectoratsrede; цит. по русс. перев.: Карл Биндинг. О происхождении публичного наказания в германо-немецком праве, в изд. «Новые идеи в правоведении», Сборник № 3: «Эволюция преступлений и наказаний». СПб. 1914 г., стр. 106.

²⁾ Aug. v. Kries, Lehrbuch des Deutschen Strafprozesses, 18 2, S. 2.

судьи; суд должен для того, чтобы быть в состоянии постановить нужное решение, с одной стороны, установить фактические обстоятельства дела, а с другой, исследовать, есть ли основание для подведения этих обстоятельств под нормы материального права; вследствие этого приговор получает значение логического умозаключения. Напротив, в стадии исполнения приговора фигурируют не суд и стороны, а начальство (*Obrigkeit*), которое принимает на себя исполнение приговора, и преступник, против которого оно направлено; действительность в этой стадии не логикотеоретическая, а практическая; относящиеся к ней законодательные предписания примыкают к нормам материального права о наказаниях; конечно, и во время исполнения приговора может оказаться необходимым судебное решение, напр., для истолкования сомнения, возникшего при исполнении приговора; закон и в этом случае усматривает необходимость в беспристрастном решении; но именно этим выявляется различие между исполнением приговора и судебным производством. Ближе к судебному производству стоит дознание: здесь также дело идет об установлении фактических обстоятельств и об их юридической оценке. Тем не менее, остается существенное логическое различие между этими стадиями: дознание не требует наличия суда и двух сторон; для него достаточно чиновника, который его производит; оно может не иметь даже обвиняемого, обнаружение которого как раз может составлять его задачу; судебное производство составляет органическое целое, в котором значение каждого отдельного акта обусловлено значением всех предыдущих и последующих, и которое от начала до конца протекает в определенных, формально ограниченных рамках; такой органической связи между отдельными актами дознания нет: оно не ограничено ни в личном, ни в предметном отношении; даже может меняться закон, на основании которого оно начато, и согласно с которым оно производится.

Несмотря на отчетливо установленное различие в самой природе дознания, судебного производства и исполнения приговора, Криз, считая, что только судебное производство составляет „уголовный процесс в тесном смысле“¹⁾, все же находит возможным объединять названные три стадии производства под именем „уголовного процесса в широком смысле“, так как „все эти три стадии служат цели осуществления материального карательного права“²⁾. Этот мотив для создания понятия „уголовного процесса в широком смысле“ появляется у автора совершенно неожиданно. Каким образом оказывается, что судебное производство, наряду с дознанием и исполнением приговора, служит цели осуществления материального карательного права, когда, по утверждению того же автора, материально-правовое отношение вовсе не состав-

¹⁾ V. Kries, *op. cit.*, S. 4.

²⁾ *Ibid.*, S. 2.

ляет необходимого условия для процессуально-правового, и когда (как он же обращает внимание) процесс может оказаться необходимым как раз для того, чтобы отвергнуть притязание на наказание и, следовательно, установить отсутствие карательного права? ¹⁾).

Не разделяя взгляда на судебное производство по уголовному делу, как на средство осуществления карательного права, можно это производство объединять с дознанием и тем более со стадией исполнения приговора под именем уголовного процесса в широком смысле, лишь делая уступку сложившейся традиции, но отнюдь не по теоретическим или принципиальным соображениям.

в) Далее, определение цели уголовного процесса, как цели констатирования наличия или отсутствия карательного права дает возможность сближения уголовной юстиции с юстицией гражданской и административной и объединения судов уголовного, гражданского и административного в одном понятии судебной власти. Суд „не действует, а судит, не творит, а констатирует право“ ²⁾—таков общий признак всех трех видов суда. Если уголовный суд имеет своей целью установление известного субъективного права, то, ведь, не иной цели служит и гражданский суд. Разница в том, что право, которое составляет предмет исследования в уголовном процессе, и которое должно быть признано или отвергнуто уголовным судом, есть субъективное публичное право государства на наказание, а право, о котором дело идет в гражданском суде, есть субъективное частное право истца. Отсюда и функции уголовного и гражданского судов относятся друг к другу, как два вида одной и той же деятельности одной и той же власти. Равным образом, дело административного суда, как и всякого иного суда, заключается в определении, „существует ли данное право“ ³⁾; административная юстиция, как и всякая иная юстиция, „всегда должна быть правоговореннем, чем и отличается от активного управления“ ⁴⁾; между функциями административной юстиции и активной администрации „проходит та самая отчетливая и резкая грань, которая отделяет вообще администрацию от суда“ ⁵⁾.

¹⁾ Ibid., S. 6.

²⁾ В. М. Гессен, О судебной власти, в сборнике «Судебная Реформа», под ред. Н. В. Давыдова и Н. Н. Полянского, т. I, 1915 г., стр. 4; Ф. Ф. Кокошкин, Русское государственное право, вып. II, 1908 г., стр. 87

³⁾ С. А. Корф, Административная юстиция в России, Спб., 1910 г., кн. III, стр. 446.

⁴⁾ С. А. Корф, назв. соч., стр. 446. Автор определяет административную юстицию, как «гарантию субъективных публичных прав граждан от посягательств на них административных органов» (назв. соч., стр. 446). Как видно из дальнейшего изложения, существо даваемой административной юстицией гарантии автор усматривает именно в установлении существования субъективных публичных прав, а не в прямой защите их, так как не повсюду даже административный суд располагает полномочием отменить акт, коим нарушено было право истца (см. названное соч., стр. 447).

⁵⁾ В. М. Гессен, назв. соч., стр. 14.

г) Тесно связано с предыдущим то значение определения цели уголовного процесса, которое это определение имеет для установления так наз. энциклопедического места уголовно-процессуального законодательства, или его места в системе права.

Согласно традиционному воззрению, уголовное процессуальное право составляет ветвь уголовного права в широком смысле слова, относясь к уголовному праву в собственном смысле, как право формальное к праву материальному.

Такое воззрение имело *raison d'être* только до тех пор, пока уголовному процессу ставилась цель осуществления карательной власти государства, и пока в соответствии с этим взглядом уголовно процессуальные формы рассматривались, как формы осуществления карательной власти государства ¹⁾. Отстаиваемое нами определение цели уголовного процесса исключает взгляд на уголовный процесс, как на формальное уголовное право, играющее служебную роль по отношению к материальному уголовному праву ²⁾.

Порывая ту связь между уголовно-процессуальным и уголовным материальным правом, которая определялась, как связь между формой и содержанием (материей) ³⁾, установленное определение цели уголовного процесса (в смысле совокупной деятельности участвующих в процессе органов) тесно приближает уголовный процесс, как отрасль права, к двум другим отраслям права—к процессам гражданскому и административному.

Указанное выше соотношение целей деятельности уголовного, гражданского и административного судов дает право констатировать (как это делает проф. Розин ⁴⁾ „логическое единство“ этой деятельности, и усиливает аргументацию в пользу соединения отраслей права, регулирующих три различные вида правосудия, в одну область судебного права ⁵⁾.

Не менее, если не более, важно практическое значение отчетливого уяснения цели уголовного процесса: а) для судебной прак-

¹⁾ См., напр., Glaser, Handbuch, II Abt., I Kap., S. 276; рус. пер., стр. 226, § 26. Место уголовного судопроизводства в системе права: «Уголовное судопроизводство есть законом установленный порядок осуществления карательного права в отдельных случаях».

²⁾ Как, напр., у Glaser'a, Handbuch, S. 279; рус. перев., стр. 227: «Через уголовное судопроизводство осуществляется уголовное право».

³⁾ Напр., Д. Г. Тальбером, Русское уголовное судопроизводство, Киев, 1889, стр. 2: «Связь здесь та же, какая существует между материей и формой одного и того же организма».

⁴⁾ Н. Н. Розин, Уголовное судопроизводство, Спб., 1916, стр. 13 и примеч. 8-ое на стр. 7-ой.

⁵⁾ См. богатую аргументацию в пользу такого соединения у Н. Н. Розина, назв. соч., стр. 6—15, и у него же литературу вопроса на стр. 15; едва ли убедительны возражения Д. А. Червонецкого против объединения уголовного процесса по с материальным уголовным правом, а с гражданским процессом в статье «Предмет и задачи науки уголовно-судебного права», в «Ученых Записках Юрьевского Университета», 1911 г., № 2, стр. 15—16.

тики, б) для определения взаимоотношений суда и администрации, в) для общего направления законодательной политики в области уголовного процесса.

Ad a). Иметь отчетливое представление о цели уголовного процесса чрезвычайно важно для судебной практики, когда она сталкивается с такими дефектами законодательства, как неясность, противоречие или пробелы законов. Как верно замечает проф. П. И. Люблинский, в случае подлинной неясности и подлинного противоречия законов не может быть уже речи об установлении действительной воли законодателя, но требуется ее корректирование¹⁾. Одним из приемов корректирования законодательной воли является толкование телеологическое или толкование по цели закона. Как далее хорошо выясняет тот же П. И. Люблинский, цели закона—это те цели, которые мы приписываем „идеальному“, или „абстрактному“ законодателю, которого в свою очередь мы отождествляем с законодателем, склонным „проводить в жизнь право, кажущееся нам наиболее разумным“²⁾.

Если та цель, которую мы приписываем уголовному процессу, кажется нам наиболее соответствующей его существу, и потому наиболее разумной, то, выступая на практическом поприще судебной деятельности, мы не можем не исходить из предположения, что ту же цель уголовному процессу ставит и законодатель, если только это предположение не противоречит прямо выраженному взгляду законодателя. Поэтому, сталкиваясь с неясностями и противоречиями уголовно-процессуального законодательства, судебная практика, опираясь на установленное определение цели уголовного процесса, найдет в нем опору для „корректирования законодательной воли“ по методу телеологического толкования.

Едва ли нужно доказывать, что в еще большей мере судебная практика нуждается в точном установлении цели уголовного процесса тогда, когда она встречается с пробелами законодательства: с неполнотою или недостатками закона.

Значение правильного представления о цели уголовного процесса можно было бы иллюстрировать множеством примеров. Один из наиболее интересных представляет собою пример определения, применительно к требованию 611 ст. у. у. с., границ исследования дела в уголовном суде. Как совершенно верно замечает один из авторов, останавливавшихся на этом определении, „вопрос о пределах исследования в уголовном суде представляется вопросом о целях и задачах уголовного правосудия“³⁾.

¹⁾ П. И. Люблинский, Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса, 1917 г., стр. 174 и 179.

²⁾ Ibid., стр. 176—177.

³⁾ А. С. Тагер, в «Систем. Комментарий к уст. угол. судопр.» под ред. М. Н. Гернета, вып. IV, стр. 968.

Ad б). Значение правильного представления о цели уголовного процесса для определения взаимоотношений уголовного суда и администрации в особенности проявляется в эпохи обострения борьбы власти с обществом. Отношение власти к суду в такие эпохи может служить мерой ее самообладания—того самообладания, которое для укрепления сил распатанного государственного организма бывает не менее нужно, чем для больного, чтобы он скорее мог встать с постели. К сожалению, вместо проявления такого самообладания, правительства нередко бывают склонны использовать судебный аппарат в целях, ему по существу чуждых. Вместо того, чтобы оберегать значение этого аппарата, как необходимой в глазах общества гарантии того, что и те, в ком власть видит своих врагов, не станут жертвой произвола, правительство стремится подчинить суд своим „видам“, ставя их выше строгих требований законности и забывая при этом подлинно государственный смысл знаменитого афоризма: „Лучше простить десять виновных, нежели наказать одного невинного“¹⁾.

Эти слова, отражающие верный взгляд, что для государства вреднее несправедливое обвинение, чем несправедливое оправдание²⁾, заключают в себе начало, вовсе не самоочевидное, если уголовному процессу ставится цель осуществления карательной власти государства; напротив, существует тесная взаимозависимость между выраженным в них началом и взглядом на уголовный процесс, как на деятельность, имеющую своею целью тщательную предварительную, прежде осуществления власти государства, проверку, точно ли у государства существует в данном случае право на наказание (дабы невинный не пострадал). „Лучше простить десять виновных, нежели наказать одного невинного“, это не нравственный императив, рассчитанный на идеальные условия государственного существования; как раз, наоборот, афоризм этот заключают в себе для судов правило практического образа действий, высокая ценность которого должна с особою наглядностью проявляться в эпохи нарушения равновесия условий государственного бытия, в болезненные периоды жизни государства.

В такие периоды власть, озлобленная враждебным отношением к ней со стороны общества, бывает склонна превратить суд в расправу. С своей стороны суд, памятующий о своем призвании, о той цели, которая вызвала его к жизни, которая одна оправдывает его существование, ничего не должен остерегаться более, чем попыток такого превращения. „Какие бы события ни происходили в стране, — во время

¹⁾ Статья 9-ая Устава Военского 1716 г.: «лучше есть 10 виновных освободить, нежели одного невинного к смерти приговорить».

²⁾ «Für den Strafprozess kommt in Betracht, dass ungerechte Freisprechungen für den Staat erträglicher sind als ungerechte Verurteilungen». Prof. v. Hippel, Der Entwurf einer Strafprozessordnung, в изд. «Schwurgerichte u. Schöffengerichte», B. II, H. 1, 1909, S. 130.

войны и во время мира, в период покоя и в эпоху смуты, — судебная власть остается неизменной: врач лечит, учитель учит, судья судит¹⁾, т.-е. констатирует наличие или отсутствие субъективных прав и определяет, в каком размере они подлежат осуществлению в пределах, установленных нормами объективного права.

Вопрос, от которого зависит признание или отрицание права государства на наказание, т.-е. вопрос о виновности подсудимого должен быть всегда разрешаем так, как если бы всегда оставались неизменными условия места и исторической обстановки.

Следует ли из сказанного, что деятельность судебных учреждений вообще должна находиться вне всякой зависимости от меняющихся условий государственного и общественного существования? Поставить так вопрос уже почти значит ответить на него — и притом ответить отрицательно. Работа суда — в частности уголовного суда — не отвлеченная, а, напротив, глубоко-жизненная. Поэтому, понятно, что суд не может быть чуждым голосам жизни. Уголовный суд, устанавливая наличие или отсутствие права государства на наказание, руководится законом, но определяя размеры этого права, он руководится также в пределах, установленных законом, представлением о тех практических целях, которые уголовною политикою данной эпохи ставятся наказанию. Если уголовная политика законодательства данной эпохи определяется преимущественно целью так наз. общего предупреждения преступлений, то естественно, что, по самой мысли законодателя, колебания волны преступности должны сопровождаться и соответствующими колебаниями репрессии. В период ненормального увеличения преступности — общественный интерес, как он понимается уголовным законодателем, стоящим на точке зрения общего предупреждения преступлений, требует усиления репрессии. Понятно, что, если таково требование общественного интереса, на котором законодатель строит свою политику, то оно не может не отражаться и на деятельности уголовного суда при определении размера прав карательной власти на наказание. Пока уголовный судья решает вопрос, существует ли в данном случае у государства право на наказание, он проделывает строго логическую работу, сопоставляя закон с фактическими обстоятельствами дела; но, когда он переходит к вопросу, в какой мере и в какой форме право государства на наказание подлежит осуществлению, его работа, если закон оставляет ему известный простор, осложняется моментом более или менее свободной оценки, объектом которой является, с одной стороны, личность обвиняемого, с другой — степень, в какой общественный интерес требует общего повышения или, напротив, допускает общее понижение репрессии. Совершенно точно также

¹⁾ В. М. Гессен, О судебной власти, в изд. «Судебная Реформа», под ред. Н. В. Давыдова и Н. Н. Полянского, М., 1915 г., т. I, стр. 3.

гражданский судья, согласно правилу: „каждый иск должен быть доказан в праве и размере“, определив сперва, принадлежит ли истцу то право, которого он отыскивает, переходит затем в случае положительного решения этого вопроса к оценке интереса истца, и затем удовлетворяет иск в меру этого интереса и в пределах, допускаемых правом.

Во всяком случае и тогда, когда, по условиям времени, общественный интерес требует общего повышения репрессии за все преступления или за известную категорию их, суд, идя навстречу этому требованию, все же должен оставаться в строгих рамках законности для того, чтобы оставаться верным своей цели. Примат закона над интересом,—как закона формального, определяющего условия его деятельности, так и закона материального—для судьи всегда остается верховным принципом, не знающим исключений.

Чтобы отношение между судом и правительством было именно такое, какое требуется целями или, лучше, общею целью правосудия, нужно, чтобы суду были обеспечены самостоятельность и величайшая независимость. Поэтому, все те гарантии, которые выработаны научною мыслью и долгим историческим опытом для того, чтобы независимость судебных учреждений не только не подвергалась испытаниям, но и была вне подозрений, все эти гарантии находят себе научное обоснование именно в той цели, которой служит правосудие вообще,—уголовное, в частности.

Ad v). Давая в распоряжение законодателя критерий для надлежащего определения взаимоотношений между судом и администрацией, представление о цели уголовного процесса должно иметь и более широкое значение для законодательной политики. Говоря ставшим почти банальным выражением Биндинга, оно должно служить факелом, освещающим законодателя его путь, когда он берется за создание уголовно-процессуального кодекса или отдельных уголовно-процессуальных норм.

Н. Полянский.
